

LAS CONFESIONES RELIGIOSAS Y LOS BENEFICIOS FISCALES: EXENCIÓN EN EL IBI

Elba María GONZÁLEZ HERNÁNDEZ

*Técnico de Administración General del Servicio de Dirección.
Consortio de Tributos de Tenerife*

*Trabajo de evaluación presentado al Curso: El Impuesto sobre Bienes Inmuebles
desde la perspectiva catastral y tributaria. CEMCI Mayo 2016.*

SUMARIO:

1. Introducción.
2. Las confesiones religiosas y la exención del IBI.
3. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La crisis económica que se inició en España en el 2008, motivada por la crisis del sector inmobiliario (elevado número de viviendas construidas que no podían ser adjudicadas en venta por falta de demanda. La carencia de liquidez del sistema financiero y los problemas de financiación para constructoras y promotoras han propiciado la caída del sector inmobiliario, multiplicándose las ejecuciones hipotecarias de los bancos), la crisis bancaria (carencia de liquidez y reducción del crédito), el aumento del desempleo (las entidades financieras recortan el volumen del crédito, lo que provoca un estrangulamiento al tejido productivo español que se aprecia sobre todo en los sectores de la construcción y la industria), provocó el surgimiento de movimientos sociales como el del 15M y la aparición de nuevos partidos políticos.

En los programas electorales de estos nuevos partidos políticos se recogen propuestas que pretenden acabar con los “privilegios de la iglesia católica”, así destaca la Gaceta del 2 de Noviembre de 2015 que adelanta el borrador del programa electoral de PODEMOS con el siguiente titular “**Las propuestas contra la Iglesia de Podemos**” donde se significa que en su intento por reavivar el cariño de la izquierda más extrema, la formación **se radicaliza en sus posturas respecto a la Iglesia católica** y presenta un

borrador del programa electoral en el que se recogen propuestas que, en definitiva, responden a las viejas reivindicaciones del anticlericalismo radical. Una de estas propuestas es la **anulación del Concordato** que en 1953 España firmó con la Santa Sede y de los acuerdos de los años 1976 y 1979. Esta medida supondría la **eliminación de las capellanías y servicios religiosos** en instituciones públicas como hospitales, universidades, prisiones o embajadas, y permitiría el inventario y **recuperación de los bienes inmatriculados por la Iglesia**.

El Alcalde de Buenavista del Norte (Si se Puede) en el periódico Diario de Avisos del 1 de septiembre de 2012 declara que “el concordato que tiene firmado la Iglesia Católica con el Estado no es justo. Estamos en pleno siglo XXI, y pese a que dicen que la ley es igual para todos, existen confesiones religiosas que tienen determinados privilegios. Ese acuerdo recoge que hay ciertas propiedades de la Iglesia que se deben cobrar y Buenavista tiene fincas en producción y edificios que se encuentran abandonados o en uso, pero no tributan como el resto de ciudadanos. No es justo que la Iglesia esté exenta”.

El Alcalde de Valencia en una entrevista en el periódico ABC del 16 de octubre de 2015 expuso lo siguiente:

«**Nos parece bien que lugares de culto no paguen el Impuesto de Bienes Inmuebles (IBI)**, pero determinados negocios que están en manos de la iglesia tienen que hacerlo. El alcalde de Valencia, **Joan Ribó**, ha lanzado un aviso sobre su nueva política tributaria, que se enfoca ahora a la confesión católica. De acuerdo con un informe de Europa Laica, **en la ciudad de Valencia la iglesia cuenta con más de 1.280 propiedades**, de las cuáles el 18% están relacionadas con el culto y, según Ribó, quedarían exentas del pagar el IBI. La mayoría del resto de propiedades de la iglesia en la capital del Turia son viviendas, aparcamientos, **bajos comerciales u otros inmuebles por los cuales las entidades católicas no solo no pagan** esta tasa en virtud de acuerdo con la Santa Sede firmado en 1979, sino que en algunos casos se logran beneficios gracias al régimen de alquiler.

En una entrevista en el programa «**Más vale tarde**» de la Sexta, Ribó ha señalado que «no es razonable que en Valencia un parking de la iglesia, que es un negocio, no pague el IBI y el resto sí, porque está en condición ventajosa».

En el año 2012, Compromís **-entonces en la oposición-** pidió que la Iglesia tributara por sus inmuebles, fueran de culto o no. De acuerdo con los cálculos que expuso la formación, el Ayuntamiento **deja de ingresar cada año cerca de 800.000 euros**”.

En los últimos años muchas son las voces que cuestionan el actual sistema de beneficios fiscales de la Iglesia y demás confesiones religiosas.

Llegados a este punto surgen muchas preguntas que vamos a intentar responder en este trabajo:

¿por qué la iglesia católica y demás confesiones religiosas no paga el IBI?

¿La exención de pago del IBI de la Iglesia contradice el principio de igualdad y generalidad recogido en la Constitución Española?

¿Es un verdadero “privilegio” o está fundamentado en los fines propios de la iglesia?

¿Están exentos los bienes donde se desarrollan actividades económicas o sólo dónde se realizan actividades de culto?

¿Es compatible el actual sistema de beneficios fiscales a la iglesia con la normativa europea?

La metodología utilizada para la elaboración de este trabajo ha consistido en la lectura de artículos especializados destacando “Los beneficios fiscales de las confesiones religiosas a la luz del ordenamiento constitucional y comunitario por M^a del Carmen Morón Pérez”, “El IBI y las confesiones religiosas por José Q. Maraña Sánchez. STC 207/2013” publicados en el Consultor de los Ayuntamientos y “La financiación de las religiones en el espacio europeo: Raíces Públicas de la Financiación de las Confesiones Religiosas en una Europa Laica” por Alejandro Torres Gutiérrez, artículos de prensa y de opinión, sentencias y consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos.

2.-LAS CONFESIONES RELIGIOSAS Y LA EXENCIÓN DEL IBI

La constitución española optó por un modelo de estado aconfesional garantizando en su artículo 16 la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de **cooperación** con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

Dentro de esa colaboración, el Estado ha eximido, entre otros, del pago del IBI, primero a la Iglesia Católica, a través del Acuerdo IV de Asuntos Económicos con la

Santa Sede de 1979 y, más tarde con las comunidades judaica, evangélica e islamista por Acuerdos de 1992. (1)

El Artículo II del Acuerdo IV de Asuntos Económicos con la Santa Sede de 1979 establece:

“1. El Estado se compromete a colaborar con la Iglesia Católica en la consecución de su adecuado sostenimiento económico, con respeto absoluto del principio de libertad religiosa.

*2. Transcurridos **tres ejercicios** completos desde la firma de este Acuerdo, el Estado podrá asignar a la Iglesia Católica un porcentaje del rendimiento de la imposición sobre la renta o el patrimonio neto u otra de carácter personal, por el procedimiento técnicamente más adecuado. Para ello, será preciso que cada contribuyente manifieste expresamente en la declaración respectiva, su voluntad acerca del destino de la parte afectada. En ausencia de tal declaración la cantidad correspondiente se destinará a otros fines.*

3. Este sistema sustituirá a la dotación a que se refiere el apartado siguiente, de modo que proporcione a la Iglesia Católica recursos de cuantía similar.

4. En tanto no se aplique el nuevo sistema, el Estado consignará en sus Presupuestos Generales la adecuada dotación a la Iglesia Católica, con carácter global y único, que será actualizada anualmente.

Durante el proceso de sustitución, que se llevará a cabo en el plazo de tres años, la dotación presupuestaria se minorará en cuantía igual a la asignación tributaria recibida por la Iglesia Católica.

5. La Iglesia Católica declara su propósito de lograr por sí misma los recursos suficientes para la atención de sus necesidades. Cuando fuera conseguido este propósito, ambas partes se pondrán de acuerdo para sustituir los sistemas de colaboración financiera expresada en los párrafos anteriores de este artículo, por otros campos y formas de colaboración económica entre la Iglesia Católica y el Estado.”

No obstante, como significa D. José Q. Maraña Sánchez en su artículo “ El IBI y las confesiones religiosas. STC 207/2013, desde 1979 y hasta 2007, el Estado vía presupuestos ha financiado a la iglesia a través de la dotación anual de los presupuestos generales del estado, será con la ley 42/2006 de Presupuestos Generales del Estado para el 2007, cuando se modifica la dotación económica por una asignación tributaria vía IRPF (0,7% de la cuota íntegra del IRPF).

Por su parte en los artículos IV y V se consagran las exenciones contemplándose casos concretos de exención:

Artículo IV

La Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las Diócesis, las parroquias y otras circunscripciones territoriales, las órdenes y congregaciones religiosas y los institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas tendrán derecho a las siguientes exenciones:

a) Exención total y permanente de la *contribución territorial urbana* de los siguientes inmuebles:

- 1) Los templos y capillas destinados al culto, y asimismo, sus dependencias o edificios y locales anejos destinados a la actividad pastoral.
- 2) La residencia de los Obispos, de los canónigos y de los sacerdotes con cura de almas.
- 3) Los locales destinados a oficinas, la curia diocesana y a oficinas parroquiales.
- 4) Los seminarios destinados a la formación del Clero diocesano y religioso y las universidades eclesiásticas en tanto en cuanto impartan enseñanzas propias de disciplinas eclesiásticas.
- 5) Los edificios destinados primordialmente a casas o conventos de las órdenes, congregaciones religiosas e institutos de vida consagrada.

Artículo V

Las asociaciones y entidades religiosas no comprendidas entre las enumeradas en el artículo IV de este Acuerdo y que se dediquen a actividades religiosas, benéfico-docentes, médicas u hospitalarias o de asistencia social tendrán derecho a los beneficios fiscales que el ordenamiento jurídico-tributario del Estado español prevé para las entidades sin fin de lucro y, en todo caso, los que se conceden a las entidades benéficas privadas.

A partir de la aprobación de la ley 49/2002 de 23 de diciembre en la que se regula el régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, la exención del IBI para la Iglesia viene sustentada en dicha ley, así el art. 15 establece que: “ Estarán exentos del IBI los bienes de los que sean titulares, en los términos previstos en la normativa reguladora de las Haciendas Locales, las

entidades sin fines lucrativos, excepto los afectos a explotaciones económicas **no exentas del Impuesto sobre Sociedades**”

El artículo 62 del **Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales establece que:**

“Estarán exentos los siguientes inmuebles:

- c) Los de la Iglesia Católica, en los términos previstos en el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Económicos, de 3 de enero de 1979, y los de las asociaciones confesionales no católicas legalmente reconocidas, en los términos establecidos en los respectivos acuerdos de cooperación suscritos en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución”

La Dirección General de Tributos, en la Cuestión Vinculante nº V2685-09 de Subdirección General de Tributos, 4 de Diciembre de 2009 aclara el régimen tributario de la Iglesia Católica:

“En conclusión, el régimen tributario de la Iglesia Católica respecto al Impuesto sobre Bienes Inmuebles es el siguiente:

1. Si se trata de una entidad religiosa de la Iglesia Católica del artículo IV del Acuerdo sobre Asuntos Económicos entre el Estado español y la Santa Sede (la Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las diócesis, las parroquias y otras circunscripciones territoriales, las Órdenes y Congregaciones religiosas y los Institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas), le resulta de aplicación la exención en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles prevista en el apartado 1 del artículo 15 de la Ley 49/2002. Esta exención debe ser directamente aplicada por la Administración tributaria, no siendo necesario el ejercicio de la opción por el régimen fiscal especial ni la comunicación al respectivo Ayuntamiento, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición adicional única del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1270/2003. Por tanto, respecto de estas entidades del artículo IV del Acuerdo, están exentas del Impuesto sobre Bienes Inmuebles los siguientes inmuebles de que sea titular catastral, y sujeto pasivo, la mencionada entidad religiosa:

Los que no estén afectos a explotaciones económicas.

Y los que estén afectos a explotaciones económicas cuyas rentas se encuentren exentas del Impuesto sobre Sociedades en virtud del artículo 7 de la misma Ley 49/2002.

Además, por aplicación del Acuerdo sobre Asuntos Económicos entre el Estado español y la Santa Sede, están exentos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles los inmuebles enumerados en la letra A) del artículo IV de dicho Acuerdo.

2. Si se trata de las asociaciones y entidades religiosas comprendidas en el artículo V del Acuerdo sobre Asuntos Económicos entre el Estado español y la Santa Sede (aquellas no comprendidas en el artículo IV y que se dediquen a actividades religiosas, benéfico-docentes, médicas u hospitalarias o de asistencia social), les será de aplicación la exención establecida en el artículo 15 de la Ley 49/2002 para las entidades sin fines lucrativos. El régimen fiscal especial les será de aplicación siempre que dichas entidades cumplan los requisitos exigidos por la Ley 49/2002 a las entidades sin fines lucrativos para la aplicación de dicho régimen. Por tanto, para que estas entidades religiosas puedan ser beneficiarias de la exención en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles es necesario el cumplimiento simultáneo de las siguientes condiciones:

- Cumplimiento de los requisitos enumerados en el artículo 3 de la Ley 49/2002.
- Ejercicio de la opción por la aplicación del régimen fiscal especial mediante la correspondiente declaración censal.
- Comunicación al Ayuntamiento competente para la exacción del impuesto del ejercicio de la opción por la aplicación del régimen fiscal especial.
- Los inmuebles no deben estar afectos a explotaciones económicas no exentas del Impuesto sobre Sociedades. Por tanto, estarán exentos los siguientes inmuebles:

Los que no estén afectos a explotaciones económicas.

Y los que estén afectos a explotaciones económicas cuyas rentas se encuentren exentas del Impuesto sobre Sociedades en virtud del artículo 7 de la misma Ley 49/2002.

3. Por último, y para el caso de que los bienes inmuebles de titularidad tanto de las entidades religiosas del artículo IV como de las del artículo V del Acuerdo, estén arrendados a terceros, hay que tener en cuenta que el apartado 3º del artículo 3 de la Ley 49/2002 establece que a efectos de esta ley, el arrendamiento del patrimonio inmobiliario de la entidad sin fines lucrativos no constituye una explotación económica.

El artículo 6 de la Ley 49/2002 regula las rentas obtenidas por las entidades sin fines lucrativos que están exentas del Impuesto sobre Sociedades, entre las que se encuentran las procedentes del patrimonio mobiliario o inmobiliario de la entidad, como son los dividendos y participaciones en beneficios de sociedades, intereses, cánones y alquileres.

La aplicación de la exención del Impuesto sobre Bienes Inmuebles regulada en el artículo 15.1 de la Ley 49/2002 sólo se ve afectada por las actividades realizadas por el sujeto pasivo titular del derecho sobre el bien inmueble gravado, con independencia de las actividades que pueda llevar a cabo el arrendatario del inmueble en el caso de que todo o parte del inmueble gravado se ceda en arrendamiento a un tercero. Es decir, que si el inmueble propiedad de la entidad sin fines lucrativos que cumpla los requisitos y esté acogida al régimen fiscal de la Ley 49/2002 se encuentra arrendado a un tercero, esto no obsta para que le resulte aplicable la exención regulada en el apartado 1 del artículo 15 de la Ley 49/2002, con independencia de la actividad que realice el arrendatario.

Por consiguiente, los inmuebles afectos a actividades realizadas por la entidad consultante que se consideren exentas del Impuesto sobre Sociedades, bien por generar rentas exentas del artículo 6 de la Ley 49/2002 (entre las que se encuentra el arrendamiento) o por considerarse explotaciones económicas exentas en el artículo 7 del mismo texto legal, estarán a su vez exentos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles”.

Llegados a este punto, merece especial atención la sentencia 207/2013 por la que el Tribunal Constitucional estima el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente del Gobierno y declara la inconstitucionalidad y nulidad del apartado 7 del artículo único de la Ley Foral 10/2013, de modificación de la ley foral 2/1995, de haciendas locales de Navarra, declarando nula la limitación por ésta de la exención aplicable en la Contribución Territorial Foral a los bienes de la confesiones religiosas, con las que se han establecido acuerdos de cooperación **“que estén destinados al culto”**. El Constitucional señala que la ley Navarra vulnera el artículo 149.1 de la Constitución, "que reserva al Estado la competencia exclusiva para garantizar la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de los derechos constitucionales, entre los que se encuentra el derecho fundamental a la libertad religiosa, y que se opone a los acuerdos firmados en 1992 entre el Estado y las confesiones evangelistas, israelita e islámica”

Por último mencionar la STS 1538/2014 donde establece el régimen tributario de la Iglesia Católica, respecto al IBI según el siguiente detalle:

1º.- Si se trata de entidades de la Iglesia Católica del artículo IV del Acuerdo sobre Asuntos Económicos entre el Estado Español y la Santa Sede, les resulta de aplicación la exención en el IBI prevista en el apartado 1 del art.15 de la ley 49/2002 respecto a los inmuebles de que sean titulares catastrales y sujeto pasivo estas entidades, siempre que no estén afectos a explotaciones económicas y los que estén afectos a explotaciones económicas cuyas rentas se encuentren exentas del Impuesto sobre

Sociedades en virtud del art. 7 de la ley 49/2002. Además, por aplicación del Acuerdo sobre Asuntos Económicos entre el Estado Español y la Santa Sede, están exentos del IBI los inmuebles enumerados en la letra A del artículo IV de dicho Acuerdo.

2º.- Si se trata de Asociaciones y Entidades Religiosas comprendidas en el art. V del Acuerdo sobre Asuntos Económicos entre el Estado Español y la Santa Sede, y que se dediquen a actividades religiosas, benéficas o docentes, médicas u hospitalarias o de asistencia social, les será de aplicación la exención establecida en el art. 15 de la ley 49/2002 para las entidades sin fines lucrativos, siempre que cumplan los requisitos exigidos por la misma.

Una vez analizada la normativa existente podríamos preguntarnos si es constitucional que el Estado colabore con estas Entidades y si es compatible con el derecho comunitario, cuestión que es analizada por M^a del Carmen Morón Pérez en su artículo “Los beneficios fiscales de las confesiones religiosas a la luz del ordenamiento constitucional y comunitario”

En España como ya habíamos mencionado (2), se reconoce el carácter confesional o laico del Estado, esto significa que debe adoptar una postura neutral ante las creencias religiosas de los ciudadanos. Así, el Estado debe colaborar con las confesiones religiosas para asegurar el ejercicio real y efectivo de la libertad religiosa y así lo reconoce la propia Constitución. Ahora bien, esta colaboración ¿puede ser financiera?, en este sentido la Constitución Española, si bien no impone que la colaboración tenga que ser financiera tampoco la excluye implícitamente, por lo que podríamos concluir que es lícita.

Sentada la base que la colaboración financiera con las confesiones no es contraria al texto constitucional, ¿podríamos llegar a la misma conclusión respecto al hecho de que esta colaboración no se realice en idénticos términos respecto de todas las confesiones reconocidas, sino únicamente de algunas, en casos excepcionales a favor exclusivamente de la Iglesia Católica y, normalmente, únicamente a favor de las confesiones con acuerdo? El Tribunal de Estrasburgo ha considerado que no es contrario al principio de libertad religiosa que el Estado destine un porcentaje de la recaudación del IRPF al sostenimiento de una o varias confesiones religiosas.

Así, como expone Alejandro Torres Gutiérrez en “La financiación de las religiones en el espacio europeo: Raíces Públicas de la Financiación de las Confesiones Religiosas en una Europa Laica”, el T.E.D.H. en el caso *Spampinato contra Italia*, de 29 de marzo de 2007, en que el demandante recurría la legislación italiana sobre la asignación tributaria en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas a favor de las confesiones religiosas con acuerdo de cooperación con el Estado italiano, por entender que (3):

- 1) Obligaba a los contribuyentes a declarar sobre su religión o creencias, al formalizar su declaración fiscal.
- 2) La asignación tributaria constituía un tributo que no respondía a un interés general, pues sólo unos destinatarios específicos vendrían a beneficiarse de la misma.
- 3) Estábamos ante un caso de discriminación por motivos religiosos.

El T.E.D.H. rechazó esta demanda, justificando sus argumentos en que:

- 1) La elección sobre el destino de una parte de su cuota tributaria, realizada por el contribuyente no implicaba una declaración de adhesión a una confesión religiosa.
- 2) Era un caso de diferencia de trato basada en una causa justificada y razonable.
- 3) La reglamentación entraba dentro del margen de apreciación nacional a la hora de regular el régimen tributario, de forma que cada Estado parte del Convenio puede realizar una valoración en cierto modo discrecional que tenga en cuenta factores políticos, económicos y sociales, apoyada en un amplio poder de apreciación, reiterando la doctrina sentada en el caso Alujer Fernández y Caballero García contra España, según la cual dicho amplio margen de apreciación recaía también sobre el modo en que cada Estado regula las relaciones con las confesiones religiosas, dentro de su territorio, máxime si se tiene en cuenta la inexistencia de un estándar en esta materia a nivel europeo, y la diversidad histórica y de tradiciones de cada país europeo.

Por su parte, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo españoles han declarado justificadas las diferencias de trato entre confesiones religiosas siempre que obedezcan a unas circunstancias objetivas y razonables, entre las que se encuentra la celebración de acuerdos con el estado, en la medida en que la posibilidad de suscribir tales acuerdos no es exclusiva de confesiones determinadas.

Otra cuestión interesante a plantear sería qué ocurre cuando la colaboración del Estado se realiza a entes eclesiales que realizan actividades comerciales.

En este sentido el artículo 87 del Tratado de Roma establece:

“1. Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

2. Serán compatibles con el mercado común:

- a. Las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;
- b. Las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;
- c. Las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división.

3. Podrán considerarse compatibles con el mercado común:

- a. Las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo;
- b. Las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;
- c. Las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;
- d. Las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común;
- e. Las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión.”

Así, según este artículo, y como expresa M^a del Carmen Morón Pérez en su trabajo sobre los beneficios fiscales de las confesiones religiosas a la luz del ordenamiento constitucional y comunitario, son contrarias al mercado común las ayudas de cualquier tipo (incluidas, por tanto los beneficios tributarios), que permitan abaratar los costes empresariales, situando así a las empresas beneficiarias en una posición de ventaja frente a sus competidores. Por lo tanto no habría ayuda del Estado cuando la actividad desarrollada se dirija a sectores o materias que no tengan asegurada su cobertura por el resto de operadores o cuando no se gestione con arreglo a criterios estrictamente empresariales, como por ejemplo cuando se actúe como sustituto del estado, al tratarse de un servicio esencial que no cuenta con la necesaria cobertura para

atender a toda la población, hay que tener en cuenta que en este sentido , el Parlamento Europeo ha propuesto que determinados servicios de interés social queden excluidos del ámbito de aplicación de las normas de competencia, así la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de enero de 2004, relativa al libro verde sobre servicios de interés general, pone de manifiesto que determinados servicios de interés general, como la salud, educación, viviendas sociales,...deben quedar excluidos en el ámbito de aplicación de las normas de competencia.

Una vez analizada la legalidad de la colaboración del estado con las entidades eclesiales a través de los beneficios fiscales vía exenciones en determinados impuestos municipales, habría que analizar la rentabilidad o el coste que supone para la administración dicha medida, es decir, ¿lo que deja de ingresar el estado por estos beneficios fiscales compensa con la labor social que desarrollan estas entidades religiosas y que la administración no es capaz de atender ? ¿Es un problema de falta de recursos o de asignación eficiente de los recursos existentes en la administración?

En los últimos años se han aprobado un elevado número de leyes encaminadas a garantizar la estabilidad, sostenibilidad y transparencia de las administraciones públicas, así destacan:

- Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera
- Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno
- Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa.

A través de esta normativa se pretende controlar el gasto público de las administraciones públicas, surgen conceptos como la regla de gasto, capacidad de financiación, deuda comercial, periodo medio de pago, destino del superávit presupuestario, planes económicos financieros, **coste efectivo de los servicios**, etc... No obstante se echa de menos en toda esta normativa el control presupuestario, de transparencia y destino del superávit de estas entidades religiosas que gozan de importantes beneficios fiscales por atender necesidades sociales que la administración es incapaz de satisfacer.

Calcular la rentabilidad que supone la disminución de los ingresos públicos como consecuencia de estos beneficios fiscales con el ahorro que se genera en la partida de gasto social es primordial. En este sentido **Fernando Giménez Barriocanal** *Vicesecretario para Asuntos Económicos de la Conferencia Episcopal Española* afirma

en el diario “El Economista” de 25 de mayo de 2012 que “la Iglesia dispone del mismo régimen fiscal que se aplica a otras instituciones no lucrativas del país, el mismo que tienen otras confesiones religiosas. No hay privilegios. Gracias a estos beneficios, nuestras instituciones realizan y seguirán realizando una importantísima labor a favor de la sociedad, atendiendo demandas de los ciudadanos y con ellos devolviendo con mucho el esfuerzo fiscal realizado. Es sin, duda una inversión social **muy rentable.**”

¿Se ha calculado esta rentabilidad?

¿Podríamos considerar entonces que lo hace la administración pública es externalizar implícitamente un servicio público en estas entidades religiosas para que presten determinados servicios sociales a sus ciudadanos?.

¿Estaríamos hablando de una forma de gestión indirecta de los servicios públicos ?¿la información contable de las entidades prestadoras deben formar parte de la Cuenta General de la Entidad Pública ? ¿formaría parte del presupuesto consolidado de la entidad?

Reflexiones al margen, en mi opinión, la administración no debe cerrar los ojos, y debe evaluar objetivamente a través de indicadores económicos, presupuestarios y de calidad la conveniencia o no del mantenimiento de incentivos fiscales a estas entidades que prestan servicios sociales a los ciudadanos, incentivando la transparencia económica de estas entidades con la finalidad no solo de ser más eficiente en la gestión de servicios públicos sino también para disminuir la crispación social generada por esta situación y que es utilizada por los partidos políticos en sus campañas electorales.

Cuantificar y valorar de manera objetiva la asistencia social que estas confesiones religiosas invierten en la sociedad y compararla con lo que la administración deja de ingresar por estos incentivos fiscales podría ser un primer paso.

BIBLIOGRAFÍA:

MORON PÉREZ, M^a del Carmen. ‘Los beneficios fiscales de las confesiones religiosas a la luz del ordenamiento constitucional y comunitario, en: *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, ISSN 0213-0548, Año n^o 25, N^o 5, 2009, págs. 15-44

MARAÑA SANCHEZ, Jose Q. ‘El IBI y las confesiones religiosas. STC 207/2013’, en: *El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, ISSN 0210-2161, N^o. 6, 2014, págs. 714-720

TORRES GUTIERREZ, ALEJANDRO, “La financiación de las religiones en el espacio europeo: Raíces Públicas de la Financiación de las Confesiones Religiosas”, en: *Una Europa Laica VII Jornada Laicista anual de la Asociación Europa Laica*. Madrid , 5 de febrero de 2011.

SENTENCIAS:

STC 207/2013 de 5 diciembre 2013, Rec. 4285/2013

STS 1538/2014, n^o de recurso 653/2013.

**EL IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DE VALOR DE LOS
TERRENOS DE NATURALEZA URBANA ANTE LA CRISIS DEL
MERCADO INMOBILIARIO**

Francisco de Asís LÓPEZ LARA

Secretario-Interventor

Ayuntamiento de Játar y Entidad Local Autónoma de Fornes (Granada)

*Trabajo de evaluación presentado a para obtener el Diploma de Especialización
en Gestión Financiera Local. CEMCI 2016.*

SUMARIO

1. Introducción
2. El IIVTNU: Características y elementos esenciales
3. El hecho imponible del IIVTNU en los supuestos de disminución de valor
4. La base imponible del IIVTNU: reglas objetivas de cálculo. Presunción iuris et de iure o iuris tantum
5. Modificaciones en la regulación del IIVTNU como consecuencia de la crisis económica
6. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN.

La crisis económica y la explosión de la burbuja inmobiliaria sufrida en los últimos años ha propiciado que hayan surgido diversas cuestiones en relación con la aplicación práctica del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU), las cuales, si bien ya habían sido abordadas en ocasiones por la doctrina y recogidas en algún pronunciamiento jurisprudencial, ha sido durante esta situación de crisis del mercado inmobiliario cuando han adquirido mayor trascendencia, hasta el punto de haberse planteado varias cuestiones de

inconstitucionalidad por los tribunales de justicia¹ en relación con los artículos 104, 107 y 110.4 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Haciendas Locales (TRLHL), que regulan el hecho imponible, la base imponible y la gestión del IIVTNU, respectivamente.

Las cuestiones sobre las que se han suscitado mayores controversias y que se pretenden abordar en este trabajo son, fundamentalmente, dos. El primer interrogante que se plantea es cuando uno de los elementos esenciales del hecho imponible que caracteriza al IIVTNU, tal y como aparece definido en el artículo 104.1 del TRLHL, en concreto, el incremento de valor experimentado por los terrenos de naturaleza urbana, no se produce en la realidad. ¿Qué ocurre en la hipótesis de que el inmueble urbano se transmita por un valor inferior al de adquisición? ¿Hay que entender que la transmisión no queda sujeta al IIVTNU, o, por el contrario, si queda sujeta al mismo?

La segunda cuestión se refiere al hecho de que el artículo 107.1 TRLHL establece un método objetivo para la determinación de la base imponible del IIVTNU, que parte de la presunción de que siempre se produce un incremento de valor en toda transmisión. ¿Es incompatible esta presunción con el principio constitucional de capacidad económica cuando existe una disminución real en el valor del inmueble transmitido? Y, en caso de admitirse su constitucionalidad, ¿es una presunción iuris tantum que admite prueba en contrario o estamos ante una presunción iuris et de iure que no puede ser desvirtuada?

Junto a esta problemática que plantea actualmente el IIVTNU, analizaremos diversos supuestos en los que el propio legislador ha intervenido en la regulación de este Impuesto con ocasión de la crisis económica, tanto para atender a circunstancias personales de especial trascendencia, caso de la dación en pago de vivienda habitual, como para adoptar medidas de control del déficit público en el ámbito de la administración local, las cuales han tenido consecuencias en la aplicación y exigencia del IIVTNU.

¹ Cuestión de inconstitucionalidad 1012-2015, interpuesta por el juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de San Sebastián, admitida a trámite por el Pleno del TC mediante providencia de fecha 28 de abril de 2015. (BOE de 30 de abril).

Cuestión de inconstitucionalidad 232-2016, interpuesta por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Vitoria, admitida a trámite por el Pleno del TC mediante providencia de fecha 16 de febrero de 2016. (BOE de 26 de febrero).

Cuestión de inconstitucionalidad 409-2016, interpuesta por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 22 de Madrid, admitida a trámite por el Pleno del TC mediante providencia de fecha 1 de marzo de 2016. (BOE de 8 de marzo).

Cuestión de inconstitucionalidad 6444-2015, interpuesta por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Vitoria, admitida a trámite por el Pleno del TC mediante providencia de fecha 26 de abril de 2016. (BOE de 5 de mayo).

2. EL IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DE VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZ URBANA: CARACTERISTICAS y ELEMENTOS ESENCIALES.

En primero lugar, antes de abordar las cuestiones planteadas, hay que señalar que el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU) se encuentra regulado en el Título II “Recursos de los Municipios”, del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Haciendas Locales (TRLHL), y dentro del mismo, en el Capítulo Segundo, que se refiere a los tributos propios de los municipios, en la Sección Tercera, dedicada a los impuestos municipales.

El TRLHL caracteriza el IIVTNU como un impuesto municipal, potestativo, directo y real, de devengo instantáneo, cuyo hecho imponible, conforme al artículo 104.1. consiste en el incremento de valor que experimenten los terrenos de naturaleza urbana y se ponga de manifiesto como consecuencia de la transmisión de la propiedad de dichos terrenos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los mismos.

Es un **impuesto municipal**, pues se constituye como una de las fuentes de ingresos tributarios de la hacienda municipal, destinado a cubrir las necesidades financieras del presupuesto, sin encontrarse afecto a la realización de ninguna actividad concreta. Como tributo municipal se caracteriza por ser una obligación nacida de la Ley establecida por el Estado, que tiene por objeto una prestación económica de contenido pecuniario cuando acontece el hecho susceptible de gravamen; el Ayuntamiento tiene una potestad normativa limitada, potestad derivada, pues únicamente puede contemplar en la Ordenanza fiscal reguladora, como voluntad autónoma, los elementos que el propio TRLHL dispone.

Es un **impuesto potestativo**, ya que deja a la voluntad de cada corporación la posibilidad de establecerlo o no en su municipio (art. 59.2 TRLHL), mediante el acuerdo de imposición regulado en la correspondiente Ordenanza fiscal. En consecuencia, si el Ayuntamiento decide cobrar este impuesto deberá acordar la imposición mediante la aprobación de la correspondiente Ordenanza fiscal reguladora del mismo (art. 15) y siguiendo las normas que regulan el procedimiento de imposición que se encuentran en los artículos 16 y 17 del TRLHL.

Es un **impuesto directo** tal y como lo define el art. 104.1 TRLHL, lo que significa que grava a la persona que se ha beneficiado del aumento de valor y sin posibilidad de traslación a terceras personas, lo que no obsta para que, mediante acuerdos de las partes intervinientes en los actos inter vivos se haga cargo del tributo la

persona que no se ha beneficiado de ese aumento, si bien tales acuerdos no vinculan a la Administración en virtud de lo establecido en el art. 17.4 de la LGT. Además, hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo viene declarando nulas y abusivas las cláusulas recogidas en escrituras de transmisión por las que el vendedor que sea promotor o profesional inmobiliario impone al adquirente la obligación de soportar la liquidación del IIVTNU (STS de 12 de marzo de 2014 y STS de 17 de marzo de 2016).

Es un **impuesto real** porque se define en torno a un determinado elemento real, un bien inmueble, sin tener en cuenta las características personales del sujeto pasivo.

En cuanto a los **elementos configuradores del hecho imponible** del IIVTNU, tal y como aparece definido en el TRLHL, se entiende que son: los terrenos de naturaleza urbana, la transmisión y el incremento de valor.

Los **terrenos de naturaleza urbana** a efectos del IIVTNU serán aquellos que así se consideren para la aplicación del Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Por esta razón, debemos acudir al art. 61.3 del TRLHL el cual nos indica que tendrán la consideración de bienes inmuebles urbanos los definidos como tales en las normas reguladoras del Catastro Inmobiliario, y en el art. 7.2 del Real Decreto Legislativo 1/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido del Catastro Inmobiliario. Se entiende por suelo de naturaleza urbana:

- El clasificado o definido por el planeamiento urbanístico como urbano, urbanizado o equivalente.
- Los terrenos que tengan la consideración de urbanizables o aquellos para los que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, siempre que estén incluidos en sectores o ámbitos espaciales delimitados, así como los demás suelos de este tipo a partir del momento de aprobación del instrumento urbanístico que establezca las determinaciones para su desarrollo.
- El integrado de forma efectiva en la trama de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población.
- El ocupado por los núcleos o asentamientos de población aislados, en su caso, del núcleo principal, cualquiera que sea el hábitat en el que se localicen y con independencia del grado de concentración de las edificaciones.
- El suelo ya transformado por contar con los servicios urbanos establecidos por la legislación urbanística, y en su defecto, por disponer de acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica.

- El que esté consolidado por la edificación, en la forma y con las características que establezca la legislación urbanística.

No obstante, debemos advertir que, a efectos del IIVTNU, quedará sujeto el incremento de valor de los terrenos integrados en los bienes inmuebles clasificados como de características especiales a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, pese a la exclusión expresa de la naturaleza urbana que efectúa la Ley del Catastro Inmobiliario.

Existe una amplia doctrina jurisprudencial que nos orienta de modo especial en la consideración que debemos hacer del concepto de terreno a los efectos de IIVTNU. La jurisprudencia más reciente ha tenido la ocasión de pronunciarse en cuanto a la naturaleza del terreno, en relación con la anulación de la aprobación definitiva de la revisión de un plan general de ordenación municipal. La sentencia de Juzgado de lo Contencioso administrativo núm. 7 de Barcelona, de 27 de junio de 2013, considera que aun habiendo sido anulada la aprobación definitiva de la revisión del Plan General de Ordenación del municipio, y de proponerse la baja del inmueble del padrón del IBI como urbana, y su paso a rústico, la misma solo se entiende efectiva desde el ejercicio en que causa la baja, permaneciendo por tanto con naturaleza urbana por el tiempo que estuvo en el padrón como tal.

El segundo de los elementos configuradores del IIVTNU son las **transmisiones que se someten a gravamen**, entendiéndose por tales todos aquellos negocios jurídicos, realizados tanto a título oneroso como gratuito, que ponen de manifiesto la plusvalía. Estos negocios, de conformidad con la Ley, son los siguientes: la transmisión del terreno, la constitución de derechos reales de disfrute sobre el terreno y la transmisión de estos derechos. La eficacia jurídica de estos actos o contratos será esencial en orden a determinar la efectiva realización del hecho imponible.

La Ley entiende que la transmisión puede realizarse por cualquier título: por Ley, por donación, por sucesión testada e intestada y como consecuencia de ciertos contratos, mediante la tradición (artículo 609 del Código Civil). Entre las transmisiones de los terrenos incluiremos al negocio tradicional de la transmisión, la compraventa, a la permuta, a la expropiación forzosa, a la dación en pago de deudas, a las adjudicaciones por subasta e incluso a la aportación de un inmueble para la ampliación de capital de una entidad. No se consideran, en ningún caso, como tales a los expedientes de dominio ni a las actas de notoriedad.²

² Se considera realizado el hecho imponible del IIVTNU en la aportación de un inmueble, considerando como sujeto pasivo al propietario que aporta el inmueble a la sociedad. Sentencia TSJ de Cataluña, de 2 de julio de 2010, y

Ciertas operaciones no generan propiamente transmisión, por lo que no se produce el hecho imponible del Impuesto: la división horizontal, la declaración de obra nueva, la cesión para pago de deuda o los expedientes de dominio.

Y dentro de los derechos reales de disfrute se pueden incluir, entre otros, el usufructo, uso y habitación, las servidumbres, censos, foros y el derecho de superficie. Su fundamento se encuentra que estos derechos producen una traslación de facultades dominicales, tal y como ha apuntado parte de la doctrina y jurisprudencia.³

El tercero de los elementos que configura el IIVTNU es el **incremento de valor** que se pone de manifiesto como consecuencia de la transmisión de un inmueble urbano. Sobre este incremento se plantean las cuestiones que se han anunciado al inicio de la exposición, tanto en relación con la existencia o no del hecho imponible, en el caso de que el inmueble transmitido sufra una minusvaloración, como respecto del cálculo de la base imponible del impuesto cuando no existe dicho incremento, o bien, el incremento real es inferior al incremento objetivo que le atribuye la Ley.

3. EL HECHO IMPONIBLE DEL IIVTNU EN LOS SUPUESTOS DE DISMINUCIÓN DE VALOR.

Como se ha visto, el artículo 104.1 del TRLHL define el hecho imponible del IIVTNU como el incremento de valor que experimentan los terrenos de naturaleza urbana que se pone de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de

Juzgado Contencioso-Administrativo, núm. 3, de Bilbao, de 11 de abril de 2013. Si se realiza la transmisión mediante permuta de la propiedad de bienes inmuebles, cada uno de los contratantes habrá realizado el hecho imponible del IIVTNU. Sentencia del TSJ de Madrid, de 25 de marzo de 2010.

² Uno de los supuestos que ha resultado más conflictivo es la extinción de usufructo. El Tribunal Supremo, Sentencia de 16 de enero de 1999, declaró en interés de Ley la no sujeción de la consolidación de la propiedad por extinción del usufructo. La doctrina del Tribunal Supremo es muy clara y ello ha supuesto que a partir de la misma los tribunales hayan anulado frecuentes supuestos de Ordenanzas Fiscales que detallaban la sujeción de este negocio, Sentencia TSJ Cataluña, de 30 enero de 2002. Siendo labor también del Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de julio de 2000 y Sentencia de la Audiencia Nacional, de 19 de abril de 2007, el cálculo del periodo inicial para computar el número de años de incremento, considerando al efecto que se debe tomar como periodo inicial la fecha en que se adquirió la nuda propiedad, pero valorándola desde aquella fecha como plena propiedad. En ocasiones, estos negocios jurídicos pueden pactarse con cláusulas suspensivas o resolutorias. Para estas situaciones, la Ley de Haciendas Locales establece que, para las cláusulas suspensivas, no se liquidará el Impuesto hasta que la condición se cumpla; para las cláusulas resolutorias, el IIVTNU se girará a reserva de que, cuando la condición se cumpla, se podrá solicitar la devolución del Impuesto. En los casos de nulidad, rescisión o resolución del acto o contrato la Ley del Impuesto impone la condición de que dicho acto o contrato no produzca efectos lucrativos, es decir, cuando los interesados no justifiquen que deban efectuar las recíprocas devoluciones, según el art. 1295 del Código Civil. Si se cumple la condición, habrá devolución del Impuesto; en caso contrario, no. Se exceptúa, expresamente, la rescisión o resolución por incumplimiento de las obligaciones del sujeto pasivo del Impuesto, en este caso no habrá lugar a la devolución. Y en el caso de que el contrato quede sin efecto por mutuo acuerdo, no se procederá la devolución y se considerará como un acto nuevo sujeto a tributación.

los terrenos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos.

Pues bien, el problema surge cuando el incremento de valor no se produce, es decir, cuando el bien inmueble se transmite por un precio inferior al de adquisición, en cuyo caso lo que resulta, realmente, es una disminución de valor del bien. En este supuesto, es evidente que uno de los elementos esenciales del hecho imponible, el incremento de valor, no existe.

En este sentido, y como consecuencia de que con la crisis del mercado inmobiliario se generalizaron las transmisiones de inmuebles por debajo de su precio de adquisición, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, fundamentalmente, ha ido perfilando la necesidad de que exista un incremento real, o al menos potencial, del valor de los terrenos de naturaleza urbana, entre ellas, la Sentencia de 18 de julio del TSJ de Cataluña, la Sentencia de 5 de diciembre de 2014 del TSJ de Castilla y León y la Sentencia de 16 de diciembre de 2014 del TSJ de Madrid.

Así, el TSJ de Cataluña señala en la citada sentencia que *“el incremento de valor experimentado por los terrenos de naturaleza urbana constituye el primer elemento del hecho imponible, de manera que en la hipótesis de que no existiera tal incremento, no se generará el tributo y ello pese al contenido de las reglas objetivas de cálculo de la cuota del artículo 107 del TRLHL, pues al faltar un elemento esencial del hecho imponible, no puede surgir la obligación tributaria. En conclusión, la ausencia objetiva de incremento del valor dará lugar a la no sujeción al impuesto, simplemente como consecuencia de la no realización del hecho imponible, pues la contradicción legal no puede ni debe resolverse a favor del “método de cálculo” y en detrimento de la realidad económica, pues ello supondría desconocer los principios de equidad, justicia y capacidad económica”*.

Por otro lado, el TSJ de Castilla y León en su sentencia de 5 de diciembre de 2014 recopila la doctrina constitucional dictada en relación con el principio de capacidad económica reconocido en el artículo 31.1 de la Constitución Española, estableciendo que el principio constitucional será respetado en aquellos supuestos en los que dicha capacidad económica exista, como riqueza o renta real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador al crear el impuesto. El principio de capacidad económica opera, por tanto, como un límite al poder legislativo en materia tributaria. Aunque la libertad de configuración del legislador deberá, en todo caso, respetar los límites que derivan de dicho principio constitucional, que quebraría *“en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea, no ya potencial, sino inexistente o ficticia”*.

En parecidos términos, el profesor Marín-Barrionuevo Fabo, (“La inconstitucionalidad del Impuesto sobre el Incremento de los Terrenos de Naturaleza Urbana”), en Tributos Locales, núm. 112/2013 defiende que *“atendiendo a lo que actualmente puede considerarse normal, hay que concluir que el IIVTNU grava unos hechos que ya no son normalmente indicativos de la existencia de capacidad económica. Nos encontramos ante un impuesto que, según la doctrina del Tribunal Constitucional vulnera claramente el principio de capacidad económica. La exigencia constitucional de que el principio de capacidad económica sirva de fundamento y medida de la imposición se incumple de manera evidente”*.

Por su parte, el TSJ de Madrid, en la sentencia anteriormente reseñada, se ha pronunciado señalando que la prueba sobre la inexistencia del hecho imponible, esto es, sobre la inexistencia de un incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, recae única y exclusivamente en el sujeto pasivo del impuesto.

Las consecuencias que se extraen de dichas sentencias, por tanto, son que cuando se acredite y pruebe que en el caso concreto no ha existido, en términos económicos y reales incremento alguno, no tendrá lugar el presupuesto de hecho fijado por la ley para configurar el tributo, es decir, no se habrá realizado el hecho imponible, y este no podrá exigirse, por más que la aplicación de las reglas del artículo 107 siempre produzca la existencia de teóricos incrementos.

Sin embargo, no siempre ha sido este el criterio mantenido por la jurisprudencia, que en diversos pronunciamientos, por ejemplo, la Sentencia del TSJ de Canarias de 3 de septiembre de 1.999 o la Sentencia del TSJ de Andalucía de 4 de marzo de 2002, vinieron a señalar que en este impuesto, de clara naturaleza patrimonial, el incremento gravado es fruto de una ficción jurídica, que resulta de reglas de valoración fundamentadas en la utilización de criterios objetivos capaces de proporcionar un valor teórico. Este sistema añade la última sentencia, puede ser criticable, pero en ningún caso, contrario a Derecho.

En este mismo sentido, la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT), en varias consultas formuladas al efecto, entre ellas la consulta vinculante V0153-14, de 23 de enero, entiende que en todo caso se produce el hecho imponible del IIVTNU, sujetando al impuesto a todas las transmisiones de terrenos o constitución de derechos reales sobre los mismos, con independencia de que exista un incremento real o potencial del valor de los terrenos de naturaleza urbana que se transmiten. Como fundamentación a dicho criterio, la DGT señala que *“en los años del llamado “boom inmobiliario”, en los que el valor de mercado de los inmuebles se incrementaba muy por encima de los valores catastrales, si un ayuntamiento realizaba una comprobación tributaria, sólo podía comprobar que la cuota del impuesto ingresada se había*

determinado aplicando correctamente las normas reguladoras del TRLRHL, sin que pudiera atribuir un valor mayor fundamentado en que el incremento “real” del terreno era superior al derivado de las reglas del artículo 107 del TRLRHL.”

De manera similar, la propia DGT, en la consulta vinculante V0291-14, de 6 de febrero, señala que en la cuantificación del tributo sólo se toma en consideración el valor catastral en el momento del devengo, no teniendo en cuenta otros valores, como puede ser el valor catastral en el momento de la adquisición del terreno o los valores de compra y venta del mismo, por lo que resulta indiferente que el valor catastral del inmueble en el momento del devengo coincida, sea superior o inferior al valor catastral que tuviera dicho bien inmueble en el momento de la adquisición.

Ante esta situación contradictoria, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de San Sebastián, mediante Auto de 5 de febrero de 2015 y, posteriormente otros Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, han planteado una cuestión de inconstitucionalidad sobre los artículos 104, 107 y 110.4 del TRLRHL, al considerar que dicha legislación establece que el hecho imponible del IIVTNU se produce siempre que haya una transmisión de los terrenos o la constitución de los derechos reales legalmente establecidos, con independencia de que pueda probarse por el sujeto pasivo la inexistencia de incremento alguno.

Sostiene el citado Auto que *“la doctrina constitucional que glosa y acota los límites del artículo 31 de la Constitución Española en relación con cada tributo y con el sistema tributario en su conjunto, ha recalcado que no puede gravarse por parte del legislador local una riqueza imponible inexistente”*, que como en el caso que nos ocupa y provoca la elevación de esta cuestión de inconstitucionalidad, se manifiesta en cuanto que *“la venta gravada refleja la generación de una “pérdida de patrimonio” con ocasión de la transmisión del terreno. Por tanto, si el precio de adquisición es superior al precio de venta, la contradicción con el principio de capacidad económica es paladina”*, como se colige además, de la sentencia 221/1992 del Tribunal Constitucional que analizaba el antiguo artículo 355.5 del TR de 1996, en relación con la sujeción a gravamen de incrementos patrimoniales nominales (...), por lo que cabe señalar que en la regulación del IIVTNU, *“lo que somete a gravamen no son capacidades económicas reales o potenciales sino ficticias, que no pueden ser, además, objeto de prueba en contrario”*.

Concluye el Auto de 5 de febrero de 2015 señalando que la regulación del IIVTNU recogida en los artículos 104 y ss. del TRLHL *“en cuanto somete a gravamen un incremento de valor de los terrenos no solo inexistente sino también ficticio, sin posibilidad de prueba en contrario por el sujeto pasivo, vulnera lo dispuesto en el*

artículo 31 de la Constitución Española en lo relativo a la infracción del principio de capacidad económica y lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Española en lo relativo al derecho a la tutela judicial efectiva al establecer una regla de cuantificación de la base imponible que no puede sustituirse por prueba en contrario, más allá de un mero error de cuantificación en la aplicación de las reglas objetivas de cuantificación”.

No podemos estar más de acuerdo con la postura mantenida por la jurisprudencia y por buena parte de la doctrina, en el sentido de que cuando no exista ningún incremento de valor no existe sujeción al IIVTNU, por mucho que el TRLHL presuma que en toda transmisión hay un aumento de valor y se establezcan unas reglas objetivas para calcular dicho aumento, ya que lo contrario, vulnera, desde mi punto de vista, el principio de capacidad económica, constitucionalmente reconocido en el artículo 31. Y, por otro lado, no se produce uno de los presupuestos esenciales para que tenga lugar el hecho imponible que caracteriza al IIVTNU como es la existencia de un incremento de valor real o potencial.

Esta opinión ha sido defendida también por el profesor Chico de la Cámara (Pérdida de valor en el IIVTNU y Principio de Capacidad Económica”) en Revista “Tributos Locales”, número 11, páginas 11 a 40, al señalar que *“la doctrina del Tribunal Constitucional confirma la imposibilidad de gravar por parte del legislador local una riqueza imponible inexistente, situación que entenderemos que podría producirse cuando el transmitente pueda acreditar la generación de una pérdida de patrimonio con ocasión de la transmisión del terreno.”* En este trabajo cita, a propósito, tres sentencias del Tribunal Supremo de evidente interés: la Sentencia de 29 de abril de 1996, que no sujeta a plusvalía la transmisión de un terreno en el que estaban suspendidas las licencias con ocasión de la modificación urbanística prevista en la que pasaba a ser un terreno carente de posibilidad alguna de aprovechamiento urbanístico; la Sentencia de 25 de septiembre de 1997, que consideró desproporcionado un aumento lineal del 300% sobre el valor inicial del terreno; y la Sentencia de 30 de noviembre de 2000, en la que se declaró la no sujeción a plusvalía de un terreno cuya edificabilidad ya estaba agotado por haberse construido los bloques permitidos en la parcela en que estaba integrada. En todos estos supuestos, se entiende que no hay incremento de valor, ni siquiera potencial, al haberse agotado la posibilidad de desarrollo urbanístico. En última instancia, en estos pronunciamientos, está presente el hecho de que el IIVTNU encuentra su fundamento en el artículo 47 de la Constitución cuando señala que *“la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los poderes públicos”.*

4. LA BASE IMPONIBLE DEL IIVTNU: REGLAS OBJETIVAS DE CÁLCULO. PRESUNCIÓN IURIS ET DE IURE O IURIS TANTUM.

Otra de las cuestiones que se ha planteado con la crisis del mercado inmobiliario ha sido la fórmula de cálculo de la base imponible del IIVTNU y la posibilidad de que, en aquellos supuestos en que el incremento de valor sea inferior al que resulta de la aplicación de las reglas objetivas de cálculo, se admita prueba en contrario, o por contra, nos encontremos ante una presunción legal, iuris et de iure, que no admite ser desvirtuada.

En primer lugar, respecto a la fórmula de cálculo de la base imponible del impuesto, debemos acudir al artículo 107.1 del TRLHL, el cual establece el método de cálculo, señalando que *“la base imponible de este impuesto está constituido por el incremento de valor de los terrenos, puesto de manifiesto en el momento del devengo y experimentado a lo largo de un periodo máximo de 20 años. A efectos de la determinación de la base imponible, habrá de tenerse en cuenta el valor del terreno en el momento del devengo, de acuerdo con lo previsto en los apartados 2 y 3 de este artículo, y el porcentaje que corresponda en función de lo previsto en el apartado 4”*.

Por lo tanto, el texto legal establece un método objetivo para la determinación de la base imponible, basado en dos parámetros, el valor del terreno en el momento del devengo del impuesto, que en la mayoría de los casos es el valor catastral del suelo a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, y un porcentaje que, a su vez, es el resultado de multiplicar el coeficiente establecido por cada ayuntamiento en su ordenanza fiscal, dentro del límite legal, por el número de años de generación del incremento, que en ningún caso pueda superar los 20 años.

Sobre esta fórmula de cálculo de la base imponible se ha pronunciado la Dirección General de Tributos (DGT) en varias consultas, entre ellas, la de 18 de diciembre de 2012, dictada tras la Sentencia de 7 de abril de 2012 del TSJ de Castilla La Mancha, que confirmaba una sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Cuenca, en la cual se modificaba el método de cálculo a través de una fórmula matemática de descuento simple del valor del terreno en el momento del devengo. En dicha consulta, la DGT señaló que *“había que interpretar que, cuando el artículo 107.4 del TRLHL dispone en su primer párrafo que “sobre el valor del terreno en el momento del devengo, derivado de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 anteriores, se aplicará el porcentaje anual que determine cada ayuntamiento, sin que aquel pueda exceder de los límites siguientes”, implica necesariamente, y sin que la Ley permita otra interpretación posible, multiplicar el valor del terreno en el momento del devengo (que será en la generalidad de los casos el valor catastral del mismo en la fecha de la*

transmisión) por la cifra del porcentaje aprobado por el Ayuntamiento para el periodo que comprenda el número de años de incremento y el resultado de dicha multiplicación dividirlo por 100.

Por tanto, debemos entender que la fórmula de cálculo del artículo 107.4 del TRLHL no ofrece ningún tipo de interpretación diferente de la establecida por la propia DGT, configurándose como una fórmula objetiva de cálculo que, además, para esta Dirección General tiene carácter iuris et de iure, no admitiendo prueba en contrario.

Así lo afirmó en la Consulta General 0014-14, de 20 de junio señalando expresamente que *“la regla de determinación de la base imponible del IIVTNU no es una presunción ni una regla probatoria, sino una regla de valoración que permite cuantificar la base imponible a través de un método objetivo; por tanto, la base imponible determinada conforme a las reglas del artículo 107 del TRLHL no admite prueba en contrario”*.

Esta interpretación ha sido defendida, entre otros, por el profesor Chico de la Cámara, que entiende que estamos en presencia de una ficción jurídica contra la que no cabe prueba en contrario, lo que, en opinión de este autor, abre la sospecha de la inconstitucionalidad del precepto, al ser contrario a los principios constitucionales de capacidad económica y al derecho a la prueba.

En el mismo sentido, María Reyes Vargas Jiménez, en su obra *“La Fiscalidad Inmobiliaria en el ámbito Local: Cuestiones Problemáticas”*, 2011, entiende que el impuesto no grava el incremento real del valor, ya que el artículo 107, números 2 y 4, contienen una definición legal de incremento de valor y no de un incremento real. Añade esta autora que este sistema de determinación de la base imponible puede acarrear situaciones de verdadera injusticia fiscal, que conculcan además el principio de capacidad económica, si bien reducen la carga administrativa-fiscal y simplifica la gestión y liquidación del Impuesto. Y concluye señalando que estamos, por tanto, ante una valoración legal imperativa y no una presunción iuris tantum.⁴

En este punto discrepamos de la opinión mantenida por la DGT y por los autores citados en cuanto a que se trata de una presunción iuris et de iure, ya que, aun partiendo de la consideración de que estamos ante un método objetivo de cálculo, si acudimos al artículo 50.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, el mismo establece expresamente que *“la ley podrá establecer los supuestos en que sea de*

⁴ Señala que “la formulación legal es una declaración de intenciones, un eufemismo amable para dulcificar un régimen de cuantificación objetivo, automático, desconectado años luz de la realidad y en última instancia injusto”. De ahí “los intentos que algunos tribunales han hecho para evitar o bordear al menos la aplicación de un régimen de cuantificación cuyo resultado es, por definición, irreal.”

aplicación el método de estimación objetiva, que tendrá, en todo caso, carácter voluntario para los obligados tributarios”.

En consecuencia, el importe de la base imponible determinada conforme a las reglas del artículo 107 del TRLHL, entiendo que sí admite prueba en contrario, debiendo prevalecer el importe del incremento efectivamente producido frente a la estimación del incremento de valor obtenido conforme a las reglas de determinación del artículo 107.

Dicha interpretación ha sido recogida, igualmente, por la jurisprudencia, tanto por el Tribunal Supremo, como, más recientemente, por los Tribunales Superiores de Justicia. El Alto Tribunal, en Sentencia de 22 de octubre de 1994 sostuvo que “El sistema liquidatorio legal no excluye que el sujeto pasivo pruebe que, en el caso concreto, lleva a resultados apartados de la realidad”. Y, en relación con el artículo 107 TRLHL fue tajante al señalar que su fórmula liquidatoria tenía carácter subsidiario, en defensa y garantía del contribuyente.⁵

En parecidos términos se pronuncia, entre otras, la sentencia del TSJ de Cataluña de 18 de julio de 2013, señalando que *“la base imponible está constituida por el incremento del valor de los terrenos, el cual ha de prevalecer sobre lo que resulte de la aplicación de las reglas del artículo 107, que sólo entrarán en juego cuando el primero sea superior. Por tanto, seguirá siendo de aplicación toda la jurisprudencia anterior sobre la prevalencia de los valores reales, pudiendo acudir incluso a la tasación pericial contradictoria, en los casos en los que se pretenda la existencia de un incremento del valor inferior al que resulte de la aplicación del cuadro de porcentajes del artículo 107. En esta hipótesis, la base imponible habrá de ser la cuantía de tal incremento probado, sin que sea admisible acudir a fórmulas híbridas o mixtas, que pretendan aplicar parte de las reglas del artículo 107 al incremento probado.”*

No obstante, la carga de la prueba de que el importe del incremento de valor de los terrenos es inferior al importe obtenido conforme al método de estimación de la base imponible legalmente establecido recae en todo momento sobre el sujeto pasivo del impuesto, tal y como se confirma por la Sentencia de 16 de diciembre de 2014 del TSJ de Madrid. Es preciso destacar, al respecto, la reciente sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana, de fecha 14 de septiembre de 2016, que anula una liquidación del IIVTNU realizada por un Ayuntamiento sobre la base de admitir como prueba de la

⁵ STS de 22 de octubre de 1994 “la Constitución no garantiza a los entes públicos ningún derecho a gravar siempre la capacidad real y efectiva, mientras que sí impide que se graven capacidades económicas ficticias de los ciudadanos”.

depreciación sufrida por el inmueble, la escritura de compra de la finca y la posterior escritura de declaración de obra nueva sobre la misma y la de su transmisión.

Si nos detenemos un poco más en materia de presunciones y ficciones tributarias, el Profesor Miguel Gutiérrez Bengoechea en su obra “Las presunciones y ficciones en el ámbito tributario y su aplicación a las rentas societarias”, señala que si atendemos al derecho comparado, su jurisprudencia ha mostrado posiciones contradictorias en cuanto a la legitimidad constitucional de las presunciones iuris et de iure, apreciándose en los últimos pronunciamientos la inadmisibilidad de la presunción absoluta en materia impositiva, al someter a gravamen una riqueza o capacidad contributiva ficticia. Asimismo, el rechazo a las presunciones legales absolutas se recoge en los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en los que se expresa que, a diferencia de las presunciones iuris tantum, las presunciones iuris et de iure vulneran el principio de necesidad, ya que este tipo de disposiciones va más allá de lo que es necesario para garantizar una recaudación eficaz, impidiendo, además, un control jurisdiccional efectivo, al no permitirse al sujeto pasivo aportar prueba en contrario.

Añade este autor, siguiendo a Falcón y Tella “Cuestiones normativas y cuestiones de prueba en el Derecho Tributario”, 1992, que el hecho de que la presunción absoluta impida la prueba en contra, no significa que la misma pueda ser empleada indiscriminadamente en el curso del procedimiento tributario ni que el administrado esté imposibilitado para emplear cuantos argumentos estime oportunos para impulsar al órgano administrativo para que la norma estimativa no despliegue sus efectos jurídicos. En este sentido, el profesor Eserverri Martínez argumenta que la Administración, en la busca de la verdad material, pueda deshacer tal norma de remisión cuando comprueba que exista una irrealidad en el nexo lógico entre ambos hechos.

Cabe citar, por último, por ser un pronunciamiento novedoso por parte de la propia administración, en el sentido de admitir la posibilidad de prueba en contrario en la determinación de la base imponible del IIVTNU, la Resolución del Tribunal Administrativo de Navarra de 7 de mayo de 2013, en la que, con apoyo de la jurisprudencia citada, declara que *“cabe impugnar liquidaciones concretas del IIVTNU, acreditando la inexistencia de plusvalía municipal o, cuando menos, una manifiesta desproporción entre las cuantías liquidadas y los valores reales”*.

5. MODIFICACIONES EN LA REGULACIÓN DEL IIVTNU COMO CONSECUENCIA DE LA CRISIS ECONÓMICA.

Como ya se adelantó al principio, el legislador ha pretendido, mediante sucesivas modificaciones de los artículos del TRLHL que regulan el IIVTNU, por un lado, paliar las consecuencias negativas que la crisis económica ha generado para determinados sujetos pasivos del Impuesto y, por otro lado, coadyuvar en el objetivo de reducción del déficit público. Expondremos, a continuación, dichas modificaciones siguiendo un criterio cronológico.

La primera modificación realizada en la regulación del IIVTNU se llevó a cabo por el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos; su artículo noveno modificó la redacción del artículo 106 del TRLRHL, añadiendo un tercer párrafo que estableció una nueva figura de sustitución en el Impuesto sobre el Incremento de los Terrenos de Naturaleza Urbana.⁶

Esta redacción, sin embargo, fue suprimida por el artículo 123.1 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, con efectos desde el 5 de julio de 2014, si bien la propia Ley, en aras a proteger a aquellas personas físicas que transmiten su vivienda habitual mediante dación en pago o como consecuencia de un procedimiento de ejecución hipotecaria, introdujo una nueva exención en la letra c) del artículo 105.1. del TRLHL.⁷

⁶ “En las transmisiones realizadas por los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, con ocasión de la dación en pago de su vivienda prevista en el apartado 3 del Anexo de dicha norma, tendrá la consideración de sujeto pasivo sustituto del contribuyente la entidad que adquiera el inmueble, sin que el sustituto pueda exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas.”

⁷ “Las transmisiones realizadas por personas físicas con ocasión de la dación en pago de la vivienda habitual del deudor hipotecario o garante del mismo, para la cancelación de deudas garantizadas con hipoteca que recaiga sobre la misma, contraídas con entidades de crédito o cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios.

Asimismo, estarán exentas las transmisiones de la vivienda en que concurran los requisitos anteriores, realizadas en ejecuciones hipotecarias judiciales o notariales.

Para tener derecho a la exención se requiere que el deudor o garante transmitente o cualquier otro miembro de su unidad familiar no disponga, en el momento de poder evitar la enajenación de la vivienda, de otros bienes o derechos en cuantía suficiente para satisfacer la totalidad de la deuda hipotecaria. Se presumirá el cumplimiento de este requisito. No obstante, si con posterioridad se comprobara lo contrario, se procederá a girar la liquidación tributaria correspondiente.

A estos efectos, se considerará vivienda habitual aquella en la que haya figurado empadronado el contribuyente de forma ininterrumpida durante, al menos, los dos años anteriores a la transmisión o desde el momento de la adquisición si dicho plazo fuese inferior a los dos años.

Respecto al concepto de unidad familiar, se estará a lo dispuesto en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. A estos efectos, se equiparará el matrimonio con la pareja de hecho legalmente inscrita.

Respecto de esta exención, no resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 9.2 de esta Ley.”

Para la aplicación de esta exención se establecieron tres requisitos esenciales:

- Que la dación lo sea de la vivienda habitual del deudor o de su garante.
- Que la dación se realice para la cancelación de deudas garantizadas con hipoteca que recaiga sobre la vivienda habitual.
- Que esas deudas hipotecarias se hayan contraído con entidades de crédito o cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios.

Como ha resaltado la doctrina, en los supuestos de ejecución hipotecaria estamos ante una transmisión a título oneroso, ya que, a cambio de la entrega del bien, se cancela una deuda o, al menos, parte de ella, tanto si la ejecución es producto de una transacción judicial como si es resultado de un pacto extrajudicial. A este respecto, la Subdirección General de Tributos, en Consulta V1616-07 señaló que *“la adjudicación de un bien inmueble de naturaleza urbana por ejecución judicial de una anotación preventiva de embargo sobre dicho bien, supone la transmisión de la propiedad del inmueble”*.

También resulta interesante, relacionado con el supuesto de dación en pago, la Consulta V0261-16, de 25 de Enero, de la Subdirección General del IRPF, según la cual *“la dación en pago no queda desnaturalizada ni muta su naturaleza por el hecho de que se haga a favor de un tercero, distinto del acreedor hipotecario, siempre que sea éste el que imponga tal condición para acceder a la dación y la acepte como extintiva de la obligación”*, de manera que la exención prevista en la letra c) del artículo 105.1 del TRLHL, resulta plenamente aplicable también estos casos.

Siguiendo en el tiempo, la norma que introdujo la segunda modificación en el articulado que el TRLHL dedica al IIVTNU fue el Real Decreto Ley 12/2012, de 30 de marzo, que establece diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público. La justificación estriba en que, tras la adopción de medidas tributarias de carácter urgente del Real Decreto Ley 20/2011, se procedió a elaborar y aprobar unos nuevos Presupuestos Generales del Estado para 2012 con objetivo de reducir el déficit. Dado que determinados gastos debían prorrogarse por su carácter ineludible, se consideró necesario establecer nuevas medidas tributarias que respetasen el principio de equidad con objeto de garantizar el cumplimiento del objetivo de déficit. Según nos indica el legislador en su Exposición de Motivos, una de las medidas adoptadas está dirigida a dotar de mayor autonomía financiera a los Ayuntamientos en el IIVTNU. La norma convierte en potestativa para los Ayuntamientos la aplicación de la reducción de la base imponible cuando se modifican

los valores catastrales como consecuencia de un procedimiento de valoración colectiva de carácter general, de modo que permita obtener mayor importe de recaudación, y posibilite la reducción del déficit de los Ayuntamientos, dando una nueva redacción al apartado 3 del artículo 107 del TRLHL.⁸

La tercera intervención en la regulación de la figura impositiva se produce con la inclusión, por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de un supuesto que debe entenderse como de exención, según el legislador, que en su disposición final decimosexta introduce un nuevo apartado 4 en el art. 104 del TRLRHL, dejando indicado que no se devengará el impuesto con ocasión de las aportaciones o transmisiones de bienes inmuebles efectuadas a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria regulada en la disposición adicional séptima de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. La redacción del citado precepto fue modificada, a su vez, por la Disposición Final 8ª de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre de cajas de ahorro y fundaciones bancarias.⁹

⁸ “Los ayuntamientos podrán establecer una reducción cuando se modifiquen los valores catastrales como consecuencia de un procedimiento de valoración colectiva de carácter general. En ese caso, se tomará como valor del terreno, o de la parte de éste que corresponda según las reglas contenidas en el apartado anterior, el importe que resulte de aplicar a los nuevos valores catastrales dicha reducción durante el período de tiempo y porcentajes máximos siguientes:

a) La reducción, en su caso, se aplicará, como máximo, respecto de cada uno de los cinco primeros años de efectividad de los nuevos valores catastrales.

b) La reducción tendrá como porcentaje máximo el 60 por ciento. Los ayuntamientos podrán fijar un tipo de reducción distinto para cada año de aplicación de la reducción.

La reducción prevista en este apartado no será de aplicación a los supuestos en los que los valores catastrales resultantes del procedimiento de valoración colectiva a que aquél se refiere sean inferiores a los hasta entonces vigentes.

El valor catastral reducido en ningún caso podrá ser inferior al valor catastral del terreno antes del procedimiento de valoración colectiva.

La regulación de los restantes aspectos sustantivos y formales de la reducción se establecerá en la ordenanza fiscal.”

⁹ “No se devengará el impuesto con ocasión de las aportaciones o transmisiones de bienes inmuebles efectuadas a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A. regulada en la disposición adicional séptima de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, que se le hayan transferido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48 del Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos.

No se producirá el devengo del impuesto con ocasión de las aportaciones o transmisiones realizadas por la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A., a entidades participadas directa o indirectamente por dicha Sociedad en al menos el 50 por ciento del capital, fondos propios, resultados o derechos de voto de la entidad participada en el momento inmediatamente anterior a la transmisión, o como consecuencia de la misma.

No se devengará el impuesto con ocasión de las aportaciones o transmisiones realizadas por la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A., o por las entidades constituidas por esta para cumplir con su objeto social, a los fondos de activos bancarios, a que se refiere la disposición adicional décima de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre.

No se devengará el impuesto por las aportaciones o transmisiones que se produzcan entre los citados Fondos durante el período de tiempo de mantenimiento de la exposición del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria a los Fondos, previsto en el apartado 10 de dicha disposición adicional décima.

En la posterior transmisión de los inmuebles se entenderá que el número de años a lo largo de los cuales se ha puesto de manifiesto el incremento de valor de los terrenos no se ha interrumpido por causa de la transmisión derivada de las operaciones previstas en este apartado.”

A este respecto, la DGT en la Consulta V3672-15, de 26 de noviembre, ha señalado que la operación consistente en la transmisión por parte de la Sociedad de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB) a un tercero, si es una operación sujeta al IIVTNU, siendo el sujeto pasivo el transmitente, esto es, la SAREB.

La Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras, en su artículo 7, modifica los apartados 3º y 4º del artículo 108 del TRLRHL y añade dos nuevos apartados, 5º y 6º¹⁰, con la finalidad, declarada en su Exposición de Motivos, de potenciar la autonomía local para estimular actividades de especial interés o utilidad para el municipio, actividades económicas que sean declaradas de especial interés o utilidad municipal por concurrir circunstancias sociales, culturales, histórico artísticas o de fomento del empleo que justifiquen tal declaración.

Por último, deben señalarse dos supuestos de no sujeción al IIVTNU, de reciente introducción, recogidos en textos legales diferentes al TRLHL, cuya finalidad esencial es la revitalización de la economía y del mercado inmobiliario, calificando como transmisiones no sujetas al impuesto determinados actos de aportación de inmuebles urbanos, ya sea en operaciones societarias de reestructuración, ya sea en actos de aportación de terrenos en operaciones de transformación urbanística.

Uno de estos supuestos de no sujeción hace referencia a operaciones societarias de reestructuración empresarial, como son la fusión, escisión, aportación de activos o canje de valores, que aparece recogido en la Disposición Adicional 2ª de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, mediante la aplicación de una ficción jurídica, en el sentido de entender que, en tales casos, no existe transmisión dominical, con la excepción de las aportaciones no dinerarias cuando la empresa adquirente no forme parte de una rama de actividad. Conforme a la citada Disposición Adicional *“No se devengará el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos*

¹⁰ “3. La cuota líquida del impuesto será el resultado de aplicar sobre la cuota íntegra, en su caso, las bonificaciones a que se refieren los apartados siguientes.

4. Las ordenanzas fiscales podrán regular una bonificación de hasta el 95 por ciento de la cuota íntegra del impuesto, en las transmisiones de terrenos, y en la transmisión o constitución de derechos reales de goce limitativos del dominio, realizadas a título lucrativo por causa de muerte a favor de los descendientes y adoptados, los cónyuges y los ascendientes y adoptantes.

5. Las ordenanzas fiscales podrán regular una bonificación de hasta el 95 por ciento de la cuota íntegra del impuesto, en las transmisiones de terrenos, y en la transmisión o constitución de derechos reales de goce limitativos del dominio de terrenos, sobre los que se desarrollen actividades económicas que sean declaradas de especial interés o utilidad municipal por concurrir circunstancias sociales, culturales, histórico artísticas o de fomento del empleo que justifiquen tal declaración. Corresponderá dicha declaración al Pleno de la Corporación y se acordará, previa solicitud del sujeto pasivo, por voto favorable de la mayoría simple de sus miembros.

6. La regulación de los restantes aspectos sustantivos y formales de las bonificaciones a que se refieren los apartados anteriores se establecerá en la ordenanza fiscal. “

de Naturaleza Urbana con ocasión de las transmisiones de terrenos de naturaleza urbana derivadas de operaciones a las que resulte aplicable el régimen especial regulado en Capítulo VII del Título VII de esta Ley, a excepción de las relativas a terrenos que se aporten al amparo de lo previsto en el artículo 87 de esta Ley cuando no se hallen integrados en una rama de actividad.

En la posterior transmisión de los mencionados terrenos se entenderá que el número de años a lo largo de los cuales se ha puesto de manifiesto el incremento de valor no se ha interrumpido por causa de la transmisión derivada de las operaciones previstas en el Capítulo VII del Título VII.

No será de aplicación lo establecido en el artículo 9.2 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.”

El otro de los supuestos de no sujeción al IIVTNU aparece en el artículo 23.7 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, al señalar que “*Las transmisiones de terrenos a que den lugar las operaciones distributivas de beneficios y cargas por aportación de los propietarios incluidos en la actuación de transformación urbanística, o en virtud de expropiación forzosa, y las adjudicaciones a favor de dichos propietarios en proporción a los terrenos aportados por los mismos, estarán exentas, con carácter permanente, si cumplen todos los requisitos urbanísticos, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y no tendrán la consideración de transmisiones de dominio a los efectos de la exacción del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.*”. En consecuencia, al no existir transmisión dominical no tiene lugar uno de los elementos esenciales del IIVTNU.

6. CONCLUSIONES.

De todo lo expuesto hasta aquí puede extraerse una primera conclusión y es que la crisis del mercado inmobiliario ha puesto de manifiesto la necesidad de acometer una reforma en profundidad del IIVTNU, quizás, incardinada dentro de la propia reforma de la financiación de la administración local, que se viene exigiendo en los últimos años. No obstante, lo previsible es que, hasta tanto el Tribunal Constitucional no se pronuncie sobre las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, la regulación del IIVTNU permanezca inalterada.

En segundo lugar, entiendo que para los aplicadores del derecho en el ámbito de la administración local, con independencia de que podamos cuestionarnos la constitucionalidad o no de los preceptos del TRLHL, el régimen previsto en el mismo para el IIVTNU es imperativo, de manera que a la hora de liquidar la plusvalía deberán aplicarse las reglas objetivas de valoración del artículo 107, con independencia de que haya existido un incremento o una disminución de valor del bien inmueble urbano, incluso cuando el sujeto pasivo del impuesto acredite frente al órgano liquidador municipal una efectiva disminución del valor del bien en el momento de la transmisión, por ser contrario al principio constitucional de capacidad económica.

Cosa distinta es que el sujeto pasivo pueda reclamar, vía jurisdiccional a través del recurso contencioso-administrativo, en unos casos, la improcedencia de la liquidación del IIVTNU por no haberse producido el hecho imponible propio del impuesto, y, en otros casos, la incorrecta liquidación del impuesto, cuando acredite que el incremento real es inferior al incremento “presunto” resultante de aplicar las reglas objetivas del impuesto, correspondiéndole en tales supuestos la carga de la prueba. En estos casos, y hasta que el Tribunal Constitucional resuelva las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, quizás sería conveniente adoptar como medida cautelar la suspensión de las reclamaciones en litigio.

Esta es la interpretación que debe otorgarse al carácter de presunción iuris tantum de las reglas objetivas de determinación de la base imponible del artículo 107 del TRLHL que hemos mantenido anteriormente, es decir, la posibilidad de ser desvirtuada ante los Tribunales, no así ante los órganos administrativos encargados de liquidar el Impuesto, que deben limitarse a aplicar las reglas de liquidación del IIVTNU.

Finalmente, a modo de crítica al legislador, sería conveniente que los supuestos de no sujeción introducidos recientemente y previstos en textos legales diferentes al TRLHL se recogiesen dentro del mismo, en aras a una mejor sistemática en la regulación del Impuesto.

BIBLIOGRAFÍA.

BALLARÍN ESPUÑA, Montserrat, “El Impuesto de Plusvalía: un tributo aún más cuestionado durante la crisis”, en: *Revista del Instituto de Derecho Local*. Noviembre de 2014.

CHICO DE LA CÁMARA, Pablo. “Pérdida de valor del IIVTNU y principio de capacidad económica”, en: *Revista de Tributos Locales*, número 11.

GUTIERREZ BENGOCHEA, Miguel. *Las presunciones y ficciones en el ámbito tributario y su aplicación a las rentas societarias*. Año 2012.

MARÍN-BARRIONUEVO FABO, Diego. “La inconstitucionalidad del Impuesto sobre el Incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana”, en: *Revista de Tributos Locales*, número 112/2013.

ORÓN MORATA, Germán. “Plusvalía municipal a pesar de la pérdida de valor y el recurso contencioso como carga”, en: *Revista del Instituto de Derecho Local*. Noviembre de 2015.

VARGAS JIMÉNEZ, María Reyes. *La fiscalidad inmobiliaria en el ámbito local: cuestiones problemáticas*. Año 2011.

PERSPECTIVAS Y PREOCUPACIONES SOBRE EL SUELO NO URBANIZABLE EN LOS PEQUEÑOS MUNICIPIOS ANDALUCES. VISIÓN «EX ANTE»: LA CUESTIÓN DE LOS USOS. ÓPTICA «EX POST»: REGULARIZACIÓN DE LA EDIFICACIÓN ILEGAL SEGÚN EL DECRETO 2/2012.

José LLAMAS INIESTA

Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Benalauría (Málaga)

Trabajo de evaluación presentado al Curso Regularización de Viviendas Ilegales (Decreto 2/2012, de 10 de enero, de las Edificaciones y Asentamientos en el Suelo No Urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía.). CEMCI Octubre 2015.

SUMARIO:

1. El aprovechamiento deficiente del suelo no urbanizable andaluz. Una «patología» crónica. Consideraciones generales.
2. El Suelo No Urbanizable en Andalucía. El concepto ambivalente de la «vinculación» de la construcción al medio rural.
3. El resultado de la «indisciplina» urbanística: El Decreto 2/2012, de 10 de enero. Regularización de las viviendas fruto de parcelaciones ilegales, el fleco suelto del Decreto 2/2012
4. Núcleos Rurales. Proceso de delimitación de «asentamientos» y ámbitos de Hábitat Rurales Diseminados. El caso de Benalauría en la provincia de Málaga.
5. Conclusiones.

I. EL APROVECHAMIENTO DEFICIENTE DEL SUELO NO URBANIZABLE ANDALUZ. UNA «PATOLOGÍA» CRÓNICA. CONSIDERACIONES GENERALES.

Cuando se trata de suelo no urbanizable, el contenido del derecho de propiedad, en principio y por sí mismo, no alcanza a la realización de aprovechamientos o actividades distintas a su naturaleza, requiriendo la preceptiva autorización de cualquier

otro acto de aprovechamiento o uso. Sin duda, es en este tipo de suelo, donde alcanza mayor significación la dimensión subjetiva del urbanismo cuando condiciona el alcance del derecho de propiedad y se identifica con la esfera jurídica de los propietarios, vinculando su margen de actuación al interés general (ex artículos 47 y 33 de la Constitución Española).

Este aserto, sobradamente sabido por los concededores de la materia urbanística, y que confluye en una definición genérica del suelo no urbanizable como aquel que no es apto para la urbanización dado que se sitúa bajo el común denominador del deber del respeto a sus valores naturales, paisajísticos o de otra índole, nos lleva a cuestionarnos si efectivamente su precisa regulación material y procedimental, especialmente en el ámbito de las Comunidades Autónomas, se ha cohesionado con la dinámica y evolución cultural, económica e incluso antropológica de nuestra sociedad en su proceso relacional con el medio rural. En definitiva, nos preguntamos si el legislador ha sabido responder a las inquietudes, no ya sólo del complejo mundo de la actividad inmobiliaria o de los grandes procesos edificatorios, sino de las familias criadas a pie de campo, las de nuestros pueblos, con realidades dispares y fuertemente localizadas, y si esa normativa en definitiva ha hecho uso de la pedagogía más allá de la acción preventiva y represiva, haciéndose fuerte en su defensa de un medio rural, hasta cambiar solidificadas inercias y trocar esa conciencia última que aún pervive en los pequeños municipios respecto de un derecho de propiedad de contenido ilimitado, del que emanan infinitas facultades y ampara incontables pretensiones dentro de lo que uno piensa *«que es suyo y solamente suyo»*.

Además de estos matices sociológicos y culturales, donde hemos podido comprobar cómo pueblos enteros hacen del campo y del uso del campo su modo de vida, aunque haya ido quedando progresivamente desplazada la actividad propiamente agraria a favor del afán esencialmente lúdico, no debemos olvidar el hecho económico. No en vano, y especialmente en municipios de la llamada *«segunda línea litoral»*, la actividad edificatoria tanto en el suelo urbano como en el medio rural ha constituido un verdadero *«motor económico»* con el agravante de que en este último no hay sistemas de actuación, ni aplicación de mecanismos que permiten reequilibrar el reparto de beneficios y cargas, no hay en definitiva un soporte en el que desplegar el rigor del planeamiento. La vivienda ilegal en el medio rural ha sido mucho más barata porque el propietario no urbaniza ni participa en las cargas urbanísticas de la ciudad. En medio de toda esta vorágine de ceguera política y ciudadana, el personal técnico de los Ayuntamientos ha venido sufriendo lo indecible como testigos de una conculcación constante desde lo administrativo y un menoscabo del interés público demencial, que ha supuesto también el que se ponga en entredicho injustamente su heroica labor, sometida a grandes presiones, a los escasos medios y viéndose, como tantas otras veces en el estrecho del embudo cuando la normativa a su disposición no ha sido lo suficientemente tajante y luego las cosas han venido mal dadas por el acoso de la maquinaria judicial y el de otras Administraciones poco dispuestas a poner en valor el principio de coordinación y la lealtad institucional. Como ha afirmado el compañero CATALÁN

SENDER, «*muchas veces la legislación es pura teoría, mientras que la práctica va por otros derroteros, más próximos al Derecho natural y a la equidad*».¹

Como quiera que este trabajo viene a completar la formación recibida acerca de la Regularización de las Construcciones en el Suelo No Urbanizable y la consiguiente aplicación práctica del Decreto 2/2012 en Andalucía, a ello nos referiremos ampliamente no sin renunciar a enfocarlo desde una visión más amplia, contextualizando debidamente su llegada al mundo jurídico, comprendiendo que todo tiene un porqué y que a la vista de las consideraciones realizadas, esta norma reglamentaria nace como consecuencia de una realidad irrefutable y desbordante, esto es, que en Andalucía, el derecho urbanístico se ha consolidado como afirma el profesor SÁNCHEZ SÁENZ², como un derecho «*patológico*», incapaz de abordar hasta entonces el asunto de las construcciones «*clandestinas*», tema que hay que tomar como un fracaso político (por acción y omisión), jurídico (de la disciplina urbanística) y un fracaso social (en la medida en que la culpa original reside en esos ciudadanos que de forma consciente decidieron construirse una segunda residencia en el campo contraviniendo de forma igualmente premeditada las prescripciones del derecho urbanístico).

II. EL SUELO NO URBANIZABLE EN ANDALUCÍA. EL CONCEPTO AMBIVALENTE DE LA «VINCULACIÓN» DE LA CONSTRUCCIÓN AL MEDIO RURAL.

II.1 El suelo no urbanizable, un espacio de incertidumbre normativa y práctica.

En Andalucía, la entrada en vigor de la **Ley 7/2002 de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía** (en adelante, LOUA) no supuso un freno real al embate de la ingente ocupación del medio rural. La Ley nace con limitaciones en el campo de la disciplina urbanística y se mostró incapaz de combatir el fenómeno de las parcelaciones ilegales en el suelo no urbanizable dado que no estableció procedimiento para llevar a efecto la protección de la legalidad sino que lo difirió al Reglamento, originando una inseguridad manifiesta. Así mismo, no se previeron mecanismos que ayudaran a actuar de manera rápida y preventiva contra la construcción de viviendas aisladas en el Suelo No Urbanizable, lo que unido a la connivencia municipal y al cómplice silencio vecinal, propiciaron que transcurriera el tiempo y se convirtieran en inatacables jurídicamente, situándose en una situación de limbo jurídico que tenía que ser aclarado.

¹ CATALAN SENDER, JESÚS. «*Las construcciones agrícolas que son susceptibles de ser emplazadas en suelo no urbanizable. Requisitos legales y órganos competentes para el otorgamiento de licencias*» Actualidad Administrativa, Sección Doctrina, 1999, Ref. XLVII, pág. 805, tomo 2, Editorial LA LEY

² SÁNCHEZ SÁENZ, A.J. «*Edificaciones Asimiladas a Fuera de Ordenación en Andalucía: Pecado, Expiación y Redención*». Del Libro «*El Urbanismo de la Crisis: la regularización de las edificaciones ilegales y el régimen de asimilación a fuera de ordenación*». Capítulo VI. Págs. 177 y 178. Coord, Jesús Jordano Fraga. 2015. Editorial Tecnos.

No mejora la situación el accidentado abordaje normativo que realizan nuestras Administraciones aunque entendemos que en el ámbito procedimental se han clarificado y reforzado los mecanismos preventivos gracias al **Reglamento de Disciplina Urbanística aprobado por Decreto 60/2010, de 16 de marzo** (en adelante RDU) aunque en esencia sea un texto omnicompreensivo en cuyo articulado se reproduce literalmente hasta en un 30% el contenido de la Ley tal y como recalca GUTIÉRREZ COLOMINA.³ El problema sigue siendo de fondo ya que la escasa pedagogía de la LOUA respecto de las limitaciones de los usos del suelo no urbanizable y su rigidez respecto de la concreta vinculación al destino reservado para el suelo en que se ubican ha generado un clima de indefinición. Son muchos autores los que han aseverado que hubiese sido más conveniente equilibrar con mayor razonabilidad los usos del suelo no urbanizable en la LOUA dado que esa regulación tan estricta prohibiendo el uso residencial e impidiendo toda aquella construcción que no dé servicio a la explotación anexa, no ha permitido casar satisfactoriamente el interés ambiental de la norma con el desarrollo económico de muchos de los municipios⁴, por ejemplo, en forma de implantación de complejos de turismo rural o de industrias artesanales que fueran en todo caso sostenibles.

II.2 Obras, construcciones, instalaciones y edificaciones susceptibles de realizarse en el suelo no urbanizable. La complejidad del deslinde y determinación de su vinculación al medio rural.

Es el artículo 21 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, trasunto del artículo 12 de la anterior de 2008 con la importante reforma que sufrió en 2013, el que distingue dos situaciones básicas del suelo: *urbanizado y rural*, destacando dentro de esa segunda categoría a los efectos que nos ocupan el que está por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización.

Bien sabemos y conviene recordar en este punto la doctrina más autorizada, - v.gr. GUTIÉRREZ COLOMINA- que precisa que el régimen del uso del Suelo No Urbanizable a efectos de su mayor o menor protección es, a priori, *gradualista y progresivo* de manera que la mayoría de las Comunidades Autónomas distinguen en general tres tipos: *usos autorizados, compatibles y prohibidos*, distinguiendo dos tipos de aprovechamiento que podríamos denominar rural y otro urbanístico.⁵ En el primero incluiríamos el propio derecho a explotar la tierra y al que podríamos añadir un «ius aedificandi» vinculado a esa funcionalidad agraria que en cierto modo vendría a ratificar su esencia, puesto que de no permitirse la facultad de edificar construcciones agrícolas,

³GUTIÉRREZ COLOMINA, VENANCIO y GUTIÉRREZ JULIÁN, FRANCISCO JAVIER. «Comentario sobre el Reglamento de Disciplina Urbanística (D. 60/2010 de 16 de marzo)». Fundación Asesores Locales. 2011. Pág. 20.

⁴ GUTIÉRREZ COLOMINA, VENANCIO. «Régimen del suelo no urbanizable. Las actuaciones de interés público», en Derecho urbanístico de Andalucía, nº2, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid 2006, pág. 226.

⁵ GUTIERREZ COLOMINA, VENANCIO. «Manuel práctico de Derecho Urbanístico de Andalucía», Capítulo III. Apartado 2. El régimen del Suelo No Urbanizable en la nueva LOUA. CEMCI Publicaciones. 2009. Págs. 165 a 189.

se imposibilitaría el derecho de explotación de la tierra, que forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad. La LOUA no enumera a diferencia de otras legislaciones autonómicas estos usos agrarios distinguiendo entre constructivos y no constructivos. Y he aquí el quid de la cuestión. En el segundo, podríamos encuadrar el «ius aedificandi» referido a la implantación de un uso residencial extraordinario mediante la construcción de viviendas unifamiliares aisladas y las denominadas construcciones o instalaciones de utilidad pública o interés social, para lo que se exigirá el correspondiente Proyecto de Actuación o, en su caso, Plan Especial por el procedimiento señalado en los artículos 42 y 43 [artículo 52.1 apartado B) letra b) y apartado C) de la LOUA].

Pues bien, el artículo 52 LOUA es el que regula, como sabemos, el régimen del suelo no urbanizable en nuestra Comunidad estableciendo para el mismo un contenido genérico a diferencia de otros modelos autonómicos que establecen de forma más minuciosa los requisitos documentales que deben aportarse para acreditar la vinculación de construcciones o viviendas a una finca agraria⁶.

RUIZ ARNÁIZ afirma que en la definición del concreto contenido urbanístico del suelo no urbanizable en la LOUA podríamos aventurar la existencia de dos grados o estadios, siendo el primero, el que estaría conformado por el artículo **50 apartado A) y apartado B) letra a)** así como el propio **artículo 57.1 LOUA** dedicados a establecer una suerte de determinaciones sobre uso, disfrute y aprovechamiento de los terrenos sin distinción entre las categorías en que puede quedar dividido este suelo. Generalmente, se permiten todos los actos que sean necesarios para la adecuada **utilización y explotación** de la naturaleza rústica del terreno, lo que incluye poder emplear los medios, recursos, instalaciones y obras precisas con tal de no transformar el destino natural del suelo. Esta suerte de distinciones que hace la LOUA parece encajar con la propia interpretación gradualista y progresiva de la que hacía referencia GUTIÉRREZ COLOMINA⁷ y que de algún modo es coherente con el derecho de los propietarios del suelo rural a servirse de aquellas instalaciones que sean oportunas para garantizar el aprovechamiento primario del predio rústico. Eso sí, con independencia de que exista o no Plan General de Ordenación Urbanística, habrá que tener en cuenta unas reglas directas no exentas de disparidad en que se alternan conceptos indeterminados con parámetros muy precisos (art. 57.1 LOUA)⁸.

⁶Especialmente interesantes, por ejemplo, la regulación exhaustiva que realiza la Ley 9/2002, de 30 de diciembre de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia respecto de los usos y actividades de posible implantación diferenciando actividades y usos no constructivos de los que sí lo son (artículo 33). En el mismo sentido, la normativa cántabra, además del Decreto 65/2010, de 30 de septiembre, que aprueba las Normas Urbanísticas Regionales de Cantabria, cuenta con un elenco de criterios para la regulación de construcciones y viviendas vinculadas a explotaciones agrarias en suelo rústico aprobadas en el año 2002 (BOC n.º 106 de 4 de junio).

⁷ GUTIÉRREZ COLOMINA, VENANCIO. *Op cit.*

⁸ Artículo 57.1 de la LOUA: «1. Los actos de construcción o edificación e instalación que se realicen en terrenos que tengan el régimen propio del suelo no urbanizable deberán observar cuantas condiciones se establecen en el artículo 52 de esta Ley, aun cuando no exista Plan General de Ordenación Urbanística o Plan Especial y, además, las siguientes reglas: 1. Que las construcciones, instalaciones u obras en el suelo no urbanizable, deben ser adecuados y proporcionados al uso a que se vinculen; 2.

Este primer grado se materializaría con la posibilidad de realizar en el Suelo No Urbanizable no adscrito a régimen alguno de especial protección, todas aquellas obras o instalaciones precisas para el desarrollo de las actividades enumeradas en el artículo 50 B) a), esto es, utilización y explotación agrícola, ganadera, forestal, cinegética o análoga, que no estén expresamente prohibidos por la legislación aplicable por razón de la materia -por ejemplo, la agraria-, los Planes de Ordenación del Territorio, el Plan General o el Plan Especial. Habrá que estar a lo que la doctrina judicial entienda por obra o instalación, lo que en principio deberá ser distinto a la edificación o construcción⁹.

tener el carácter de aislados; 3. no tener más de dos plantas, salvo prescripción imperativa del Plan; 4. presentar características tipológicas y estéticas adecuadas a su ubicación y a su integración con el contorno; 5. evitar la limitación del campo visual y la ruptura o desfiguración del paisaje en los lugares abiertos o en perspectiva de los núcleos e inmediaciones de las carreteras y caminos con valores paisajísticos.»

⁹ DÍAZ MANZANERA, José Luis en su artículo «*El delito urbanístico en la Jurisprudencia*» La Ley Penal, N° 31, Sección Informe de Jurisprudencia, Octubre 2006, Editorial LA LEY. Entiende que «A diferencia del concepto «edificación», que sí está definido legalmente, el concepto «construcción» no lo está, por lo que tenemos que ir primero al diccionario donde de una forma poco esclarecedora nos dice que consiste en la acción de construir, y por tanto fabricar o edificar. La jurisprudencia se ha manifestado: así nos encontramos con la SAP Palencia de 17 de marzo de 1998 (LA LEY 133/1999) que dice que construir es fabricar, erigir, edificar y hacer de nuevo una cosa. Todas las sentencias analizadas coinciden en algo que parece obvio, y es que el término «construcción» es más amplio que el de «edificación», siendo aquél el género y éste la especie. La SAP de Valencia de 24 de octubre de 2002 lo describe como cualquier construcción, sea o no edificio. Las SSAP de Palencia de 10 de marzo de 1999 y de Jaén de 4 de septiembre de 2000 lo definen como todo acto que signifique una transformación material de los terrenos o del espacio.

Así mismo, señala que la jurisprudencia no ha considerado que sea «construcción»

- La reposición o adcentamiento de una construcción existente en la antigüedad (AP Valencia de 8 de septiembre de 2004).
- La reconstrucción de un antiguo almacén de aperos de labranza de 60 m², por lo que sí estaría en el tipo penal si se tratase de directamente de una construcción del mismo almacén (AP Jaén de 25 de marzo de 02).
- Una obra realizada en suelo no urbanizable de especial protección natural ambiental que está dentro de las destinadas a actividades agrarias, granja-escuela e incluso vivienda unifamiliar agraria (AP Palencia de 14 de marzo de 2000).
- Todo aquello que suponga adcentar lo ya edificado sin alterar significativamente el terreno o el espacio, como el caso de colocar un marco, puerta o chimenea (AP Palencia de 10 de marzo de 1999).
- Casetón prefabricado de madera de 21 m² carente de cimentación, solo apoyado en unas zapatas de hormigón y trasladable con transporte especial (AP Asturias de 14 de septiembre de 2005).
- Un muro que no tiene vocación de permanencia y ha sido derribado sustituyéndolo por una valla, no teniendo el cometido de segregar, ni parcelar, ni independizar la finca (AP Gerona de 28 de julio de 2005).
- Una obra menor consistente en una excavación de 18 m² destinada a aljibe enterrado para abastecer de agua al restaurante del acusado, al que está adosado dentro de un espacio natural protegido. Es realmente una obra de acondicionamiento del propio restaurante para la mejora del servicio del mismo y no una obra de nueva planta y de grandes dimensiones, que fueron los supuestos para los que se decidió la tipificación penal de las infracciones urbanísticas (AP Las Palmas de 12 de mayo de 2005).
- El asfaltado del camino, ampliación y asfaltado del aparcamiento y construcción de un murete de bloques de hormigón de 1 metro de altura (AP Alicante de 9 de febrero de 2005).
- Caseta de obra y torre para antenas de telefonía de escasa entidad y desmontables sin daño alguno (AP Burgos de 29 de diciembre de 2004).

El segundo estadio, un escalón más en el grado de protección, sería el que ya de forma particular distingue los derechos que corresponden a las categorías de suelo no urbanizable no protegido y especialmente protegido, esto es, según lo previsto en el artículo 50 apartado B), letras b) y c). En la letra b) se señala que en la categoría de suelo no urbanizable de carácter natural o rural y del Hábitat Rural Diseminado, le corresponde, además de los generales señalados anteriormente, la realización de las obras, construcciones, edificaciones o instalaciones y el desarrollo de usos y actividades que -no contemplados en la letra anterior- se legitimen expresamente por los Planes de Ordenación del Territorio, por el propio Plan General de Ordenación Urbanística o por Planes Especiales, así como, en su caso, por los instrumentos previstos en la legislación ambiental. Por su parte, la letra c) precisa que en los terrenos adscritos a la categoría de suelo no urbanizable de especial protección tendrán los mismos derechos que los establecidos para el suelo no urbanizable sólo si así lo atribuye el régimen de especial protección a que queden sujetos los terrenos, ya sea por la propia legislación sectorial o por el propio Plan General.

Digamos que este segundo estadio de concreción del contenido urbanístico del derecho de este tipo de suelo, ya se puede incardinar con lo señalado en el propio artículo 52.1 y 2 de la LOUA, exceptuando el apartado A) del punto 1º -en relación con el artículo 50.B) a)- que hemos vinculado al primer grado de protección, dado que en principio sólo habla de «*obras e instalaciones*» precisas para el aprovechamiento primario del suelo rústico. Por lo tanto, ya el apartado B del punto 1º del artículo 52 habla de la posibilidad de realizar en el suelo no urbanizable que no sea de especial protección «*segregaciones, edificaciones, construcciones, obras e instalaciones expresamente permitidas por el Plan General de Ordenación Urbanística o Plan Especial de desarrollo*». Pero la Ley es sumamente restrictiva en este aspecto porque si no están expresamente previstos por estos instrumentos no serán en ningún caso viables. Según el precepto que analizamos, los actos deben ser consecuencia de alguna de las circunstancias indicadas en el apartado de referencia¹⁰ y en la que destacamos la exigencia de la vinculación al normal funcionamiento y desarrollo de las explotaciones agrícolas y se relacione con fines *ad hoc*.

Estos actos están sujetos a licencia municipal y, cuando se trate de actos que tengan por objeto **viviendas** unifamiliares aisladas, es preceptiva además la aprobación del correspondiente Proyecto de Actuación para las actuaciones de interés público en

¹⁰Artículo 51.1 B)

- a) El normal funcionamiento y desarrollo de las explotaciones agrícolas.
- b) La necesidad justificada de vivienda unifamiliar aislada, cuando esté vinculada a un destino relacionado con fines agrícolas, forestales o ganaderos.
- c) La conservación, rehabilitación o reforma de edificaciones, construcciones o instalaciones existentes.
- d) Las características propias de los ámbitos del Hábitat Rural Diseminado.
- e) La ejecución y el mantenimiento de las infraestructuras y los servicios, dotaciones y equipamientos públicos.

terrenos no urbanizables regulado en los arts. 42 y 43 LOUA. Debe tenerse en cuenta que si la «segregación» propuesta lo es de naturaleza rústica y no tiene por finalidad la implantación de usos urbanísticos, procederá la declaración de innecesiedad de la licencia. Por último, en este tipo de suelos sin especial grado de protección, caben las actuaciones de interés público previa aprobación del correspondiente Plan Especial o Proyecto de Actuación.

Por su parte, en los terrenos del suelo no urbanizable adscritos a algún grado especial de protección, sólo *«podrán llevarse a cabo segregaciones, obras y construcciones o edificaciones e instalaciones previstas y permitidas por el Plan General de Ordenación Urbanística o Plan Especial, que sean compatibles con el régimen de protección a que esté sometido, estando sujetas a su aprobación y en su caso licencia»*

Pues bien, la excesiva inconcreción de la LOUA en el régimen que se ha expuesto nos plantea algunos interrogantes no resueltos. En primer lugar, centrándonos en los usos susceptibles de implantación en el Suelo No urbanizable que no se adscribe a ningún régimen de especial protección, nos preguntamos si es así que, como hemos analizado, podemos entender que el **artículo 52** distingue, efectivamente, dos niveles de protección: **1)** obras e instalaciones necesarias para la *utilización* y explotación agrícola, forestal, cinegética o análoga mientras que no estén prohibidos y **2)** segregaciones, edificaciones, construcciones, obras e instalaciones que expresamente permita el PGOU o PE de desarrollo y sean consecuencia, generalmente, del normal funcionamiento y desarrollo de explotaciones agrícolas.

¿Qué debe entenderse por «explotación agrícola», por mera «utilización» o destino a «fines agrícolas»? ¿Habilitaría la letra a) del artículo 52.1 para realizar obras e instalaciones que fueran precisas para el aprovechamiento primario del suelo rústico, esto es, garantizando que el mismo se destina al uso previsto por la norma, sin necesidad de que por ello exista una explotación rigurosa en términos de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias? ¿Cómo pueden definirse obras e instalaciones? ¿Y la letra b) del 52.1? ¿Cuál es el alcance del término «explotación»?

No parecería lógico que la LOUA hubiera distinguido en sendos apartados dos grados de usos diferentes sino hubiese querido distinguir puesto que de lo contrario hubiese incluido todas las posibilidades de aprovechamiento en un único punto en el artículo 52.1.

Es decir, de acuerdo con el artículo 52.1, *¿qué parámetros deben concretar las normas de planeamiento general para legitimar construcciones, obras, instalaciones y edificaciones -siempre que no sean viviendas unifamiliares aisladas para las cuales se exigirá Proyecto de Actuación, y por tanto, la observancia de una serie de parámetros preestablecidos según el artículo 42 y 43 LOUA-?*

¿Puede el Plan General, por ejemplo, establecer parámetros de superficies inferiores a la unidad mínima de cultivo según la Ley 19/1995, a efectos de legitimar dichas construcciones vinculadas, aunque en términos de la legislación sectorial, la «explotación» no fuese viable en términos empresariales, ya que de acuerdo con las peculiaridades territoriales de un municipio, se antoje preciso para evitar el abandono definitivo de las tierras?

En definitiva, *¿son siempre y plenamente equiparables e identificables en la LOUA los conceptos urbanísticos «explotación», «utilización», «fines», agrícolas, ganaderos o forestales, con la definición del artículo 2.2 de la citada Ley 19/1995, de 4 de julio?*

¿Queda por tanto vedada la posibilidad de que el planificador pueda legitimar usos constructivos en predios rústicos sin la previa existencia de una explotación entendida como esa unidad organizada de bienes y derechos por un empresario para el ejercicio de la actividad agraria, con fines de mercado?

Como decimos el margen de incertidumbre es y ha sido amplio todo este tiempo. Las respuestas a estas preguntas no han sido claras y los criterios municipales y autonómicos adoptados han sido muy dispares.

Una visión que sondee la garantía última de la preservación del suelo rural y la vocación agrícola, ganadera, cinegética o forestal, desde luego debe permitir aquellos usos constructivos que sean inherentes *per se* a dicha vocación, puesto que formaría parte del contenido urbanístico inicial del derecho de propiedad rústica, coadyuvando así al cumplimiento de la función social que la misma está llamada a cumplir. Entre ellas desde luego se encontrarían los almacenes de productos agrícolas de la propia finca, casetas de aperos, naves de estabulación de ganado, invernaderos, balsas de riego, etc. A ellas por tanto no suele exigirse una atribución previa de aprovechamiento excepcional. No son usos compatibles ni prohibidos, sino directamente autorizados. El Plan, que en la LOUA tiene un carácter «*todopoderoso*» según BAENA GONZÁLEZ¹¹, será el que de forma deseable deba determinar los «*contornos*» urbanísticos de la posible implantación de dichos elementos constructivos de forma que pueda interpretarse correctamente la «*vinculación*» de los mismos al uso primario del suelo.

En defecto de norma superior, es el planificador, el que puede soslayar estas cuestiones en función de las características propias de cada zona del territorio y, a nuestro juicio, de acuerdo con tres notas dibujadas por la jurisprudencia y la doctrina

¹¹ BAENA GONZÁLEZ, Antonio. «Introducción a la reciente Ley del Suelo Andaluza», Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, año XXXVII, núm. 199, enero-febrero 2003, editorial Montecorvo, Madrid, pág. 27.

que se antojan esenciales¹²: **1) funcionalidad** y carácter **instrumental** de la construcción al servicio de la tierra; **2) necesidad**; y **3) proporcionalidad**. Por razones de seguridad jurídica, debe ser inexcusable que los parámetros que deslinden la observancia de estas notas, estén normativamente sacralizados.

Pero claro puede ocurrir que el planificador en atención a ese régimen gradualista y al tratarse de construcciones cuya implantación no exija atribuir un aprovechamiento excepcional, aplique su factor de ponderación y se limite a verificar únicamente una serie de condiciones tipológicas de la construcción y la parcela, a priori, esto es, *dimensiones, separación a linderos públicos y privados, altura máxima y condiciones estéticas*, y sean esas en función de las características territoriales del término municipal, las notas justas de *«proporcionalidad»*, pues no en vano, serían sus elementos de referencia para valorar la relación funcional entre finca y construcción. La pregunta vuelve a ser ¿Hay que ir más allá?

Si el Plan no dice nada más *¿es posible verificar la necesidad de la construcción con carácter previo al despliegue de la explotación agrícola? ¿es imprescindible la preexistencia de la explotación en términos empresariales hasta para construir una balsa de riego? ¿no sería como exigirle a un empresario la viabilidad de su negocio antes de construir su nave en suelo industrial, o al comerciante la viabilidad de un supermercado antes de ponerlo?*

¿No es posible interpretar la necesidad de las construcciones conectando con la conservación de un *modus vivendi* propio y específico de determinadas zonas representando por pequeñas explotaciones familiares que constituyen una «segunda actividad» de sus titulares *«arraigada culturalmente en la zona y que es fuente de ingresos complementarios que debe ser tomada en cuenta»* descartando de esta forma que el titular de la explotación haya de dedicarse de manera exclusiva o principal a la misma, tal y como indica el Auto nº51/2011 de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Andalucía e 18 de mayo de 2011 y STS de 27 de julio de 2011?

Así las cosas, una visión inflexible de la norma nos llevaría a dibujar un escenario más profundo de análisis de cada supuesto de hecho, especialmente en aquellos municipios donde no exista Plan General, cuenten con normas subsidiarias sin adaptar a la LOUA o no albergue parámetros concisos. La Dirección General de Urbanismo andaluza actualmente extrema con rigor el tenor de la norma y ha manifestado que para poder autorizar cualquier construcción o edificación en el suelo no urbanizable que no sean viviendas aisladas (ex artículo 52.1 B) punto 1), además de que lo permita el Plan correspondiente, debería verificarse la existencia previa de una explotación agraria en los términos en que se pronuncia la **Ley 19/1995 de 4 de julio**,

¹² MACHACÓN DÍAZ, Francisco Javier. «Construcciones y viviendas agrarias en suelo rural: la vinculación al uso natural del suelo como elemento determinante para su autorización» Revista Práctica Urbanística, Nº123, Sección Estudios, Julio-Agosto 2013, Editorial La Ley.

de Modernización de las Explotaciones Agrarias y, por ende, la extensión mínima que permita el desarrollo de una explotación viable, esto es, indefectiblemente las unidades mínimas de cultivo establecidas en la **Resolución de 4 de noviembre de 1996, de la Dirección General de Desarrollo Rural y Actuaciones Estructurales**, por la que se determinan provisionalmente las unidades mínimas de cultivo en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma Andaluza.¹³

El asunto no deja de crear problemas prácticos, particularmente, cuando hay un instrumento de planeamiento que permite a priori autorizar usos constructivos en el suelo no urbanizable por debajo de estos umbrales o directamente no identifica los parámetros urbanísticos de estas parcelas y construcciones con los agrarios. No es infrecuente encontrarnos casos, incluso actuales, como el de Arenas, ejemplo de municipio de segunda línea litoral en la Axarquía, que ha visto aprobado recientemente su Plan General de Ordenación Urbanística por la Junta de Andalucía en el que se excepciona expresamente el parámetro agrario de la unidad mínima de cultivo a efectos urbanísticos, entendiéndose que «*no son equiparables a la parcela mínima susceptible o no de ser edificada*» y aplicable sólo a las «*parcelaciones rústicas, fraccionamientos, segregaciones o divisiones que a su amparo pudiesen hacerse*»¹⁴.

Además de esa relación funcional, habrá que acreditar que la construcción es necesaria, no bastando lo que se entienda como meramente útil o conveniente sino que se deberá demostrar que la viabilidad de la explotación requiera de esa construcción accesoria con el fin de no subvertir el orden principal-accesorio de la finca-construcción. Igualmente, para cualquier construcción o instalación en el suelo no urbanizable andaluz debe atenderse a criterios de proporcionalidad, particularmente, en lo que ha de darse entre las dimensiones y magnitud de las construcciones y la superficie y entidad de las explotaciones y cabida de la finca rústica. Pero claro, insistimos, que en un Plan donde no haya parámetros concisos, se antoja un embrollo difícil de resolver para los técnicos municipales so pena de causar supuestos palpables de indefensión, a la hora de aplicar criterios discrecionales, en contra de lo que debe primar en la tramitación de una licencia urbanística como acto debido y reglado.

Es indudable que para la implantación de la vivienda unifamiliar aislada tiene pleno sentido la observancia de la «*unidad mínima de cultivo*» y de otros parámetros tales como la condición de profesional de la agricultura del promotor, intensidad o volumen de los rendimientos generados por la explotación pues no admite dudas el hecho de que para implantar un uso excepcional habrá de justificarse que la actividad

¹³Solicitud de revisión de oficio y declaración de nulidad (19 de febrero de 2013) del acuerdo de licencia de obras concedida para caseta de aperos en un municipio de la Axarquía malagueña por verificar únicamente los parámetros de superficie de sus NNSS y no tener en cuenta las unidades mínimas de cultivo establecidas en la Resolución de 4 de noviembre de 1996, de la Dirección General de Desarrollo Rural y Actuaciones Estructurales.

¹⁴ Artículo 266 PGOU aprobado definitivamente en Arenas (Málaga) previo acuerdo favorable de la Comisión Provincial de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Málaga, Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda y publicado en BOJA, número 66, de 4 de abril de 2012.

agraria a la cual deba vincularse debe ser *viable económicamente* [artículo 42.5. apartado C) letra b)], puesto que este sí es un aspecto que exige expresamente la LOUA y para el que no cabe otra opción que acudir a la legislación sectorial agraria. El TSJ Andalucía trae a colación este parámetro agrario a los efectos urbanísticos con la intención de verificar la viabilidad económica de un proyecto de actuación a la luz de lo dispuesto en el apartado 5º del artículo 42 LOUA señalando que aunque la sentencia apelada «no afirma que serán requisitos legales impuestos por la LOUA, lo que hace es deducir la falta de viabilidad económica del proyecto de actuación, algo que si exige la LOUA, de datos existentes en el proyecto de actuación solicitado».¹⁵

EL PGOU vuelve a ser clave pero, claro, bajo el auspicio y el criterio que en cada momento tenga la Administración Autónoma, puesto que en aquellos municipios, especialmente los pequeños que aún están en fase de elaboración o aprobación inicial o provisional, tendrán que andar vigilantes con el equipo redactor a efectos de que se sea riguroso en la observancia de los parámetros oportunos. Ahora mismo, sería muy prudente, para evitar futuros problemas o atajar los que ya sean una realidad, que los instrumentos de planeamiento en desarrollo del artículo 52 LOUA exijan para todo uso constructivo una vinculación material a una explotación viable en términos empresariales, de acuerdo con la legislación agraria, y si es preciso incorporando toda la batería de exigencias sectoriales posibles de suerte que se conviertan en parámetros urbanísticos armonizados con aquélla.

Como señala VENANCIO GUTIÉRREZ hay un sinfín de cuestiones que deberían aclararse puesto que el alcance de la vinculación no está clara y que siguiendo esta tesis no sólo hay que plantearse en la tramitación de los Proyectos de Actuación sino en las simples Licencias: *¿Qué volumen, en términos de rendimiento, debe tener la explotación? ¿El promotor de la edificación debe estar dedicado de forma exclusiva? ¿Y los sucesivos adquirentes de las fincas? ¿Cómo se controla la permanencia de la explotación? ¿Cómo responde un municipio pequeño a los cambios de usos o abandonos de las explotaciones? ¿Cómo actúa un técnico Municipal sin una norma que le disponga estos parámetros cuando además la ley andaluza no exige informe sectorial de la administración competente en materia de agricultura? ¿Le bastaría solicitar el informe de parte a un ingeniero agrícola?*

Estas delicadas cuestiones y algunas otras más son las que siguen palpitando en las oficinas urbanísticas de cientos de ayuntamientos andaluces especialmente en aquellos donde la precariedad de medios es la tónica dominante sin que por otra parte se haya colegido un avance definitivo en el marco de protección del suelo no urbanizable, a la espera como estamos de poder comenzar a incorporar la actividad administrativa urbanística y territorial en esa deseada senda de la «regeneración» que están marcando

¹⁵ Sentencia de 17 Noviembre de 2010 del TSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso-administrativo de Málaga, en su cuando conoce de la apelación contra la sentencia dictada en el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número dos de Málaga.

los nuevos tiempos. Sin duda, puede ser una nueva ocasión de volver a abordar el hecho territorial y el aprovechamiento del suelo rural hacia el icónico signo del «desarrollo sostenible», principio que necesariamente habrá de orquestar el Urbanismo del Siglo XXI en la medida en que las normas comiencen a hacer uso de la pedagogía para cohonestar la protección del medio ambiente con la sostenibilidad social y económica, elementos que deberán conciliarse de forma transversal.

II. EL RESULTADO DE LA «INDISCIPLINA» URBANÍSTICA: EL DECRETO 2/2012, DE 10 DE ENERO. REGULARIZACIÓN DE LAS VIVIENDAS FRUTO DE PARCELACIONES ILEGALES, EL FLECO SUELTO DEL DECRETO 2/2012.

III.1. ¿Una «amnistía» o un simple «remedio»?

El primer intento de la Junta de Andalucía por tratar de aclarar el asunto de la regularización de las edificaciones ilegales vino de la mano del artículo 53 del RDU dado el confuso régimen instaurado por la LOUA y que según GUTIÉRREZ COLOMINA¹⁶ había generado una situación de «*limbo jurídico*» para cientos de edificaciones dispersas por todo el territorio regional.

Dicho esto, el artículo 53 introdujo como novedad la declaración en asimilación a la fuera de ordenación a la que enseguida nos referiremos, pero incluía en su apartado 5º el que la concesión de la licencia tuviera como requisito «*que el uso pretendido para la edificación o construcción sea conforme con el ordenamiento jurídico vigente en el momento de su solicitud*», lo que privó de utilidad a dicha declaración.

Como punto de partida legal y práctico a los efectos de analizar ahora la óptica «ex post» o de respuesta a lo que en Andalucía se ha construido indebidamente y contra lo que ya no podemos actuar, debemos señalar que la conculcación del artículo 52.1 de la LOUA -cuyas posibilidades edificatorias como hemos visto se antojan muy limitadas- se va a engarzar, a su vez, con las facultades de reacción disciplinaria puesto que como indica el artículo 2 de la LOUA el desarrollo de la propia actividad urbanística comprende, entre otras, el ejercicio de la actividad de «*policía del uso del suelo y de la edificación y protección de la legalidad urbanística*» y de la «*sanción de las infracciones urbanísticas*» (y desarrollado en el Capítulo V del Título VI y Título VII de la LOUA). Teóricamente, este aspecto –la reacción frente a las actividades ilícitas- debiera ser el cierre al ciclo de la actividad urbanística. Teóricamente, el control y reacción ante actuaciones contrarias a la legalidad y el planeamiento debiera ser algo, no ya anecdótico, pero sí meramente residual y, en cualquier caso, una maquinaria suficientemente engrasada y capaz por sí sola de corregir y solventar los ataques a la legalidad urbanística, normalmente manifestados en obras de edificación y actividad de

¹⁶ GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio. «*El Régimen de Asimilación a fuera de Ordenación en el suelo No Urbanizable en Andalucía: los núcleos y el Hábitat Rural Diseminado*». Del Libro «*El Urbanismo de la Crisis: la regularización de las edificaciones ilegales y el régimen de asimilación a fuera de ordenación*». Capítulo V. Págs. 146 y 147. Coord, Jesús Jordano Fraga. 2015. Editorial Tecnos.

parcelación contrarias a la legislación y el planeamiento urbanístico. Pero como ya hemos visto desde varios prismas: sociológica, política y económicamente, las cosas no han sido como debieran. El objetivo es claro: reconocer jurídicamente una realidad lastimosa, frente a la que los instrumentos de restablecimiento y control de la legalidad urbanística ya no pueden operar por el transcurso de los plazos de prescripción. En definitiva, dar una respuesta jurídica a un fracaso general en muchos frentes.

Pero no hay que olvidar lo que escribió PAREJO ALFONSO¹⁷ dado que la realidad y situaciones jurídico-civiles que penden de unas obras consumadas no pueden obviarse ni pueden dejarse en situación de permanente pendencia. Es por ello por lo que una vez que transcurren los plazos de prescripción, hay que entender que por razones ineludibles de seguridad jurídica, ya no sólo prevalece el interés público urbanístico sino el interés, también público, de la protección de las relaciones, derechos e intereses constituidos.

A la vista de los antecedentes descritos, el Decreto 2/2012 de 10 de enero nace entre dos aguas, por un lado, orillado por un derecho urbanístico sancionador centrado en la represión frente a lo indebidamente construido que se ha visto «insuficiente» y, por otro, obligado a buscar una salida airosa a un buen número de edificaciones a través de un derecho «*de excepción*» con un anclaje legal difuso y contradictorio. Por lo tanto, esta norma reglamentaria emerge tratando de ofrecer una respuesta a una situación fáctica y legal anómala por lo que se hace muy complejo encajar una norma que en esencia lo que pretende es acoger en un seno jurídico lo que se concibe conculcando otras normas que además son de mayor rango jerárquico. Pero el Decreto no es, ni puede ser, una suerte de amnistía ni de «*punto final*» con la legalización de todo lo indebidamente construido, en esencia, por la concurrencia de intereses generales superiores.¹⁸

III.2. La «fricción» legal del concepto de «asimilación» al régimen de fuera de ordenación como punto más conflictivo del Decreto 2/2012.

Según MELLADO RUIZ¹⁹ las primeras dudas que plantea el Decreto son de puro sustento legal en el ordenamiento en la medida en que no está claro si este se limita a ejercer como «*complemento ejecutivo*» de la Ley dentro de lo que estaría en los márgenes de la potestad reglamentaria y que, sin duda, podría llevar a cabo mediante una operación de mero reconocimiento de una situación jurídica ya creada, en aplicación de una Ley previa que le dé cobertura; o si, por el contrario, también está

¹⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano. «*La disciplina urbanística*» 2ª edición. Iustel. Madrid. 2012.

¹⁸ GARCÍA ARENAS, Nicanor. «*Aspectos teóricos y prácticos del Decreto 2/2012. La situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación*». Revista Andaluza de Administración Pública. ISSN: 0034-7639, núm.88, enero-abril (2014). Págs. 133 y 134.

¹⁹ MELLADO RUÍZ, Lorenzo. «*Reflexiones críticas sobre el nuevo régimen andaluz de las edificaciones y asentamientos en suelo no urbanizable: el problema de las viviendas “alegales”*». Revista de Práctica Urbanística. Editorial LA Ley. Número 117. Pág. 32.

introduciendo un verdadero régimen urbanístico *ex novo* de estas edificaciones. No hay sin embargo una respuesta unívoca a todo el texto.

Concretamente el punto más conflictivo del Decreto radica en la categorización de las edificaciones en situación de «*asimilado*» al régimen de fuera de ordenación, construidas sin licencia o contraviniendo sus condiciones, respecto a las cuales se hubiere agotado el plazo para adoptar medidas de protección de la legalidad urbanística cuyos precedentes normativos se pueden hallar en la Disposición Adicional 1ª de la LOUA y el artículo 53 del RDUU. En primer lugar, porque es la que atiende al mayor número de supuestos reales en cualquier Municipio de mediano o pequeño tamaño dado que en esencia es la consecuencia inmediata a la dejadez y la deficiente aplicación de los mecanismos correctores y, en segundo lugar, porque no existe unanimidad en la doctrina acerca de su adecuado engaste en el ordenamiento, en tanto en cuanto, no resulta realmente un supuesto análogo al de la situación legal de fuera de ordenación sobrevinida por un nuevo planeamiento, es decir que no sería razonable aplicar una solución de equilibrio entre intereses públicos y privados, como explica el propio MELLADO RUIZ²⁰, dentro de un marco lógico de sucesión internormativas y adaptabilidad del planeamiento respecto de las situaciones y derechos adquiridos, y asimilar a lo anterior una realidad que proviene de una ilegalidad manifiesta en la que no se han adquirido derechos y que deviene únicamente de una coyuntura de «*desapoderamiento*» o pérdida de una potestad administrativa de repulsión.

III.3. Despliegue práctico del sistema abordado por el Decreto 2/2012 en los pequeños municipios andaluces. Problemas.

El «*pistoletazo*» de salida al despliegue de todo el sistema bosquejado en el Decreto 2/2012 indudablemente debe ser la identificación previa de las edificaciones y asentamientos existentes en el suelo no urbanizable, puesto que ello supone el presupuesto inexcusable e imprescindible para que los Municipios puedan efectuar reconocimientos de la situación de «*asimilación*» a fuera de ordenación en esta clase de suelo. Por lo tanto, y siempre teniendo presente la realidad en que nos desenvolvemos los municipios muy pequeños, la primera dificultad estriba en hacerse de los medios técnicos, humanos y la asistencia precisa para diagnosticar la situación del suelo no urbanizable lo que podrá significar en muchos casos la elaboración de un instrumento que puede ser el propio PGOU o, en su defecto, el Avance a que se refiere el artículo 4. 2 del Decreto 2/2012, asunto que no favorece la pronta eficacia de la aplicación de esta norma e impide incluso maniobrar respecto de aquellos propietarios de edificaciones aisladas que pretenden realizar actuaciones aunque sean de estricta conservación.

Así mismo, conforme al artículo 5 del Decreto, y siempre que no se definan en el PGOU, los Ayuntamientos debemos regular mediante Ordenanza Municipal las condiciones mínimas de habitabilidad y salubridad de las edificaciones del suelo no urbanizable lo que se hará bajo el amparo de las Normativas Directoras aprobadas por la

²⁰ *Ibidem*. Pág. 35.

Orden autonómica de 1 de marzo de 2013. Estas condiciones serán capitales para verificar la aptitud de uso previsto para las edificaciones que se asimilen al régimen de fuera de ordenación así como para la regulación de aquellas que se terminaron sin licencia con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley del Suelo de 1975, norma que sirve de horizonte temporal pues es la que introduce el régimen de licencias en Andalucía para el suelo no urbanizable.

El siguiente paso en la puesta en marcha de toda esta batería normativa, lo supondrá el asunto de la clasificación de los distintos tipos de edificaciones identificadas en el término municipal en función de «dónde» y «cómo» se encuentran implantadas -aisladas, asentamientos urbanísticos y asentamientos de hábitat rural diseminado- y su grado de adecuación al ordenamiento jurídico (ex artículos 2 y 3).

La clasificación sería la siguiente:

1. TIPOS DE EDIFICACIONES
<u>1.1 Aisladas</u>
Son las que no constituyen un asentamiento según lo dispuesto en el Decreto y PGOU
<u>1.2. Asentamientos Urbanísticos</u>
Ámbitos territoriales definidos y consolidados por edificaciones próximas entre sí, generadoras de actividades urbanas, con necesidad de infraestructuras, dotaciones y servicios urbanísticos básicos.
<u>1.3 Hábitat Rural Diseminado</u>
Ámbitos territoriales en los que se ubican un conjunto de edificaciones sin estructura urbana y ligada en su origen a la actividad rural y que pueden requerir algunas infraestructuras que no precisan actuación urbanizadora.
2. (DIS) CONFORMIDAD CON LA ORDENACIÓN TERRITORIAL Y URBANÍSTICA
<u>2.1. Edificaciones que se ajustan a la ordenación territorial y urbanística en el municipio.</u>
2.1. a) Edificaciones construidas con licencia urbanística
2.1. b) Edificaciones construidas sin licencia urbanística, o contraviniendo sus condiciones que cumplen con el ordenamiento vigente.
2.1.c) Construidas anteriormente a la vigencia de la Ley 19/1975 con los requisitos establecidos en el Decreto (con la D.A. 12 LOUA añadida por la Ley 2/2012 se consideran autorizadas y no fuera de ordenación)
<u>2.2. Edificaciones que no se ajustan a la ordenación territorial y urbanística en el</u>

<u>municipio.</u>
2.2.a) Edificaciones en situación legal de fuera de ordenación
Fueron construidas con licencia urbanística conforme a la ordenación territorial y urbanística vigente en el momento de la licencia pero cambia el Planeamiento.
2.2.b) Edificaciones en situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación
Construidas sin licencia o contraviniendo sus condiciones, caducado el plazo para adoptar medidas de protección.
2.2.c) Imposibilidad legal o material de ejecutar la resolución de reposición de la realidad física alterada.
<u>2.3. Edificaciones construidas sin licencia urbanística o contraviniendo sus condiciones que no haya caducado la acción para restaurar el orden urbanístico.</u>
La Administración debe adoptar medidas de protección de la legalidad urbanística (aquí el Decreto 2/2012 hace un mero «recordatorio»).

Por lo tanto, una vez delimitados, en su caso, los asentamientos y ámbitos de Hábitat Rural, por *eliminación* obtendríamos el conjunto de edificaciones que se podrían considerar como «aisladas» y que igualmente podrán encontrarse dentro de alguno de los dos presupuestos de hecho que son tangencialmente diferentes: **1)** Que devengan de actuaciones conformes a la ordenación urbanístico-territorial vigente en el municipio y que por tanto, sean «legales» (cuadro 2.1) y **2)** Que no se ajusten a la ordenación territorial y urbanística vigente (cuadro 2.2).

Pues bien dentro del apartado 1), y siguiendo ahora la sistematización del compañero GARCÍA ARENAS²¹, hemos de incluir también un primer conjunto que comprendería a aquellas *edificaciones que son conformes con el ordenamiento territorial y urbanístico* pero que por las circunstancias que sean, fueron construidas sin licencia o contraviniendo sus condiciones, es decir que son irregulares «formalmente» (cuadro 2.1.b). El artículo 6.4 del Decreto exige expresamente el deber de los titulares de las edificaciones a solicitar licencia urbanística de obras, y debemos añadir, que será previa y necesaria a la licencia de ocupación o utilización. En cuanto a los efectos de la inactividad del particular, posibilidad nada desdeñable en muchos núcleos rurales, GUTIÉRREZ COLOMINA indica que la posible reacción municipal dependerá de si han transcurrido los plazos para que se puedan adoptar o no medidas de protección. Si hubieren transcurrido los plazos y no se hubiese solicitado licencia para su regularización, estima que cabrá aplicar el régimen de asimilación al de fuera de ordenación. MELLADO RUIZ sin embargo entiende que ese deber legal de los titulares a solicitar la licencia no está vinculado por el plazo de actuación disciplinaria de la Administración por lo que siempre podría acudir a los mecanismos de legalización a

²¹ GARCÍA ARENAS, Nicanor. «Aspectos teóricos y prácticos del Decreto 2/2012. La situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación». Revista Andaluza de Administración Pública. ISSN: 0034-7639, núm.88, enero-abril (2014). Págs. 141 y ss.

posteriori que arbitra el artículo 182 LOUA concediendo la licencia toda vez que se trata de supuestos de «*adecuación material*» al planeamiento resueltos por la propia LOUA.

Por su parte, mayores dificultades encierra el enfoque normativo de aquellas edificaciones disconformes con el ordenamiento territorial y urbanístico vigente dado que en estos casos hay una verdadera transgresión sustantiva no meramente formal de la ordenación territorial-urbanística vigente pero respecto de las cuales la Administración ya no puede adoptar las medidas concretas de reposición de la legalidad vulnerada. Así mismo, este conjunto se ordena a su vez atendiendo a la existencia o no de licencia urbanística previa, diferenciándose entre a) *edificaciones en situación legal de fuera de ordenación* y b) *en situación de asimilado a dicho régimen*. Igualmente, quedarían aquellos supuestos en que la Administración quedaría inexorablemente obligada a ejercer sus potestades de restablecimiento de la legalidad urbanística y que operaría en el Decreto como mero «recordatorio» a fin de evitar la inactividad y el transcurso del tiempo.

a) Situación legal de fuera de ordenación (cuadro 2.2 a). Bajo este epígrafe, en efecto, se incluirán todas aquellas edificaciones consideradas simple y llanamente como «fuera de ordenación» y nos referiremos a aquellas que se construyeron con título habilitante conforme a la ordenación territorial y urbanística vigente en el momento del otorgamiento, pero que incurren en una ilegalidad material sobrevenida por contravenir un nuevo planteamiento posterior y, por tanto, estarían llamadas a desaparecer una vez se extingan las posibilidades razonables de vida de sus elementos²². La LOUA regula este régimen jurídico de forma parca en el artículo 34 b) y Disposición Adicional Primera, y comprende la situación existente al momento de la publicación de la propia LOUA, completándose con otros preceptos que también se refieren a la institución artículo [160.1 F, 177. 1 b), 218. 1 b)]. Es lógico que en estos casos se arbitre una solución de equilibrio para cohonestar la esencia de la actualización de las normas y su encaje en un ordenamiento jurídico que se acomoda a una realidad cambiante. En este sentido, y siempre que se den los presupuestos de hecho analizados -obra con título habilitante, innovación de Plan posterior y disconformidad de aquella con éste- se debe hacer prevalecer el interés público del planteamiento sobrevenido frente al derecho que tienen los propietarios a tales edificaciones. No es menos cierto, sin embargo, lo que afirma la *Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 8 de abril de 1999* y es que la desordenación de un edificio no implica automáticamente su condena como bien económico-social.

El legislador estatal, desde la Ley del Suelo de 1956 que es la que por primera vez trata legalmente el régimen de fuera de ordenación (artículo 48), alude a los instrumentos de planeamiento urbanístico en general, como instrumentos clave para

²² CABALLEIRA RIVERA, M.T. «*Edificios fuera de ordenación y obras permitidas*». Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, año número 38, número 214, 2004, pág. 12.

efectuar la declaración de la situación de fuera de ordenación, línea que han seguido muchas Comunidades Autónomas como Andalucía en desarrollo de la llamada «deslegalización» consagrada por el TRLS de 1992 (artículo 137.2) a través de una delegación normativa hacia los instrumentos de planeamiento urbanístico, aunque suponga generar en principio según CABALLEIRA RIVERA, una tremenda inseguridad jurídica en un país con más de 8.000 municipios²³. LÓPEZ PÉREZ aporta en este sentido la necesidad de que el Plan General declare qué edificios deben quedar en situación de fuera de ordenación, en aras de la salvaguarda de la seguridad jurídica.²⁴

Partiendo del artículo 34 LOUA en su letra b) la aprobación de un instrumento de planeamiento posterior, este determina como efecto lo siguiente: *«La declaración en situación de fuera de ordenación de las instalaciones, construcciones y edificaciones erigidas con anterioridad que resulten disconformes con la nueva ordenación, en los términos que disponga el instrumento de planeamiento de que se trate. A los efectos de la situación de fuera de ordenación deberá distinguirse, en todo caso, entre las instalaciones, construcciones y edificaciones totalmente incompatibles con la nueva ordenación, en las que será de aplicación el régimen propio de dicha situación legal, y las que sólo parcialmente sean incompatibles con aquélla, en las que se podrán autorizar, además, las obras de mejora o reforma que se determinen. Las instalaciones, construcciones y edificaciones que ocupen suelo dotacional público o impidan la efectividad de su destino son siempre incompatibles con la nueva ordenación y deben ser identificadas en el instrumento de planeamiento.»*

Según CORTÉS MORENO, a la vista de este precepto hay que tener en cuenta además de los tres presupuestos de hecho que han de concurrir, algunos elementos importantes para determinar el régimen aplicable de desordenación: por un lado, la existencia de dos grados o niveles distintos de fuera de ordenación, uno *absoluto* al que se le aplica sin contemplaciones la situación legal de fuera de ordenación (según el régimen establecido en la D.A. 1ª LOUA) y otro *relativo* que se le aplicaría de forma matizada el mismo régimen de la D.A. 1ª LOUA pero con un *plus* de derechos adicionales a priori a favor del propietario, ya que se pueden autorizar obras de mejora o reforma que se determinen por el instrumento de planeamiento. La existencia de dos niveles de aplicación de la situación legal de fuera de ordenación, atendiendo a la condición de *incompatibilidad total* o *parcial* con la nueva ordenación, comporta dos regímenes jurídicos distintos que deberán identificar los instrumentos de planeamiento, previéndose un régimen en el cual no se podrán autorizar obras de consolidación ni de aumento de volumen ni obras que comporten aumento del valor de expropiación, y otro régimen más benévolo donde se permitirán obras circunstanciales (y parciales) de

²³ *Ibidem*. Págs. 13-18.

²⁴ LÓPEZ PÉREZ, Fernando. «Una visión crítica del régimen de fuera de ordenación», Revista Aragonesa de Administración Pública, n.º 36, junio 2010, pág. 361.

consolidación, y rehabilitación «mínima» y cambios de uso siempre de acuerdo con las condiciones básicas del nuevo planeamiento²⁵.

Así las cosas, para las edificaciones en fuera de ordenación, las obras y usos autorizables serán los establecidos en el PGOU en función del grado de compatibilidad de la edificación respecto a las distintas categorías del suelo no urbanizable establecidas por la ordenación urbanística y, supletoriamente, por lo dispuesto en el apartado 3 de la Disposición Adicional Primera de la LOUA. A este efecto, se considerarán totalmente incompatibles con la ordenación, las edificaciones ubicadas en suelo de dominio público, de especial protección por legislación específica o que presenten riesgos naturales o de otra procedencia, en cuyo caso sólo se permitirán las obras que sean compatibles con la protección y no agraven el riesgo.

A las edificaciones en situación legal de fuera de ordenación se les concederá licencia de ocupación si mantienen el uso originario o, en el supuesto de cambio de uso, si éste resulta compatible con el ordenamiento urbanístico vigente.

b) Situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación (Cuadro 2.2 b). Siguiendo nuevamente a CORTÉS MORENO resulta ineludible que antes de estudiar cómo la Administración puede enfrentarse a esas edificaciones que se hallan en alguno de los dos supuestos en los que podría operar el régimen de asimilado a fuera de ordenación, entendamos que previamente se han dado presupuestos legales que no sólo permiten, sino que exigen, que intervenga de forma legítima y eficaz contra aquellas actuaciones que se están ejecutando o bien se han ejecutado en contra de la ordenación territorial y urbanística para lo cual es imprescindible saber cual es plazo de caducidad del ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística y los supuestos en los que tal plazo no opera (artículo 185 LOUA)²⁶.

La nueva redacción del artículo 34.1 LOUA, introducido por la Ley 2/2012, de 30 de enero, ofrece cobertura legal al régimen de asimilable al de fuera de ordenación que, como decíamos, se introducía en el artículo 53 RDU y en él se incluirían las edificaciones construidas sin licencia urbanística o contraviniendo sus condiciones, sobre las que no se pueda ejercitar la acción de restablecimiento de legalidad, por haber caducado el plazo. Por tanto, serán objeto de este reconocimiento siempre que se encuentren terminadas y no se hallen en alguna de las situaciones descritas en el artículo 8.2²⁷.

²⁵CORTÉS MORENO, Álvaro. «Las disconformidades con la ordenación urbanística vigente: las situaciones jurídicas de fuera de ordenación y de asimilado al fuera de ordenación en la Comunidad Autónoma Andaluza». Del libro «El Urbanismo de la Crisis: la regularización de las edificaciones ilegales y el régimen de asimilación a fuera de ordenación». Capítulo IV. Págs. 97 y 98. Coord, Jesús Jordano Fraga. 2015. Editorial Tecnos.

²⁶ CORTÉS MORENO, Álvaro. *Op. cit.* Págs. 101 y 102.

²⁷Artículo 8.2 del Decreto 2/2012 de 10 de enero.: «No procederá el reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación en los siguientes supuestos: a) Edificaciones ubicadas en suelo no urbanizable de especial protección por normativa específica, territorial o urbanística, en terrenos de la Zona de Influencia del litoral, en suelos destinados

También habría que incluir el supuesto que enuncia el artículo 12.1 letra c) del Decreto 2/2012 en relación con los supuestos de imposibilidad legal o material de ejecutar la resolución de reposición a la realidad física alterada y que el artículo 51 RDUa denomina *cumplimiento por equivalencia*.

CORTÉS MORENO duda de la legalidad de esta última figura jurídica dada la imposibilidad de enmarcarlo en una situación de «*desajuste urbanístico de difícil ejecución*» y por la inexistencia de criterios básicos de tal supuesto de excepción a la reposición de la realidad física alterada. Si bien, ha defendido este autor la cierta *cercanía* jurídica entre el supuesto de cumplimiento por equivalencia (ex artículo 51 RDUa) y el del principio de proporcionalidad -ex artículos 182.3 LOUA y 48.4 RDUa- ya que ambos parten del mismo fundamento jurídico en cuanto devienen de una inviabilidad material de reposición, dado que mientras para el principio de proporcionalidad existe una irregularidad urbanística -no sustancial, se entiende- que no puede ser repuesta por ser imposible o muy difícil y, por tanto, sería una mera disconformidad de orden o *legalizada*, para el caso de incumplimiento por equivalencia, la irregularidad es sustancial, la imposibilidad es material o legal y su resultado será la posibilidad de que quede en situación de AFO u otra opción distinta a la anterior sin que llegue, no obstante, a concretarse.²⁸

Al no existir una figura intermedia ni un régimen mixto entre lo legal y lo ilegal desde el punto de vista urbanístico, en base a esa *cercanía* podría conjugarse la aplicación del artículo 53.2 RDUa con el 51 y 48.4 del mismo Reglamento, para tomar en consideración una edificación irregular o clandestina que atendiendo a una disconformidad «*sustancial*», ésta sea, sin embargo, de una menor intensidad en la vulneración de la ordenación territorial o urbanística. En tal caso, se podría buscar la declaración de legalizable interpretándose tal disconformidad en consonancia con el principio de proporcionalidad y así evitar la penalización que supondría declararlo en AFO (ejemplo: las obras de adaptación integral al Código Técnico que sin embargo durante el transcurso de las mismas se han incumplido las medidas sobre accesibilidad universal por afección a barreras arquitectónicas),

a) dotaciones públicas, o en suelos con riesgos ciertos de erosión, desprendimientos, corrimientos, inundaciones u otros riesgos naturales, tecnológicos o de otra procedencia, excepto que se hubiera agotado el plazo adoptar medidas de protección, con anterioridad al régimen de protección especial o cualquiera de las limitaciones previstas.

b) Edificaciones aisladas integradas en una parcelación urbanística que no constituye un asentamiento urbanístico conforme a lo dispuesto en este Decreto, y para la que no haya transcurrido el plazo para el restablecimiento del orden urbanístico infringido, si no se ha procedido a la reagrupación de las parcelas, conforme a lo dispuesto en el artículo 183.3 LOUA.»

²⁸ Artículo 12. 1 c) del Decreto 2/2012 de 10 de enero: «La resolución de reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación deberá consignar expresamente los siguientes extremos: (...) c) El reconocimiento de que la edificación se encuentra en situación de asimilada a régimen de fuera de ordenación por haber transcurrido el plazo para el restablecimiento del orden urbanístico infringido, o por imposibilidad legal o material de ejecutar la resolución de reposición de la realidad física alterada, siempre que la indemnización por equivalencia que se hubiere fijado haya sido íntegramente satisfecha conforme a lo previsto por el artículo 51 del Reglamento de Disciplina Urbanística.»

Artículo 48.4 del RDUa (Decreto 60/2010): «4. Con carácter excepcional y en aplicación del principio de proporcionalidad se podrá solicitar y acordar la legalización de las actuaciones aún con disconformidades no sustanciales con la ordenación urbanística aplicable, por resultar de imposible o muy difícil reposición. (...)»

En cuanto a los efectos que va a producir el otorgamiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación diremos, como GUTIÉRREZ COLOMINA²⁹ que:

- 1) Se reconoce que ha caducado la acción para restaurar el orden urbanístico o que hay una imposibilidad legal o material de ejecutar la reposición de la legalidad alterada, *tolerándose el uso*, si la edificación reúne las condiciones de seguridad y habitabilidad e, incluso, el *acceso* a los servicios en régimen de autoabastecimiento o excepcionalmente a las redes de compañías suministradoras, cuando no induzcan a la implantación de nuevas edificaciones
- 2) Que pueden acceder al Registro de la Propiedad con las condiciones establecidas en el reconocimiento. A este efecto tras la reforma del artículo 20.4 TRLS por la Ley 8/2013, de 26 de junio, se permite el acceso al Registro de la «obra nueva» sin intervención municipal pero que lo comunicará al Ayuntamiento, siendo este responsable de los eventuales perjuicios que pudieren ocasionarse a un tercero que adquiriese desconociendo la situación jurídico urbanística del inmueble. el legislador ha querido mantener la posibilidad de resolver sobre la discordancia entre la realidad física extrarregistral y el contenido del Registro sobre la base de la justificación ante el registrador de las circunstancias de hecho y sin necesidad de previa manifestación formal del Ayuntamiento.

Igualmente hay que añadir lo que pone de manifiesto GAMERO RUIZ³⁰, esto es que ante eventuales procedimientos expropiatorios, las afecciones impuestas a tales edificaciones y construcciones por razones de orden público no resultan indemnizables, como se ha deducido de la legislación básica estatal en materia de suelo, y que ha venido a subordinar su tasación en el seno de operaciones expropiatorias a que se ajusten a la legalidad al tiempo de la valoración, limitación que es objeto de olvido en no pocas ocasiones tanto por los jurados provinciales como por las propias Administraciones.

Así mismo, esta autora señala que hay que insistir en la nota de «*excepcionalidad*» del acceso a los suministros que hemos comentado, a través de la declaración de asimilado a la fuera de ordenación y que es contemplado en el artículo 8 del Decreto 2/2012, refrendado en la reforma de la LOUA –Ley 2/2012- que ha añadido el artículo 175.3, cuando señala que la contratación de los servicios se hará bajo las condiciones establecidas por el reconocimiento. En efecto, para el Suelo No

²⁹GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio. «*El Régimen de Asimilación a fuera de Ordenación en el selo No Urbanizable en Andalucía: los núcleos y el Hábitat Rural Diseminado*». Del Libro «*El Urbanismo de la Crisis: la regularización de las edificaciones ilegales y el régimen de asimilación a fuera de ordenación*». Capítulo V. Págs. 156 y 157. Coord, Jesús Jordano Fraga. 2015. Editorial Tecnos.

³⁰GAMERO RUIZ, Eva. «*El régimen de Asimilación a Fuera de Ordenación en el Suelo No Urbanizable en Andalucía*». Del Libro «*El Urbanismo de la Crisis: la regularización de las edificaciones ilegales y el régimen de asimilación a fuera de ordenación*». Capítulo III. Pág. 84 y 85. Coord, Jesús Jordano Fraga. 2015. Editorial Tecnos.

Urbanizable, la regla general del Decreto 2/2012 es que la prestación de los servicios básicos se ha de realizar mediante *«instalaciones de carácter autónomo»*, ambientalmente sostenibles y sujetas a la normativa sectorial aplicable.

Trascendente es, igualmente, destacar que el Decreto 2/2012 aclara definitivamente que para las viviendas en Suelo No Urbanizable declaradas en AFO no se permite la concesión de licencias de ocupación, que sí se permiten en las viviendas declaradas fuera de ordenación si mantienen el uso originario o en caso de cambio de uso, si éste es compatible con la norma vigente al tiempo de la solicitud de la licencia. Así mismo, sólo se permitirán, igualmente, obras de reparación y conservación que exija el estricto mantenimiento de las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad del inmueble.

III.4. Un fleco suelto del Decreto 2/2012: Regularización de las viviendas fruto de parcelaciones ilegales. La Ley 6/2016 que reforma la LOUA.

Tras todo lo expuesto, la última muesca de esta prolija cronología ha venido de la mano de la reciente **reforma operada en la LOUA** por medio de la **Ley 6/2016, de 1 de agosto**, que ha incorporado a la ley urbanística una serie de medidas urgentes en relación con las edificaciones construidas sobre parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable.

Dicha reforma nace con el propósito de eliminar la incertidumbre creada tras la entrada en vigor del Decreto 2/2012 y el intento de los Ayuntamientos andaluces de ponerlo en práctica y poder desplegar sus efectos. En efecto, estos Consistorios han encontrado grandes dificultades para regularizar unas edificaciones que, construidas en parcelaciones urbanísticas sin posibilidad de acceder a la condición de asentamiento urbanístico, no se les podía reconocer la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación puesto que no existía una limitación del plazo para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado (**artículo 185.2.A de la LOUA**).

Pues bien, la reforma del **apartado A), número 2 del artículo 185** operada por la señalada Ley 6/2016, lleva ahora a sujetar las edificaciones fruto de un fenómeno previo de parcelación ilegal al plazo límite de 6 años señalado el número 1 del mismo artículo para que el Ayuntamiento pueda ejercitar las potestades de protección de la legalidad urbanística. Ahora bien, como así aclara la **«Exposición de Motivos»**, esta reforma no supone descartar la regla general de inexistencia de limitación temporal para la adopción de medidas de restablecimiento del orden jurídico perturbado para las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable sino que sólo se entenderán incluidas en aquella excepción las edificaciones de tipo residencial y las parcelas asociadas a ellas

puesto que el legislador parte de considerar intrínsecamente ligada aquéllas a éstas. Por tanto, y al modificarse igualmente el **artículo 183.3**, la medida general de reagrupación de parcelas a través de la reparcelación forzosa para restablecer el orden jurídico perturbado de una parcelación urbanística ilegal no se aplicará en aquellas parcelas donde existan edificaciones aisladas de uso residencial para las que haya transcurrido el límite temporal del artículo 185.1. Estas edificaciones podrán sujetarse al régimen de asimilado al de fuera de ordenación al que se le añadirán una serie de particularidades recogidas en la **D. Ad. 15º** y siempre y cuando, como decíamos, la parcelación urbanística no tenga la condición de asentamiento urbanístico.

Por consiguiente, también debe aclararse que según la **Disposición transitoria primera** de la Ley 6/2016 esta normativa no será de aplicación a los procedimientos relativos a la adopción de medidas de protección de la legalidad o reposición de la realidad física alterada respecto de los que haya recaído resolución administrativa, sea o no firme, antes de su vigencia, que se registrarán por la normativa anterior. En este sentido no sería infrecuente que se plantearan casos en que se hubiese solicitado la declaración de AFO de una vivienda en una parcelación ilegal y la misma se halle incurso en un procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística sin que se hubiese resuelto aún dicho expediente. A tal efecto, la única opción tal y como opina MARTÍNEZ RODRÍGUEZ³¹ sería que el Ayuntamiento dejase sin efecto el procedimiento revocándolo al poder aplicar a la situación de hecho la nueva regulación.

IV. NÚCLEOS RURALES. PROCESO DE DELIMITACIÓN DE «ASENTAMIENTOS» Y ÁMBITOS DE HÁBITAT RURALES DISEMINADOS. EL CASO DE BENALAURÍA EN LA PROVINCIA DE MÁLAGA.

Para finalizar, y a modo de corolario, quiero exponer la visión práctica experimentada a cuenta de la reciente puesta en marcha de las medidas del Decreto 2/2012 en el Ayuntamiento de Benalauría, pequeña localidad de la provincia de Málaga, situada en un complejo término municipal enclavado en un privilegiado paraje entre los valles del Río Genal y el río Guadiaro en la comarca de la Serranía de Ronda. Su término municipal tiene una superficie aproximada de 19,76 km² y se extiende formando, desde el río Guadiaro, al oeste, hasta el río Genal, al este, como una lengua delgada que se alarga en las orillas de aquél, partiéndose en el centro por el paraje

³¹ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, José Antonio. «El nuevo régimen jurídico de la declaración de asimilado al régimen de fuera de ordenación en Andalucía tras la Ley 6/2016» http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Regimen-fuera-ordenacion-urbanistica-Andalucia_11_997930001.html.

montañoso de la Loma de la Sierra que divide precisamente los dos valles y en donde su pico más alto alcanza los 1.076 metros de altitud. Es decir alterna, grandes pendientes, ricas en vegetación -en el Valle del Genal que es donde se sitúa el centro histórico- y con una zona mucho más benévola, con pendientes más suaves y más proclives a la ocupación, una vez superada la barrera montañosa ya en las orillas del río Guadiaro.

El municipio de Benalauría carece en la actualidad de un instrumento de planeamiento general definitivamente aprobado, por lo que en su ausencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 2/2012 de 10 de enero, se redactó y aprobó, con forma de Ordenanza Municipal, un Avance con el fin de identificar, en su caso, los asentamientos urbanísticos existentes en el suelo no urbanizable del municipio y los ámbitos que constituyen Hábitat Rural Diseminado y, por ende, poder identificar también por exclusión las edificaciones aisladas existentes en el término municipal al objeto de servir de base para la determinación de su régimen urbanístico y el reconocimiento de su situación jurídica.

Es interesante también indicar brevemente las notas o circunstancias que delimitan su encuadre territorial dado que ello añade mayores dificultades en lo que al tratamiento urbanístico de su suelo no urbanizable se refiere, amén de la consabida falta de instrumento de planeamiento. Es muy importante destacar las «afecciones territoriales» que tiene este Municipio pues no en vano, entre otras, resulta afectado por el Plan Especial de Protección del Medio Físico de la Provincia de Málaga (PEPMF)³², catalogando prácticamente todo el término municipal como Complejo Serrano de Interés Ambiental, a través de los siguientes espacios: CS-20 Valle del Rio Genal y CS-21 Valle del Rio Guadiaro, lo que implica su consideración como suelos no urbanizables especialmente protegidos por su interés paisajístico.

No debemos obviar igualmente el hecho demográfico ya que Benalauría tiene una población total de 492 habitantes según el padrón de 2013, esto es, es un municipio muy pequeño pero casi el 30% de sus vecinos residen de forma diseminada en el campo. La repercusión de este hecho dimensional en la precaria organización administrativa y funcional de su Ayuntamiento no es tampoco una cuestión baladí, todo lo que igualmente, afecta al ejercicio de las potestades públicas en materia urbanística y territorial.

Así las cosas, en el análisis efectuado, además de las edificaciones aisladas, en el término municipal se identifican hasta tres agrupaciones de viviendas que son conocidas como los diseminados de *Las Vegas*, *Siete Pilas* y *Las Canchas* cuya consideración y tratamiento urbanístico ha causado más de un quebradero de cabeza y que finalmente

³² El Plan Especial de Protección del Medio Físico de la Provincia de Málaga (PEPMF) fue aprobado definitivamente por Resolución de 6 de marzo de 1987, publicándose dicha Resolución en el Boletín Oficial de la Provincia de 25 de mayo de 1987. Posteriormente, se presenta un Texto Refundido del PEPMF. En el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de fecha 9 de abril de 2007 se publica íntegramente el Plan Especial de Protección del Medio Físico de la Provincia de Málaga.

han tenido reflejo dispar en el Avance. En lo que se refiere a *Las Canchas*, de conformidad con las *Normativas Directoras para la Ordenación Urbanística en desarrollo de los artículos 4 y 5 del Decreto 2/2012, de 10 de enero*, se consideró que no tenía envergadura suficiente, ni relación funcional entre las viviendas para su consideración como asentamientos del municipio, ni como Hábitat, pues se trata de un ámbito con apenas siete viviendas.

Por su parte, al analizar los otros dos núcleos, la cuestión ha sido más problemática. Inicialmente, se delimitaron superficies prudenciales para su estudio, concretamente, 5,3 Ha en una muy zona próxima al río Guadiaro, que es donde se encuentra en núcleo de Las Vegas y otra de 4,39 Ha en la zona denominada Siete Pilas. De estos datos resultan unas densidades de 15,79 y 10,70 edif./ha respectivamente. Del total de edificaciones en cada una de las zonas estudiadas, cabe destacar que el número de viviendas es de 38 en la primera y 19 en la segunda. A ello hay que añadir un total de 43 y 25 construcciones auxiliares, respectivamente. Las Vegas cuenta también con tres naves de uso industrial. Así mismo, es común a ambos el hecho de encontrarse muy alejados del núcleo principal –entre 15 y 20 kilómetros- y más próximas, paradójicamente, a la población de Cortes de la Frontera, en donde mayoritariamente sus habitantes obtienen la satisfacción de sus necesidades básicas.

Al no cumplir el requisito de capacidad poblacional mínima para ser consideradas asentamientos urbanísticos de acuerdo con las Normas Directoras, se abordó la posibilidad de identificar en ambos núcleos características propias que permitiesen vincular las viviendas unifamiliares y edificaciones por su origen a la actividad agropecuaria y del medio rural, con el fin de buscar un encaje en el artículo 2.2 c) del Decreto 2/2012 cuando define los Hábitat Rurales como «*Ámbitos territoriales sobre los que se ubican un conjunto de edificaciones sin estructura urbana y ligadas en su origen a la actividad agropecuaria y del medio rural, que poseen características propias que deben preservarse, y que pueden demandar algunas infraestructuras, dotaciones o servicios comunes, para cuya ejecución no sea preciso una actuación urbanizadora.*». Además hubieron de observarse los criterios establecidos en el artículo 21 del mismo texto normativo, que dispone cómo se identificarán los ámbitos de hábitat rural diseminados, aunque la misma tenga un carácter meramente cautelar, correspondiendo la delimitación de los mismos al documento de Plan General de Ordenación Urbanística de Benalauría.³³

³³ Artículo 21 del Decreto 2/2012 de 10 de enero: «1. El Plan General de Ordenación Urbanística identificará y delimitará los ámbitos de Hábitat Rural Diseminado, en función de los siguientes criterios:

- a) Constituir asentamientos sin estructura urbana definida, y desvinculados de los núcleos de población existentes, siempre que constituyan áreas territoriales homogéneas.
- b) Estar formados mayoritariamente en su origen por edificaciones y viviendas unifamiliares vinculadas a la actividad agropecuaria y del medio rural.
- c) Existir una relación funcional entre las edificaciones que puedan precisar ciertas dotaciones y servicios comunes no generadores de asentamientos urbanísticos.»

Pues bien, pese a que inicialmente fueron propuestos los dos núcleos como ámbitos de Hábitat Rural Diseminado, y así fue aprobado inicialmente el Avance³⁴, la Delegación Provincial de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente en Málaga de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía informó³⁵ el documento observando la improcedencia de determinar el núcleo de Las Vegas como ámbito que pudiera identificarse como Hábitat Rural Diseminado.

Mientras que en el núcleo de Siete Pilas resultó viable identificar la vinculación del grupo de viviendas al suelo rural en la medida en que constaban la mayoría de ellas en las Ortofotos de los años 1977-78 e, igualmente al menos desde los años 50 se habían estado sirviendo de una capilla y una escuela como elementos de equipamiento que lo acreditaban, no pudo predicarse lo mismo para el núcleo de Las Vegas. Destacamos algunas de las razones motivadas para ello, según la Norma 4ª de las Normativas Directoras:

- Se había motivado la vinculación en su origen de las viviendas a la actividad agropecuaria y al medio rural al hecho de que desde antiguo se habían aprovechado los recursos hídricos que proporcionaba al núcleo el propio Río Guadiaro y que a este efecto existían algunas construcciones singulares como molinos, cortijos antiguos y hornos de pan. Sin embargo, la mayor parte de esas construcciones no se hallan en el ámbito delimitado y de acuerdo con las Ortofotos de los años 1977-78, apenas existían 10 edificaciones en contra de las más de ocho decenas que existen actualmente.
- Por ello, al tratarse de edificaciones recientes no poseerían características tipológicas dignas de preservar por lo que no responden a las propias de un Hábitat Rural Diseminado. Muchas de esas edificaciones son fruto de parcelaciones irregulares dado que en las mismas parcelas catastrales se han producido –particularmente en los años 90- subdivisiones con la implantación de nuevas viviendas.
- Añade igualmente la Consejería que el hecho indudable, como decíamos, de encontrarse muy lejano al núcleo principal de Benalauría, no impide que pueda justificarse su integración en la trama urbana de la Cañada Real del Tesoro, núcleo perteneciente a la localidad de Cortes de la Frontera y que se conforma simétricamente con aquél al otro lado del eje fluvial del río Guadiaro.

³⁴ Las Ordenanza Municipal para la Identificación y Delimitación, en su caso, de los Asentamientos Urbanísticos y de los Ámbitos de Hábitat Rural Diseminado existentes en el Suelo No Urbanizable del Municipio de Benalauría, conforme al Decreto 2/2012; la Reguladora de las Condiciones Mínimas de Habitabilidad, Salubridad y Funcionalidad aplicables en los Procedimientos de Reconocimiento de la Situación de Asimilado al Régimen de Fuera de Ordenación de las Edificaciones Existentes en Suelo No Urbanizable de Benalauría y la Ordenanza Municipal Reguladora del Procedimiento para determinar la Situación Jurídico-Urbanística de las Edificaciones, Construcciones e Instalaciones en el Suelo No Urbanizable de Benalauría, fueron aprobadas inicialmente por el Pleno de la Corporación en fecha 13 de enero de 2015. El Avance en forma de ordenanza municipal se aprueba definitivamente en Pleno el 28 de abril de 2015 publicándose el texto en el BOP nº 111 del 11 de junio de 2015.

³⁵ Informe de 4 de marzo de 2015, suscrito por el Sr. Delegado Territorial, D. Adolfo Moreno Carrera.

Pues bien, a la vista de esta delimitación cautelar que, sin duda, marcará la clasificación que en su momento hará el Plan General en fase de tramitación, nos encontramos con un núcleo reconocido «*en positivo*» como es el de Siete Pilas y que, dada sus características merece una conservación, protección o mejora específica, y un núcleo como Las Vegas, que no dejará de ser un conjunto de aproximadamente 80 construcciones/edificaciones que deberán considerarse «aisladas» por no cumplir los requisitos para ser asentamiento ni hábitat rural diseminado según el Decreto 2/2012. En Siete Pilas, el PGOU definirá las dotaciones y servicios que necesiten a través de «actuaciones urbanizadoras no integradas» siempre que no se menoscabe su carácter rural. Así mismo, y lo que es más trascendente, el Plan podrá prever nuevas viviendas siempre que estén vinculadas al medio rural lo que GUTIÉRREZ COLOMINA entiende en sentido más amplio que el estrictamente «agropecuario», de acuerdo con la Ley 45/2007 para el desarrollo sostenible del medio rural.

Sin embargo, esto no será posible con el núcleo de Las Vegas –más importante, paradójicamente, en densidad que el de Siete Pilas- por lo que nos resta una ardua tarea por delante para solventar su tratamiento jurídico urbanístico.

Pero es que además, hay que tener en cuenta que desde la entrada en vigor del Plan Especial de Protección de Medio Físico el 9 de abril de 2007 una vez se publica en BOJA toda la zona está especialmente protegida por lo que se plantean importantes dificultades a la hora de aplicar el juego del transcurso de los plazos, lo cual es fundamental pues ello va a dirimir la posibilidad o no de actuar contra lo indebidamente construido o, en su defecto, el reconocimiento de AFO de esas edificaciones (apartado 2.b del artículo 3 del Decreto 2/2012). Habría que tener en cuenta que para todas aquellas construcciones que a dicha fecha no hubiesen transcurrido los cuatro años –redacción original de la LOUA- para proceder contra ellas, sobrevino la especial protección, el plazo quedó interrumpido y no alcanzó la prescripción. Por lo tanto, no sería aplicable el límite temporal para la adopción de medidas de protección de la legalidad urbanística y del restablecimiento del orden jurídico perturbado y aún se podrían aplicar las mismas, no procediendo tampoco su reconocimiento como AFO.

Igualmente, tras la modificación operada por la Ley 2/2012 sobre la LOUA en la que se amplió de cuatro a seis los años para poder adoptar estas medidas, según VALERA ESCOBAR³⁶, el nuevo plazo de seis años no será aplicable a aquellas edificaciones ilegales que a la fecha de entrada en vigor de la norma, 28 de febrero de 2012, tuviesen una antigüedad superior a cuatro años, computados desde la fecha de la completa conclusión de la edificación, circunstancia que habrá de ser verificada de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 40 del Reglamento de Disciplina Urbanística.

³⁶ Exposición vertida por GINÉS CARVAJAL ESCOBAR en el Foro virtual de Consultas de los alumnos del Curso «REGULARIZACIÓN DE VIVIENDAS ILEGALES (DECRETO 2/2012 DE 10 DE ENERO) (III EDICIÓN)». CEMCI Granada. Noviembre 2015.

Por el contrario, todas aquellos actos edificatorios y de uso del suelo que a dicha fecha estuviesen en ejecución, por no haber concluido aun la construcción o por no poder ser considerada como completamente terminada conforme al art 40 del RDU, quedaran sujetos al nuevo plazo de prescripción de seis años, que se computara en la forma ordinaria. Igual situación es aplicable a las edificaciones que si bien están completamente terminadas en el momento de entrada en vigor de la norma, aun no ha transcurrido el plazo de cuatro años a contar desde la misma, quedando en consecuencia sometidas al nuevo plazo de seis años.

V. CONCLUSIONES.

- En función de todo lo estudiado, como se ha visto, los técnicos y juristas locales seguimos navegando en aguas ciertamente turbulentas y no en pocas ocasiones constreñidos por la incapacidad y la insuficiencia de medios, todo lo que repercute en una insuficiente gestión y control urbanístico. Los continuos cambios normativos obvian alarmantemente la realidad física, técnica y funcional de los pequeños Municipios andaluces.
- Por todo ello, se antoja esencial profundizar de una vez por todas (a través de LOTCA, LOUA y Reglamento) para clarificar los aprovechamientos agrícolas y urbanísticos del Suelo No Urbanizable. (v.gr. Reglamento del Suelo Rústico de Castilla La Mancha) vertebrando adecuadamente los instrumentos de planeamiento, no descartando lo que propone GUTIÉRREZ COLOMINA, la posibilidad de establecer un régimen urbanístico más simplificado para los pequeños municipios.
- Y es imprescindible que esa clarificación del aprovechamiento del Suelo No Urbanizable se efectúe de forma transversal en la medida en que no sólo se incardine a la función productiva sino a un verdadero desarrollo sostenible y ordenado pues, como se ha comentado, hay que buscar alternativas al progresivo abandono de las tierras, determinando la posibilidad de implantar usos de otra índole, como el recreativo, artesanal o turístico, siempre y cuando se garantice la preservación del medio.
- El Decreto 2/2012 no es el anunciado «*bálsamo de Fierabrás*» que desde algunos sectores de la opinión pública «*no especializada*» se había intentado hacer ver. No puede suponer una «*amnistía*» porque subyacen intereses superiores dignos de protección.
- La aplicación práctica en los Municipios pequeños es lenta y no tiene en cuenta la falta de medios. La exigencia de un Avance con efectos meramente cautelares para la identificación de los asentamientos y ámbitos del Hábitat, no hace sino complicar aún más el asunto, pues quienes no dedicamos al ámbito local sabemos lo que puede significar la gestación de un Plan General, que en el caso

de Benalauría viene coleando al menos desde 2009, y ha tenido que adaptarse constantemente a todos los cambios normativos. Por ello, es incierto el éxito del despliegue regularizador en este tipo de municipios pues es dudoso que los particulares acudan masivamente a solicitar declaraciones de AFO además de por ser procedimientos costosos, por la nula cultura urbanística de los núcleos rurales. Igualmente, nos hemos encontrado por tanto una suerte dispar a la hora de aplicar el Decreto 2/2012 y en este sentido, debe compartirse no obstante, la afirmación de GAMERO RUIZ³⁷, al incidir en el hecho de que como el caso que nos ocupa, las AFO no son actualmente el instrumento adecuado para resolver el tratamiento de edificaciones situadas en parcelaciones/asentamientos que no son integrables en el modelo urbanístico de ciudad compacta, puesto que está pensado para situaciones singulares, pero no para abordar la reconducción de conjuntos de edificaciones que por su propia naturaleza pueden ser considerados -Las Vegas, con 80 construcciones ciertamente cercanas- como un todo indivisible y complejo, que además cuenta con aristas de interés supramunicipal, dado que como hemos visto, en su caso, ha nacido al auspicio de un núcleo simétrico de otro término municipal cuya frontera es el Río Guadiaro a más de 15 kilómetros del núcleo principal.

- Asumiendo la posibilidad de que pueda haber en la zona parcelaciones/edificaciones contra las que ya no quepa proceder por su antigüedad, y dado que no será posible su tratamiento como «asentamiento» o «ámbito de hábitat rural diseminado», la única opción válida, es la declaración de AFO con el correspondiente régimen de penalización que hemos estudiado. El AFO, como señala esta autora, debiera ser desarrollado en su regulación legal en la medida en que se permita un tratamiento conjunto de todas las edificaciones de un asentamiento, de forma que su reconocimiento no quede al albur de la voluntad particular de cada propietario. Igualmente, sería procedente que se habilitase una dimensión constitutiva de esta figura jurídica en la medida en que no debe bastar la mera «declaración» sino que permita a la Administración imponer ciertas cargas y deberes accesorios para reparar o compensar los impactos ambientales causados.

³⁷ GAMERO RUIZ, Eva. *Óp. Cit.* Págs. 88 y 89