

LA ERRÁTICA ESTRATEGIA URBANÍSTICA EN ANDALUCÍA. A PROPÓSITO DE LAS LEYES DICTADAS EN 2018.

1

Salvador M^a Martín Valdivia
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Jaén

SUMARIO: 1.- De la perentoriedad de un cuerpo uniforme de normativa urbanística y de vivienda en Andalucía. Los ensayos reiterados por tapar fisuras a estímulos. 2.- Nuevas medidas en política de vivienda: los derechos de tanteo y retracto en desahucios de viviendas en Andalucía. Entre la necesidad y la legalidad. 2.1.- La propuesta de regulación de los derechos de tanteo y retracto en situaciones de desahucio en la Ley 1/2018, de 26 de abril. 2.2.- Los derechos de tanteo y retracto en favor de la Administración en desahucios de vivienda. La propuesta legislativa: a.- El ejercicio de derechos de adquisición preferente por las administraciones; b.- La adopción de medidas de promoción del mercado inmobiliario; c.- Los derechos de adquisición preferente, derechos civiles. La regulación autonómica y su tratamiento constitucional. Algunas precisiones. 3.- La enésima modificación del régimen legal de edificaciones ilegales en el SNU en Andalucía. El bucle interminable de una historia sin final. 3.1.- El enquistamiento del problema de las construcciones ilegales en el suelo no urbanizable. 3.2.- Las sucesivas propuestas normativas. 3.3.- A modo de conclusión.

RESUMEN: En Andalucía se han promulgado dos leyes en 2018 que afectan al urbanismo y al derecho a la vivienda. Una, para dar otro giro a la política de autorizaciones de edificaciones ilegales en suelo rústico, la enésima, ahora para legalizar edificaciones en asentamientos urbanísticos en esa clase de suelo. Una nueva compostura para encubrir la insuficiencia de las anteriores propuestas. La segunda, dictada en apoyo de las personas afectadas por ejecuciones hipotecarias, sobre cuyas viviendas se habilita un especial modo de ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en favor de las administraciones. Una nueva propuesta bienintencionada, pero posiblemente más cosmética que eficaz. Se hace necesaria una amplia revisión o refundición de textos que ayuden a hacer más eficaz, segura y entendible la política de suelo y vivienda en Andalucía.

ABSTRACT: Two Acts have been promulgated in Andalusia during 2018 affecting urbanism and the right to housing. The first one in order to overturn the policy of authorisations of illegal buildings on rural land, the umpteenth, legalizing those located in urban settlements existing on that kind of soil. A new patch to cover the insufficiency of previous proposals. The second one, issued in support of people affected by foreclosures, gives the Administrations a special way of exercising their rights of first refusal and pre-emption. A new well-intentioned proposal, but possibly more cosmetic than effective. It is necessary a wide review or recasting of legal regulations that make possible a more effective, safer and understandable land and housing policy in Andalusia.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la vivienda. Derechos de tanteo y retracto. Ejecuciones hipotecarias. Legalización de edificaciones en suelo rustico. Asentamientos urbanísticos

KEYWORDS: Right to housing. First refusal and pre-emption rights. Foreclosures. Legalization of buildings on rural land.

¹ Este artículo se enmarca en mi labor de investigador en el Proyecto SEJ 317 de la Junta de Andalucía “El Derecho Público ante la crisis económica e institucional”.

1.- De la perentoriedad de un cuerpo uniforme de normativa urbanística y de vivienda en Andalucía. Los ensayos reiterados por tapar fisuras a estímulos.

En Andalucía se cuenta con un muy veterano cuerpo legislativo urbanístico, que arranca en 2002 con la promulgación de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (Ley 7/2002, de 17 de diciembre, en adelante LOUA²) y la reguladora del derecho a la vivienda, ordenado por vez primera en la Ley 1/2010, de 8 de marzo. Ambas han necesitado de sucesivas reformas que han venido respondiendo a la singularidad de esos mercados, cuya volatilidad ha venido condicionada por los distintos avatares socioeconómicos acaecidos en el panorama mundial, fundamentalmente por los vaivenes del mercado inmobiliario y por la incidencia que en él ha tenido la crisis económica de 2008 y sus derivaciones en el mundo inmobiliario e hipotecario.

La LOUA en concreto ha precisado de hasta 10 adaptaciones. La penúltima tuvo lugar en un aspecto relacionado con el asunto que ahora nos ocupa y que vio la luz como consecuencia de la Ley 6/2016, de 1 de agosto, por la que se modifica la LOUA “*para incorporar medidas urgentes en relación con las edificaciones construidas sobre parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable*” («B.O.J.A.» 5 agosto), con vigencia desde el día 6 agosto 2016³. Conocer su contenido actual y sus vigencias sucesivas sólo es posible gracias a los portales jurídicos de Internet, dada la constante versatilidad de sus textos. Leyes que modifican leyes que resuelven aspectos muy concretos de regulaciones dejadas a medias en sus precedentes y que terminan por conferir un escenario ciertamente enmarañado y deslavazado, hacen del estudio y de la aplicación de estas normas un empeño en ocasiones complicado y siempre inseguro. El último exponente - que ahora nos ocupa- lo constituye la Ley 2/2018, de 26 de abril, relativa a modificación de la Ley 6/2016, de 1 de agosto, por la que se modifica la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, “*para incorporar medidas urgentes en relación con las edificaciones construidas sobre parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable*”.

² No conferiremos tal carácter de norma promotora del derecho urbanístico de Andalucía a la paradójica Ley 1/1997, de 18 de junio, “*por la que se adoptan con carácter urgente y transitorio disposiciones en materia de régimen de suelo y ordenación urbana*”, norma de artículo único que se limitaba a conferir vigencia en Andalucía a todos aquellos preceptos del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 que fueron anulados por la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, para evitar dejar huérfana de regulación legal a nuestra comunidad autónoma a la vista del contenido anulatorio de casi tres cuartas partes de aquella norma estatal, en virtud de la técnica del reenvío recepticio.

³ Aunque la más importante sin duda fue la Ley 13/2005, 11 noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo («B.O.J.A.» 21 noviembre), con vigencia desde el día 11 diciembre 2005.

En lo que comprende al derecho a la vivienda, la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, nació como reacción natural a los problemas derivados de las urgencias provocadas por la crisis económica mundial y sus ramificaciones inmobiliarias y, sobre todo, hipotecarias⁴. Siendo relativamente más reciente que la urbanística, también ha necesitado de reformas puntuales para ir adaptándola a las urgencias del momento. Hasta ahora, cinco modificaciones son las que ha precisado. La última, la comprendida por la norma que hoy centra nuestra atención, la Ley 1/2018, de 26 de abril, *por la que se establece el derecho de tanteo y retracto en desahucios de viviendas en Andalucía*, mediante la modificación de la Ley 1/2010, y que modifica a su vez la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y el suelo.

Ambas son paradigma de las urgencias legislativas que se suceden a la vista de la insuficiencia en las medidas adoptadas por sus predecesoras. La parquedad de las propuestas legislativas precedentes, su evidente insuficiencia, da lugar a la forzosa sucesión de retoques en forma de parches encadenados que ofrecen un panorama ciertamente difuso e inseguro en la aplicabilidad de las normas. Las ayudas a las personas en situación de vulnerabilidad social tal vez se resolvieran con mayor eficacia y solvencia si en Andalucía se hubiera puesto especial hincapié en la tarea de conformar, mantener y desarrollar un parque público de vivienda que hubiera seguido la pauta marcada por las cíclicas normativas en materia de patrimonios públicos de suelo. Aquellas propuestas han venido siendo sistemáticamente denostadas por las políticas urbanísticas localistas, pacatas y oportunistas de la Junta de Andalucía pero, sobre todo, de tantos municipios andaluces (justo es reconocer que no sólo, pues es un mal endémico a nivel nacional), que tan reacias se han manifestado a poner por obra las determinaciones normativas de las continuas normas urbanísticas españolas que abordaron el tema ya desde el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1955 en adelante.

Por ello, ahora las buenas intenciones demostradas por el legislador andaluz en la regulación de los derechos de tanteo y retracto parecen demasiado fútiles para abarcar un problema tan grueso como el de la insuficiencia y/o mala gestión del parque público de viviendas en nuestra comunidad autónoma.

⁴ No es ni mucho menos el primer intento andaluz por atajar estos problemas. El 11 de abril de 2013 el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA) publicó el Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas

Por otro lado, la regulación del suelo no urbanizable en Andalucía merecería un estudio más sosegado que diera lugar a una propuesta definitiva que, tal vez, pasaría por un cambio en el modelo de gestión del suelo rústico que se está echando en falta desde hace mucho tiempo. El anteproyecto de Ley de urbanismo sostenible de Andalucía (preparado por la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, de fecha 30/11/2017 y sometido a información pública) parece que abogaba por ese compendio regulatorio, aunque no advertía novedad alguna en los modelos de gestión.

Las propuestas normativas son sin duda indulgentes con los problemas advertidos, aun cuando pudiera ser que insuficientes. Son las que a continuación abordamos.

2.- Nuevas medidas en política de vivienda: los derechos de tanteo y retracto en desahucios de viviendas en Andalucía. Entre la necesidad y la legalidad.

para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, norma que entró en vigor al día siguiente de su publicación. Se justificaba en la necesidad de una reacción del ordenamiento jurídico con carácter de urgencia ante la situación adversa actual que a su juicio suponía el incumplimiento de la función social de la vivienda consagrada en el artículo 47 de la Constitución Española. Eran dos las pretensiones fundamentales en que se vertebraba: de un lado, el desarrollo de ciertas medidas sobre la vivienda deshabitada mediante la modificación de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía y, en segundo término, la regulación de un procedimiento de expropiación temporal del uso de viviendas objeto de procesos de ejecución hipotecaria iniciados a instancias de ciertas personas jurídicas. Este Decreto-ley fue objeto de mi comentario “*El decreto-ley andaluz de vivienda 6/2013, ¿Romanticismo, propaganda o función social legítima?*” Salvador María Martín Valdivia. Revista de urbanismo y edificación, Nº. 28, 2013, págs. 67-98.

Esa norma fue recurrida ante el Tribunal Constitucional que la anuló parcialmente [TC 93/2015, de 14 de mayo, que resolvió el recurso nº 4286/2013 dirigido contra el Decreto-Ley 6/2013, anulando los artículos 1.3 primer inciso, 25.5 y 6 y 53.1.a) de la Ley 1/2010 de 8 marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, en la redacción dada por aquél y la Disposición Adicional 2ª de este último]. Esa sentencia también fue objeto de análisis en mi artículo “*Derecho de propiedad y política de vivienda: límites constitucionales (comentario a la STC de 14 mayo de 2015)*” (RUyE nº 34). Además es preciso también traer a colación el hecho de que con fecha 12 de abril de 2018 se dicta la Sentencia 32/2018 en el recurso de inconstitucionalidad nº 7357/2013 promovida por el Presidente del Gobierno contra el artículo 1 de la Ley 4/2013 de 1 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, donde se mantiene ahora la declaración de inconstitucionalidad de la Disposición adicional primera de la ley 4/2013 (con el mismo texto que la disposición adicional segunda de aquel Decreto-ley 6/2013), aun cuando rechaza la inconstitucionalidad del resto de los preceptos impugnados, con la única reserva –que se me antoja meramente formal- relativa a las competencias para definir el contenido esencial del derecho de propiedad [sentencia objeto de mi comentario “*Cosmética constitucional del derecho de propiedad de la vivienda en Navarra, Andalucía y Canarias. a propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional de 22 de febrero (Navarra) 12 de abril (Andalucía) de 2018 y 26 de abril (Canarias)*”, en el nº 42 de esta Revista].

2.1.- La propuesta de regulación de los derechos de tanteo y retracto en situaciones de desahucio en la Ley 1/2018, de 26 de abril.

En Andalucía se están publicitando importantes esfuerzos en hacer efectivo el derecho a la vivienda en estos últimos años. La crisis económica mundial ha hecho mella en los más necesitados, esculpiendo una de sus muchas aristas –de las más ásperas- en la ablación radical del acceso a ese derecho a las capas más desfavorecidas de la sociedad. La crisis económica mundial, la inmobiliaria y su derivación hipotecaria, los subsiguientes procedimientos de ejecución de hipotecas que han dado lugar a desahucios con resultados salvajes, el contexto de precariedad en el que se hallan muchísimas familias en nuestra comunidad autónoma, han estimulado al legislador andaluz y a las distintas administraciones encargadas de dar efectividad a aquel derecho a porfiar porque las consecuencias de aquella crisis no terminen por ensañarse en las familias modestas. Y como hemos dicho, el legislador andaluz, desde 2010, ha venido esforzándose en garantizar de alguna forma ese derecho.

En efecto, se promulgó en su momento la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía, y después la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda. Sin embargo, esa tarea no resultó del todo eficaz, o en cualquier caso parece exigua para alcanzar los fines perseguidos. La realidad del mercado inmobiliario superaba las previsiones del legislador por momentos. Aquellas medidas iniciales se han revelado escasas⁵. En la actualidad se advierten nuevas necesidades que requieren un renovado impulso legislativo que permita adecuar el bloque de legalidad vigente a las exigencias que la coyuntura

⁵ La puesta en práctica de las medidas de los sucesivos Planes Andaluces de Vivienda así lo certifican. El Decreto 141/2016, de 2 de agosto, por el que se regula el Plan de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía 2016-2020 no ha servido para paliar estas circunstancias especialmente delicadas, pues prácticamente se limita (artículo 12) a concebir un sistema de servicio de atención a la ciudadanía para proporcionar la información y asesoramiento en favor de personas incurso en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria de su vivienda habitual y permanente, que incluye la labor de intermediación con las entidades financieras y protección tras la pérdida de la vivienda. Asimismo, proporcionará información o asesoramiento por incapacidad para hacer frente al pago de las rentas por arrendamiento de la vivienda habitual y permanente. Pero no aborda actuaciones concretas de realojo, por lo que las previsiones de la Ley 1/2018 quedan en cierto modo congeladas a la espera de desarrollo reglamentario. La lectura del nuevo artículo 72.2 de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía conforme ahora queda redactado así parece indicarlo.

presente muestra, en la búsqueda de las condiciones idóneas de protección del derecho a una vivienda digna.

La Ley Estatal 1/2013, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, supuso la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentran en una situación de especial riesgo de exclusión, plazo que fue ampliado por idéntico tiempo mediante la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

En Andalucía se porfía por garantizar los derechos de los más necesitados y para ello se dicta la Ley 1/2018, de 26 de abril, *por la que se establece el derecho de tanteo y retracto en desahucios de viviendas en Andalucía, mediante la modificación de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía, y se modifica la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y el suelo*. Respecto de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, la modificación atiende a la responsabilidad de los poderes públicos de adoptar medidas que mitiguen las consecuencias desfavorables del actual escenario de ejecuciones hipotecarias para los grupos sociales más desfavorecidos. Para ello, se decide a conferir nueva regulación al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración de la Junta de Andalucía para adquirir viviendas procedentes de procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria o dación en pago. El objetivo declarado es, según se dice en la exposición de motivos, proceder a su alquiler social, previa la adjudicación de las viviendas procedentes del ejercicio de estos derechos conforme a lo establecido en el Reglamento Regulador de los Registros Públicos Municipales de Demandantes de Vivienda Protegida, intentando incrementar así el parque de viviendas vinculado a políticas sociales. Está por ver, no obstante, el alcance práctico de esas medidas.

Para ello, se deriva al Plan Autonómico de Vivienda la fijación de los supuestos de aplicación de esos derechos a determinadas transmisiones de viviendas, atendiendo a su tipología y a las condiciones socioeconómicas de las personas titulares de las que sean objeto de ejecución hipotecaria o de la dación en pago en condiciones socioeconómicas de especial vulnerabilidad.

Ya desde la propia formulación de la exposición de motivos se advierte de la efectiva posibilidad de que esta regulación de los derechos de tanteo y retracto pudiera invadir el ámbito competencial reservado al Estado en materia derechos civiles, por lo que intuyendo esa situación de riesgo se aventura a justificar que la nueva regulación resulta *“respetuosa con la competencia exclusiva del Estado en materia procesal, puesto que se ejerce después de la adjudicación o después del lanzamiento de las personas ocupantes en caso de que este último sea necesario”* . Afirmación que, desde luego, merece un mayor rigor en el análisis, dada la secular tendencia constitucional recortar esas regulaciones autonómicas cuando de derechos civiles se trata.

Por último, en esta ley de urgencia se aborda la normativa reguladora de la gestión e intermediación inmobiliaria, en defensa de los consumidores antes de llegar a la transacción inmobiliaria notarial y registral. Se modifica por tanto la Ley 1/2010, de 8 de marzo, de forma que exista un control administrativo sobre agentes inmobiliarios y sociedades que actúan en este ámbito para garantizar la calidad del servicio, exigiéndose la inscripción en un registro público, y exigiendo determinados controles administrativos a su ejercicio, incluido el régimen sancionador.

2.2.- Los derechos de tanteo y retracto en favor de la Administración en desahucios de vivienda. La propuesta legislativa.

La presión mediática creada en los años severos de la crisis en torno a la difícil situación en la que quedaban las personas afectadas por procesos de ejecución ha obligado a todos los operadores (jurídicos, sociales, políticos, ...) a tomar posición en torno a la cuestión. La indagación de remedios se ha constituido como asignatura acuciante para todos. La potencia de las imágenes con las que los medios de comunicación bombardeaban a la sociedad española era demasiado recia como para no provocar estas naturales reacciones. El legislador andaluz no quedaba al margen. Las primeras medidas como las referidas en el epígrafe anterior, no son suficientes. De forma postrera, ciertamente, aparece ahora la Ley 1/2018. En ella se comprenden determinaciones que aspiran a abarcar la situación y proponer salidas. En concreto:

a.- El ejercicio de derechos de adquisición preferente por las administraciones:

El nuevo artículo 72 atribuye a la Consejería competente en materia de vivienda el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en los supuestos de adquisiciones de viviendas con ocasión de una dación en pago de deuda con garantía hipotecaria, en virtud de la cual el deudor hipotecario quede liberado de la deuda con la entrega de la vivienda dada en garantía. También le encomienda el ejercicio del derecho de retracto en las transmisiones de viviendas derivadas de un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria⁶.

Como arriba hemos referido, tal vez el problema práctico lo constituye la rigidez de los requisitos para que tal derecho puedan ejercitarse:

-El primero, el hecho de que, conforme en el propio texto legal se propone, aquellas viviendas sobre las que se pudieran ejercitar los derechos de tanteo y retracto habrán de estar incluidas, como requisito esencial para la procedencia de los citados derechos, en los supuestos de aplicación delimitados a tal fin en el Plan Andaluz de Vivienda y Suelo, conforme dispone el artículo 79 de la presente Ley.

-El segundo, que sólo podrán ejercitarse estos derechos de adquisición preferente en aquellos supuestos en los que tras la transmisión de la vivienda, ésta quede totalmente libre del préstamo hipotecario o de cualquier otra deuda de la que responda la vivienda con la entidad que realiza la ejecución o la dación en pago, es decir, queden libres de cargas y gravámenes para su posterior adjudicación en los términos previstos al nuevo adquirente, que no deberá bajo ningún concepto asumir las rémoras derivadas de aquellas ejecuciones, como por otra parte no puede ser de otra manera .

⁶ Quedan excluidos expresamente los supuestos de transmisiones posteriores de esos inmuebles para no interferir en el tráfico inmobiliario. Asimismo, se excluye el ejercicio de dichos derechos durante la vigencia de la suspensión de lanzamiento establecida en la Ley Estatal 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, compatibilizando así las propuestas con las del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto establecidas por el Estado en el ejercicio de sus competencias derivadas del artículo 149.1.11.^a y 13.^a de la Constitución. Hasta tal punto que la propia ley establece el carácter subsidiario de estas medidas respecto de las que puedan adoptar otras administraciones en aplicación de esa legislación a la que se somete. De ese modo, el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto regulados en la ley andaluza podrá recaer sobre cualquier vivienda, siendo compatible con otros derechos de adquisición preferente establecidos en la legislación vigente al servicio de las políticas de vivienda. En caso de concurrencia de otros derechos de adquisición preferente de carácter legal, el ejercicio de los mismos por otras Administraciones o personas excluirá la aplicación de los derechos regulados en esta ley andaluza.

- el tercero, y tal vez más importante, la exigencia de que su ejercicio queda limitado por las disponibilidades presupuestarias existentes, lo que se nos antoja el principal escollo a la efectividad de las medidas propuestas, dada la versatilidad de la condición. .

b.- La adopción de medidas de promoción del mercado inmobiliario:

El legislador apuesta de manera bienintencionada, sin duda, por proponer medidas incentivadoras de la puesta a disposición en el mercado de viviendas deshabitadas. De este modo, a través de los planes de vivienda o de los programas de fomento aprobados por la Consejería competente en materia de vivienda, la administración podrá:

- a) ejercitar medidas de intermediación en el mercado del arrendamiento de viviendas que garanticen su efectiva ocupación.
- b) proponer medidas de aseguramiento de los riesgos que garanticen el cobro de la renta, los desperfectos causados y la defensa jurídica de las viviendas alquiladas, al modo en que lo hacen en la actualidad empresas privadas con gran profusión de reclamos publicitarios en medios de comunicación, por cierto.
- c) la propuesta y adopción de medidas fiscales que determinen las respectivas administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias.
- d) la concesión de subvenciones para personas propietarias y arrendatarias y entidades intermediarias.
- e) la elaboración de programas de cesión de viviendas para incentivar a los propietarios de viviendas desocupadas a ponerlas en el mercado de alquiler a precios asequibles mediante la cesión temporal de su gestión a la Administración Pública con las condiciones y los requisitos que se establezcan reglamentariamente.

Naturalmente se comprenderá que todas esas medidas estarán en función de las disponibilidades presupuestarias, conforme ocurría con las propuestas relativas a la ejecución de los derechos de adquisición preferente explicados más arriba.

c.- Los derechos de adquisición preferente, derechos civiles. La regulación autonómica y su tratamiento constitucional. Algunas precisiones.

La regulación de los derechos de adquisición preferente en la normativa autonómica es una constante en las últimas normas, tanto andaluzas como de otras comunidades autónomas, de manera que ha dado lugar a algunas referencias doctrinales y jurisprudenciales que en este caso no pueden pasar desapercibidas. Concretamente, más reciente e interesante -por el tema que trata- es la STC 4-10-2015 que el tema respecto de la impugnación de los artículos 12 y 13 de la ley andaluza 13/2005, reguladora del derecho de tanteo y retracto, si bien es cierto que centrándose más en la problemática de la retroactividad de la aplicación de esos derechos en determinadas circunstancias.

No obstante, la competencia para regular los derechos de tanteo y retracto, en tanto que derechos de naturaleza civil, ya fue abordada en su momento por la sentencia 61/1997. De ahí en adelante, han sido varias las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse.

Como tuve ocasión de referir en su momento⁷, los derechos de tanteo y retracto son de origen y naturaleza civil, apareciendo configurados como derechos reales limitativos del dominio⁸, derechos que la doctrina *iusprivatista* denomina de adquisición preferente. Esos derechos han venido siendo configurados como de carácter real —por tanto, de corte civil— desde el derecho romano. El Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 recogía una regulación detallada del derecho de superficie, que ya venía apuntada en los artículos 157 a 161 de la Ley de 12 de mayo de 1956⁹, mientras que los derechos de tanteo y de retracto aparecen por vez primera regulados, desde el punto de vista jurídico urbanístico, en el Texto Refundido de 1992, y tan sólo brevemente apuntados en el artículo 158 del Texto Refundido de 1976 como modo de intervenir en el ámbito del

⁷ “*La gestión urbanística en Andalucía*”, ed. Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 439 y ss.

⁸ Entiende la doctrina (LOBATO GÓMEZ, J. Miguel, en «La constitución y gestión de los patrimonios municipales de suelo», Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 101) que «es opinión comúnmente aceptada y compartida que la titularidad pública de estos derechos de adquisición preferente y la dualidad de las normas reguladoras no alteran la naturaleza de los mismos (...) el carácter civil de la institución de tanteo y del retracto no excluye que puedan existir derechos de retracto en favor de la Administración establecidos por la legislación administrativa respondiendo a una finalidad pública. Pero el establecimiento en favor de la Administración de un derecho de tanteo y retracto no implica una regulación de tal institución civil y sí el deber de someterse la Administración, en su ejercicio, al régimen jurídico civil de tales instituciones en lo no establecido expresamente por la legislación urbanística», concluyendo en que «la finalidad urbanística de estos derechos no les priva de su carácter civil ni de su propia naturaleza de derechos reales de adquisición preferente».

⁹ La reforma del Reglamento Hipotecario de 17 de marzo de 1999 incluye, además, en el orden registral la institución del derecho de superficie en favor de la Administración, admitiendo, por tanto, una regulación específica distinta de la originariamente conferida por el Código Civil.

derecho de pleno poder dispositivo de la propiedad, pero no por cuenta de los Ayuntamientos, sino en favor de las personas que desearan adquirir solares no edificados en el plazo marcado por el planeamiento.

Presupuesto su carácter real y su necesidad de regulación eminentemente civil, las leyes urbanísticas estatales decidieron no obstante regular, cada una en su momento, los derechos de tanteo y de retracto, ofreciéndoles, en lo que cabía, un sesgo de derecho público, al margen del que ya de por sí les confería el Código Civil en sus libros II y IV; así, el Texto Refundido de la Ley del Suelo del año 1992 en su Título VIII, Capítulos II y III, sistematizando los derechos de tanteo y retracto, brindándoles una atención mucho más pormenorizada que la que se dispensaba en la normativa de derecho común y, por supuesto, perfectamente ajustada a las necesidades que desde el prisma urbanístico esos derechos reclamaban para poder cumplir con rigor y precisión las expectativas que el legislador les había confiado.

Y, obviamente, esta posibilidad se podría hacer efectiva a través del planeamiento por cuanto, justamente, era el legislador constitucionalmente competente para ello, el estatal, el que había apuntado la posibilidad de que fuese el planeamiento quien perfilase desde el punto de vista pragmático el ejercicio de tales derechos; es este, por tanto, un dato esencial: el reconocimiento expreso al legislador estatal de la competencia para dictar normas relativas al derecho civil. Y así es, dado que el artículo 149.1, regla 18.^a C.E., asigna al Estado la competencia exclusiva en la legislación civil, competencia que se extiende a *«las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico civiles relativas a (...) ordenación de los registros e instrumentos públicos, base de las obligaciones contractuales (...) con respeto a las normas del derecho foral o especial»*. Y si, como hemos dicho, los derechos de superficie y tanteo y retracto son derechos de naturaleza civil, es al Estado a quien corresponde la competencia exclusiva para regularlos, tal y conforme venía siendo desde siempre¹⁰.

¹⁰ Sintomático resultó al respecto el reconocimiento expreso que de tal circunstancia realizaron aquellas Comunidades Autónomas que en su día impugnaron la Ley del Suelo de 1990 y el Texto Refundido de 1992. Sólo la Generalitat de Cataluña atacó los artículos 287.2 y 3, 288.3 y 289 del Texto Refundido de la Ley del Suelo por entender que el derecho de superficie siempre había sido configurado desde la normativa urbanística y que, por tanto, su regulación, por razón de competencia, correspondía a la legislación autonómica. Igual ocurría con los derechos de tanteo y retracto, respecto de los que el Gobierno catalán sólo puso en duda el artículo 296, relativo a la no inscripción registral de determinados actos. Ninguna otra Comunidad Autónoma ni, en el caso de la catalana, ningún otro precepto regulador de los derechos de superficie y tanteo y retracto fue objeto de impugnación de carácter sustantivo (al margen de la genérica

Viene todo ello a colación por cuanto que hemos de recordar que el legislador estatal, al efecto competente, decidió por medio de la disposición derogatoria de la Ley 6/1998, declarar expresamente derogado el párrafo primero de los artículos 287 y 288 y el artículo 290 del TRLS de 1992, preceptos éstos que habían sido respetados por la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997. En su redacción de 2008, la legislación del Estado había dejado pasar la oportunidad de regular este derecho real de forma diferenciada o especial para el ámbito urbanístico, remitiéndose pues a la regulación civil por entero a la hora de perfilar la aplicación y alcance de esta figura jurídica como forma de intervenir en el mercado del suelo. ¿Consecuencia práctica?: el vacío total en la regulación legal urbanística de los derechos de tanteo y retracto.

Nos encontramos ahora en el análisis de la modificación de la normativa andaluza¹¹. A los derechos regulados en la LOUA se une ahora la especialidad prevista para la vivienda en la Ley 1/2018, donde se recogen los derechos civiles con una regulación distinta de la del Código Civil, en cuanto a plazo y condiciones. Su artículo 73, en lo referente al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en adquisiciones por dación en pago, permite que alguien interesado en adquirir una vivienda o viviendas mediante dación en pago de deuda con garantía hipotecaria incluida en los supuestos de aplicación del Plan Andaluz de Vivienda y Suelo habrá de comunicar a la Consejería competente en materia de vivienda la oferta del negocio jurídico traslativo, indicando el precio, la forma de pago y las demás condiciones de la transmisión. En dicha

motivada por la asignación del carácter supletorio que les confirió a estos preceptos el TRLS de 1992, lo que a la postre les supuso la declaración de inconstitucionalidad), de lo que se deduce claramente el reconocimiento de la competencia estatal para la regulación de tales cuestiones, como no podía ser de otra forma.

Ninguna de las impugnaciones que la Generalitat catalana formuló al efecto de estos derechos prosperó (a salvo la anulación general de todos los preceptos dictados con carácter supletorio), y las razones son contundentes: *«la regulación del derecho de superficie, al margen de que, en efecto, se haya convertido en una institución típicamente urbanística, se enmarca en la legislación civil que, en virtud del artículo 149.1. 8.ª de la Constitución Española corresponde al Estado establecer»*. Igual suerte corre el análisis del artículo 296 del Texto Refundido de 1992, por cuanto dicho precepto establece qué actos son inscribibles en el Registro de la Propiedad previo el cumplimiento de ciertos requisitos, materia esta exclusivamente atribuida al Estado por mor del precepto constitucional recién indicado. Siendo competencia exclusiva del Estado, ninguna habilitación constitucional permite a la Comunidad Autónoma imponer limitaciones al derecho de propiedad (en forma de constitución de derechos reales limitados a favor del Ayuntamiento o de la Comunidad Autónoma andaluza —derechos de tanteo y retracto—) o ampliar, redelimitar o configurar, en definitiva, el derecho de superficie de forma distinta a como se hace en la legislación estatal.

¹¹ Recordemos que la LOUA en su redacción original ya ofrecía una regulación extensa de los derechos de tanteo y retracto muy parecida a la que recogía el Texto Refundido estatal del 1992.

comunicación deberá constar la conformidad del transmitente con las condiciones de la transmisión.

Pues bien, el derecho de tanteo habrá de ejercitarse en el plazo de sesenta días naturales a partir del siguiente a aquel en que haya tenido entrada en el Registro General de la Consejería competente en materia de vivienda la comunicación con el contenido previsto en el apartado anterior. El plazo como se ve es muy distinto del previsto en las normas civiles o de cualquier otra naturaleza dictadas por el Estado en el ejercicio de sus competencias¹².

Además, el adquirente deberá comunicar a la Consejería competente en materia de vivienda, en el plazo de los treinta días naturales siguientes a la transmisión, las condiciones en las que se ha producido esta, así como una copia de la escritura o documento donde la venta se haya formalizado. Y en el caso de que no se hubiese realizado la comunicación a la que se refiere el apartado 1 del artículo 73, o contuviera actuaciones o previsiones distintas de las exigidas en la Ley, la Consejería competente en materia de vivienda podrá ejercer el derecho de retracto en el plazo de sesenta días naturales a contar desde el siguiente a la comunicación de la transmisión. En fin, condiciones impuestas por el legislador autonómico distintas a las previstas en cualquier norma estatal que regulan los contornos de los derechos civiles de manera autónoma.

¹² En nuestro ordenamiento se reconoce el derecho de tanteo, entre otros, a favor del arrendatario o inquilino en los casos de venta del inmueble arrendado (art. 25 de la Ley de Arrendamiento Urbanos); a favor del titular del dominio directo y útil cuando uno de ellos pretenda la enajenación de la finca enfitéutica (art. 1.636 del Código Civil); a favor del Estado en la transmisión de bienes culturales entre particulares o de bienes pertenecientes al patrimonio histórico artístico español en subasta pública (art. 38 de la Ley del Patrimonio Histórico Español); a favor de los copropietarios de buques en el condominio naval (art. 155 de la Ley de Navegación Marítima); a favor de los socios en las transmisiones de participaciones de sociedades de responsabilidad limitada (art. 107 de la Ley de Sociedades de Capital), etc. En la propia definición del artículo 1.521 del Código Civil, el retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago. Se configura pues el retracto legal como una facultad de libre ejercicio por las personas a quienes la ley les concede tan especial derecho, que deberá ejercitarse en los plazos y condiciones establecidos, y que se establece en plazos muy cortos. Por ejemplo, el artículo 1.524 del Código Civil sólo concede nueve días desde la inscripción en el Registro o, en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta. Este plazo es de caducidad. El retrayente, es decir, quien hace efectivo su derecho de retracto, deberá reembolsar al adquirente cuya venta se resuelve las cantidades correspondientes al precio de la venta, los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta, así como los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida (artículo 1.518 del Código Civil). Las condiciones del ejercicio de ese derecho las impone la normativa estatal.

Algo parecido ocurre con el contenido de la comunicación que deberá hacer la Consejería cuando acuerde el ejercicio del derecho de tanteo, en cuyo contenido habrá de incluir datos como “el precio, la forma de pago y las demás condiciones de la transmisión”, que naturalmente no podrán ser otras que las del negocio que se tantea o retrae, como si pudiera decidir qué precio pagar o en qué condiciones distintas de las ya acordada por los participantes en el negocio jurídico retraído.

Esas mismas referencias se contienen en la regulación del artículo 74, donde se recoge el ejercicio del derecho de retracto en adquisiciones derivadas de procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria. Y las mismas dudas se nos plantean.

Entiendo que toda regulación que de estos derechos de carácter civil se hace en la Ley 1/2018 puede quedar estigmatizada por la doctrina ya sentada por el Tribunal Constitucional, precisamente por la ausencia de título competencial de la Comunidad Autónoma para regularlos por ley autonómica de modo distinto a como se hace en la normativa estatal. Cabría, pues, plantearse la legitimidad de estas medidas legales autonómicas, pues una Comunidad Autónoma no presenta título competencial alguno para imponer limitaciones al derecho de propiedad, ni regular derechos reales con distintos postulados, contextos y alcance de los configurados por el legislador estatal, disponiendo condicionantes, precisiones, ampliaciones de contenido, etc., que no hayan sido habilitadas por el legislador estatal; en resumidas cuentas, lo dicho respecto de los derechos de tanteo y retracto en la normativa autonómica sin cobertura de la estatal podría entenderse nulo por inconstitucional¹³. Extraña que, en cuanto al derecho de superficie, el legislador autonómico se remita de plano a la legislación estatal y no opere de igual modo con otros derechos reales de coste similar, como los de tanteo o retracto.

¹³ Este tema —para mayor claridad— ya fue resuelto en su día por la Sentencia del Tribunal Constitucional 170/1989, de 19 de octubre, y precisamente estudiando la posible inconstitucionalidad de la constitución de los derechos de tanteo y retracto en favor de la Comunidad Autónoma de Madrid para asegurar la conservación medioambiental del parque regional de la Cuenca Alta del Manzanares, sentencia que concluyó, a este respecto, con tres precisiones básicas:

La primera, que los derechos de tanteo y retracto, como instituciones jurídicas, son derechos reales cuya regulación, al ser legislación civil, es competencia exclusiva del Estado.

Segunda, que ese carácter civil no excluye, sin embargo, que puedan existir derechos de tanteo y retracto en favor de una Administración pública, y así quede establecido en virtud de una legislación administrativa incluso de carácter autonómico.

Tercera, que esa legislación de carácter autonómico no puede ir más allá del mero establecimiento de ese derecho en favor de una Administración, esto es, no puede implicar una regulación de esa institución civil ni de su régimen jurídico.

En otros términos, si la norma andaluza se hubiera limitado a extender la aplicación de los derechos de tanteo y retracto que hubiesen estado regulados y legalmente constituidos por la Ley estatal en favor de los Ayuntamientos o la Comunidad Autónoma, el contenido de ese precepto hubiese sido plenamente constitucional. Ahora bien, la regulación *ex novo* que la Ley autonómica hace de esa institución civil —recordemos la derogación *ex* STC 61/1997 y Ley estatal 6/1998— podría quedar al margen del bloque de la constitucionalidad y, por tanto, sería discutible su aplicabilidad desde la regulación autonómica carente de base legislativa estatal.

3.- La enésima modificación del régimen legal de edificaciones ilegales en el SNU en Andalucía. El bucle interminable de una historia sin final.

3.1.- El enquistamiento del problema de las construcciones ilegales en el suelo no urbanizable.

El problema de la regulación normativa del suelo no urbanizable es endémico en todo el territorio nacional. Andalucía no es más que un espejo. Aquí, más de 300.000 edificaciones en suelo rústico construidas al margen de la legalidad dan fe de ello¹⁴. El problema se agudiza si a ese dato meramente fáctico se une otro que, además de real, es paradigmático: la absoluta indolencia de las administraciones públicas para poner coto a tales desvaríos. La inactividad de la policía urbanística para frenar los desarrollos urbanísticos al margen de la legalidad, la desidia pusilánime que ha dado lugar a la prescripción de la acción administrativa para perseguir tales infracciones es algo connatural a la administración pública andaluza. De nada han servido intentos de criminalizar la inacción administrativa de funcionarios y autoridades vía modificación del

¹⁴ Piénsese que en estimaciones oficiales sólo en Andalucía se levantan en la actualidad 100.000 construcciones ilegales, según fuentes de la administración autonómica, que se elevan a 300.000 según datos facilitados recientemente por el Defensor del Pueblo Andaluz. Tampoco han faltado declaraciones políticas -de cualquier tendencia, en cualquier estrato administrativo- prometiendo, y no sólo como reclamo electoral, concentrar esfuerzos en conseguir justamente eso: legalizar lo ilegalizable, como ya traté en mi trabajo *“De cómo el Derecho Penal ha certificado el ocaso de la Disciplina Urbanística. (El deterioro de métodos y objetivos en la lucha contra la indisciplina urbanística y el protagonismo del Legislador y la Jurisprudencia en la deriva de la institución)”*, capítulo publicado en obra colectiva *“Urbanismo y corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)”*. Coord. por José María Suárez López; Lorenzo Morillas Cueva (Dir.), 2013, págs. 101-133.

Código Penal o el endurecimiento de las penas por delitos urbanísticos¹⁵, ni el aumento del plazo prescriptivo de 4 a 6 años para perseguir las construcciones en suelo no urbanizable en restitución del orden urbanístico perturbado, ni los cacareados planes de inspección urbanística de obligatoria asunción por todos los municipios andaluces.

Lo cierto y verdad es que existe un cúmulo incesante de edificaciones ilegales en suelo no urbanizable contra las que ya no es posible actuar y que están exigiendo una decidida actuación legislativa y administrativa para evitar males mayores en el ámbito ambiental y de la seguridad jurídica¹⁶. De todo ello es consciente el legislador andaluz desde 2002¹⁷. Y a sus derivaciones y progresivo agravamiento se ha sido sensible en sucesivas reformas normativas.

Siendo ello así, no es menos cierto que en Andalucía desde 2002 no existe ningún texto legislativo que unifique la normativa urbanística. A la publicación de la LOUA le siguieron numerosas actualizaciones, revisiones, adaptaciones, en definitiva, composturas que han ofrecido soluciones sólo parciales a la dinámica corriente que en el campo urbanístico advertimos día a día. Precisamente un ejemplo paradigmático para poner de manifiesto esta singular necesidad de adaptación, lo encontramos en la regulación de las construcciones y edificaciones en suelo no urbanizable. La necesidad de hallar enmiendas a problemas enquistados con motivo de la proliferación de bolsas de actuaciones ilegales, tanto parcelaciones como edificaciones, han llevado al legislador andaluz a proponer sucesivas reformas normativas, no siempre efectivas, por cierto. Los vericuetos legales postulados en estos años han escrutado, de una parte, dar salida a los

¹⁵ Tras la última modificación de los artículos 319 y 320 del Código Penal en la L.O. redactada por el apartado octogésimo noveno del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio.

¹⁶ Como con acierto exponen GARCÍA MACHO, Ricardo y BLASCO DÍAZ, José Luis, en "*La disciplina urbanística*", en Documentación Administrativa, núm. 282-283, página 296: "... la pérdida de efectividad de la disciplina urbanística implica la pérdida de legitimidad del sistema, ... dado que los bienes jurídicos vulnerados se refieren a un medio ambiente adecuado, que incluye un uso racional de la naturaleza en general y del suelo en particular, además de que la indisciplina urbanística genera el desarrollo de una ciudad irracionalmente concebida e insolidaria, todo lo cual afecta directamente a la calidad de vida del ciudadano"

¹⁷ En el ínterin, tampoco han sido escasos los esfuerzos por limitar la expansión constructiva y edificatoria en un territorio especialmente degradado como lo es la costa andaluza. En el BOJA del 28 noviembre 2012 se publicaba el Decreto-ley 5/2012, del día anterior, sobre adecuación del planeamiento general de los municipios al Plan de Ordenación Territorial de Andalucía (POTA) y sobre medidas urgentes de protección del litoral. Su significado y alcance lo traté en mi artículo "*La protección del litoral andaluz y otras medidas urbanísticas de urgencia: entre la necesidad y el oportunismo*", MARTÍN VALDIVIA, Salvador M^a. Revista Aranzadi de urbanismo y edificación, N^o. 27, 2013, págs. 51-89.

numerosos problemas generados en el día a día del urbanismo local; pero, de otro, han incitado una indudable situación de inseguridad jurídica para todos los operadores que deben desarrollar su labor en este ámbito. Se hace necesario, cada vez con mayor premura, un esfuerzo unificador en el derecho urbanístico andaluz.

En este concreto aspecto en el que vamos a centrar este trabajo, el suelo no urbanizable y la legalización de edificaciones en ese ámbito, esta exigencia se convierte en perentoria. Es vital ofrecer un mínimo de seguridad en la aplicación de las normas del derecho que ponga fin a tantas zonas de penumbra¹⁸. Pudiera parecer que con la promulgación de la proyectada Ley de Urbanismo Sostenible de Andalucía (LUSA) este anhelo podría alcanzarse, aunque es más que probable que por las circunstancias sociopolíticas actuales en la comunidad autónoma no parece que ésta vaya a ser una solución inminente.

La situación hoy es preocupante, como ha llegado a reconocer el legislador andaluz en algunas de sus propuestas. La necesidad de regularización de estas edificaciones sobre las que ha prescrito la acción de restauración bascula sobre dos ideas fundamentales: la primera, y toda vez que ya no puede restaurarse el orden jurídico perturbado, garantizar que el uso de estas edificaciones se lleve a cabo bajo condiciones adecuadas de seguridad, salubridad, habitabilidad y sostenibilidad, con las precauciones que ello comporta para un seguro tráfico jurídico¹⁹; la segunda, posibilitar la adopción de

¹⁸ Ya en algún momento el legislador había decidido otorgar plena carta de naturaleza –vía legalización plena- a edificaciones claramente ilegales, pero sobre las que, por el lapso del tiempo transcurrido desde su construcción, el inicio de actuaciones inspectoras y de restauración resultaría gravemente atentatorio contra los más básicos principios de seguridad jurídica. Por ejemplo, la Disposición Transitoria quinta del TRLS 2008 insta que *“Las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/1975, de 25 de julio, situadas en suelo urbanos o urbanizables, realizadas de conformidad con la ordenación urbanística aplicable, o respecto de las que ya no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, se entenderán incorporadas al patrimonio del titular”*.

¹⁹ Aun cuando las medidas que se han adoptado en las opciones regulaciones no han terminado por ser demasiado precisas. A modo de ejemplo, en el Decreto 2/2.012, allí donde se recoge el establecimiento de un régimen jurídico específico para las edificaciones asimiladas al fuera de ordenación, se postulan necesidades perentorias para garantizar la seguridad de las construcciones; no obstante, surge la cuestión sobre cuáles van a ser las obras autorizables. Así pues, al identificar las obras encuadrables en esta categoría se dispone que, una vez otorgado el reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación, sólo podrán autorizarse obras de reparación y conservación que exija el estricto mantenimiento de las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad del inmueble. Dicho precepto no hace referencia alguna a las obras de consolidación o rehabilitación, obras a las que faculta la LOUA, en su Disposición Adicional Primera en los casos en los que esté expresamente permitido por el PGOU o PE de aplicación para la edificación en cuestión. Más aún, la propia Ley autonómica establece en dicha Disposición Adicional Primera y para los casos de ausencia de determinaciones al respecto en los Planes urbanísticos

medidas correctoras o compensatorias urgentes que permitan eliminar, minimizar o enjugar el impacto negativo que estas edificaciones y las parcelaciones están ocasionando sobre el medio ambiente, en especial la afección a ecosistemas, los recursos hídricos y al paisaje del entorno²⁰.

Se demanda también enmendar de forma eficaz la incertidumbre en que se encuentran muchas personas titulares de edificaciones en suelo no urbanizable²¹. Desconocen con certeza los derechos y obligaciones respecto a estas edificaciones para las que la Administración no adoptó en su momento medidas disciplinarias y haciéndolo de forma que permita satisfacer el interés general que representa la protección medioambiental y la preservación de los valores propios del suelo no urbanizable.

3.2.- Las sucesivas propuestas normativas.

de aplicación, que en dichas edificaciones podrían permitirse excepcionalmente obras parciales y circunstanciales de consolidación, cuando no estuviera prevista la expropiación o demolición, en un plazo de cinco años, a partir de la fecha en que se pretendiera realizarlas. como explica VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, en *"Elementos definitorios de la situación jurídica de fuera de ordenación y su distinción de otros supuestos asimilados a la misma"*, en obra colectiva *"El urbanismo de la crisis: la regularización de las edificaciones ilegales y el régimen de asimilación afuera de ordenación"*, editorial Tecnos, páginas 67 y siguientes, las principales consecuencias limitativas que comporta para la propiedad la aplicación del régimen de fuera de ordenación serían la eliminación de la posibilidad de ofrecer estos bienes como garantía hipotecaria, la aplicación de coeficientes correctores a la baja en materia de valoración catastral, la sujeción a los derechos de tanteo y retracto por parte del ayuntamiento, la obligación de hacer constar en nota marginal en el registro de la propiedad la concesión de licencias para obras en estos edificios, y sobre todo la limitación de los tipos de actuaciones apreciables que pueden realizarse en esta clase de edificaciones.

²⁰ Como con acierto se ha dicho (JORDANO FRAGA, Jesús, en *"El urbanismo de la crisis: la regularización de las edificaciones ilegales y el régimen de asimilación afuera de ordenación"*, editorial Tecnos, 2015, página 20), *"la regulación es un proceso posible"*, por cuanto que es obligatoria la prestación de servicios de abastecimiento y evacuación de agua para urbanizaciones regularizadas, sin que esa regularización por vía excepcional en un plan que se haya modificado para dar cabida a esa situación excepcional *"constituya una reserva de dispensación desde la idea de que lo prohibido es permitir a los actos singulares alterar pro futuro"*, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2000, repertorio Aranzadi 321/2001 .

²¹ En el ámbito registral se han ofrecido algunas soluciones para la inscripción de obras antiguas en Andalucía con algunos condicionantes de carácter técnico que pudieran resultar interesantes. Las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de enero y 5 de marzo de 2012 ya pusieron de relieve que, aun cuando correspondía a las comunidades autónomas determinar los actos de naturaleza urbanística que estuvieran sometidos o no al requisito de obtención de la licencia, es al Estado, no obstante, a quien corresponde fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia para que ese acto tuviera acceso al registro. Resulta interesante a estos efectos el comentario de DELGADO RAMOS, Joaquín, *"Doctrina administrativa: inscripción registral de obras ilegales prescritas (resoluciones de la D G R N de 17 de enero y 5 de marzo de 2012"*. En Cuadernos Críticos del Derecho 2-2012, páginas 101 y siguientes.

Y es que, en realidad, nos encontramos con una muy desbaratada formulación normativa, dilatada en el tiempo, que impide un seguimiento mínimamente riguroso y formal del cuál pueda ser la salida a cada problema concreto. La gradual disgregación normativa es preocupante, en efecto:

Uno.- Piénsese que la primera propuesta de regularización de edificaciones en suelo no urbanizable la propuso ya la disposición adicional primera de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, LOUA, que venía a disciplinar la situación legal de fuera de ordenación²². Por su parte, el artículo 34 de dicha ley, entre los efectos de la aprobación de los instrumentos de planeamiento urbanístico, ya contenía en su apartado 1.b) la “*declaración en situación legal de fuera de ordenación*” de las instalaciones, construcciones y edificaciones que, erigidas con anterioridad, resultarán disconformes con la nueva ordenación que dicho instrumento establezca. Asimismo, dicho apartado había previsto, para las instalaciones, construcciones y edificaciones realizadas al margen de la legalidad urbanística para las que no resulte posible adoptar las medidas de protección de la legalidad urbanística ni el restablecimiento del orden jurídico perturbado, que reglamentariamente pudiera regularse un régimen asimilable al de fuera de ordenación, como finalmente se constató.

Dos.- En su desarrollo, el artículo 53 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, recoge la definición de lo que debe entenderse por edificio “*asimilado al régimen de fuera de ordenación*” (AFO). Como en no pocas ocasiones ocurre, esta figura nace de la *fuerza normativa de lo fáctico*. El Tribunal Supremo ya quiso poner coto a la injusticia que suponía el poner en situación de ventaja a las edificaciones ilegales en las que ya no quepa, por prescripción, el inicio de ninguna acción de restitución ni sancionadora, respecto de aquellas otras que se levantaron legales pero que, por el paso del tiempo y por cambios sobrevenidos de planeamiento, devinieron en situación de

22 La figura no es nueva, naturalmente. El Art. 48.1 de la Ley del Suelo de 1956, ya describía que “*Los edificios e instalaciones erigidos con anterioridad a la aprobación del Plan General o parcial, que resultaren disconformes con el mismo, serán calificados como fuera de ordenación*”, aunque todavía no se abordaba en aquellos textos legislativos la problemática surgida en torno a edificaciones e instalaciones nacidas de espaldas a la legalidad urbanística pero contra las que hubiera prescrito cualquier acción de disciplina urbanística o de restauración de la legalidad. Ese precepto se repetía en los artículos 60 del TRLS de 1976 y 137 del TRLS de 1992.

*alegalidad*²³. La definición de las situaciones de AFO se perfila, pues, para dar salida a situaciones irregulares que se generan con motivo de la pertinaz inactividad administrativa ante la previa infracción urbanística. La multitud de edificaciones e instalaciones ubicadas tanto en suelo no urbanizable como, incluso, en suelos urbanos sobre las que ya no es posible actuar y que dan lugar a un limbo jurídico gravemente atentatorio contra la seguridad jurídica. No es una fórmula de legalización²⁴, pero si la manera de reconocer el fracaso de las políticas de disciplina urbanística sin dar la espalda a la realidad: las edificaciones *alegales* ya inatacables que existen con vocación de permanencia en el tiempo, deben ser reguladas y reconocidas normativa y formalmente. De eso se trata en definitiva²⁵.

En este texto reglamentario aparece la que podríamos denominar “*norma estrella*” en esta materia, no otro que el artículo 53 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía. Allí se contemplan dos supuestos de hecho distintos: de un lado, el *modus operandi* respecto de las obras clandestinas o ilegales respecto de las que haya transcurrido el plazo legal para el restablecimiento de la legalidad urbanística; de otro, el llamado “*cumplimiento por equivalencia*”²⁶.

²³ En estos casos, se debe prohibir la realización de obras que pueden alargar artificialmente la vida de la edificación para no hacer de mejor condición a las obras ilegales respecto a las colocadas fuera de ordenación por el cambio de planeamiento posterior, conforme reconocían las sentencias ya antiguas de 5 de diciembre de 1987, 8 de noviembre de 1990, 6 de febrero de 1991, 6 de febrero, 19 de mayo y 6 de octubre de 1992.

²⁴ El propósito es que la edificación que está fuera de ordenación, con el nuevo planeamiento urbanístico, no alargue su vida útil, sino que ésta con el paso del tiempo vaya degradándose dando lugar a situación de ruina urbanística o a su desaparición, pero siempre preservando su subsistencia para su conservación mientras dure su vida útil.

Estas edificaciones o usos pueden seguir con su vida útil, pero tienen importantes limitaciones con respecto a las obras que pueden acometerse: tienen totalmente prohibidas las obras de conservación, aumento de volumen que incrementen el valor expropiatorio, pero excepcionalmente podrían realizar pequeñas obras para la higiene y habitabilidad. Podrán seguir siendo objeto de uso y disfrute, aunque se les imponen limitaciones severas en el régimen de obras admisibles, en función del grado de disconformidad con el planeamiento, conforme desde hace tiempo advierte el Tribunal Supremo -sentencias de 12 de diciembre de 1998 y 3 de mayo de 1990-.

²⁵ Como explica GAMERO RUÍZ, Eva, en “Régimen de asimilación afuera de ordenación en el suelo no urbanizable en Andalucía”, en obra colectiva “*El urbanismo de la crisis: la regularización de las edificaciones ilegales y el régimen de asimilación afuera de ordenación*”, editorial Tecnos, 2015, página 80, ni se trata de una amnistía, ni se trata de una dispensa de ley, “... sino del reconocimiento de que el derecho urbanístico opera sobre un paisaje de zonas grises donde el no todo es ni blanco ni negro, ya que existen zonas de penumbra donde la imposibilidad de restaurar la legalidad no equivale a la indiferencia jurídica ni en la invisibilidad, ni el limbo jurídico”.

²⁶ Regulado en el artículo 53.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía y que permite sustituir la demolición en casos de imposibilidad legal o material de ejecutar las resoluciones de reposición de la realidad física alterada, siempre que la indemnización por equivalencia se hubiera fijado y haya sido

Centrándonos en la posibilidad de legalizar lo ilegal, ya advertía el párrafo primero del artículo 53 que nunca podrían legalizarse ni las obras que no estuvieran completamente terminadas (conforme se definía en el artículo 40 de ese reglamento), ni tampoco los actos derivados de parcelaciones urbanísticas en suelos rústicos, los actos edificatorios que afecten a zonas de especial protección o de influencia del editorial, bienes o espacios catalogados, parques, jardines o espacios libres o infraestructuras, y las determinaciones pertenecientes a la ordenación estructural del planeamiento general²⁷.

Tres.- La Disposición transitoria tercera de la Ley 2/2012, de 30 de enero, de modificación de la LOUA, con el mismo objetivo, preveía el acceso provisional a servicios básicos, en este caso, en edificaciones aisladas que constituyan la vivienda habitual de sus propietarios hasta que se resuelva el procedimiento de regularización o reconocimiento del régimen asimilado al de fuera de ordenación, según el caso²⁸. El mismo cambio legal impone una nueva redacción del artículo 34 de la LOUA²⁹.

íntegramente satisfecha. Se traslada a la normativa andaluza el espíritu que se inspira en la posibilidad de inejecución de resoluciones judiciales que se contiene en los artículos 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 105 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

²⁷ Existen, no obstante, límites infranqueables en los procesos de regularización, como nos recuerda eso (op. cit. páginas 21 y siguientes), como lo son las edificaciones en suelo no urbanizable de especial protección, los planes futuros de ordenación urbanística de un municipio cuando esté proyectando su futuro, las condiciones de seguridad, habitabilidad y aspectos básicos de la normativa de edificación, el cumplimiento de los deberes de equidistribución o la existencia de delito urbanístico.

²⁸ Es de recordar que el Decreto 2/2.012 gira en torno a la clasificación de las edificaciones atendiendo a su ubicación dentro del suelo no urbanizable, distinguiéndose a nivel general tres situaciones posibles, cada una con su particular régimen jurídico:

a) Configurar asentamientos urbanísticos constituidos por ámbitos territoriales definidos, consolidados por edificaciones próximas entre sí, generadoras de actividades propiamente urbanas, con entidad suficiente como para necesitar infraestructuras, dotaciones y los servicios urbanísticos básicos especificados en el artículo 45.1.a) de la Ley 7/2002 (los propios de suelo urbano).

b) Formar parte de un Hábitat Rural Diseminado o conjunto de edificaciones caracterizadas por su vinculación a la actividad agropecuaria, al menos en su origen (importante matiz que será debidamente analizado en lo sucesivo) y para las que se prevé la posibilidad de que demanden alguna infraestructura que se realizará mediante obras públicas ordinarias.

c) Constituir edificaciones aisladas, definidas como edificaciones o agrupaciones de éstas que no llegan a constituir un asentamiento y para las que el Decreto 2/2.012 diseña un régimen jurídico específico en atención a las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

²⁹ Define así las situaciones asimiladas a fuera de ordenación:

Artículo 34.1.b) “...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

Cuatro.- Este régimen fue objeto de un pormenorizado desarrollo por el Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Tenía por objeto, de una parte, regular los requisitos y procedimientos para facilitar la integración en la ordenación de los Planes Generales de Ordenación Urbanística de los asentamientos conformes con el modelo territorial y urbanístico establecido en los mismos. De otra, establece el régimen aplicable a las edificaciones aisladas en suelo no urbanizable, teniendo en consideración las distintas situaciones jurídicas de las mismas, destacando entre todas estas situaciones la de las edificaciones aisladas construidas al margen de la legalidad urbanística y territorial para las que ya no es posible establecer medidas de protección de la legalidad urbanística y a las que se les aplica el régimen de asimilado al de fuera de ordenación.

La situación creada tras la entrada en vigor del Decreto 2/2012, de 10 de enero resultó paradójica: proliferaron en los municipios andaluces los procedimientos de regularización de las edificaciones aisladas situadas en el suelo no urbanizable; tales esfuerzos, no obstante, topaban con serias dificultades cuando se trataba de regularizar edificaciones construidas al margen de la legalidad que se ubican en parcelaciones urbanísticas que no tuvieran la condición de asentamiento urbanístico en el planeamiento³⁰. Para estas edificaciones, el reconocimiento de la situación de asimilado

impidan la efectividad de su destino son siempre incompatibles con la nueva ordenación y deben ser identificadas en el instrumento de planeamiento.

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

³⁰ GUTIÉRREZ COROMIA, Venancio, en "El régimen de asimilación a fuera de ordenación en el suelo no urbanizable en Andalucía: los núcleos y el hábitat rural diseminado", en obra colectiva "El urbanismo de la crisis: la regularización de las edificaciones ilegales y el régimen de asimilación afuera de ordenación", editorial Tecnos, 2015, página 168 explica que la legalización de edificaciones en asentamientos urbanísticos sólo es posible cuando la urbanización esté recepcionada por el ayuntamiento y se hayan cumplido los deberes establecidos en el artículo 51 de la LOUA. Y sólo las edificaciones incluidas en los asentamientos integrados en la ordenación del PGOU que situándose en parcelas edificables no se ajusten a la ordenación establecida, podrán acceder a la situación de asimilado régimen de fuera de ordenación si sobre las mismas ya no caben medidas de restablecimiento de la legalidad. Y lo mismo cabe para las edificaciones incluidas en asentamientos no integrados en la ordenación urbanística del PGOU para los que no quepan medidas de restablecimiento de la legalidad.

al régimen de fuera de ordenación queda cuestionado por la inexistencia de limitación temporal para la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística en la parcelación urbanística sobre la que se asientan, extendiéndola a las propias edificaciones. En tanto que el plazo de prescripción para el inicio de actuaciones contra edificaciones ilegales en suelos no urbanizables de régimen común es de seis años, no existe tal plazo para la adopción de medidas de restauración cuando se trata de regularizar las propias parcelaciones ilegales.

De esa forma, la regularización de edificaciones en parcelaciones ilegales se hacía se hacía imposible, no porque se pudiera actuar contra ellas instando su demolición –lo que no era posible por el transcurso de los plazos³¹–, sino porque no se podían asimilar a la situación de fuera de ordenación. Quedaban pues con la misma componente de inseguridad jurídica y de afecciones ambientales que pesaban sobre las construcciones en suelo rústico de régimen común.

Cinco.- Para paliar tal carencia, se propuso recientemente una nueva modificación de la LOUA. Se trata de la Ley 6/2016, de 1 de agosto, por la que se modifica la Ley 7/2002, *“para incorporar medidas urgentes en relación con las edificaciones construidas sobre parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable”*, que según su exposición de motivos tiene por objeto principal eliminar la incertidumbre en la que se encuentran las edificaciones descritas, de tal forma que a dichas edificaciones y sus parcelas, y solo a éstas, les sea de aplicación el plazo establecido por el artículo 185.1 de dicha ley para que la Administración pueda adoptar medidas de protección de la legalidad urbanística contra ellas, si bien, como regla general, se mantiene la inexistencia de limitación temporal para la adopción de medidas de restablecimiento del orden jurídico perturbado para las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable.

Como indica esa ley, para lograr este objetivo, se parte de considerar intrínsecamente ligada la edificación y la parcela donde ésta se asienta, de forma que el

³¹ JORDANO FRAGA, op. cit., página 49: *"debe dissociarse parcelación y edificación y la LOUA no excluye la caducidad de la potestad respecto de edificaciones en parcelaciones en suelo no urbanizable común de forma expresa. La clave para nosotros es que la reagrupación sólo regulada en el reglamento de disciplina no permite la demolición de lo construido porque en el caso de las edificaciones la potestad ha caducado"...* *"Y en cualquier caso, entendemos que una edificación en una el en suelo no urbanizable común a los seis años debiera poder acceder al registro porque la potestad de restablecimiento del orden jurídico perturbado respecto de la edificación habría caducado"*.

transcurso del plazo establecido por el referido artículo 185.1 conlleva la imposibilidad de adoptar medidas de protección de la legalidad urbanística tanto a la edificación como a su parcela asociada. En este sentido, se modifica el apartado A) del artículo 185.2 de la citada ley, quedando excepcionadas de esa ilimitación de plazo para el ejercicio de medidas de protección de la legalidad urbanística en las parcelaciones urbanísticas las edificaciones de uso residencial y las parcelas asociadas a éstas, a las que se les aplica el plazo general del artículo 185.1, quedando sometidas a un régimen jurídico específico de asimilación al de fuera de ordenación.

Es de tener en consideración una doble circunstancia: i) que esta excepción de la ilimitación del plazo se circunscribe a las edificaciones de uso residencial de forma coherente con la mayor protección que de este uso concreto se ha venido efectuando por el legislador autonómico, en cuanto que responde a una problemática social existente que debe ser abordada, si bien de forma ponderada con las medidas correctoras medioambientales que procedan. Y ii), que en ningún caso, la limitación temporal del artículo 185.1 regirá para las edificaciones, y sus parcelas asociadas, situadas en parcelaciones urbanísticas en las que concurran alguno de los supuestos del artículo 185.2.B) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, manteniéndose, en estos casos, la regla general de la ilimitación de plazo para la adopción de medidas de restablecimiento del orden jurídico perturbado.

Como consecuencia de lo anterior, se proponía la modificación del artículo 183.3, delimitando el alcance de la reagrupación de las parcelas no edificadas o con edificaciones para las que no haya transcurrido la limitación temporal del artículo 185.1. De esta forma, sólo las parcelas asociadas a las edificaciones que puedan acogerse a la excepcionalidad prevista en el artículo 185.2.A) quedarían excluidas de la reagrupación, sin que ello afecte al resto de parcela o parcelas objeto de la parcelación urbanística. También se indica en este artículo la posibilidad de aplicar un régimen específico de asimilado al de fuera de ordenación a las edificaciones para las que sí haya transcurrido dicho plazo, siempre que la parcelación urbanística no tenga la condición de asentamiento urbanístico, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en la regulación vigente, siendo el planeamiento urbanístico en su ordenación el que debe dar la respuesta adecuada a estas situaciones.

La modificación legislativa quedaba, a juicio del propio legislador, plenamente justificada por la clarificación que suponía para los ciudadanos el conocer con certeza el régimen aplicable a las edificaciones construidas sobre parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable, para las que ha transcurrido el plazo establecido por el artículo 185.1 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre. Igualmente, esa modificación de 2016 permitía aplicar el régimen de asimilado al de fuera de ordenación, que se especifica por el artículo 34.b) de esa ley, a las edificaciones en las que concurran estas circunstancias, agilizando, de forma notable, el proceso de regularización iniciado por el Decreto 2/2012, de 10 de enero, si bien siguen permaneciendo en situación de ilegalidad.

Seis. - Como corolario de este rosario perpetuo de remiendos legislativos, aparece ahora la Ley 2/2018, de 26 de abril, de modificación de la Ley 6/2016, de 1 de agosto. Su objetivo ha sido, precisamente, incorporar medidas urgentes en relación con aquellas edificaciones construidas sobre parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable, pero, en este último caso, en asentamientos urbanísticos. El penúltimo hueco por cubrir.

La regulación anterior presentaba algunas zonas oscuras. El artículo 8.2 del Decreto 2/2012 suponía una fuerte cortapisa al reconocimiento de la situación de asimilación a fuera de ordenación a las edificaciones ubicadas en asentamientos urbanísticos. El problema se agudizaba si se trataba de edificaciones que originariamente eran aisladas y como consecuencia de la transformación urbanística, aparecen ubicadas en parcelaciones posteriores a la entrada en vigor de la LOUA, siempre que las parcelas hubieran sido susceptibles de reagrupación conforme a lo establecido en el artículo 183.3 de la LOUA. Esa era la única forma de declarar el AFO, por cuanto en el resto de situaciones jurídicas, las edificaciones construcciones y obras en parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable realizadas con posterioridad a la LOUA sólo se podrían legalizar en caso de clasificación del suelo declarado así por el planeamiento urbanístico³².

Cabe recordar que la regulación establecida en la Disposición adicional quinta de la Ley 6/2016 preveía para edificaciones situadas en asentamientos urbanísticos la puesta

³² Ver PARDO MORENO, Alberto, en "*Régimen jurídico de las edificaciones en situación de asimilación afuera de ordenación*", en Revista Andaluza de Administración Pública número 88, enero 2014, página 405.

en servicio de infraestructuras de agua, saneamiento y electricidad por fases, zonas o manzanas y la licencia provisional de uso de dichas edificaciones como título suficiente para la contratación de los servicios básicos por las empresas suministradoras. Pero acotando la actuación a los procesos de incorporación a la ordenación urbanística de los referidos asentamientos y previa aprobación y desarrollo de los instrumentos necesarios de planeamiento, gestión y ejecución urbanística. Quedaban por tanto en el limbo normativo aquellas edificaciones construidas en lo que el planeamiento delimitaba como asentamientos urbanísticos, sin que la administración hubiera desarrollado los instrumentos de planeamiento y gestión precisos para incorporarlos de manera definitiva al ámbito de lo ordenado. Con lo cual, la regulación prevista en toda la sucesión legislativa anterior quedaba excepcionada en estos ámbitos quedando los propietarios de las edificaciones existentes en los mismos en unas circunstancias más desfavorables que los de edificaciones aisladas o situadas en parcelaciones ilegales o en suelo rústico de régimen común.

Pues bien, este rezagado requiebro legislativo viene a paliar la situación de desigualdad. Tiene por objeto principal hacer extensiva la aplicación de la regulación establecida en la Disposición adicional cuarta de dicha Ley de 2016, en relación con el acceso provisional a los servicios básicos, en las mismas condiciones y por idéntico plazo, en los asentamientos urbanísticos que hayan sido incorporados a la ordenación urbanística, siempre que dichos asentamientos cuenten con la ordenación detallada aprobada definitivamente que permita identificar las edificaciones existentes que resulten compatibles con la referida ordenación. Siguen quedando sin resolver los problemas generados en asentamientos urbanísticos incorporados a la ordenación urbanística pero en tanto no cuenten con la ordenación detallada³³.

En cualquier caso, el objetivo de la modificación legislativa se justifica en la necesidad de garantizar la igualdad de derechos de los propietarios de edificaciones que constituyen su vivienda habitual en estos ámbitos, instando a que el uso de estas

³³ Sobre los problemas de transitoriedad de estas sucesivas normas resulta interesante el trabajo de GARCÍA ARENAS, Nicanor, en "*Aspectos teóricos y prácticos del Decreto 2/2012. La situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación*", en *Revista Andaluza de Administración Pública*, número 88, enero 2014, páginas 176 y 177.

edificaciones se lleve a cabo bajo condiciones adecuadas de seguridad, salubridad, habitabilidad y sostenibilidad en el menor plazo posible.

Como hemos visto, seis disposiciones normativas distintas para abordar un mismo problema de distintos ángulos y con supuestos fácticos similares.

3.3.- A modo de conclusión.

La regulación normativa del suelo rústico en Andalucía nunca ha estado bien resuelta. Ciertamente, ese no es un problema doméstico de nuestra Comunidad, es endémico. Desde la primera manifestación legal en este sentido, la LOUA de 2002, se pensó que con la ablación radical del derecho a edificar usos residenciales en suelo rústico se iba a poner coto a las complicaciones generadas durante siglos en la utilización del suelo no urbanizable para usos distintos de los mal llamados “*naturales*”. Tan natural es cultivar el campo como querer habitarlo. Pero cierto es que el ánimo desmedido por ocupar espacios rurales para usos habitacionales ha provocado continuos y sonados descabros. Y ese descontrol, además, se ha agravado con los años, lo que sin duda exigía ciertas medidas de ponderación y mesura que son, intuyo, las que llevaron al legislador andaluz a prohibir radicalmente este tipo de usos en suelo rústico. El resultado, desde luego y a la vista está, no ha sido el esperado.

La realidad es que las propuestas normativas siguen tropezando de frente con la realidad. Las previsiones legales no consiguen poner fin al conflicto, porque siempre van muy por detrás de la realidad social a la que aplicarse. Particularmente se me antoja que obtener resultados satisfactorios va a ser difícil. Desde la perspectiva legal por la que optó la LOUA en 2002, es muy probable que continúe la tendencia al incumplimiento sistemático de las normas restrictivas para construir el suelo no urbanizable. Realmente, es difícil poner puertas al campo. Andalucía, como sociedad tradicionalmente rural, ha estado unida a la vida en el entorno rural. Las construcciones de uso residencial en suelo no urbanizable son parte de la idiosincrasia urbanística en esta comunidad autónoma.

Cuando en 2002 la LOUA decidió prohibir de forma absoluta las construcciones de uso residencial en este tipo de suelo (salvo que estuvieran vinculadas a usos y explotaciones agropecuarias y fueran además necesarias en atención a las características

de esa explotación), se abrió la caja de Pandora en la ordenación del suelo rústico. La regulación algo más permisiva de la Ley andaluza 1/1997 (que no era otra cosa que la asunción por vía de reenvío recepticio de la legislación estatal anulada por la sentencia constitucional 61/1997, el TRLS de 1992) al menos abría la posibilidad de solicitar a través de lo que hoy conocemos como proyectos de actuación la construcción de determinadas viviendas unifamiliares cuando se garantizará el respeto al entorno natural en que se iban a levantar³⁴.

La incorporación a la normativa urbanística municipal de límites a esas edificaciones (en términos de parcela mínima, distancia a otras edificaciones, edificabilidades máximas de muy bajo nivel, limitación en alturas, imposición de medidas ambientales en lo referente a la utilización de las aguas y a la depuración de residuos etc.) permitía la construcción de viviendas en suelo rústico que, de alguna forma, aliviaron la fortísima demanda que este tipo de edificaciones experimenta día a día en Andalucía. La ablación de cualquier posibilidad en ese sentido ha hecho que en todo el territorio proliferen actuaciones ilegales, amparadas en una secular oposición al cumplimiento de normativas urbanísticas restrictivas –tendencia que es pandemia en toda Andalucía-.

Ello, unido a la inactividad de los municipios andaluces (sobre todo los pequeños), que no están por la labor de perseguir tales infracciones o las graves consecuencias que conlleva la ejecución de esa política urbanística hasta los extremos consignados en la normativa legal, ha dado lugar a que desde 2002 no hayan sabido frenarse estas expansiones de edificaciones y construcciones ilegales en suelo rústico de forma mínimamente significativa. Antes al contrario. Tal vez sea el momento de replantearse cuál deba ser la política de control del desarrollo residencial en suelo rústico.

³⁴ En realidad, la primera cortapisa formal que se impuso a la construcción descontrolada en estos ámbitos aparece con el artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Suelo (TRLRS) de 1992 –redivido por la Ley Andaluza 1/1997-, intento legislativo que de manera acertada impuso un doble filtro, uno municipal y otro autonómico, para la construcción de edificaciones no necesariamente vinculadas al entorno rural y muy señaladamente para las viviendas unifamiliares en terrenos destinados a usos agropecuarios, forestales..., de tal modo que sólo se van a permitir construcciones que se vincularan a la explotación agrícola, salvo que, no siendo así, se declarase previamente la utilidad pública o del interés social en la construcción que no fuese vinculada a aquellos usos, o bien una vivienda unifamiliar que no fuese susceptible de generar un núcleo de población inconstituido. Naturalmente, a nadie escapa que el uso indiscriminado de esos conceptos jurídicos indeterminados ("*utilidad pública o interés social*", "*vinculación a usos agropecuarios*", ...) ofrecen un amplio marco de interpretación al aplicador del derecho que casa mal con el principio de seguridad jurídica y de mínimo rigor que el legislador pareció querer conferir a esas evidentes limitaciones de la norma arriba referida

Por lo pronto, y desde aquella primera producción normativa de 2002, han sido numerosas las propuestas legislativas para dar soluciones a situaciones generadas por esos dos fuertes contrastes: la negativa institucional a cualquier desarrollo residencial en suelo rústico, por un lado, y la natural tendencia de los andaluces a seguir construyendo allí donde lo habían hecho durante los últimos siglos. La norma que hemos comentado es el último eslabón, por ahora, de la cadena de enmiendas legales ideadas casi a vuelapluma para solucionar los problemas derivados de esa falta de sintonía. Como hemos dicho, las tensiones tal vez pudieran relajarse si, de un lado, las restricciones no fuesen tan exigentes, al menos desde el papel, y de otro se supiera concienciar a la población de la importancia de respetar esas determinaciones, aunque fuera a través de la puesta en práctica de medidas admonitorias y coactivas de policía urbanística que efectivamente, y de una vez por todas, se convirtiesen en una realidad en la administración local andaluza.