

UNA VISIÓN CRÍTICA DEL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN^(*)

FERNANDO LÓPEZ PÉREZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. CONCEPTO DE FUERA DE ORDENACIÓN. SU SACRIFICIO RESPECTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD.– III. EL INSTRUMENTO HÁBIL PARA LA DECLARACIÓN DE FUERA DE ORDENACIÓN Y LA NECESIDAD DE DECLARACIÓN EXPRESA. EFECTOS SOBRE EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA.– IV. LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN A LAS CONSTRUCCIONES ILEGALES.– V. LOS CAMBIOS DE USO EN LOS EDIFICIOS EN FUERA DE ORDENACIÓN.– VI. LA NECESIDAD DE APLICAR EL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN CON CARÁCTER RESTRICTIVO. LOS ABUSOS DE LA FIGURA POR EL INTERÉS GENERAL.– VII. CONCLUSIONES.

RESUMEN: En primer lugar, el presente trabajo acomete un repaso general del régimen de fuera de ordenación pensado para las situaciones de transitoriedad entre dos planes urbanísticos, abordando las principales características con las que cuenta esta institución. A continuación, se analiza, con una visión crítica, aquellos aspectos que pueden resultar más inmisivos con el derecho de propiedad privada, especialmente en todo aquello que se refiere al abuso de esta figura, subrayando los motivos por los cuales el referido régimen debería ser aplicado de un modo restrictivo.

Palabras clave: fuera de ordenación; régimen transitorio del planeamiento urbano, interés general urbanístico; alternativa menos restrictiva con la propiedad.

ABSTRACT: Firstly, this paper entails a general review of the main characters of the legal institution called «out of regulation regime» devoted to apply transitionally between urban development plans. Secondly, the paper analyses critically those aspects that might jeopardize the land property, especially the abuse of the «out of regulation regime», highlighting the reasons for which such regime should be applied restrictively.

Keywords: out of regulation regime; urban development plan, urban general interest; proportionality; urban property.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 11 de enero de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el 16 de abril de 2010.

I. INTRODUCCIÓN

El acto de planificar urbanísticamente la ciudad parte de la base de que lo proyectado va a tener una permanencia duradera en el tiempo. La concepción sobre el plano de barrios residenciales o de polígonos industriales, la previsión de sus accesos, suministros o servicios se efectúa con el convencimiento de lo que se ejecute va a trascender, desde un punto de vista técnico —y en ocasiones estético—, a varias generaciones. El planeamiento urbanístico nace, en consecuencia, con una vocación de firmeza, si no ilimitada, si al menos perenne durante décadas. Incluso desde un punto de vista económico, se confía en este axioma de perdurabilidad, por cuanto las edificaciones que sobre el suelo se asientan son adquiridas en muchas ocasiones bajo la consideración de bien de inversión, con la seguridad de que el inmueble adquirido, precisamente por la condición de bien raíz que ostenta, va a permanecer casi irreductible a los embates del tiempo, convirtiéndose, por ello, en una excelente fuente de financiación en el mercado crediticio.

Sin embargo, la evolución propia de la urbe, su expansión o los cambios que en determinados barrios de la misma se producen, origina que concretas zonas de la ciudad pasen a tener una clasificación o un uso distinto al original o unas condiciones de edificación diferentes, y ello una vez que las edificaciones han sido ya ejecutadas y usadas. A este respecto, y como declara MAGARIT CABALLÉ (2009: p. 88), *«nada impide al planificador cambiar las líneas generales del mismo en uso del llamado ius variandi, de acuerdo con el interés general y a la vista de las necesidades cambiantes de la sociedad»*.

La posibilidad de modificar el planeamiento urbanístico y, más en concreto, que estos cambios expandieran sus efectos sobre situaciones consolidadas con anterioridad a la alteración, exigió de la técnica jurídica urbanística la previsión de una figura que fuera capaz de plantear soluciones a los problemas jurídicos surgidos en relación con la posibilidad o no de permanencia de aquellas construcciones e instalaciones que resultaban incompatibles con la nueva ordenación. Nació así el régimen de fuera de ordenación ya en la Ley del Suelo de 1956, a través del cual se procuraba dar respuesta a la transitoriedad en la que se quedaban dichas edificaciones disconformes con el nuevo planeamiento, y que acabó consolidándose en los siguientes textos normativos, incluyendo las

legislaciones urbanísticas autonómicas, llegando, incluso, a trasladarse a otros sectores del Derecho administrativo (2).

Ahora bien, aunque a través de esta figura se hayan resuelto muchos de los inconvenientes que provienen de las situaciones surgidas por un cambio en el planeamiento, no pueden soslayarse los innumerables efectos negativos sobre el derecho de propiedad que pueden derivarse de su uso, dado que la calificación de un determinado inmueble como fuera de ordenación conlleva una serie de restricciones que suponen un verdadero sacrificio sobre tal derecho que, tal y como veremos, tiene como regla general su no indemnizabilidad.

La doctrina ha dedicado gran parte de sus esfuerzos en explicar este régimen de transitoriedad en lo relativo a qué obras se encuentran prohibidas y cuáles permitidas, dando por sentada, en la mayoría de las ocasiones, la corrección de sus fundamentos primarios. Por ello, en el presente trabajo, se procederá a realizar un examen crítico de los aspectos más controvertidos de la situación de fuera de ordenación y las repercusiones que de la misma se derivan, sobre todo, en el principio de seguridad jurídica, centrándose especialmente en las consecuencias que se originan por su abuso.

II. CONCEPTO DE FUERA DE ORDENACIÓN. SU SACRIFICIO RESPECTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

A salvo de algunos antecedentes históricos (3), los orígenes de la situación de fuera de ordenación se sitúan en la Ley del Suelo de 1956, en cuyo artículo 48 se disponía que aquellos edificios e instalaciones erigidos con anterioridad a la aprobación del planeamiento urbanístico y

(2) En este sentido, el artículo 23 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras o la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, recogen un régimen similar al de fuera de ordenación previsto en las legislaciones urbanísticas —sobre todo en lo relativo a las obras permitidas y prohibidas—.

(3) CUERNO LLATA (2006: p. 27) sitúa en dos Reales Órdenes de 8 de febrero de 1863 y de 10 de junio de 1865 el origen histórico del régimen de fuera de ordenación, insertándolo dentro del concepto de policía administrativa, «singularizada en el deber de las nuevas edificaciones de adecuarse a las líneas determinadas por un plano de alineación, configurando un arcaico sistema de cesión de terrenos a viales en la parte incluida en su grafía, al objeto de ensanchar el viario (...) Un verdadero modelo de derecho transitorio en el que se hace primar el interés público del planeamiento sobrevenido, frente al derecho de conservación del propietario».

que resultaran disconformes con el mismo serían calificados como fuera de ordenación. A partir de esta calificación, a tales bienes se les aplicaba un régimen restrictivo que impedía que la propiedad acometiera obras de consolidación, aumento de volumen, modernización y, en general, las que supusieran un incremento de su valor de expropiación; permitiendo, por el contrario, la ejecución de aquellas reparaciones que exigiera la higiene, el ornato y la conservación del inmueble, tolerando su uso en tanto en cuanto no desapareciese físicamente la construcción o instalación.

Por su parte, el artículo 49 de esta misma Ley establecía un régimen de tolerancias, previsto para aquellas industrias situadas en zonas no adecuadas de acuerdo con la nueva ordenación planteada, y en las cuales se permitía, vía normas urbanísticas u ordenanzas de edificación, un régimen más laxo que el general aplicable a la situación de fuera de ordenación (4).

En resumen, la situación de fuera de ordenación podía definirse como la que se producía, con el carácter de sobrevenida, respecto de aquellas edificaciones e instalaciones erigidas que, por mor de la aprobación o modificación de un determinado plan, dejaban de ser conformes con la ordenación urbanística, y a los cuales se les aplicaba, desde ese momento, un régimen restrictivo respecto de las obras que en estos bienes se permitían, con el objeto de que los mismos desapareciesen una vez se extinguiesen las posibilidades razonables de vida de sus elementos —CARBALLEIRA RIVERA (2004: p. 12)—, o que al menos, cuando se expropiasen en el futuro, no vieran incrementado su valor de expropiación, manteniendo el uso que estuviesen desempeñando.

En el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 se recogió dicha figura de fuera de ordenación en términos análogos a lo previsto en la Ley de 1956 —artículos 60 y 61—. También en el Texto Refundido de 1992 —artículo 137— se reguló la situación de fuera de ordenación en similares términos que en las anteriores disposiciones, si bien se introdujo un importante matiz, al reconocerse al Plan la posibilidad de disponer de

(4) Este régimen de tolerancias, denominado por CUERNO LLATA (1997: p. 217) como «*permisividad intra plan*», permite el normal desenvolvimiento de las industrias que están en situación de fuera de ordenación hasta su desaparición, admitiéndose renovaciones y ampliaciones en las mismas, y cuya finalidad es el mantenimiento del tejido industrial y productivo a pesar de las modificaciones del planeamiento.

un régimen distinto al general establecido en la Ley, lo que la doctrina vino a denominar como la *deslegalización* de la figura. (5)

Por último, significadamente tras la sentencia del TC núm. 61/1997, han sido las Comunidades Autónomas las que, en sus respectivas legislaciones urbanísticas, han recogido el testigo iniciado en 1956 regulando la situación de fuera de ordenación. Pese a que el sustrato de la configuración de este régimen es prácticamente idéntico al artículo 48 de la Ley de 1956, lo cierto es que, tal y como veremos, las soluciones que cada Comunidad Autónoma ha adoptado en algunos de los aspectos más problemáticos cuenta con diferencias, en algunos casos sustanciales.

De cualquier modo, la característica esencial de este régimen de fuera de ordenación es, tal y como señala ARIÑO SÁNCHEZ (2000: p. 14 y sigs.), la de *«dar una respuesta a las situaciones transitorias generadas con motivo de la aprobación de un nuevo Plan»*, sin que ello *«suponga la demolición a costa del afectado de los edificios»*, sino que *«las limitaciones únicamente persiguen no incrementar el coste de expropiación o de indemnización por edificios o usos que deben desaparecer en virtud de un sistema de gestión urbanística»*.

Precisamente, la circunstancia de que la declaración de fuera de ordenación no implique su demolición inmediata (6), sino que se espera a la extinción natural de la construcción o instalación así calificada, manteniéndose su uso, es el factor clave que descarta su indemnizabilidad, como

(5) La denominada *deslegalización* del régimen de fuera de ordenación tuvo, ya en los años 70 (con anterioridad, por tanto, a que se previera en el texto de 1992), una buena acogida por la jurisprudencia, que se mostró receptiva al establecimiento por el Plan de un régimen complementario para los edificios de fuera de ordenación (sentencias del TS de 6 de octubre de 1975 y de 18 de septiembre de 1990), tal y como señala CUERNO LLATA (2006: p. 33). Esta deslegalización del régimen ha sido objeto de críticas centradas en el hecho de que el refundidor del texto de 1992 se hubiese excedido en su labor, por cuanto no había antecedente normativo al respecto y, sobre todo, en el riesgo de que el planificador, en uso de esta facultad, pudiese imponer un régimen más restrictivo que el general establecido en la Ley sobre los edificios que fueran calificados como de fuera de ordenación. Al respecto, puede consultarse a QUIRÓS ROLDÁN-ARENAS SALVATIERRA y ESTELLA LÓPEZ (2002: p. 26 y sigs.) y a RAMOS MEDRANO J. A. y M. P. (1996: pp. 106 y 110). En cualquier caso, la jurisprudencia optó por descartar la posibilidad de que el planificador instaurara un régimen más restrictivo que el legalmente establecido, tal y como señala LÓPEZ RAMÓN (2009: p. 129).

(6) Tal y como señala la sentencia del TS de 5 de diciembre de 1987 declarando que la fuera de ordenación *«permite la subsistencia de los mismos dentro de lo que pudiera considerarse plazo normal de vida de la construcción, prohibiendo desde luego, las obras de consolidación que alargarían artificialmente, más allá de lo en principio previsible, la vida natural de la edificación»*.

así ha señalado la jurisprudencia del TS en constantes pronunciamientos, declarando «*que el interés general es digno causante del sacrificio causado sobre la propiedad*» (7). Esta exclusión de indemnización ha tenido, además, reflejo positivo expreso en las Leyes de Suelo —artículo 237.2 del Texto Refundido de 1992, artículo 41 de la Ley del Suelo de 1998 y artículo 35.a) de la Ley del Suelo de 2008—.

El fundamento de esta no indemnizabilidad se encuentra, a juicio de CUERNO LLATA (1997: p. 203 y sigs.) en que el modelo de fuera de ordenación «*no afecta sustancial y directamente al derecho de propiedad, de forma que coarte su ejercicio, sino que produce una limitación o transformación del derecho, en atención a un interés público superior*», añadiendo que la pérdida de valor que se deriva de la aplicación del régimen de fuera de ordenación «*nada tiene de particular, sino que forma parte de la configuración estatutaria del derecho de propiedad, y sobremanera de la propia innovación del ordenamiento normativo dentro de un estado social de derecho (artículo 1.1 y 9.3 CE), pues lo contrario conduciría a la petrificación de un determinado status quo*» (8).

En cualquier caso, una vez se haya producido la calificación como fuera de ordenación de un determinado bien, se abren las dos siguientes posibilidades: (i) la liquidación de la incompatibilidad jurídica, legitimando la expropiación —con la consiguiente indemnización— o (ii) su congelación hasta su extinción natural (9).

En el primer supuesto —expropiación—, ningún problema se plantearía respecto del derecho de propiedad, por cuanto el propietario recibe un justiprecio en contraprestación a la pérdida de su bien, todo ello enmarcado en un procedimiento, el expropiatorio, que cuenta con las debidas garantías de audiencia y acceso a los recursos administrativos y judiciales (10).

(7) Tal y como señalan QUIRÓS ROLDÁN, ARENAS SALVATIERRA y ESTELLA LÓPEZ (2002: p. 88), citando sentencias del TS de 26 de diciembre de 1978, 13 de febrero de 1991 y 15 de abril de 1987.

(8) Cabe señalar al respecto de la no indemnizabilidad, la opinión, discordante con la línea general, de GALLEGU ANABITARTE —citada por CUERNO LLATA (1997: p. 206), quien defiende la indemnizabilidad de la fuera de ordenación por cuanto «*el nuevo plan es una verdadera expropiación larvada*». Sin embargo, es de destacar que se trata de una mera excepción, pues la práctica totalidad de la doctrina tolera —junto a la numerosísima jurisprudencia del TS al respecto— que la calificación de fuera de ordenación no sea objeto de indemnización, salvo que se produzca la expropiación del bien calificado como tal.

(9) MUNAR FULLANA (2005: p. 16).

(10) En cuanto a la valoración de los inmuebles incurso en fuera de ordenación, téngase en cuenta lo dispuesto en el artículo 22.4 de la Ley del Suelo de 2008, en el que se señala que

Sin embargo, el segundo supuesto, tal y como hemos visto, no conlleva indemnización, y ello pese a que queda *«profundamente debilitado un derecho dominical como consecuencia de las nuevas directrices, sobre todo en sus expectativas y en sus concretas realizaciones»* (11), justificándose el mismo en que al no implicar dicha calificación la inmediata desaparición del bien ni su condena como bien económico-social, el mismo seguirá existiendo y prestando el servicio —manteniendo su uso— para el que fue erigido hasta su desaparición, cuestión ésta que la jurisprudencia ha venido admitiendo con normalidad.

Pese a este razonamiento, resulta notorio que un bien que incurre en la situación de fuera de ordenación supone un fuerte sacrificio sobre los derechos dominicales de su propietario, no indemnizables, soportando desde el momento de su calificación una pérdida de valor inmediata y, en consecuencia, de utilidad. Así, tal y como señala MONFORT FERRERO (1996: p. 16) *«ninguna duda cabe acerca de la gravedad económica de las consecuencias que puede suponer esta nueva calificación, al acortar la vida de estos edificios o al condenarlo a una lánguida e inadecuada subsistencia, lo que lleva consigo una depreciación económica extraordinaria y una disminución en su capacidad crediticia, incluso con repercusión para el acreedor hipotecario, que al otorgar el préstamo lo hizo considerando el pleno valor del edificio»*.

Asimismo, cabe señalar que a este sacrificio derivado de la calificación como fuera de ordenación, se añade que se trata de un régimen profuso en conceptos jurídicos indeterminados (12). En este sentido, el ejemplo más perceptible al respecto es el relativo a conocer cuáles de las obras están permitidas y cuáles prohibidas en un bien calificado como tal. Así, pese a que existe una rica jurisprudencia sobre esta materia, la multitud de casos que pueden darse, lo difuso de los límites que marcan qué tipo de obra es la que se ejecuta y una aplicación muchas veces arbitraria por la Administración en el otorgamiento de las licencias, acaban aumentando considerablemente la incertidumbre en la que se deja a los propietarios

«la valoración de la edificaciones o construcciones tendrá en cuenta su antigüedad y su estado de conservación. Si han quedado incursas en la situación de fuera de ordenación, su valor se reducirá en proporción al tiempo transcurrido de su vida útil».

(11) MUNAR FULLANA (2005: p. 17), citando una sentencia del TS de 7 de febrero de 1986.

(12) Tal y como señalan MAGARIT CABALLÉ (2009: p. 126) o CARBALLEIRA RIVERA (2004: p. 40).

de esta clase de bienes (13). A ello se suma la existencia de numerosas lagunas y omisiones en la exigua regulación de este régimen, y es que, pese a haber transcurrido más de 50 años desde que se introdujese por vez primera en la Ley de 1956, no se ha conseguido, aún a día de hoy, depurar esta figura para que se adapte a las nuevas necesidades y riesgos del urbanismo actual.

III. EL INSTRUMENTO HÁBIL PARA LA DECLARACIÓN DE FUERA DE ORDENACIÓN Y LA NECESIDAD DE DECLARACIÓN EXPRESA. EFECTOS SOBRE EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

Al margen del sacrificio que sobre la propiedad supone la aplicación del régimen de fuera de ordenación hay otras cuestiones, no siempre ponderadas justamente por la doctrina y la jurisprudencia, que ahondan en la *fisura* ocasionada sobre los derechos dominicales afectados. Una de ellas la constituye la problemática referida a qué instrumento urbanístico es el adecuado para declarar el régimen de fuera de ordenación o, siendo más precisos, qué tipo de plan puede señalar la incompatibilidad de una determinada edificación o instalación.

Originalmente, tanto en la Ley del Suelo de 1956 como en el Texto Refundido de 1976, se aludía de manera expresa a los planes generales y parciales como los habilitados para tal fin, siendo el Texto Refundido de 1992 el que señaló, de forma genérica, que la aprobación del planeamiento urbanístico determinaba la aplicación del régimen de fuera de ordenación, sin distinguir, por tanto, cuál o cuáles de estos planes urbanísticos estaban facultados.

(13) Acerca de qué obras están permitidas en un bien calificado como fuera de ordenación —por encuadrarse dentro de las categorías de obras de reparación para la higiene, el ornato, la conservación, etc.—, y de cuáles están prohibidas —por tratarse de obras de consolidación, aumento de volumen, modernización, etc.—, son varios los estudios jurisprudenciales que se encuentran en la doctrina, a través de los cuales se examina con rigurosidad la rica casuística emitida por los Juzgados y Tribunales en la aplicación práctica de esta materia. En consecuencia, se omite en el presente estudio cualquier alusión al respecto. No obstante, se citan algunos de los autores que lo han tratado: CUERNO LLATA (1997: p. 224 y sigs.); ROLDÁN, ARENAS SALVATIERRA y ESTELLA LÓPEZ (2002: p. 142 y sigs.); MAGARIT CABALLÉ (2009: p. 126 y sigs.); ARIÑO SÁNCHEZ (2000: p. 29 y sigs.) o CARBALLEIRA RIVERA (2004: p. 35 y sigs.).

Este planteamiento *extensivo* del Texto de 1992 —que señala genéricamente al planeamiento urbanístico— es el adoptado en la mayoría de las legislaciones autonómicas, si bien este criterio no ha sido unánime, por cuanto de la lectura de los preceptos sobre la materia previstos en las normativas de Cantabria —artículo 88.2 de la Ley 2/2001, de 25 de junio—, Castilla-La Mancha —artículos 24 y 42 del Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre— y las Islas Baleares —artículo 1 de la Ley 8/1988, de 1 de julio—, parece inferirse que el único instrumento habilitado con el fin de declarar un bien como fuera de ordenación es el plan general.

Tampoco la doctrina ha adoptado una posición unánime a este respecto. En este sentido, QUIRÓS ROLDÁN, ARENAS SALVATIERRA y ESTELLA LÓPEZ (2002: p. 48 y sigs.) juzgan, apoyándose en alguna sentencia del TS, que, al margen del planeamiento general, los planes parciales, especiales, e incluso, si bien con reservas, las normas complementarias y los proyectos de delimitación del suelo urbano, se encuentran habilitados para declarar la aplicación del régimen de fuera de ordenación sobre un determinado bien. Por el contrario, CARBALLEIRA RIVERA (2004: p. 29) —citando también jurisprudencia del TS— afirma que «*el instrumento urbanístico habilitado para calificar los edificios e instalaciones en situación de fuera de ordenación es el Plan General de Ordenación Municipal*» y que «*en ningún caso se acepta el planeamiento de desarrollo como vía válida para establecer o modificar el régimen jurídico de los edificios fuera de ordenación*», opción de la que se hace eco, asimismo, MAGARIT CABALLÉ (2009: p. 108).

Al margen de discusiones doctrinales, lo cierto es que el legislador autonómico abrumadoramente, tal y como hemos visto, ha escogido la opción de aludir genéricamente al planeamiento urbanístico, sin especificar expresamente que sólo resulta hábil el general, por lo que, a mi juicio, ningún problema habría en la actualidad para que, en dichas Comunidades Autónomas, puedan declarar la aplicación del régimen de fuera de ordenación los instrumentos de desarrollo urbanístico (planes parciales, especiales, etc.).

Ahora bien, esta posibilidad, en mi opinión, plantea no pocos problemas, sobre todo relacionados con el principio de seguridad jurídica —artículo 9.3 de la CE—. En este sentido, téngase en cuenta que el plan general constituye el máximo instrumento de ordenación urbanística municipal, a través del cual clasificar y calificar la totalidad del suelo del

municipio, señalándose el régimen jurídico aplicable a cada clase y categoría de suelo. Precisamente esta característica esencial del planeamiento general es la que genera la expectativa en el administrado de que, una vez aprobado este instrumento, va a poder conocer la situación legal acerca de los derechos y obligaciones que tiene respecto de un determinado predio y los edificios o construcciones que sobre él se asienten. La circunstancia de que el régimen de fuera de ordenación no deba quedar necesariamente definido en el plan general y que, por tanto, pueda resultar pendiente de un desarrollo posterior por otro plan de inferior jerarquía —sin ni siquiera certeza sobre su plazo de elaboración— somete a la propiedad a un estado de pendencia intolerable, que inevitablemente socava el principio de seguridad jurídica, tan esencial, por otra parte, en el mercado inmobiliario.

A mayor abundamiento, existen otros factores que reafirman la conveniencia de que sea el plan general el que en exclusiva declare las situaciones de fuera de ordenación como, por ejemplo, la mayor publicidad de la que goza la tramitación del plan general o que éste instrumento sea objeto de control autonómico —a través del trámite de aprobación definitiva—. Respecto a este último, téngase en cuenta que el planeamiento de desarrollo no siempre es objeto del mismo —a salvo de los informes preceptivos y de procedimientos extraordinarios de revisión—, por lo que ante situaciones ilícitas que se deriven de la aplicación arbitraria o desproporcionada del régimen de fuera de ordenación, no va a surgir la oportunidad de que sea examinada por las Comisiones o Consejos autonómicos competentes, perdiéndose así la oportunidad de que una segunda instancia administrativa pueda examinar la licitud de tal calificación, y obligando a los posibles afectados a la situación siempre indeseada —por costosa en tiempo y dinero, y por la incertidumbre que siempre entraña— de recurrir a los Tribunales (14).

(14) Si bien resulta necesario precisar que este control autonómico sobre el planeamiento municipal tiene un importante límite, el de la autonomía local, el cual restringe el alcance del mismo, sobre todo cuando se trata del modelo de crecimiento escogido por el municipio (control de oportunidad). No obstante, podemos entender que un abuso en el uso de la figura de la fuera de ordenación que constituyese una intromisión ilegítima sobre los derechos dominicales de los propietarios afectados sí que sería controlable por la administración autonómica, por cuanto estaríamos ante un examen que entraría dentro del *bloque de legalidad* fiscalizable, precisamente por afectar al derecho a la propiedad que tiene reconocimiento constitucional (artículo 33 de la CE). A este respecto, tal y como señala ENÉRIZ OLAECHEA (1989: p. 209), mediante el control de legalidad «se examina la conformidad del Plan con el ordenamiento jurídico en sus aspectos tanto formales como materiales».

Ahora bien, el reconocimiento al plan general como el único instrumento capaz de declarar la aplicación del régimen de fuera de ordenación, podría producir situaciones del todo indeseables por cuanto, en ocasiones, es en el momento de establecer la ordenación pormenorizada —ámbito típico del planeamiento de desarrollo— cuando se estipula la aplicación de este régimen —por ejemplo, con la fijación de las alineaciones y rasantes—. En estos casos, es inevitable que se le reconozca a este tipo de planeamiento la posibilidad de calificar como fuera de ordenación a determinadas construcciones e instalaciones, bajo el riesgo de inhabilitar estos instrumentos al obligar al planeamiento general para que recoja toda la ordenación pormenorizada del municipio, lo cual resultaría del todo irracional e inadecuado (15).

Por contra, la aplicación del régimen de fuera de ordenación por instrumentos de planeamiento de desarrollo presenta algunas disfunciones, tal y como ha quedado expuesto *supra*. Por ello, en aquellos casos en los cuales se haga inevitable la concreción ulterior a través de este planeamiento de desarrollo, debería establecerse la obligación de que el plan general prevea los ámbitos concretos donde pueda darse esta circunstancia, fijando unas bases o reglas que eviten su abuso posterior. Así, se permitiría que los propietarios pudiesen conocer, al menos, algunos extremos de la situación futura de sus bienes. Se consigue así un *doble objetivo*: (i) Por una parte, se evita que el propietario quede *desvalidado* ante el desarrollo posterior de ámbitos en los que sea previsible que se dé la fuera de ordenación, y (ii) además se impide que, en tanto en cuanto el planeamiento de desarrollo se apruebe, se ejecuten obras que aumenten el coste futuro de las expropiaciones o alarguen la vida útil de las construcciones e instalaciones afectadas, lo cual inhabilitaría la funcionalidad y finalidad del régimen de fuera de ordenación.

Por otra parte, y ligado a esta materia, nos encontramos con otro aspecto problemático en la situación de fuera de ordenación: el relativo a si resulta necesario que en el plan urbanístico se declare de forma expresa y específica para cada inmueble que ha incurrido en fuera de

(15) Además, resulta necesario añadir que, si bien la jurisprudencia aplica de forma generalizada el principio de jerarquía entre planes, algún autor proclama que el plan general no puede recoger regulaciones reservadas a planes de inferior jerarquía. En este sentido, LÓPEZ RAMÓN (2009: p. 116) afirma que «permitir que el Plan General afirme su superioridad en contenidos propios de los Planes Parciales o Especiales es infringir la Ley que establece tal régimen jurídico, y si hay una superioridad jerárquica indiscutible es la de la Ley frente a los planes».

ordenación, o por el contrario esta calificación será automática e implícita en cuanto la construcción o instalación resultara incompatible con la nueva ordenación, sin necesidad, por tanto, de relacionar todos y cada uno de los bienes afectados.

En este campo, tampoco la doctrina ha mantenido una posición unívoca. Así, un primer grupo, entre los que se encuentran QUIRÓS ROLDÁN, ARENAS SALVATIERRA y ESTELLA LÓPEZ (2002: p. 84 y sigs.), manifiestan que, si bien del tenor literal de los sucesivos textos legales que han regulado la materia *«parece dar la impresión de que es necesario un procedimiento administrativo específico destinado a otorgar dicha calificación a un inmueble concreto»*, no se precisa de una declaración expresa (16), fundándose en que implicaría un aumento de la complejidad en la redacción del planeamiento, proponiendo, a cambio, que se establezca un *«procedimiento a posteriori tendente a que dicha calificación se pudiera impulsar, bien a instancia de parte [...] bien a instancia de la Corporación Municipal, cuando ésta lo estime conveniente»* (17).

No obstante, al margen de esta posición doctrinal y jurisprudencial, existe una importante línea doctrinal —que CUERNO LLATA (2006: pp. 31 y 32) identifica como *«la más señalada»* (18)—, que se muestra proclive

(16) Solución ésta que resulta coherente con la jurisprudencia, significadamente las sentencias del TS de 17 de febrero de 1981 y de 30 de septiembre de 1975, las cuales señalaron que para que a un edificio o instalación se le considerase como fuera de ordenación bastaba su disconformidad con el plan vigente, sin necesidad, en consecuencia, de declaración expresa en tal sentido.

(17) Y es precisamente esta la solución adoptada en las legislaciones urbanísticas de algunas Comunidades Autónomas, en concreto en Cantabria y Navarra. Así, el artículo 88.2 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Cantabria, establece, en primer lugar, que el plan general debe relacionar expresamente los edificios e instalaciones calificados como fuera de ordenación o, al menos, recoger los criterios objetivos que permitan su identificación. En su defecto, se prevé la apertura de un expediente de oficio o a instancia de parte, en el que se resolverá cuando alguna instalación resultase claramente disconforme con las previsiones del plan si incurre o no en la situación de fuera de ordenación. Por su parte, la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Navarra, adopta una posición similar, si bien omite la fijación de los criterios objetivos y, en caso de apertura de expediente, prevé la posibilidad de que éste se resuelva declarando la fuera de ordenación u ordenando la modificación de las previsiones del planeamiento. La *solución navarra* parece destinada a paliar los errores que en ocasiones se encuentran en el grafiado de los planos incluidos en el planeamiento urbanístico, sobre todo cuando afecta a grandes municipios. Así, no resulta extraño, dado las escalas con las que se trabaja en la elaboración de dichos planos, que una determinada alineación acabe afectando a determinados edificios que, en realidad, se ajustan a la verdadera voluntad del planificador.

(18) De este debate dogmático en el que se identifican dos posiciones contrapuestas —los que abogan por la declaración expresa, y los que se muestran contrarios a tal opción—, puede

a que el planeamiento urbanístico contenga una declaración expresa de las construcciones e instalaciones afectadas por la situación de fuera de ordenación. Con esta elección, resulta evidente que se garantizaría una apropiada seguridad jurídica respecto de los propietarios que estarían al tanto de la situación urbanística de sus bienes inmuebles y el régimen jurídico que les sería de aplicación desde la aprobación del nuevo plan, y que, además, debería ser notificada expresa e individualmente a cada propietario afectado, existiendo en la actualidad medios técnicos para ello (19).

Asimismo, con esta posibilidad se limitaría otro de los problemas generados por la aplicación del régimen de fuera de ordenación: el relativo a la deficiente coordinación entre la situación jurídico-urbanística de un bien inmueble y la información con la que se cuenta en el Registro de la Propiedad respecto de ese bien, por cuanto si existiese una declaración expresa de cada bien calificado como fuera de ordenación, sería fácilmente trasladable esta condición al Registro. De esta manera, se equilibraría la obligación legal impuesta al propietario que desea vender un terreno afectado por este régimen, de hacer constar en el título de enajenación el hecho de que su bien está calificado como fuera de ordenación, y cuya omisión faculta al adquirente a instar la resolución del contrato (20). Además, se pondría remedio a una situación aún más delicada —y que no se halla cubierta por la antedicha garantía que sólo alcanza a los terrenos—, que concierne al particular que adquiere una vivienda sin saber que ésta

verse a CUERNO LLATA (1997: p. 210 y sigs.), quien identifica resumidamente ambas líneas y los autores que las sustentan.

(19) Desde una perspectiva más civilista, caben destacar las palabras al respecto de MONFORT FERRERO (1996: p. 22), quien afirma que *«en nuestra opinión sería deseable que la aplicación del régimen de fuera de ordenación requiriera una expresa declaración en la que se determinase la extensión e intensidad de la disconformidad, previa formación del expediente con audiencia de los interesados y susceptible de ser recurrida»*. A mi juicio, la última de las garantías señaladas por esta autora debería insertarse —y sin perjuicio de recurso posterior— dentro del procedimiento normal de tramitación de los planes y, más en concreto, dentro del trámite de información pública, exigiéndose una notificación expresa a cada particular afectado.

(20) Esta obligación está prevista en el artículo 19.2 de la Ley del Suelo estatal de 2008, y su infracción *«faculta al adquirente para rescindir el contrato en el plazo de cuatro años y exigir la indemnización que proceda conforme a la legislación civil»* —artículo 19.3—. Téngase en cuenta, además, que se trata de una *«responsabilidad objetiva»*, tal y como señala DE VERDA Y BEAMONTE (2000), por lo que, con independencia de que el vendedor conozca o no que su bien está afectado por la situación de fuera de ordenación —nótese que no siempre la aplicación del régimen resulta fácilmente cognoscible—, responderá, rescindiéndose el contrato y, lo que resulta más grave a mi juicio, responderá de los daños y perjuicios causados.

se encuentra en el *limbo* jurídico que supone la aplicación del régimen de fuera de ordenación (21).

En cuanto a la realidad positiva, si bien existen normativas autonómicas que estipulan la necesidad de que la calificación de fuera de ordenación sea expresa, lo cierto es que no por ello la jurisprudencia ha dejado de aplicar la declaración implícita en ausencia de aquélla. Es el caso de la legislación balear —Ley 8/1988, de 1 de julio—, en cuyo artículo 1 se dispone que «*los planes generales municipales de ordenación o, si es el caso, las normas subsidiarias de planeamiento municipal, deben señalar, específica y claramente, los edificios y las instalaciones que queden calificados como fuera de ordenación*». Pese a lo tajante que resulta esta disposición, tal y como señala MUNAR FULLANA (2005: p. 46), existe jurisprudencia del TSJ de Baleares que se manifiesta en el sentido de que «*en definitiva, son edificios fuera de ordenación aquellos que la Ley indica que lo son, no únicamente aquellos que el Plan se ha preocupado de relacionar*».

A mi juicio, y partiendo de la dificultad que entrañaría la declaración expresa en el planeamiento de cada caso afectado, si que debiera exigirse, al menos, que el planificador tratase de identificar la más meticulosa definición de las construcciones e instalaciones calificadas como fuera de ordenación y, en su defecto o de forma complementaria, estableciese los criterios que permitiesen al particular conocer fácilmente si su bien se encuentra o no afectado. En cualquier caso, y de modo similar a las legislaciones navarra y cántabra, debería preverse la facultad de que el propietario afectado pudiese iniciar un procedimiento administrativo, ágil y con audiencia del interesado, que determinase la aplicación o no del régimen de fuera de ordenación.

Al margen de este esfuerzo del planificador, se deberían fijar, tal y como se ha señalado con anterioridad, los procedimientos adecuados para que en las ocasiones en que un determinado bien haya sido calificado

(21) A esta situación, muy común por cierto en la aplicación de la legislación de costas, siempre se podrá aducir que el particular afectado puede acudir a la vía civil para resarcirse de su evidente daño. Sin embargo, cuando se trata de una situación tan generalizada en algunos ámbitos territoriales —quizás la situación del municipio de Marbella sea la más paradigmática en este sentido—, este argumento decae dada la palmaria descompensación de medios y recursos entre el perjudicado y el causante del daño, y la evidente incertidumbre que implica siempre el acceso a un procedimiento judicial.

expresamente como fuera de ordenación, esta información se traslade de oficio a la hoja registral de la finca afectada para el conocimiento de terceros. Así, se reafirmaría la misión encomendada al Registro de la Propiedad consistente, en palabras de MERINO ESPINAR, de dotar «*de seguridad al tráfico jurídico inmobiliario, dando información a todo el que consulte el contenido de sus asientos no solo de la titularidad y descripción de la finca interesada sino también de su calificación y régimen urbanístico*» (22).

IV. LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN A LAS CONSTRUCCIONES ILEGALES

Una de las situaciones más injustas que se hallan en el estudio de la institución de fuera de ordenación es el referido a la aplicación, por analogía, de este régimen a las construcciones que, habiendo sido erigidas en contra de lo dispuesto en el planeamiento urbanístico o territorial —es decir, obras ilegales—, son reconducidas a esta figura una vez que han transcurrido los plazos en los cuales los municipios podían actuar ordenando la demolición de lo ilícitamente ejecutado —generalmente, cuatro años—.

(22) MERINO ESPINAR (2005: p. 76). Por esta autora se refiere además que «*cualquier acto administrativo que pudiera afectar a las facultades jurídicas que ostentan los titulares del dominio o de derechos reales sobre las fincas, a su régimen de disfrute, transformación o transmisión, deberá consignarse en el folio registral abierto a ellas para conocimiento de cualquier interesado*» —en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1.8 del Real Decreto 1.093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística—. Dentro de esta disposición reglamentaria podría encuadrarse el acto expreso de declaración de un bien como fuera de ordenación y, en consecuencia, ser inscribible en el Registro. No obstante lo anterior, no pueden obviarse las evidentes dificultades que existen en el acto de *volcar* la información y régimen que se deriva del planeamiento en el Registro de la Propiedad, tal y como señala ARNÁIZ EGUREN (2001: p. 25 y sigs.). Atendiendo a esta dificultad, parecen muy positivas medidas como la prevista en el artículo 103.3 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Ambiente Rural de Galicia, en el que se impone la obligación de que el Ayuntamiento comunique al Registro de la Propiedad las limitaciones y condiciones especiales en la concesión de las licencias en edificaciones fuera de ordenación. Otra medida que coadyuva en la necesaria coordinación entre el Registro de la Propiedad y el planeamiento urbanístico, se encuentra en la posibilidad, reconocida en el artículo 19.4 de la Ley del Suelo de 2008, de que el Notario pueda solicitar información sobre la situación urbanística de una parcela o finca, con ocasión de la autorización de una escritura pública, sobre dicho bien. Dicha información, incorporada a la escritura, podría tener así fácil acceso al Registro.

Esta aplicación analógica entre dos fenómenos disímiles —uno nace de la reprochable ilegalidad urbanística, y la otra surge por una disconformidad sobrevenida con el planeamiento no achacable al propietario—, es consecuencia de la interpretación jurisprudencial (23), tal y como señalan QUIRÓS ROLDÁN, ARENAS SALVATIERRA y ESTELLA LÓPEZ (2002: p. 61 y sigs.), quienes excluyen, eso sí, la analogía en aquellos supuestos en los que *«la edificación se haya alzado sobre zonas verdes, suelo no urbanizable protegido o espacios libres, pues en estos casos no rige el límite temporal de cuatro años [...] al no poderse en modo alguno subsanarse esta ilicitud urbanística por constituir una infracción de orden público [...]»*.

Dicha analogía ha sido aceptada por gran parte de la doctrina; a estos efectos, y al margen de los autores anteriormente señalados, se muestran a favor de esta interpretación jurisprudencial BLANCO NESPEREIRA (1997: p. 62) o MONFORT FERRERO (1996: p. 25), quienes la asumen sin críticas aparentes e incluso se hacen eco del hecho de que ciertas normativas autonómicas hubiesen previsto esta analogía en su articulado (24).

(23) Si bien ARIÑO SÁNCHEZ (2000: pp. 14 y 15) señala la existencia de jurisprudencia contraria a esta aplicación por analogía.

(24) Es el caso de QUIRÓS ROLDÁN, ARENAS SALVATIERRA y ESTELLA LÓPEZ (2002: p. 61 y sigs.), quienes señalan que la legislación navarra —la, entonces vigente, Ley Foral 10/1994, de 4 de julio en su artículo 263 (en la actualidad, la Ley Foral 35/2002, no contempla este supuesto)—, o la balear, a través de su artículo 2 de la Ley 8/1988, de 1 de junio, refieren este supuesto. En cuanto a esta última, se incurre, sin embargo, en un error, pues de la lectura de este artículo 2 no se infiere, ni mucho menos, que se les aplique a las edificaciones ilegales el mismo régimen que a las edificaciones que no son consecuencia de la ilegalidad, tal y como se verá más adelante. En la actualidad, otras muchas legislaciones autonómicas amparan expresamente esta posibilidad. Es el caso de Cataluña y Asturias, que prevén la aplicación analógica de la fuera de ordenación a las construcciones ilegales cuyo plazo para instar su demolición haya prescrito. Así, en Asturias se encuentra regulada en el artículo 107.4 del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, en cuya virtud *«también se considerarán como fuera de ordenación las construcciones e instalaciones disconformes con el planeamiento respecto de las cuales la administración no pueda adoptar, por haber transcurrido los plazos legales, ninguna medida de protección y restablecimiento de la legalidad urbanística»*. En estos casos, se prohíbe realizar cualquier obra de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de valor de expropiación —excepcionalmente autorizables cuando se aplica el régimen de fuera de ordenación común (artículo 103.3)—, aplicándose para el resto de obras el régimen general de la institución. En cuanto a Cataluña, se prevé la analogía en el artículo 102.7 del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por cuanto *«las construcciones y las instalaciones a las cuales no se puedan aplicar las medidas de restauración reguladas por el capítulo II del título séptimo y que no se ajusten al planeamiento están en situación de fuera de ordenación o de disconformidad, según corresponda en aplicación de los apartados 1 a 6. En todos los casos, quedan fuera de ordenación las edificaciones implantadas ilegalmente en suelo no urbanizable»*. También la legislación vasca prevé este supuesto —artículo 224.4 de la Ley 2/2006, de 30 de junio—, si bien matiza que, en estos casos, se requerirá la aprobación de un proyecto de

No obstante, otros autores como CARBALLEIRA RIVERA (2004: p. 27) critican, a mi juicio acertadamente, la equiparación jurídica de ambos supuestos, refiriendo que se trata de «*situaciones diametralmente opuestas y conductas particulares que distan mucho en su origen sin que el plus infractor que conlleva las obras ilegales sea penalizado en su justa medida o, mutas mutandi, sin que se valore el sometimiento a la legalidad y posterior perjuicio que sufre el propietario de un edificio fuera de ordenación*».

En mi opinión, el error se encuentra en considerar que si a las edificaciones ilegales, una vez transcurridos los plazos previstos para instar las medidas de restablecimiento de la legalidad, no se les aplica el régimen de fuera de ordenación, van a contar con un tratamiento jurídico más favorable que si se aplicase dicho régimen. En este sentido, a modo de ejemplo, puede transcribirse la sentencia del TS de 5 de diciembre de 1987, al declarar —FJ 4— que:

«En una situación análoga a la descrita han de quedar aquellas construcciones que naciendo ya en la ilegalidad no van a poder ser destruidas por haber transcurrido el plazo durante el cual la Administración puede ordenar la demolición —artículos 184 y siguientes del Texto Refundido—. Estos edificios —o la parte correspondiente de los mismos— no quedan legalizados por el transcurso del tiempo: a pesar de la imposibilidad de restaurar el orden jurídico perturbado mediante la demolición, las obras continúan siendo ilegales, no son susceptibles de legalización, quedando en una situación de persistencia tolerada, pero con los mismos límites del régimen de “fuera de ordenación”, aplicable por analogía. Resultaría absurdo que obras ilegales ab initio fueran de mejor condición que las hechas legalmente aunque con posterioridad, por modificación del planeamiento, hayan devenido fuera de ordenación».

Esta exégesis, de igual forma aceptada por parte de la doctrina (25), resulta a mi juicio equivocada, y es que, *a priori*, ninguna edificación ilegal, aún habiendo transcurrido los plazos para instar su demolición, va a obtener un tratamiento similar a la de una edificación construida legalmente, y por tanto no es cierto que vaya a adquirir un *status* más favorable que el aplicable a un bien calificado como fuera de ordenación.

legalización de forma previa a cualquier acto que implique la reforma, ampliación o consolidación del inmueble afectado. El objeto de este proyecto es el de contemplar «*el conjunto de medidas necesarias para la eliminación o, en todo caso, reducción del impacto en los servicios urbanísticos, dotación de espacios públicos u otros análogos*».

(25) MONFORT FERRERO (1996: p. 25).

Así, el propietario de una edificación de las consideradas ilegales no va a poder ejecutar, sin incurrir en otra infracción urbanística, obras de conservación, higiene u ornato, que sí se encuentran permitidas expresamente en caso de construcciones declaradas en situación de fuera de ordenación legítimamente.

En este sentido, téngase en cuenta que hasta para la ejecución de obras menores se exige la obtención de licencia urbanística, y que éstas, desde un punto de vista conceptual, se constituyen como actos que limitan su función a la declaración de un derecho preexistente, reconocido precisamente en el planeamiento urbanístico. Este requisito se convierte en un imposible en el caso de las edificaciones ilegales, por cuanto la solicitud de cualquier tipo de licencia para ejecutar una obra en estos edificios no encontraría amparo en ningún instrumento urbanístico. En consecuencia, y en contra de la jurisprudencia mayoritaria sobre la materia, no es cierto que las obras ilegales, aún habiendo transcurrido los plazos para instar su demolición, fueran a recibir un trato más favorable que aquellas edificaciones e instalaciones que incurrieran en disconformidad con el planeamiento de forma sobrevenida (fuera de ordenación), pues en éstas, al menos, van a poder ejecutarse una serie de obras de conservación, higiene u ornato, mientras que en aquéllas no.

Esta es precisamente la solución adoptada tempranamente por la norma balear —Ley 8/1988, de 1 de julio, sobre Edificios e Instalaciones Fuera de Ordenación—, en la que, si bien en un principio dispone que los edificios e instalaciones erigidas ilegalmente en los que hayan transcurrido los plazos de intervención administrativa tienen la condición de fuera de ordenación —artículo 2.1—, lo cierto es que, a continuación —apartados 2 y 3 de dicho artículo—, les aplica un régimen sensiblemente más riguroso que al general de fuera de ordenación, pues impide que en estos bienes se ejecuten obras de cualquier tipo (incluidas las que sí están permitidas en el régimen general de fuera de ordenación), determinando, además, que los mismos «no podrán obtener la contratación de los servicios de suministro de energía eléctrica, gas, agua, alcantarillado y teléfono».

La adopción de la *solución balear* en las restantes normativas urbanísticas autonómicas se antoja, a mi juicio, en la más justa y proporcionada, con el fin de poner coto a una situación que parece beneficiar al ciudadano infractor. Con la total prohibición de ejecutar cualquier tipo

de obra, reparación o reforma en las construcciones ilegales, así como la imposibilidad de contratar cualquier suministro básico para obtener un uso y disfrute del bien con unas mínimas condiciones de bienestar e higiene —requisito éste fácilmente controlable a través de una normativa rigurosa respecto de las empresas suministradoras—, se forzaría y aceleraría la efectiva desaparición de la construcción ilegal.

V. LOS CAMBIOS DE USO EN LOS EDIFICIOS EN FUERA DE ORDENACIÓN

En líneas anteriores ya se ha señalado que las restricciones que se derivan del régimen de fuera de ordenación alcanza a las obras que pueden ejecutarse en los edificios e instalaciones así calificados, manteniéndose, no obstante, los usos a los que un determinado bien estuviese destinado. A este respecto, de conformidad con el tenor literal de las disposiciones estatales —Ley de 1956 y Textos Refundidos de 1976 y 1992—, la situación de fuera de ordenación se refería únicamente a los edificios e instalaciones, omitiendo alusión alguna a los usos, de tal manera que, tal y como señala LÓPEZ RAMÓN (2009: p. 130), *«las limitaciones que derivan de este régimen jurídico se refieren sólo a obras, sin restricción de los usos que lícitamente se estuvieran llevando a cabo en el inmueble»*.

Por ello, la jurisprudencia ha optado por extender el régimen jurídico aplicable a la fuera de ordenación —en lo concerniente a su permanencia en el tiempo hasta su extinción natural— a los usos que se desarrollan en un edificio o instalación calificado como tal, cuestión ésta lógica por cuanto, como declara la sentencia del TS de 7 de junio de 1988 —FJ 3—, *«la modificación de la ordenación urbanística no provoca una demolición de la construcción o un cese inmediato del uso que contraviniera aquélla, es decir, no se acelera su fin, pero como no se permite la consolidación o modernización tampoco se dilata artificialmente ese fin. Se trata en definitiva de respetar el plazo de vida natural ni adelantar ni retrasar su muerte»*. Obviamente, en un edificio o instalación que haya devenido en fuera de ordenación, poco importaría que se permitiesen ejecutar obras de conservación y esperar a su desaparición física de forma natural si el uso para el que fue previsto —y seguramente diseñado— fuera restringido. Es por ello que dicha sentencia del TS acababa concluyendo que *«la regulación establecida en nuestro Derecho positivo como régimen jurídico*

específico para los supuestos de fuera de ordenación se extienden no sólo a las construcciones en si mismas sino también a los usos».

A mayor abundamiento, téngase en cuenta que si bien la aplicación a un determinado edificio del régimen de fuera de ordenación no es objeto de compensación económica —como ya se ha señalado—, sí que resultarían indemnizables, en cambio, las limitaciones sobre su uso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 35.a) —2º párrafo— de la Ley de Suelo estatal de 2008 (26).

Sobre esta importante cuestión, en nada habría de variar el hecho de que, en los últimos años, algunas legislaciones autonómicas aludan a que los usos también pueden ser declarados fuera de ordenación. Es el caso, por ejemplo, del artículo 49.3.f) de la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Navarra; el artículo 75.1 de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Aragón o el artículo 102.1, del Decreto 1/2005, de 26 de julio, de Cataluña. En estos casos, el régimen a aplicar seguiría siendo el mismo que el normal de fuera de ordenación, pues cualquier limitación que supusiese la extinción del uso lícitamente ejercido en virtud de un plan anterior, sería indemnizable a tenor de la antedicha disposición estatal.

Sentado lo anterior, sí que podría plantear algún problema jurídico, en cambio, la cuestión de si son autorizables cambios de uso en ese tipo de bienes que, resultando incompatibles con las determinaciones del nuevo planeamiento, fuesen autorizables conforme al anterior plan, bajo cuya vigencia se erigió el edificio en cuestión.

Al respecto de esta situación, QUIRÓS ROLDÁN, ARENAS SALVATIERRA y ESTELLA LÓPEZ (2002: p. 122 y sigs.), plantean la siguiente solución, declarando que *«para aceptar un nuevo uso en un edificio fuera de ordenación, se han de dar cumulativamente estos requisitos: 1º) que el uso a autorizar no requiera la ejecución de obras prohibidas en el edificio de fuera de ordenación, y 2º) que el citado uso o viniera autorizado por la anterior legislación —la que existía cuando se erigió el edificio— o sea compati-*

(26) Así, este precepto señala que *«las situaciones de fuera de ordenación producidas por los cambios en la ordenación territorial o urbanística no serán indemnizables, sin perjuicio de que pueda serlo la imposibilidad de usar y disfrutar lícitamente de la construcción o edificación incurra en dicha situación durante su vida útil».* Esta disposición está dictada en base a competencias exclusivas del Estado, tal y como recoge la Disposición Final Primera —punto 3— y, en consecuencia, de general aplicación en todo el territorio español.

ble con el que prevé el planeamiento vigente al momento de petición de licencia».

Con esta propuesta se ampararía que un edificio, aún estando en situación de fuera de ordenación, pudiera disfrutar del uso o usos para el que fue previsto, aunque éstos no hubiesen sido aún materializados en el instante de aprobarse el nuevo plan, y hasta la extinción natural del bien. Sin embargo, no es esta una situación pacífica en la doctrina; así, BLANCO NESPEREIRA (1997: p. 71) manifiesta que el nuevo uso debe ser conforme con la nueva ordenación.

Tampoco la jurisprudencia aporta una respuesta unívoca, encontrándose a este respecto soluciones contradictorias (27). A tales efectos, la sentencia del TS de 11 de febrero de 1989 avala la tesis de permitir cambios de uso aún siendo incompatibles con la nueva ordenación, al declarar —FJ 2— que en *«los edificios e inmuebles construidos y declarados fuera de ordenación como consecuencia de la modificación del planeamiento urbanístico mantienen en tanto no se ejecute o impida el desarrollo de las nuevas previsiones potencialmente el uso autorizable según la normativa anterior por aplicación analógica del artículo 60 de la Ley del Suelo»*. Por el contrario, otras sentencias —también del TS— exigen que para otorgar licencias para un nuevo uso en un edificio calificado como fuera de ordenación resulta necesario que el nuevo uso sea conforme con lo prescrito en el nuevo plan (sentencias del TS de 3 de mayo de 1990 y de 7 de febrero de 1995).

Como se evidencia, los supuestos de cambios de uso en edificios o instalaciones en situación de fuera de ordenación plantea no pocos problemas, incluyendo *desconcertantes* declaraciones contradictorias del TS, por lo que deberían aportarse soluciones que pusiesen coto a dicha confusión.

En este sentido, la legislación catalana sí que presenta un régimen ciertamente novedoso en lo concerniente al régimen de cambio de usos en los edificios o instalaciones que se encuentren en la situación de fuera de ordenación. Más en concreto, el artículo 102.3 del Decreto Legislativo 18/2005, de 26 de julio, dispone que *«los cambios de uso de las construcciones y las instalaciones que están fuera de ordenación se pueden*

(27) Y así lo señala CUERNO LLATA (1997: pp. 232 y 233), realizándose por este autor un análisis de la dos líneas jurisprudenciales que se encuentran al respecto.

autorizar en los supuestos y las condiciones reguladas en el artículo 53.5» —remisión efectuada a los usos y obras de carácter provisional—. En consecuencia, no se distingue si el uso resulta o no conforme con el nuevo plan, tan solo se asegura que en caso de extinción futura de la nueva licencia de uso, el propietario no va a recibir indemnización, precisamente por contar la autorización con la cualidad de provisional (28). Por otro lado, y como cierre de lo anterior, el apartado 5º de este artículo 102 establece que los usos preexistentes pueden mantenerse, siempre y cuando no sean incompatibles con el nuevo planeamiento. Ahora bien, esta *incompatibilidad* debe ser interpretada, a mi juicio, como una disconformidad grave entre el uso preexistente y el actual previsto, pues de otro modo estaríamos ante un régimen bastante más riguroso que el normal aplicable e implicaría, indefectiblemente, el supuesto indemnizatorio previsto en el artículo 35.a) de la Ley de Suelo 2008 —que señala la indemnizabilidad de las restricciones de uso de una edificación que ha devenido en fuera de ordenación— (29).

En definitiva, sería conveniente que en las legislaciones autonómicas, siguiendo la *solución catalana*, se incluyeran disposiciones conducentes a la resolución de los conflictos generados en el cambio de uso de los edificios e instalaciones que se encuentren en situación de fuera de ordenación. Desde luego, el punto de partida debe ser el de mantenimiento de los usos existentes en tales situaciones, y en caso contrario se tendría que prever su indemnización por constituirse como una vinculación singular. En cuanto a los cambios de uso en esta clase de bienes, una posibilidad sería la de permitirlos de conformidad con la planificación anterior (siem-

(28) Téngase en cuenta que el tema de la provisionalidad de las licencias de uso en edificios de fuera de ordenación es una creación jurisprudencial, extendiendo a este concreto supuesto la regulación de las licencias provisionales —las otorgadas bajo la condición de que el órgano autorizante, cuando decida su extinción unilateral, no estará obligado a abonar indemnización, decretándose que la condición de no resarcimiento se inscribirá en el Registro de la Propiedad como *conditione sine qua non*—, tal y como se señala en la sentencia del TS de 7 de febrero de 1995. El tema de las licencias provisionales es, además, extendido no sólo a la licencia de usos, sino, también, a las licencias de obras ejecutadas en edificios declarados en situación de fuera de ordenación. En este sentido CASTELAO RODRÍGUEZ (2005: p. 1.215) declara que «*debe ponerse de manifiesto que todo lo anteriormente expuesto sobre las llamadas licencias provisionales, es aplicable, también, a las construcciones que hayan devenido en fuera de ordenación*».

(29) Confirmando esta interpretación, finaliza el apartado 5º del artículo 102 disponiendo que el uso preexistente debe respetar los límites de molestia, nocividad, de insalubridad y de peligro que establezca la nueva reglamentación para cada zona, por lo que deberemos entender que si se respetan estos límites el uso preexistente será compatible con el uso actual.

pre y cuando no se necesitasen ejecutar obras de las prohibidas en la normal aplicación del régimen de fuera de ordenación), cumpliendo los dos siguientes requisitos acumulativos:

(i) Que el ámbito urbanístico en que se ubicase no se hubiera desarrollado y, en caso contrario, que el nuevo uso a autorizar no resultase notablemente molesto con la nueva ordenación contemplada (no bastaría, pues, una mera incompatibilidad formal, sino que la misma fuese materialmente discordante con la nueva planificación —piénsese, por ejemplo, en un uso industrial preexistente frente a un nuevo uso residencial—).

(ii) Que la nueva licencia de uso fuera concedida con el carácter de provisional, inscribiéndose bajo esta condición en el Registro de la Propiedad con el fin de evitar su indemnización futura.

VI. LA NECESIDAD DE APLICAR EL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN CON CARÁCTER RESTRICTIVO. LOS ABUSOS DE LA FIGURA POR EL INTERÉS GENERAL

En líneas anteriores se ha podido constatar como, de forma general, la aplicación sobre un bien inmueble del régimen de fuera de ordenación supone una degradación en los derechos dominicales de su propietario, sufriendo *ope planis* una minusvaloración económica de los bienes así calificados. A este sacrificio, se añade el hecho de que se trate de un régimen profuso en conceptos jurídicos indeterminados en su aplicación práctica, que no permiten conocer en toda su extensión sus consecuencias (30).

(30) A ello se añade el hecho de que cada Comunidad Autónoma cuente, en su legislación urbanística propia, con una configuración del régimen que no siempre resulta análoga. Téngase en cuenta, además, que las limitaciones que se originan en la aplicación del régimen de fuera de ordenación lo son fundamentalmente sobre el derecho de propiedad, por lo que si las legislaciones autonómicas configuran regímenes diferentes en intensidad, deberemos aceptar que existe un contenido distinto de los derechos dominicales a ejercer en este tipo de bienes dependiendo de la Comunidad Autónoma en la que radique el bien, y ello pese a que el competente para la definición del régimen básico de la propiedad es el Estado —artículo 149.1.1 de la Constitución—. No obstante lo anterior, no pueden desconocerse los constantes pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional al respecto de que no «*es tampoco aceptable que, al socaire de una ordenación uniforme de la propiedad privada, puedan anularse las competencias legislativas que las Comunidades Autónomas tienen sobre todas aquellas materias en las que entren en juego la propiedad y otros derechos de contenido patrimonial...El artículo 149.1.1º. de la Norma fundamental, como este Tribunal ha venido declarando desde la Sentencia 37/1981, de 16 de noviembre (fundamento jurídico 3º), no puede interpretarse de tal manera que pueda vaciar el contenido de las numerosas competencias legislativas atribuidas a las Comunidades Autónomas cuyo ejercicio incida, directa o indirectamente, sobre los*

Por otro lado, es obvio que la evolución de la ciudad y sus habitantes —de sus aspiraciones y demandas— convierte en imprescindible el conferir a la técnica urbanística de un mecanismo de transitoriedad con el que dotar al planificador de un instrumento capaz de hacer frente a los cambios en la ordenación urbanística del suelo del municipio, amparando así la regeneración y adaptación de la ciudad a los nuevos tiempos. A este fin, la fuera de ordenación se constituye como una herramienta eficaz sin suponer, además, graves quebrantos sobre las haciendas municipales o una alta repercusión en actuaciones urbanizadoras futuras que hipotecasen su viabilidad y, asimismo, al propietario del inmueble así calificado, se le mantiene en el uso original de su bien.

En definitiva, en este concreto campo se detectan, pues, dos intereses contrapuestos. Por un lado, el interés privado de los propietarios que adquieren un determinado bien inmueble —no olvidemos que en muchas ocasiones se trata de una vivienda—, a quienes debe garantizárseles una adecuada seguridad relativa al ejercicio pacífico de sus derechos dominicales. Por otro, nos encontramos el interés público urbanístico, conceptualizado como aquel que ampara la adopción de decisiones en cuanto al desarrollo y diseño de la ciudad, y que no tiene que atender necesariamente a los intereses de los particulares.

Planteados estos conflictos de intereses, resulta notorio que la balanza se desequilibrará a favor de la segunda de las vertientes: la del interés público; y ello, fundamentalmente, con base en el artículo 33 de la CE, el cual, tras proclamar el derecho a la propiedad, relativiza el mismo condicionándolo a la función social que ostenta, lo cual no puede ser de otra manera, bajo el riesgo de convertir a las ciudades en una fotografía fija en la que sólo quedaría permanecer impasible ante su degradación, incapaces de subvertir situaciones indeseadas a través de actuaciones de regeneración —social, económica y de calidad urbana— en determinados ámbitos de la misma.

derechos y deberes garantizados por la misma» —FJ 9 de la sentencia del TC núm. 37/1987, de 26 de marzo—. Por otra parte, y ahondando en la existencia de conceptos jurídicos indeterminados en el régimen de fuera de ordenación, valga como ejemplo que, en algunas legislaciones urbanísticas, se prevén regímenes más laxos cuando los edificios e instalaciones sólo resultan «parcialmente incompatibles». Es el caso de la legislación gallega —artículo 103.3 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre o el artículo 101.2 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, del País Vasco—. El problema viene en que en el articulado de estas normas no queda deslindado qué supuestos engloban una incompatibilidad parcial, y a qué supuestos, por el contrario, les es aplicable el régimen de fuera de ordenación tradicional.

Así lo ha entendido la jurisprudencia, pudiendo citarse, a este respecto, la sentencia del TS de 18 de marzo de 1992, que declara —FJ 2— que «*frente a la actuación del ius variandi, los derechos de los propietarios no son un obstáculo impediante, aunque puedan originar indemnizaciones*».

El problema de la fuera de ordenación proviene en que, pese a que su declaración implica un profundo socavamiento sobre los derechos dominicales en pos de un interés público, no es objeto de indemnización, tal y como hemos visto. En este sentido, las sentencias del TS de 26 de diciembre de 1978, 23 de febrero de 1991 o 15 de abril de 1987, son tajantes al respecto, al igual que la legislación estatal de suelo —artículo 35.a) de la Ley de 2008—.

Y aquí es, precisamente, donde se plantea, a mi juicio, un problema de encaje con nuestro derecho de propiedad, no tanto porque la figura de la fuera de ordenación no sea lícita, ni siquiera aunque no se prevea indemnización alguna para su propietario, sino porque existe un riesgo cierto de que se abuse de esta institución, amparándose, para ello, en un supuesto interés público.

En este sentido, son varios los planeamientos urbanísticos generales que han calificado como fuera de ordenación barrios enteros. Ya no se trataría de una simple disconformidad con las alineaciones que permitirán, una vez que hayan transcurrido décadas, que cuando se vuelva a edificar se haga respetando un determinado ancho de calle, por ejemplo. Al contrario, en estos casos el planificador decide dejar fuera de ordenación manzanas enteras, dejando en total desamparo a decenas, si no a cientos, de familias. El hecho resulta especialmente grave si atendemos a que, en su día —y no siempre hace falta que transcurran muchos años— los propietarios de bienes declarados como fuera de ordenación los adquirieron bajo todos los requisitos legales —de adecuada clasificación y calificación urbanística, con la obtención de todas las licencias, acudiendo a la Notaría y al Registro de la Propiedad en las que, tras el abono de los tributos y aranceles correspondientes, quedaban convencidos de que el inmueble que adquirirían les iba incluso a sobrevivir—. Especialmente gravoso resulta si la fuera de ordenación afecta a viviendas, teniendo en cuenta que, al margen de ser un bien de inversión para determinados sectores de la sociedad, en la mayor parte de los casos se constituye como un bien de primera necesidad y, en no pocas ocasiones, se trata de la adquisición que mayor esfuerzo económico supone para muchas familias.

Ello, naturalmente, produce cuanto menos una *fractura* en el principio de seguridad jurídica. Ahora bien, la configuración que por el TC se ha dado a este principio excluye que del mismo se derive la congelación de las normas —no olvidemos que el planeamiento urbanístico tiene naturaleza reglamentaria—. En este sentido, si bien «*la seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad*», sin embargo «*no ampara la necesidad de preservar indefinidamente, el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en relación con derechos o situaciones determinadas*» (31). En resumen, el principio de seguridad jurídica no ampara que los derechos reconocidos en una concreta norma se perpetúen en el tiempo indefinidamente por el hecho de que en un período determinado fueran regulados y declarados expresamente, excluyéndose, además su indemnizabilidad (32).

Por tanto, descartada su indemnizabilidad, y ante las indudables repercusiones que sobre el derecho de propiedad se derivan del régimen de fuera de ordenación, sólo cabe que se realice un control sobre la actividad planificadora, que evite un abuso de esta figura amparándose en un supuesto interés público. Y es que, si bien hay que tener en cuenta que las modificaciones del planeamiento urbanístico tienen en el interés público su justificación última, también es cierto que, en las redacciones pasadas del planeamiento (y que ahora, han devenido en fuera de ordenación), también el interés público les servía de apoyo (33). Cómo justificar, pues,

(31) Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1988 —FJ 10—.

(32) Tal y como ha quedado señalado, el plan general tiene naturaleza reglamentaria, siéndole, en definitiva, de aplicación la doctrina que excluye la indemnización por cambios en la normativa que afecten a situaciones jurídicas generales. Así, tal y como declara GARCÍA DE ENTERRÍA (2002: p. 197) «*las situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas, que son las creadas por Leyes o reglamentos igualmente generales, impersonales y objetivos, no tienen ninguna posibilidad de preservar ante el cambio de la Ley o reglamento que las ha creado y que puede, con la misma potestad, sustituirlas por una nueva situación general y objetiva, frente a la cual ninguno de los incluidos en la situación legal o reglamentaria anterior tiene absolutamente ningún derecho*».

(33) Téngase en cuenta, a este respecto, que todo el planeamiento urbanístico está justificado, en principio, en la idea del interés público, el interés general y, en definitiva, en el reconocimiento de la función social que la propiedad ostenta. Así, ya el Preámbulo de la Ley del Suelo de 1956 declaraba que «*el régimen jurídico del suelo encaminado a asegurar su utilización conforme a la función social que tiene la propiedad (...) porque si la propiedad privada ha de ser reconocida y amparada por el Poder público, también debe armonizarse el ejercicio de sus facultades con los intereses de la colectividad*» —en sentido parecido, el artículo 3.2.a) de esta norma—. También el Texto Refundido de 1976, establece en su artículo 3.2.a) la necesidad de «*procurar que el suelo se utilice en congruencia con la utilidad pública y la función social de la propiedad*» —en sentido

que lo que un día fue planeado bajo el mismo interés público que se le supone a la actual modificación, se convierte ahora en inservible.

Desde luego, es clara la naturaleza mutable del interés público —tal y como declara la sentencia del TS de 18 de marzo de 1992 (FJ 2)—, el cual se va adaptando a las necesidades y aspiraciones concretas de un tiempo y lugar (34). Sin embargo, cuando el diseño de un barrio de la ciudad queda obsoleto al cabo de pocos años, abocándolo al régimen de fuera de ordenación, lo menos que podemos afirmar es que el sistema urbanístico es *injusto*.

Y el problema en esta materia —como en otras tantas del urbanismo—, viene por culpa de la degeneración absoluta a la que se ha visto abocado el concepto de interés público, el cual se ha utilizado en muchas ocasiones con absoluta *ligereza jurídica* para que determinados proyectos o desarrollos urbanísticos tuvieran cabida pese a presentar dudas razonables sobre su adecuación a los principios que rigen el desarrollo urbano, significativamente durante los últimos años. De esta situación, por ejemplo, se ha hecho eco el Parlamento europeo, a través de la aprobación del Informe Auken el 26 de marzo de 2009, en el cual —petición 21^a— se considera que «*no se ha acotado en la legislación urbanística en vigor, ni por las autoridades competentes, la definición de interés general, amparándose en este concepto la aprobación de proyectos insostenibles, desde un punto de vista medioambiental*» (35).

análogo, el artículo 3.1.a) del Texto Refundido de 1992—. Por último, el artículo 2.1 de la Ley del Suelo de 2008 proclama que «*las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como fin común la utilización de este recurso conforme al interés general (...)*».

(34) A este respecto, es necesario traer a colación las acertadas palabras de DE LA MORENA DE LA MORENA (1983: p. 847) al destacar la indefinición de la que adolece el concepto de interés público, señalando que «*nos hallamos ante un concepto más intuitivo que racional y más evidente que problemático (al menos al nivel de situaciones concretas), pero necesariamente inmerso en una realidad sociopolítica enormemente compleja y evolutiva que no cesa de arrojar sobre él sus propias contradicciones, dificultando, hasta casi la imposibilidad, la tarea de extraer (o abstraer) de ella un concepto del interés público unívoco o estable y, por lo mismo, válido para utilizarlo como soporte de diferenciaciones científicas o disciplinares*».

(35) Resolución del Parlamento europeo que, por otra parte, insta a las autoridades españolas a que lleven a cabo una revisión de toda la legislación que afecta a los propietarios de bienes como resultado de una urbanización masiva —Petición 1^a—, llegando a amenazar incluso con la interrupción de la provisión de Fondos Estructurales y la posibilidad de poner en reserva los Fondos destinados a políticas de cohesión —Peticiónes 27 y 28—. Previamente a esta Resolución, hubo dos posicionamientos más de la Eurocámara —en concreto en diciembre de 2005 (Informe Fortou) y en junio de 2007—, con un contenido igualmente crítico.

No se trata, por tanto, de una aseveración parcial o interesada, sino que estamos ante un aserto de la Eurocámara misma, la cual nos ha señalado el dudoso contenido del interés público bajo el cual se han aprobado algunos desarrollos urbanísticos, no pudiendo justificarlo en que hemos dotado de principios sociales a nuestro derecho de propiedad, pues el artículo 33 de la CE tiene un contenido similar en los países de nuestro entorno (36).

Así, pese a los bienintencionados principios recogidos en nuestras normativas urbanísticas, que proclaman un *idílico* interés público, lo cierto es que, tal y como señala LASAGABASTER HERRARTE (2008: p. 37), «*es una característica general a todos los ordenamientos, la distancia entre lo normado y la realidad. Pero esa distancia en algunos casos adquiere una tal importancia que escandaliza. Uno de esos casos, y no es exagerado decirlo, es el urbanismo*». Por dicho motivo, aunque el planeamiento urbanístico se encuentra, *a priori*, embutido bajo una *aureola* de interés público, se ha caído en lo que puede denominarse el *relativismo urbanístico*, un *todo vale* mientras se generen cuantiosas plusvalías, de las cuales tan solo un ínfimo porcentaje acaba integrando las arcas municipales. Y en el concreto campo de la fuera de ordenación, resulta notorio que de los excesos planificadores del pasado son deudores, no quienes se enriquecieron, sino ciudadanos que adquieren sus bienes legítimamente, y que contemplan como sus propiedades son declaradas fuera de ordenación años después.

Por todo ello, debe exigírsele al planificador que haga un uso proporcionado y racional de la figura de la fuera de ordenación, bajo el riesgo evidente de vulnerar los derechos de los propietarios, y ello con el fin de evitar que los afectados tengan que acudir a la vía jurisdiccional, la cual, por otra parte, no siempre ha velado por un uso adecuado de esta figura.

Así, si bien la jurisprudencia ha manifestado en reiteradas ocasiones que el régimen de fuera de ordenación debe ser interpretado restrictiva-

(36) Téngase en cuenta que el artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), dispone que «*toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente*», no pudiendo «*ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública*» y que «*el uso de los bienes podrá regularse por Ley en la medida en que resulte necesario para el interés general*»; es decir, tiene un contenido similar al artículo 33 de la CE.

mente (37), esta exégesis restrictiva queda acotada a una vez que se ha aplicado el régimen, es decir, a sus consecuencias (especialmente en lo que se refiere a las obras prohibidas), pero dicha interpretación no se aplica a la declaración misma de un bien como fuera de ordenación. Por el contrario, son pocas las sentencias que, en uso del control jurisdiccional de la discrecionalidad, entran a conocer el fondo de esta institución, desestimando los recursos que impugnan la declaración del régimen amparándose, precisamente, en la mayor parte de las ocasiones, en la discrecionalidad del planificador (38).

En este sentido, si bien es cierto que en la actividad planificadora la potestad discrecional juega un papel esencial (39), también lo es que esta esfera de *indiferencia jurídica* «*está sometida al elemento teleológico del interés público, que opera como un límite material a la misma así como de canon delimitador de la actuación de las distintas Administraciones públicas que concurren en su ejercicio*» (40).

(37) Tal y como se hace eco LÓPEZ RAMÓN (2009: p. 129).

(38) Un examen de la jurisprudencia que enjuicia los recursos impugnatorios de la declaración de fuera de ordenación nos muestra que la mayoría acaban siendo desestimados, interpretándose que hay un legítimo ejercicio de la discrecionalidad por parte del planificador. Puede verse al respecto la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana al declarar —FJ 5— que «*entra en el margen de discrecionalidad de la Administración la opción elegida, aunque hubiera podido ser también otra u otras*». Pocas son las sentencias que llegan a anular una aplicación del régimen de fuera de ordenación; sin embargo, es necesario señalar las causas por las que se suelen anular: por ejemplo, la sentencia del TS de 16 de marzo de 2004, que la anula por una arbitrariedad en la calificación; la sentencia del TSJ de Galicia de 10 de abril de 2003, que la anula por un error del planificador, o la sentencia del TSJ de Andalucía de 24 de marzo de 2003, que la anulaba por una incoherencia en la aplicación del régimen a una determinada finca, cuando las de alrededor habían sido clasificadas como suelo urbanizable.

(39) PÉREZ ANDRÉS (1998: p. 122) llega a declarar, a este respecto, que «*hay que insistir en la gran cantidad de intereses públicos y privados a los que hay que atender, lo que convierte las potestades de planeamiento territorial y urbanístico en las más representativas potestades administrativas discrecionales*». En el mismo sentido, LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS (2008: p. 28) declara «*que la potestad administrativa de planeamiento urbanístico es fundamentalmente discrecional no se discute hoy ni por la doctrina ni por la jurisprudencia (...). Además en los planes, como reglamentos que son, es una de las áreas donde la potestad de la Administración contiene mayores elementos de discrecionalidad*». En sentido parecido se pronuncia la jurisprudencia, baste, como ejemplo, la sentencia del TSJ de Galicia de 2 de marzo de 2000, al declarar que —FJ 3— «*como ha declarado con reiteración la jurisprudencia, el ius variandi de la administración tiene una de sus principales manifestaciones en materia de planeamiento urbanístico, en la que existe un amplio margen de discrecionalidad dada la naturaleza normativa de los planes y la necesidad de adaptarlos a las cambiantes exigencias del interés público*».

(40) FERNÁNDEZ CARBALLAL (2002: p. 25). En sentido similar, CORDÓN MORENO (2003: p. 151), al declarar que «*las potestades administrativas están dirigidas siempre a la consecución de un fin*».

Y es precisamente la intervención del concepto de interés público, que ya hemos indicado que desde el punto de vista urbanístico es un concepto generador de desconfianza, lo que avala la tesis de que la fuera de ordenación debe ser utilizada con prudencia, sin que quede vedada, *a priori*, la valoración de los legítimos intereses de los propietarios afectados —y de la *estabilidad jurídica* de sus bienes— de los que tradicionalmente se abjura de forma casi automática. Y ello así, no tanto porque la planificación urbanística no pueda imponerse sobre estos derechos, que ya hemos visto que es posible, sino porque el abuso de dicha figura causa evidentes daños a particulares, ajenos a los desmanes que en una época concreta pudieran haber causado determinados planeamientos —y quienes los concibieron y enriquecieron con ellos— y que, sin embargo, deben hacer frente a las negativas consecuencias que de estas actuaciones se derivan.

Del examen de la jurisprudencia recaída en el análisis de la fuera de ordenación, puede comprobarse cómo con la intervención de los dos factores precitados —interés público y discrecionalidad— son razón suficiente para desechar las argumentaciones que solicitan la corrección jurisdiccional; de acuerdo con ello, ni los límites de la discrecionalidad del planificador —interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad, principios de eficacia, eficiencia y economía, principios de racionalidad y razonabilidad, los precedentes administrativos y los antecedentes del propio expediente— (41), ni los controles jurisdiccionales sobre el ejercicio de esta potestad —significadamente, el control de la motivación y de los hechos determinantes, la adecuación de la decisión a los principios generales del derecho o el control de los elementos reglados que también forman parte de la potestad— (42), se muestran capaces, en la mayor parte de las ocasiones, para un control de los excesos que sobre la propiedad privada se cometen en aplicación de dicha institución (43).

de interés público, que constituye así una importante limitación de la libertad de elección entre las diversas alternativas y en la forma en la que ha de operar la administración en el ejercicio de su actividad».

(41) Sobre los límites a la potestad discrecional, puede consultarse a DESDENTADO DAROCA (1997: p. 127 y sigs.).

(42) Sobre el control jurisdiccional de la potestad discrecional de la administración, puede consultarse a CORDÓN MORENO (2003: p.157).

(43) Debe destacarse alguna excepción, como la sentencia del TSJ de Andalucía de 13 de julio de 2001, en la que se señala —FJ 5— que «*la prevalencia del interés de la comunidad no puede en modo alguno ignorar el respeto a los derechos individuales y es lo cierto que la forma en que el propio Plan, su Memoria, otorga un tratamiento indefinido a la propiedad de la recurrente,*

En conclusión, se exige que, en este concreto campo, se solicite al planificador que en el momento de aplicar el régimen de fuera de ordenación realice un mayor esfuerzo en la búsqueda de alternativas menos restrictivas que la normal ya vista, reclamándole un mayor rigor, y que además este rigor pueda ser plenamente fiscalizable por los órganos jurisdiccionales (44), evitando, en definitiva, su aplicación generalizada. La inserción de principios como el precitado de proporcionalidad, a través del cual «se exige que toda carga impuesta al destinatario de las reglas comunitarias debe limitarse a la medida estrictamente necesaria para alcanzar el objetivo perseguido», impidiendo que «la asignación de determinados usos al suelo no puede imponer a los propietarios un sacrificio absolutamente desproporcionado con la finalidad perseguida, sobre todo si no va acompañada de un significativo beneficio para la colectividad», deben adquirir un mayor protagonismo en esta materia. Se trata, en definitiva, de aplicar el, denominado por FERNÁNDEZ CARBALLAL, *principio de menor restricción en el derecho de propiedad urbanística*, a través del cual, si bien se parte del reconocimiento de que los intereses generales deben prevalecer sobre los particulares, se debe tratar de armonizar los mismos con el menor daño posible sobre los intereses de los particulares afectados (45). El cumplimiento del principio de seguridad jurídica así lo exige, y es que pese a la jurisprudencia citada con anterioridad, donde se señala que este principio no ampara la congelación del ordenamiento, si que debe, al menos, ser valorado cuidadosamente cuando se trata de imponer restricciones a la propiedad adquirida por ciudadanos legítimamente (46).

no puede aceptarse desde elementales planteamientos de seguridad jurídica, pues produce una situación indefinida, de transitoriedad indeterminada, cuyo término lógicamente se reserva el propio ayuntamiento, lo que resulta intolerable y necesitado de un tratamiento más pormenorizado y garante, claro al menos, de los derechos de los afectados por la actuación».

(44) En concreto, la posibilidad de que el control judicial relativo a la discrecionalidad de la Administración pueda alcanzar el hecho de que ésta haya hecho o no un trabajo riguroso, es lo que en Estados Unidos se denomina *Hard Look*, de creación jurisprudencial de la United States Court of Appeals, y que permite que los Jueces y Tribunales puedan verificar «si (de) las actuaciones del expediente (record) se deduce que dicha Administración ha llevado a cabo o no un trabajo riguroso», GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (2002).

(45) FERNÁNDEZ CARBALLAL (2002: pp. 68, 160-161 y 193-194). A este respecto, hay que destacar la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos referida al *justo equilibrio* entre los intereses públicos y los derechos de los particulares [BOUAZZA ARIÑO (2009: p. 279)].

(46) En relación con la seguridad jurídica, resulta preciso señalar las palabras de RUBIO LLORENTE en su voto particular emitido en la sentencia del TC de 10 de noviembre de 1988, al declarar que «en un Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1 CE), la seguridad jurídica implica también, a mi juicio, la necesidad de que el Estado no pueda abrogar libremente aquellas

VII. CONCLUSIONES

Transcurridos más de cincuenta años desde que la primera Ley del Suelo regulara por vez primera la situación de fuera de ordenación, ha podido constatarse en estas líneas que dicha figura, desde el punto de vista de su regulación, apenas ha evolucionado. De este modo, tan solo se han introducido pequeños matices que, aún reconociendo su importancia (significadamente la denominada *deslegalización* introducida en el Texto Refundido de 1992), globalmente considerados no han aportado un cambio en los fundamentos primarios de la institución.

Sin embargo, no nos debe resultar desconocido que la primigenia Ley del Suelo respondía a un contexto social y económico sensiblemente diferente al actual. El urbanismo entonces tenía como fin principal, si no único, el de crear suelo. Las carencias generadas con la guerra, los fenómenos migratorios del campo a la ciudad y el inminente crecimiento económico que ya se percibía en el primer lustro de la década de los cincuenta, exigían de los poderes públicos la necesidad de crear el marco adecuado para la puesta en marcha de grandes cantidades de suelo residencial y productivo. Se trataba, en definitiva, de un urbanismo que miraba al extrarradio de las ciudades como el lugar adecuado para acometer el crecimiento de la urbe, sin apenas cambios de clasificación o de uso en la ciudad ya construida (47).

En este contexto expansivo de la ciudad, las situaciones de fuera de ordenación se constituían como un fenómeno residual, pues este régimen, como es obvio, afecta sobre todo a los cambios de planeamiento en zonas consolidadas de las ciudades. Ante dicho panorama, la sucinta regulación de esta figura resultaba justificada y suficiente, sin que se exigiese una especial labor del planificador en este concreto campo.

*normas que, como los reales Decretos-Leyes antes citados, están destinadas a dotar de una mínima garantía a determinados grupos sociales. La seguridad jurídica no exige, ciertamente, la petrificación del ordenamiento, pero sí, creo, el respeto a las garantías enunciadas explícitamente como tales». En sentido parecido, la sentencia del TS de 18 de julio de 1993 señala, al referirse a la potestad discrecional del *ius variandi* del planeamiento, que debe realizarse contemplando los intereses generales; precisando que, entre estos intereses generales, no sólo se encuentra la función social de la propiedad, sino también «la estabilidad y seguridad jurídicas».*

(47) En este sentido, BASSOLS COMA (1981: p. 26) declara que «la trayectoria histórica de nuestro Derecho urbanístico revela que el centro de gravedad de sus preocupaciones se ha centrado en torno a los fenómenos de la expansión y el desarrollo urbanístico de nuestras ciudades».

Sin embargo, es obvio que en la actualidad, si bien la creación de nuevo suelo sigue constituyéndose como un pilar esencial de la actividad urbanística, las operaciones de regeneración urbana de las zonas consolidadas de las ciudades se han multiplicado respecto de lo que ocurría en los años cincuenta. En este contexto, la figura de la fuera de ordenación ha ido adquiriendo paulatinamente un mayor protagonismo en el que, incluso, ha sido utilizada en ocasiones como un sistema de gestión urbanística para reconvertir, por ejemplo, polígonos industriales en zonas residenciales y, por tanto, los fundamentos de esta institución y los problemas que en su aplicación se originan ya no son los mismos que medio siglo atrás. No es de extrañar, pues, que deba realizarse una reconfiguración del régimen de fuera de ordenación con el objeto de sentar unos nuevos principios que permitan un mejor desarrollo práctico de esta figura, para evitar los abusos a los que antes se ha hecho referencia.

Con tal fin, y a modo de propuesta, en las legislaciones urbanísticas autonómicas se deberían incluir unos nuevos fundamentos que caracterizaran al régimen de fuera de ordenación, a través de medidas que fomentasen la ponderación del uso de esta figura bajo un *prisma restrictivo*. Dicha regulación tendría que exigir que entre la documentación del plan general se recogiese un apartado específico y expreso, a través del cual poder dar una detallada regulación de aquellas construcciones e instalaciones que han devenido en fuera de ordenación. No se trataría sólo de referir un listado extenso y detallado de los bienes así calificados, sino de establecer una adecuada ponderación, una justificación del porqué de la calificación de este régimen, valorándose las alternativas que han sido desechadas y que testimonien que realmente se han evaluado.

Tras todo ello, se debería finalizar estableciendo un régimen preciso y extenso acerca del contenido de los derechos de los propietarios afectados, y que fuese graduable en intensidad según los casos —no es lo mismo que un edificio invada una alineación, unos centímetros, que varios metros—. No bastaría, por tanto, tal y como ocurre en muchos planes generales, que se realicen declaraciones generales acerca del régimen de fuera de ordenación, en los cuales se define el concepto y se transcriben, con poco desarrollo, lo preceptuado en las legislaciones urbanísticas. Se trata, en definitiva, de aprovecharse de la antedicha *deslegalización* que reconoce al planeamiento urbanístico la posibilidad de ahondar en la extensión y contenido del régimen de fuera de ordenación, con el objetivo primario de que el nuevo planeamiento no abuse de esta figura en pos de intereses no

siempre cristalinos, y en detrimento de los legítimos derechos —y expectativas— de los propietarios afectados, y que aporten, al menos, seguridad a éstos sobre derechos van a ostentar en el futuro sobre sus bienes.

Al margen de exigir que este régimen sea aplicado con un carácter restrictivo y de que cuente con una mayor extensión en su regulación, deben abordarse en las legislaciones urbanísticas con valentía otras cuestiones que se han puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo. La regulación de los cambios de uso en las construcciones e instalaciones declaradas fuera de ordenación, la inconveniencia de que se aplique por analogía el régimen a las edificaciones ilegales, o qué instrumento urbanístico es el facultado para calificar que un bien se encuentra bajo el régimen de fuera de ordenación, deberían tener una respuesta expresa en las normativas urbanísticas autonómicas.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO SÁNCHEZ, R.: «Edificios fuera de ordenación en la jurisprudencia (1985-1999)», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 181, 2000.
- ARNÁIZ EGUREN, R.: *La inscripción registral de actos urbanísticos*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- BASSOLS COMA, M.: «Derecho urbanístico y medio ambiente urbano», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 71, 1981.
- BLANCO NESPEREIRA, A.: «La adecuación y adaptación de los planes en la vigente legislación urbanística. Los edificios fuera de ordenación», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 32, 1997.
- BOUAZZA ARIÑO, O.: «Ordenación del Litoral y abusos urbanísticos (el caso Valenciano)», en esta REVISTA, núm. 34, 2009.
- CARBALLEIRA RIVERA, M. T.: «Edificios fuera de ordenación y obras permitidas», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 214, 2004.
- CASTELAO RODRÍGUEZ, J.: *Derecho Urbanístico de Castilla y León* (V.V.A.A., Dir. Enrique SÁNCHEZ GOYANES), 2ª edición, La Ley, Madrid, 2005.
- CORDÓN MORENO, F.: «El control judicial del uso por la Administración de sus facultades discrecionales», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 1, 2003.

- CUERNO LLATA, J. R.: «Algunos aspectos del régimen de fuera de ordenación en la Ley de ordenación territorial y régimen urbanístico de Cantabria 2/2001», *Práctica Urbanística*, núm. 54, 2006.
- *Régimen transitorio en las normas urbanísticas: El modelo de fuera de ordenación*, Montecorvo, Madrid, 1997.
- DE LA MORENA DE LA MORENA, L.: «Derecho administrativo e interés público: Correlaciones básicas», *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: «Información Urbanística y Enajenación de terrenos no susceptibles de edificación o con edificios fuera de ordenación», *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 20/2000.
- DESDENTADO DAROCA, E.: *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- ENÉRIZ OLAECHEA, F. J.: «La Autonomía Municipal y la aprobación definitiva de los planes urbanísticos», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 7, 1989.
- FERNÁNDEZ CARBALLAL, A.: *El urbanismo finalista (a propósito del principio de menor restricción en el derecho de propiedad)*, Civitas, Madrid, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del estado legislador», *Revista de Administración Pública*, núm. 159, 2002.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: «El criterio jurisprudencial norteamericano del *Hard Look* y el control de la discrecionalidad administrativa (en el Medio Ambiente)», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29, núm. 2, 2002.
- LASAGABASTER HERRARTE, I.: «Dotaciones públicas, sistemas generales y algunas perversiones del sistema urbanístico», *Ambiente y Derecho*, núm. 6, 2008.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: *Introducción al Derecho Urbanístico*, Marcial Pons, 3ª edición, Madrid, 2009.
- LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS, J.: «La nueva línea jurisprudencial del control jurisdiccional sobre la discrecionalidad de la potestad de planeamiento», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 241, 2008.

- MAGARIT CABALLÉ, J.: «El régimen de fuera de ordenación y de volumen disconforme en la legislación urbanística catalana», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 247, 2009.
- MERINO ESPINAR, B.: «El Registro de la Propiedad en el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 5, 2005.
- MONFORT FERRERO, M. J.: *Enajenación de terrenos no edificables y edificios fuera de ordenación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
- MUNAR FULLANA, J.: «Edificios e instalaciones fuera de ordenación: estudio de conjunto y aplicación práctica», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 220, 2005.
- PÉREZ ANDRÉS, A. A.: «La Ordenación del Territorio, una encrucijada de competencias planificadoras», *Revista de Administración Pública*, núm. 147, 1998.
- QUIRÓS ROLDÁN, A., ARENAS SALVATIERRA, S. y ESTELLA LÓPEZ, J. M.: *El régimen de fuera de ordenación urbanística*, Atelier, Barcelona, 2002.
- RAMOS MEDRANO, J. A. y RAMOS MEDRANO, M. P.: «La pretendida deslegalización del régimen jurídico de fuera de ordenación», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 148, 1996.