

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

José LLAMAS INIESTA

Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Benalauría (Málaga)

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

SUMARIO:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷ GUTIÉRREZ COLOMINA, VENANCIO. *Op cit.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰Artículo 51.1 B)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁰ *Ibidem*. Pág. 35.

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

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

La clasificación sería la siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²³ *Ibidem*. Págs. 13-18.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. CONCLUSIONES.

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

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

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

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