

## ASPECTOS TÉCNICOS Y JURÍDICOS DE LA SITUACIÓN DE ASIMILACIÓN A LA DE FUERA DE ORDENACIÓN EN ANDALUCÍA

Eva Gamero Ruiz. Inspectora de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía.

### I.- RAZONES PARA ACTUAR

Buenas tardes, me toca en primer lugar agradecer a la Junta Directiva de la Asociación de Inspectores de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda de Andalucía, su invitación para intervenir como ponente en estas Primeras Jornadas de la Asociación de Inspectores, y sobre todo, agradecer la presencia a todos los asistentes.

A pesar de que todos los participantes hemos sido convocados para hablar sobre la situación de asimilación a la de fuera de ordenación, tratándose, al fin y al cabo, de las Primeras Jornadas de la Asociación de Inspectores, y siendo yo misma Inspectora, me gustaría contar un poco nuestra historia. Permitidme un momento de solemnidad, antes de entrar en el “trance” definitivo: *La finalidad perseguida por las leyes no se cifra en abolir o limitar la libertad, sino, por el contrario, en preservarla y aumentarla. En su consecuencia, allí donde existen criaturas capaces de ajustar su conducta a normas legales, la ausencia de leyes implica carencia de libertad. Porque la libertad presupone el poder actuar sin someterse a limitaciones y violencias que provienen de otros; y nadie puede eludirlas donde se carece de leyes.* Y esto, que no lo digo yo, sino el filósofo austriaco Friedrich Hayek, padre y “apóstol” del moderno liberalismo, me refuerza en el valor del Cuerpo de Inspección al que pertenezco, cuya misión consiste, precisamente, en asegurar la libertad urbanística de todos impidiendo la tiranía ---- y las apropiaciones selectivas del suelo --- de algunos.

El **nacimiento de este Cuerpo de Inspectores** de la Junta de Andalucía corresponde a un **momento histórico** en el que la situación demandaba una mayor implicación de los poderes públicos en la disciplina urbanística. De hecho, el Cuerpo se crea por la **Ley 13/2005**, la misma Ley que modificó el art. 31 de la LOUA para permitir, en caso de grave incumplimiento por los municipios de sus competencias urbanísticas, con manifiesta afectación a la ordenación del territorio, **la retirada de tales potestades y su atribución a la Consejería de Obras Públicas** (Acuerdo Consejo de Gobierno de 20 de Junio de 2006, atribuyendo a la Consejería de Obras Públicas el ejercicio de la potestad de planeamiento de Marbella, a la par que se impugnaban sistemáticamente los actos y acuerdos de la Corporación Local ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa) Es también el momento en que se generaliza y refuerza **la intervención penal** frente a los delitos urbanísticos, y se hace patente la necesidad de adoptar medidas ejemplarizantes: demoliciones, sanciones penales y administrativas.

Pero lo cierto es que esta etapa de esperanza en la restauración del valor del Derecho y de la Ley urbanística en el ámbito territorial urbanístico andaluz, que no se ha cerrado todavía, ha dado paso a otra nueva, en la que **el reconocimiento y la regularización de numerosas edificaciones** erigidas ilícita y masivamente en el suelo no urbanizable en un momento de crisis económica, y la importancia de adoptar medidas preventivas se adivinan como palabras clave. Desde la Dirección General de Inspección, en la que se inserta el Cuerpo de Inspección, en especial en los últimos dos años, bajo la dirección de Rosa Urioste, se ha insistido en **privilegiar actuaciones preventivas**, de forma que se dediquen gran parte de nuestros escasos recursos personales y materiales a evitar que se consoliden actuaciones ilegales ( obras en construcción, parcelaciones incipientes) seleccionando los objetivos en la fase inicial, de tentativa de construcción ilícita, con preferencia frente a los hechos consumados.

El Cuerpo de Inspectores de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda va a jugar un papel importante en este escenario, pues **de la fidelidad al marco legal** de las regularizaciones y declaraciones de asimilación a la de fuera de ordenación que a partir de ahora se acometan, así como de nuestras intervenciones inmediatas para la **paralización de obras** no terminadas y para lograr la **constancia registral de las medidas de disciplina urbanística**, va depender, sin duda alguna:

**Tanto la armonía futura del territorio andaluz**, evitando su deterioro ambiental y paisajístico, con los costes económicos y sociales asociados,

**Como la propia seguridad jurídica del tráfico inmobiliario**, evitando el grave factor de distorsión que supone incoar procedimientos de restablecimiento de la legalidad urbanística, o incluso acometer demoliciones, cuando los inmuebles han pasado a manos de terceros “desprotegidos”, pues, como afirma reiteradamente la Sala Tercera del Tribunal Supremo, la buena fe registral no puede amparar situaciones de ilegalidad constatadas. Principio hoy consagrado explícitamente, tanto en el Art. 19 TRLS 2008, Art. 168.2 LOUA, tras la Reforma Ley 2/2012, como el Art. 38 RDU.

## **II.- CAUZAS Y AZARES DE LA INDISCIPLINA URBANÍSTICA EN ANDALUCIA.**

En este contexto tenemos que referirnos a la figura del asimilado a fuera de ordenación, pero, antes de entrar en los detalles, parece necesario que nos preguntemos las razones por las que hemos llegado a esta situación patológica de **indisciplina urbanística existente en el suelo no urbanizable**, de la que creo que somos conscientes todos los que estamos aquí. Y que ya se reconoce tanto en la Exposición de motivos del RDU, que *aspira a proporcionar soluciones útiles en la práctica, a través de las figuras de AFO y cumplimiento por equivalencia*, como en la reciente Ley 2/2012, al añadir entre los fines específicos de la actividad urbanística en el Art. 3: *El establecimiento de medidas para evitar la presencia en el territorio de edificaciones y asentamientos ejecutados al margen de la legalidad urbanística* y en la Norma Directora para la redacción de los Avances previstos en el Art. 4 del Decreto 2/2012, en su referencia a *la incidencia de las edificaciones irregulares ubicadas en el suelo no urbanizable en el sistema de asentamientos de Andalucía*, y a los elevados costes-ambientales, territoriales, económicos y sociales- que para el territorio andaluz supone.

Si la tuviésemos que describir esta situación acudiendo a las categorías de los sistemas jurídicos, (con permiso de KELSEN...) podríamos decir que propiamente existiría un problema, más que de *validez*, de *facticidad* (incumplimiento masivo de la norma)... más de *ineficacia* que de *inexistencia* de normas urbanísticas.... Y más de *moral colectiva* que de *técnica jurídica*, y ello por variadas razones, de la más variada índole--antropológicas, culturales, sociales, económicas, históricas...---tales como:

1.- La concepción de la **facultad de edificar como contenido natural y propio del derecho de propiedad...** Todavía no está socialmente arraigada respecto del suelo rural la **naturaleza estatutaria** de la propiedad inmueble, naturaleza estatutaria que resulta no sólo de las normas urbanísticas, sino también de las territoriales y ambientales.

2.-Las **dificultades para acometer de forma plena el ejercicio de la disciplina urbanística** ... Ardua tarea, que va más allá de la extensión de un acta de infracción, y sobre todo tratándose de **pequeños municipios** como los diseminados por toda la geografía andaluza, que en ocasiones no cuentan siquiera con un instrumento de planeamiento general, a lo que se une la excesiva dilatación en el tiempo de los

procedimientos administrativos y judiciales en materia de disciplina urbanística, y las dificultades para adoptar medidas cautelares eficaces.

3.-El **contexto económico y social** en que se han construido muchas de estas viviendas, que ha provocado incremento de la demanda de la vivienda en suelo rural, a partir sobre todo de fines de los años ochenta, facilitada por el incremento de la movilidad y por su menor carestía, en el marco del **“boom urbanístico”** que supuso una importante financiación a los ayuntamientos, pero que de ser “la gran solución” financiera a los ayuntamientos pasa a ser “el gran problema” de los ayuntamientos y del territorio, y provocado una notable crisis de las Haciendas locales.

4.-Dificultades todas estas que a veces se complican por la **existencia de legislación “motorizada”**, el urbanismo no escapa a esta tendencia universal al aumento de la densidad normativa.

Partiendo de esta situación real de indisciplina, es evidente que su combate **no debe acometerse exclusivamente desde el Derecho sancionador**, sin perjuicio de reconocer el importantísimo mecanismo de prevención general que ha supuesto en Andalucía-- en particular desde la creación y actuación de la **Fiscalía Especializada en Medio Ambiente y Ordenación del Territorio**-- la utilización de la pena y de sus consecuencias accesorias para tomar conciencia de la importancia del bien jurídico lesionado. Resulta esencial el adecuado tratamiento del problema desde el punto de vista puramente administrativo, **sobre todo frente a situaciones en las que tanto la acción penal como la administrativa han prescrito.**

### **III. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN DE AFO DESDE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO**

Y es en esta búsqueda inagotable de soluciones, el contexto en que aparece la **figura del asimilado a fuera de ordenación**, cuyos aspectos técnico y jurídico me corresponde exponer. Para su correcta comprensión y delimitación de otras figuras no tenemos más remedio que acudir a los clásicos: los **Principios Generales de nuestro ordenamiento jurídico**, la mayor parte de ellos constitucionalizados. Principios que trascienden a lo que, a primera vista parece ser un “magma” constituido por centenares de disposiciones, pero que forman un ordenamiento jurídico, que como tal tiene una normatividad imanente a la naturaleza de sus instituciones, y que a la hora de considerar las situaciones AFO y la sobreabundancia normativa al respecto, recobran toda su fuerza, a modo de conceptos por donde el ordenamiento jurídico “respira”, constituyendo el oxígeno que respiran, tanto las normas como el intérprete / aplicador de las mismas para no asfixiarse... :

Conforme a los principios de legalidad, igualdad y seguridad jurídica, y demás del art. 9 CE, que luego comentaremos, es necesario distinguir entre:

-situaciones de fuera de ordenación **legal o fuera de ordenación “*strictu sensu*”**, esto es, las nacidas con arreglo a una ordenación urbanística que, a consecuencia de la sucesión de normas en el tiempo, y al *ius variandi* del planificador, devienen incompatibles con la nueva ordenación.

-situaciones **“análogas” o “asimiladas” a las de fuera de ordenación**, referidas a construcciones clandestinas o ilegales desde el momento de su nacimiento, que han quedado inmunes a la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística perturbada por el mero transcurso del tiempo.

## 1- PRINCIPIO DE LEGALIDAD

¿A qué normas tenemos que acudir para conocer el régimen jurídico de las situaciones de fuera de ordenación y asimiladas?

Como veremos, en general serán normas autonómicas, pues al **legislador estatal**, como se encargó de recordar la importante Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, es la Comunidad Autónoma la que ostenta competencia exclusiva en materia de urbanismo, sólo corresponde, a fin de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad.

- fijar las condiciones mínimas del derecho de propiedad,
- y la regulación de las valoraciones a efectos de expropiación

## ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA SITUACIÓN LEGAL DE FUERA DE ORDENACIÓN

Los antecedentes legislativos del fuera de ordenación se remontan a la propia existencia de los ensanches de las ciudades (ponderación entre el *ius aedificande*, y el *ius adquirido* por las construcciones legales originarias, que no se quiere perpetuar) y a las primeras de nuestras normas urbanísticas, que contemplan estas situaciones de fuera de “alineación” ,acuñándose definitivamente el término de “fuera de ordenación”, referido al suelo urbano, en las Leyes del Suelo de 1956 ( art. 48) pasando al TR 1976 ( art. 60), TR 1992, ( 137) , y Ley del Suelo y Valoraciones de 1998.

## DERECHO VIGENTE RESPECTO A LA SITUACIÓN LEGAL DE FUERA DE ORDENACIÓN:

### A) LEGISLACIÓN ESTATAL

**Art. art. 35 TRLS 2008**, en materia de valoraciones, dispone: *“las situaciones de fuera de ordenación producidas por los cambios en la ordenación territorial y urbanística no serán indemnizables, sin perjuicio de que pueda serlo la imposibilidad de usar y disfrutar lícitamente de la construcción o edificación incursas en dicha situación durante su vida útil.”*

Por su parte, la **Disposición Transitoria quinta del TRLS 2008** dispone que *“Las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/1975, de 25 de julio, situadas en suelos **urbanos o urbanizables**, realizadas de conformidad con la ordenación urbanística aplicable, o respecto de las que ya no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular”*

Finalmente, el **art. 76 RHU** se refiere a la nota marginal de concesión de licencias para obras y usos provisionales, *La concesión de las **licencias para usos y obras de carácter provisional y para los edificios fuera de ordenación**, se harán constar en Registro de la Propiedad mediante nota al margen de la última inscripción de dominio de la finca correspondiente.*

### B-LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

En cuanto a la LOUA, se ocupa de la situación de fuera de ordenación en los siguientes artículos

- **Artículo 34. Efectos de la aprobación de los instrumentos de planeamiento o, en su caso, de la resolución que ponga fin al correspondiente procedimiento.**
- **160-1 F) 1.** La expropiación forzosa por razón de urbanismo procederá, entre otros supuestos *por encontrarse la edificación preexistente, o parte de ella, en la situación legal de fuera de ordenación, según se define en la disposición adicional primera, y se prevea expresamente en el instrumento de planeamiento su adaptación a la ordenación urbanística por resultar manifiestamente incompatible e inadecuada.*
- **177.1 b)** *Podrán hacerse constar en el Registro de la Propiedad, en la forma y con los efectos dispuestos por la legislación reguladora de éste: La resolución que comporte que construcciones o edificaciones e instalaciones determinadas queden en la situación legal de fuera de ordenación.*
- **218.1 b)**, que sanciona las obras que: *Excedan de las permitidas con carácter general o particularizado en la situación legal de fuera de ordenación.*
- **Disposición Adicional Primera. La situación legal de fuera de ordenación**
- Para el suelo no urbanizable, las edificaciones en situación legal de fuera de ordenación se regula en el art. 7 del Decreto 2/2012

Comenzando con análisis del **art. 34 LOUA**, los presupuestos de hecho de la situación legal de fuera de ordenación en Andalucía son los siguientes:

- preexistencia de una obra, amparada en un plan anterior,
- aprobación de un nuevo instrumento de planeamiento y
- disconformidad entre la obra o uso preexistente con el régimen del nuevo planeamiento.

Y las consecuencias jurídicas de estos presupuestos de hecho son las siguientes:

- un régimen limitativo de obras, si bien con dos niveles de permisividad, en función de que exista o no una incompatibilidad absoluta con el nuevo instrumento de planeamiento.
- una remisión al instrumento de planeamiento, que será el que complete el régimen general establecido por el legislador, identificando, tanto los edificios que están en la situación legal de fuera de ordenación como el grado de incompatibilidad existente. Si bien con un límite; el que las construcciones que ocupen suelo dotacional público o impidan su destino siempre son incompatibles con la nueva ordenación.

La norma general del art. 34 de la LOUA se completó con el régimen de la **Disposición Adicional Primera**, que se ocupa de la situación existente al momento de la publicación de la propia LOUA; y que no hace sino aplicar los principios generales establecidos en el citado artículo 34 a este momento histórico concreto (12 enero 2003):

-recuerda que las situaciones existentes a la aprobación de un nuevo instrumento de planeamiento que resulten disconformes con el mismo quedan caracterizadas como fuera de ordenación

-añade que será el instrumento de planeamiento el que deba definir, perfilar, particularizar tales situaciones,

El legislador permite que sea el instrumento de planeamiento el que defina el contenido de la situación de fuera de ordenación. En particular, debe decir qué actos de construcción o usos son susceptibles de realizar en las edificaciones fuera de ordenación.

-El párrafo tercero sólo establece un régimen supletorio, en el que la regla general será: estricta conservación, sólo excepcionalmente consolidación.

Conforme a toda esta normativa, estas son las **NOTAS FUNDAMENTALES DE LA SITUACIÓN LEGAL DE FUERA DE ORDENACIÓN**:

-es consecuencia directa de la aprobación o innovación de los instrumentos de planeamiento

-acorde con la naturaleza estatutaria del derecho de propiedad, se restringen las facultades del propietario para adecuar el destino del inmueble a las prescripciones de la nueva ordenación urbanística

-estas restricciones, sin llegar directamente a la expropiación forzosa o a la demolición, consisten en una especie de “congelación” de las edificaciones y usos contrarios al nuevo plan, al restringir las obras que pueden realizarse,

-la finalidad es evitar que el edificio se perpetúe o consolide en el tiempo, puesto que el ordenamiento no quiere que continúen en el territorio, por lo que son imposibles obras de resurrección de la estructura o uso del edificio o construcción: el horizonte es la muerte del edificio, la ruina urbanística, pero entretanto se mantiene la subsistencia y utilización conforme a su vida útil.

-pueden seguir siendo objeto de uso y disfrute, si bien con importantes limitaciones en el régimen de obras admisibles, en función de su grado de disconformidad con el planeamiento (STS 12/12/98, 3/05/1990).

Ahora bien, aunque la regla general es que en este régimen no se permiten obras que alarguen la vida útil del inmueble, el propio Tribunal Supremo ha permitido, ponderando en cada caso concreto los intereses en conflicto y tratando de armonizar las exigencias del interés público con las demandas de los intereses privados, la autorización de obras o **licencias de uso** no ajustadas a lo previsto estrictamente en el nuevo plan. Si bien esto no será posible en las CCAA que hayan establecido un régimen más riguroso e inflexible para las situaciones de fuera de ordenación: Baleares, prohíbe formalmente que tales edificios puedan obtener la contratación de los servicios de suministro energía eléctrica, agua gas, a fin de lograr una más rápida liquidación de las mismas. En Andalucía, la normativa es mucho más flexible en este punto, así el Art. 7.4 del Decreto 2/2012, señala que procederá la concesión de licencia de ocupación para edificaciones fuera de ordenación si mantienen el uso originario o si el nuevo uso es compatible con la ordenación vigente al tiempo de la solicitud de la licencia.

## **EL RÉGIMEN DE ASIMILADO A FUERA DE ORDENACIÓN**

### **PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES**

Y vista la regulación legal de la situación legal de fuera de ordenación, pasamos por fin a referirnos a la situación de “asimilación” a la de fuera de ordenación. Y, como en otros muchos supuestos, ha sido la jurisprudencia quien ha dado carta de naturaleza a estas situaciones. Así, STS 5 diciembre 1987, 8 noviembre 1990, 6 febrero 1991, 6 febrero, 19 mayo y 6 octubre 1992, se refieren a situaciones “análogas” a las de fuera de ordenación en el caso de obras ilegales, respecto de las que había transcurrido el plazo de prescripción, **prohibiendo la realización de obras que pudieren alargar**

artificialmente la vida de la edificación, para no hacer de mejor condición a las obras nacidas de la ilegalidad que las hechas de acuerdo con la ordenación urbanística que luego devienen disconformes con ella.

**A) LEGISLACIÓN ESTATAL** El Texto Refundido de 2008, además de la Disposición Transitoria quinta, contempla esta situación en:

**-art. 22.3** en relación a los criterios generales a tener en cuenta en el **régimen de valoraciones, y en particular las construcciones en suelo rural**, establece que *Las edificaciones, construcciones e instalaciones, los sembrados y las plantaciones en el suelo rural, se tasarán con independencia de los terrenos siempre que se ajusten a la legalidad al tiempo de la valoración, sean compatibles con el uso o rendimiento considerado en la valoración del suelo y no hayan sido tenidos en cuenta en dicha valoración por su carácter de mejoras permanentes.*

*Se entiende que las edificaciones, construcciones e instalaciones se ajustan a la legalidad al tiempo de su valoración cuando se realizaron de conformidad con la ordenación urbanística y el acto administrativo legitimante que requiriesen, o han sido posteriormente legalizadas de conformidad con lo dispuesto en la legislación urbanística.*

-En desarrollo de esta normativa, el art. **5.1 del RD 1492/2011, de 24 de octubre**, que aprueba el Reglamento de valoraciones de la Ley de Suelo establece que: **“en ningún caso serán objeto de valoración y no serán tenidas en cuenta en consideración a los efectos del cálculo de la renta de la explotación las edificaciones no ajustadas a la legalidad al tiempo de su valoración y para las que no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición.**

-Por su parte, art. **20.4 del TRLS**, tras la redacción dada por el RD Ley 8/2011, referido a las situaciones que en Andalucía, como veremos, hemos denominado “asimiladas a fuera de ordenación”, dispone

*4. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el caso de construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, la constancia registral de la terminación de la obra se registrará por el siguiente procedimiento...*

## **B) LEGISLACIÓN AUTONÓMICA**

Refiriéndose al suelo no urbanizable, la ya citada **Disposición Adicional Primera** de la LOUA establece en su apartado segundo que *La anterior definición se particularizará para las actuaciones de urbanización y subsiguiente edificación en las unidades resultantes ejecutadas de forma clandestina o ilegal en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable, al margen de la legislación urbanística en vigor con anterioridad a esta Ley o en contradicción con ella, respecto de las que no sea ya legalmente posible, al tiempo de la entrada en vigor de esta Ley, medida alguna de protección de la legalidad y de restablecimiento del orden infringido, y que el referido instrumento de planeamiento determine como incompatibles con el modelo urbanístico que se adopte.*

**Y tras la reforma por Ley 1/2012, se añade un en el art 34.1 b) en la LOUA**, disponiendo también con carácter general y para cualquier clase de suelo que: *Para las instalaciones, construcciones y edificaciones realizadas al margen de la legalidad urbanística para las que no resulte posible adoptar las medidas de protección de la legalidad urbanística ni el restablecimiento del orden jurídico perturbado, reglamentariamente podrá regularse un régimen asimilable al de fuera de ordenación,*

*estableciendo los casos en los que sea posible la concesión de autorizaciones urbanísticas necesarias para las obras de reparación y conservación que exijan el estricto mantenimiento de las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad del inmueble.*

Pero la utilización por vez primera en nuestro ordenamiento de la expresión “asimilación a la situación de fuera de ordenación”, con carácter general para cualquier clase de suelo, lo encontramos en el que ha sido el precepto “estrella” del **Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía**, el tan comentado **art. 53**. Si bien en el este Reglamento también se mencionaba la situación de asimilado a fuera de ordenación en el **art 28**, permitiendo su acceso al Registro de la Propiedad, reflejando literalmente las condiciones a las que se sujetan los inmuebles declarados AFO.

Finalmente, en el suelo no urbanizable, el **Decreto 2/2012** particulariza esta situación para las edificaciones aisladas en los Arts. **8 a 12**, y para las edificaciones en asentamientos en los párrafos **3 y 4 del Art. 20**.

Algunos autores CORTÉS MORENO (1) sugieren que el art. 53 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía ha supuesto el paso desde una “deslegalización” del régimen jurídico de fuera de ordenación a toda una “desreglamentación”, al permitir que sea un acto administrativo el que concrete el régimen jurídico de fuera de ordenación que debe contener el planeamiento general. No compartimos esta opinión, puesto que:

-No hay “deslegalización” cuando se opta por que sea el instrumento de planeamiento el que complete el régimen primario que establece la ley, dado que, la especial naturaleza de la norma urbanística exige que las concretas facultades y deberes de cada uno de los inmuebles se determinen en cada momento por la ley, y, por remisión a ella, al planeamiento. Por eso las leyes del suelo insisten en que las facultades urbanísticas del derecho de propiedad se ejercerán siempre dentro de los límites y con el cumplimiento de deberes establecidos por las leyes, o, *en virtud de ellas, por el planeamiento*, con arreglo a las características urbanísticas de los predios. Y exactamente lo mismo ocurre con estos inmuebles que quedan disconformes con la nueva ordenación. Y ante la posibilidad (muy frecuente, por desgracia, todavía en nuestro territorio andaluz) de inexistencia del Plan General, la LOUA establece “normas legales de directa aplicación”, de carácter imperativo y subsidiario, como hemos visto que contiene tanto el artículo 34 LOUA como la propia DA Primera de la misma.

-En segundo lugar, el propio artículo 53, como hace la propia Exposición de Motivos del RDU, recuerda en su párrafo 3 que *Lo dispuesto en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo que se acordare en el correspondiente instrumento de planeamiento general respecto del desarrollo, ordenación y destino de las obras, instalaciones, construcciones o edificaciones afectadas por la declaración de asimilado a la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación*. Se trata de reconocer que el urbanismo no es una realidad petrificada y que en el legítimo ejercicio del *ius variandi*, el planificador puede, siguiendo los cauces legales, permitir que un edificio preexistente incompatible con el anterior planeamiento, pueda pasar a estar en situación legal de “dentro de ordenación”

-En tercer lugar, el acto administrativo que declare esta situación deberá estar suficientemente motivado (precedido de informes técnico y jurídico que alejen tentaciones de arbitrariedad). Decir que el art. 53 ha “desreglamentado” la situación de AFO es tanto como afirmar que cada otorgamiento de una licencia urbanística supone una “desreglamentación” de la materia.

En todo caso, el art. 53 RD contempla **dos posibles supuestos de hecho:**



1.- Desarrolla el supuesto previsto en la Disposición Adicional Primera de la LOUA “obras clandestinas o ilegales”, para cualquier clase de suelo (no sólo el no urbanizable), **respecto de las que hayan transcurrido los plazos para el restablecimiento de la legalidad urbanística**

2.- Añade un supuesto de hecho diferente, el llamado “**cumplimiento por equivalencia.**”

### **PRIMER SUPUESTO DE HECHO PARA DECLARAR AFO: TRANCURSO DEL PLAZO PARA RESTABLECER LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.**

Este primer supuesto, mucho más frecuente en la práctica, es el que contempla la **declaración de asimilada a la situación de fuera de ordenación de una edificación por imposibilidad de reaccionar debido al transcurso del plazo establecido para restablecer la legalidad urbanística.** Este supuesto es radicalmente diferente del cumplimiento por equivalencia, que supone, como veremos, que la Administración ha actuado en plazo y dictado resolución acordando la demolición, pero que causas sobrevenidas posibilitan un cumplimiento alternativo de la resolución administrativa.

Veamos los requisitos para tal declaración y los efectos de la misma, significándoles que el nuevo Decreto 2/2012 establece un detallado y prolijo desarrollo para declarar asimiladas a la situación de fuera de ordenación a las edificaciones aisladas sitas en el SNU del territorio andaluz (artículos 9 a 12)

**Presupuesto de hecho** de este art. 53.1 es que hayan transcurrido los plazos para el restablecimiento de la legalidad urbanística, lo que **no ocurre** respecto a edificaciones:

- 1- Que no estén completamente terminadas, entendiendo por tal “ultimadas y dispuestas para servir al fin previsto, sin necesidad de ninguna actuación material referida a la propia obra” y correspondiendo la carga de la prueba de la terminación al particular ( 40 RDU, 8.1 D 2/2012)
- 2- Que se hallen en alguno de los supuestos del art. 185.2 LOUA, puesto que *limitación temporal del apartado anterior no regirá para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado respecto de los siguientes actos y usos:*
  - A) *Los de parcelación urbanística en terrenos que tengan la consideración de suelo no urbanizable.*
  - B) *Los que afecten a:*
    - a) *Terrenos clasificados como suelo no urbanizable de especial protección o incluidos en la Zona de Influencia del Litoral.*
    - b) *Bienes o espacios catalogados.*
    - c) *Parques, jardines, espacios libres o infraestructuras o demás reservas para dotaciones, en los términos que se determinen reglamentariamente.*
    - d) *Las determinaciones pertenecientes a la ordenación estructural de los Planes Generales de Ordenación Urbanística o de los Planes de Ordenación Intermunicipal, en los términos que se determinen reglamentariamente.*
- 3- Que, fuera de estos supuestos, haya transcurrido el tiempo establecido en la LOUA para entender “ganada” la prescripción ( seis años desde la completa

terminación, tras la entrada en vigor, el 28 de febrero de 2012 de la Ley 1/2012, que reforma el art. 185.1 LOUA, al pasar de cuatro a seis años)

- 4- Que no se haya interrumpido el plazo para restablecer la legalidad, lo que fácilmente ocurrir, por existir en el urbanismo la **acción pública**, tradicional en nuestro derecho, y hoy con vinculación internacional. De forma que hoy cualquier persona, física o jurídica, tiene legitimación para pedir a la Administración que actúe e interrumpa así el plazo de prescripción de la acción (Art. 185.1 LOUA).

Conforme al principio *tempus regit actum*, lo cierto es que si la construcción se realizó en una parcelación urbanística “prescrita” o “petrificada” antes de la entrada en vigor de la LOUA, o tratándose de una actuación en un suelo no protegido, en un bien no catalogado o dotacional, una vez que hayan transcurrido los plazos para restablecer la legalidad urbanística, podrán quedar inmunes a esta acción, aunque le sobrevenga posteriormente la circunstancia de imprescriptibilidad.

Respecto del suelo no urbanizable, el artículo 3.2 b) del Decreto 2/2012, aclara que podrán ser susceptibles de ser declaradas AFO las edificaciones que *fueron construidas sin licencia urbanística o contraviniendo sus condiciones, y se hubiere agotado el plazo para adoptar medidas de protección de la legalidad urbanística y de restablecimiento del orden jurídico infringido que establece el artículo 185 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, con anterioridad al establecimiento del régimen de protección especial o la imposición de cualquier otra de las limitaciones previstas. A sensu contrario*, si el plazo no se ha agotado, la edificación no queda inmune.

En particular, también ha suscitado dudas la posibilidad de que existan ciertas categorías de suelo de especial protección en municipios sin planeamiento. Una postura formalista y a mi juicio errónea, considera que mientras no se haya transpuesto, vía PGOU, todo el régimen de protección ambiental internacional, los terrenos afectados no son Suelo no urbanizable de Especial protección. Creo que esta interpretación no se sostiene, ni por el principio de prevalencia de la protección ambiental sobre la ordenación territorial y urbanística (art. 2.f) de TR Ley Protección Patrimonio Natural y Biodiversidad, 22/2007), ni por la propia naturaleza reglada del bien jurídico a proteger, que reclama que las medidas que el legislador establece para su custodia (entre otras, que no esté sujeta a plazo la reposición de la realidad física alterada respecto de las construcciones ubicadas en esta clase de suelo) sean de aplicación directa, ni por el principio de igualdad. Por tanto, entendemos que tal condición de especial protección es oponible a terceros desde que la protección fue pública, y por ende, susceptible de ser conocida por los particulares. Lo que, en todo caso, acaece desde la publicación de la norma que otorga la condición de bien merecedor de protección.

En caso particular de los **terrenos incluidos en la Red Natura 2000** (entre los que están los LIC y las ZEPA, Directiva 92/43 del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres), las ZEPA y los LIC son suelo no urbanizable de especial protección por normativa específica. Así, la Comisión Europea, tras una primera etapa ( Junio 1992- Junio 1995) en la que fueron remitidas las listas de lugares escogidos por los Estados miembros, procedió a la aprobación y publicación de las Lista de Lugares de Importancia Comunitaria: Las Decisiones 2006/613/CE, 2008/335/CE, 2009/95/CE, 2010/45/UE y 2011/85/UE contienen la lista inicial y las cuatro primeras listas actualizadas de lugares de importancia, todas ellas publicadas en el DOCE, y finalmente la Decisión de la Comisión de 18 de noviembre de 2011 contiene quinta lista actualizada de lugares de

importancia comunitaria de la región biogeográfica mediterránea. En estas publicaciones se contiene: Código LIC, Nombre del LIC, Superficie del LIC (ha) Longitud del LIC (km) y Coordenadas geográficas del LIC, por lo que la posibilidad de su conocimiento por los destinatarios de la norma es evidente.

En Andalucía, el Decreto 95/2003, de 8 de abril, por el que se regula la Red de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía y su Registro, confirma que la Red Natura 2000 es elemento integrante de la RENPA, que se configura *como sistema integrado y unitario de todos los espacios naturales ubicados en el territorio de la Comunidad Autónoma que gocen de un régimen especial de protección en virtud de normativa autonómica, estatal y comunitaria o convenios y normativas internacionales*. Y en nuestra Comunidad, además, existe una coincidencia geográfica entre los espacios de la Red Natura 2000, con los Catálogos de los PEPMF, todos publicados durante el año 2007, o, en su caso, con las zonas de protección de los Planes subregionales.

Por tanto, al margen de su reconocimiento o por un instrumento de planeamiento urbanístico, debe tenerse en cuenta que la especial protección de un suelo puede venir determinada por un grupo normativo específico, en este caso medioambiental, que no necesita indefectiblemente de otro cuerpo normativo, el urbanístico, para su validez y eficacia. Así, la **Ley estatal 4/1989**, de 27 de marzo, de Conservación de Espacios naturales protegidos y de la Flora y Fauna Silvestre, en particular, su Capítulo II bis, introducido por Ley 43/2003, (vigente hasta el 15 de diciembre de 2007), ya se refiere a la **Red Ecológica Europea Natura 2000**. A partir del 15 diciembre de 2007, está vigente el Texto Refundido 42/2007, de 13 de Diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, que establece taxativamente en su art. 41.2 que *“Los LIC, las ZEC y las ZEPA tendrán la consideración de Espacios Protegidos, con la denominación de Espacio Protegido Red Natura 2000, y con el alcance y las limitaciones que las Comunidades Autónomas establezcan en su legislación y en los correspondientes instrumentos de planificación”*.

Diversa Jurisprudencia tanto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea insisten en retrotraer el efecto cautelar de la protección al momento en que se elabora la lista de lugares a proteger por las Comunidades Autónomas *“...dicha lista no es una mera propuesta neutra, sino un acto administrativo que habilita y obliga a la propia Comunidad Autónoma a adoptar medidas de protección adecuadas para los lugares incluidos... pone una condición necesaria y suficiente para crear en la Comunidad Autónoma la obligación de adoptar medidas de protección adecuadas”*.

Y ello sin perjuicio de que, en el caso de que la Directiva ambiental no hubiera sido debidamente transpuesta al derecho interno ---lo que, como hemos señalado, no ha ocurrido en Andalucía con la Directiva 92/43---, puede afirmarse el **“efecto directo horizontal” de dichas Directivas**, como mantiene el Tribunal de Justicia comunitario respecto de las Directivas en las relaciones “triangulares” (Sentencia Tribunal de Justicia, Sala Quinta, de 7 enero de 2004 en el asunto C-201/02). No hay duda que siempre será exigible el cumplimiento de estas Directivas frente a la Administración (efecto vertical) y que ningún ciudadano podría ser sancionado por no cumplir una Directiva ambiental no transpuesta en plazo. Pero hay que significar, por una parte, que las medidas de protección de la legalidad urbanística no son medidas sancionadoras, y por otra, que la Administración nunca deberá autorizar sin más una construcción en un suelo calificado como LIC si esto resulta incompatible con su régimen de protección;

aún cuando el Municipio no haya procedido a culminar la tramitación de su PGOU para recogerlo como zona de especial protección.

Estaríamos en todo caso hablando de actuaciones ilegales por ser clandestinas, al no haber solicitado la autorización para construir en SNU, siempre necesaria, con independencia de que exista o no PGOU en el municipio. Esta sería la pretensión “horizontal” de la Directiva, similar a la eficacia pretensión “horizontal” de las normas legales de directa aplicación, en el supuesto de que no exista PGOU. Otra interpretación haría siempre de peor condición a los que construyen en el término municipal en el que Ayuntamiento que ha cumplido con su obligación de tramitar el PGOUA y clasificar urbanísticamente los suelos LICs como de especial protección, frente a lo que lo hicieron en otros términos en los que los Ayuntamientos no terminan de tramitar sus PGOU o no clasifican correctamente los suelos, a veces para permitir una suerte de “regularización permanente” por transcurso del plazo para reaccionar. Como ha señalado el profesor JORDANO FRAGA (2) *El efecto directo horizontal de determinadas directivas ambientales va constituir un arma decisiva para la lucha contra los retrasos endémicos* --en nuestro caso, en la tramitación de los PGOU o la propia transposición defectuosa. *Pero también respecto de actos de aplicación que como dice la jurisprudencia estudiada supongan que las autoridades legislativas o administrativas de un Estado miembro sobrepasen el margen de apreciación que les confieren dichas disposiciones pues los particulares podrán invocarlas ante los órganos jurisdiccionales de dicho Estado en contra de las autoridades nacionales y obtener así de éstas la inaplicación de las normas o medidas nacionales incompatibles con las mencionadas disposiciones.*

La otra cuestión polémica para apreciar AFO la constituyen las **edificaciones ubicadas en asentamientos urbanísticos**. Por definición, entendemos tales edificaciones no son susceptibles de ser declaradas AFO, precisamente por no reunir una condición esencial, la de ser edificación **aislada**, para poder considerarse inmune a la acción de restablecimiento de la legalidad, ya que, como sabemos, tal acción no “prescribe” respecto de actos y usos en el seno de parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable.

Así, el *Artículo 8.2. No procederá el reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación en los siguientes supuestos: (...)*

*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 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre.*

Pero el art. 183.3 de la LOUA dice: *En el caso de parcelaciones urbanísticas en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable, el restablecimiento del orden jurídico perturbado se llevará a cabo mediante la reagrupación de las parcelas a través de una reparcelación forzosa de las que han sido objeto de dichos actos de previa parcelación, en la forma que se determine reglamentariamente.*

Y finalmente, el art. 49 j) RDUa detalla la forma de restablecer la legalidad urbanística en las parcelaciones urbanísticas, *se llevará a cabo **mediante la demolición de las edificaciones que la integren y reagrupación de las parcelas, a través de una reparcelación forzosa de las que han sido objeto de dichos actos de previa parcelación.** Los actos y negocios jurídicos que hayan dado lugar a la parcelación*

*deberán invalidarse, bien mediante voluntad de las partes, o en su caso, mediante resolución judicial.*

Entendemos que el supuesto descrito del art. 8.2 Decreto 2/2012 se refiere exclusivamente a las edificaciones digamos “originarias” y anteriores a la existencia de la parcelación urbanística que se generó en torno a ella. Si esta edificación aislada no es legalizable por situarse en una parcelación urbanística no prescrita, que no sea un asentamiento, deberá procederse previamente a la reagrupación de las parcelas, conforme el artículo 183.3 de la LOUA, mediante la tramitación de los correspondientes procedimientos de restablecimiento del orden jurídico perturbado a través de una reparcelación forzosa de las que han sido objeto de dichos actos de previa parcelación. Y el artículo **49 del RDU**A dispone, con carácter general, que en el curso de esta reparcelación forzosa para restablecer la realidad física alterada en las parcelaciones, las edificaciones deberán demolerse, y los actos y negocios jurídicos que hayan dado lugar a la parcelación deberán invalidarse. Sin embargo, el Decreto 2/2012 exceptúa de la demolición a estas edificaciones que eran inicialmente “aisladas”, y sobrevenidamente terminaron ubicadas en parcelaciones posteriores a la LOUA, siempre que se haya procedido a la reagrupación de las parcelas, pudiendo en este caso ser objeto de declaración de AFO. En todo caso, como señala CAMY ESCOBAR (2), *la complejidad que entraña la reposición de la realidad física alterada en el caso de las parcelaciones urbanísticas ilegales, abarca cuestiones tanto administrativas como civiles que han de ser analizadas de forma diferenciada.*

Por tanto, tratándose de asentamientos en suelo no urbanizable realizados con posterioridad a la LOUA y por tanto, para los que no ha transcurrido el plazo para la protección de la legalidad, recae sobre la Administración el deber inexcusable del ejercicio de la potestad de disciplina urbanística, mediante la tramitación de los correspondientes procedimientos para la restauración de la realidad física alterada y restablecimiento del orden jurídico perturbado conforme al art 49.2.j del RDU A. Únicamente la integración en el planeamiento cambiando la naturaleza del suelo, o bien su integración como Hábitat Rural Diseminado en suelo no urbanizable, si cumpliera los requisitos para ello, cambiaría la situación jurídica de las edificaciones, construcciones y obras en el ámbito de una parcelación urbanística en suelo no urbanizable realizada con posterioridad a la LOUA.

Así como la regla del artículo 8.2 del Decreto 2/2012 permite que elementos presuntamente aislados pero bajo el influjo del asentamiento, queden sometidos al régimen que por ello les corresponde, también debe ser prioritario **impedir el fraude de ley que representaría el de todos los asentamientos existentes en el término municipal y desgajados del caso urbano principal, o de las zonas urbanas consolidadas, fuesen objeto de acciones singularizadas de AFO**, tendentes a romper la unidad de conjunto inherente al concepto mismo de asentamiento, que precisamente en atención a la sustantividad del conjunto, demanda un tratamiento normativo específico. Por ello resulta esencial la delimitación negativa de la condición de “aislada” de la edificación, bien en el propio instrumento de planeamiento, o, en su defecto, en el Avance, tal y como establece el artículo 4 del Decreto 2/2012 *La identificación de las edificaciones aisladas en suelo no urbanizable requiere la previa delimitación por el Plan General de Ordenación Urbanística de todos los asentamientos urbanísticos existentes en el suelo no urbanizable...2. En ausencia de Plan General, o si este no contuviera la delimitación de asentamientos, el Ayuntamiento elaborara un Avance de planeamiento para su identificación.*

## SEGUNDO SUPUESTO DE HECHO PARA DECLARAR AFO: CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENCIA

Dispone el art. 53.2 RDUa que *En idéntica situación podrán quedar, en la medida que contravengan la legalidad urbanística, las obras, instalaciones, construcciones y edificaciones en los casos de imposibilidad legal o material de ejecutar la resolución de reposición de la realidad física alterada, de conformidad con lo establecido en este Reglamento, siempre que la indemnización por equivalencia que se hubiere fijado haya sido íntegramente satisfecha.*

Se trata del cumplimiento por equivalencia o alternativo de una resolución administrativa firme acordando la demolición que no se puede ejecutar en sus propios términos por concurrir causa legal o material que lo imposibilitan (Art. 51 del mismo RDUa) El autor del RDUa se ha inspirado en la posibilidad de inejecución de resoluciones judiciales ( art. 18 LOPJ y 105 LJCA), si bien, como no podría ser de otra manera, deja expresamente a salvo la potestad jurisdiccional de “hacer ejecutar lo juzgado”, siempre que exista intervención judicial.

En principio la STC 58/1984, de 9 de mayo ha reconocido la posibilidad de ejecución “alternativa”, admitiendo que tan constitucional es ejecutar en sus propios términos como el cumplimiento por equivalencia del art. 105 LJCA; por razones motivadas, para proteger otros valores o bienes constitucionalmente protegidos y dignos de tutela.

En todo caso, podemos distinguir: imposibilidad legal, (que abarcaría la legal propiamente dicha y la reglamentaria) y material.

-Imposibilidad Legal *strictu sensu*: STC 73/2000 y 273/2000, lo que el profesor Muñoz Machado ha llamado “validaciones legislativas”. En la LOUA parece existir un supuesto de tal validación, en el art. 182, desarrollado por el art. 47.3 RDUa, cuando permite legalización aun con desconformidades, no sustanciales, con el ordenamiento, apelando al principio de proporcionalidad. Las citadas Sentencias del Tribunal Constitucional tratan el caso de una Ley dictada para “inejecutar” una Sentencia: el caso de la Presa de Itoiz, que llegó al Tribunal de Estrasburgo, a propósito de las bandas periféricas de protección de embalse. La clave que el Tribunal Constitucional considera no es otra que la **vocación general de la modificación legislativa**

-Imposibilidad reglamentaria: Nuevo Planamiento en ejercicio del *ius variandi*, siempre se lleve a cabo por el procedimiento adecuado. Este es el supuesto más frecuente: la nueva situación normativa entra en contradicción con resoluciones firmes dictadas en procedimientos de restablecimiento de la legalidad, cuya ejecución deviene por ello altamente problemática. De forma que un nuevo instrumento de planeamiento urbanístico general aprobado con carácter definitivo habilitaría la realización del acto declarado nulo, vinculando los terrenos, construcciones y edificaciones erigidas con anterioridad al destino que resulte de su clasificación y calificación, y al régimen urbanístico que consecuentemente le sea de aplicación. Sería algo así como un “fuera de ordenación” a la inversa.

-Imposibilidad material: En puridad, con el estado de la técnica existente es difícil hablar propiamente de imposibilidad material. El supuesto sería que con la demolición parcial peligrara la estabilidad de lo edificado legalmente: no hay imposibilidad material, pero lesiona el derecho de propiedad de lo edificado legalmente: (STS 26/12/2006, aplican el principio de proporcionalidad, SSTS 27/07/2001, 11/04/1990, 13/12/1990, 22/11/2005, 20/12/2009—Ave de Córdoba); en otros casos procede demolición total, aunque sólo se acordara inicialmente la parcial, si no hay otra forma de ejecutar la

Sentencia (Auto TS 11/7/1989, STS 11/05/2006, 26/09/2006, 8 /03/2011, STS 23 abril 200 plaza de toros de San Sebastian.)

El artículo 105 LJCA dispone que en estos casos el Juez:

-acordará la causa de imposibilidad

-adoptaran las medidas que sean necesarias para lograr la mayor efectividad del fallo (esto es muy importante)

-fijará la indemnización

El Art. 51 RDUa parte del supuesto en los que la cuestión no ha sido judicializada, pero no hay que olvidar que en todo caso existe acción pública, incluso para instar la ejecución de sentencias urbanísticas. En el caso de que exista intervención judicial, por ejemplo, confirmando la Resolución administrativa que acordó la demolición, o declarando nula la licencia que amparaba la edificación, o bien por intervención del denunciante inicial o tercero que solicita que la ejecución de la resolución se realice en sus propios términos, esto es, mediante la demolición, entendemos que la Administración con competencia para la ejecución de la orden de reposición deberá dirigirse al Juez o Tribunal que haya dictado sentencia o resolución firme, exponiéndole razonadamente las razones jurídicas y materiales que fundamenten la imposibilidad de ejecución en sus propios términos, ilustrándole acerca del cumplimiento actual o previsible de los deberes impuestos en el nuevo instrumento de planeamiento para el aseguramiento del orden jurídico, o las razones que justifiquen que la imposición del cumplimiento en forma específica resulta innecesaria, en atención a las particulares circunstancias urbanísticas y de ordenación territorial concurrentes

El artículo 51 RDUa prevé la emisión de informes jurídicos y técnicos y la necesidad de fijar previa indemnización, y en todo caso hay que dar audiencia a los interesados, resultando fundamental que el órgano competente para su ejecución adopte *todas las medidas necesarias que aseguren en lo posible la efectividad del restablecimiento del orden jurídico perturbado*. En todo caso, la resolución acordando el cumplimiento por equivalencia, que finalmente dejará en situación de asimilada a fuera de ordenación a la edificación, ha de moverse dentro de los siguientes límites:

a) Indemnidad patrimonial de los intereses municipales, de suerte que la resolución de inejecución, previos los informes técnicos y jurídicos pertinentes, ha de fijar la indemnización por equivalencia en la parte que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno, pudiendo consistir en una cantidad en metálico, o en la cesión de una porción de terreno o edificación equivalente al aprovechamiento materializado sin título. La plena indemnidad obliga a que el acuerdo tome en consideración aquellos bienes o intereses que, siendo objeto de protección por la ordenación territorial o el planeamiento urbanístico, hubiesen sido alterados por los actos objeto del procedimiento de reposición de la realidad física alterada.

b) Seguridad jurídica, puesto que la valoración del aprovechamiento urbanístico que se haya materializado de forma indebida, se realizará de conformidad con la legislación vigente en materia de valoraciones, como si se hubiera materializado con título.

c) Inderogabilidad de las sanciones urbanísticas, de modo que la indemnización deberá abonarse con independencia de las sanciones por infracciones urbanísticas que, en su caso procedan, sin que pueda reportar a las personas infractoras de la legalidad urbanística la posibilidad de beneficiarse de la reducción de la sanción que contempla el artículo 208.2 de la LOUA.

d) Respeto a la división de poderes, por lo que el cumplimiento por equivalencia, al entenderse sin perjuicio de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado, en los casos en que haya recaído resolución judicial firme no entraña, en modo alguno, vinculación a los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial. La inexecución de sentencias firmes que precise las regularizaciones ex post debidamente tramitadas y aprobadas por los planificadores urbanísticos habrá de sustanciarse por los cauces previstos en el artículo 18 de la LOPJ y 105 de la LJCA; inspiradores, como hemos señalado de la norma reglamentaria analizada.

Finalmente, la Exposición de motivos de la Ley 2/2012 a propósito de la figura del cumplimiento por equivalencia dispone que *en la modificación de esta Ley se recoge que la aprobación del instrumento de planeamiento que contenga determinaciones que supongan la incorporación al proceso urbanístico de actuaciones irregulares no conllevará por sí misma la efectiva legalización de éstas, sino que será necesario el completo cumplimiento de los deberes y cargas que dicho instrumento contenga. Esto supone la aplicación del principio de cumplimiento por equivalencia en los supuestos que exista una resolución firme de restauración de la realidad física alterada.*

Y, en aplicación de este principio, se ha añadido, con carácter general, el **art. 34.2 LOUA** e introducido la **Disposición adicional novena**, que utiliza la esta figura del cumplimiento por equivalencia, a propósito de la *Recuperación de dotaciones y aprovechamiento público en actuaciones irregulares en suelo urbano.*

## **PROCEDIMIENTO GENERAL DECLARACIÓN AFO**

Los siguientes párrafos del artículo 53 que comentamos ( cuarto, quinto y sexto), han sido objeto de nueva redacción en el Proyecto de Decreto de Suelo No Urbanizable, en parte para su adaptación a las prescripciones del Real Decreto Ley 8/2011, si bien, a nuestro juicio esta nueva redacción no va a entrañar más que una mejora técnica de la redacción original, al concretar con detalle suficiente el procedimiento para el reconocimiento particularizado de la situación de asimilación a la de fuera de ordenación y de su acceso registral, manteniendo el espíritu de la redacción originaria.

*4. El reconocimiento particularizado de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación respecto de instalaciones, construcciones o edificaciones terminadas se acordará por el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, previo informe jurídico y técnico de los servicios administrativos correspondientes.*

*La resolución que ponga fin a este procedimiento deberá identificar suficientemente la instalación, construcción o edificación afectada, indicando el número de finca registral si estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad, y su localización geográfica mediante referencia catastral o, en su defecto, mediante cartografía oficial georreferenciada; igualmente habrá de acreditar la fecha de terminación de la instalación, construcción o edificación, así como su aptitud para el uso al que se destina.*

*Una vez otorgado el reconocimiento, podrán autorizarse las obras de reparación y conservación que exija el estricto mantenimiento de las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad del inmueble.*

*5. Conforme a la legislación notarial y registral en la materia, la resolución de reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación será necesaria, en todo caso, para la inscripción de la edificación en el Registro de la*



*Propiedad, en la que se deberá indicar expresamente el régimen jurídico aplicable a este tipo de edificaciones, reflejando las condiciones a las que se sujetan la misma.*

*6. Con la finalidad de reducir el impacto negativo de las obras, instalaciones, construcciones y edificaciones, la Administración actuante podrá, previo informe de los servicios técnicos administrativos competentes, ordenar la ejecución de las obras que resulten necesarias para garantizar la seguridad, salubridad y el ornato, incluidas las que resulten necesarias para evitar el impacto negativo de la edificación sobre el paisaje del entorno.*

Siendo destacable de la nueva redacción la aclaración de que esta situación sólo se puede predicar respecto de instalaciones, construcciones o edificaciones terminadas, que el procedimiento podrá iniciarse de oficio o a instancia de parte, y que, como garantía del acierto de la resolución finalizadora del mismo:

- Debe estar precedida de **informe técnico y jurídico** de los servicios administrativos correspondientes, que habrán de valorar la concurrencia del supuesto de hecho para que se reconozca la situación de asimilación,
- Quedará suficientemente **identificada la construcción** objeto de reconocimiento, indicando su número de finca registral, si estuviese inmatriculada, y su localización geográfica, bien con la referencia catastral o, en su defecto, con base gráfica georreferenciada; así como su fecha de finalización,
- En el caso de que resulte necesario para garantizar la sostenibilidad, seguridad, o paisaje del entorno, se deberán disponer órdenes de ejecución de medidas tales como la correcta evacuación de los residuos generados o la adaptación al paisaje.

Añadir que la adaptación de la normativa autonómica a la Directiva de Servicios va a modificar, presumiblemente, los artículos del RDUa referidos al visado obligatorio, para adaptarlo a los supuestos taxativos del RD 1000/2011, por lo que la documentación a presentar para obtener la declaración de AFO deberá ser **visada en los casos en que los exija la normativa estatal**. En la actualidad, es obligatorio el visado para los proyectos de ejecución de edificaciones, las declaraciones de obra nueva, y los proyectos de legalización.

Para las edificaciones en el SNU, la especialidad más importante del D 2/2012, que aparece como presupuesto inexcusable para que los Municipios puedan proceder a hacer reconocimientos de la situación de asimilación a fuera de ordenación en suelo no urbanizable, la constituye la necesaria constancia del instrumento normativo que acredite y delimite los asentamientos existentes en el término municipal, siempre con intervención de la CCAA. Este instrumento puede ser el propio **PGOU**, y **en su defecto, el Avance a que se refiere el art. 4 del Decreto 2/2012**, sin que se deba entender como problema que el propietario de la edificación ilegal y prescrita deba esperar a que exista el Avance, pues si lo quería era seguridad jurídica inmediata lo más recomendable es que hubiera cumplido con la normativa.

Hay que insistir en la **importancia de esta intervención de la CCAA**, por el **impacto territorial** que puede llegar a tener la aplicación del procedimiento de reconocimiento de asimilación al régimen de fuera de ordenación de las edificaciones aisladas diseminadas a lo largo del ámbito municipal de que se trate, a fin de ponderar por ejemplo la incidencia de un reconocimiento generalizado sobre la existencia de recursos hídricos necesarios para satisfacer las nuevas demandas y sobre la protección del dominio público hidráulico, las infraestructuras afectadas o en curso de ejecución, el dominio público en sus diversas manifestaciones, valorando de forma sincrónica y diacrónica, el condicionamiento de futuros desarrollos urbanísticos y poblaciones. No

hay que olvidar que estos procedimientos de reconocimiento y regularización son creación de la normativa autonómica, y no son normas atributivas de competencia a los Municipios, sino que parten, en su caso, del incumplimiento de las que les correspondían originariamente al no ejercitar las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística.

La poliédrica realidad a que se enfrenta este Decreto 2/2012 permite apreciar que pueden existir asentamientos cuya morfología o extensión hagan inviable o muy dificultosa la regularización por la vía del planeamiento. Del mismo modo, el progresivo reconocimiento de edificaciones aisladas tiene que admitir que en determinados ámbitos incluso las posibilidades voluntarias de soluciones coordinadas para la prestación de ciertos servicios que las personas titulares de edificaciones aisladas, contiguas o próximas entre sí y ubicadas en el mismo término municipal que permite el Decreto 2/2012 ( Arts. 10.3, 11.5, 12.4), pueden resultar insuficientes, de no existir la posibilidad de un abordaje de los problemas territoriales suscitados de forma holística, desde la perspectiva de la comarca, presente y futura a corto plazo.

En particular, en aquellos territorios caracterizados por la ingente diseminación de edificaciones aisladas, sin constituir propiamente hábitat rural diseminado, cuya dispersión impide, en principio, darles el tratamiento propio de los asentamientos, que por lo demás sería antieconómico, pero cuya intensidad obliga a una cierta visión de conjunto del impacto que generan sobre el territorio afectado. Tal realidad es la propia de comarcas enteras de nuestra CCAA, y ello, en mi opinión, amerita una solución a modo de *tertium genus*, demandando la imposición de obligaciones compartidas por todos los titulares de edificaciones susceptibles de ser reconocidas como AFO. En suma, entendemos que la necesidad de medidas compartidas por todos los sujetos del área afectada debe venir guiada por una comprobación del impacto sobre el territorio de las propuestas de regularización ideadas por los Ayuntamientos, cuya directriz ha de ser la sostenibilidad.

2- Contemplemos ahora las situaciones de AFO desde el **PRINCIPIO / DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD**, o más concretamente, del necesario tratamiento desigual a los desiguales, de forma que no pueden equipararse las edificaciones que han cumplido todos los condicionantes que la ordenación territorial y urbanística les exige a aquellas que no son susceptibles de demolición por haber transcurrido los plazos legales para ello.

Como tampoco se puede equiparar los genuinos supuestos de fuera de ordenación, que nacidos conforme a la norma existente, devienen ilegales por cambio de planeamiento, de los supuestos de “asimilación”, en los que, nacida ilegal la construcción, por el sólo transcurso del tiempo queda inmune a la demolición. En este sentido, recordamos que la jurisprudencia que elaboró la noción de situaciones “análogas “ o “ asimiladas a las de fuera de ordenación”, insiste no hacer de mejor condición a las obras nacidas de la ilegalidad que las hechas de acuerdo con la ordenación urbanística que luego devienen disconformes con ella.

Este **diferente merecimiento** debe ponerse de manifiesto:

**PRIMERO-** En la **distinta valoración de las edificaciones en eventuales procedimientos expropiatorios**, ya el art. 5.1 del Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, que aprueba el Reglamento de valoraciones de la Ley de Suelo establece que: “en ningún caso serán objeto de valoración y no serán tenidas en cuenta en

*consideración a los efectos del cálculo de la renta de la explotación las edificaciones no ajustadas a la legalidad al tiempo de su valoración y para las que no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición..”*

**SEGUNDO-** En el distinto **régimen de obras admisibles** en las situaciones legales de fuera de ordenación (en el que, excepcionalmente, se admiten obras de consolidación cuando no sean manifiestamente incompatibles) respecto de las admisibles en las situaciones de asimilación, en las que únicamente se permiten obras de estricta conservación.

**TERCERO-** En el necesario **reflejo registral de las limitaciones del régimen de AFO, frente a la publicidad registral que resulte de las construcciones legales o en su caso, en situación legal de fuera de ordenación.**

Conviene no olvidar nunca que todo lo que se reglamente sobre esta materia tiene un inevitable referente estatal, que en este caso, viene constituido por el TRLS 2008. Reiteramos nuevamente que, si bien por la naturaleza de la materia—ordenación de los registros e instrumentos públicos—corresponde a la normativa estatal determinar la forma y los efectos de las inscripciones, lo cierto es que la remisión que el propio legislador estatal hace al “ordenamiento urbanístico aplicable” supone que, en Andalucía, tales construcciones respecto de las que no sea posible por transcurso del plazo proceder a la reposición de la realidad física alterada, quedarán propiamente en situación de asimilación a la de fuera de ordenación, por tanto, como establece el citado Art. 20.4 b) del Texto Refundido de la Ley de Suelo, y el propio Art. 28.1.1) de RDU, **debiendo aportarse al Registrador la resolución finalizadora del procedimiento, reflejando literalmente las condiciones a que se sujetan las mismas, con expresión en particular que sólo podrán autorizarse las obras de reparación y conservación que exija el estricto mantenimiento de las condiciones de sostenibilidad y habitabilidad** de la instalación, construcción o edificación afectada ( Art. 53.5 RDU)

A su vez, el Decreto 2/2012 en aras a la mayor seguridad jurídica ha dispuesto, en una Disposición Transitoria que *en el caso de que una edificación declarada en situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, sin mención expresa de las condiciones derivadas de este régimen, la Administración competente deberá instar dicha constancia en la forma y a los efectos previstos en la legislación notarial y registral correspondiente.*

Y en esta normativa, el Art. 76 Decreto 1093/1997 RHU dispone que la concesión de **licencias para obras y usos provisionales y para los edificios fuera de ordenación** que se harán constar en Registro de la Propiedad mediante **nota al margen de la última inscripción de dominio de la finca correspondiente.** *La nota se tomará a solicitud del titular registral, o con su audiencia a requerimiento de la Administración actuante, a la que se acompañe certificación literal del acuerdo de concesión de la licencia y en ella se expresará, a la vista de la certificación administrativa, el deber de demolición de las edificaciones cuando lo acordare el Ayuntamiento, sin derecho a indemnización en su caso, y con las demás consecuencias previstas en la legislación urbanística.* Por lo que **si de la declaración de fuera de ordenación se ha de hacer constar en el Registro mediante nota marginal, con mayor razón se habrá tomar constancia en el mismo, la declaración de AFO.**

Respecto de estas obras nuevas “antiguas”, realizadas con infracción de la normativa urbanística, pero “prescritas”, la resolución por la que se declara el inmueble

en situación asimilada a la de fuera de asimilación, será, a nuestro entender, el título administrativo que le de, en la medida de lo posible, carta de naturaleza, permitiéndole emerger del limbo jurídico y acceder al Registro de la propiedad. Pero sería **gravemente atentatorio al principio de igualdad y de seguridad jurídica que para las obras que han cumplido todos los condicionantes urbanísticos se exija terminantemente licencia de obras y licencia de ocupación y para las obras ilegales, pero prescritas, se permita el acceso registral con una simple certificación registral, y simplemente se informe “a posteriori”** de la constancia registral al Ayuntamiento y a la Comunidad Autónoma. Conocemos que la **interpretación de la DGRN** de este artículo 20.4 TRLS entiende que no existe el cierre registral y por ello hemos planteado la impugnación jurisprudencial de la Resolución de la DGRN de 20 enero 2012.

Como señala ARNAIZ RAMOS (3) *no puede dudarse de la conveniencia de que no accedan al Registro actos de naturaleza urbanística claudicantes, en cuanto sujetos a una posible declaración de nulidad cuya causa sea conocida en el momento de ser solicitada la inscripción, sin perjuicio de que la calificación registral no deba extenderse a la validez intrínseca de los actos. Y la mejor manera de evitar que accedan al Registro actos de naturaleza urbanística claudicantes, será acompañar a la declaración de obra nueva “prescrita”, la declaración de AFO.*

**CUARTO-** En el diferente régimen de **acceso a los suministros**, para lo que como regla general, se exige licencia de ocupación. Por ello, hay que insistir en la excepcionalidad del acceso a los suministros a través de la declaración de asimilación a la de fuera de ordenación, que contempla el art.8 del Decreto 2/2012, refrendado en la reforma de la LOUA, Ley 2/2012, añadiendo el artículo 175.3, según el cual *en los casos regulados reglamentariamente para los que proceda el reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación, conforme a lo dispuesto por la letra b) del artículo 34.1 de esta Ley, la contratación de los servicios se llevará a cabo bajo las condiciones establecidas por el reconocimiento, que será título suficiente para la prestación de los servicios autorizados por el mismo.*

En efecto, para el SNU la **regla general** en el Decreto 2/2012 es que la prestación de servicios básicos se ha de realizar mediante **instalaciones de carácter autónomo, ambientalmente sostenibles y sujetas a la normativa sectorial** que sea aplicable, se reafirma igualmente para los Ayuntamientos la imposibilidad de concesión de licencias de ocupación o utilización que permitan, por ende, el acceso a los suministros de luz y agua y cualesquiera que sean necesarios. Sólo de manera **excepcional**, en la propia resolución administrativa por la que se reconozca un inmueble en esta situación – lógicamente cuando se den los requisitos fácticos y jurídicos para ello- , podrá autorizarse la acometida a los servicios básicos de abastecimiento de agua, saneamiento y energía eléctrica por compañía suministradora, siempre y cuando se cumplan acumuladamente los siguientes requisitos, los cuales deberán ser constatados mediante informes que deben obrar en el expediente:

- Que los servicios urbanísticos se encuentren accesibles
- Que la compañía suministradora acredite la viabilidad de la acometida.
- Que no se induzca a la implantación de nuevas edificaciones.

Y especialmente cuidadosa , con arreglo a los principios de igualdad, interdicción de la arbitrariedad y de protección del suelo conforme a la ordenación territorial y urbanística

habrá de ser la aplicación de la **Disposición transitoria tercera añadida en la Ley 1/2012 de reforma de la LOUA**, en virtud de la cual los municipios podrán autorizar con carácter excepcional y transitorio -1 año a partir de su entrada en vigor, el día 28 febrero 2012- hasta que se resuelva el procedimiento de reconocimiento y, en su caso, regularización de las edificaciones en suelo no urbanizable, la contratación provisional de los servicios con las compañías suministradoras, sin que dicha autorización pueda conllevar la ejecución de obras de reparación, conservación o de cualquier otra naturaleza. Para evitar que la resolución municipal autorizando el acceso al suministro pueda constituir una reserva de dispensación, y por tanto, un acto nulo de pleno derecho, alejando cualquier tentación de arbitrariedad por parte de los responsables municipales y de las Compañías suministradoras, deberán acreditarse mediante informes técnico y jurídico de los servicios municipales, que han de obrar en el expediente, los siguientes extremos:

- Que se haya iniciado efectivamente el procedimiento de reconocimiento de AFO o de incorporación al planeamiento.
- Que se trate de edificaciones existentes en suelo no urbanizable respecto de las que ya no quepa la adopción de medida alguna de protección de la legalidad y de restablecimiento del orden jurídico infringido, exigiendo la norma que expresamente se disponga que no concurren en la edificación ninguna de las circunstancias descritas en el apartado 2 del art. 185 de la Ley 7/2002, supuestos en los que, como se sabe, no cabe la declaración administrativa de asimilación a la de fuera de ordenación.
- Que la edificación se encuentre totalmente terminada y en uso a la fecha de la concesión, y que este uso sea exclusivamente, la vivienda habitual de sus propietarios, lo que podrá acreditarse con el correspondiente certificado de empadronamiento. Ha de tratarse por tanto, de vivienda “habitual” y no de segunda residencia.
- Que la edificación no esté incurso en procedimiento administrativo ni judicial alguno.
- Que se ha acreditado preceptivamente por parte de la compañía suministradora de que las redes se encuentran accesibles desde la edificación sin precisar nuevas obras, la acometida es viable y no se induce a la implantación de nuevas edificaciones.
- Que la autorización no conlleve en ningún caso la ejecución de obras de reparación, conservación o de cualquier otra naturaleza.

Pasado el plazo de un año, y salvo que el expediente de reconocimiento de la situación de asimilado a la de fuera de ordenación haya culminado con éxito para el particular, deberá cesar la contratación del suministro que se haya autorizado, extremo que deberá ser informado por parte del Ayuntamiento a la correspondiente compañía suministradora.

**QUINTO**-En la **obligación general de “TODOS” de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (Art. 31 CE)** sin perjuicio de resarcir además, en su caso, los perjuicios derivados del principio de “quien contamina paga”. De forma que aquellos que construyeron contraviniendo la normativa vigente al tiempo de realizar la construcción, deben satisfacer, como mínimo, los mismos tributos e ingresos de derecho público que les correspondió satisfacer a los que lo hicieron ajustándose a la legalidad vigente. Aprovecho así para llevar al ánimo de los responsables municipales la

convicción de que el correcto proceso de aplicación del Decreto 2/2012, no puede ser “neutro” desde el punto de vista de las cargas exigibles a este elenco de medidas de reconocimiento y reconducción de las edificaciones y asentamientos en suelo no urbanizable. De modo que, junto a la exigencia de los deberes patrimoniales de naturaleza urbanística inherentes a todo proceso de urbanización, en el caso de se produzca la incorporación de un asentamiento en SNU a la ordenación urbanística del Plan General, quede abierta la puerta a la exigibilidad de recursos públicos, tributarios o no, en el proceso de reconocimiento de AFO, recursos que sean contrapunto o equilibren del lado del interés público la balanza de los intereses en juego; resarciendo de algún modo a los Ayuntamientos en esta tarea de reconducción a la legalidad urbanística. Estos ingresos se convierten así, de modo adicional, y aunque no sea su finalidad principal, en instrumentos para apuntalar la suficiencia financiera de las Entidades locales, principio estructural básico del poder tributario de las Haciendas Locales ( Art. 142 CE) Y ello tanto para los ingresos de naturaleza tributaria-- Impuesto sobre Bienes Inmuebles, Tasas y Contribuciones especiales---, como de naturaleza no tributaria-- Precios públicos, Prestación compensatoria por actuaciones de reconocimiento de edificaciones en suelo no urbanizable, Resarcimiento de daños y perjuicios—

En particular, algunos autores GALLEGO ALCALÁ(4) ya han echado en falta en la nueva normativa una referencia expresa a la obligación de los propietarios de para las edificaciones aisladas la prestación de una garantía y la prestación compensatoria análogas a las previstas en los párrafos 4 y 5 del art. 52 LOUA, dado el uso y aprovechamiento excepcional del suelo no urbanizable que se otorga a los propietarios de las edificaciones declaradas AFO, el D2/2012 reconoce que **la edificación puede ser usada**, lo que implica un uso residencial en SNU no vinculados a la explotación agropecuaria. Dada la naturaleza “transitoria” de su reconocimiento (no se admiten obras de consolidación, se está tolerando o reconociendo un uso y aprovechamiento en suelo no urbanizable hasta su “extinción natural), la garantía cubriría los gastos que puedan derivarse de incumplimientos e infracciones, así como los resultantes, en su caso, de las labores de restitución de los terrenos, como se obliga a prestar a ciertas edificaciones legalmente implantadas en el suelo no urbanizable como Actuaciones de Interés Público.

**SEXTO-** En la **imposibilidad de conceder licencias para las situaciones de AFO**, que exigen que uso no sea compatible con la ordenación vigente al tiempo de la solicitud de la licencia. El Decreto 2/2012 aclara definitivamente que para las viviendas en suelo no urbanizable declaradas AFO no se permite otorgar licencias de ocupación, que si se permite en las viviendas declaradas fuera de ordenación si mantienen el uso originario o en caso de cambio de uso, si este es compatible con la norma vigente al tiempo de la solicitud de la licencia.

**SÉPTIMO-**En el **necesario régimen de silencio negativo** , que debe predicarse tanto para las licencias de ocupación de las obras nuevas que han cumplido todos los requisitos establecidos por la legislación vigente, como para las obras nuevas “prescritas” . Siendo inadmisibles y contrarias a los principios de igualdad y seguridad jurídica otra interpretación del Art. 23 del RDL 8/2011. Así lo dispone, además, el Art. 12.3 del Decreto 2/2012.

Y finalmente, es también este principio de igualdad, junto con el de jerarquía normativa, el que inspira la **prohibición de las reservas de dispensación** ( artículo 52.2

de la Ley 30/1992) y en el ámbito urbanístico en particular, el artículo 34 de la LOUA, sanciona con nulidad de pleno derecho cualesquiera reservas de dispensación, siendo obligatorio para los sujetos públicos y privados (responsables políticos, empleados públicos, compañías suministradoras, particulares) el legal cumplimiento de las disposiciones contenidas en la normativa urbanística.

**3-PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA-** Artículos 9.3 CE, 1.1 CC, 52 Ley 20/1992, careciendo de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior. Lo que en el urbanismo implica el sometimiento, en primer lugar a las normas constitucionales y legales, sin olvidar la normativa comunitaria ( tanto la originaria contenida en los Tratados, como la derivada Reglamentos, Directivas, Decisiones, especialmente relevante en materia ambiental ) y después a las normas reglamentarias, entre las que se incluyen los planes urbanísticos, que a su vez están jerarquizados primero los planes medioambientales (PORN y PRUG), luego los territoriales ( POTA y Planes Subregionales), y dentro de los urbanísticos, los planes especiales ajustados a los generales. En este marco, ya hemos señalado la naturaleza reglada y no discrecional de los actos de autorización (licencia y AFO)

**4-PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA:** Art. 9.3 CE, de este principio resulta la importancia de considerar en cada momento la normativa vigente al tiempo de realización del acto constructivo, lo que en ocasiones es una cuestión compleja.

La plena comprensión de esta figura AFO y en general de la situación urbanística de un suelo, exige una lectura tanto sincrónica como diacrónica de su “**historial urbanístico**”, y que éste viene marcado por la existencia de diferentes hitos legislativos cuya historia puede verse casi como diversas capas geológicas: si me permiten la metáfora, el suelo no está estratificado geológicamente, sino también jurídicamente.

Este principio también inspira una de los extremos más relevantes del Decreto 2/2012, el tratamiento de lo que llama “edificaciones antiguas”, esto es, terminadas antes de la entrada en vigor de la Ley de 2 mayo 1975. Cuestión avalada por la reforma de la LOUA por Ley 2/2012, nueva Disposición Adicional duodécima, con la siguiente redacción: *Las edificaciones aisladas en suelo no urbanizable, construidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, y que no posean licencia urbanística municipal para su ubicación en esta clase de suelo, se asimilarán en su régimen a las edificaciones con licencia siempre que estuvieran terminadas en dicha fecha, sigan manteniendo en la actualidad el uso y las características tipológicas que tenían a la entrada en vigor de la citada Ley y no se encuentren en situación legal de ruina urbanística.*

El Decreto 2/2012 aclara que si estas edificaciones se ajustan a la vigente ordenación territorial y urbanística (esto es, están directamente vinculadas a la explotación agropecuaria), se asemejan a las edificaciones con licencia, y en otro caso, se entenderán en situación legal de fuera de ordenación.

En el procedimiento de reconocimiento, el interesado, a quien lógicamente corresponde la carga de la prueba, deberá acreditar ante el Ayuntamiento la situación de la edificación. Para acreditar la antigüedad y características tipológicas, se pueden complementar los medios de prueba mediante ortofotografías (la primera del “vuelo americano del año 1956 ) con publicaciones tales como la constancia en catálogos oficiales, tales como el catálogo de Haciendas, Cortijos y Lagares de todas las provincias andaluzas, elaborado por la propia Consejería de Obras Públicas.

Y es este principio de seguridad jurídica el que permite que transcurridos determinados plazos temporales, prescriban inevitablemente las potestades sancionadora y penal y pueda caducar la acción para restablecer la legalidad urbanística, fuera de los casos excepcionados por el legislador (185.2 LOUA), o incluso en estos supuestos cuando al tiempo de sobrevenir la protección, ya hayan transcurrido los plazos para entender “ganada” la prescripción.

Finalmente, la seguridad jurídica, en su vertiente preventiva, es la que obliga a que las limitaciones o restricciones que implica la situación de AFO deba quedar reflejada en el Registro de la propiedad si se pretende el acceso de la “obra nueva prescrita” a dicho Registro. Y también la seguridad jurídica en materia inmobiliaria, es la que ha inspirado la reforma RDL 8/2011, estableciendo con carácter general el silencio negativo en las solicitudes de los actos de autorizaciones urbanísticas más relevantes (entre ello, el reconocimiento de obras nuevas, inclusive las prescritas, susceptibles de ser declaradas AFO)

**5.-PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS DISPOSICIONES SANCIONADORAS O RESTRICTIVAS DE DERECHOS INDIVIDUALES,** cuestión que será objeto de ponencia más extensa por el Ilmo. Sr. Magistrado Especialista de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJA.

Sólo señalar que el procedimiento de protección de la legalidad urbanística (en adelante, PLU), no es un procedimiento sancionador, tal y como insiste la propia jurisprudencia, y tampoco hay restricción de derechos individuales cuando tal derecho no existe, al haberse edificado en contra de la ordenación territorial y urbanística en vigor.

En todo caso, hay que distinguir:

1-Caducidad en el procedimiento administrativo de Protección de la legalidad urbanística, que no impide a la Administración volver a iniciar el PLU si no ha prescrito la acción.

2-Prescripción de la acción para el ejercicio de la acción de PLU: Ya vimos el día inicial, la completa terminación de la obra (Art. 40 RDUa y 8 D 2/2010), correspondiendo la carga de la prueba al particular.

Para actos con licencia declarada nula por el juez, el procedimiento sancionador (210 LOUA) podrá iniciarse a partir de que sea firme la sentencia anulatoria del título. Y a partir de este momento, se inician los plazos para ejecutar la misma, sin que sea necesario tramitar ahora un PLU, pues la jurisprudencia ha señalado nulidad título es igual a demolición, sin perjuicio de las posibilidades de cumplimiento alternativo o por equivalencia, al que ya hemos hecho referencia ( Art. 51 RDUa)

3-Prescripción de la acción para ejecutar la resolución PLU, la última jurisprudencia del TS rechaza la aplicación del plazo de 5 años de la LEC (STS 17 febrero 2000 y 25 noviembre 2009), y ante la ausencia de regulación específica, se remite al plazo general supletorio del Art. 1964 del Código Civil.

**6-PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD E INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS,** lo que obliga a motivar adecuadamente los actos administrativos—**motivación** que puede realizarse por **remisión a informes técnicos y jurídicos**—necesidad de **audiencia** a los particulares en los asuntos que les afecten, en el marco del correspondiente **procedimiento administrativo**.

La naturaleza reglada de la licencia—y de los AFO— se traduce también de la aplicación de este principio, dado que no es posible otorgarlos discrecionalmente, sino reconocer un derecho que se tiene o no en aplicación reglada de la normativa y



planeamiento urbanístico, precisamente en la medida que se haya participado o no en las plusvalías generadas por la acción urbanística ( Art. 47 CE).

Una **Potestad** (Art. 168 LOUA), que, como recuerda BERNALDO DE QUIRÓS (5), tiene una serie de características que hemos de tener presente a la hora de acometer la correcta aplicación de la situación de asimilado a fuera de ordenación, puesto que la potestad se ejerce de forma debida y fiduciaria, por el titular de la misma en nombre de la colectividad, lo que implica que:

-**no es disponible**, no hay posibilidad de renunciar o convenir el ejercicio de la potestad de restablecimiento del orden jurídico. Distinto es que haya transcurrido el plazo para el ejercicio de la potestad de reacción, y así, se aprecie regladamente.

-y es **de ejercicio debido**, ya hemos referido la amplia legitimación para instar el ejercicio de tales medidas de disciplina urbanística, a través de la **acción pública**, tradicional en nuestro derecho, y hoy con vinculación internacional. Por tanto, cualquier persona puede interrumpir la prescripción, instando el ejercicio de las potestades de restablecimiento de la legalidad no sólo ante la Administración, sino también ante la jurisdicción, incluso para que se ejecute la resolución acordando la reposición de la realidad física alterada, o la sentencia que declaró la nulidad de una licencia.

Aclarados estos extremos, la interdicción en la arbitrariedad de los poderes públicos (de todos los implicados, Administración Local, Autonómica, y Estatal-Notarios y Registradores- a la hora de declarar AFO, de impugnar estas declaraciones o de permitir su acceso a Registro público), pasa por cumplimentar los requisitos objetivos en el procedimiento establecido para ello, y de forma suficientemente motivada.

Ya en la redacción original del Art. 53 RDU se exigía que *se acordare expresamente la declaración de inmueble en situación de AFO identificando las circunstancias y el régimen jurídico*, mediante una resolución con contenido mínimo y necesario, declaración de que ha transcurrido el plazo y régimen jurídico. Y hemos visto como los nuevos párrafos 4º y 5º del art. 53 RDU son más claros incluso en la regulación del procedimiento y régimen jurídico de las situaciones de AFO.

Si el artículo 53 RDU permite, no ya que las situaciones de AFO se individualicen y particularicen en un Plan, sino, por remisión al mismo, o supletoriamente, por remisión normativa, a través de un acto administrativo, el rigor de la motivación de este acto ha de ser al menos de motivación similar al rigor del Planeamiento, motivación parecida a la que debe tener el Plan para dejar fuera de ordenación un edificio. De ahí que el Decreto 2/2012 insista en la necesidad de que la situación de aislada de la edificación en SNU, requisito esencial para que sea susceptible de ser declarada AFO resulte, siquiera por exclusión, de la delimitación de los asentamientos que puedan existir en el término municipal, tal y como se detalle en el propio PGOU o, en su defecto, en el documento que denomina Avance.

Y para terminar, respecto a la “imposibilidad” de aplicar la nueva normativa, nos gustaría recordar una frase bonapartista: *Lo imposible es el fantasma de los tímidos y el refugio de los cobardes*

Buenas tardes, y buena suerte...

Sevilla, 16 abril 2011

I Jornadas Asociación Inspección Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda

## BIBLIOGRAFÍA

1.- CORTÉS MORENO, Álvaro. *El régimen jurídico de la situación legal de fuera de ordenación: la declaración de situación en asimilación a la de fuera de ordenación en el derecho urbanística andaluz*. Revista de Práctica Urbanística, nº 109, Noviembre 2011. La Ley

2.- JORDANO FRAGA, Jesús. *“Efecto directo horizontal” de determinadas Directivas Ambientales: la consagración jurisprudencial de la invocabilidad por particulares de las directivas en relaciones triangulares (comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de enero de 2004 en el asunto c-201/02)*. Revista electrónica Medio ambiente y Derecho.

3.- CAMY ESCOBAR, Jesús. *La calificación registral de los actos de parcelación urbanística en Andalucía*. V. 1.0. Registradores de España, 2011.

4.- ARNAIZ RAMOS, Rafael, *Control de legalidad urbanística a través de calificación registral*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 728, Noviembre 2011

5- GALLEGO ALCALÁ, José Domingo. *Apuntes a la aplicación práctica del Decreto 2/2012, de 10 de enero*, intervención desarrollada el día 14 de Marzo de 2012, en Málaga.

6.- GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, Joaquín. *La protección de la legalidad urbanística* Capítulo 26 en el libro colectivo *Derecho Urbanístico de Andalucía*. El consultor. 2004