

LAS EDIFICACIONES EN SITUACIÓN DE FUERA DE ORDENACIÓN Y ASIMILADAS A DICHO RÉGIMEN JURÍDICO

Enrique LADERA RODRÍGUEZ

*Técnico de Administración General del Excmo. Ayuntamiento de Vélez Málaga
Jefe de Sección de los Servicios Administrativos de la Tenencia de
Alcaldía de Torre del Mar*

*Trabajo de evaluación presentado para la obtención del título de Experto de
Urbanismo del CEMCI 2014-2015.*

SUMARIO:

1. Introducción
2. Antecedentes normativos del régimen de fuera de ordenación
3. La nueva regulación de las edificaciones asimiladas al régimen de fuera de ordenación.
Especial referencia al suelo no urbanizable
4. La licencia de ocupación o utilización. Contratación de suministros...
5. Incidencia registral
6. Conclusiones. La necesaria reforma de la normativa
7. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente se han venido definiendo como edificios fuera de ordenación aquellas edificaciones legales que, construidas al amparo de una ordenación urbanística anterior, contravienen lo dispuesto en el nuevo planeamiento y, por tanto, están llamadas a desaparecer una vez agoten su vida útil. Es decir, la libertad del planificador a la hora de establecer los parámetros urbanísticos del territorio, puede chocar en mayor o menor grado, con la existencia de edificaciones o instalaciones que entorpecen las previsiones del nuevo plan. En estos casos, por aplicación de un mínimo criterio de proporcionalidad, la normativa ha venido admitiendo el mantenimiento de estas edificaciones en tanto se desarrollen dichas previsiones, siempre que no se realizasen obras de mejora y ampliación que dificultasen la prevista extinción de las mismas.

Si este era el planteamiento inicial, como veremos a lo largo de este trabajo el régimen jurídico de este tipo de edificaciones se ha ido ampliando, admitiéndose, en primer lugar, determinadas obras de ampliación o mejora cuando la incompatibilidad con el nuevo planeamiento no fuese absoluta, e introduciéndose, en segundo lugar, la situación de “asimilados” al régimen de fuera de ordenación para aquellos casos de edificaciones ilegales sobre las que ya no es posible actuar por haber transcurrido los plazos legales para restituir la legalidad urbanística.

A lo largo del presente trabajo pretendemos analizar el régimen jurídico de los inmuebles en situación legal de fuera de ordenación y asimilados a dicho régimen, con especial referencia a los situados en suelo no urbanizable. Y ello porque la problemática surgida en las últimas décadas en el suelo no urbanizable en Andalucía, con la proliferación incontrolada de edificaciones en este clase de suelo, provocada por la especulación urbanística, la fuerte demanda de este tipo de productos inmobiliarios y la dejación de funciones de las Administraciones públicas responsables de la protección de la legalidad urbanística, ha sido abordada, desde el punto de vista jurídico, con medidas de asimilación de estas edificaciones al régimen de fuera de ordenación, como veremos a continuación.

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN

Antes de entrar en el análisis del régimen jurídico de este tipo de edificaciones, consideramos necesario repasar la evolución normativa de esta interesante figura.

2.1. La regulación inicial

La primera regulación normativa española¹ del régimen jurídico de los edificios e instalaciones calificados como fuera de ordenación, esto es, los erigidos con anterioridad a la aprobación del planeamiento urbanístico que resulten disconformes con el mismo, nos viene dada por la Ley del Suelo de 1956, cuyo artículo 48, establecía un régimen muy restrictivo.

En efecto, dicho artículo establecía que no podrían realizarse en dichas edificaciones e instalaciones obras de consolidación, aumento de volumen,

¹ Si bien algún autor, como LOPEZ PEREZ, FERNANDO, en “Una visión crítica del régimen de fuera de ordenación”, publicada en *Revista Aragonesa de Administración Pública* nº 36, de junio de 2010, destaca que el origen histórico de este régimen jurídico lo sitúa CUERNO LLATA en las Reales Órdenes de 8 de febrero de 1863 y 10 de junio de 1865, normas que insertaban este régimen dentro del concepto de policía administrativa.

modernización o incremento del valor de expropiación, pero si las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, ornato y conservación del inmueble.

Es decir, se trata de una norma que pretende regular una situación transitoria, y cuyo objetivo inicial era tolerar el uso de la edificación o instalación, en tanto no desapareciese físicamente la misma o se desarrollasen las previsiones del planeamiento; esto es, en definitiva, el legislador pretendía conjugar el legítimo ejercicio del derecho de propiedad con la sobrevenida decisión de los poderes públicos de definir a través del planeamiento urbanístico, parámetros incompatibles con elementos de dicha propiedad.

2.2. Los Textos Refundidos de la Ley del Suelo de 1976 y de 1992.

La regulación legal del régimen jurídico de fuera de ordenación, no sufrió grandes cambios ni en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, cuyos arts. 60 y 61 prácticamente reproducían lo dispuesto por la Ley del Suelo de 1956, ni en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, cuyo art. 137 se pronunciaba en similares términos, pero con un importante matiz.

En efecto, el apartado 2 de dicho art. 137 contemplaba que “salvo que en el propio planeamiento se dispusiera otro régimen no podrán realizarse en ellos obras de consolidación...”; esto es, la Ley admite que el planeamiento urbanístico pueda establecer otro régimen distinto, en lo que la doctrina denominó la “deslegalización del régimen de fuera de ordenación”².

Así, el Texto Refundido de 1992 primaba lo dispuesto en el instrumento de planteamiento general respecto a las nuevas obras permitidas y, de forma secundaria, salvo una regulación detallada en el mismo, solamente se permitirían obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento del valor expropiatorio. Se mantienen igualmente en este texto legal aquellos casos excepcionales en los que se permiten nuevas obras parciales y circunstanciales de consolidación, cuando no estuviere prevista su expropiación o demolición en el plazo de quince años.

2.3. La Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA)

Tras los avatares legislativos sufridos en la materia urbanística a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 de 20 de marzo de 1997, -por la que se declaraba inconstitucional gran parte del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992-, la Ley 7/2002, de 20 de enero, de Ordenación Urbanística de Andalucía (en adelante

² El Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 venía así a recoger una incipiente línea jurisprudencial, representada por sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1975 y de 18 de septiembre de 1990, que admitían que los planes establecieran regímenes complementarios, siempre que no fuesen más restrictivos que la propia Ley.

LOUA), aborda la problemática de las edificaciones e instalaciones en situación legal de fuera de ordenación en la Disposición Adicional Primera, al establecer:

“La situación legal de fuera de ordenación.

1.- Las construcciones o edificaciones e instalaciones, así como los usos y actividades existentes al tiempo de la aprobación de los instrumentos de planeamiento que resultaren disconformes con los mismos, se quedarán en la situación legal de fuera de ordenación.

2.- El instrumento de planeamiento definirá, teniendo en cuenta la modulación expresada en el artículo 34.b)³ y sin perjuicio de las recomendaciones que se establezcan por las Normas Directoras para la Ordenación Urbanística⁴, el contenido de la situación legal a que se refiere el apartado anterior y, en particular, los actos constructivos y los usos de que puedan ser susceptibles las correspondientes construcciones o edificaciones e instalaciones. La anterior definición se particularizará para las actuaciones de urbanización y subsiguiente edificación en las unidades resultantes ejecutadas de forma clandestina o ilegal en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable, al margen de la legislación urbanística en vigor con anterioridad a esta Ley o en contradicción con ella, respecto de las que no sea ya legalmente posible, al tiempo de la entrada en vigor de esta Ley, medida alguna de protección de la legalidad y de restablecimiento del orden infringido, y que el referido instrumento de planeamiento determine como incompatibles con el modelo urbanístico que se adopte.

3.- En defecto de las directrices y determinaciones previstas en el apartado anterior se aplicarán a las instalaciones, construcciones y edificaciones en situación legal de fuera de ordenación las siguientes reglas:

1ª) Con carácter general sólo podrán realizarse las obras de reparación y conservación que exija la estricta conservación de la habitabilidad o la utilización conforme al destino establecido. Salvo las autorizadas con carácter excepcional

³ Modulación que distingue entre las instalaciones, construcciones y edificaciones totalmente incompatibles con la nueva ordenación (en las que será de aplicación el régimen propio de la situación e fuera de ordenación) y las que sólo parcialmente sean incompatibles con aquella (en las que se podrán autorizar, además, las obras de mejora o reforma que se determinen); indicando además el art. 34.b) que las instalaciones, construcciones y edificaciones que ocupen suelo dotacional público o impidan la efectividad de su destino serán consideradas siempre incompatibles con la nueva ordenación y deben ser identificadas en el instrumento de planeamiento.

⁴ Normas Directoras como las aprobadas el 1 de marzo de 2013 para la Ordenación Urbanística en desarrollo de los artículos 4 y 5 del Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma Andaluza.

conforme a la regla siguiente, cualesquiera otras obras serán ilegales y nunca podrán dar lugar a incremento del valor de las expropiaciones.

2ª) Excepcionalmente podrán autorizarse obras parciales y circunstanciales de consolidación, cuando no estuviera prevista la expropiación o demolición, según proceda, en un plazo de cinco años, a partir de la fecha en que se pretenda realizarlas. Tampoco estas obras podrán dar lugar a incremento del valor de expropiación.”

Así pues la LOUA:

- ✓ Parte del concepto inicial del régimen jurídico de fuera de ordenación, por disconformidad sobrevenida con el nuevo planeamiento.

Es lo que algunos autores⁵ denominan el “modelo de derecho transitorio”, en el que, ante la aprobación de un nuevo planeamiento, se hace prevalecer el interés público frente al derecho de los propietarios a las edificaciones, construcciones e instalaciones legales existentes.

- ✓ Mantiene el régimen de “deslegalización” de este régimen jurídico, al remitir la definición del contenido del mismo a los instrumentos de planeamiento, tal como ya hacía el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992,
- ✓ Contempla la ampliación de la situación legal de fuera de ordenación, de forma que tendrán este régimen no ya solamente para las edificaciones o instalaciones erigidas legalmente con anterioridad al nuevo planeamiento que resulten disconformes con el mismo, sino aquellas erigidas de forma ilegal o clandestina en suelo no urbanizable contra las que ya no sea legalmente posible actuar por haber transcurrido los plazos legalmente establecidos para ello.

Esto supone una novedad normativa que pretende dar respuesta a aquellas edificaciones e instalaciones que, no siendo legalizables, tampoco pueden ser demolidas por la prescripción de la acción administrativa conducente a la restitución del ordenamiento urbanístico

⁵ Así lo expresa Álvaro CORTÉS MORENO, en su artículo “El régimen jurídico de la situación legal de fuera de ordenación. La declaración en situación de asimilación a la de fuera de ordenación en el derecho urbanístico andaluz”, publicada en LA LEY PRÁCTICA URBANÍSTICA num. 109, de noviembre de 2011, citando a CUERNO LLATA, José Ramón, en otro artículo, publicado en la misma revista, num. 54, de noviembre de 2006, titulado “Algunos aspectos del régimen de fuera de ordenación en la Ley de Ordenación Territorial y régimen urbanístico de Cantabria”.

vulnerado. La solución del legislador es aplicarles el régimen de fuera de ordenación, es decir, “asimilar” su régimen jurídico a la situación legal de fuera de ordenación. La LOUA abre, por tanto, la puerta a lo que más tarde se ha denominado la situación de “asimilado a fuera de ordenación”.

Algunos autores entienden que es injusto aplicar el mismo régimen (el de fuera de ordenación) a una construcción que en su día fue conforme a la ordenación urbanística, que a aquellas otras construidas al margen de la legalidad urbanística y que devienen en inatacables como consecuencia de la inactividad de la Administración, por el simple transcurso del tiempo. Para ellos⁶, a estas últimas construcciones habría que aplicarles el régimen de fuera de ordenación total, por resultar un régimen más severo, en tanto que solo resultan autorizables las obras de mera conservación y mantenimiento, no permitiéndose las de mejora o consolidación.

- ✓ Establece unas reglas supletorias, ante la falta de regulación expresa por parte de los instrumentos de planeamiento, con un régimen restrictivo, en el que solamente se permiten obras de reparación y conservación para conservar la habitabilidad o el uso conforme al destino, salvo que en los próximos cinco años no esté contemplada la expropiación o demolición, en cuyo caso se podrán realizar también obras parciales y circunstanciales de consolidación; en ambos casos sin aumento del valor expropiatorio.

3. LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS EDIFICACIONES ASIMILADAS AL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AL SUELO NO URBANIZABLE

3.1. El Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía de 16 de marzo de 2010.

En desarrollo de la puerta abierta por el la Disposición Adicional Primera de la LOUA, y siete años después de publicarse misma, la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, aprobó el Reglamento de Disciplina

⁶ Así lo pone de manifiesto María Aranzazu GARCÍA GARRO, en su artículo “Alcance de la situación de fuera de ordenación”, publicado en la Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación num 27, citando a autores como LOPEZ PEREZ, Fernando, y CABALLEIRA RIVERA, María Teresa.

Urbanística de esta Comunidad Autónoma, mediante el Decreto 60/2010, de 16 de marzo; incorporando en el mismo, en su art. 53, la “declaración en situación de asimilación a la de fuera de ordenación”⁷

En la redacción inicial de este artículo⁸, se daba un paso más hacia la extensión del régimen jurídico de fuera de ordenación, al contemplarse la aplicación de esta situación legal no solamente a las obras, instalaciones, construcciones y edificaciones ilegales respecto de las que ya no puedan adoptarse medidas de protección de la legalidad urbanística por haber transcurrido los plazos previstos en la LOUA, sino también a aquellas otras en las que exista “imposibilidad legal o material de ejecutar la resolución de reposición de la realidad física alterada”

Como vemos, partiendo de un concepto inicial de edificaciones e instalaciones legales que, fruto de la libertad del redactor del planeamiento, han devenido en incompatibles con las nuevas determinaciones del mismo y, por tanto, tendentes a desaparecer en el tiempo; hemos pasado a extender esta situación legal para aquellas otras edificaciones e instalaciones que nacidas desde la más absoluta ilegalidad, ante la pasividad e impotencia de las Administraciones competentes para evitar su ejecución material y su consolidación, perduran en el tiempo.

Sin entrar a calificar esta evolución de la figura del fuera de ordenación, se constata que la misma ha servido al poder legislativo primero y al ejecutivo después, para dar respuesta a las patologías urbanísticas generadas, no ya solamente por la pervivencia de situaciones contrarias al ordenamiento jurídico fruto de infracciones urbanísticas, sino incluso ante la imposibilidad legal o material de ejecutar las propias resoluciones administrativas y judiciales en materia de disciplina urbanística.

En este marco, cabe señalar que el Reglamento, como no podía ser de otra forma por el principio de jerarquía normativa, vuelve a remitir, en el apartado 3 del art. 53, a los instrumentos de planeamiento general la regulación concreta del desarrollo, ordenación y destino de las obras, instalaciones, construcciones o edificaciones afectadas por la declaración de asimilado a la situación de fuera de ordenación. Es decir, es el planeamiento de cada municipio el que establecerá las reglas, y, solamente en su

⁷ Denominación más tarde modificada por la “Declaración en situación de asimilado al fuera de ordenación”

⁸ Más tarde reformado mediante el Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía y el Decreto 327/2012, de 10 de julio, de la misma Consejería, por el que se modifican diversos Decretos para su adaptación a la normativa estatal de transposición de la Directiva de Servicios.

defecto, se aplicarán las normas previstas subsidiariamente por la LOUA y por su Reglamento de Disciplina Urbanística⁹.

Y esto es importante señalarlo puesto que, si la deslegalización de la regulación de la situación de fuera de ordenación parece lógica cuando estamos hablando del concepto primigenio de la misma, esto es, de las edificaciones e instalaciones legales que por decisión del planeamiento han pasado a ser incompatibles con el mismo y, por tanto, tendentes a desaparecer (si el plan decidió su desaparición, que el plan regule su régimen jurídico específico); no parece tan lógico que el planeamiento decida el régimen jurídico de esas otras edificaciones surgidas al margen de la legalidad y que perduran por la pasividad, incompetencia o impotencia de las Administraciones encargadas de haber evitado su consolidación.

En este sentido, algunos autores como Jaume MUNAR FULLANA¹⁰ defienden que *“se debería clarificar la casuística que generan las infracciones urbanísticas referentes al incumplimiento del uso de la edificación con relación a la planificación de forma expresa, a fin de que no se requiriese acudir a interpretaciones adicionales que indujeran a confusión”*.

Pero ¿cuál es esta regulación subsidiaria, a falta de determinaciones del planeamiento general que contempla la normativa autonómica? El Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, tras las reformas sufridas, ha establecido las siguientes reglas:

1.- La situación de “asimilado al fuera de ordenación” debe ser “declarada” formalmente mediante un procedimiento específico.

Frente a la situación normal de fuera de ordenación, que se produce sin necesidad de declaración formal e individual expresa por la mera aprobación del planeamiento que convierte en incompatible la obra o edificación contraria a sus previsiones; la situación de asimilado, fruto de la prescripción de la acción de restitución de la legalidad urbanística o de la imposibilidad legal o material de ejecutar

⁹ Como destaca GALLEGO ALCALÁ en su *“Breve aproximación al art. 53 del Reglamento de Disciplina Urbanística”*, publicado en El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados núm. 23, de 2011, *“en cualquier caso debe presidir la prudencia respecto de los usos y autorizaciones en situación de asimilación de fuera de ordenación pues el Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de junio de 2008 (LA LEY 96651/2008), se ha manifestado anulando determinados artículos de un Plan General de Ordenación Urbana Municipal por extralimitación del concepto de obras en los edificios fuera de ordenación, respecto de las que se establecen tanto en la normativa autonómica como estatal”*.

¹⁰ En su artículo *“Edificios e Instalaciones Fuera de Ordenación: Estudio de Conjunto y Aplicación Práctica”*, publicado en la Revista de Derecho Urbanístico num. 220 de 2005.

dicha restitución, debe ser declarada expresamente por la Administración para cada supuesto, de oficio o a instancia de parte.

2.- Previamente a la declaración de asimilado a fuera de ordenación, el interesado deberá haber satisfecho íntegramente la indemnización por equivalencia fijada por la Administración.

Esta fórmula, incorporada por el Reglamento al ámbito de la disciplina urbanística, se produce en los casos de imposibilidad legal o material para ejecutar la reposición. Este concepto ya había sido delimitado en el ámbito de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativa, en la interpretación del artículo 105 de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Dicha indemnización por equivalencia, introducida como decimos por este Reglamento por aplicación del principio de proporcionalidad en materia de disciplina urbanística, debe calcularse en función del aprovechamiento urbanístico materializado sin título y será independiente de las sanciones por infracciones urbanísticas, que en su caso procedan; y será determinada en la resolución que ponga fin al procedimiento de legalización, conforme a la previsión del apartado 4 del art. 48 de este Reglamento.

Hay que señalar, por lo que indicaremos más adelante, que dicho art. 48 al que nos referimos impide que se aplique el principio de proporcionalidad a los supuestos del art. 185.2 de la LOUA, supuestos entre los que se incluyen las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable y en terrenos calificados como suelo no urbanizables de especial protección; por lo que, en principio, en estas situaciones no sería de aplicación el régimen de asimilados a fuera de ordenación, al no prescribir la acción de restitución ni poder satisfacerse la indemnización por equivalencia.

3.- La resolución declarando la edificación como asimilada a fuera de ordenación se adoptará por el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, y previo informe jurídico y técnico de los servicios administrativos correspondientes¹¹

Para que dicha resolución se produzca, exige el Reglamento que se identifique suficientemente la edificación, indicándose el número de finca registral sobre la que se encuentra aquella –si estuviese inscrita en el Registro de la Propiedad– y su referencia catastral o, en su defecto, mediante cartografía oficial georreferenciada.

¹¹ La regulación normativa del reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación contenida en el apartado 4 del art. 53 del RDUa fue objeto de reforma a través del Decreto 327/2012, de 10 de julio, por el que se modifican diversos Decretos para su adaptación a la normativa estatal de transposición de la Directiva de Servicios.

Es decir, se trata de localizar con claridad la edificación en los registros públicos, para dotar de seguridad jurídica a los ciudadanos que deseen conocer la situación de la misma.

4.- Para obtener la declaración, es preciso además acreditar la fecha de terminación de la instalación, construcción o edificación, así como su aptitud para el uso al que se destina. Para ello, será preciso presentar la documentación técnica descriptiva del inmueble, acreditando la fecha en que el mismo se considera terminado y la aptitud o idoneidad para el uso al que se destina. Dicha documentación técnica deberá estar visada por el Colegio Profesional cuando así lo exija la normativa estatal de aplicación.

En cuanto a la terminación de la obra, cabe preguntarse por el momento en que legalmente puede considerarse culminada la misma, o, al menos apta para el uso al que va a destinarse. Pues bien, el apartado 1 del art. 40 del Reglamento establece los requisitos para considerar una obra terminada cuando la misma ha obtenido previamente una licencia (visado del certificado final de obras, o licencia de ocupación o utilización). Pero si la obra, por el contrario, no ha obtenido previamente licencia -como puede ser el caso más frecuente que nos ocupe cuando estamos hablando de la situación de asimilado a fuera de ordenación por prescripción de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística- la carga de la prueba recae sobre el infractor: es éste quien debe aportar los documentos que acrediten la antigüedad de la edificación de forma fehaciente.

En efecto, el apartado 2 del mismo art. 40 contempla que *“en el caso de las obras sin licencia será admisible para determinar su fecha de terminación cualquier medio de prueba. La carga de la prueba de su terminación corresponderá al titular de las obras quien, en su caso, deberá desvirtuar las conclusiones que resulten de las comprobaciones realizadas por los servicios técnicos correspondientes. Tales obras se considerarán terminadas cuando estén ultimadas y dispuestas a servir al fin previsto, sin necesidad de ninguna actuación material posterior referida a la propia obra, salvo las posibles obras de adaptación de algunos locales. Se considerarán igualmente terminadas cuando así se lo reconozca de oficio el órgano que incoe el procedimiento, previo informe de los servicios técnicos correspondientes”*.

La cuestión de la fecha de terminación de las obras no es baladí, en tanto inicia los plazos para el cómputo de la prescripción de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística. Recordemos que este cómputo se inicia, en el caso de obras sin licencia, desde la efectiva finalización de las obras o desde que la Administración hubiere podido incoar los correspondientes procedimientos de restitución en base a los signos externos advertidos. Y en el caso de obras con licencias ilegales, desde la

anulación de la licencia por medio de resolución administrativa firme o sentencia judicial firme, en su caso.

Más compleja es la cuestión de la imposibilidad legal de restituir el orden urbanístico vulnerado. La prescripción del derecho a exigir la restitución, por transcurso del plazo legalmente establecido para hacer cumplir las resoluciones administrativas dictadas en este sentido, ha sido objeto de análisis por parte de la jurisprudencia, resaltando aquí que el Tribunal Supremo, en Sentencias de 17 de febrero de 2000 y de 25 de noviembre de 2009, parece inclinarse por considerar que el plazo del que goza la Administración para hacer cumplir su resolución de restitución es de quince años, conforme al régimen de prescripción de las acciones personales previsto en el art. 1964 del vigente Código Civil.

En cuanto a la aptitud para el uso al que se destina, la documentación técnica que se presente para obtener la declaración de asimilado a fuera de ordenación, deberá especificar si se cumplen las condiciones de habitabilidad y seguridad necesarias para el adecuado uso de la instalación. Ello puede suponer un problema, dado que determinadas edificaciones muy antiguas, si bien están siendo utilizadas para determinado uso, no reúnen las condiciones de habitabilidad exigidas por la normativa actual (accesibilidad, salubridad, etc.), siendo necesario realizar las obras de reparación o conservación que exija el estricto mantenimiento de las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad del inmueble, obras que solamente están permitidas una vez otorgado el reconocimiento (según la literalidad del último párrafo del apartado 4 del art. 53 del Reglamento).

En este sentido, el apartado 6 del art. 53 al que nos venimos refiriendo, establece que la Administración actuante, previo informe de los servicios técnicos y administrativos correspondientes, podrá ordenar la ejecución de las obras que resulten necesarias para garantizar dicha seguridad, salubridad y ornato, “incluidas las que resulten necesarias para evitar el impacto negativo de la edificación sobre el paisaje del entorno”. Es decir, si la edificación no reúne en el momento de solicitar la declaración de asimilado a fuera de ordenación, las debidas condiciones de salubridad, seguridad y ornato, la Administración actuante puede ordenar, en dicha declaración, la ejecución de determinadas obras para conseguir alcanzar dichas condiciones, incluso para adecuar la edificación al paisaje del entorno.

5.- Pero, además, dichas condiciones deben quedar inscritas en el Registro de la Propiedad en el caso de que el interesado pretenda la inscripción del inmueble en el mismo.

Así, el apartado 5 del mencionado art. 53 del Reglamento, establece que *“la resolución de reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación será necesaria, en todo caso, para la inscripción de la edificación en el Registro de la Propiedad, en la que se deberá indicar expresamente el régimen jurídico aplicable a este tipo de edificaciones, reflejando las condiciones a las que se sujetan la misma”*.

Esto es, entre las condiciones a que se sujetan estas edificaciones, puede encontrarse la realización de determinadas obras en un determinado plazo, con advertencia de caducidad de la declaración de asimilado.

Para concluir este apartado, hemos de poner de manifiesto que entendemos que la declaración de asimilado a fuera de ordenación debe ser un acto administrativo tan motivado como las propias decisiones del Plan General, puesto que ambos tienen los mismos efectos respecto al régimen jurídico en el que sitúan a estos inmuebles. No queremos decir con ello que se aplique este procedimiento de forma restrictiva, puesto que, en la línea definida por la propia Exposición de Motivos del Reglamento hay que afrontar la regulación del problema con un tratamiento generoso, pero sí debemos aplicar el procedimiento de declaración de asimilado a fuera de ordenación con rigurosidad, analizando las condiciones concurrentes en cada caso.

En efecto, la Exposición de Motivos del Reglamento de Disciplina Urbanística de 2010 *“aspira también este Reglamento a proporcionar soluciones útiles en la práctica, afrontando la regulación de problemas necesitados de un tratamiento generoso, como sucede con las figuras del cumplimiento por equivalencia de la resolución acordando la reposición de la realidad física alterada, o con la extensión del régimen propio de la situación de fuera de ordenación a otras ontológicamente asimilables, en todo caso, sin perjuicio de la ordenación que pueda acordar la Administración local en el ejercicio de su potestad de planeamiento”*.

Esto es, el Reglamento apuesta por la regularización de una situación de hecho que no sido abordada con eficacia por las Administraciones públicas con responsabilidad en materia de disciplina urbanística, y lo hace con criterio práctico, intentando facilitar la cobertura normativa a situaciones enquistadas que situaban determinadas edificaciones en un limbo jurídico. Otra cosa es que ello se haya conseguido, como veremos más adelante.

3.2. El Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

El Decreto 2/2012, partiendo de la existencia en el suelo no urbanizable de edificaciones en diferentes situaciones por su origen, características, ubicación, uso etc., intenta regular el régimen urbanístico y el tratamiento de las mismas, reconociendo su situación jurídica y satisfaciendo el interés general que representa la preservación de los valores propios de esta clase de suelo.

Hay que tener en cuenta, para comprender el alcance de este Decreto, que no se trata de un Reglamento general sobre el régimen del suelo no urbanizable, y, lógicamente conforme a su naturaleza meramente reglamentaria, no puede contener normas contrarias a lo dispuesto por la propia LOUA. Tampoco, pese a las expectativas generadas con su aprobación, el Decreto puede suponer una “amnistía” ni una regularización indiscriminada de las edificaciones y asentamientos urbanísticos que han proliferado en el suelo no urbanizable en los últimos años.

Lo que si supone el Decreto es un intento de clarificación y regularización de este tipo de edificaciones, propósito logrado con mayor o menor acierto.

Analicemos algunas de las decisiones contenidas en esta norma de rango reglamentario:

1.- La primera premisa para aplicar el régimen jurídico previsto en el Decreto 2/2012 es la identificación de los asentamientos y edificaciones existentes en el suelo no urbanizable en cada término municipal.

Para ello, cada Ayuntamiento debe tener identificados los mismos a través de su Plan General de Ordenación Urbanística, bien mediante una revisión del mismo o bien mediante la aprobación de un Avance¹², con carácter de Ordenanza, en el que se definan sobre el terreno las tres situaciones en que se pueden encontrar las edificaciones en esta clase de suelo: edificaciones aisladas, asentamientos urbanísticos o hábitats rurales diseminados.

¹² Salvo que declaren expresamente la innecesidad del Avance, conforme al apartado 3 del art. 4 del Decreto 2/2012 que nos ocupa; artículo que fue reformado por la Disposición Final Tercera del Decreto 36/2014, de 11 de febrero, por el que se regula el ejercicio de las competencias de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

Este proceso, más o menos laborioso en función de las características de cada término municipal, puede demorar la aplicación práctica de la regularización prevista en el Decreto.

Del resultado de esta identificación dependerá el régimen jurídico aplicable a cada edificación situada en suelo no urbanizable; por lo que resulta de vital importancia que el proceso de análisis se realice con la máxima participación ciudadana y máximo conocimiento por las partes afectadas.

2.- En segundo lugar, el Decreto contempla la necesidad de regular unas normas mínimas de habitabilidad y salubridad de estas edificaciones en suelo no urbanizable. La mera existencia de la edificación no justifica su plena habilitación para el uso al que se destina, si no se cumplen unos mínimos condicionantes.

Para ello, los municipios, en ausencia de disposiciones al respecto en su planeamiento general, deben redactar y aprobar Ordenanzas Municipales para regular estas normas mínimas, conformes a los criterios marcados por la Consejería competente a través de Normas Directoras para la Ordenación Urbanística.

Muchos han sido los municipios que, desde la entrada en vigor del Decreto 2/2012, han aprobado sus Ordenanzas Municipales al respecto, siguiendo las directrices marcadas por la Orden de 1 de marzo de 2013, por la que se aprobaron las “Normativas Directoras para la Ordenación Urbanística en desarrollo de los artículos 4 y 5 del Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía”

3.- Por otra parte, el Decreto 2/2012 distingue los asentamientos urbanísticos procedentes de parcelaciones urbanísticas ilegales según su grado de consolidación, considerando:

- a) aquellos que no han alcanzado el grado de consolidación suficiente para considerarse como un auténtico asentamiento urbanístico, en cuyo caso las edificaciones podrán ser consideradas aisladas, y aplicárseles el régimen jurídico del Capítulo II del Decreto, que más adelante veremos.

En estos casos el Decreto no admite que estas edificaciones aisladas sean reconocidas en situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación, salvo que se haya procedido a la reagrupación de parcelas conforme a lo previsto en el art. 183.3 de la LOUA.

b) aquellas parcelaciones que se han consolidado como un auténtico asentamiento urbanístico, en cuyo caso, el planeamiento urbanístico general deberá articular los mecanismos de su integración en la ordenación urbanística, conforme a las normas contenidas en el Capítulo III del Decreto, siempre que sean conformes con el modelo territorial y urbanístico contenido en dicho planeamiento.

4.- Respecto a las edificaciones aisladas, el Capítulo II del Decreto, viene a distinguir según las mismas sean conformes o disconformes con la ordenación territorial.

Las edificaciones conformes, a su vez, pueden haberse construido con o sin licencia urbanística (o contraviniendo las condiciones de la licencia). Estas edificaciones podrán obtener licencia de ocupación o utilización, con la particularidad de que las construidas sin licencia deberán obtenerla, aunque haya caducado la acción de restablecimiento, salvo si son anteriores a la entrada en vigor de la Ley del Suelo de 1975, en cuyo caso solamente necesitarán una certificación urbanística.

Por su parte, las disconformes pueden ser de tres tipos:

- a) Las que se encuentran en situación legal de fuera de ordenación, construidas con licencia conforme a la ordenación anterior (el clásico modelo de derecho transitorio). Si son anteriores a 1975 pueden obtener certificación administrativa de esta situación legal. Estas edificaciones pueden obtener licencia de ocupación o utilización si mantienen el uso originario o el nuevo uso es compatible con la ordenación.
- b) Las que se encuentran en situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación, por haberse construido sin licencia o contraviniendo la misma, pero contra las que ya no cabe actuar por haber prescrito la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística. Deben estar terminadas y dispuestas para el uso, ser declaradas en situación de asimilado a fuera de ordenación, pero no pueden obtener licencia de ocupación o utilización.
- c) Las construcciones ilegales sobre las que todavía cabe adoptar medidas de protección de la legalidad urbanística.

El Decreto 2/2012, en cuanto a las edificaciones aisladas, regula especialmente el régimen jurídico de las edificaciones en situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación, estableciendo las obras permitidas en las mismas, aunque denegándoles la

posibilidad de alcanzar la plena legalidad mediante el otorgamiento de licencias de ocupación o utilización.

Varias cuestiones queremos resaltar respecto al régimen previsto para estas edificaciones aisladas:

- Las edificaciones ilegales situadas actualmente en suelos no urbanizables de especial protección, podrán ser consideradas también en situación de asimilado a fuera de ordenación, si al momento de construirse el suelo no estaba especialmente protegido y hubiesen transcurridos los plazos para el restablecimiento de la legalidad antes de entrar en vigor su régimen de protección.

Esta regulación clarifica bastante la situación jurídica de este tipo de edificaciones, afectadas por protecciones sobrevenidas, fuente de numerosos conflictos en la práctica administrativa.

- Las edificaciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley del Suelo, construidas sin licencia, se asimilarán a las que obtuvieron licencia si mantienen el uso y las características tipológicas que tenían a la entrada en vigor de la citada Ley y no se encuentran en ruina.

Según explica la Exposición de Motivos del Decreto 2/2012, se determina esta fecha por ser esta Ley la que estableció el régimen de licencia para las edificaciones en suelo no urbanizable que persiste en la actualidad en Andalucía.

Entendemos que aquellas que no mantengan el uso y las características tipológicas que tenían en 1975 (por haber sufrido reformas), entrarán en el concepto de asimilado a fuera de ordenación, siempre que se hubiere agotado el plazo para adoptar medidas de protección.

- Una vez reconocida formalmente la situación de asimilado, si bien no se puede obtener una licencia de ocupación o utilización, como decíamos, sí es posible autorizar obras de reparación y conservación para el mantenimiento de las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad del inmueble, y, excepcionalmente, acometida a los servicios básicos de abastecimiento de agua, saneamiento y energía eléctrica por

compañía suministradora, siempre que estos estén accesibles, las compañías suministradoras acrediten la viabilidad de la acometida y no induzcan a la implantación de nuevas edificaciones.

Respecto a esta cuestión, que abordaremos más adelante, indicar ahora que se contempla que la resolución de reconocimiento será exigible por las compañías suministradoras para la contratación de los servicios.

- Por último, el Decreto 2/2012 contempla que en caso de que la resolución de reconocimiento de la situación de asimilado fuese denegatoria se advertirá al interesado que la edificación no puede ser utilizada y “el Ayuntamiento adoptará las medidas de protección de la legalidad urbanística y de restablecimiento del orden jurídico infringido que proceda”.

Esta última obligación municipal no parece muy coherente con la esencia misma de la situación de asimilado al fuera de ordenación -donde es precisamente el transcurso del plazo para poder adoptar las medidas de restitución, la que motiva la propia condición de asimilado-, por lo que entendemos que los inmuebles para los que se desestime el reconocimiento de esta figura jurídica, deben quedar en la misma situación de aquellos para los que sus propietarios no han llegado a instar dicho reconocimiento.

5.- En cuanto a los asentamientos urbanísticos existentes en suelo no urbanizable, el Decreto contempla su posible incorporación a la ordenación urbanística, bien con ocasión de la redacción del PGOU o mediante su revisión total o parcial.

La incorporación a la ordenación urbanística significa la desclasificación de estos ámbitos territoriales de su originaria consideración como suelo no urbanizable, para pasar a ser clasificados como suelos urbanos o urbanizables –ordenados o sectorizados-, en función del grado de consolidación por la edificación y de su cercanía a núcleos existentes.

Sobre esta cuestión es preciso señalar:

- El Decreto impone ciertas limitaciones a la hora de considerar un asentamiento urbanístico como susceptible de ser incorporado a la ordenación urbanística. Especialmente, veta esta posibilidad a los suelos no urbanizables que gocen de una especial protección, salvo contadas

excepciones (desaparición de valores, compatibilidad con planificación territorial, etc.)

- La incorporación al PGOU de los asentamientos urbanísticos exige la posterior implantación de las dotaciones y servicios básicos necesarios para alcanzar la categoría de suelo urbano consolidado, así como de las infraestructuras exteriores necesarias para la conexión con las existentes en el municipio.

Este es el principal caballo de batalla que nos encontramos a la hora de considerar un conjunto de edificaciones como asentamientos urbanísticos o, por el contrario, edificaciones aisladas; puesto que la primera de las categorizaciones supone para los propietarios de edificaciones situadas en asentamientos urbanísticos, la realización de una importante inversión en implantación de dotaciones y servicios básicos, debiendo costear las infraestructuras exteriores para conectar el asentamiento con el resto de los servicios propios de la ciudad; e incluso realizar determinadas cesiones de suelo para cumplir los estándares urbanísticos, salvo que excepcionalmente puedan resultar exentos de esta obligación cuando no sea posible técnicamente el cumplimiento de los mismos.

Sin embargo, el propietario de una edificación considerada como aislada, no es penalizado de esta forma por el Decreto, sino que simplemente debe ejecutar las obras necesarias para el mantenimiento de las debidas condiciones de habitabilidad, seguridad y ornato de su propia vivienda.

Ello invita a los municipios a ser cautos a la hora de delimitar en sus Avances de Planeamiento y revisiones de PGOU, los distintos asentamientos urbanísticos, y de incluirlos en el inventario de asentamientos previstos en el art. 14 del Decreto, pues sujetan a los propietarios de edificaciones en los mismo, a una serie de gastos de urbanización, de los que están exentos los propietarios de edificaciones aisladas.

El PGOU deberá definir el régimen aplicable a los asentamientos que no se integren en la ordenación propuesta por resultar incompatibles con el modelo urbanístico; que básicamente será el propio de las edificaciones aisladas declaradas como asimiladas a fuera de ordenación, objeto del presente trabajo.

6.- Por último, respecto a los hábitats rurales diseminados, no entraremos en su estudio por tratarse de ámbitos territoriales en los que, una vez definidos, no juegan los mecanismos de fuera de ordenación o asimilados a dicha situación legal.

Solamente destacar aquí que estos ámbitos territoriales se asemejan a los asentamientos urbanísticos en que los propietarios de edificaciones deben costear las obras ordinarias de urbanización, si bien su propia naturaleza rústica les impide cualquier desarrollo no vinculado a las explotaciones agropecuarias.

3.3. La Ley 2/2012, de 30 de enero, de modificación de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía

La reforma operada en la LOUA a través de la Ley 2/2012, de 30 de enero, afecta, entre otras cuestiones, a la materia que nos ocupa en el presente trabajo.

En efecto, esta reforma introduce las siguientes modificaciones que inciden en la situación de fuera de ordenación y asimilados a dicho régimen jurídico:

a.- Introduce un tercer párrafo en el apartado b) del artículo 34 de la LOUA, que establece:

“Para las instalaciones, construcciones y edificaciones realizadas al margen de la legalidad urbanística para las que no resulte posible adoptar las medidas de protección de la legalidad urbanística ni el restablecimiento del orden jurídico perturbado, reglamentariamente podrá regularse un régimen asimilable al de fuera de ordenación, estableciendo los casos en los que sea posible la concesión de autorizaciones urbanísticas necesarias para las obras de reparación y conservación que exijan el estricto mantenimiento de las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad del inmueble”.

Añadiéndose además un nuevo apartado 2 al artículo 34 del siguiente tenor literal:

“2. Para la efectiva incorporación al proceso urbanístico de actuaciones irregulares será necesario, junto a la aprobación del instrumento de planeamiento que contenga determinaciones que supongan dicha incorporación, el cumplimiento de los deberes y cargas que dicho instrumento de planeamiento contenga, en la forma y plazos que éste establezca”.

Pretende esta modificación legislativa, por tanto, ofrecer cobertura legal a la figura del asimilado al fuera de ordenación para las edificaciones ilegales para las que no se puedan adoptar medidas de protección de la legalidad, problemática ya apuntada desde la Disposición Adicional Primera de la LOUA.

Pero se preocupa esta reforma de la LOUA de que la incorporación a la ordenación urbanística de estas edificaciones tengan que hacerse con las debidas garantías, para que los infractores accedan a la regularización de sus inmuebles al menos en similares circunstancias que aquellos que realizaron sus edificaciones al amparo de las preceptivas licencias.

b.- Incorpora una nueva disposición adicional duodécima, relativa a edificaciones anteriores a la Ley 19/1975, de 2 de mayo, indicando:

“Las edificaciones aisladas en suelo no urbanizable, construidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, y que no posean licencia urbanística municipal para su ubicación en esta clase de suelo, se asimilarán en su régimen a las edificaciones con licencia siempre que estuvieran terminadas en dicha fecha, sigan manteniendo en la actualidad el uso y las características tipológicas que tenían a la entrada en vigor de la citada Ley y no se encuentren en situación legal de ruina urbanística”.

Como vemos, se trata de prestar cobertura legal a lo dispuesto por el Decreto 2/2012, de rango reglamentario, el cual no había entrado en vigor todavía.

c.- Por último, la Disposición transitoria tercera de la propia Ley 2/2012, de 30 de enero, establece unas medidas de carácter temporal para garantizar la habitabilidad de edificaciones existentes en suelo no urbanizable que constituyan la vivienda habitual de sus propietarios

Frente a la taxativa prohibición de contratar de forma definitiva los suministros de electricidad, agua, gas y telecomunicaciones, que el art. 175 de la LOUA imponía a las empresas suministradoras, en tanto los interesados no hubieren obtenido la licencia de ocupación o primera utilización; la Disposición transitoria tercera mencionada permite que, en tanto se tramita el procedimiento de reconocimiento y en su caso regularización de estas edificaciones, a los efectos de garantizar la habitabilidad en condiciones mínimas de salubridad de las viviendas habituales de sus propietarios ubicadas en suelo no urbanizable, puedan éstos contratar provisionalmente los servicios básicos con compañía suministradora.

Este es un paso importante, puesto que si la declaración de asimilado a fuera de ordenación no permite la concesión de licencias de ocupación o utilización, y ésta se mantiene como requisito legal necesario para la contratación definitiva de los suministros, no hubiese sido posible la contratación de éstos en inmuebles declarados en situación de asimilado a fuera de ordenación, con lo que, poco interés tendrán los

propietarios de aquellos en resolver el problema de la regularización urbanística de estas edificaciones si con ello no van a poder contratar legalmente los distintos suministros.

De esta forma, si se permite la contratación provisional mientras se tramita la solicitud de reconocimiento y regularización, se incentivará el interés de los propietarios en instar dicha regularización.

Para apremiar con mayor intensidad a los propietarios a que tomen dicha iniciativa, la Ley 2/2012 otorga un corto plazo de un año desde su entrada en vigor¹³, pasado el cual no se podrán conceder nuevas autorizaciones y cesará la contratación del suministro autorizado, salvo que con anterioridad a dicho plazo se haya resuelto favorablemente el reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación.

Ello nos lleva a abordar la importante cuestión de la licencia de ocupación o primera utilización, y sus efectos; tema que abordamos en el siguiente apartado.

4. LA LICENCIA DE OCUPACIÓN O PRIMERA UTILIZACIÓN. CONTRATACIÓN DE SUMINISTROS.

La licencia de ocupación o primera utilización de los inmuebles, se ha configurado tradicionalmente desde su introducción en el ordenamiento jurídico¹⁴ como el título habilitante para la ocupación de las viviendas o la primera utilización de los edificios.

Como destaca José Manuel BEJARANO LUCAS¹⁵ partiendo de la definición de este tipo de licencias como un acto administrativo de control previo o preventivo a través del cual la Administración municipal lleva a cabo una comprobación/fiscalización de que la edificación es conforme a la licencia de obras previamente concedida, así como el que el uso sea conforme a la normativa urbanística, en el Derecho urbanístico andaluz el concepto se encuentra en evolución, puesto que *“se prevé la posibilidad de su otorgamiento incluso en supuestos en que no existe licencia*

¹³ Entrada en vigor que se produjo el 28 de febrero de 2012, como se encargó de aclarar la Instrucción 1/2012 del a Dirección General de Urbanismo a los órganos urbanísticos de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda en relación con la entrada en vigor y aplicación de la Ley 2/2012, de 30 de enero, de modificación de la LOUA. Por tanto, el plazo para esta regularización sin corte de suministro expiró el 28 de febrero de 2013.

¹⁴ Reglamento de Obras, Servicios y Bienes Municipales de 1924.

¹⁵ En su artículo “La licencia de ocupación/utilización en el Derecho Urbanístico Andaluz”, publicada en la Revista CEMCI num. 18 de Enero-Marzo 2013.

de obras previa, si bien en consonancia con una constante doctrina jurisprudencial que admite tal posibilidad, (...) como en el Derecho urbanístico autonómico comparado en el que dicho control previo está pasando a configurarse como un control a posteriori, a través de una comunicación previa o una declaración responsable”.

En efecto, el art. 7 del Decreto 60/2010, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, contempla tanto el supuesto de existencia de licencia de obras previa como en el supuesto de que no exista tal licencia.¹⁶

Por su parte, el art. 13 de dicho Reglamento, en su nueva redacción tras el Decreto 327/2012, de 10 de julio, establece los requisitos para la obtención de este tipo de licencias, exigiendo un certificado, descriptivo y gráfico, suscrito por técnico competente y visado por el correspondiente Colegio profesional, cuando así lo exija la normativa estatal, en el que conste la terminación de la obra en fecha determinada, la descripción del estado de conservación del edificio y las instalaciones con que cuenta y acredite, en atención a las circunstancias anteriores, la aptitud del mismo para destinarse al uso previsto; así como la identificación catastral y registral del inmueble, y las condiciones urbanísticas vigentes.

Esto abre la puerta al otorgamiento de licencias de ocupación/utilización de edificaciones, instalaciones y construcciones ejecutadas sin previa licencia, con las consecuencias jurídicas que derivan de dicha licencia (contratación de suministros, acceso al Registro de la Propiedad, etc.), puerta que es cerrada por el apartado 2 del art. 8 del Decreto 2/2012, para las edificaciones declaradas en situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación en suelo no urbanizable.

Realmente, compartimos la opinión de Antonio CANO MURCIA¹⁷, en el sentido de que, a pesar de que el verdadero objeto del Decreto 2/2012 era posibilitar el acceso a la contratación de los servicios urbanísticos y dotar de infraestructuras básicas a las construcciones realizadas en suelo no urbanizable sin licencia urbanística y a las que le ha prescrito la infracción urbanística, el Decreto no acaba de resolver definitivamente la situación de estas edificaciones, al no permitir la obtención de la licencia de ocupación e incluso negar los accesos a los servicios básicos a inmuebles cuya infracción urbanística ha prescrito.

¹⁶ Novedad que aporta el RDUa derivada de una línea jurisprudencial que así lo venía defendiendo, en sentencias del Tribunal Supremo como las de 8 de noviembre de 2003 o 10 de marzo de 1999, entre otras).

¹⁷ Vertida en su acertado “Comentario crítico al Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía”, publicado en El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados nº 5 de 2012.

En efecto, para conseguir sus objetivos de regularización, el Decreto 2/2012, en sus arts. 3.1.B).a) y 7 permite clarificar la situación legal de fuera de ordenación en cuanto ceñida exclusivamente a las edificaciones y construcciones que partiendo de una situación de conformidad con la ordenación urbanística, pasen a ser disconformes total o parcial con la misma. Es el régimen primigenio de las edificaciones fuera de ordenación, como hemos visto. Para este tipo de edificaciones el Decreto admite la concesión de la licencia de ocupación o utilización, en dos casos diferenciados y separados, según se mantenga el uso originario –el que tenía y para el que se otorgó la licencia municipal de obras- o, en si no se mantiene dicho uso originario, sólo si el nuevo uso resulta compatible con la ordenación territorial y urbanística vigente.

Sin embargo, el Decreto impide, como decimos, la concesión de este tipo de licencias para las edificaciones que logran el reconocimiento de asimilados a fuera de ordenación (art. 8, apartado 6 citado).

A nuestro parecer, carece de sentido penalizar este tipo de edificaciones, inatacables mediante acciones de restablecimiento de la legalidad urbanística por transcurso del plazo para su ejercicio –o con imposibilidad material o jurídica para restituir dicha legalidad–, cuando la Administración dispuso de un amplio período de tiempo para exigir dicha restitución y por las circunstancias que sean, no lo hizo¹⁸.

Entendemos que si reúnen los requisitos exigidos por el Reglamento de Disciplina Urbanística, y se aportan los documentos previstos en el art. 13 del mismo, deberían obtener las licencias de ocupación/utilización en igualdad de condiciones que el resto.

Sin embargo, contraria a esta opinión es la línea jurisprudencial representada por sentencias del Tribunal Supremo como la de 3 de abril de 2000, que defiende que *“la construcción ilegal, transcurrido el plazo de cuatro años no por ello se transforma en legal y no puede amparar la persistencia de usos contrarios al plan (...) Esta Sala ha declarado en sentencia de 22 de diciembre de 1998 que “el hecho de que haya prescrito la infracción de la obra realizada sin licencia no significa que ello constituya a su vez impedimento legal para posibilitar la sanción del uso ilegal, con arreglo al planeamiento urbanístico, realizado en dicha construcción, porque el citado uso constituye, no una actividad transitoria como la construcción de edificios, sino una actividad permanente que se extiende en el tiempo mientras se esté realizando ese uso no permitido por la normativa urbanística”*

¹⁸ Como indica CANO MURCIA, op. cit, “esta prohibición (la de obtener licencia de ocupación) difícilmente puede entenderse cuando se permite el otorgamiento de licencia de ocupación o utilización para edificaciones construidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 19/1975 sin licencia urbanística (art. 6.3 y 4)

”El uso contrario –continúa la mencionada Sentencia- al plan en una edificación ilegal no puede adquirirse por prescripción, aunque haya caducado la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística infringida, por eso declara la sentencia de esta Sala de 20 de enero de 1999, que, si según el (...) Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales la licencia de primera ocupación tiene por objeto comprobar si el edificio puede destinarse a determinado uso, la denegación de esa licencia lleva consigo la imposibilidad de ocupar y usar el edificio. Sin embargo, ese control que ha de verificarse en la concesión de la licencia de primera ocupación es el que el citado precepto expresa, el relativo a que el uso corresponda al asignado a la zona en que se encuentra el edificio y a que éste reúna las adecuadas condiciones técnicas de seguridad y salubridad exigibles, no al de las circunstancias urbanísticas de la edificación sobre la que se realiza el uso (...) tratándose de licencia de primera ocupación esta Sala ha declarado que es la licencia de obras, que debe preceder a ella, donde la Administración ha de realizar ese control de adecuación de la obra a la legalidad urbanística, de forma que una vez concedida la licencia de obras en la primera ocupación ha de limitarse a verificar si la obra se ajusta a la licencia concedida, sin que pueda aprovechar la ocasión de pronunciarse sobre la licencia de primera ocupación para revisar las obras (sentencias de 10 de marzo de 1999 y 14 de diciembre de 1998). Si las circunstancias urbanísticas que debieron ser objeto de licencia de obras no pueden revisarse al examinar una petición de licencia de primera utilización, tampoco cabe denegar ésta cuando pese a haberse erigido una edificación sin licencia y en contra del planeamiento, ha caducado el plazo concedido a la Administración para el ejercicio de su potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística y el uso pretendido se encuentra entre los autorizados en la zona”.

Y concluye esta interesante Sentencia: *“La consecuencia expuesta no implica la legalización de la obra ejecutada, sino el mantenimiento del uso que de hecho ha estado llevándose a cabo en ella desde su construcción (...) puesto que, como ha declarado esta Sala en sentencia de 15 de febrero de 1999, “lo construido sin licencia y en contra de la normativa urbanística puede considerarse como fuera de ordenación, en el sentido de que no se ajusta a la legalidad urbanística, pero se diferencia (...) en que las obras eran ya ilegales en el momento mismo en que se estaban llevando a cabo”, por lo que “el transcurso del plazo de cuatro años desde la ejecución de las obras sin licencia o contrarias al planeamiento impide al Ayuntamiento la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística (...) pero no otorga al propietario de las mismas otras facultades que las inherentes al mantenimiento de la situación creada, esto es la de oponerse a cualquier intento de demolición de lo construido o de la privación del uso que de hecho está disfrutando”, siempre que este uso no se oponga al permitido por el plan para la zona de que se trata”.*

No obstante lo anterior, coincidimos con un amplio sector de la doctrina que entiende que no tiene sentido impedir la utilización de estos inmuebles, que no han sido demolidos en tiempo y forma, puesto que se estaría pretendiendo extender la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística más allá de los plazos legalmente establecidos para ello. Así, autores como Juan Francisco SÁNCHEZ GONZÁLEZ¹⁹ indican que *“en la situación de “fuera de ordenación” y en la situación asimilada, aunque es cierto que los derechos de los propietarios respecto a estos bienes inmuebles quedan limitados, en cuanto que sólo podrán realizarse las obras de reparación y conservación que exija la estricta conservación de la habitabilidad o la utilización de los mismos, más también es cierto que dichos bienes inmuebles pueden seguir siendo utilizados, pues qué sentido tendría permitir la existencia del edificio y negarle al propietario su uso”*.

Este argumento se encuentra respaldado por numerosas sentencias, como la de 30 de enero de 1988 (RJ 1998/589), que reconocen el derecho a la utilización de los inmuebles en situación legal de fuera de ordenación, estableciendo que *“la condición de fuera de ordenación no debe impedir el aprovechamiento óptimo del inmueble en utilización de las facultades que dimanar del derecho real que atribuye su uso y disfrute, siempre que con dicho aprovechamiento no sobrepasen los límites que establecen los preceptos de la legislación urbanística (...)”*.

Si esto es así para los inmuebles en situación de fuera de ordenación, también debería serlo para los que se encuentren en situación de asimilado a dicho régimen jurídico.

Compartimos, en este sentido, la idea plasmada por autores como María Teresa CARBALLEIRA RIVERA²⁰, refiriéndose a las edificaciones en situación legal de fuera de ordenación, cuando indica que *“habrá de estarse inicialmente a la finalidad misma de la institución, que no es otra que regular la situación provisional en la que deben conciliarse los diferentes intereses concitados sin que ello haya de entenderse como una prolongación irrazonable en el tiempo ni como una condena en tanto se dé su existencia; y, después, operar sobre situaciones que así lo exigen, evitando la utilización de esta figura con fines urbanísticos distintos”*, insistiendo en el idea de la necesidad de *“romper con el engaño de entender que tal calificación implica una condena en vida del edificio y de las posibilidades reales de aprovechamiento del*

¹⁹ En el artículo “La concesión de licencias de ocupación o utilización para las edificaciones en régimen de asimilado al de fuera de ordenación en Andalucía”, publicado en la Revista digital CEMCI num. 20, julio-septiembre de 2013.

²⁰ En su artículo “Edificios fuera de ordenación y obras permitidas”, publicado en la Revista de Derecho Urbanístico.

mismo por sus propietarios. Porque una cosa es que el edificio esté fuera de ordenación y otra, muy distinta, que no pueda utilizarse”.

En definitiva, siempre que se concilien los intereses públicos y privados en concurrencia, la asimilación al régimen de fuera de ordenación debe ser total, cualquiera que sea el origen de dicha situación, pues lo que debe quedar garantizado, en nuestra opinión, es que las edificaciones reúnan las debidas condiciones de habitabilidad – seguridad, salubridad y ornato- y para ello es preciso que puedan acceder a la contratación de los servicios y suministros; y que la Administración, en el proceso de reconocimiento de la situación de asimilado, pueda pronunciarse acerca de las obras necesarias para garantizar dichas condiciones y ordenar aquellas actuaciones precisas para conseguir las mismas, en su caso.

5.- INCIDENCIA REGISTRAL.

La resolución del reconocimiento de asimilado a fuera de ordenación tiene importancia a los efectos de inscripción de la edificación en el Registro de la Propiedad, siendo dicha resolución el documento que sustituirá a la licencia de ocupación o primera utilización.

En efecto, el apartado 5 del art. 53 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 2/2012 citado, establece que *“conforme a la legislación notarial y registral en la materia, la resolución de reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación será necesaria, en todo caso, para la inscripción de las edificaciones en el Registro de la Propiedad, en la que se deberá indicar expresamente el régimen jurídico aplicable a este tipo de edificaciones, reflejando las condiciones a las que se sujetan la misma.”*

Es decir, los notarios y registradores de la propiedad deben exigir, para la inscripción de estas edificaciones en situación de asimilado a fuera de ordenación, la aportación de la resolución municipal de reconocimiento, y reflejar las condiciones que se inserten en ésta, en la correspondiente escritura pública e inscripción notarial, respectivamente.

Algunos autores, como CANO MURCIA²¹, se cuestionan si dicha resolución es la misma a la que se refiere el art. 8.6 del Decreto 2/2012, o por el contrario según se pretenda inscribir la edificación en el Registro de la Propiedad o simplemente contratar

²¹ Op. cit.

los servicios básicos que se mencionan en el art. 8.5 del mismo Decreto, se solicitará al Ayuntamiento una u otra resolución de reconocimiento. Compartimos con este autor la interpretación de que se trata de una misma resolución con dos efectos (registral y de contratación de servicios).

Por otra parte, la Dirección General de Registros y Notariado, en Resoluciones de 17 y 20 de enero de 2012, se apresuró a indicar que los artículos 52 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, continuaban vigentes y, por tanto, no es necesario exigir, para practicar la inscripción registral, la declaración de reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación, bastando con el cumplimiento de los requisitos establecidos por dicha normativa (certificación o acta notarial de fecha de terminación de las obras, que por dicha fecha se deduzca la prescripción de la infracción y que no exista anotación preventiva de expediente disciplinario en la finca registral).

El marco legal de la formalización e inscripción de los actos de edificación nos viene dado por las siguientes normas:

1.- En Andalucía, el art. 176 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), exige para el otorgamiento de la escritura pública y ulterior inscripción registral:

- la aportación de la “preceptiva licencia urbanística”.
- certificación de técnico competente acreditativa de la finalización de las obras conforme al proyecto técnico objeto de licencia
- Tras la reforma de la LOUA operada por la Ley 2/2012 añade un nuevo apartado 3 al art. 176 , que establece que, el Notario podrá solicitar de la Administración competente información de la situación urbanística, de los deberes y obligaciones a cuyo cumplimiento estén afectadas, así como especialmente de su situación de fuera de ordenación.

2.- En desarrollo de la LOUA, el art. 27 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, aprobado por Decreto 60/2010, establecía como necesario para la formalización e inscripción registral de los actos de edificación, además del certificado técnico previsto en la LOUA, “la aportación de la preceptiva licencia de ocupación o utilización”, clarificando que la licencia a que se refiere el art. 176 de la LOUA es la de ocupación o utilización.

3.- Posteriormente, el art. 20 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, tras la nueva redacción dada por el Real Decreto Ley 8/2011, establece que, para la inscripción de las construcciones, edificaciones e instalaciones contra las que ya no proceda adoptar medidas de protección o restitución de la legalidad urbanística, la constancia registral de la terminación de la obra exigirá:

- que la escritura pública de declaración de obra nueva esté acompañada por certificación municipal o de técnico competente, acta notarial o certificación catastral, en la que conste la fecha de terminación de la obra.
- en el asiento de inscripción se dejará constancia de la situación de fuera de ordenación, para lo cual deberá aportarse el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación.
- los Registradores comunicarán al Ayuntamiento la inscripción realizada (régimen similar al previsto en el art. 54 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio citado).

Es decir, la normativa estatal no exige la obtención de la licencia de ocupación o utilización para la formalización e inscripción de este tipo edificaciones.

Actualmente, para la formalización e inscripción de obras nuevas que han contado con licencia de obras, las Notarías y Registros exigen la licencia de ocupación y utilización; y aquellas otras obras que no contaron con licencia de obras, tienen acceso mediante la presentación de la documentación prevista en el art. 20 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008, citado.

6.- CONCLUSIONES. LA NECESARIA REFORMA DE LA NORMATIVA

Como hemos podido comprobar analizando la evolución normativa de la situación legal de las edificaciones, construcciones e instalaciones declaradas como fuera de ordenación, y posteriormente, de las denominadas “asimiladas” a dicha situación legal, el legislador ha intentado regularizar una situación de hecho que a las Administraciones públicas se les ha ido de las manos, cual es la proliferación incontrolada de edificaciones en suelo no urbanizable, ejecutadas al margen de la legalidad urbanística y que, por el transcurso del tiempo y la inacción política y administrativa, se han consolidado agotándose los plazos legales para ejercer la acción

de restablecimiento de la legalidad urbanística; llegándose incluso a situaciones de imposibilidad legal o material de ejecutar dicho restablecimiento.

Sin embargo, por razones ajenas a las meramente urbanísticas, los objetivos planteados desde las distintas iniciativas normativas (reforma de la LOUA, institución de la figura del asimilado a fuera de ordenación en el art. 53 de la RDU, regulación específica para el suelo no urbanizable llevada a cabo a través del Decreto 2/2012), no han llegado a conseguirse de forma satisfactoria.

En efecto, factores como la presión social ejercida por terceros adquirentes de buena fe, permisividad municipal o autonómica ante la ejecución indiscriminada de edificaciones en el suelo no urbanizable dada su repercusión económica en el municipio, escaso arraigo social de los valores que se pretenden preservar con la protección del medio rural, entre otros; han llevado a una situación de hecho caracterizada por la existencia real de múltiples edificaciones construidas al margen de la legalidad urbanística, contra las que no se han materializado las medidas de restitución del ordenamiento urbanístico vulnerado.

Los distintos “parches normativos” que se han ido aplicando desde la Administración, no han venido a solucionar el problema, manteniendo estas edificaciones en un cierto “limbo jurídico”, donde no era posible su completa legalización, pero tampoco eran demolidas.

El intento de regularización operada a través del Decreto 2/2012, queda parcialmente frustrado por la dificultad de exigir a los propietarios de edificaciones integradas en asentamientos urbanísticos, en un momento de crisis económica como el actual, unos costes de urbanización –no solo de los servicios básicos de su vivienda y entorno, sino de las conexiones exteriores con las infraestructuras municipales-, tan elevados en algunos casos que el propietario prefiere no iniciar el proceso de regularización.

Un paso más en este proceso de regularización, lo encontramos en el Anteproyecto de ley de nueva modificación de la LOUA redactado en octubre de 2014 por la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía “para incorporar medidas urgentes en relación con las edificaciones construidas sobre parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable”, cuya tramitación se ha visto truncada por la disolución del Parlamento de Andalucía y la convocatoria de elecciones autonómicas. En la Exposición de Motivos de este Anteproyecto ya se reconoce, en referencia al Decreto 2/2012, que *“la aplicación de este Decreto se ha visto seriamente dificultada a la hora de establecer la regularización de las edificaciones construidas al margen de la legalidad y prescritas que se sitúan en*

parcelaciones urbanísticas de poca entidad o escasamente edificadas. Para estas edificaciones, el reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación está cuestionado por la imprescriptibilidad de la parcelación urbanística sobre la que se asientan, extendiendo la imprescriptibilidad a las propias edificaciones”.

La nueva modificación propuesta para la LOUA, en la redacción contenida en el Anteproyecto de Ley citado, tenía como objetivo eliminar la incertidumbre en que se encuentran estas edificaciones, separando claramente el acto edificatorio del acto parcelatorio, aunque manteniendo la imprescriptibilidad de la parcelación. Con ello, se pretendía avanzar en el proceso de regularización de muchas de estas edificaciones que no podían ser declaradas en régimen de asimilado a fuera de ordenación, por situarse en parcelaciones urbanísticas ilegales (en las que no prescribe la acción de restablecimiento del ordenamiento urbanístico perturbado), permitiéndose, a partir de que el texto legal sea reformado, dicha posibilidad.

Todos son pasos hacia la regularización de estas edificaciones, si bien, desde nuestro punto de vista, insuficientes porque son abordados desde la Administración con el recelo de no consagrar definitivamente situaciones surgidas de la más pura ilegalidad, ante la pasividad, dejación de funciones o negligencia –e incluso en algunas ocasiones, intervención delictiva- de la propia Administración.

Si las edificaciones no pueden ser legalmente demolidas, lo que hay que hacer es establecer los mecanismos para que cumplan las debidas condiciones de seguridad y habitabilidad, y puedan integrarse en el tráfico inmobiliario con las debidas garantías jurídicas. Y además de establecer estos mecanismos, dotar de los recursos suficientes a las Administraciones responsables para ponerlos en marcha con la debida eficacia.

7.- BIBLIOGRAFÍA

BEJARANO LUCAS, Juan Manuel. “La licencia de ocupación/utilización en el Derecho Urbanístico Andaluz”. *Revista digital CEMCI num. 18/2013.*

CANO MURCIA, Antonio “Comentario crítico al Decreto 2/2001, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía”. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados nº 5/2012.*

CARBALLEIRA RIVERA, María Teresa. “Edificaciones Fuera de Ordenación y Obras Permitidas. *Revista de Derecho Urbanístico* n° 214/2004. Pág. 11.

CORTÉS MORENO, Álvaro. “El régimen jurídico de las situación legal de fuera de ordenación. La declaración de asimilación a la de fuera de ordenación del derecho administrativo andaluz”. *La Ley. Práctica Urbanística* n° 109/2011.pág. 12 a20.

GARCIA GARRO, María Aránzazu “Alcance de la situación de fuera de ordenación”. *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* n° 27/2013. Págs. 153-174.

MUNAR FULLANA, Jaume. “Edificios e instalaciones fuera de ordenación: Estudio de conjunto y aplicación práctica.”. *Revista de Derecho Urbanístico*, n° 220/2005.

SANCHEZ GONZALEZ, Juan Francisco “La concesión de licencias de ocupación o utilización para las edificaciones en régimen asimilado al de fuera de ordenación en Andalucía”. *Revista Digital CEMCI* n° 20/2013