

As prácticas ilícitas na actividade urbanística

Hipólito Pérez Novo

1

Desviación de poder

Concepto

- Os Tribunais controlan a potestade regulamentaria e a legalidade da actuación administrativa, así como o **sometemento desta aos fins que a xustifican** (art. 106.1 CE)
- Enténdese por **desviación de poder** o exercicio de potestades administrativas para fins distintos dos fixados polo ordenamento xurídico (art. 70.2 LRXCA)
- As potestades administrativas son outorgadas polo ordenamento xurídico para un fin específico. Para que exista desviación de poder basta con que o fin perseguido pola Administración, aínda que público, sexa distinto ao establecido pola norma que atribúe a potestade, sexa lícito ou non.

Supostos

- Cando o acto administrativo resulte estraño á prosecución de todo interese público,
- Cando se adopte en razón dun interese público que non coincide co interese que a Lei consigna como habilitante ao atribuír competencias á autoridade administrativa,
- Cando o acto administrativo teña como finalidade satisfacer intereses privados,
- Ou cando a Administración seleccione un procedemento non adecuado coa pretensión de eludir ou suprimir as formalidades ou garantías establecidas.

Consecuencias xurídicas

- **Son anulables:**

- os actos da Administración que incorran en calquera infracción do ordenamento xurídico, incluso a **desviación de poder** (art. 63.1 LRXAP)

- **Son nulos de pleno dereito:**

- as disposicións administrativas que incorran en desviación de poder (art. 62.2 LRXAP)
- e os actos administrativos dirixidos a eludir o cumprimento de sentenzas xudiciais firmes (art. 103.4 LXCA)

Doutrina xurisprudencial

- A actividade administrativa tanto pode consistir nun facer activo como na deliberada pasividade cando concorre no órgano administrativo competente unha obrigaón específica de actuación positiva.
- Aínda que o terreo máis apropiado para a desviación de poder é o da actividade discrecional da Administración, non existe obstáculo que impida a súa aplicación á actividade regrada.
- A desviación de poder pode concorrer con outros vicios de nulidade do acto.
- A proba dos feitos que forman o soporte da desviación de poder corresponde a quen a invoca.
- É necesaria a constatación de que na xénese do acto administrativo foi detectada a concorrencia dunha causa ilícita reflectida na disfunción entre o fin obxectivo que emana da súa natureza e da súa integración no ordenamento xurídico e o fin subxectivo instrumental proposto polo órgano decisorio.

Casos prácticos

- Modificación do plan xeral para reducir a anchura dun vial:
 - “A fixación da anchura do vial non se leva a cabo en función das necesidades urbanísticas a satisfacer, como debería terse feito, senón por razóns estrañas ás finalidades que unha decisión como a cuestionada debe perseguir, desviación entre a finalidade confesada e a legalmente establecida” (STS do 6/11/2003)

- Modificación do plan co propósito principal de legalizar ou regularizar edificacións ilícitamente construídas

- “A modificación puntual litixiosa ten a súa única causa no interese da concreta entidade mercantil privada que a promoveu, en legalizar ou “regularizar” o que edificou tras a comisión dunha serie de infraccións sucesivas nun ámbito que en orixe foi ordenado detalladamente nun plan parcial e sometido a operacións de equitativa distribución de cargas e beneficios entre os propietarios. É isto co propósito complementario de materializar tamén nun futuro a máxima edificabilidade posible” (STS do 42/3/2009)
- “Exercicio da potestade de planeamento non para servir ao interese público urbanístico senón só para legalizar o declarado ilegal xudicialmente” (STS do 10/7/2007)

- Outorgamento de licenzas para evitar as consecuencias da futura suspensión do planeamento
 - O modo de outorgar a litixiosa e a concesión nun prazo mínimo de tempo de grande número de licenzas, na maioría das cales tiñan que ser subsanados claros incumprimentos da normativa, indica que o perseguido non era exercer a labor de control da legalidade na que a concesión de licenzas consiste, senón tratar de evitar as consecuencias da actuación autonómica dirixida á suspensión da vixencia das Normas Subsidiarias municipais, o que constitúe desviación de poder segundo o concepto que de él da o artigo 70.2 da Lei xurisdiccional (Sentenzas do TSXG do 31/1/2008, do 29/5/2008 e outras)

2

**Apropiación indebida do
aproveitamento
urbanístico lucrativo**

Determinación do aproveitamento urbanístico

- O aproveitamento urbanístico consiste na atribución de edificabilidade para uso ou usos determinados, susceptible de apropiación privada
- Os límites do aproveitamento urbanístico establecidos na LOUG:
 - No solo urbano consolidado: mandato de manter a trama urbana existente e o volume, altura e tipoloxía características do contorno
 - No solo urbano non consolidado e no solo urbanizable: límites máximos de edificabilidade en función do tipo de solo e da poboación do municipio
 - Nos núcleos rurais: aproveitamento urbanístico tradicional
- A determinación do aproveitamento urbanístico corresponde ao planeamento urbanístico que establece a ordenación detallada, cumprindo ás limitacións establecidas na LOUG
- O dereito a edificar consiste na facultade de transformar o aproveitamento urbanístico en edificación

Atribución do aproveitamento urbanístico

- Non é unha facultade inherente ao propietario do solo, senón que é outorgado pola ordenación urbanística a determinados propietarios que, en compensación, están obrigados a cumprir os deberes e levantar as cargas establecidas no TRLS e na LOUG.
- No solo rústico os propietarios non teñen dereito a aproveitamento urbanístico e, en consecuencia, non están obrigados a cumprir os deberes e cargas que conleva a atribución de aproveitamento urbanístico.
- Nos supostos en que se produce un **aumento das plusvalías** como consecuencia do incremento da edificabilidade ou dos novos usos permitidos polo plan:
 - 90% corresponde aos propietarios do solo
 - 10% corresponde á comunidade local
- Nos supostos en que os terreos están urbanizados e o plan **non produce** un aumento das **plusvalías**:
 - 100% aos propietarios do solo

Patrimonialización do aproveitamento urbanístico

- Cumprir os deberes e levantar as cargas establecidas no TRLS e na LOUG:
 - Entregar ao concello o solo reservado para dotacións públicas
 - Entregar ao concello o solo correspondente ao 10% do aproveitamento urbanístico
 - Custear e executar as obras de urbanización, así como a conexión coas redes xerais de infraestruturas e servizos e as de ampliación e reforzo das existentes
 - Distribuír equitativamente os beneficios e cargas entre os propietarios afectados (arts. 16 TRLS e 20, 22 e 24 LOUG)
- Obter a licenza urbanística municipal
 - Para a concesión da licenza verificarase se o aproveitamento proxectado se axusta ao susceptible de apropiación (art. 194.1 LOUG)
- Executar materialmente a edificación (art. 7.2 TRLS)

¿En que consiste a apropiación indebida?

- Apropiación polo propietario do **aproveitamento urbanístico que corresponde ao concello**, eludindo o deber de entregar ao concello o solo correspondente ao 10% do proveitamento
- Apropiación polo propietario do **aproveitamento urbanístico que corresponde a outros propietarios**, eludindo os mecanismos de distribución equitativa de beneficios e cargas entre os propietarios
- Apropiación polo propietario do proveitamento urbanístico **sen cumprir os deberes nin levantar as cargas inherentes ao proceso urbanístico**, privando aos cidadáns das dotacións públicas ás que teñen dereito e trasladándolle o custo das infraestruturas e servizos necesarios
- Apropiación polo propietario de **aproveitamento urbanístico superior ao que lle corresponde aos terreos**, excedendo dos límites establecidos pola LOUG ou polo planeamento urbanística
- Apropiación polo propietario de proveitamento urbanístico en **terreos que non teñen atribuído proveitamento urbanístico** porque deben preservarse do proceso de urbanización e edificación
- Adxudicación a un empresario das obras de urbanización ou da actuación de transformación urbanística **sen seguir o procedemento legalmente establecido ou vulnerando os principios de publicidade e concorrencia**

Consecuencias xurídicas

- Nulidade de pleno dereito por adquirir facultades urbanísticas carecendo dos requisitos esenciais para a súa adquisición (art. 62.1.f) LRXAP)
- Incumprimento do mandato constitucional de participación da comunidade nas plusvalías xeradas polo plan (art. 47 CE)
- Incumprimento do principio de igualdade e xusta distribución de beneficios e cargas entre os propietarios do solo (art. 4 LOUG)

Consecuencias económicas

- Desviación aos propietarios do aproveitamento urbanístico que lle corresponde ao concello (10%)
- Traslado aos cidadáns dos custes de financiación das infraestruturas, servizos e dotacións que deberían ser financiadas e executadas polos propietarios que se apropiaron das plusvalías urbanísticas
- Competencia desleal cos promotores e propietarios que cumpriron os deberes e cargas de cesión, urbanización e equidistribución

Consecuencias sociais

- Privación aos cidadáns do acceso ás dotacións públicas ás que teñen dereito segundo o art. 47 LOUG
- Aumento dos desequilibrios territoriais
- Deslexitimación do urbanismo pola percepción de que non serve aos intereses xerais senón principalmente aos intereses privados que perseguen a maximización das plusvalías

Consecuencias ambientais

- Proliferación de edificacións sen as infraestruturas e servizos urbanísticos adecuados
- Consumo ineficiente de solo e degradación dos espazos máis valiosos e das terras máis fértiles
- Contaminación dos acuíferos como consecuencia dos moitos verquidos espallados polo territorio
- Dispersión da poboación que aumenta os desprazamentos en vehículo particular xerando conxestión, contaminación atmosférica e aumento do consumo de enerxía
- Destrucción do patrimonio cultural construído
- Degradación da paisaxe e perda da identidade territorial

Informe de fiscalización sobre o urbanismo dos concellos, elaborado polo Consello de Contas de Galicia (2003)

- “A ausencia ou o deficitario desenvolvemento do planeamento xeral en polígonos urbanísticos, tanto en solo urbano non consolidado como en urbanizable ou rústico apto para urbanizar (utilizando a clasificación da antiga LSG/97) e solo de núcleo rural afectado por plan especial, provocou unha serie de efectos perversos, tanto desde o punto de vista da ordenación do territorio como desde o punto de vista económico.”

3

Tipos de actuaciones ilícitas

Reclasificación urbanística do solo

- **Suposto:**
 - Modificación do planeamento urbanístico co obxecto de clasificar os terreos como solo urbanizado sen seguir o proceso de transformación urbanística

- **Valoración xurídica:**
 - Nulidade de pleno dereito (art. 62.2 LRXAP)
 - Incorrecta clasificación do solo urbanizado (art. 12.3 TRLS e arts. 11 e 12.b) LOUG)
 - Apropiación polo propietario do aproveitamento urbanístico que corresponde ao concello e sen cumprir os deberes urbanísticos en compensación pola atribución de aproveitamento urbanístico
 - Se é o caso:
 - Incumprimento das reservas mínimas de solo para dotacións públicas
 - incumprimento dos límites de edificabilidade

■ Sentenza do TSXG do 5/3/2009

- Feitos: novo plan xeral que desclasifica os terreos que no plan anterior estaban clasificados como solo urbano. Procedente.
- “o solo urbano que na actualidade correspondese co solo urbanizado do art. 12.3 TRLS de 2008 como o integrado de forma legal e efectiva na rede de dotacións e servizos propios dos núcleos de poboación”
- “A anterior clasificación do solo onde se desenvolvía a actividade comercial e industrial do recorrente dada a súa inexactitude non pode vincular ao autor do planeamento, quen non está obrigado a respectar unha situación urbanística que non é axustada a Dereito.”

Recalificación urbanística do solo

■ Suposto:

- Modificación do planeamento urbanístico co obxecto de aumentar a edificabilidade ou de permitir novos usos que xeneren maiores plusvalías, sen seguir o proceso de transformación urbanística

■ Valoración xurídica:

- Nulidade de pleno dereito (art. 62.2 LRXAP)
- Incorrecta aplicación do réxime do solo urbano consolidado (art. 14 TRLS e art. 12.b) da LOUG)
- Apropiación polo propietario do aproveitamento urbanístico que corresponde ao concello e sen cumprir os deberes urbanísticos en compensación pola atribución de aproveitamento urbanístico
- Se é o caso:
 - Incumprimento das reservas mínimas de solo para dotacións públicas (art. 94.3 LOUG)
 - Incumprimento dos límites de edificabilidade

- Sentenza do TSXG do 2/11/2006:

- Feitos: novo plan xeral que incrementa a edificabilidade dos terreos
- A clasificación do solo como solo urbano non consolidado dos terreos incluídos no AR-1 era obrigada ao concorrer o suposto do art. 12.b) da LOUG de que sobre eles o planeamento prevea unha ordenación substancialmente diferente da realmente existente; e que concorre porque o anterior planeamento clasificada disto solo como urbano rexido pola ordenanza 3ª residencial unifamiliar illada, que establecía unha parcela mínima de 600 m², edificios de planta baixa máis unha planta, ocupación máxima do 25%/... mentres que agora o uso é residencial multifamiliar, os edificios de baixo máis tres plantas e o aproveitamento de 1,07 m²/m²

Modificación do plan para legalizar edificacións ilegais

■ Suposto:

- Modificación do planeamento urbanístico co obxecto de reclasificar ou de recalificar os terreos para facer posible a legalización de edificacións ilegais, sen seguir o proceso de transformación urbanística

■ Valoración xurídica:

- Nulidade de pleno dereito (art. 62.2 LRXAP en relación co art. 70.2 LRXCA)
- Apropiación polo propietario do aproveitamento urbanístico que corresponde ao concello e sen cumprir os deberes urbanísticos en compensación pola atribución de aproveitamento urbanístico
- Se é o caso:
 - Incumprimento das reservas mínimas de solo para dotacións públicas
 - Incumprimento dos límites de edificabilidade

Aproveitamento urbanístico en solo rústico

- **Suposto:**
 - Edificacións en solo rústico que xeneran plusvalías urbanísticas sen seguir o proceso de transformación urbanística
- **Valoración xurídica:**
 - Nulidade de pleno dereito (art. 34.3 LOUG e 62.1.f) LRXAP)
 - Outorgase aos propietarios un aproveitamento urbanístico inexistente en solo rústico
 - Exonerase aos propietarios dos deberes e cargas a que están obrigados en compensación pola apropiación do aproveitamento urbanístico
 - Non se prevén as reservas mínimas de solo para dotacións públicas esixidas na LOUG

- Sentenza do TSXG do 11/9/2008:
 - Feitos: licenza para vivenda en solo rústico de protección de costas (Porto do Son)
 - Nulidade de pleno dereito. Uso residencial prohibido

- Sentenza do TSXG do 18/3/2009:
 - Feitos: licenza para hotel balneario en solo rústico (Oia)
 - Nulidade de pleno dereito. Uso prohibido e non necesaria ubicación no solo rústico. Falla de autorización autonómica preceptiva. Exceso de altura e de número de plantas.

Licenza para edificar en solo non urbanizado

- Suposto:
 - Concesión de licenza para edificar en terreos que non reúnen os requisitos do solo urbanizado (en municipios con planeamento non adaptado á LOUG)
- Valoración xurídica:
 - Nulidade de pleno dereito (dis adicional 1ª LMU e art. 62.1.f) LRXAP)
 - Incumprimento do réxime aplicable nos municipios con planeamento non adaptado á LOUG (disposicións transitoria 1ª e derradeira)
 - Exonerase aos propietarios dos deberes e cargas a que están obrigados en compensación pola apropiación do aproveitamento urbanístico
 - Se é o caso, excédense os límites de edificabilidade establecidos na LOUG

- Sentenza do XCA 3 de A Coruña, do 7/3/2008:
 - Feitos: Licenza para 2 edificios con 52 vivendas sen os servizos urbanísticos sen servizos adecuados para servir á edificación permitida no planeamento (Fisterra)
 - Nulidade de pleno dereito da licenza

- Sentenza do XCA 1 de Lugo, do 11/12/2009:
 - Feitos: Licenza para 4 edificios con 173 vivendas sen servizos urbanísticos adecuados para servir á edificación permitida no planeamento (Barreiros)
 - Nulidade de pleno dereito da licenza
 - “Trátase de evitar o nacemento de solo urbano pola soa circunstancia da súa proximidade ao que xa é, pero con exoneración aos propietarios das cargas que impón o proceso de transformación dos solos urbanizables”

Licenza para parcelación urbanística ilegal

- **Suposto:**
 - Concesión de licenza para dividir os terreos en dous ou máis lotes ou porcións a fin da súa edificación ou urbanización posterior, xa sexa de forma simultánea ou sucesiva, en solo rústico ou no ámbito dos núcleos rurais non consolidados (<50%)
- **Valoración xurídica:**
 - Nulidade de pleno dereito (art. 62.1.f) LRXAP)
 - Prohibición de edificar nos lotes resultantes dunha parcelación urbanística ilegal (art. 207 LOUG)
 - Outórgase aos propietarios un aproveitamento urbanístico inexistente
 - Exonerase aos propietarios dos deberes e cargas a que están obrigados en compensación pola apropiación do aproveitamento urbanístico
 - Non se prevén as reservas mínimas de solo para dotacións públicas esixidas na LOUG

- Sentenza do XCA 3 de Pontevedra do 19/10/2009:
 - Feitos: licenza para parcelación en 30 parcelas en núcleo rural e licenza para a construción de 30 vivendas nas parcelas resultantes
 - Nulidade de pleno dereito da licenza (Barro)

- Sentenza do TSXG do 22/10/2009:
 - Feitos: construción de 52 vivendas en solo rústico de protección de costas sen axustarse ás condicións da autorización autonómica para construción de aparthotel (O Grove)
 - Complexo inmobiliario con fincas xurídica y físicamente independentes. Parcelación urbanística ilegal.

- Sentenza do XCA nº 1 de Lugo do 30/12/2009:
 - Feitos: licenza para parcelación en 2 parcelas en núcleo rural (Barreiros)
 - Nulidade de pleno dereito prevista no art. 62.1.f) da LOUG, pois permitiuse á beneficiaria da licenza adquirir un dereito ou facultade que o ordenamento xurídico urbanístico non lle permitía, ao constituir unha reserva de dispensación pois foi outorgada unha licenza sen cumprirse os requisitos esixidos para a súa concesión”

Indisciplina urbanística xeneralizada

- Suposto:
 - Non exercer as potestades de reposición da legalidade urbanística fronte a edificacións ilegais que implican a apropiación dun aproveitamento urbanístico ao que non ten dereito o propietario
- Valoración xurídica:
 - Anulabilidade (art. 63 LRXAP)
 - Permitise aos propietarios apropiarse dun aproveitamento urbanístico ao que non teñen dereito
 - Incumprese o deber de adoptar as medidas necesarias para restaurar a legalidade urbanística vulnerada (art. 216.3 LOUG)

Convenios urbanísticos ilícitos

■ Suposto:

- Aprobación de convenios urbanísticos para determinar as facultades, deberes e cargas dos propietarios de modo que se xeneren plusvalías anteriormente inexistentes e/ou diminúan ou eliminan as cargas que deben soportar os propietarios en compensación ao aproveitamento urbanístico que se lles atribúe

■ Valoración xurídica:

- Nulidade de pleno dereito das estipulacións que infrinxan a LOUG, o réxime urbanístico do solo ou os deberes dos propietarios (art. 233.3 LOUG)
- Permitise aos propietarios apropiarse dun aproveitamento urbanístico anteriormente inexistente
- Exonerase aos propietarios dos deberes e cargas a que están obrigados en compensación pola atribución do aproveitamento urbanístico
- Se é o caso:
 - Incumprimento das reservas mínimas de solo para dotacións públicas
 - Incumprimento dos límites de edificabilidade

Corrupción urbanística

**Desviación de poder
+
Apropiación indebida
de aprovechamiento urbanístico lucrativo**

- Ejercicio abusivo de potestades urbanísticas para obter plusvalías urbanísticas indebidas, en beneficio propio ou de determinados propietarios ou promotores

“Informe Auken” aprobado polo Parlamento Europeo (2009)

- Reclasificacións do solo, construción masiva e especulación no sector inmobiliario (en parte causante da crise económica)
- Degradación masiva das zonas costeiras españolas
- Abusos cometidos contra moitos cidadáns europeos
- Incumprimento das Directivas europeas relativas á protección do medio ambiente, á utilización dos recurso hídricos naturais e á contratación pública
- Aplicación laxa da lexislación urbanística e medioambiental
- **Corrupción urbanística**