

## El régimen jurídico de la situación legal de fuera de ordenación. La declaración en situación de asimilación a la de fuera de ordenación en el derecho urbanístico andaluz

Álvaro Cortés Moreno

*Técnico de Administración General de la Excm. Diputación Provincial de Granada (en excedencia),  
Técnico de Administración General, Rama jurídica de la Gerencia de Urbanismo  
y obras municipales del Excmo. Ayuntamiento de Granada*

### SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA SITUACIÓN LEGAL DE FUERA DE ORDENACIÓN EN LA NORMATIVA ESTATAL, DE LA LS DE 1956 AL TRLS DE 2008. FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA
- III. LA SITUACIÓN LEGAL DE FUERA DE ORDENACIÓN EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA
  - A. EL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN EN LA LOUA
  - B. LA DECLARACIÓN EN SITUACIÓN DE «ASIMILACIÓN» A LA DE FUERA DE ORDENACIÓN DEL RDU A
- IV. CONCLUSIÓN

### I. INTRODUCCIÓN

La situación legal de fuera de ordenación se define como la institución urbanística que determina la desconformidad de un edificio, construcción o instalación con respecto a normativa urbanística aplicable, configurando un *statu quo* que ha de mantenerse aun cuando en los mismos se produce una «desordenación» que es incompatible con el actual régimen jurídico urbanístico aplicable a los mismos. Su primera característica es ser una consecuencia directa de la aprobación o innovación de los instrumentos de planeamiento, como manifestación de la sucesión de normas en el tiempo (modelo de derecho transitorio)<sup>1</sup>, en el que se hace prevalecer el interés público del planeamiento sobrevenido frente al derecho que tienen los propietarios a tales edificaciones, construcciones e instalaciones existentes, como último derecho, el de la edificación, que culmina el conjunto de facultades que se les atribuyen a la propiedad urbanística de suelo (atendiendo a los cuatro derechos clásicos en el Derecho Urbanístico Español: derecho a urbanizar, derecho al aprovechamiento urbanístico, derecho a edificar y derecho a la edificación), momento en el cual se ha patrimonializado la edificabilidad prevista en el planeamiento (artículo 7 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, LA LEY 8457/2008). Se configura la situación legal de fuera de ordenación como una intervención pública en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario (diferentes de la mera expropiación forzosa), estableciéndose restricciones o modulaciones de las

facultades del propietario y deberes positivos del mismo en atención de los intereses generales, sin por ello privarle de la situación de ventaja o disfrute individual y económica que toda propiedad privada conlleva y que consiste en un conjunto de facultades (no ilimitadas ni siempre las mismas, de goce y disposición), pero sí adecuadas al destino de las construcciones y edificaciones según el nuevo instrumento de planeamiento.

El sistema de fuera de ordenación viene configurado por el modelo clásico en el cual el planeamiento provoca la acomodación de las antiguas edificaciones, instalaciones y usos contrarios al nuevo planeamiento, en punto a su congelación y posterior extinción, al restringir las obras que se pueden realizar en las edificaciones y construcciones desordenadas, lo que provoca la demolición por agotamiento y la ulterior declaración de ruina urbanística del inmueble con su desaparición (manifestación más terminada o perfecta de la intervención administrativa en la edificación con efectos cuasi-ablativos al no imponerse directamente la eliminación de las construcciones y edificaciones desconformes con el nuevo planeamiento aprobado salvo supuestos concretos, manteniendo la subsistencia del mismo y su utilización o uso durante la vida útil de los mismos). Como también preveía (y prevé al seguir en vigor) el Reglamento de Planeamiento aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio (LA LEY 1195/1978) hay que tenerse en cuenta a la hora de aprobar el nuevo instrumento de planeamiento general «la situación urbanística preexistente»; así, para el suelo urbano se exige que el plan la considere



bien para conservarla, bien para rectificarla directamente a través de las propias determinaciones del plan o habilitando para la formulación del oportuno plan especial de reforma interior que desarrolle las previsiones básicas que a tal efecto establezca el propio plan, y de modo general, cuando afecte a territorios con planeamiento aprobado, se exige que el plan general municipal (el plan general de ordenación urbanística) incorpore con el grado de precisión que corresponda según la clase o categoría de suelo a que se refieran, las determinaciones del planeamiento anterior que el propio plan declare subsistentes. No obstante, el precitado plan general de ordenación urbanística deberá precisar el régimen jurídico aplicable al planeamiento que estuviere vigente con anterioridad y a la edificación existente, estableciendo las disposiciones pertinentes sobre régimen transitorio, en el que se contendrán las prevenciones oportunas sobre la vigencia del planeamiento anterior, todo ello en atención al grado de incorporación de sus determinaciones al propio plan general municipal, es decir, es el propio instrumento de planeamiento el que debe establecer el régimen jurídico urbanístico de la propiedad del suelo respecto de edificaciones existentes a las que se les establecen un régimen distinto, con las necesarias disposiciones transitorias para prever ese cambio, definiendo los derechos y deberes de los propietarios afectados, lo que ha dado lugar a que tal concreción sea considerada por numerosos autores como la «deslegalización» del régimen jurídico de la situación legal del fuera de ordenación urbanística.

Adelantar en este punto que el régimen legal de la situación de fuera de ordenación ha evolucionado en la legislación urbanística de cada Comunidad Autónoma, en concreto en la Comunidad Autónoma de Andalucía, mediante la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LA LEY 61/2003), en adelante LOUA, regulado en su artículo 34 (letra b) y en su Disposición Adicional Primera y posteriormente con el primer reglamento de desarrollo de la citada Ley (reglamento ejecutivo) aprobado por el Consejo de Gobierno Andaluz, Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística (LA LEY 6394/2010), en adelante RDUJA (que desplaza el Reglamento de Disciplina Urbanística Estatal aprobado por Real Decreto 2187/1978 de 23 de junio, LA LEY 1177/1978), normativa andaluza que positiviza nuevas soluciones, ampliando la situación legal de fuera de ordenación a los supuestos de «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 medida alguna de protección de la legalidad y de restablecimiento del orden infringido (D.A. 1.ª de la LOUA), añadiéndose dos supuestos más, con contenidos significativos por su origen: primero generalizando tal supuesto especial que preveía la D.A. 1.ª de la Ley para suelo no urbanizable a

## FICHA RESUMEN

**Autor:** Álvaro Cortés Moreno.

**Título:** El régimen jurídico de la situación legal de fuera de ordenación. La declaración en situación de asimilación a la de fuera de ordenación en el derecho urbanístico andaluz.

**Resumen:** Se pretende analizar de forma global e integral el régimen jurídico aplicable a la situación de fuera de ordenación de edificios y construcciones partiendo de su origen, desde la Ley de Suelo de 1956 hasta el actual Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008, y cómo el Derecho Urbanístico Andaluz ha ampliado el mismo incluyendo supuestos de nueva creación que amplían el denominado régimen de «congelación» urbanística.

cualquier clase de suelo y en segundo lugar los efectos generados por la aplicación del principio de equivalencia (artículo 51 del RDUJA), principio de nueva creación para dar salida a los supuestos de imposibilidad legal o material de ejecutar la resolución de reposición de la realidad física alterada de obras, instalaciones, construcciones y edificaciones, que contravengan la legalidad urbanística. A estos supuestos el RDUJA los califica como «situación de asimilación a la de fuera de ordenación» (artículo 53), como una especie de concepto más evolucionado e incomprensiblemente asimilado a una institución urbanística que tiene como fin último la eliminación de un elemento discordante, más si su objetivo, como veremos posteriormente, es la de una actitud tolerante en cierta medida (ya que permite la subsistencia de edificaciones o construcciones indebidamente ejecutadas), fundada en el cumplimiento por equivalencia respecto de infracciones urbanísticas en las que es imposible llegar a la reposición de la realidad física alterada una vez tramitado el expediente de restablecimiento del orden jurídico perturbado y que acarrea la restauración de la realidad al momento anterior de la irregularidad urbanística, si bien, como decimos, llegado tal momento (de vital trascendencia) es imposible ejecutarla.

Indicar que la utilización por parte del ejecutivo andaluz de esa nueva expresión de edificaciones, construcciones o instalaciones en situación de asimilación a la de fuera de ordenación no responde a una nueva figura: no se le puede atribuir al mismo ni la invención de una nueva figura jurídica ni el alumbramiento de algo novedoso, ya que ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 5 de diciembre de 1987, de 8 de noviembre de 1990, de 6 de febrero de 1991 y de 19 de mayo de 1992) la que acuñó la definición de «situación análoga a la de fuera de ordenación», respecto de obras ilegales en las que había transcurrido el plazo de prescripción de 4 años (actualmente es unánime la consideración de tal plazo como de caducidad) para la restauración de la legalidad urbanística infringida, la potestad urbanística de hacer cumplir con la legalidad urbanística, señalando

el Tribunal Supremo que «*si bien esas obras no pueden ser legalizadas, se deberá conceder licencia de primera ocupación de viviendas... ya que el transcurso del plazo para la restauración de la legalidad urbanística no legaliza las obras realizadas equiparándose el régimen jurídico de estas construcciones al de los edificios calificados como fuera de ordenación, no sería razonable que las obras nacidas en la ilegalidad fueran de mejor condición que las hechas de acuerdo con la ordenación urbanística y que después devienen, por alteración del planeamiento, contrarias a éste, pero si quedan en situación análoga a la de fuera de ordenación...*», argumentación del Tribunal Supremo que implica armonizar la permanencia y utilización de la edificación con la calificación del edificio como fuera de ordenación con la prohibición de obras que pudieran alargar artificialmente la vida de la edificación.

### II. LA SITUACIÓN LEGAL DE FUERA DE ORDENACIÓN EN LA NORMATIVA ESTATAL, DE LA LS DE 1956 AL TRLS DE 2008. FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Haciendo un repaso por la regulación de la institución de fuera de ordenación, debemos partir de que la Ley Estatal Urbanística del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 fundamentaba la eficacia de los Planes de Ordenación en su obligatoriedad y eficacia vinculante, exigiéndose que los actos tanto del uso del suelo como de nuevas construcciones se sujetaran y ajustasen a la ordenación aprobada. La LS 1956 introduce el concepto de fuera de ordenación en nuestra cultura urbanística, calificando como fuera de ordenación las edificaciones e instalaciones existentes con anterioridad a la vigencia del nuevo planeamiento así como las industrias ubicadas en zonas cuya calificación resultase disconforme con el Planeamiento. Con carácter excepcional se posibilita la realización de actividades y de obras en edificios aunque resulten contrarios con la normativa urbanística derivada del planeamiento general, con un tratamiento cuya regulación se contenía en el artículo 48: «1. Los edificios e instalaciones erigidos con anterioridad a la aprobación del Plan general o parcial, que resultaren disconformes con el mismo, serán calificados como *fuera de ordenación*. 2. No podrán realizarse en ellos obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación, pero sí las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, ornato y conservación del inmueble. 3. Sin embargo, en casos excepcionales podrán autorizarse obras parciales y circunstancias de consolidación cuando no estuviere prevista la expropiación o demolición de la finca en el plazo de quince años, a contar de la fecha en que se pretendiese realizarlas».

Su contenido fue trasladado en los mismos términos a los arts. 60 (LA LEY 611/1976) y 61 (LA LEY 611/1976) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976. Atendiendo a tales preceptos el

Tribunal Supremo ha declarado en reiteradas ocasiones que la razón de ser del precepto establecido en el art. 60 (LA LEY 611/1976) radica en la consagración del *desideratum* de que el edificio fuera de ordenación no prolongue su existencia más allá de lo que cabe pensar de él por el estado de sus elementos componentes antes de pensar en la posibilidad de acometer en el mismo determinadas obras. Todo ello debe armonizarse con el principio de que la desordenación de un edificio no implica *ipso facto* ni su inmediata desaparición ni su condena como bien económico y social, en cuanto el mismo debe seguir existiendo y prestando el servicio para el que fue erigido hasta que llegue el momento de su desaparición, bien por su consunción, bien por llevarse a efecto las previsiones urbanísticas.

El Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (LS92), regulaba los edificios fuera de ordenación en el artículo 137 (LA LEY 1921/1992), insertado en el Capítulo IV relativo a los efectos de la aprobación de los Planes, con un contenido en esencia similar a la regulación precedente aunque ampliando el concepto de fuera de ordenación ya que se consideraban aquellos edificios erigidos con anterioridad a la aprobación definitiva del planeamiento urbanístico y no sólo contrarios al Plan General o Plan Parcial. Respecto a las obras no permitidas se recogían las mismas que en la LS56 y 76 (consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación) introduciendo la salvedad de que el propio planeamiento lo permitiera, permitiendo una modulación o diferenciación de regímenes atendiendo a los diversos presupuestos que pueda darse, siendo supletoria la regulación legal del fuera de ordenación respecto de lo que la propia legislación urbanística pudiera disponer.

Tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/97, de 20 de marzo (LA LEY 9921/1997) sólo mantiene su vigencia el artículo 137.5 (LA LEY 1921/1992) de la LS92, precepto que mantiene su vigencia tras la Ley del Suelo 6/98, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones conforme a la disposición derogatoria única. La LS98 dispone en el artículo 2 (LA LEY 1489/1998) que las facultades urbanísticas del derecho de propiedad se ejercerán siempre dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en las leyes o, en virtud de ellas, por el planeamiento con arreglo a la clasificación urbanística de los predios, haciendo referencia a los edificios en situación de fuera de ordenación en relación a dos cuestiones: a) a la transmisión de fincas y deberes urbanísticos (así, los transmitentes de fincas deben hacer constar en las enajenaciones de las mismas la situación de fuera de ordenación del terrenos); y b) las indemnizaciones por alteración del Planeamiento Urbanístico, señalando que la situación de fuera de ordenación no dará lugar a indemnización salvo que la modificación o revisión del planeamiento se hubiere realizado antes de transcurrir los plazos previstos para la ejecución del ámbito en el que estuviere incluido la edificación o bien,



**transcurridos los plazos, no hubiese podido llevarse a cabo por causa imputable a la Administración.**

Como última evolución normativa nos encontramos con la Ley 8/2007 de 28 de mayo de Suelo, integrada dentro del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio), el cual es bastante parco en relación con el régimen jurídico de la situación legal de fuera de ordenación, haciendo referencia a la misma en tres ocasiones, si bien la última de las referencias lo hace indirectamente; así nos encontramos:

- El artículo 22 del TRLS 2008 en relación a los criterios generales a tener en cuenta en el régimen de las valoraciones, «la valoración de las edificaciones o construcciones tendrá en cuenta su antigüedad y su estado de conservación. Si han quedado incursas en la situación de fuera de ordenación, su valor se reducirá en proporción al tiempo transcurrido de su vida útil».
- El artículo 35 del TRLS 2008 relativo a los supuestos indemnizatorios en materia de ordenación del territorio y urbanismo señalando «Las situaciones de fuera de ordenación producidas por los cambios en la ordenación territorial o urbanística no serán indemnizables, sin perjuicio de que pueda serlo la imposibilidad de usar y disfrutar lícitamente de la construcción o edificación incurso en dicha situación durante su vida útil»<sup>2</sup>.
- La Disposición Transitoria Quinta del TRLS 2008, que indica: «Las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/1990, 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», al hacer referencia a edificaciones existentes disconformes con la ordenación urbanística vigente pero de las que ya no procede la adopción de medidas de protección de legalidad urbanística (plazo de caducidad de la acción o el derecho a reaccionar), nos está ilustrando indirectamente con edificaciones en la situación legal de fuera de ordenación atendiendo a la legislación urbanística autonómica (D.A. 1.ª de la LOUA y el RDUA).

**La situación de disconformidad del edificio o instalación preexistente no implica necesariamente el derribo de los edificios, ni la cesación de las actividades, sino más bien mantener el statu quo, que impide realizar obras que permitan alargar su vida útil**

Por tanto, y recopilando la regulación establecida en la legislación estatal supletoria (configurada por el

RD 1346/76), podemos señalar la situación de fuera de ordenación como **régimen jurídico estanco**, que resulta de una situación de disconformidad de los edificios o instalaciones existentes con éste. La situación de disconformidad del edificio o instalación preexistente no implica necesariamente el derribo de los edificios, ni la cesación de las actividades, sino más bien mantener el *statu quo*, que impide realizar obras que permitan alargar su vida útil. Según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, aunque las licencias deben otorgarse o denegarse de forma reglada según se ajuste o no a la ordenación urbanística, existen casos en que resulta viable la autorización de obras o licencias de usos que no se acomoden a lo estrictamente previsto en el Plan; con este tipo de licencias se viene a dar expresión al sentido esencial del Derecho administrativo que aspira siempre a armonizar las exigencias del interés público con las demandas del interés privado. Existen no obstante Comunidades Autónomas donde mediante su legislación urbanística han establecido un modelo más inflexible para tal situación; así, la Ley Balear ha endurecido el régimen de construcciones y edificaciones que se encuentren en situación de fuera de ordenación prohibiendo formalmente que los mismos puedan obtener la contratación de los servicios de suministro de energía eléctrica, agua, gas..., en pro de la más rápida liquidación de las mismas<sup>3</sup>. Indicar por último dos precisiones importantes: primero, que son susceptibles de declarar una edificación en situación de fuera de ordenación los instrumentos de Planeamiento General (Plan General, Norma Subsidiaria, etc.) así como los instrumentos de planeamiento de desarrollo como el Plan Parcial, y en determinados casos los Estudios de Detalle, siempre que se refieran a determinaciones incluidas dentro de sus posibilidades (no ocurre lo mismo con los Proyectos de Delimitación del Suelo Urbano, ya que no es un instrumento adecuado para declarar un edificio fuera de ordenación); y segundo, que no cabe la situación o consideración parcial, de parte del edificio, de fuera de ordenación (la situación ha de afectar a todo el inmueble y no a parte de él, siendo posible la realización de obras que lo adecuen a la nueva ordenación).

### III. LA SITUACIÓN LEGAL DE FUERA DE ORDENACIÓN EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA

La regulación de la institución de la situación de fuera de ordenación en la normativa urbanística andaluza la vamos a disociar atendiendo al contenido jurídico de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía y del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía.

#### A. EL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN EN LA LOUA

La situación legal de fuera de ordenación como institución urbanística viene configurada en la LOUA frag-

## El régimen jurídico de la situación legal de fuera de ordenación

↳ <http://practicaurbanistica.laley.es>

mentada en dos preceptos que no obstante forman un todo unitario: nos referimos a la causa que origina tal institución y el contenido de la misma, el artículo 34 de la Ley relativo a los efectos de la aprobación de los instrumentos de planeamiento y la Disposición Adicional Primera de la misma, bajo el título de «La situación legal de fuera de ordenación». Así, podemos destacar los siguientes aspectos:

Primero.—Partiendo del artículo 34 en su letra b) el mismo señala, como efecto que produce la aprobación de los instrumentos de planeamiento o en su caso la resolución que ponga fin al procedimiento de aprobación, 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.**».

Segundo.—Del precepto se desprende como consecuencia necesaria para concurrir el modelo de fuera de ordenación, que se den **tres circunstancias**: primero, la existencia de obra anterior amparada legítimamente en un plan (anterior); segundo, la aprobación de un nuevo instrumento de planeamiento; y tercero, la disconfor-



midad entre las obras o usos y el régimen de la nueva ordenación.

Tercero.—Una vez determinados los presupuestos de hecho para la concurrencia de la institución urbanística, el precepto establece dos elementos importantes a tener en cuenta para determinar el régimen aplicable de desordenación:

↳ *La existencia de dos niveles o grados 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*

A. La existencia de dos grados o niveles distintos de fuera de ordenación, uno que podemos denominar absoluto —al que se le aplica sin contemplaciones la situación legal de fuera de ordenación (según el régimen jurídico establecido en la D.A. 1.<sup>a</sup> de la LOUA)—, y otro relativo —o mejor dicho con matizaciones, ya que se le aplica el mismo régimen de situación legal de fuera de ordenación de la D.A. 1.<sup>a</sup> de la 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 claro está), obras que no se permiten en el que denominamos como fuera de ordenación absoluto. Estos dos niveles o grados presentan características parecidas a los denominados «edificios e instalaciones con volumen disconforme» de la legislación urbanística catalana con respecto a los edificios y construcciones en situación de fuera de ordenación, distinción que según el profesor LLISET BORELL, Francesc, «su diferencia radica, no obstante, en que las construcciones e instalaciones se consideran fuera de ordenación cuando en el nuevo plan quedan sujetas a expropiación, cesión obligatoria, derribo o cese de la actividad, mientras que las construcciones e instalaciones se consideran con volumen disconforme cuando las mismas no concurren las circunstancias extremas indicadas (...) se ha de aplicar la categoría específica de mera disconformidad con los parámetros imperativos del nuevo planeamiento, con un régimen jurídico mucho menos limitativo que el aplicable en los supuestos de fuera de ordenación»<sup>4</sup>.

La existencia de dos niveles o grados 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 de valor de la expropiación, y otro régimen más



benévolo dónde se permitirán obras circunstanciales (y parciales) de consolidación, y rehabilitación «mínima» y cambios de uso siempre de acuerdo con las condiciones básicas del nuevo planeamiento (que tampoco podrán incrementar su valor expropiatorio).

B. La remisión al instrumento de planeamiento a que realice la distinción de los niveles («deslegalización» del contenido del régimen jurídico de la situación legal de fuera de ordenación, ya que se opta por que sea el instrumento de planeamiento el que complete el régimen jurídico primario establecido por la Ley), añadiendo con una fórmula de carácter imperativo (tal supuesto debe regularlo expresamente el instrumento de planeamiento que se aprueba, norma de *ius cogens*), que opera además como presunción jurídica, y es que, en todo caso deberán identificar y declarar en la situación legal (absoluta) de fuera de ordenación las instalaciones, construcciones y edificaciones que ocupen suelo dotacional público o impidan la efectividad de su destino, los cuales son siempre incompatibles con la nueva ordenación. Cabe preguntarse: ¿Qué ocurre si el nuevo instrumento de planeamiento desoye tal norma imperativa? Creemos que sería aplicable por inferencia tácita o disconformidad tácita, por supuestos manifiestos y claros aun cuando el instrumento por olvido no lo indique, ya que la ocupación por edificaciones, construcciones e instalaciones existentes de suelo dotacional público siempre implica la desordenación de las mismas.

Cuarto.—La inicial regulación del artículo 34 de la LOUA se completa con su D.A. 1.<sup>a</sup>, la cual presenta tres partes diferenciadas: en primer lugar, reitera la consideración de situación legal de fuera de ordenación respecto de las construcciones o edificaciones e instalaciones, así como los usos y actividades existentes al tiempo de la aprobación de los instrumentos de planeamiento que resultaren disconformes con los mismos; en segundo lugar, se remite al instrumento de planeamiento para que defina el conjunto de derechos y obligaciones (modulando el régimen aplicable atendiendo a los dos niveles de incompatibilidad anteriormente indicadas), aplicables no sólo a las edificaciones, construcciones e instalaciones desordenadas por el nuevo planeamiento, también a los supuestos de obras clandestinas e ilegales (actuaciones de urbanización y subsiguiente edificación en las unidades resultantes ejecutadas de forma clandestina o ilegal), identificándolas sólo para las realizadas en suelo no urbanizable (**si bien el RDUa lo ha ampliado a las actuaciones clandestinas en cualquier clase de suelo al regular tal supuesto de forma genérica sin referencia al suelo no urbanizable en exclusividad**), respecto de las cuales no proceda la restauración del orden jurídico infringido por haber transcurrido el plazo establecido en el artículo 185.1 de la LOUA (de cuatros años desde la terminación / finalización de las obras); y en tercer lugar, establece **las limitaciones aplicables a la situación legal de fuera de ordenación en el caso de que el instrumento de planeamiento guarde silencio e incumpla su deber de complementar el régimen jurídico**

**aplicable**, estableciendo que en defecto de regulación expresa se aplicarán las siguientes reglas: a) Con carácter general sólo podrán realizarse las obras de reparación y conservación que exija la estricta conservación de la habitabilidad o la utilización conforme al destino establecido. Salvo las autorizadas con carácter excepcional conforme a la regla siguiente, cualesquiera otras obras serán ilegales y nunca podrán dar lugar a incremento del valor de las expropiaciones. b) Excepcionalmente podrán autorizarse obras parciales y circunstanciales de consolidación, cuando no estuviera prevista la expropiación o demolición, según proceda, en un plazo de cinco años, a partir de la fecha en que se pretenda realizarlas. Tampoco estas obras podrán dar lugar a incremento del valor de la expropiación.

Quinto.—La demolición del inmueble se convierte en la cláusula de cierre del modelo de situación legal de fuera de ordenación, a pesar del silencio de la LOUA al respecto, que condiciona la operatividad y eficacia como institución (**la eliminación del ordenamiento jurídico urbanístico de los elementos desordenados**), ya que al congelarse el derecho de conservación del inmueble (sólo se permiten las obras puntuales de conservación) se somete a un régimen restrictivo, evitándose obras de consolidación e incremento hasta la desaparición o extenuación de sus elementos estructurales atendiendo a la vida útil del inmueble, la cual va a ser mayor o menor atendiendo al grado o nivel de incompatibilidad que presente la construcción, edificación o instalación, o al plazo que se prevea para proceder a su expropiación. Tal equilibrio entre conservación y propiedad congelada se rompe con la ejecución de obras extraordinarias o incompatibles con el modelo de situación legal de fuera de ordenación lo que determina el estado de ruina y su eliminación mediante la declaración de ruina urbanística en los términos del artículo 183 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 1976, de aplicación supletoria en la Comunidad Autónoma Andaluza, ya que al fundirse las clásicas ruina técnica y económica en la declaración legal de ruina urbanística del artículo 157 de la LOUA, se genera un vacío normativo respecto de las edificaciones o construcciones que no llegan a alcanzar la ruina urbanística de tal precepto pero que tienen la condición de «desordenadas», lo que nos permitiría su eliminación mediante la aplicación de la ruina urbanística del TRLS de 1976.

## B. LA DECLARACIÓN EN SITUACIÓN DE «ASIMILACIÓN» A LA DE FUERA DE ORDENACIÓN DEL RDUa

Primero.—Los supuestos en los que procede la «declaración en situación de asimilación a la de fuera de ordenación» aparecen en el artículo 53 del RDUa, desarrollando el supuesto que contemplaba la D.A. 1.<sup>a</sup> de la LOUA respecto de obras clandestinas o ilegales, pero generalizándolo (la precitada D.A. 1.<sup>a</sup> sólo hacía referencia al suelo no urbanizable), e introduciendo un



nuevo supuesto que amplía el acervo material y jurídico del inicial estatuto o modelo de fuera de ordenación (si bien con el calificativo de asimilable) a los supuestos donde resulta de aplicación el «CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENCIA», lo que de inicio y con tal denominación resulta contradictoria su regulación e inclusión en la situación asimilable de fuera de ordenación cuando su objeto es la de dar una alternativa a la reposición de la realidad física alterada con el fin de dar una salida cercana a la legalización de las mismas (véase que el Reglamento de Disciplina Urbanística Andaluz, prevé la aplicación de dos principios que pretenden en cierta medida «legalizar» determinadas situaciones, en unos casos por aplicación del principio de proporcionalidad ante modificaciones no sustanciales y en otros por aplicación del principio de equivalencia como forma de solventar aquellas irregularidades en las que intentada su revocación resulta material o jurídicamente imposible llevarla a efecto). Veamos los supuestos detenidamente.

El primer caso se regula en el apartado primero del artículo 53 del RDU: «Los actos de uso del suelo, y en particular las obras, instalaciones, construcciones y edificaciones realizadas con infracción de la normativa urbanística, respecto de los cuales ya no se puedan adoptar medidas de protección y restauración de la legalidad por haber transcurrido el plazo citado en el artículo 185.1 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, quedarán asimilados al régimen de fuera de ordenación previsto en la Disposición adicional primera de la citada Ley 7/2002, de 17 de diciembre». La referencia al artículo 185.1 de la LOUA se hace con relación a determinar la posibilidad o no de adoptar medidas de protección de la legalidad urbanística con el objetivo de proceder en el caso de que las obras no sean legalizables (o el propietario infractor se niegue a instar su legalización) a la reposición de la realidad física alterada, señalando: «Plazo para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística. Las medidas, cautelares o definitivas, de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado previstas en este capítulo sólo podrán adoptarse válidamente mientras los actos estén en

curso de ejecución, realización o desarrollo y dentro de los cuatro años siguientes a su completa terminación».

Tal primer supuesto no requiere realizar ninguna precisión adicional salvo la ya indicada de que tiene su origen en el apartado segundo de la D.A. 1.ª de la LOUA, y que su denominación procede de la terminología acuñada por el Tribunal Supremo para estos casos.

Respecto al segundo de los supuestos, regulado en el apartado segundo del artículo 53 del RDU, sí cabe hacer una mayor reflexión. Así, el mismo advierte que «en idéntica situación quedarán, 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», aplicable como indica el precepto a los supuestos que regula el precitado Reglamento y en los que concurren un impedimento material o legal para reponer lo indebidamente ejecutado, que no es otro que el supuesto de hecho concretado en el artículo 51 del RDU denominado «CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENCIA», **diabólica denominación para intentar enmendar la existencia de una irregularidad urbanística cuya reposición física no se puede ejecutar totalmente (por obstáculos insalvables que no pueden concurrir cuando exista cosa juzgada por haber recaído resolución judicial firme)**. Según el precepto mencionado el principio de cumplimiento por equivalencia se dirige a un concreto resultado «el órgano competente para su ejecución adoptará las medidas necesarias que aseguren en lo posible la efectividad del restablecimiento del orden jurídico perturbado», señalando a continuación «... valorarán la imposibilidad material o legal y fijarán, en su caso, 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». Insistiendo en la idea, la finalidad teleológica del citado precepto (artículo 51) es adoptar las medidas adecuadas y necesarias que aseguren en lo posible la efectividad del restablecimiento del orden jurídico perturbado, previendo ante la imposibilidad de llevar a efecto en su totalidad, una indemnización que supone el cumplimiento por equivalencia (la equivalencia entre la indemnización establecida y el aprovechamiento urbanístico indebidamente materializado) con independencia de la sanción urbanística correspondiente, que no es cumplimiento como tal, ya que subsiste la edificación o construcción indebidamente realizada (al menos parcialmente). Se aleja del supuesto previsto en el apartado primero del artículo 53 que se dan en los casos en los que no se puede reaccionar ante la ejecución de obras ilegales por la caducidad del plazo de 4 años para proteger la legalidad urbanística conculcada, ya que el cumplimiento por equivalencia parte de la tramitación del procedimiento de restauración de la legalidad urbanística que da como resolución del mis-



mo la necesidad de reponer la realidad física alterada, y más próximo, en una interpretación extrema, al supuesto excepcional de aplicación del principio de proporcionalidad, que si bien atiende a supuestos distintos y no de tanta gravedad como el caso que nos ocupa (ya que sólo procede en disconformidades no sustanciales con la ordenación urbanística aplicable), sí presenta consecuencias próximas en cuanto a sus efectos, ya que en el caso del principio de proporcionalidad también resulta de imposible o muy difícil su reposición, concretamente el artículo 48.4 del RDUa indica: «*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*», previendo igualmente una indemnización sustitutoria al aprovechamiento urbanístico materializado sin título.

Segundo.—Por tanto nos encontramos con dos supuestos, los de los apartados 1 y 2 del artículo 53 que determinan la pervivencia de edificaciones o construcciones que provienen de irregularidades urbanísticas, cuya realidad física condiciona a la administración garante para reponer lo indebidamente realizado, en primer lugar por imposibilidad de reaccionar por el transcurso del plazo legal establecido para ordenar su demolición, y en segundo lugar por concurrir circunstancias sobrevenidas que imposibilitan la total reposición de lo irregularmente realizado aún cuando la potestad de restablecimiento del orden jurídico y reposición de la realidad física alterada se ha llevado a cabo en debido tiempo, condicionando sus efectos al modelo de situación asimilable a la situación legal de fuera de ordenación, cuyo fin último sería la desaparición de esos elementos discordantes por consumación de sus elementos estructurales, aplicándoles a las edificaciones y construcciones que se encuentren en tal situación un régimen más flexible en relación a la situación de fuera de ordenación, la que hemos denominado cuando hemos visto los supuestos que define el artículo 34 letra b de la LOUA como parcialmente incompatibles, ya que el artículo 53 del RDUa permite realizar incluso obras parciales y circunstanciales de consolidación, lo que resulta contradictorio con la causa que ha dado lugar a la situación «análoga» al de fuera de ordenación (y en cierta medida un premio para el infractor) ya que procede de una irregularidad urbanística.

Tercero.—El RDUa contempla la necesidad de una declaración que manifieste la situación de asimilación a la de fuera de ordenación, y podrá incluirse en la misma resolución en la que se declare la imposibilidad de instar la restauración de la legalidad urbanística por el transcurso del plazo de 4 años, o cuando se acuerde el cumplimiento por equivalencia en caso de imposibilidad legal o material de ejecución de la resolución en sus propios términos, o bien realizarse de forma independiente (siendo competencia del Alcalde en los Municipios de régimen común y de la Junta de Gobierno Local en los

Municipios del Título X de la Ley de Bases de Régimen Local, Ley 7/1985 de 2 de abril, LA LEY 847/1985), en la que se deberá indicar el régimen jurídico aplicable y las circunstancias que han motivado tal declaración, lo que nos da una curiosidad más, ya que tal declaración se acordará sin perjuicio de los que pudiera establecer los instrumentos de planeamiento general respecto del desarrollo, ordenación (¿se refiere quizás a la posibilidad de una futura legalización por innovación del instrumento de planeamiento?) y destino de las construcciones, edificaciones e instalaciones afectadas por la declaración, permitiendo que el régimen jurídico sea concretado mediante acto administrativo de declaración de situación asimilable al fuera de ordenación, **por lo que se ha pasado de una «deslegalización» del régimen jurídico de fuera de ordenación a una «desreglamentación», al permitir que sea un acto administrativo el que concrete el régimen jurídico de fuera de ordenación que debe contener el instrumento de planeamiento general.**

Se ha pasado de una «deslegalización» del régimen jurídico de fuera de ordenación a una «desreglamentación», al permitir que sea un acto administrativo el que concrete el régimen jurídico de fuera de ordenación que debe contener el instrumento de planeamiento general

En la mencionada declaración deberá indicarse de forma expresa que «sólo podrán realizarse las obras de reparación y conservación que exija la estricta conservación de la habitabilidad o la utilización conforme al destino establecido. Excepcionalmente podrán autorizarse obras parciales y circunstanciales de consolidación, cuando no estuviera prevista la expropiación o demolición, según proceda, en un plazo de cinco años, a partir de la fecha en que se pretenda realizarlas», extraña el silencio respecto de que tanto las obras de conservación como las circunstanciales y parciales no incrementarán el valor de la expropiación. Tal olvido o descuido, creo que es irrelevante al ser de aplicación la Disposición Adicional Primera como se encarga de recordar el apartado primero del artículo 53.

Cuarto.—Se completa el régimen jurídico de la declaración de situación asimilable al fuera de ordenación con dos postulados de carácter positivo, los apartados 5 y 6 de artículo 53:

- Podrán concederse licencias siempre que el uso pretendido para la edificación o construcción sea conforme con el ordenamiento urbanístico vigente en el momento de su solicitud. Tales licencias describirán la situación de asimilación a la de fuera de ordenación por el transcurso del plazo previsto para adoptar medidas de protección o



restauración de la legalidad urbanística o por imposibilidad legal o material de ejecución en sus propios términos de la resolución de un procedimiento para la protección de la legalidad urbanística, y precisarán el régimen jurídico aplicable a las mismas, otorgándose bajo la condición de su constancia en el Registro de la Propiedad en la forma y a los efectos previstos en la legislación correspondiente. En el caso de imposibilidad material o legal de ejecución, tales licencias sólo serán otorgadas en el caso de que la indemnización por equivalencia que se hubiere fijado hubiese sido íntegramente satisfecha.

- Con la finalidad de reducir el impacto negativo de esas obras, instalaciones, construcciones y edificaciones, la Administración actuante podrá ordenar la ejecución de las obras que resulten necesarias para no perturbar la seguridad, salubridad y el ornato o paisaje del entorno. **Evidentemente este último precepto debe interpretarse en el sentido limitador y restrictivo de las obras de reparación que puedan ser incompatibles con el modelo de situación legal de fuera de ordenación.**

## IV. CONCLUSIÓN

El modelo clásico de situación legal de fuera de ordenación configurado en la legislación estatal en materia de suelo y que se ha venido configurando de naturaleza supletoria respecto de la legislación urbanística de cada Comunidad Autónoma (atendiendo a la STC 61/1997 y la resurrección del TRLS de 1976), se ha desarrollado concretamente en legislación urbanística andaluza en su Ley 7/2002 de 17 de diciembre de Ordenación Urbanística de Andalucía (LA LEY 61/2003), deslegalizando el régimen jurídico básico que establece la ley mediante la concreción y complemento que deben realizar los instrumentos de planeamiento, y evolucionando hacia otros supuestos, considerados como sucedáneos (alternativas a la realidad física sobre la que en muchas ocasiones no se puede actuar en aras de restablecer el principio de legalidad urbanística), **y que han culminado en un mo-**

**delo análogo al clásico de situación legal de fuera de ordenación, en este caso «desreglamentado»**, ya que su régimen jurídico y condiciones se han de concretar/completar mediante acto administrativo. Por consiguiente nos encontramos con los siguientes supuestos de fuera de ordenación en el Derecho Urbanístico Andaluz:

- El modelo clásico de situación legal de fuera de ordenación respecto de las construcciones o edificaciones e instalaciones, así como los usos y actividades existentes al tiempo de la aprobación de los instrumentos de planeamiento que resultaren disconformes con los mismos, distinguiéndose dos niveles o grados, atendiendo a si tal disconformidad es absoluta o parcial (artículo 34 y D.A. 1.ª de la LOUA).
- Las procedentes de obras clandestinas e ilegales (artículo 53.1 del RDU y D.A. 1.ª de la LOUA) respecto de las cuales no proceda la restauración del orden jurídico infringido por haber transcurrido el plazo establecido en el artículo 185.1 de la LOUA (de cuatro años desde la terminación/finalización de las obras), a las que el RDU las declara en «situación de asimilación a la de fuera de ordenación» como modelo añadido al clásico ya indicado y que fue introducido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.
- Y en último lugar tenemos el modelo de situación de fuera de ordenación por infracción urbanística de difícil reposición o restauración de la realidad alterada (artículo 53.2 del RDU), sucedáneo del anterior pero con la diferencia de que siendo «activa» la posibilidad de intervenir en lo indebidamente ejecutado e intentada la reposición de la realidad física alterada, ésta es física o jurídicamente imposible, concediéndole al infractor la consideración de edificación o construcción semi-desordenada urbanísticamente (mediante un cumplimiento por equivalencia indemnizatoria) ya que el artículo 53.6 del RDU permite obras que resulten necesarias para no perturbar la seguridad, salubridad y el ornato o paisaje del entorno, por tanto un régimen más flexible al modelo clásico.

## NOTAS

- 1 CUERNO LLATA, José Ramón, «Algunos aspectos del régimen de fueran de ordenación en la Ley de Ordenación Territorial y régimen urbanístico de Cantabria», LA LEY 3652/2006, *Práctica Urbanística* n.º 54, noviembre 2006.
- 2 Según MERELO ABELA, J. M., «sólo podrá determinarse el alcance de la lesión patrimonial si previamente se conoce qué contenido urbanístico se ha patrimonializado al tiempo de la alteración del planeamiento. La situación de fuera de ordenación en que quede el aprovechamiento ya materializado (la propia edificación) no es indemnizable».
- 3 Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, El Consultor de los Ayuntamientos (LA LEY), 2008.
- 4 Francesc LLISSET BORELL, «Concepto y régimen de los edificios y usos disconformes con el planeamiento en la legislación urbanística catalana», LA LEY 17103/2008, *El Consultor de los Ayuntamientos* n.º 9, Quincena del 15-29 de mayo de 2008.