



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**Configuración jurídica de la propiedad en la potestad de
planeamiento urbanístico**

Tesis para optar el Título de
Abogado

Job Daniel Bayona Alvarado

**Asesor(es):
Mgtr. Guillermo Andrés Chang Chuyes**

Piura, noviembre de 2020

Aprobación

Tesis titulada “Configuración jurídica de la propiedad en la potestad de planeamiento urbanístico”, presentada por el bachiller Job Daniel Bayona Alvarado en cumplimiento con los requisitos para optar por el Título de Abogado, fue aprobada por el Director Mgtr. Guillermo Andrés Chang Chuyes.



Director de tesis



Para Cristina. En tus ojos está mi reflejo y tu
sonrisa es el inicio de todo.



Agradecimientos

A Dios; por siempre mostrarme su amor infinito y permitirme cumplir una más de mis metas.

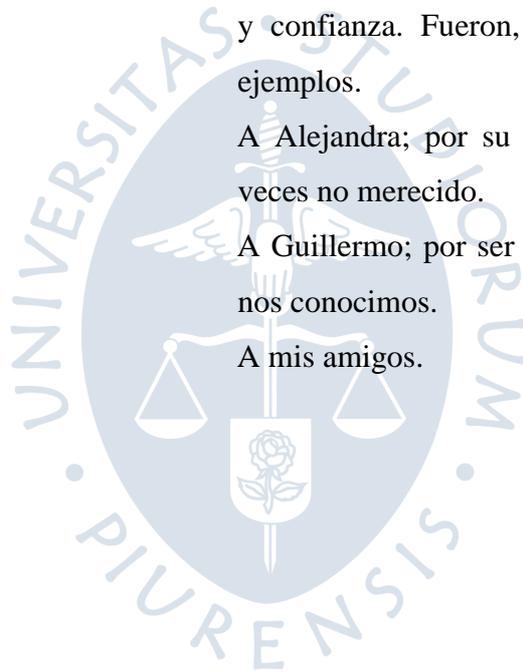
A mi madre; por su sacrificio inacabable. Con la esperanza de poder corresponder a todo lo que ha hecho por mi.

A mis hermanos, Isaac y Gabriel; por su paciencia y confianza. Fueron, son y serán mis mejores ejemplos.

A Alejandra; por su apoyo incondicional tantas veces no merecido.

A Guillermo; por ser un amigo y guía desde que nos conocimos.

A mis amigos.



Resumen Analítico-Informativo

Configuración jurídica de la propiedad en la potestad de planeamiento urbanístico

Job Daniel Bayona Alvarado

Asesor(es): Mgtr. Guillermo Andrés Chang Chuyes

Tesis.

Abogado

Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

Piura, noviembre de 2020

Palabras claves: Derecho Urbanístico / Derecho Administrativo / derecho de propiedad / función social de la propiedad / potestad de planeamiento urbanístico / Plan Urbano

Introducción: El presente trabajo analiza al derecho de propiedad y la influencia que ha tenido su función social en la formación del urbanismo peruano. Asimismo, se ha brindado un concepto de urbanismo acorde a la regulación del Perú. Sumado a ello, se ha analizado la potestad de planeamiento y su figura más natural: el Plan Urbano. Este tiene una función asignada que concretizará una de las actividades de la ordenación urbanística.

Metodología: En este trabajo se ha aplicado el método descriptivo y analítico. Así, se ha revisado doctrina comparada para esbozar conceptos básicos del tema de estudio. Además, se ha analizado normativa nacional vigente, jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, con el fin de encontrar el sustento legal a los postulados realizados.

Resultados: Esta investigación ha logrado establecer un concepto claro acerca de la función social de la propiedad con vocación urbana. Lo cual dio paso a entender al urbanismo como la conjunción de dos actividades estrechamente ligadas. Por un lado, la ordenación urbanística y por el otro, la transformación urbanística. A partir de ello, se concluye que la manera de llevar a cabo dicho orden es a través de la potestad de planeamiento urbanístico. Esta última, siempre utiliza al Plan Urbano como vehículo normal para encausar la propiedad de cara a la ciudad. Resaltándose que al ser una norma con rango legal, los Gobiernos Locales resultan ser competentes para su aprobación. Finalmente, se menciona que su formación, validez y eficacia son claves para desarrollar una transformación urbanística que respete el ámbito individual y social del titular del derecho de propiedad.

Conclusiones: Acorde al análisis que se ha desarrollado a lo largo de este trabajo, se concluye la inexistencia de una norma con rango legal que regule los instrumentos delimitadores de la propiedad con vocación urbana. Pese a ello, se han establecido conceptos claros para diferenciar competencialmente los aspectos relacionados al urbanismo en el Perú. En ese sentido, se resalta que en un Estado Constitucional de Derecho, la propiedad es la base para que se forme la ciudad.

Fecha de elaboración del resumen: 06 de noviembre de 2020

Analytical-Informative Summary

Configuración jurídica de la propiedad en la potestad de planeamiento urbanístico

Job Daniel Bayona Alvarado

Asesor(es): Mgtr. Guillermo Andrés Chang Chuyes

Tesis.

Abogado

Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

Piura, noviembre de 2020

Keywords: Urban Law / Administrative Law / property law / social function of property / urban planning authority / Urban Plan

Introduction: This work analyzes property rights and the influence that its social function has had on the formation of Peruvian urbanism. Likewise, a concept of urban planning has been provided in accordance with the regulations of Peru. In addition to this, the planning power and its most natural figure: the Urban Plan have been analyzed. This has an assigned function that will carry out one of the urban planning activities.

Methodology: In this work the descriptive and analytical method has been applied. Thus, comparative doctrine has been reviewed to outline basic concepts of the study topic. In addition, current national regulations, jurisprudence of the Constitutional Court and the National Institute for the Defense of Competition and the Protection of Intellectual Property have been analyzed, in order to find the legal basis for the postulates made.

Results: This research has managed to establish a clear concept about the social function of property with an urban vocation. Which gave way to understand urban planning as the conjunction of two closely linked activities. On the one hand, urban planning and on the other, urban transformation. From this, it is concluded that the way to carry out said order is through the power of urban planning. The latter always uses the Urban Plan as a normal vehicle to channel property towards the city. Highlighting that being a norm with legal status, Local Governments turn out to be competent for its approval. Finally, it is mentioned that its formation, validity and effectiveness are key to developing an urban transformation that respects the individual and social scope of the owner of the property right.

Conclusions: According to the analysis that has been developed throughout this work, the inexistence of a norm with legal status that regulates the delimiting instruments of property with an urban vocation is concluded. Despite this, clear concepts have been established to differentiate competencies related to urban planning in Peru. In this sense, it is highlighted that in a Constitutional State of Law, property is the basis for the formation of the city.

Summary date: November 06th, 2020

Tabla de contenido

Introducción	1
Capítulo 1 El derecho de propiedad y su función social en el ámbito urbano	3
1.1. Regulación del derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico peruano	3
1.1.1. La función social como componente delimitador del derecho de propiedad en el ámbito urbano.....	6
1.1.2. Modos en que se manifiesta la función social de la propiedad en el ámbito urbano	11
1.2. El derecho de propiedad y su influencia en la acepción del urbanismo en el Perú	15
1.2.1. Teorías acerca del urbanismo y sus alcances en el derecho de propiedad.....	17
1.2.2. El concepto de urbanismo que se ha adoptado en el ordenamiento jurídico peruano.....	23
1.3. La competencia de la ordenación urbanística en el Perú.....	27
1.3.1. Competencias locales en la ordenación urbanística.....	28
1.3.2. Competencias a nivel supralocal.....	32
1.3.2.1. Regulación general y políticas urbanísticas	32
1.3.2.2. La coordinación con los Gobiernos Regionales	36
Capítulo 2 La potestad de planeamiento en el ordenamiento jurídico peruano	39
2.1. Principios que ordenan el ejercicio de la potestad de planeamiento.....	39
2.1.1. El principio de legalidad: la reserva de ley y su fundamento delimitador del derecho de propiedad en el ámbito urbano	40
2.1.2. El principio de subsidiariedad: los entes territoriales locales como los llamados a ejercer la potestad de planeamiento urbanístico	43
2.1.3. La relaciones administrativas: tutela y coordinación.....	46
2.1.4. La participación ciudadana	49
2.2. Naturaleza jurídica de los planes urbanos.....	52
2.3. Formulación de los planes urbanos.....	59
2.3.1. Clases de planes urbanos	59
2.3.2. Etapa preparatoria de los planes urbanos	65
2.3.3. El Plan de Desarrollo Urbano	67
2.3.3.1. Contenido del Plan de Desarrollo Urbano	68
2.3.3.2. Elaboración y consulta del Plan de Desarrollo Urbano	72

2.3.3.3. Modificación del Plan de Desarrollo Urbano	74
2.3.3.4. Aspectos técnicos complementarios del Plan de Desarrollo Urbano.....	75
2.3.4. Perfección, validez y eficacia de los planes urbanos	76
2.4. El componente físico-espacial en los planes urbanos	84
Conclusiones	87
Referencias bibliográficas.....	89
Jurisprudencia.....	95



Introducción

En el Perú, el derecho a la propiedad ha sido recogido formalmente en el numeral 16 del artículo 2 de la Constitución Política. A él se le ha añadido la función social como elemento estructural y en consecuencia, se han introducido los intereses colectivos de la sociedad en su contenido constitucional.

Por ello, como punto de partida en el presente estudio, se ha explicado la regulación constitucional y legal del derecho de propiedad. Posteriormente, se ha esbozado el concepto de función social que se ha adoptado, y su estructuración en la delimitación del contenido constitucional del derecho de propiedad con vocación urbana. Así, a partir de este análisis, se ha realizado un examen detallado sobre lo que debe entenderse por urbanismo, producto de la funcionalización del derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico peruano.

Como es de esperarse, el urbanismo es una actividad que ha acompañado al hombre desde que pasó a establecerse en un determinado lugar. Su relevancia, por tanto, no es ajena a él, sino más bien, tanto el urbanismo como el hombre tienen una vinculación desde las primeras civilizaciones. Esa vinculación ha hecho que, a lo largo de los años, existan nuevas prestaciones por parte de los gobiernos, como por ejemplo: los servicios públicos, las nuevas técnicas jurídicas de planificación urbana y demás actuaciones del Poder público. Las cuales tienen como finalidad que el hombre alcance la plenitud de los derechos fundamentales derivados de su dignidad.

En ese contexto, el artículo 1 de la Constitución Política del Perú ha establecido que la persona es el fin supremo del Estado. Esto se ha traducido en que toda actuación del Estado deberá estar dirigida a conseguir la defensa y promoción de los derechos fundamentales del hombre. Así, el urbanismo adquiere una relevancia especial en todo este proceso, pues lleva consigo la tarea de ordenar y promover la vida en la ciudad, reservándose determinados parámetros de actuación a el Poder público y otras facultades para los ciudadanos.

En ese sentido, los nuevos avances tecnológicos y la modernización en general prevén que las bases fundamentales del urbanismo deben ser entendidas con claridad. Todo lo contrario, traería consigo posibles conflictos en los ámbitos de actuación y concreción de los derechos fundamentales, siendo su consecuencia el abuso por parte del Poder público en el ejercicio de sus competencias.

Actualmente, esta falta de claridad ha derivado en la ineficiente formulación de la planificación de la ciudad. Bajo ese panorama, este trabajo busca brindar alcances de cómo debe ser entendido el urbanismo en el aún joven Estado Constitucional de Derecho del Perú. Así, la potestad de planificación urbanística se presenta como una materia encausadora de la

propiedad con vocación urbana, que busca la planificación equitativa de la ciudad, siempre respetando los derechos fundamentales y reservándosele tal actuación al Estado.

Además, se ha propuesto algunas consideraciones acerca de su figura más importante, el plan urbano. Este sirve como vehículo normal para llevar a cabo la planificación urbanística. Entendiéndose que su naturaleza, formación, validez y eficacia son puntos claves en la eficiente ordenación de la ciudad.

Finalmente, a lo largo de este estudio se ha resaltado la insuficiente regulación en materia urbanística en el ordenamiento jurídico peruano. Todo ello, ha derivado en interpretaciones y respuestas erróneas para las distintas situaciones jurídicas que se han creado, producto de la actividad humana. Y, aún más importante, la creación de figuras jurídicas que en la realidad tienen un tratamiento jurídico muy distinto al de su propia naturaleza. Es en ese sentido, que se ha buscado incidir en el esclarecimiento de los conceptos necesarios para llevar a cabo la formulación de la ciudad, conforme a un estudio adecuado y jurídico de la realidad nacional.



Capítulo 1

El derecho de propiedad y su función social en el ámbito urbano

1.1. Regulación del derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico peruano

No cabe duda de que a lo largo de la historia, la propiedad ha sufrido diversas variaciones en la forma en que ha sido entendida. En ese sentido, como antecedente más importante para la formación del actual urbanismo, se puede señalar a la Revolución Industrial en el siglo XIX.

Así, como gran detonante, para lo que GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO¹ han denominado como el inicio al urbanismo contemporáneo, se tiene a la migración desenfrenada de masas poblacionales periféricas a la ciudad. Esto, dio pase a la degradación de las condiciones sanitarias de las que gozaban las ciudades. Asimismo, proliferaron enfermedades producto de las pobres condiciones laborales y de vivienda de los migrantes. “Los descubrimientos e invenciones mecánicas empiezan a configurar de manera diferente el mundo. Surgen nuevas formas de organización económica que se reflejan inmediatamente en la explotación de las minas de carbón y de hierro, en la industria siderúrgica, en la textil, etc. El dinamismo de la producción, del desarrollo económico, se instala en todo el mundo occidental, arrastrando en su vorágine formas de vida milenaria. Ello coincide con una expansión demográfica sin precedentes, determinadas por las nuevas técnicas sanitarias y alimentarias por el multiplicador del desarrollo económico que requiere incesantemente nuevos brazos”².

De esta forma, se destaca el *Report on an inquiry into the sanitary conditions of the labouring population of Great Britain*, redactado por EDWIN CHADWICK en 1839. “Este informe proporciona la situación real de los trabajadores, hacinados en ciudades o barrios sin higiene, viven como media trece años menos que la entera población de Suecia y además propone soluciones que se traducen en medidas legislativas concretas, (...) nuevas técnicas del alcantarillado, el suministro de agua potable, concepción de calle, patios y parques como elementos de aireación y ventilación, la separación de viviendas e industrias (zonificación), los estándares higiénicos mínimos en las viviendas, etc. Es la primera manifestación de una acción reflexiva sistemática sobre las ciudades”³.

Sin embargo, a diferencia de lo que se ha sostenido líneas atrás, existen algunos autores que, por el contrario, entienden que con la Revolución Industrial, las condiciones sanitarias, la vivienda y el bienestar en general, se llevan a un siguiente nivel. Pues, antes de esto, las

¹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Urbanístico, I*. Madrid. Editorial Civitas, S.A., 1979. pp. 26.

² *Ibidem*. También se puede encontrar un nuevo análisis de la Revolución Francesa, con respecto a la propiedad privada en BRAHAM GARCÍA, Enrique. *El concepto de propiedad en el Código Napoleónico. Una nueva Interpretación de su artículo 544 en la Historiografía Jurídica Alemana*. Revista Chilena de Derecho. 23,1, 1996. pp. 7-12.

³ *Ibidem*. p. 34. En igual sentido CASTRO-POZO DÍAZ, Hildebrando. *Derecho Urbanístico*. Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L. 2007. p. 12.

condiciones eran iguales o peores de las que ya existían. Es decir, con la Revolución Industrial no empeoran las condiciones de las masas poblacionales. Por el contrario, estas mejoran y sirven para la creación de nuevas figuras jurídicas y de ingeniería para satisfacer esas nuevas necesidades.

De esta manera, producto de la industrialización, o de lo que se ha denominado como la transformación de bienes de lujo en bienes de consumo masivo, las masas poblacionales se establecieron en zonas periféricas. Esto, toda vez que las exigencias de la creciente clase media y su nuevo poder adquisitivo buscan asentarse fuera de los centros urbanos en busca de tranquilidad. Con ello, se abre la necesidad de construir nuevos conjuntos habitacionales, por medio de la planificación urbana y así satisfacer esas nuevas necesidades⁴. Adicionalmente, surgen los nuevos pensamientos reaccionarios ante las situaciones de aquella época, producto de la concientización sobre circunstancias que antes pasaban desapercibidas o que no se consideraban relevantes o exigibles con relación a las condiciones anteriores a la Revolución Industrial. Una muestra de ello se puede encontrar en el Manifiesto Comunista firmado en Londres en 1848⁵.

Con todo, sea esta otra forma de comprender la Revolución Industrial o la explicada al inicio de este apartado, lo cierto es que se puso en reinterpretación al concepto de propiedad. Pasa de ser hecho individual a ser un hecho para la colectividad. Esto se traduce en que se deja de entender y proclamar a la propiedad, desde un ámbito individual, como el poder más absoluto que se le reconoce al propietario. A partir de ese hecho, el propietario, sin dejar de ostentar un poderío sobre el bien, tiene que cumplir con la función social que se le asigne a su derecho de propiedad.

Sabiendo esto y ya entrando a analizar la propiedad en el ordenamiento jurídico peruano, la Constitución Política de 1993 en el numeral 16 de su artículo 2, ha recogido el derecho a la propiedad como un derecho fundamental de la persona⁶. Asimismo, el artículo 70 de la citada

⁴ Vid. CANALES GILI, Esteban. *Industrialización y condiciones de vida en Inglaterra: Notas sobre una larga polémica*. Investigaciones históricas: Época moderna y contemporánea. N.º. 14, 1994, pp. 171-196. O también se puede revisar el documental emitido por History Channel y alojado en <https://youtu.be/HAZ17t-272c>.

⁵ Vid. DUQUE SEPULVEDA, Juan Sebastián. *Monografía: Confort e Higiene. Historia de la vivienda obrera en la Revolución Industrial*. Universidad Nacional de Colombia. 2015. pp. 28 y ss. Se puede encontrar en: https://issuu.com/juansebastianduquesepulveda/docs/capitulos_tg__issuu. Una investigación introductoria sobre esta nueva forma de entender la Revolución Industrial se puede ver en *El Capitalismo y la Revolución Industrial – VisualPolitik*. Alojado en: <https://youtu.be/HRaNhUH7pG8>.

⁶ Si se busca una definición del derecho de propiedad, además de lo dispuesto por el Código Civil, se puede citar lo dicho por el Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 0008–2003–AI/TC, del 11 de noviembre de 2003. F.j. 26.a. En ésta, se define a la propiedad como “el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, (...) e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno”.

norma constitucional reconoce que “[e]l derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley.”

En ese sentido, es correcto afirmar que el derecho de propiedad es un derecho fundamental. Es decir, es inherente a la naturaleza humana y por lo tanto, se le reconoce una doble dimensión en su contenido. Por un lado, una dimensión subjetiva y por el otro, una dimensión objetiva. La doctrina ha denominado a esto como el principio de doble dimensión de los derechos fundamentales. Sobre la primera dimensión, CASTILLO CÓRDOVA sostiene que “se ha de reconocer como contenido constitucional de un derecho fundamental todo un conjunto de facultades de acción y de disposición a favor de su titular, a través de cuyo ejercicio se conseguirá lograr la finalidad del reconocimiento del derecho de propiedad”⁷ y se exige “la abstención por parte del Poder público”⁸. Acerca de la segunda dimensión, se ha reconocido que “el poder político se vincula a los derechos fundamentales comprometiéndose a garantizar y favorecer su plena vigencia, adquiriendo con ello una serie de obligaciones, no solo negativas de no acción, sino especialmente positivas de acción”⁹. Por ello, sobre la base de la dimensión objetiva, el Estado se convierte en un promotor y garante de la plena vigencia de los derechos fundamentales. En consecuencia, “las actuaciones [del Estado] de las que será capaz para favorecer los derechos fundamentales, serán actuaciones legislativas, administrativas y judiciales”¹⁰.

De esta suerte, se concluye que el derecho de propiedad, como todo derecho fundamental, otorga al titular del bien distintas facultades inherentes a la persona, las cuales deben ser positivizadas y fomentadas por el Estado en sus diversas actuaciones. Pero además, y como ha dispuesto la Constitución, dichas actuaciones deben ser ejercidas en armonía con el bien común y con los límites que la ley disponga.

Sobre esto último, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “dentro del Estado democrático y social de derecho, la propiedad no se agota en un cometido individual, sino que se despliega hasta lograr una misión social, por cuanto esta debe ser usada también para la constitución y ensanchamiento del bien común. [Así,] el propietario dispondrá, simultáneamente, del poder de emplear su bien en procura de lograr la satisfacción de sus expectativas e intereses propios y los de su entorno familiar; y el deber de encauzar el uso y

⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El derecho de propiedad como objeto de protección del proceso de amparo*. Piura. Repositorio Institucional Pirhua. 2006. p. 4.

⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*. 3ª. Ed. Lima. Palestra Editores, 2007. p. 276.

⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El derecho de propiedad como objeto...* op. cit., p. 4.

¹⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales: elementos...* op. cit., p 283.

disfrute del mismo en armonía y consonancia con el bien común de la colectividad a la que pertenece”¹¹.

En el ámbito legal, el Código Civil se ha manifestado en el mismo sentido, pues ha estipulado que “[l]a propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”¹². Esto, hace suponer que el derecho de propiedad ha sido funcionalizado. Es decir, el derecho de propiedad en el Perú, ya no debe ejercerse en la sola búsqueda de intereses particulares sino también de acuerdo a los intereses sociales o comunes. Lo dicho, en virtud de la consecución del mayor bienestar social posible. Fruto de ello es que se han diseñado diversas disposiciones normativas que regulan a la propiedad y su ejercicio, como ejemplo: la Ley N.º 27157, Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común y el Texto Único Ordenado de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N.º 035-2006-VIVIENDA, el Texto Único Ordenado de la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, aprobado por Decreto Supremo N.º 006-2017-VIVIENDA y su Reglamento, o también las disposiciones del Reglamento Nacional de Edificaciones, aprobado por Decreto Supremo N.º 011-2006-VIVIENDA, entre otras.

Finalmente, como primer alcance se debe indicar que, aunque estas disposiciones no han denominado explícitamente a la función social como tal, es posible sostener que dicha función está completamente recogida en las disposiciones antes mencionadas. En otras palabras, “se admite que la ley pueda subordinar al interés social el uso y goce que supone el derecho de propiedad”¹³. Más adelante se volverá sobre este punto.

1.1.1. La función social como componente delimitador del derecho de propiedad en el ámbito urbano

Antes de analizar de lleno a la función social de la propiedad, es necesario establecer el significado correcto de la delimitación de los derechos fundamentales. Pues esto servirá para encontrar el papel que ejerce la función social sobre la propiedad.

Al respecto, en virtud del principio de doble dimensión, las diversas actuaciones alrededor de los derechos fundamentales deberán ser realizadas de acuerdo de su contenido esencial o constitucional, como lo denomina propiamente la doctrina¹⁴. En ese sentido, “[t]odo derecho

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de noviembre de 2003... op. cit., F.j. 26.a.

¹² Artículo 923 del Código Civil Peruano.

¹³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El derecho de propiedad como objeto...* op. cit., p. 12.

¹⁴ Para CASTILLO CÓRDOVA no es necesario llamar a dicho contenido como esencial, pues entenderlo de esta manera, significaría la existencia de un contenido no esencial y eso no es predicable de los derechos

fundamental significa y vale su contenido, por lo que todo derecho cuenta con un contenido. Este contenido estará conformado por todas las facultades de acción que ese derecho depara a su titular y por todas las obligaciones de acción a las que debe comprometerse el poder político con la finalidad de conseguir la vigencia plena y real del derecho mismo”¹⁵.

Sumado a ello, es evidente que el contenido constitucional del derecho de propiedad deberá ser definido en cada caso concreto¹⁶. Resaltándose que dicho contenido es limitado, ilimitable y delimitable¹⁷. Limitado porque el derecho de propiedad como derecho fundamental debe tener un contenido limitado y no absoluto, pues solo abarcan esferas jurídicas limitadas. Ilimitable porque “ni el legislador ni nadie puede desconocer esas fronteras inmanentes o internas, esas fronteras vinculan de modo fuerte al poder quien no puede transgredirlas restringiendo, limitando o sacrificando el contenido constitucional del derecho fundamental que se trate”¹⁸. Y, por último delimitable porque “el legislador, el órgano ejecutivo y el órgano judicial van perfilando con sus normas, actos y sentencias el contenido constitucional del derecho fundamental en cada caso concreto; la labor del poder político es ir perfilando y sacando a la luz esos contornos o fronteras internas e inmanentes del contenido de los derechos fundamentales”¹⁹.

Así, a partir de ello se afirma que no será labor del Poder público –manifestación de la dimensión objetiva de los derechos– el dotar de contenido o limitar al derecho de propiedad. Sino que, por el contrario, tiene una labor de delimitador de ese contenido constitucional del derecho de propiedad. Es decir, es una actividad encaminada a determinar “los contornos de su ámbito de protección”²⁰.

En ese sentido, algún sector de la doctrina considera que la labor del legislador consiste en limitar el contenido del derecho de propiedad²¹. No obstante, en el ordenamiento jurídico peruano esta postura no puede sustentarse. Pues, en virtud de la doble dimensión de los derechos fundamentales, el titular del derecho goza de un amplio espectro de facultades, siendo el Poder público el encargado garantizar un adecuado cumplimiento y satisfacción del derecho invocado.

fundamentales. Vid. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales: elementos...* op. cit., pp. 232 y ss.

¹⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales*. Piura. Repositorio Institucional Pirhua, 2005. p 4.

¹⁶ Vid. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales: elementos...* op. cit., pp. 232 y ss.

¹⁷ Vid. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Algunas pautas para la determinación del contenido...* op. cit., p. 5 y CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales: elementos...* op. cit., p. 236.

¹⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Algunas pautas para la determinación del contenido*. op. cit., p. 5

¹⁹ *Ibidem*. p. 5

²⁰ Vid. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales: elementos*. op. cit., p. 237.

²¹ *Infra*. 1.2.1.

Asimismo, para determinar ese contenido constitucional del derecho de propiedad corresponde tener en consideración que ese contenido es limitado, ilimitables y delimitable. Por ello, el Poder público no tiene encomendada como su función el dotar o limitar el contenido del derecho. Sino que por el contrario, se encarga de delimitar el contenido del derecho de propiedad. En otras palabras, su función será la de buscar los límites esenciales o los alcances de la esfera jurídica de protección del derecho de propiedad.

Bajo este panorama, el derecho de propiedad, como todo derecho fundamental, tiene un contenido constitucional que debe ser delimitado por el Poder público. Por ello, ahora toca comprender la naturaleza jurídica de la función social y cómo se concreta en la estructura del contenido constitucional del derecho de propiedad. A su vez y como cuestión aparte pero no totalmente desligada de lo estudiado hasta el momento, debe precisarse que el presente estudio de la función social no se abocará al examen de cualquier tipo de propiedad, sino aquella que tenga vocación urbana. Es decir, solo se avocará a aquellos inmuebles que sean pasibles de ser aprovechados urbanísticamente, para luego dar paso a la propiedad urbana propiamente dicha.

Para empezar, es preciso resaltar que LEÓN DUGUIT es el primer autor en acuñar el termino función social de la propiedad privada en 1911²². Aunque dota de contenido y significado a la función social, su propuesta no ha estado exenta de críticas. Este autor parece comprender a la propiedad como solo una cuestión de la colectividad²³. Esto es, propondría que el ejercicio del derecho de propiedad siempre deberá llevarse a cabo solamente en la consecución de una finalidad social.

En esencia, lo que esta postura doctrinal predicaría es un exaltamiento “de la función social en contra del interés individual del propietario, quien ha dejado de ser tal para convertirse en un funcionario abocado exclusivamente –con su actuación– a la consecución del interés general”²⁴. La crítica a estos postulados es que la existencia de “ese conjunto de deberes y obligaciones no suponen detraer el interés privado del titular en orden a la satisfacción del

²² Cfr. MUÑOZ GUIJOSA, María. *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*. Navarra. Civitas. 2009. p. 101.

²³ Aún con ello, el autor ha realizado la aclaración al respecto: “Yo no digo, ni he dicho jamás, ni jamás he escrito, que la situación económica que representa la propiedad individual desaparece o debe desaparecer. Digo solamente sobre la cual descansa su protección, se modifica. A pesar de lo cual, la propiedad individual persiste protegida contra todos los atentados, incluso de los que proceden del Poder Público. Es más, diría que está más fuertemente protegida que con la concepción tradicional”. Cfr. LEÓN DUGUIT, Pierre. *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón* (Trad. Carlos G. Posada). Analecta. Pamplona. 2007. p. 180.

²⁴ VEINTIMILLA VEGA, Jorge. *La expropiación forzosa e impuesto a la renta en el ordenamiento peruano*. Tesis para optar por el título de abogado. Piura. Universidad de Piura. 2016. p. 48.

interés social ni mucho menos el reconocimiento de tales obligaciones supone convertir a la propiedad en función”²⁵.

De esta forma, aunque no existe un concepto unánime acerca del concepto de función social²⁶, la Constitución Política del Perú y el Código Civil han señalado que, el derecho de propiedad debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. No obstante, si bien no se ha recogido de manera textual la función social, debe de incidirse en que puede sustentarse su existencia a través de un interpretación sistemática y armónica de la normativa constitucional e infraconstitucional.

Dicho esto, la función social debe entenderse como un elemento integrante de la estructura interna y constitucional del derecho de propiedad. En *contrario sensu*, si se predicase a la función social como un elemento externo o añadido a la propiedad, sería comprender que “la función social representa un conjunto de límites y obligaciones que son impuestos al propietario para lograr la consecución de un interés que le es del todo ajeno: el interés social de la comunidad globalmente considerada”²⁷. Así, entendida como un “límite” añadido al derecho de propiedad, vendría a sumar esos derechos u obligaciones creados para los titulares del derecho de propiedad. Los cuales, finalmente, podrían ser desgajados del derecho de propiedad para en algún momento, porqué no, enajenarse o eliminarse sin acarrear la indemnización debida”²⁸.

Por todo ello, como bien ha indicado COLINA GAREA, “[e]l error de las teorías que sitúan la función social en la faz externa del derecho de propiedad radica en reclamar la noción clásica del derecho subjetivo, subrayando, desde esta perspectiva, la imposibilidad de disolver en el dominio elementos de carácter obligatorio que excluyan al sujeto titular la libre determinación del contenido a observar”²⁹. En igual sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional, cuando al referirse a la función social, ha sostenido que “[a]corde con la Constitución, es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. [Es decir], en la propiedad no sólo reside un derecho, sino también un deber: la

²⁵ *Ibídem.* p. 50.

²⁶ Un resumen de las posturas acerca de la configuración constitucional de la función social puede encontrarse en *Ibídem.* pp. 3 y ss.

²⁷ COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978*. Tesis para optar por el grado de Doctor. La Coruña. Universidad de la Coruña. 1995. p. 276.

²⁸ Cuestión aparte son los Derechos adicionales de edificación transferibles (DAET) contemplados en el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano sostenible. Los cuales, a primera vista, se podrían considerar como una excepción a esa inherencia del *ius aedificandi* al derecho de propiedad, pudiendo estas facultades separarse del derecho de propiedad, para adherirse a uno diferente bajo determinadas condiciones. Aunque se entiende que merece un estudio más profundo.

²⁹ *Ibídem.* p. 284.

obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues sólo de esa manera estará garantizado el bien común”³⁰. Además, “[c]uando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, no hace más que referirse a esa función social que el propio derecho de propiedad comprende, integra e incorpora, en su contenido esencial”³¹.

En consecuencia, de lo citado hasta el momento se puede inferir que: i) la función social forma parte de la estructura constitucional del derecho de propiedad; ii) en un sistema jurídico como el peruano, los bienes, y en todo caso la propiedad de los bienes, deben estar destinados a unos determinados fines; iii) los cuales no solo suponen la realización individual sino a la vez, la proscripción de la utilización del derecho de propiedad en perjuicio de terceros en virtud de su función social; y, iv) por ello se le impone deberes a los titulares del derecho, pues, según la Constitución y el Código Civil, el derecho de propiedad debe ejercerse en armonía con el interés social. Sin embargo, aunque estas afirmaciones son correctas corresponde hacer una precisión.

Al respecto, siguiendo a MUÑOZ GUIJOSA, la función social puede definirse como “el elemento del derecho de propiedad que definido, en su caso, por el legislador, hace referencia a la destinación del bien objeto de derecho, incorporando de esta forma los intereses colectivos en el seno de aquél”³². Este concepto de función social no hace más que reafirmar lo ya indicado, de manera que no puede sostenerse a la función social como algo externo al derecho de propiedad. Esto es, la función social del derecho de propiedad es consustancial a su mismo contenido constitucional y carece de sustento indicar que la función social significa en sí misma una imposición de deberes u obligaciones a la propiedad del titular de un bien.

Dicho de otra manera, a través de la función social se introduce un elemento finalista en la estructura del derecho de propiedad, toda vez que por ella “se le asigna un fin a un determinado bien objeto del derecho propiedad, y esa destinación es la que aparece como la causa de un conjunto de límites que afectan al contenido del derecho, límites que por tanto, resultan ser el efecto de tal determinación de la función en cada caso concreto”³³. Vale decir, la función social o destinación del bien, actúa como un elemento finalista dentro de la estructura del contenido constitucional del bien. Por esta, se indican las limitaciones constitucionales del derecho de propiedad producto de su destinación. Así pues, como el derecho de propiedad no es absoluto

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de noviembre de 2003 ... op. cit., F.j. 26.a.

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del 22 de agosto de 2008, recaída sobre el Expediente N.º 03347-2009-PA/TC. F.j. 15.

³² MUÑOZ GUIJOSA, María. *El derecho de propiedad del suelo*...op. cit., p. 116. Aunque desde este trabajo se discrepa con el término “definido” en el concepto brindado, se entiende que la idea central de la función social ha sido expresada con claridad.

³³ Cfr. *Ibidem*. p. 120.

sino que es una realidad que tiene una esfera de actuación determinada, será el legislador quien delimite o concrete los límites constitucionales del citado derecho de propiedad.

En ese sentido, desde este trabajo debe sostenerse que la función social de la propiedad forma parte integrante de la estructura interna del derecho de propiedad. Busca configurar el destino de un bien, introduciendo los intereses colectivos de la sociedad. Esto, servirá como causa para la imposición de deberes u obligaciones al titular del derecho de propiedad. De ahí que se haya sostenido la existencia de diversos estatutos de la propiedad producto de la activación de la función social en dicho derecho.

Finalmente, conviene resaltar que, “la adscripción a la propiedad privada de una función social ha supuesto una reducción de la esfera de libertad que los ordenamientos decimonónicos reconocían al propietario. Sin embargo, no es menos cierto que tales limitaciones se establecen en beneficio de la propia libertad. Ahora bien, no en beneficio de la libertad de unos pocos privilegiados detentadores del capital, sino en pro de la libertad de la entera colectividad, sin efectuar distinciones de clases. La más justa distribución de la riqueza a la que lleva el principio de la función social, evita que el poder sobre las cosas se convierta en autoridad sobre las personas y que la propiedad vuelva a ser, como en antaño; instrumento de dominación y sometimiento de los débiles”³⁴.

1.1.2. Modos en que se manifiesta la función social de la propiedad en el ámbito urbano

Entendido el concepto de función social que se adopta de acuerdo al ordenamiento jurídico peruano, y cómo es que esta se configura dentro de la estructura constitucional de la propiedad. Ahora, corresponde indicar cuáles son las consecuencias de la incorporación de este elemento en la estructura del derecho de propiedad.

Al respecto, como la función social asigna un fin o destino a la propiedad y esa destinación causa la imposición de deberes u obligaciones, su concreción puede operar de distintas maneras. Por ello, STÉFANO RODOTÀ³⁵ ha señalado que existen tres formas en las que se puede manifestar la función social de la propiedad:

- a) Como la falta de atribución de determinadas facultades;
- b) Como un conjunto de condiciones para el ejercicio de facultades atribuidas; y,
- c) Como obligación de ejercitar determinadas facultades.

³⁴ COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad privada...* op. cit., p. 613.

³⁵ Cfr. RODOTÀ, Stefano. *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*. Madrid. Civitas. 1986. p. 238.

De este análisis, se aprecia que la primera forma en que opera la función social es la no asignación de determinadas facultades³⁶ al derecho de propiedad –delimitación realizada a través de una potestad legislativa–. Sin embargo, aunque un sector doctrinal ha manifestado que las facultades que no fueron producto de la delimitación del derecho de propiedad, siguen perteneciendo potencialmente a este, se debe descartar dicho análisis. Así pues, cuando se realiza la delimitación del derecho de propiedad con vocación urbana, se establece un conjunto determinado de facultades *ab initio*. Por ello, las que no surgieron producto de esa delimitación no pueden regresar a dicho derecho pues nunca existieron³⁷. Asimismo, la no asignación de determinadas facultades no supone una privación al propietario o un supuesto de indemnización por parte del Estado. Pero además, la operatividad de la función social de la propiedad urbana supone la existencia de seguridad jurídica para el titular del derecho. Resultando inconstitucional reducir esas facultades ya delimitadas por el Poder público, salvo algunas excepciones y con el pago respectivo.

Así, sostener el anterior argumento doctrinal supone, por citar un ejemplo, que la intervención expropiatoria se podría activar como una finalidad potencial sobre cualquier derecho de propiedad. Además, su consecuencia sería que no importaría el pago del justiprecio respectivo. Pues, esa finalidad, al pertenecer potencialmente al derecho de propiedad ya delimitado, haría posible tal actuación sin importar pago alguno. Cuando, lo que verdaderamente sucede es la realización de una nueva delimitación a dicho derecho de propiedad a través de una norma legal, a través de la cual se asigna una nueva finalidad al bien producto de su nueva valoración³⁸.

Ahora bien, aunque no es intención de este trabajo realizar un análisis profundo de las diferencias en la activación de la función social sobre el derecho de propiedad en materia urbanística y en la expropiación forzosa del derecho de propiedad. Se puede sustentar que, aunque la función social sirve de fundamento tanto en materia urbanística como para la expropiación, su manera de actuar en uno u otro supuesto se realiza de diferente manera. Así, en el primer caso, una vez que opera la función social, se asigna un determinado espectro de facultades al derecho de propiedad, sin mediar algún supuesto de justiprecio por la no asignación de determinadas facultades. En cambio, en el segundo supuesto, una vez que opera

³⁶ Cuando hablamos de facultades, se realiza refiriéndose “a una posibilidad de actuación dentro del derecho subjetivo de propiedad funcionalizado y no como algo autónomo. Por ello, se entiende que existe una relación de continente a contenido entre derecho subjetivo y facultad, debiéndose entender que la existencia de la facultad se debe a la del derecho subjetivo”. Vid. O’Callaghan. Cit. por: MUÑOZ GUIJOSA, María. *El derecho de propiedad del suelo...* op. cit., pp. 338 y ss.

³⁷ Vid. *Ibidem*. p. 140.

³⁸ Sobre la seguridad jurídica producto de la delimitación de la función social en la propiedad urbana. *Infra*. 2.3.4.

la función social de la propiedad –sea o no con vocación urbana– se asigna un nuevo destino a la propiedad del que ya hubiera sido asignado. De esta forma, con el fin de salvaguardar la seguridad jurídica del titular del derecho de propiedad, se exige el pago de un justiprecio, ya que ese cambio de titularidad –acción que está destinada a soportar el sujeto expropiado en virtud de la activación de un altísimo interés social– supone la obligación del titular de entregar el bien³⁹.

Acerca de la segunda y tercera forma en que opera la función social de la propiedad, se puede poner de ejemplo el deber⁴⁰ de la obtención de la autorización administrativa por parte del propietario con el fin de ejercitar su *ius aedificandi*. O también, se puede citar el deber de implementar medidas preventivas si alguna obra se encuentra en ruina conforme al artículo 956 del Código Civil.

A su vez, en el ordenamiento peruano, el Reglamento de Acondicionamiento territorial y Desarrollo Urbano Sostenible, aprobado por Decreto Supremo N.º 022-2016-VIVIENDA (en adelante Ratdus), ha diferenciado entre área urbana, área urbanizable y área no urbanizable, determinando los alcances verticales del derecho de propiedad⁴¹. Esto se traduce en que, como consecuencia de la concreción de la función social, por un lado se pueden atribuir facultades urbanas. Que estas necesiten del ejercicio de determinadas condiciones para optar por la expansión urbana. O, por último, no asignar ningún tipo de facultades urbanísticas al bien inmueble. Como dato adicional, debe considerarse que todas estas manifestaciones operativas de la función social del derecho de propiedad, pueden manifestarse simultáneamente, ya que la concreción de una no excluye a la otra.

Por otro lado, cabe resaltarse un punto adicional que ha regulado el artículo 88 del Ratdus. Así, aunque este artículo se ha titulado como limitaciones legales al uso del suelo, subsuelo y sobresuelo urbano, su interpretación debe matizarse. De esta forma, debe entenderse que en realidad se ha querido referirse a la forma en que se realizan las delimitaciones al contenido constitucional del derecho de propiedad funcionalizado. Dentro de dicha disposición se encuentran las disposiciones de regulación general y particular, así como también las disposiciones contenidas en el plan urbano, y demás normas que resulten aplicables.

Adicionalmente, la doctrina ha sostenido que en la activación de la función social también deben tenerse en cuenta las situaciones específicas de la propiedad en el ámbito urbano. Sobre

³⁹ Vid. VEINTIMILLA VEGA, Jorge. *La expropiación forzosa e impuesto...* op. cit., p 72 y ss.

⁴⁰ SANTI ROMANO sostiene que se debe llamar deber antes que obligación pues esta última nace en manifestación de otro derecho subjetivo. Cit. por: MUÑOZ GUIJOSA, María. *El derecho de propiedad del suelo...* op. cit., p. 141.

⁴¹ *Infra*. 2.4.

ello, MUÑOZ GUIJOSA ha indicado que siempre deberá de considerarse “la relevancia social que, a juicio del legislador, pueda en su caso presentar el concreto bien que constituya el objeto del derecho a considerar”⁴². En ese sentido, uno de los aspectos sociales de relevancia a tener en cuenta cuando se delimita el contenido constitucional del derecho de propiedad, y por tanto se le asigne una finalidad social, es la relevancia socio-económica del suelo. Es decir, la autora sostiene que debe destacarse la relevancia económica del suelo como factor agrario y urbano⁴³.

Lo indicado, se traduce en que al momento de delimitar el contenido constitucional del derecho de propiedad, deberán considerarse esos factores sociales y económicos que den como resultado los diferentes estatutos de la propiedad.

Siguiendo estos criterios, puede citarse el artículo 71 de la Constitución, por medio del cual se ha establecido que “los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera”. A través de esta disposición, se considera la seguridad pública como componente de la función social al momento de delimitar el derecho de propiedad. En igual sentido se encuentra el numeral 7 del artículo 4 del Ratdus cuando, al definir el desarrollo urbano sostenible indica que debe brindarse “un ambiente saludable a sus habitantes, ser atractivos cultural y físicamente, con actividades económicas eficientes, ser gobernables y competitivos, aplicando la gestión del riesgo de desastres y con pleno respeto al medio ambiente y la cultura, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus necesidades”. Lo cual evidencia la importancia de la relevancia medio ambiental y el valor histórico en la asignación de su finalidad a una determinada propiedad.

En definitiva, se concluye que en la delimitación del contenido constitucional del derecho de propiedad con vocación urbana, la función social cumple un rol trascendental. De esta manera, el carácter finalista de la función social se considera como un auténtico elemento estructurador del aprovechamiento individual y social de un determinado inmueble urbano.

Por otro lado y ya entrando al siguiente apartado, se debe mencionar lo que la doctrina ha denominado como *ius aedificandi*. Al respecto, para efectos de este estudio se debe indicar que en sentido amplio el *ius aedificandi* hace alusión a las facultades tanto de edificar como de urbanizar que tiene el propietario de un bien inmueble. Por tanto, tal como se ha explicado precedentemente, se debe insistir que el *ius aedificandi*, no puede considerarse como una añadidura al derecho de propiedad por parte de la actividad planificadora del Poder público. En

⁴² MUÑOZ GUIJOSA, María. *El derecho de propiedad del suelo...* op. cit., p. 291.

⁴³ Cfr. *Ibidem*. p. 293.

otras palabras, las facultades que trae consigo el *ius aedificandi* son consecuencia directa de la concreción de esa función social a la que este trabajo se ha referido en los apartados anteriores.

De esta forma, en el Perú es perfectamente posible considerar que el *ius aedificandi* comprende las facultades de edificar y urbanizar propias del derecho de propiedad. Toda vez que el ejercicio de estas dos acciones se lleva a cabo a través del otorgamiento de una autorización administrativa. En definitiva, el ejercicio del *ius aedificandi* se realiza por medio del levantamiento a un sujeto privado la prohibición del ejercicio de un derecho siempre que se cumplan unas determinadas condiciones legales o reglamentarias mínimas⁴⁴. Así, “la autorización es un acto administrativo de efectos declarativos y no constitutivos: el derecho de ejercer determinada actividad no nace de la autorización, sino que ya es propio del sujeto. En general, esto es así porque se lo habrá reconocido expresamente el ordenamiento jurídico, o bien, incluso, por ser parte de algún derecho fundamental o libertad pública”⁴⁵. Esto significaría que dichas facultades son consustanciales al derecho de propiedad del titular y se “descubren” producto de su delimitación⁴⁶.

1.2. El derecho de propiedad y su influencia en la acepción del urbanismo en el Perú

En primer lugar, es necesario resaltar que el urbanismo ha sido utilizado infinitas veces como sinónimo de ordenación territorial. Sin embargo, de un estudio más profundo es posible concluir que la configuración de cada uno se lleva a cabo de manera distinta.

En ese sentido, siguiendo a ALONSO TIMÓN, debe indicarse que, su distinción “no obedece a una diferenciación en materias y de funciones, porque con ambas expresiones se hace referencia a un mismo objeto: la racionalización, la ordenación del aprovechamiento y la utilización del territorio. [De esta forma], la ordenación del territorio es aquella función por la que el Poder público determina lo más diversos usos y actividades, el destino genérico del suelo o espacio físico territorial (reequilibrio en la asignación de los recursos económicos, sociales, culturales, etc.)”⁴⁷. Por el contrario, el urbanismo “no solo alude a la creación de superficies habitables, sino más ampliamente, a la creación de entornos satisfactorios inmediatos a la vivienda, [por tanto,] ordena el territorio de cara a la creación, ampliación o modificación de conjuntos urbanos (...). Por ello, no pertenece al urbanismo cualquier actividad humana que se

⁴⁴ Cfr. ABRUÑA PUYOL, Antonio y BACA ONETO, Víctor. *Notas al Curso de Derecho Administrativo: La Administración Pública*, Lección 1, pro manuscrito, Piura, 2015, p. 17. Un estudio más profundo y extenso en LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *La autorización administrativa*. Madrid. Editorial Civitas. 2006.

⁴⁵ Cfr. MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑOZ, José Luis. *La regulación económica en España*. En: El nuevo Servicio Público. Directores: Gaspar Ariño Ortiz, Juan Miguel de la Cutera Martínez y José Luis Martínez-López Muñoz. Madrid. Marcial Pons. 1997. pp. 237-238.

⁴⁶ *Infra* 1.1.1.

⁴⁷ ALONSO TIMÓN, Antonio Jesús. *Introducción al Derecho Urbanístico*. 2ª ed. Valencia. Tirant lo Blanch. 2013. pp. 117-118.

proyecte sobre el territorio, sino solo aquella que persiga la transformación del suelo con fines urbanizadores y edificatorios”⁴⁸.

Como se puede apreciar, el intercambio de estos términos como sinónimos daría como consecuencia una confusión irreparable. Es más, se generarían intervenciones inconstitucionales en la propiedad por los niveles de gobierno que no son competentes. Por ello, aunque ambos conceptos se refieren a una misma actividad –es decir, ordenar el territorio–, su forma de abordarlo es lo que las diferencia⁴⁹. De esta suerte, el ordenamiento del territorio estudia un ámbito mucho más amplio donde se encuentran, lo económico, lo ambiental o los elementos determinantes del equilibrio territorial y de la calidad de vida de los ciudadanos. Mientras que el urbanismo se dirigirá a determinar el uso del suelo en materia de creación, modificación o expansión de núcleos urbanos (urbanización y edificación)⁵⁰. Consecuentemente, el primero de los conceptos deberá referirse exclusivamente al ámbito competencial supralocal y el urbanismo al ámbito local⁵¹. Así, lo que hará la ordenación territorial con respecto al urbanismo, será delimitar negativamente el ejercicio de las competencias locales de ordenación urbanística. Esto, en cuanto deja establecido los ámbitos en los cuales no puede entrar la ordenación urbanística. Esta delimitación negativa, servirá de inspiración o de marco de actuación para los planes urbanos, debiendo, por tanto, tomarlos en cuenta cuando estos últimos sean elaborados –como se verá más adelante, al momento de realizar la planificación territorial y la planificación urbanística esto será decisivo–.

Partiendo del análisis antes desarrollado, ahora debe definirse qué es materialmente el urbanismo. Así, un primer alcance acerca del urbanismo se puede encontrar en el Diccionario de la Real Academia Española. Este recoge al urbanismo en su primera definición como “[el] conjunto de conocimientos relacionados con la planificación y desarrollo de las ciudades”⁵². Es decir, se define al urbanismo como la conjunción de dos tipos de conocimientos: planificar y desarrollar la ciudad.

⁴⁸ PARDO ÁLVAREZ, María. *La potestad de planeamiento urbanístico...* op. cit., pp. 66-69.

⁴⁹ Vid, ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *Ordenación del territorio: introducción a su estudio en el Derecho administrativo peruano*. En: *El Derecho Administrativo como instrumento al servicio del ciudadano*. Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo. Udep. Piura. Palestra. 2018. p. 389.

⁵⁰ Vid. PARDO ÁLVAREZ, María. *La potestad de planeamiento urbanístico...* op. cit., p. 73.

⁵¹ Esta diferencia es esencial toda vez que acota el objeto de estudio del urbanismo. Entenderlo de otra manera abre la posibilidad de inclusión nuevas áreas del Derecho Administrativo que tal vez estén relacionadas –como es de suponer pues todo el derecho está relacionado– pero no por ello deberán ser objeto de estudio del urbanismo. Fruto de esta confusión se puede encontrar los manuales de Derecho Urbanístico de GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derecho Urbanístico...* op. cit.; CASTRO-POZO DÍAZ, Hildebrando. *Derecho Urbanístico...* op. cit. y ORTIZ SÁNCHEZ, Iván. *Introducción al Derecho Urbanístico*. Lima. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Colección “Lo esencial del Derecho N.º 23. 2017.

⁵² Diccionario de la Real Academia Española [en línea] [consulta el 10 de noviembre de 2020]. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=b8IcS7s>.

Ahora bien, MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ ha partido por indicar que se trata de una conducta social. En ese sentido, «el urbanismo como realidad social, como actividad que configura y construye la ciudad, el medio urbano, causada las más de veces por una pluralidad indeterminada de agentes. (...) no es la “disciplina jurídica” sino precisamente el “hecho social o colectivo” de los asentamientos de población en el espacio físico que es lo que forma el espacio urbano o la ciudad»⁵³.

Adicional a ello, también se puede citar la definición de urbanismo realizada por GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO, quienes distinguen al urbanismo en tres términos: “i) como realidad: referida a las nuevas formas de asentamiento humano y de aprovechamiento y ordenación del espacio, los cuales logran una articulación perfecta ente el hombre y las tierras; ii) como problema: porque se ha perdido la seguridad de conseguir resultados positivos sin más que seguir una tradición física; y iii) como solución: no sólo de él depende el logro de una vida colectiva digna sino también la conservación de la misma especie humana”⁵⁴. Ellos, entienden el urbanismo como la técnica de creación y desarrollo de las ciudades.

En la doctrina nacional se encuentra CASTRO-POZO DÍAZ, quien define al urbanismo en sentido amplio como “el arte de ordenar las ciudades y, por extensión, las aglomeraciones urbanas. (...) Es, por tanto, la ciencia que se ocupa de la ordenación y desarrollo de la ciudad, determinando para tal efecto su ordenamiento territorial y usos del suelo, los equipamientos urbanos, los sistemas viales, las regulaciones de la edificación, los sistemas de gestión y el control urbano, servicios públicos; etc.; de manera que la población cuente con ambientes sanos y útiles”⁵⁵.

Con todo, resulta evidente que el urbanismo como actividad material es un fenómeno social interdisciplinario de los asentamientos poblacionales en la ciudad. Se realiza a través de la “función ordenadora del espacio, [por medio] de la cual el Poder público delimita vía, hasta ahora exclusivamente, planificación, algunos usos del suelo con fines urbanizadores y edificatorios”⁵⁶. Por ello, como ya se habrá podido inferir, la propiedad es la base de la real configuración jurídica del urbanismo. De él parte su regulación y, a su vez, de él se desprenden las facultades que se le otorgan al titular del derecho.

1.2.1. Teorías acerca del urbanismo y sus alcances en el derecho de propiedad

⁵³ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. *El Concepto de Urbanismo*. En: *Hacia un nuevo Urbanismo*, Curso sobre ordenación del espacio y régimen del suelo. Madrid. Fundación de Estudios Inmobiliarios. 2005. pp. 167-168.

⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Urbanístico*. op. cit., p. 21.

⁵⁵ CASTRO-POZO DÍAZ, Hildebrando. *Derecho Urbanístico...* op.cit., pp. 3-4.

⁵⁶ PARDO ÁLVAREZ, María. *La potestad de planeamiento urbanístico bajo el Estado social, autonómico y democrático de derecho*. Madrid. Marcial Pons. 2005. p. 67.

Como punto de partida para el estudio jurídico del urbanismo, se ha establecido la actuación material que este desarrolla y su diferencia con relación a la ordenación territorial. Por ello, ahora cabe brindar un acercamiento a las teorías jurídicas que sobre él se han elaborado. Al respecto, están quienes indican que todo el urbanismo es una auténtica función pública. Y por otro lado, están aquellos que dicen que aunque verdaderamente existen unas competencias reservadas para el Estado, también es cierto la existencia de un poder de actuación reservado al titular de la propiedad con vocación urbana.

En ese sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA es uno de los expositores del urbanismo como una auténtica función pública. Este autor es quién introdujo, en opinión de algunos doctrinarios⁵⁷, su concepción del urbanismo como función pública en el ordenamiento jurídico español⁵⁸. Así, sostiene que el urbanismo es “la técnica de creación y desarrollo de las ciudades; [por lo que], las decisiones básicas sobre el urbanismo se han disociado definitivamente del derecho subjetivo de propiedad y se han atribuido a la administración (...) [De tal forma que], la localización y el tipo de elementos definitorios (...) son decisiones que ya no pueden entenderse incluidas entre las facultades de la propiedad del suelo”⁵⁹.

Dicha posición doctrinal señala que el urbanismo es una función pública porque evidentemente no es posible dejar en manos de los privados la suerte de lo urbano. Así, “[l]a localización de una ciudad, su configuración concreta, su magnitud mayor o menor, su disposición, su funcionalismo y su orden, no son, en absoluto, ni pueden ser, en nuestra compleja civilización, hechos privados, en el sentido de que pertenezcan al exclusivo círculo de interés de los propietarios del suelo; son más bien hechos colectivos primarios, que interesan a la colectividad entera en cuanto tal, puesto que condicionan su misma vida comunitaria y personal de manera directa y a la vez postulan consecuencias inmediatas respecto a la existencia, extensión y disposición de una serie de servicios públicos”⁶⁰. Por lo dicho, cabe hablar de una publicación de la actividad urbanística por parte del Estado, convirtiéndose en una auténtica función pública. En igual sentido se ha adherido RAMÓN FERNÁNDEZ, quien sostiene que “el Urbanismo es en todos sus aspectos una competencia y una responsabilidad irrenunciable de los poderes públicos (...), reservando al Estado la aprobación definitiva de

⁵⁷ Vid. PARDO ÁLVAREZ, María. *La potestad de planeamiento urbanístico...* op. cit., pp. 104 y 338.

⁵⁸ Cabe resaltar que toda su posición doctrinal se sustenta en la Ley de Régimen de Suelo y Ordenación Urbana de 1956. Novísima norma en aquella época y que hasta el día de hoy mantiene una influencia en la legislación urbanística de España.

⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Urbanístico...* op. cit., p. 98.

⁶⁰ *Ibidem.* pp. 98-99.

todo tipo de planes”⁶¹. En esencia, esta postura considera al urbanismo como “función pública, o, por mejor decir, una titularidad pública, una competencia pública, en la que los propietarios del suelo pasarían a no tener otro papel que el de suministradores de este por vía voluntaria o expropiación forzosa por su valor «rústico» o equivalente”⁶².

De esta suerte, se desprende que el régimen de la propiedad del suelo y la realización de una urbanización o construcción se lleva a cabo con algunas particularidades. Sobre lo primero, RAMÓN FERNÁNDEZ sostiene que como todo el urbanismo es una función pública, la propiedad del suelo “no es ya un derecho potencialmente ilimitado, sino, más bien un derecho encerrado en límites precisos que empieza por definir la propia Ley, y que terminan de perfilar los planes de ordenación”⁶³. En consecuencia, “la ordenación urbanística establece los límites de las facultades del derecho de propiedad, no constriñe, reduce o condiciona el ejercicio, pues, de unas supuestas facultades dominicales ilimitadas, [ahora se entiende] que –el Poder público– establece sus límites ordinarios, los que definen el contenido normal de la propiedad”⁶⁴. Por ello, «en las delimitaciones o configuraciones del contenido normal de los derechos privados, la Administración no se encuentra con situaciones jurídicas previas, sino que las crea, las configura, las delimita. Si, en la actividad de limitación de derechos, presupone por fuerza su existencia previa su contenido “normal” ahora se trata de realizar algo en esencia distinto de una “delimitación” originaria de los mismo, que surgen como tales, originalmente, de la acción administrativa»⁶⁵.

Igualmente, en relación a los actos de urbanización y edificación, estos “han dejado de ser facultades de la propiedad del suelo para pasar a constituir el contenido de decisiones públicas, obra del *imperium* y no del *dominium*”⁶⁶. De manera que, “se ha dissociado el *ius aedificandi* de la titularidad dominical, en el sentido de que aquel derecho no dimana de esta titularidad dominical, sino de una atribución pública de ordenación del suelo, atribución que determina, además, la medida concreta en que ese derecho queda reconocido”⁶⁷. En igual sentido, se ha pronunciado MEILÁN GILZ, quien sostiene que “esta facultad de transformar el suelo urbanizable no constituye un derecho subjetivo ínsito en el contenido del derecho de propiedad

⁶¹ RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Manual de Derecho Urbanístico*. 25ª ed. Pamplona. Thomson Reuters. 2017. p. 35.

⁶² MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. *El Concepto de Urbanismo...* op. cit., p. 193.

⁶³ RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Manual de Derecho...* op. cit., pp. 106-107.

⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Urbanístico...* op. cit., p. 408.

⁶⁵ PARDO ÁLVAREZ, María. *La potestad de planeamiento urbanístico...* op. cit., p. 339.

⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Urbanístico...* op. cit., p. 405.

⁶⁷ *Ibidem*. p. 415.

sino un derecho propiamente urbanístico que atribuye directamente la administración al propietario”⁶⁸.

Como se puede inferir, esta posición doctrinal utiliza indistintamente los términos delimitación y limitación. Sin lograr interpretar el verdadero sentido que se le ha dado a dichos términos⁶⁹. Además, parte por entender que el Poder público es quien dota de contenido al derecho de propiedad. En ese sentido, el urbanismo es una función pública que se encarga de configurar el contenido normal del derecho de propiedad en la ciudad. De manera que, los límites serían quienes ayuden a compatibilizar este derecho con los otros derechos igualmente protegidos. Y, por tanto, el *ius aedificandi* –urbanizar y edificar– será una facultad que la administración atribuye al propietario. Es decir, “pasaría a ser la Administración pública quien detentará la decisión respecto del proceso de transformación urbanística (urbanizar y construir) de los terrenos, quedando desde entonces difuminada la diferencia ente la ordenación pública de los usos del suelo y su efectiva transformación vía urbanización primero y edificación después. (...) Solo la Administración a través de los planes urbanísticos puede asignar [el] carácter de lo urbano a cualquier porción del territorio, [ya] no es esta una facultad privada. Y de aquí se deriva, a su vez, la idea de que la propiedad no era sólo objeto de una limitación fruto de la ordenación pública, sino delimitada en tanto que se le asigna su concreto y específico contenido”⁷⁰. En consecuencia, si la acción de urbanizar y construir es una función pública, el privado o ciudadano solo podrá realizar estas acciones a través de un acto de delegación. Técnica administrativa que en sentido amplio significa que “son susceptibles de delegación no sólo las funciones públicas en órganos administrativos sino también la gestión indirecta de los servicios públicos en sujetos privados”⁷¹.

Sin embargo, como se ha visto anteriormente, en el Perú no es posible sustentar esta posición doctrinal⁷². Toda vez que el derecho de propiedad, como derecho fundamental, ha recibido un tratamiento sustancialmente diferente al que se ha detallado párrafos atrás. Así, en nuestro ordenamiento, la función social, al ser un elemento estructural de la propiedad, busca introducir los intereses colectivos a la propiedad asignándole una finalidad social a un bien inmueble con vocación urbana. En consecuencia, el *ius aedificandi* no se considera como una simple asignación por parte del Poder público. Por el contrario, este es fruto de las manifestaciones

⁶⁸ MEILÁN GIL, José Luis. *La Ley del Suelo de Galicia y la legislación urbanística del Estado*. p. 263. Cit. por: PARDO ÁLVAREZ, María. *La potestad de planeamiento urbanístico...* op. cit., p. 149.

⁶⁹ *Infra*. 1.1.1.

⁷⁰ PARDO ÁLVAREZ, María. *La potestad de planeamiento urbanístico...* op. cit., p. 104.

⁷¹ ABRUÑA PUYOL, Antonio y BACA ONETO, Víctor. *Notas al Curso de Derecho Administrativo: La Administración Pública*, Lección 1... op. cit., p. 16.

⁷² *Infra*. 1.1.1. y 1.1.2.

operativas de la función social como parte integrante del contenido constitucional del derecho de propiedad. Tal es así, que su ejercicio se lleva a cabo por un régimen de autorización. En otras palabras, estamos frente a derechos preexistentes. Adicionalmente, a quien ostente un poder legislativo se ha reservado la actividad delimitadora de los límites del contenido constitucional del derecho de propiedad con vocación urbana.

Ahora bien, contraria a la doctrina que entiende a todo el urbanismo como una función pública reservada al Poder público, se encuentra LOBATO GÓMEZ como “uno de los primeros autores que matizó el carácter público del urbanismo. Este autor defendió que la conversión de la ordenación urbanística en función pública (...) no supuso la sustitución de un hipotético modelo, en el que todas las facultades para la actuación correspondían al propietario limitándose el Poder público a encauzarlas incidental y externamente, por otro radicalmente inverso en el que las decisiones básicas en materia urbanística quedaban dissociadas del contenido del derecho de propiedad para pasar a constituir una atribución de la Administración Pública. Por el contrario, (...) el auténtico carácter innovador de la consideración del urbanismo como función pública residió en la trascendencia normativa que se otorga al planeamiento en tanto que se configuró como vehículo para actuar una función pública del urbanismo que trascendía a la tradicional de policía administrativa”⁷³.

Por su parte, PARDO ÁLVAREZ entiende que “no es cierto que todas las actividades que despliega la Administración pública en este campo —el urbanismo— revistan los atributos de una función pública (...). [Se debe] distinguir la ordenación de la actividad urbanística (su dirección y control), de la actividad de transformación urbanística (urbanización y edificación). La primera se despliega a lo largo de toda actividad urbanística, ya se desarrolle ésta por los particulares o por la Administración, y sí constituye una función pública solo ejercitable por la administración pública (...). Por el contrario, la segunda no se trata de una función pública por cuanto constituye una actividad que no implica necesariamente el ejercicio o despliegue de poderes de imperio para su prestación. Estará sujeta a esa ordenación-función pública (...)”⁷⁴.

Así, en primer lugar la función de la ordenación urbanística es “ordenar el urbanismo: no es ella el urbanismo, hablando propiamente, sino su ordenación. De esta suerte, la ordenación urbanística será aquella actividad de programación o predeterminación imperativa o vinculante de los usos urbanísticos del suelo bajo una pretensión de armónica satisfactoria de las diversas necesidades colectivas, [siendo además una] actividad que controla el cumplimiento de ese

⁷³ LOBATO GÓMEZ, Miguel. *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*. pp. 471-480. Cit. por: PARDO ÁLVAREZ, María. La potestad de planeamiento urbanístico... op. cit., p. 112.

⁷⁴ PARDO ÁLVAREZ, María. La potestad de planeamiento urbanístico... op. cit., p. 127.

mandato en las distintas fases del proceso urbanístico. [Englobando] dos cometidos: encauzamiento imperativo (a través, en la actualidad, sobre todo de la planificación, pero también y antes a través de la regulación) y control (mediante técnicas variadas que abarcan desde la previa obtención de la autorización, el ejercicio por parte de la Administración de la inspección o sanciones, etc.)”⁷⁵.

Adicionalmente, MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ entiende que si la primera dimensión de esta actividad –el urbanismo– “implica actos jurídicos, ejercicio de potestades, indudablemente propias del Poder público, es claro que las segundas (transformación y conservación) parecen ser sobre todo ya actividades materiales, prestacionales, gestora, ejecutivas, si se quiere, pero que, en principio, tanto podrían ser objeto en sí misma de derechos y libertades particulares o ciudadanas, como de la iniciativa o de la actividad prestacional del Poder público”⁷⁶.

Así, cuando se estudia a la transformación urbanística, RAMÓN PARADA sostiene que, “el simple derecho a edificar sigue sujetándose a la regla romana de que el dueño puede hacerlo en cualquier lugar sin sujeción de alturas o densidades, *usque ad coelum*, salvo las limitaciones que se imponen en los lugares poblados por razones de policía municipal”⁷⁷. En consecuencia, dentro de esta teoría, el derecho de propiedad, su delimitación y las acciones de urbanizar y edificar, cobran especial relevancia. Pues, el *ius aedificandi* forma parte del segundo plano o manifestación del urbanismo –la transformación urbanística–.

En consecuencia, se reconoce que el contenido constitucional del derecho de propiedad –incluyendo el *ius aedificandi* producto de la operatividad de la función social de la propiedad– es preexistente; y, por tanto, nace limitado. Será el Poder público el encargado de delimitar esos límites. Lo que en pocas palabras demuestra, desde un comienzo, que dicho contenido por delimitarse pertenecerá en todo sentido al titular del derecho de propiedad.

Bajo estos parámetros, MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ es enfático cuando, refiriéndose a la propiedad en materia urbanística, manifiesta que “la garantía constitucional incluye todo poder de goce y disposición que permita cada tipo concreto de bien, por su propia naturaleza, habida cuenta de la integridad de la función social del derecho de propiedad sobre él, con arreglo a la cual la ley habrá de hacer las delimitaciones, la determinación de límites que resulten razonables. No hay base en la Constitución para entender que se ha entregado al Poder público

⁷⁵ Ibídem. p. 133.

⁷⁶ Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. *El Concepto de Urbanismo...* op. cit., p. 174.

⁷⁷ PARADA VÁSQUEZ, José Ramón. *Derecho Administrativo III: bienes públicos, derecho urbanístico*. 12ª ed. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. 2010. p. 284.

el entero poder para decidir el tipo de goce y el tipo de poder de disposición que haya de corresponder a cada tipo de bien”⁷⁸.

En definitiva, desde esta óptica del urbanismo, la función social cobra especial relevancia debido a que, “[e]l punto de partida de este nuevo entendimiento viene exigido por la propia naturaleza humana que siendo –en su esencia– una realidad individual posee también una dimensión social, y por ello al configurarse no lo hace a espaldas de la existencia de los demás individuos y sus correspondientes derechos, sino que los mira *ab initio* delimitando su esencia (...). Entonces, no es posible sostener que los límites de orden social –y con ello evidentemente la función social de la propiedad– sean *a priori* externos porque para la naturaleza humana en la cual hallan su fundamento, se constituyen como límites internos”⁷⁹. Así, estas “limitaciones con que se *delimita* a la propiedad debido a su función social impuestas por el legislador no pueden configurar libremente el dominio. Podrán ser todo lo intensas que sean para dar cumplimiento a la función social de la propiedad. [Excluyendo] la posibilidad de una configuración (o delimitación) del contenido normal de los derechos privados en donde la administración (ni siquiera el legislador) pueda crearlos o delimitarlos originariamente”⁸⁰.

Por su parte, la actividad de transformación urbanística estará reservada a los privados. El Poder público no es quien dota de contenido al derecho de propiedad, sino que, por el contrario, este delimita el contenido constitucional del derecho de propiedad para que el privado lleve a cabo su ejercicio, de manera individual y social. De ahí que se afirme que [l]a urbanización –obviamente en terrenos que no sean ajenos– y la edificación, no son, ni pueden ser configurados en el actual ordenamiento (...) como actuaciones necesariamente públicas, siendo como son, de suyo y en principio, formas determinadas del uso y disfrute de bienes objeto de derecho de propiedad”⁸¹.

1.2.2. El concepto de urbanismo que se ha adoptado en el ordenamiento jurídico peruano

Se han explicado las dos concepciones que se predicán del urbanismo. Sin embargo, desde el análisis y las razones expuestas en el presente trabajo es necesario deslindarse de su concepción como una auténtica función pública en el ordenamiento jurídico peruano. Por tanto, se acoge lo enunciado por MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ y PARDO ÁLVAREZ. No obstante, se deben

⁷⁸ MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ, José Luis. *Derecho de propiedad y proyecto de Ley de Reforma de la Ley del Suelo*. En: *Derecho Urbanístico Local*. Coordinador José María Boquera Oliver. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1992. p. 78.

⁷⁹ VEINTIMILLA VEGA, Jorge. *La expropiación forzosa e impuesto a la renta...* op. cit., p. 38.

⁸⁰ PARDO ÁLVAREZ, María. *La potestad de planeamiento urbanístico...* op. cit., p. 348.

⁸¹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. *El Concepto de Urbanismo...* op. cit., p. 177.

hacer algunas precisiones a dichos postulados con el afán de poder explicar la verdadera configuración del urbanismo en el ordenamiento jurídico peruano.

Al respecto, en el Perú el urbanismo efectivamente es la conjunción de dos actividades; por un lado, la ordenación urbanística y por el otro, la transformación urbanística.

Sobre la primera actividad, esta se desarrolla a través de dos cometidos: el encauzamiento imperativo de la propiedad en cuanto a los usos urbanos o delimitación de la propiedad con vocación urbana; y, en segundo lugar, por un cometido administrativo que se lleva a cabo sobre las actuaciones urbanísticas delimitadas. Así, nuestro ordenamiento prevé que el encauzamiento imperativo deberá ser realizado a través de la planificación urbanística⁸² por parte del ente territorial competente. Esto, en virtud de la exigencia de reserva legal que ostenta la propiedad. Por su parte, la actividad administrativa⁸³ de las actuaciones urbanísticas, será realizada en virtud de una potestad administrativa y las respectivas técnicas jurídicas que se prediquen de dicha potestad. Por ello, desde este trabajo se deduce que es mejor entender que la ordenación urbanística es una actividad desarrollada tanto en virtud de una potestad legislativa encausadora, como de una potestad administrativa. De ahí que se predique que la ordenación urbanística toma por objeto a la ciudad, la encausa y sobre ella despliega las diversas formas de actividad administrativa. Sin dejar de respetar el derecho fundamental de propiedad.

⁸² MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ sostiene que no “resulta apropiado confundir el urbanismo con «concretas potestades» públicas como las referidas al planeamiento, la gestión o ejecución de instrumentos planificadores y la intervención administrativa”. *Ibidem.* p. 169. Al respecto, debe precisarse que este planteamiento se enmarca dentro de la regulación española en donde ciertamente –aunque aún se discute– existe una habilitación legal para realizar la ordenación de la ciudad por parte de las Administraciones Públicas competentes en virtud de una potestad administrativa. Sin embargo, como se verá más adelante, en el ordenamiento peruano esto no ocurre de tal forma.

⁸³ Cabe resaltar que cuando se habla de la actividad administrativa, se ha alusión al control que debe ejercer la Administración Pública para darle la mayor eficacia al instrumento planificador. Esto se logrará a través de la actividad constrictiva y la actividad dispensadora de ayudas y recompensas. Por ello, cuando se hable de la actividad de control de la ordenación urbanística se hará para referirse, indistintamente, a cualquiera de las dos actividades administrativas. A su vez, sobre la actividad de policía, como es la que se llevará a cabo comúnmente en el ámbito urbano, es necesario indicar que debe ser entendida como lo afirma SANTA MARÍA PASTOR y LAGUNA DE PAZ: “La policía es un actividad de ordenación y [de]limitación de los derechos y libertades de los ciudadanos, en garantía del interés general (siempre difícil de definir) y, sobre todo, en garantía de los derechos y libertades de los demás”. LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *La autorización administrativa...* op. cit., p. 40. En igual sentido se tiene a ABRUÑA PUYOL y BACA ONETO, quienes siguiendo a SERNA y TOLLER destacan que aún cuando no es imprescindible utilizar el término policía, lo importante es entender que por ella se ayuda a concretizar mejor el contenido constitucional de los derechos y libertades regulados en la Constitución. Cfr. ABRUÑA PUYOL, Antonio y BACA ONETO, Víctor. *Notas al curso de Derecho Administrativo: La Policía Administrativa*, Lección 19, pro manuscrito. 2015. pp. 7-8. Cuestión aparte habría de plantearse sobre la actividad de ayudas y recompensas que hoy en día lleva a cabo la Administración. La cual por el momento se lleva a cabo por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento a nivel nacional. Sobre ella, debe resaltarse que esencialmente no busca la ordenación de la ciudad o su control, sino la satisfacción de otros derechos igualmente valiosos. Es decir, su fin primero es otorgar una vivienda digna al ciudadano y solo como un efecto derivado de ello, la ordenación de la ciudad. Ejemplo de ello lo encontramos en el Fondo Mi Vivienda o el programa de Techo Propio.

En esencia, como dentro de la ordenación urbanística corresponde considerar dos fases o cometidos: una legislativa y otra administrativa. La primera estará referida a la delimitación de la propiedad; y la segunda servirá para el control –en sentido amplio– del ejercicio delimitado en la primera fase, sirviendo como complementaria a esta.

Por esa razón, MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ sostiene que, la ordenación urbanística “implica ejercicio de potestades propiamente dichas y que se traduce por lo tanto en ordenación jurídica y en los actos administrativos necesarios para su protección”⁸⁴. De manera que, “el hecho ciudad es un hecho característicamente colectivo, de donde se sigue que su aparición debe ser colectivamente controlada mejor, colectivamente decidida. Ambas expresiones (decisión y control) son las que componen la función de ordenación urbanística”⁸⁵.

Dicho esto, la segunda actividad, es decir, las facultades del *ius aedificandi* del derecho de propiedad urbana –la transformación urbanística– seguirán la suerte de lo ya expresado. Es decir, sus alcances serán delimitados por el Poder público. Su labor será realizar un encauzamiento imperativo de los usos urbanos y posteriormente su control a través de una potestad administrativa. Además, se impone el respeto, en todo momento, del contenido constitucional del derecho de propiedad, por ser dichas “facultad[es] inherente[s] al derecho de propiedad del suelo”⁸⁶. Es decir, el *ius aedificandi* es un conjunto de facultades que se llevan a cabo, en principio, solamente por un privado, él urbaniza y él construye y no el Poder público.

Este único contenido está conformado sobre la base de dos elementos que se entrelazan inescindiblemente. Por un lado, uno de orden individual, dado el aprovechamiento y posterior beneficio que revista para el titular el ejercicio de su derecho de propiedad. Y, por el otro, exigido por la función social⁸⁷ de la propiedad, que reclama “aprovechar el bien en consonancia con el bienestar de la comunidad”⁸⁸ o lo que es lo mismo, conforme a la finalidad asignada.

En *contrario sensu*, entender que todo el urbanismo es una función pública, responde a sustentar que el contenido normal⁸⁹ del derecho de propiedad lo otorga el Poder público⁹⁰. Por tanto, el *ius aedificandi* estaría desligado completamente del dominio privado para pasar a formar parte de las concretas atribuciones que el urbanismo público le “otorgue” al particular.

⁸⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. *El Concepto de Urbanismo...* op. cit., p. 182.

⁸⁵ PARDO ÁLVAREZ, María. *La potestad de planeamiento urbanístico...* op. cit., p. 107.

⁸⁶ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge Elías. *Intervenciones Administrativas sobre la propiedad privada*. En: Derecho Administrativo y Propiedad. Revista de Derecho Administrativo. Lima. Círculo de Derecho Administrativo. 2015. p. 24.

⁸⁷ Vid. PARDO ÁLVAREZ, María. *La potestad de planeamiento urbanístico...* op. cit., p. 329.

⁸⁸ VEINTIMILLA VEGA, Jorge. *La expropiación forzosa e impuesto a la renta...* op. cit., pp. 39 y 40.

⁸⁹ Cfr. DANÓS ORDOÑEZ, Jorge Elías. *Intervenciones Administrativas sobre la propiedad privada...* op. cit., p. 23.

⁹⁰ Sobre todo, la mayor objeción es hacia su punto de partida, los derechos son ilimitados y por tanto estarán en constante conflicto, siendo el Poder público quien otorgará el contenido a los derechos.

Es decir, la actuación de los privados solo podría ser llevada a cabo a través de un acto de delegación. Lo dicho no podría explicar el régimen de la autorización para urbanizar y construir en el Perú. Además, como sustenta MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ, “es inconstitucional –además de muy inconveniente para un urbanismo dinámico bien encajado en los presupuestos del Estado de Derecho y de las libertades y en los del Estado social y democrático– entender que toda acción urbanística es un cometido público, en el que los particulares, y especialmente los propietarios, sólo podrían participar a título de colaboradores o gestores indirectos (...)”⁹¹. En esencia, la transformación urbanística no es, ni debe ser, un quehacer público, sino una materia que ejercen los privados, pues esta acción es parte del contenido constitucional del derecho de propiedad consagrado como inviolable en nuestra constitución. El cual, evidentemente, deberá ser delimitado por la ordenación urbanística a través de una norma con rango de ley⁹².

Consecuentemente, las dos actividades que componen el urbanismo están en constante conexión. Así, la ordenación urbanística deberá respetar el contenido constitucional de la propiedad y la transformación urbanística deberá ejercerse de acuerdo con las delimitaciones que se haya realizado a través de la ordenación urbanística⁹³.

Finalmente, conforme a lo expresado hasta el momento, se tiene que descartar lo esbozado por YACOLCA ESTARES. Quien, acogido a una concepción amplia de medio ambiente, predicada por GIANNI y FERRER, entiende que éste “será el ambiente en cuanto a conservación del paisaje, incluyendo tanto las bellezas naturales como monumentos y centros históricos; el ambiente en cuanto protección del suelo, aire y agua; y, el ambiente en cuanto objeto de la disciplina urbanística. Es decir, elementos ambientales-culturales, elementos ambientales-naturales, y urbanismo”⁹⁴. En consecuencia, para este autor el urbanismo es una actividad que se incluiría dentro del concepto de medio ambiente⁹⁵.

⁹¹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. *El Concepto de Urbanismo...* op. cit., p. 178. En igual sentido el mismo autor en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. *El derecho de propiedad sobre el suelo en su nueva ley estatal de 2007*. En: *El Derecho Urbanístico del Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Martín Bassols Coma*. Madrid. Reus. 2008.

⁹² Cfr. Artículo 87 de Decreto Supremo N.º 0022-2016-VIVIENDA.

⁹³ Un claro ejemplo de esa conexión entre estas dos actividades en que consiste el urbanismo, se puede encontrar cuando se realiza la actividad constrictiva de la Administración en su modalidad de policía administrativa. Y es que en el artículo 6 de la Ley 29090, Ley de regularización de habilitaciones urbanas y de edificación, se proscribire que ninguna obra de habilitación urbana o de edificación podrá construirse sin sujetarse a las normas urbanísticas establecidas en los planes de desarrollo urbano y/o acondicionamiento territorial y/o planeamiento integral.

⁹⁴ YACOLCA ESTARES, Daniel. *El concepto de medio ambiente*. En: *Revista peruana de Derecho Constitucional Constitución Económica: Desarrollo, Medio Ambiente y Conflicto Social*. Edición especial. Lima. Tribunal Constitucional del Perú. 2012. p. 131.

⁹⁵ *Ibidem*. p. 120.

Sin embargo y sin entrar en mayor debate, debe entenderse que el urbanismo tiene su propia autonomía como estudio del derecho y es perfectamente separable del concepto de medio ambiente. A pesar de ello, esto no significa que el urbanismo deberá de dejar de observar el derecho constitucional a un ambiente equilibrado y saludable⁹⁶. Por el contrario, el medio ambiente deberá ser observado por el urbanismo por ser un concepto transversal que no solo le atañe a él sino a todas y cada una de las ramas del Derecho. Así lo consagra la Ley 28611, Ley General del ambiente en su artículo 11, inciso d) y en especial su artículo 23.

1.3. La competencia de la ordenación urbanística en el Perú

Definido cuál es el concepto de urbanismo al que se acoge en el presente trabajo y sobre todo, el que se ha traducido en el ordenamiento jurídico peruano, ahora debe entrarse de lleno a la legislación peruana. Ello, con la intención de explicar quien tiene asignada la competencia de la ordenación urbanística y muy especialmente la denominada como planificación urbanística.

En ese sentido, cabe resaltar que en el ámbito legislativo, la planificación urbanística sirve para que se lleve a cabo dicha ordenación. Para explicar este punto, conviene recordar que la ordenación urbanística comprende el encausamiento de la facultades que se prediquen del derecho de propiedad urbana y su control a través de una potestad administrativa. Así, ese encausamiento se realizará a través de la planificación urbana y específicamente por medio de los planes urbanos. Sin embargo, como es de esperarse, la planificación urbanística no solo se sirve del plan urbano, sino de cualquier otra técnica que ayude a encausar la propiedad con vocación urbana.

Dicho esto, en el Perú, los planes urbanos son quienes delimitan la propiedad en relación a la ciudad o lo que es lo mismo, ordenan la ciudad. Sumado a ello, la actividad administrativa se llevará a cabo sobre todas esas distintas facultades que se le delimiten a la propiedad con vocación urbana en virtud de una potestad administrativa (autorizaciones, régimen sancionador, inspecciones, expropiaciones, etc.).

En ese sentido, GONZALES BARRÓN⁹⁷ indica que “la actividad urbanística” se compone de tres fases:

- i. Por un lado, la regulación general o de principios generales referidos al planeamiento urbano, crecimiento de ciudades, habilitación urbana, edificaciones, etc., que debe ser

⁹⁶ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional del 15 de enero de 2010, recaída sobre el Expediente N.º 05680-2008-PA/TC. F.j. 2.

⁹⁷ Cfr. GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derecho Urbanístico...* op. cit., pp. 157 y ss.

otorgada por el Gobierno Central, en virtud de lo cual puede dictar leyes y reglamentos, sin que se le tache de inconstitucional;

- ii. la fase de Planificación; esta corresponde a los Gobiernos Locales, es decir el conjunto de actos normativos por los cuales se interviene directamente en el territorio que es materia de jurisdicción del Gobierno Local. Aquí se actúa sobre el suelo por medio de normas que establecen el uso permitido, las condiciones y modalidades concretas de aprovechamiento, etc., y;
- iii. la tercera fase compuesta por los actos administrativos de Planificación que le corresponde a los Gobiernos Locales, serán las disposiciones particulares que afecten a un sujeto particular.

Este autor parece considerar la existencia de una manera diferente de entender el urbanismo, donde la competencia es compartida a lo largo de todos los niveles de Gobierno. En ese sentido, tendría coherencia entender que el Gobierno central podría regular la forma en cómo debe determinarse una ciudad, desconociendo la autonomía que se les ha otorgado a los Gobiernos Locales. Esta intromisión contraviene la descentralización que la Constitución peruana recoge y, sobre todo los principios ordenadores de la potestad de planeamiento urbanístico que más adelante se explicará. Adicionalmente, debe precisarse que una cosa es la normativa emanada del Poder público y otra muy distinta es la competencia asignada para llevar a cabo el ejercicio y cumplimiento de las competencias urbanísticas. Por todo ello, se debe realizar otro tipo de análisis para dilucidar efectivamente la competencia en materia de ordenación urbanística.

1.3.1. Competencias locales en la ordenación urbanística

Al respecto, la Constitución Política de 1993 no ha brindado una definición expresa de lo que debe entenderse por urbanismo. Tampoco ha definido lo que se entiende por ordenación urbanística y sobre todo a quién corresponde dicha competencia. No obstante, es a través de una interpretación teleológica de la misma y en armonía con lo expresado en los apartados anteriores, por medio de las cuales se explicará cómo es que el ordenamiento nacional regula esta competencia.

En ese sentido, como primer término, la ordenación urbanística solo ha de referirse a lo urbano y todo lo que se desprende de él –la facultad de urbanizar y edificar–. Al respecto, RIVERO YSERN al definir a lo urbano, sostiene que las “facultades del propietario alcanzan al suelo y al subsuelo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requieran la

protección del dominio público”⁹⁸. Sin embargo, esta determinación a través del “planeamiento de desarrollo no concede *ex novo* esas facultades. El propietario del suelo urbanizable es titular de un auténtico derecho subjetivo a promover aquella transformación y no un mero interés legítimo”⁹⁹. Es decir, la ordenación urbanística solo delimitará la propiedad, pero solo lo relacionado a la ciudad. La encausará y distribuirá conforme a los criterios generales que se le haya dado, para, posteriormente, poder llevar a cabo una verdadera actuación administrativa de control sobre ese encausamiento. Teniendo esto claro, el artículo 195 de la Constitución Política del Perú ha dispuesto que le «corresponderá a los Gobiernos Locales el ejercicio de competencias de planificación para “[...] el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo (...)”, los cuales constituyen herramientas de ordenación urbanística dotadas de un carácter jurídico vinculante, que repercute directamente sobre el estatuto de la propiedad (...), la que en consecuencia, por el mandato citado se encuentra sometida a las [de]limitaciones que dentro del marco legal establezcan las municipalidades de su respectiva circunscripción»¹⁰⁰.

De esta suerte, la ordenación urbanística, en su actividad encausadora –llevada a cabo por la potestad de planeamiento urbanística–, y la potestad administrativa de la Administración, deberán ser competencias atribuidas a los Gobiernos Locales. Sobre todo, porque este concreto interés público es el que deberá ser determinado por la organización administrativa más próxima al ciudadano de un determinado territorio –principio de subsidiariedad–. Así, para dilucidar lo antes expresado, se debe citar a la Ley 27783, Ley de bases de la Descentralización. Esta norma precisa en el inciso a) de su artículo 42 que es competencia exclusiva de los Gobiernos Locales¹⁰¹, planificar y promover el desarrollo urbano y rural de su circunscripción, y ejecutar los planes correspondientes.

Además de dicha norma, en la misma dirección se encuentra la Ley 27972, Ley orgánica Municipalidades. Esta reconoce que dentro de las materias de competencias municipales se

⁹⁸ RIVERO YSERN, José Luis. *Manual básico de Derecho Urbanístico*. Madrid. Tecnos. 2018. p. 133. Vid. RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Manual de Derecho Urbanístico...* op. cit., pp. 133 y ss.

⁹⁹ PARDO ÁLVAREZ, María. *La potestad de planeamiento urbanístico...* op. cit., p. 149.

¹⁰⁰ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge Elías. *Intervenciones Administrativas sobre la propiedad privada...* op. cit., p. 22.

¹⁰¹ Cuestión aparte es la existencia de distintos niveles dentro de los Gobiernos Locales en el Perú : i) la municipalidad provincial, sobre el territorio de la respectiva provincia y el distrito del cercado; ii) la municipalidad distrital, sobre el territorio del distrito; y, iii) la municipalidad de centro poblado, cuya jurisdicción la determina el respectivo concejo provincial, a propuesta del concejo distrital. Así mismo, se reconoce un régimen especial para la Municipalidad Metropolitana de Lima y las Municipalidades Fronterizas, las cuales funcionan en las capitales de provincia y distritos ubicados en zona de frontera. Cfr. Artículo 3 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

encuentra la de planificar integralmente el desarrollo local y el ordenamiento territorial¹⁰². Asimismo, dicha norma ha indicado que dentro de las funciones exclusivas de las municipalidades provinciales se encuentra la de “aprobar los Planes Urbanos correspondientes y aprobar la regulación provincial respecto del otorgamiento de licencias y las labores de control y fiscalización de las municipalidades distritales en las materias reguladas por los planes”¹⁰³. A su vez, también se ha dispuesto que las Municipalidades Distritales son competentes para la aprobación de Planes más específicos –Distritales–¹⁰⁴, y para normar, regular y otorgar autorizaciones, derechos y licencias, y realizar la fiscalización debida¹⁰⁵. Es decir, ejercer el control de lo delimitado por la potestad de planeamiento urbanístico. Sobre esto último, la Ley Orgánica de Municipalidades ha sido enfática cuando en su artículo 88 ha ordenado que “corresponde a las municipalidades provinciales y distritales dentro del territorio de su jurisdicción, velar por el uso de la propiedad inmueble en armonía con el bien común”. Reafirmando lo sustentado hasta el momento.

Por otro lado, a nivel reglamentario se ha previsto en el artículo 1 del Ratdus que, dicho instrumento normativo “tiene por objeto regular los procedimientos técnicos que siguen los Gobiernos Locales a nivel nacional, en el ejercicio de sus competencias en materia de planeamiento y gestión del suelo, de acondicionamiento territorial y de desarrollo urbano de sus circunscripciones”¹⁰⁶. Asimismo, con respecto a la potestad administrativa de tipo constrictiva, el artículo 95 del Ratdus regula a la expropiación urbanística como una modalidad de la técnica ablatoria del Estado. Mediante esta, se produce una transferencia del derecho de propiedad sustentada como causa la seguridad nacional o necesidad pública con fines urbanísticos, sea para la ejecución de obras públicas o para procesos de reurbanización, y para

¹⁰² En el mismo sentido encontramos al fundamento 8 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 21 de enero de 2007, recaída sobre el Expediente N.º 00017-2006-PI/TC, F8, la cual a la letra indica:

8. En principio debe tenerse en cuenta que el artículo 195.6 de la Constitución establece que es una competencia de los gobiernos locales la de planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial.

De modo que, si bien la Constitución no diferencia a las municipalidades provinciales de las distritales, al momento de regular las atribuciones otorgadas de manera expresamente por ella a los gobiernos locales, en el inciso 10) del artículo 195º hace un reenvío para que el legislador supla aquello que no está normado en la Carta Magna, lo que ya ha ocurrido a través de la Ley Orgánica de Municipalidades.

La Ley Orgánica de Municipalidades por su parte establece, en su artículo 3º, el ámbito dentro del cual ejercen su jurisdicción, quedando claro que las municipalidades provinciales ejercen su jurisdicción sobre el territorio de la provincia respectiva y sobre el distrito del Cercado, mientras que las municipalidades distritales lo harán sobre el territorio del correspondiente distrito.

¹⁰³ Apartado a) del artículo 73 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

¹⁰⁴ *Ibidem*. Numeral 3.1 del artículo 79. Una crítica en *Infra*. 2.3.1.

¹⁰⁵ *Ibidem*. Numeral 3.6 del artículo 79.

¹⁰⁶ Artículo 1 del Decreto Supremo N.º 0022-2016-VIVIENDA

dar cumplimiento al planeamiento urbano. En concordancia con la función social de la propiedad y dentro del marco legal vigente que regula a la expropiación.

De esta suerte, por medio de la ordenación urbanística se delimita el derecho de propiedad. Pero solamente cuando se trate del hecho ciudad y su configuración de los alcances de la acción de urbanizar, y edificar para su posterior control. Asimismo, esa delimitación de la propiedad urbana se realizará a través de la planificación urbana. Es decir, a través de una potestad legislativa, y su posterior control administrativo por medio de una potestad administrativa. Todas estas, como ha quedado establecido, están atribuidas a los Gobiernos Locales. Cabe resaltar que la competencia de encausamiento¹⁰⁷, podrá ser realizada por medio de cualquier instrumento de planificación urbanística que se encuentre regulado y en un primer momento a través de los planes urbanos. Por ello, el Ratdus ha recogido en su artículo tercero, que “los Gobiernos Locales tienen la función de planificar el desarrollo integral de sus circunscripciones, en concordancia con los planes y las políticas nacionales, sectoriales y regionales, promoviendo las inversiones, así como la participación de la ciudadanía”.

A modo de resumen, como la ordenación urbanística está atribuida a los Gobiernos Locales, se debe diferenciar en cuanto a la función de delimitación de la propiedad urbana y la actividad administrativa sobre esos usos urbanos. Sobre la primera función, se ha indicado que no solo se podrá realizar a través de los planes urbanos sino, también de cualquier otro instrumento que regule o delimite la propiedad en su ámbito urbano. Esta función, como es de suponer, se realizará en virtud de la potestad legislativa que tienen atribuida los Gobiernos Locales sobre esta materia¹⁰⁸. Sumado a ello, esa delimitación que se haya realizado se controlará por medio la potestad administrativa de la Administración Local—segunda función—. Es decir, por la actividad constrictiva, y de dispensa de ayudas y recompensas. Sirviendo para concretizar y controlar esa primera labor de la ordenación urbanística.

En ese sentido, cuando se trate de la aprobación de un plan urbano, en un primer momento este deberá ser aprobado por ordenanza provincial, tal como regula el Ratdus. Además, cuando se trate del ámbito distrital, las Municipalidades Distritales también podrán delimitar las propiedades de su jurisdicción. Esto último, conforme a numeral 3 del artículo 79 de la Ley

¹⁰⁷ En igual sentido la Resolución N.º 0321-2018/CEB-INDECOPI recaída sobre el Expediente N.º 000048-2018/CEB.

¹⁰⁸ Antes de la entrada en vigor del Ratdus, el anterior Decreto Supremo recogía una modalidad de aprobación de Planes Urbanos por las Municipalidades Distritales (Decreto Supremo 004-2011-VIVIENDA). Fruto de ello, es que aún existen Planes Urbanos Distritales vigentes aprobados por una Municipalidad Distrital conforme a su jurisdicción. Sin embargo, hoy el Ratdus ya no ha contemplado dicha posibilidad (salvo en el numeral 25.1 de su artículo 25). Por el contrario, lo que sí se ha regulado son los denominados Esquemas de Ordenamiento Urbano, los cuales materialmente son similares a los Planes Urbanos Distritales, pero que finalmente son aprobados por ordenanza provincial.

27972, Ley Orgánica de Municipalidades. En cuando a los aspectos técnicos complementarios de los planes urbanos, estos igualmente se aprobarán a través de una norma con rango de ley (una ordenanza en su caso), la cual deberá ser ratificada por la Municipalidad Provincial¹⁰⁹.

Sobre la función administrativa de los Gobiernos Locales en el ámbito urbano, esta se realizará en virtud de las potestades administrativas que tienen atribuidas todos los niveles municipales y que se desarrollará según sea su jurisdicción territorial. Así, como ejemplo se puede citar al artículo 94 de la Ley 27972, Ley orgánica Municipalidades, donde se ha establecido que el requerimiento de expropiación por causas de necesidad pública es acordado por el concejo provincial o distrital de su jurisdicción. Así, deberá contar con “el voto aprobatorio de más de la mitad del número legal de regidores y procede únicamente para la ejecución de los planes de desarrollo local o la prestación, o mejor prestación, de los servicios públicos”. Por su parte, cuando se realice la actividad de policía administrativa, el numeral 9 del artículo 4 la Ley 29090, Ley de regularización de habilitaciones urbanas y de edificación, ha establecido que las municipalidades en el ámbito de su jurisdicción, tienen competencia para la aprobación de proyectos de habilitación urbana y de edificación.

Por último, cabe resaltarse que también se podrán delimitar la propiedad con vocación urbana a través de un acto administrativo. Siempre y cuando esto haya sido habilitado a través de una norma con rango de ley, teniendo en cuenta que lo esencial de la delimitación de la propiedad deberá estar regulado por la ley que lo habilita.

1.3.2. Competencias a nivel supralocal

1.3.2.1.Regulación general y políticas urbanísticas

Como se precisará más adelante, en la ordenación urbanística cobran especial relevancia los principios de tutela y colaboración, pues estos permitirán la búsqueda de la unidad del Estado. En ese sentido, esta unidad puede conseguirse a través de la promulgación de normas jurídicas de carácter general. Las que guiarán la actuación de los Gobierno Locales. Pero además, se podrá conseguir a través de las políticas estatales que se persigan en el país.

Así, sobre las normas de carácter general, no cabe duda de que el llamado a realizar dicha actividad es el Poder legislativo. En el ámbito urbanístico las normas legales cobran especial relevancia pues son ellas las que servirán para llevar a cabo la delimitación de los límites constitucionales del derecho de propiedad con vocación urbana¹¹⁰. Todo esto, se traduce en que la normas de carácter general cumplen el rol de brindar el marco jurídico aplicable para realizar el ejercicio de las competencias de ordenación urbanística.

¹⁰⁹ Cfr. Artículos 39 y 40 del Decreto Supremo N.º 0022-2016-VIVIENDA.

¹¹⁰ Infra. 2.2.

Por su parte, en relación a las políticas estatales, el Ratdus, en todos los artículos referentes a la aprobación de los diversos tipos de planes, reconoce que el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (en adelante, MVCS) es el órgano rector de las materias de urbanismo y desarrollo urbano. Por ello, deberá ser informado de la propuesta de cualquier modalidad de Plan que se requiera aprobar, con el fin de que emita una opinión técnica. Pronunciándose respecto a si la mencionada propuesta se enmarca en la política nacional y sectorial. Aunque esta actividad se realiza por la existencia de control de tutela que existe en nuestro país, el Ratdus sigue reconociendo que quienes tienen la competencia exclusiva para la aprobación de dichos Planes y control serán los Gobiernos Locales.

Hasta aquí y según lo explicado, se pueden deducir dos conclusiones: i) la Constitución y las leyes especiales otorgan la competencia exclusiva a los Gobiernos Locales en materia de Planificación Urbana; y, ii) existe un órgano rector que cuida que dicha competencia sea ejercida y se adecúen al interés general¹¹¹. En atención a ello, es necesario saber en realidad a qué se refiere la norma cuando habla de un órgano rector, ¿Es acaso que en realidad existe una competencia compartida en materia de ordenación urbanística entre el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento y los Gobiernos Locales?

Para responder a esta interrogante, se debe citar a la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Por medio de esta, se reconoce que el Poder Ejecutivo está conformado, entre otros órganos, por los Ministerios –el que interesará al presente trabajo es el MVCS–. Ellos serán los que diseñan, establecen, ejecutan y supervisan políticas nacionales y sectoriales, asumiendo la rectoría respecto de ellas¹¹². Estos órganos rectores estarán a cargo de los diferentes sistemas administrativos. Definidos estos como el conjuntos de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales se organizan las actividades de la Administración Pública que requieren ser realizadas por todas o varias entidades de los Poderes del Estado, los Organismos Constitucionales y los niveles de Gobierno¹¹³. Los cuales, se distinguen entre dos tipos de sistemas: i) los Sistemas Funcionales: que tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de políticas públicas y requieren la participación de todas o varias entidades del Estado; siendo el Poder Ejecutivo responsable de reglamentar y operar los Sistemas Funcionales, y las normas del Sistema establecen las atribuciones del Ente Rector del Sistema; y, ii) los Sistemas Administrativos: que tienen por finalidad regular la utilización de los recursos

¹¹¹ Aquí es donde se hace palpable la diferencia entre ordenación del territorio y la ordenación urbanística.

¹¹² Cfr. Artículo 2 y 22 de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

¹¹³ *Ibidem*. Artículo 43.

en las entidades de la Administración Pública, promoviendo la eficacia y eficiencia en su uso¹¹⁴. Así, los sistemas administrativos para conseguir todos los fines que se le asignen, se les brinda una serie de atribuciones. Dentro de las cuales se debe destacar dos realmente importantes. Por un lado, el Ente Rector deberá emitir opinión vinculante sobre toda actuación que sea materia del Sistema. Y, por el otro, deberá supervisar y dar seguimiento a la aplicación de la normatividad de los procesos técnicos de los Sistemas.

En ese sentido, el artículo 5 de la Ley 30156, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, reconoce que el MVCS tiene competencias en la materia de urbanismo y desarrollo urbano. Sin embargo, esta “competencia” debe ser interpretada. Sobre todo porque el artículo 6 de la misma ley, ha indicado que el MVCS es el órgano rector de las políticas nacionales y sectoriales dentro de su ámbito competencial. Estas son de obligatorio cumplimiento por los tres niveles de gobierno en el marco del proceso de descentralización.

Así, son funciones del MVCS, entre otras, la de dictar normas y lineamientos rectores para el ordenamiento e integración de los centros poblados urbanos y rurales a nivel nacional. Además, emite esos mismos actos para los procesos de conurbación¹¹⁵, de expansión urbana, de creación y reasentamiento de centros poblados de manera coordinada, articulada y cooperante con otros organismos del Poder Ejecutivo, con los gobiernos regionales y locales. Lo dicho, en concordancia a la legislación en la materia y con el fin de “promover, coordinar y ejecutar con los gobiernos regionales, locales e instituciones públicas la implementación y evaluación de las políticas, planes, programas y estrategias nacionales y sectoriales, de acuerdo con las características propias de la realidad regional o local”¹¹⁶.

En esencia, el MVCS tiene como funciones, brindar normas reglamentarias y lineamientos en el ámbito urbano, como un organismo coordinador o colaborador de la ordenación urbanística. Siendo el ejecutor de las políticas nacionales urbanísticas, de ahí que se le reconozca como el Ente Rector en esta materia.

De esta suerte, se debe afirmar que el MVCS es el Ente Rector de un sistema funcional en materia de urbanismo¹¹⁷ y como tal, se le otorga diversas atribuciones en busca de la adecuación

¹¹⁴ *Ibidem*. Artículos 46 y 47.

¹¹⁵ Una conurbación se define por ser un proceso por el cual dos o más centros poblados independientes físicamente, al crecer forman una unidad física, pudiendo mantener su independencia administrativa. Cfr. Inciso 6 del artículo 4 del Decreto Supremo N.º 022-2016-VIVIENDA.

¹¹⁶ Artículo 5 de la Ley 30156, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.

¹¹⁷ Hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Supremo 022-2016-VIVIENDA, el sistema funcional que regía en el Perú era el “Sistema Urbano Nacional” del Plan Nacional de Desarrollo Urbano, “PERÚ: Territorio para Todos” [revisado el 10 de noviembre de 2020]

de la ordenación urbanística al interés general. En consecuencia, es a través de este sistema que se diseñan y supervisan las políticas nacionales y sectoriales de la ordenación urbanística, las cuales deben ser cumplidas por todas las entidades del Estado en todos sus niveles¹¹⁸. Sin embargo, esto no quiere que el MVCS tenga una competencia compartida de la ordenación urbanística, sino que, en realidad, éste brinda el marco general o ayuda a concretizar la labor competencial de los Gobiernos Locales en aras de la búsqueda del bien común.

En definitiva, se concluye que los Gobiernos Locales son quienes tienen atribuida la competencia exclusiva en materia de ordenación urbanística. Ya que son ellos los que, a través de la planificación urbana, delimitan la propiedad con vocación urbana. De esta forma, se resalta, que la técnica del plan urbano es el vehículo normal de la satisfacción de dicha función y posteriormente su control mediante su potestad administrativa. Todo lo dicho se predica por el principio de subsidiariedad, ya que los Gobiernos Locales son los entes más próximos al área que se intentará urbanizar o edificar. Hacerlo desde cualquier otro ámbito territorial acarrearía la vulneración de dicho principio y sobre todo desconocer la naturaleza misma de la propiedad urbana. Además, desde el ordenamiento jurídico peruano, sería inconstitucional que otro ente territorial superior pueda aprobar cualquier instrumento de ordenación urbanística de una determinada ciudad, pudiendo ser el Gobierno Local competente y descentralizado quien debería llevar a cabo dicha actividad.

Asimismo, se tiene que el MVCS, como Ente Rector de la ordenación urbanística, es quien tiene competencia sobre las políticas urbanísticas. Es decir, brinda normas que contienen los lineamientos generales y básicos sobre los cuales los Gobiernos Locales, deben ordenar el urbanismo. Por tanto, deja en estos últimos la elección de los medios a utilizar para llevar a cabo dichas políticas. Aquí existe un control que se materializa en el principio de tutela. Este,

[<http://ww3.vivienda.gob.pe/DGPRVU/DOCS/ESTUDIOS/06%20PERÚ%20%20PLAN%20DE%20DESA%20ROLLO%20URBANO%20-%20TERRITORIO%20PARA%20TODOS%20-%20LINEAMIENTOS%20DE%20POL%20C3%20ADTICA%202006-2015.PDF>]. Sin embargo, hoy el sistema

vigente en el Perú es el “Sistema Nacional de Centros Poblados – SINCEP” definido como el conjunto jerárquico y dinámico de centros poblados y sus ámbitos de influencia, que busca fortalecer la integración espacial, social, económica y administrativa del territorio nacional a través de la identificación de los centros poblados dinamizadores y sus unidades de planificación territorial para la racionalización de las inversiones públicas y la orientación de las inversiones privadas. El cual, valgan verdades, solo establece la organización de los centros poblados y deja de brindar las políticas o direcciones sobre las cual se debe llevar a cabo la ordenación del urbanismo. En ese sentido, se debe resaltar que el anterior sistema funcional sí era más clarificador con respecto a las directrices que se esperaban en los años futuros del urbanismo, tal es así que, desde la página 53 a la 62 se propone una manera eficiente de organizar el urbanismo (entre leyes generales, especiales y políticas). Así, desde este trabajo se está muy de acuerdo con lo que ahí se proponía, salvando algunas diferencias con la ordenación del territorio como ya se ha expresado.

¹¹⁸ Cfr. Numeral 4.1 del Artículo 4 de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

velará por que los actos de ordenación urbanística de los Gobiernos Locales se realicen gozando de legalidad y adecuación al interés público en el ejercicio de su competencia.

Lo indicado, se puede contrastar con la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades cuando, en su artículo VIII, ordena que las competencias y funciones específicas municipales deben cumplirse en armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo. De igual modo, el Rtdus ha regulado que cuando los Gobiernos Locales pretendan aprobar alguna modalidad de los Planes, deberán informar al MVCS sobre dicha iniciativa para que así emitan un informe técnico y determinar si este se adecúa a las políticas públicas.

En suma, será el MVCS quién brinde los lineamientos y políticas generales de la ordenación urbanística. De esta manera, son los Gobiernos Locales quienes tomen esas políticas, y las ejecuten de acuerdo con su potestad legislativa y administrativa que se les viene encomendada por la ordenación urbanística, sin que ello signifique apartarse del interés público. De igual modo, no debe olvidarse que la labor del Poder legislativo será la de emitir normas y recoger los principios generales para la ejecución de dicha ordenación urbanística, nuevamente con el fin de buscar la satisfacción del interés general. En ese esenario, la regulación general sera la base para llevar a cabo el ejercicio de la ordenación urbanística por parte de los Gobiernos Locales.

1.3.2.2.La coordinación con los Gobiernos Regionales

El artículo 45 de la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, otorga a dichos entes una función de planeamiento territorial. Dicha función, esta definida como “la actividad destinada a diseñar políticas, prioridades, estrategias, programas y proyectos que promuevan el desarrollo regional de manera concertada y participativa, conforme a la Ley de Bases de la Descentralización”. Asimismo, el artículo 53 de esa misma ley, señala como competencia específica de los Gobiernos Regionales, una función en materia ambiental y de ordenamiento territorial. Pudiendo “formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia ambiental y de ordenamiento territorial, en concordancia con los planes de los Gobiernos Locales”. Como se puede apreciar, la misma ley destaca una función de colaboración entre los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales.

De esta manera, como ya se ha mencionado, “el urbanismo [se] constituye [como] un elemento o parte integrante, de un subsector más del macroconcepto ordenación del territorio”¹¹⁹. En ese sentido, serán los Gobiernos Regionales quienes tendrían encomendada, por el principio de colaboración, la actividad de “delimitar negativamente el ejercicio de las

¹¹⁹ PARDO ÁLVAREZ, María. *La potestad de planeamiento urbanístico*. op. cit., p. 86.

competencias locales de ordenación urbanística. Aquellos (los Gobiernos Regionales) no han de decir o no han de definir lo que la ordenación urbanística sea, sino lo que no pueda ser”¹²⁰. Sin embargo, tal como indica PARDO ÁLVAREZ, la ordenación urbanística municipal no puede quedar captada, por la territorial.

En conclusión, la ordenación territorial, que a primera vista se le ha encomendado a los Gobiernos Regionales, es predicable en cuanto delimitará negativamente la competencia de los Gobiernos Locales en materia de ordenación urbanística. Sobre todo porque es el mismo artículo 53 de la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, quien determina que dicha potestad deberá ser ejercida en concordancia con los Planes de los Gobiernos Locales.



¹²⁰ *Ibíd.* p. 89.

Capítulo 2

La potestad de planeamiento en el ordenamiento jurídico peruano

2.1. Principios que ordenan el ejercicio de la potestad de planeamiento

En el capítulo anterior se ha partido de entender el derecho de propiedad y la influencia que ejerce la función social en la formación del urbanismo. Además, se explicó la posición doctrinal de este último concepto que se ha visto reflejada en el ordenamiento jurídico peruano. Concluyéndose que el urbanismo es la conjunción de dos actividades estrechamente ligadas: la ordenación y la transformación urbanística. De esta forma, la ordenación urbanística se realiza a través del encauzamiento imperativo de la propiedad en la ciudad, delimitándose aquella vocación urbana de dicho derecho. Y, además, también se realizará un actividad constrictiva y de fomento sobre el derecho de propiedad urbana, a través de la potestad administrativa que tienen atribuidas las Administraciones Locales.

Para tal efecto, la actividad de encausamiento imperativo de la propiedad con vocación urbana se sirve de la potestad de planeamiento urbanístico. Así, aunque en el Perú el planeamiento urbanístico¹²¹, habitualmente utilizará la técnica del plan urbano para encausar el uso urbano de la propiedad en la ciudad, esto no proscribe la utilización de cualquier otro tipo de instrumento. De esta manera, en principio, cuando los Gobiernos Locales lleven a cabo el ejercicio de la primera de las manifestaciones de la ordenación urbanística, deberán de realizarlo a través del plan urbano.

Sobre la potestad de planeamiento, conviene indicar que esta ha nacido frente a la necesidad de una intervención pública que encause la correcta satisfacción de los diversos intereses. De esta forma, el Poder público se convierte en el llamado a controlar y garantizar que los usos del suelo no entorpezcan la vida en común¹²². En ese sentido, la actividad de planeamiento se puede extender tanto a la ordenación del territorio como para la ordenación urbanística¹²³. A esta última es a la que se le ha denominado como potestad de planeamiento urbanístico.

¹²¹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ sostiene que la ordenación urbanística no solo puede ser llevada a cabo a través del planeamiento urbanístico, sino a través de cualquier otro tipo de instrumento que ordene el urbanismo. Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. *El Concepto de Urbanismo...* op. cit., p. 194. Sin embargo, en el Perú esto no es posible sustentarlo ya que la ordenación urbanística se ha dividido en dos tipos de actuaciones, una de tipo legislativa y otra de tipo administrativa, lo cual es totalmente distinto a lo que se establece en el ordenamiento español, donde toda la ordenación urbanística es actividad de tipo administrativa. Es por ese motivo que al existir esa separación en la actividad que desarrolla la ordenación urbanística, desde este trabajo se ha postulado que el encausamiento imperativo se lleva por el planeamiento urbanístico. Porque finalmente lo que hacen todos sus instrumentos es planear lo urbano o si se quiere, la ciudad, destacando que dicha actividad no solo se puede realizar a través de la figura del Plan Urbano.

¹²² Cfr. PARDO ÁLVAREZ, María. *La potestad de planeamiento urbanístico...* op. cit., p. 23.

¹²³ *Infra*. 1.2.

Así, por esta potestad se toma por objeto a la propiedad y se le encausa, concretándose “el alcance del derecho a edificar [y urbanizar], es decir, es la escala más reducida de todo lo que se sostiene sobre el planeamiento y normalmente corresponderá al ámbito municipal”¹²⁴.

En ese sentido, es necesario enunciar los principios más elementales en el ejercicio de la potestad de planeamiento urbanístico. Esta, cabe resaltar, ha sido atribuida a los Gobiernos Locales, por ser estos los encargados de delimitar la propiedad con vocación urbana. Estos principios son los que ayudarán a reducir la discrecionalidad de los Gobiernos Locales para la formulación de los instrumentos planificadores y en especial del plan urbano. Pues es sobre este último instrumento sobre el cual se parte para ejercer el control y fomento a la transformación urbanística en el Perú.

2.1.1. El principio de legalidad: la reserva de ley y su fundamento delimitador del derecho de propiedad en el ámbito urbano

Sobre este principio, debe recordarse que nace frente a la necesidad de rechazar las decisiones arbitrarias del príncipe. Sustituyéndolo por un régimen de dominación objetiva, igualitaria y previsible basado en normas generales y el sometimiento de todas ante la ley¹²⁵.

De esta forma, como primer término, debe indicarse que la Administración Pública tiene una vinculación positiva con la ley (lo que no está permitido, está prohibido). Muy por el contrario de lo que sucede entre la ley y los ciudadanos (lo que no está prohibido está permitido. Es decir, una vinculación negativa). La vinculación positiva es, en pocas palabras, una habilitación a la Administración para su actuación. Pues, será la ley quien determine el modo, la forma y los límites de la actuación de la Administración. Así, “ninguna actuación o decisión administrativa puede ser contraria a una ley, en el sentido formal del término”¹²⁶.

En el Perú, este principio se ha constitucionalizado en el artículo 45 de la Constitución Política, por medio del cual se ha establecido que quienes ejerzan poder lo deberán realizar con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y lo que las leyes establezcan. En igual sentido, se puede citar el artículo 118 de la Constitución, por medio del cual se precisa que el presidente debe hacer cumplir las leyes. Y, por último, también se puede citar al artículo 103 del mismo texto constitucional en donde se prohíbe expresamente el abuso del derecho. Todo

¹²⁴ PARADA VÁSQUEZ, José Ramón. *Derecho Administrativo III: bienes públicos, derecho urbanístico...* op. cit., p. 394.

¹²⁵ Cfr. ABRUÑA PUYOL, Antonio. y BACA ONETO, Víctor. *Notas al Curso de Derecho Administrativo: Bases constitucionales del Derecho Administrativo*, Lección 3, pro manuscrito, Piura, 2005, pp. 3-4. En igual sentido, ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*. Madrid. Iustel. 2011. pp. 93 y ss.

¹²⁶ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo, legalidad y sometimiento a la ley y al derecho*. En: *Los Principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Dirigido por Juan Alfonso Santamaría Pastor. Madrid. La Ley. 2010. p. 57.

ello, hace “concluir que la Administración Pública está vinculada positivamente al ordenamiento jurídico peruano”¹²⁷.

Asimismo, la vinculación positiva de la Administración Pública, precisa que no solo existe una vinculación a las leyes o no solo se agota en ella. Es decir, “[l]a administración no solo debe, por tanto, respetar la ley, sino también el resto del ordenamiento jurídico, empezando por la Constitución”¹²⁸. Esta vinculación, también “lleva consigo (...) el sometimiento a sus propias manifestaciones normativas, principio que se conoce como inderogabilidad singular de los reglamentos, por el que la Administración no puede dejar de aplicar sus propios reglamentos para un caso concreto”¹²⁹.

En resumen, como explica SANTAMARÍA PASTOR¹³⁰, el Derecho es un factor permanente, de obligada toma en cuenta, en todo proceso decisor que tenga lugar en el seno de la Administración. No hay pues, en la Administración, espacios exentos de la acción del Derecho. Todo lo cual, traducido el ámbito urbanístico se refleja en la necesaria delimitación, por parte de una norma legal, del contenido constitucional del derecho de propiedad con vocación urbana. Para, de esta forma, dar pase al ejercicio de la potestad administrativa constrictiva o la actividad dispensadora de ayudas y recompensas. Potestades, que como ya se ha establecido, tienen atribuidas los Gobiernos Locales en su determinada jurisdicción territorial.

Sumado a ello, existe la denominada reserva de ley, que es otra manifestación importante del principio de legalidad. Al respecto, se puede afirmar con ABRUÑA PUYOL y BACA ONETO¹³¹ que en el Perú existe una vinculación positiva a la ley por parte de la Administración (lo que no está permitido, está prohibido) y a ella, por tanto, no se le ha reservado ningún tipo de materia salvo la regulación de aranceles y tasas. Esto, como consecuencia de la vinculación negativa que tiene el ciudadano. Por lo que, este goza de una libertad personal que solamente se podrá delimitar por ley¹³².

Es decir, la Administración cuando quiera ejercer su potestad administrativa deberá actuar sustentada en una ley, y dicha ley solo podrá regular la materia que se le haya reservado. Así, con la reserva de ley existe la obligación de conservar determinados ámbitos de actuación de la libertad a la ley. Cabe resaltar que, lo que sí podrá realizar la Administración es reglamentar

¹²⁷ ABRUÑA PUYOL, Antonio. *Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano*. Lima. Palestra. 2010. p. 120.

¹²⁸ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo...* op. cit., p. 57.

¹²⁹ ABRUÑA PUYOL, Antonio. *Delimitación jurídica de la Administración Pública...* op. cit., p. 121.

¹³⁰ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Cit. por: REBOLLO PUIG, Manuel y VERA JURADO, Diego J. *Derecho Administrativo Conceptos fundamentales, fuente, y organización*. Madrid. Tecnos. 2016. p. 135.

¹³¹ Cfr. ABRUÑA PUYOL, Antonio. y BACA ONETO, Víctor. *Notas al Curso de Derecho Administrativo: Bases constitucionales...* op.cit. p. 6.

¹³² Cfr. Numeral 2.24 del Artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

una ley. Es decir, concretizar una ley, pero sin desnaturalizarla. De esta forma, “la ley debe contener su propia regulación sustantiva y el reglamento solo puede constituir un complemento indispensable de la regulación legal, por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las leyes”¹³³.

Además, la doctrina ha reconocido una distinción entre reserva legal horizontal y vertical. Por la primera se sostiene la existencia de materias que deben ser reguladas por ley. En el Perú serían todas las que incidan sobre la libertad y la propiedad¹³⁴. Y, por la reserva legal vertical se exige un mínimo de contenido material de las leyes y supone la prohibición de remisiones genéricas o en blanco. Debiendo, la ley “regular el contenido esencial, el núcleo duro de la institución reservada (criterio de la esencialidad)”¹³⁵.

En consecuencia, el derecho de propiedad al ser considerado como un derecho fundamental inviolable, que se ejerce en armonía con el bien común, su regulación es una materia que ha sido constitucionalmente reservada a la ley. Siendo solo ella la que podrá delimitar y regular su ejercicio. Lo que se justifica gracias a “la ya aludida libertad genérica de los ciudadanos que consiste justamente en poder hacer todo lo no prohibido por la ley o en virtud de la ley”¹³⁶. De este modo, como explica GARCÍA MACHO, en relación con la vinculación entre la reserva de ley y los derechos fundamentales, estos últimos “tienen la función de sustraer a las intervenciones del Estado la más amplia esfera de la libertad y propiedad, de tal manera que en la relación ejecutivo-legislativo la actuación del primero en esas esferas sólo pueda realizarse en base a una ley previa autorizadora”¹³⁷. Sin embargo, se debe ir un poco más allá con respecto a la reserva de ley en materia de propiedad. Pues, como es de esperarse, no es fácil encontrar el contenido constitucional de la propiedad por medio de la ley. Al respecto y recurriendo a lo ya explicado, existen dos teorías que pretenden explicar los límites de ese contenido sobre los cuales participa la ley.

En resumen, la teoría externa de los límites “concibe a los derechos como realidades carentes de límites por naturaleza, que tienden a expandirse ilimitadamente, y sobre los cuales es necesario establecer restricciones en orden a procurar su armonización”¹³⁸. En contraposición

¹³³ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo...* op. cit., p. 60. Especial trascendencia tienen los reglamentos independientes que en principio están prohibidos en nuestro país. Vid. ABRUÑA PUYOL, Antonio. *Delimitación jurídica de la Administración Pública...* op. cit. pp. 128 y ss.

¹³⁴ Cfr. ABRUÑA PUYOL, Antonio y BACA ONETO, Víctor. *Notas al Curso de Derecho Administrativo: El Reglamento*, Lección 14, pro manuscrito, Piura, 2015, p. 13.

¹³⁵ *Ibidem*. p. 13.

¹³⁶ REBOLLO PUIG, Manuel y VERA JURADO, Diego J. *Derecho Administrativo Conceptos fundamentales, fuente, y organización*. Madrid. Tecnos. 2016. p. 137.

¹³⁷ GARCÍA MACHO, Ricardo. *Reserva de Ley y potestad reglamentaria*. Barcelona. Ariel. 1988. p. 42

¹³⁸ VEINTIMILLA VEGA, Jorge. *La expropiación forzosa e impuesto a la renta...* op. cit., p. 19.

a ella, se encuentra la teoría interna de los límites del derecho. Por ella, se entiende “que los derechos nacen ajustados unos con otros, compatibilizando su contenido con el de los restantes derechos y bienes constitucionalmente tutelados. Así, los derechos fundamentales tienen un contenido limitado; pero, dentro de su limitación, dicho contenido es ilimitable”¹³⁹. De esta suerte, como se dijo en su momento, la labor del Poder público será de delimitar esos límites, pero no a través de cualquier norma, sino una con rango legal. En suma, compatibilizando lo anterior con el principio de legalidad, se exige una vinculación positiva de la Administración. Toda vez que, la actuación que esta desarrolle debe estar sustentada en una habilitación legal¹⁴⁰. Lo contrario, sería inconstitucional. Adicionalmente, resulta evidente que cuando se realice la función de control en la ordenación urbanística en virtud de una potestad administrativa, la Administración deberá sostener su actuación en una norma con rango de ley como lo es el plan urbano en el Perú. A su vez, por la reserva de ley, la propiedad adquiere una especial relevancia pues ésta solamente podrá ser regulada por una norma legal. Así, la ley lo único que deberá recoger o buscar, son las limitaciones que tal derecho de propiedad trae intrínsecamente y no será posible que el Poder público sacrifique, restrinja o dote de contenido a un derecho fundamental y, por tanto, lo limite.

Finalmente, conviene resaltar que el principio de literalidad en materia de ordenación urbanística se ve claramente disminuido. Pues, de una interpretación sistemática de la constitución y el ordenamiento en general, se puede concluir que la propiedad no solo podrá delimitarse concretamente a través de una ley, sino que, efectivamente, podrá ser delimitada por una norma con rango de ley. Ello, porque la función delimitadora de la ordenación urbanística del Gobierno Local, encargada de concretar el contenido constitucional del uso urbano de la propiedad, se realizará a través de una norma con rango de ley, es decir, a través de una ordenanza.

2.1.2. El principio de subsidiariedad: los entes territoriales locales como los llamados a ejercer la potestad de planeamiento urbanístico

Como complemento al principio antes estudiado, se encuentra el principio de subsidiariedad. Por él, se “debe por un lado garantizar la mayor libertad posible de los ciudadanos y, por otro, atender las disfunciones que en el ejercicio de esa libertad puedan ocasionarse”¹⁴¹. Así, “el principio de subsidiariedad, se constituye en un elemento de vital importancia para el Estado democrático de derecho, ubicándose entre la esfera de la descentralización institucional y la

¹³⁹ *Ibíd.* p. 23.

¹⁴⁰ Cfr. ABRUÑA PUYOL, Antonio. *Delimitación jurídica de la Administración Pública...* op. cit., pp. 126 y ss.

¹⁴¹ ABRUÑA PUYOL, Antonio. *Delimitación jurídica de la Administración Pública...* op. cit., pp. 149-150.

autonomía de lo social, en cuanto principio que inspira un proceso de socialización de los poderes públicos. Consecuentemente, el principio de subsidiariedad surge en el constitucionalismo moderno como una técnica decididamente útil para lograr la pacificación social o la resolución de los conflictos mediante el respeto absoluto de los derechos y libertades individuales, y tiene como fin la reestructuración del equilibrio entre lo público y lo privado según una adecuada flexibilización que acentúa la concepción democrática del ordenamiento estatal.”¹⁴². De esta manera, CHANG CHUYES reconoce que la subsidiariedad se hace patente cuando “ante la deficiente o nula actividad de un inferior, la actividad de un ente superior se hace necesaria, procurando, antes de esto, poner los medios para que el inferior pueda realizarla sin su intervención”¹⁴³.

En el Perú, el artículo 60 de la Constitución Política ha reconocido expresamente el principio de subsidiariedad. Así, la doctrina ha indicado que existen dos ámbitos de dicho principio: uno horizontal y otro vertical. Por el primero, la intervención pública no debe suplantar la iniciativa privada o competir innecesariamente con ella, sino fomentarla, complementarla y corregirla, reservándole el protagonismo¹⁴⁴. Por otro lado, en cuanto a la subsidiariedad vertical, ésta “se refiere a las organizaciones del Estado en sí mismo, respecto de sus organismos subordinados, con el fin de que el interés público sea determinado por el órgano más cercano al ciudadano”¹⁴⁵. Lo que se traduce en que “las instancias superiores solo [tendrán] atribuidas las facultades necesarias para el gobierno y gestión de las materias que así reclame el interés común, manteniendo las demás en los niveles inferiores”¹⁴⁶.

Ahora bien, sobre este principio CABANELAS DE TORRES sostiene que se desintegran tres funciones: i) una función estricta, que se concreta en que lo factible por una entidad menor no debe efectuarlo una mayor, por deber reservarse esta para circunstancias de más amplitud y gravedad; ii) la supletoria, en virtud de la cual las agrupaciones mayores deben auxiliar a las menores, para mejor desempeño y aportar lo que no esté al alcance de estas últimas; y, c) la coordinadora, que asigna a los núcleos sociales mayores la planificación general de sectores más reducidos y la conciliación de acciones respectivas, para evitar superposiciones o

¹⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de noviembre de 2003... op. cit. F.j. 19.

¹⁴³ CHANG CHUYES, Guillermo. *La Subsidiariedad del Estado en materia económica. Un Comentario al precedente de observancia obligatoria Resolución N.º 3134-2010/SCI-INDECOPI*. En: II Convención Estudiantil de Derecho Público: Organizada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Piura. Palestra. 2015. p. 138.

¹⁴⁴ Cfr. ABRUÑA PUYOL, Antonio. *Delimitación jurídica de la Administración Pública...* op. cit., p. 152.

¹⁴⁵ CHANG CHUYES, Guillermo. *La Subsidiariedad del Estado en materia económica...* op. cit., p. 139.

¹⁴⁶ ABRUÑA PUYOL, Antonio. *Delimitación jurídica de la Administración Pública...* op. cit., pp. 151-152.

abandonos¹⁴⁷. En razón de ello, “las intervenciones públicas, sólo se justifican en la medida que sean necesarias para alcanzar determinados objetivos de interés general [y como] consecuencia, toda intervención pública debe estar causalmente legitimada; dicho de otra forma, la Administración no puede actuar sin una razón inmediata que justifique dicha intervención”¹⁴⁸.

Ciertamente, el principio de subsidiariedad en su plano horizontal busca la plena realización de la libertad de los ciudadanos. Esto, en relación al urbanismo, se ve reflejado en la transformación urbanística. Así, la actividad de urbanizar y construir son materias reservadas a los privados y solo ellos serán los llamados a ejercitar dichas facultades. Por ello, se hace innecesaria la intromisión de un ente estatal sino solamente cuando se le llame para la delimitación del derecho de propiedad. De esta manera, los Gobiernos Locales serán quienes recogerán las limitaciones constitucionales del mismo y las plasmarán en el plan urbano. Lo dicho, “conllevaría a la subsidiariedad de la actuación administrativa respecto de la privada en aquellos aspectos del urbanismo que no impliquen ejercicio de [sus diversas potestades]”¹⁴⁹. En esencia, la subsidiariedad horizontal es predicable en la transformación urbanística en cuanto el Poder público se encuentra en la obligación de respetar las actividades reservadas de los privados –urbanizar y edificar–. Por tanto, no le toca suplirlas sino más bien fomentarlas y dejando su libre ejercicio –satisfacer la libertad–. De manera que, los Gobiernos Locales no deberán dejar de respetar las limitaciones constitucionales del derecho de propiedad urbana y también en su posterior control.

Finalmente, el plano vertical del principio de subsidiariedad también se ve reflejado en la ordenación urbanística. Así pues, el Gobierno Local debe cumplir las funciones que se le han asignado. Es decir, deberá reservarse la ordenación urbanística a los Gobiernos Locales en la competencia territorial que se les haya otorgado. Son ellos quienes son los más próximos a los administrados y se proscriben la intromisión de los entes territoriales superiores.

En ese escenario, se ha habilitado con la competencia exclusiva y necesaria a los Gobiernos Locales, dando como consecuencia la incompetencia y nula jerarquía por parte de los entes territoriales superiores sobre esta materia. Sin embargo, como exige la función coordinadora de la subsidiariedad vertical, no se ha restringido la cooperación entre todas las demás organizaciones territoriales del Estado. Pudiéndose crear políticas o regulación general de

¹⁴⁷ Cfr. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Tomo6. 31ª ed. Argentina. Heliasta. 2009. p. 471.

¹⁴⁸ ABRUÑA PUYOL, Antonio. *Delimitación jurídica de la Administración Pública...* op. cit., p. 153.

¹⁴⁹ Por ello, los entes públicos solo deberán realizar la transformación urbanística cuando la acción urbanizadora de los privados sea deficiente o nula. PARDO ÁLVAREZ, María. *La potestad de planeamiento urbanístico bajo el Estado social...* op. cit., pp. 169-360.

ordenación urbanística que enmarquen la competencia específica de los Gobiernos Locales. De ahí que VIGNOLO CUEVA sostenga que la “tendencia de los Estados a inmiscuirse en tareas que pueden ser afrontadas por poderes públicos de alcance territorial más acotado y cercano a las personas, disminuye sus posibilidades, eficacia y perturba el orden social”¹⁵⁰.

En definitiva, como bien señala LAGUNA DE PAZ y ABRUÑA PUYOL “la subsidiariedad apoya la construcción de un Estado edificado de abajo hacia arriba, respetuoso de las posibles peculiaridades regionales [y locales] que permita las más altas dosis de autogobierno”¹⁵¹.

2.1.3. La relaciones administrativas: tutela y coordinación

La Constitución Política del Perú reconoce en su artículo 43 que, el Estado es un gobierno unitario, representativo y descentralizado, organizado según el principio de la separación de poderes. Así, la Ley 27783, Ley de bases de la Descentralización, ha indicado que “la descentralización tiene como finalidad el desarrollo integral, armónico y sostenible del país, mediante la separación de competencias y funciones, y el equilibrado en el ejercicio del poder por los tres niveles de gobierno, en beneficio de la población”¹⁵².

En efecto, como explica ABRUÑA PUYOL, “los tres poderes del Estado forman parte del Estado como órganos de este y cuando todos ellos actúan lo hacen como si actuara el Estado –unitario–. Es el Estado quien dicta una Ley, es el Estado quien expide una sentencia y es el Estado quien contrata, con independencia de que los órganos encargados de ello sean distintos e independientes”¹⁵³.

En suma, cuando se hace referencia a la descentralización, la doctrina reconoce que, “en sentido riguroso, se daría cuando en una actividad intervienen exclusivamente organizaciones no centrales, mientras que en un sentido más real se daría cuando en una actividad intervienen tanto, organizaciones centrales como no centrales, no dependiendo jerárquicamente estas de aquéllas”¹⁵⁴. De esta forma, “la descentralización implica en la organización de la Administración la creación, en la medida de lo posible, de Administraciones públicas personificadas encargadas de determinadas funciones, cuya titularidad se les atribuye, así como la de las competencias necesarias para ello. En consecuencia, como los órganos

¹⁵⁰ VIGNOLO CUEVA, Orlando. *El principio de subsidiariedad social y sus principales consecuencias en el derecho peruano. Liberalización de sectores y surgimiento de organización regulatoria*. Tesis para optar por el grado de Doctor. Zaragoza. Universidad de Zaragoza. 2017. p. 40.

¹⁵¹ ABRUÑA PUYOL, Antonio. *Delimitación jurídica de la Administración Pública...* op. cit., pp. 150-151.

¹⁵² Artículo 3 de la Ley 27783, Ley de bases de la Descentralización.

¹⁵³ ABRUÑA PUYOL, Antonio. *Delimitación jurídica de la Administración Pública...* op. cit., p. 47.

¹⁵⁴ ABRUÑA PUYOL, Antonio y BACA ONETO, Víctor. *Notas al Curso de Derecho Administrativo: La Organización Administrativa*, Lección 5, pro manuscrito, Piura, 2015, p. 6.

descentralizados no están sujetos por el principio de jerarquía es necesario buscar otro criterio para reconducir la actuación de estos a la unidad y cohesión”¹⁵⁵.

Siendo la descentralización el modelo imperante en el Perú, el principio de jerarquía ya no sería aplicable para las relaciones intersubjetivas. Debiéndose recurrir a otro tipo de control para salvaguardar la unidad del Estado descentralizado. Este nuevo control es el denominado principio de tutela¹⁵⁶. Sobre dicho principio, MARTÍNEZ MARÍN sostiene que puede definirse como “las facultades de control otorgadas, con carácter limitado, por el derecho positivo a una organización pública sobre las organizaciones descentralizadas que de él se desprenden, para velar por la legalidad de los actos de éstos y por su adecuación a aquel sector del interés público de la competencia de la organización tutelante”¹⁵⁷.

En esencia, no cabe duda de que el Estado peruano al ser uno descentralizado y unitario, debe predicar la tutela entre sus organizaciones. Con ella, se conseguirá que la actuación de una organización sea acorde al interés general que persigue el Estado. Así, “el Poder legislativo podrá dictar normas generales y políticas que deberán seguir los entes competentes en búsqueda de la unidad del Estado, sin dejar de respetar la autonomía de los demás”¹⁵⁸.

A su vez, no debe olvidarse que autonomía no es soberanía. Por lo que, el municipio debe coordinar sus Planes Urbanos con los del gobierno nacional, con los de los gobiernos regionales y demás organizaciones del Estado. Ello con el fin de desarrollar una coordinación entre todos los niveles de organización. Fortaleciéndose la descentralización en el Perú y de ese modo lograr la transformación urbana tan esperada del Estado.

En el mismo sentido y siendo aún más preciso, MEILÁN GÁLVEZ señala que “se trata de gobernar mejor, de que la elección de las opciones políticas sea más satisfactoria y que se administre más eficazmente desde el punto de vista de la satisfacción de las aspiraciones e intereses del ciudadano”¹⁵⁹.

¹⁵⁵ *Ibidem*. pp. 6-8.

¹⁵⁶ Vid. *Ibidem* pp. 11-12. También en ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de derecho administrativo*, V. I/2, 11a Ed., Editorial Tecnos. Madrid. 1995, pp. 22 y ss.

¹⁵⁷ Cfr. MARTÍNEZ MARÍN, Antonio., *Derecho administrativo. La organización administrativa*. Editorial Tecnos. Madrid, 1986, pp. 60 y ss.

¹⁵⁸ MEILÁN GÁLVEZ, José Luis. *Autonomía y Descentralización*. En: *Descentralización y Administración Local*. Editado por José Martínez-López Muñiz, José Luis Meilán Gil, José Luis de la Vallina, entre otros. Valladolid. Secretariado de publicaciones. 1992. p. 28. En este punto se debe precisar que los Gobiernos Locales son organizaciones territoriales que gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Dicha autonomía “se expresa a través la atribución de una serie de potestades para la gestión de sus propios intereses, en lo cual no pueden inmiscuirse otros Poderes públicos”. ABRUÑA PUYOL, Antonio y BACA ONETO, Víctor. *Notas al Curso de Derecho Administrativo: La Organización Administrativa: La Administración Municipal*, Lección 7, pro manuscrito, Piura, 2015, p. 3.

¹⁵⁹ MEILÁN GÁLVEZ, José Luis. *Autonomía y Descentralización... op. cit.*, p. 28.

En relación a la coordinación, se debe indicar que por ella se busca la unidad de la organización administrativa, pudiéndose predicar de relaciones intersubjetivas e interorgánicas. Acerca de ello, BOUZZA ARIÑO entiende que “la coordinación será un instrumento de conexión entre dos entes territoriales cuyo sentido radica en evitar que las decisiones resulten incompatibles en base a una finalidad que interesa a ambos. (...) En el caso de entes territoriales dotados de autonomía, como el ejercicio de una competencia exclusiva puede producir resultados contradictorios que afecten a una colectividad, se pone en marcha un instrumento de conexión para evitar un resultado que implique ineficacia del sistema. (...) En ese sentido, la necesidad de coordinar una serie de actuaciones radicarán no en el fin común que persigue, sino en el número de objetivos distintos pero relacionables entre sí que por su mediación se pretendan alcanzar”¹⁶⁰. Asimismo, aunque tanto el control de tutela como la coordinación buscan la unidad, eso no implica una duplicación de fines. Sino que por el contrario, esto se produce porque ambas son formas de relación interadministrativa propias del Estado descentralizado, no sujeto a jerarquía¹⁶¹.

Adicionalmente, la doctrina ha reconocido que la coordinación puede ser de dos clases, tanto impositivas como consensuales. Las primeras, se subdividen en un nivel intersubjetivo que deben ser impuestas por la ley, y en un nivel interorgánico, imponiéndose por el principio de jerarquía. Las segundas, es decir, “la coordinación consensual también llamada cooperación o colaboración, se refiere a que las organizaciones coordinan sin estar obligadas a ello. Es una coordinación carente del soporte jerárquico, y se origina por la existencia de varias organizaciones autónomas con sus respectivas competencias exclusivas y/o compartidas en una única organización estatal”¹⁶². Otro aspecto relevante de la coordinación consensual o colaboración es que puede valerse de dos tipos de técnicas: i) orgánicas y ii) funcionales¹⁶³. Las segundas –la que interesa para el presente trabajo– podrán afectar a órganos en el seno de una misma administración o bien órganos de diferentes entes territoriales¹⁶⁴. Así, cuando se trate de cooperación, BOUZZA ARIÑO indica que puede encontrarse al urbanismo –debe entenderse que se refiere a la ordenación urbanística– y en concreto al plan urbano. Además, indica que este plan es un “instrumento jurídico destinado a la coordinación en el tiempo y en el espacio de una

¹⁶⁰ BOUZZA ARIÑO, Omar. *El Principio de Coordinación*. En: Los Principios jurídicos del Derecho Administrativo. Dirigido por Juan Alfonso Santamaría Pastor. Madrid. La Ley. 2010. p. 926.

¹⁶¹ Cfr. ABRUÑA PUYOL, Antonio y BACA ONETO, Víctor. *Notas al Curso de Derecho Administrativo: La Organización Administrativa*, Lección 5... op. cit., p. 13.

¹⁶² *Ibidem*. p. 14.

¹⁶³ Cfr. *Ibidem*. pp. 14-15.

¹⁶⁴ BOUZZA ARIÑO, Omar. *El Principio de Coordinación*. op. cit., p. 935.

pluralidad de actividades administrativas –también de particulares– procedentes de varias administraciones públicas”¹⁶⁵.

En definitiva, es posible inferir que en el ordenamiento jurídico peruano están presentes tanto el principio de tutela como el de colaboración. Estos son predicables a toda relación intersubjetiva e interorgánica entre los organismos del Estado. A su vez, estos principios resultan necesarios para entender el ejercicio de la ordenación urbanística por parte del Estado. Pero sobre todo, para entender la función de encauzamiento de la ordenación urbanística y la influencia de las políticas estatales en esta materia.

De esta forma, la ordenación urbanística es un actividad pública que deberá ser ejercida por los entes territoriales locales. Son ellos los llamados a delimitar el derecho a urbanizar y construir, a través del planeamiento urbanístico. Posteriormente ejercerán la actividad administrativa de control y fomento sobre el derecho de propiedad urbana. Asimismo, será el legislador y los distintos niveles territoriales quienes puedan, en aplicación del principio de tutela, buscar la consecución del bien común frente a determinados actos del ente territorial local. Lo mencionado, toda vez que la atribución de una determinada competencia no supone la arbitrariedad, sino que por el contrario, dicha competencia deberá conducirse a salvaguardar los intereses públicos en la ordenación urbanística.

En ese sentido, el principio de colaboración, en materia de ordenación urbanística, busca que exista un apoyo entre los distintos niveles territoriales del Estado, sobre todo en materia técnica y logística. Pues, aunque a los Gobiernos Locales se les ha reservado la competencia exclusiva de la planificación urbana, estos normalmente carecen de recursos técnicos y de gestión para desarrollar eficientemente la ordenación urbanística¹⁶⁶. Tal es el ámbito de actuación de este principio que el Ratdus ha previsto la participación del MVCS en formulación de los Planes Urbanos, y la utilización de mecanismos asociativos para la formulación de algunos Planes Urbanos¹⁶⁷.

2.1.4. La participación ciudadana

La participación ciudadana en el Estado siempre ha cumplido un rol importante en la formación y desarrollo de sus actuaciones. “[E]ste principio postularía que la realización del principio democrático pasaría complementariamente por la participación directa o indirecta de

¹⁶⁵ *Ibidem*. p. 935.

¹⁶⁶ Una muestra de ello se puede encontrar en el artículo 60 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, por medio de la cual “[e]l gobierno nacional, a petición de las municipalidades, puede transferir las tierras eriazas, abandonadas y ribereñas que se encuentren en el territorio de su jurisdicción y que requiera para sus planes de desarrollo”.

¹⁶⁷ Artículo 16, 25, 33 y el Capítulo VIII del Decreto Supremo N.º 022-2016-VIVIENDA.

los ciudadanos y de las organizaciones en las que éstos se encuadran”¹⁶⁸. De esta suerte, “con la participación ciudadana (...) se pretende proporcionar apoyo (nueva legitimidad) a una Administración tradicionalmente cerrada, separada de la sociedad. Para superar dicha segregación entre estado y sociedad, de modo que los destinatarios de la acción pública puedan expresar directamente sus demandas y controlar las decisiones que adopten las autoridades, principalmente en aquellos campos donde predomine el carácter discrecional de las mismas”¹⁶⁹.

En ese sentido, la participación ciudadana nace de “la insuficiencia de los controles parlamentario, político y judicial pues, respectivamente, las elecciones políticas se realizan de forma periódica, lo que dificulta la adecuada representación de los intereses de los ciudadanos; el fortalecimiento competencial y la mayor complejidad de la Administración no ha sido acompañado de un equivalente crecimiento de las instancias políticas de control”.¹⁷⁰

Con todo, es evidente que el principio de participación prevé la actuación de los ciudadanos en cualquier actividad que desarrollen los Poderes Públicos. Esto, con la finalidad de “romper el monopolio interpretativo de lo que es el interés público cuya definición corre hoy día exclusivamente en manos de la Administración, razón por la cual resulta indispensable la intervención de los ciudadanos”¹⁷¹ para “precisar lo oportuno frente a lo inoportuno, en función de su adecuación a las demandas sociales y su aceptación por el cuerpo social (...); siendo por tanto su función no solo de legitimar la actuación de la Administración sino de complementarla”¹⁷², sea ésta en virtud de una potestad administrativa como legislativa.

Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA desarrolla tres tipos de participación, las cuales se pasan a exponer brevemente: i) participación orgánica; en donde se incorpora un particular a la Administración pública, sea decidiendo o con carácter consultivo; ii) participación funcional; en la que el particular sin perder su naturaleza privada actúa funciones administrativas y además no se incorpora a ninguna Administración pública; y, iii) la participación cooperativa; en donde el particular no se incorpora a una Administración, ni ejerce funciones administrativas, sino que realiza actividades privadas que colaboran con las actividades

¹⁶⁸ ABRUÑA PUYOL, Antonio y BACA ONETO, Víctor. *Notas al Curso de Derecho Administrativo: Bases constitucionales ...* op. cit., p. 13.

¹⁶⁹ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. *La Participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas en el Perú*. En: III Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Universidad de la Coruña. Del 06 al 08 de octubre de 2004. Libro homenaje al Profesor José Luis Meilán Gálvez. 2004. p. 123.

¹⁷⁰ ABRUÑA PUYOL, Antonio. *Delimitación jurídica de la Administración Pública...* op. cit., p. 144.

¹⁷¹ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. *La Participación ciudadana...* op. cit., p. 123.

¹⁷² *Ibidem*. p. 124.

administrativas¹⁷³. Cabe resaltar, que como señala SÁNCHEZ MORÓN, “en ocasiones se puede constatar la existencia de prácticas de participación «no reguladas formalmente», pero que cumplen el mismo propósito de facilitar el contacto de las Administración con los intereses u otros interlocutores sociales”¹⁷⁴.

Adicionalmente, LUCIANO PAREJO ha analizado las diferentes intensidades de la participación ciudadana; Así: i) cuando se trate de actuaciones regladas, la participación ciudadana será innecesaria; ii) cuándo la Administración actúa con amplios márgenes de libertad o discrecionalidad, la participación se considerará necesaria; iii) cuando se trate de asuntos complejos donde la Administración goza de amplia capacidad de configuración en tanto el ciudadano deberá participar, pero de manera procedimental¹⁷⁵.

En el ordenamiento peruano, el inciso 17 del artículo 2 y el artículo 37 de la Constitución Política regulan efectivamente este principio. Por ellos se ha reconocido: “el derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum”.

Al respecto y en contraposición de lo que sostienen algunos autores, no solo debe entenderse que se reconoce un derecho a sufragio o la participación en la vida política¹⁷⁶. Sino que, además, debe entenderse la existencia de una participación que se desarrollará a lo largo de todos los tipos de actuaciones del Estado. Pudiéndose complementar con todo tipo de mecanismos que la misma Constitución reconoce (artículo 2, numeral 5; artículo 13, 24, 32, etc. de la Constitución Política Peruana de 1993). En otras palabras, la participación ciudadana se predica lo largo de todos los organismos del Estado y en todos sus actos, sean estos en virtud de una potestad judicial, legislativa o administrativa.

Sobre esta última, se puede citar al artículo 1.12 del artículo IV del Texto Único Ordenado de Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS. Por medio de este, se ha consagrado a la participación como un principio que deben respetar las entidades administrativas. De manera que, cuando se pueda afectar intereses los administrados, estos últimos están facultados para pedir información y

¹⁷³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa*. En: Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí. Madrid. Civitas. 1989. p 443. En igual sentido en DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. *La Participación ciudadana...* op. cit., p. 125.

¹⁷⁴ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. *La Participación ciudadana...* op. cit., pp. 127-128.

¹⁷⁵ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano. *Perspectivas del Derecho Administrativo para el próximo milenio*. p. 82 Cit. por: DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. *La Participación ciudadana...* op. cit., pp. 127-128.

¹⁷⁶ Vid. *Ibidem*. p. 131.

sobre todo y más esencialmente, están facultados para la presentación de su opinión ante una Administración pública

Ahora bien, como es de suponer, este principio de participación constitucionalizado ha sido concretizado en la ordenación urbanística. Esto, se puede encontrar cuando se realice la aprobación de los distintos tipos de planes a través de una ordenanza. Así, el artículo IX de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, ha reconocido que “[e]l sistema de planificación tiene como principios la participación ciudadana a través de sus vecinos y organizaciones vecinales, transparencia, gestión moderna y rendición de cuentas, inclusión, eficiencia, eficacia, equidad, imparcialidad y neutralidad, subsidiariedad, consistencia con las políticas nacionales, especialización de las funciones, competitividad e integración”. Por ello, cabe resaltarse que existen dos fases de participación ciudadana en la formulación de cualquier plan urbano: i) cuando se va a aprobar el plan correspondiente; y, ii) cuando dicho plan ya entra en vigencia¹⁷⁷.

En esencia, la participación ciudadana se consagra como un control a la actuación de los Poderes Públicos. Pudiendo ser lo más o menos intensa posible según demande la materia. Todo ello, se refleja en la ordenación urbanística y sobre todo en el encausamiento imperativo de la propiedad con vocación urbana. De esta suerte, cuando se formulen los planes urbanos, se prevé la participación de los interesados o legitimados con el fin de la consecución del orden de la ciudad de la forma más eficiente, óptima y sostenible posible¹⁷⁸. Lo dicho, en razón del alto grado discrecionalidad que tienen los Planes Urbanos. Siendo siempre necesaria la participación ciudadana de manera cooperativa para poder salvaguardar los intereses legítimos.

2.2. Naturaleza jurídica de los planes urbanos

Al inicio del presente trabajo se esbozó los hechos que suscitaron la formación del urbanismo contemporáneo. No obstante, estos hechos ayudaron a consolidar al plan urbano como el instrumento que normalmente se utiliza en la delimitación del contenido constitucional del derecho de propiedad con vocación urbana¹⁷⁹.

De esta forma, en relación a los inicios de los diversos instrumentos para llevar a cabo la actual planificación urbana, en primer lugar se puede encontrar a la zonificación. Esta aparece en el siglo XIX, creada por EDWARD M. BASSET –denominado como el padre de la zonificación– con el fin de permitir que se establezca e incremente el valor de la propiedad. Este

¹⁷⁷ Vid. DELGADO BARRIO, Javier. *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*. Navarra. Civitas Thomson Reuters. 1993. p. 57.

¹⁷⁸ Cfr. Artículo 96 y siguientes del Decreto Supremo N.º 022-2016-VIVIENDA.

¹⁷⁹ Una historia detallada del urbanismo lo realizan CASTRO-POZO DÍAZ, Hildebrando. *Derecho Urbanístico...* op. cit. y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Urbanístico...* op. cit.

abogado indicaba que “puede resultar paradójico el sostener que una política de restricciones a la construcción tienda a una más completa utilización del suelo que otra de ninguna restricción; pero así es. La razón nace de la mayor inmunidad y mayor seguridad de las inversiones que garantiza una restricción definida”¹⁸⁰.

Sobre la utilización del plan urbano, se debe indicar que “comienza en el urbanismo durante el siglo XIX (...). La idea se toma en préstamo de la técnica constructiva de Ingeniería y Arquitectura, donde es sinónimo de proyecto de unas obras determinadas como pauta para su ejecución”¹⁸¹. En esencia, el plan urbano nace para afrontar nuevas perspectivas y se va formando como un instrumento del Poder público –en nuestro caso de los Gobierno Locales–. Con el fin de encausar y posteriormente poder controlar el crecimiento poblacional de cara a la ciudad (urbanizar y edificar).

En el Perú¹⁸², la primera norma que recoge a los planes urbanos de manera expresa es el Decreto Supremo N° 007-85-VC de 1985, promulgado en el gobierno de Fernando Belaunde Terry¹⁸³. Por este, se establecía una guía para la elaboración de los planes que se aplicaban a todo el Perú. Una de las peculiaridades de esta norma es que solo establecía tres tipos de planes, y reconocía la competencia exclusiva que tenían los Gobiernos Locales en materia de planificación urbana. Posteriormente, tras su derogación, se aprueba el Decreto Supremo N° 027-2003-VIVIENDA. En este se establecieron cuatro tipos de planes y se reconoció una competencia compartida del urbanismo entre los tres niveles de gobierno. Y, por último, en el año 2016 se aprueba la última gran norma en materia de planificación urbana, el Decreto Supremo N° 022-2016-VIVIENDA, que aprueba el Reglamento Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible. Además, se reconoció al MVCS como el órgano rector de las políticas urbanísticas, creándose el Sistema Nacional de Centros Poblados – SINCEP derogando así las políticas del Plan Nacional de Desarrollo Urbano, “PERÚ: Territorio para Todos”, Lineamientos de Política 2006 – 2015¹⁸⁴.

¹⁸⁰ CASTRO-POZO DÍAZ, Hildebrando. *Derecho Urbanístico...* op. cit., p. 14.

¹⁸¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Urbanístico...* op. cit., pp. 41-42

¹⁸² Vid. CASTILLO GARCÍA, Rodolfo. *Instituciones representativas del urbanismo en el Perú 1946 – 2015: Del urbanismo funcionalista al urbanismo sostenible*. En: PAIDEIA XXI. Vol. 5. N.º 6. 2016. Universidad Ricardo Palma.

¹⁸³ La importancia de Belaunde Terry en el urbanismo peruano se puede encontrar en ESPINOZA, Juan Carlos. *En busca de una teoría urbanística peruana: La tradición planificadora del Perú y la contribución de Fernando Belaunde Terry al debate de la vivienda social, 1936-1968*. URBANA: Revista Electrónica Do Centro Interdisciplinar De Estudos Sobre a Cidade Vol. 6. N° 1, 2014. pp. 453-72.

¹⁸⁴ Considerandos del Decreto Supremo N.º 022-2016-VIVIENDA.

Entendido los orígenes de los diversos instrumentos de la planificación urbanística, conviene ahora aproximarse a la naturaleza jurídica del mismo en el Perú. Para ello, se explicará la configuración del plan urbano en el ordenamiento español y norteamericano. Y es que, como se verá más adelante, estos comparten algunas semejanzas o desemejanzas con la regulación peruana.

Como primer punto, es necesario precisar que, en el mundo jurídico el plan tradicionalmente ha sido utilizado para fines urbanísticos. Sin embargo, hoy se pueden encontrar diferentes tipos de planes ya no necesariamente urbanos, por ejemplo: los Planes de Acondicionamiento Territorial, los Planes de Desarrollo Municipal concertado, los Planes Ambientales, los Planes de Desarrollo Regional Concertado, los Planes Presupuestarios, entre otros. Frente a ello, se debe recalcar que el presente estudio tiene como ámbito la planificación urbanística y, por tanto, de los “planes urbanos”. Los cuales, sólo estarán referidos a la ordenación y el encausamiento de la ciudad en cuanto se lleve a cabo la delimitación de la propiedad con vocación urbana. Es decir, la propiedad sobre un bien inmueble que conformará la ciudad.

En ese sentido, España es donde el plan urbano ha sido estudiado con mucha más profundidad, lo que ha traído algunas semejanzas con lo regulado en el Perú. Así, ALONSO TIMÓN¹⁸⁵ sostiene que el plan urbano se desarrolla en dos grandes bloques. Por un lado, el planeamiento primario que se traduce en realizar determinaciones generales de la ciudad y tiene el carácter de permanencia. Y, por el otro, el planeamiento de desarrollo que sirve de complemento del planeamiento primario en cada tipo de suelo sobre el cual actuó este último. Por su parte, PARADA VÁZQUEZ y LORA-TOMAYO¹⁸⁶ definen al plan urbanístico como una norma vinculante tanto para la Administración como para los particulares dándole el carácter de normativo.

Una explicación un poco más detallada acerca de la naturaleza del plan urbano la ofrece MUÑOZ MACHADO y LÓPEZ BENÍTEZ¹⁸⁷ quienes por la impugnabilidad del Plan Urbano, su vigencia indefinida y su inderogabilidad (principio de inderogabilidad singular de los actos de la Administración) reconocen que el plan urbano es una norma que no se ajusta al sistema tradicional de fuentes. Que tiene naturaleza normativa y es de carácter general. Por tanto, será un acto normativo de carácter general caracterizado por su especial configuración.

¹⁸⁵ Cfr. ALONSO TIMÓN, Antonio Jesús. *Introducción al Derecho Urbanístico...* op. cit., pp. 37 y ss.

¹⁸⁶ PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. *Derecho Administrativo III: bienes públicos, derecho urbanístico*. 16ª ed. Madrid. Uned Ediciones Académicas. 2017. pp. 396-397.

¹⁸⁷ MUÑOZ MACHADO, Santiago y LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. *El Planeamiento Urbanístico*. 2ª ed. Madrid. Iustel. 2009. pp. 65 y ss.

En igual sentido, aunque con un poco más de profundidad, está PARDO ÁLVAREZ quien reconoce que los planes de urbanismo están conformados por normas jurídicas y actos singulares (Reglamento y actos administrativos singulares). Así, “mientras los efectos normativos de los planes han sido insertados en los planes mediante la incorporación a ellos de normas urbanísticas y ordenanzas, los efectos singulares o el elemento ejecutivo es singular de los planes y sólo de él deriva. Éste no puede remitirse a las ordenanzas cómo sí puede hacerse con los efectos normativos”¹⁸⁸.

Con todo, del análisis es evidente que en España los planes urbanos son considerados actos administrativos con efectos normativos predicables de un Reglamento que innovan el ordenamiento. Pero, a la vez, se reconoce la existencia de unos efectos singulares que limitan la propiedad y que también se introducen a los planes urbanos. Lo que en palabras de PARDO ÁLVAREZ deberían ser efectuadas a través de ordenanzas. Dicho esto, al parecer la Administración ejerce un efecto limitativo de la esfera de la libertad a través de los planes urbanos, pues existe una autorización por parte de la Ley de Suelo¹⁸⁹. Estos, además, vendrían a ser, en buena cuenta, actos administrativos que concretizan aquello que se establece en la Ley.

Por su parte, en el ordenamiento norteamericano se distingue entre el *planning* y *zoning ordinances*. Sobre lo primero, “se alude al desarrollo sistemático de una comunidad o de un área con especial referencia a la localización, carácter y extensión de las calles, plazas y parques; se caracteriza por proponer y no imponer ninguna restricción sobre el suelo del área que cubren y su destinatario normalmente es el Poder público (...). Y, por el *zoning ordinances* se limita, restringe y regulan el uso del suelo en interés del bienestar público o controlan y regulan la utilización, crecimiento y desarrollo del suelo en una determinada localidad. Es decir, su contenido será concreto y regulador. Así, la zonificación regula el uso del suelo con independencia de quién sea el propietario de cada suelo en ese momento. Establece el uso y empleo público y privado del suelo y toma en consideración los intereses de toda la comunidad. Es mucho más que una mera clasificación del suelo, entre otras cosas porque tiene en cuenta el crecimiento y desarrollo futuro, el alcantarillado, evacuación de aguas, vía pública, aceras, densidad de la población y otros muchos factores”¹⁹⁰. Aquí, se evidencia la existencia de una declarada separación entre la actividad ordenadora y la delimitadora de la propiedad urbana.

¹⁸⁸ PARDO ÁLVAREZ, María. *La potestad de planeamiento urbanístico bajo el estado social...* op. cit., pp. 328-329

¹⁸⁹ *Ibidem.* pp. 361 y ss..

¹⁹⁰ *Ibidem.* pp. 393 y ss.

Reservándose al plan urbano el carácter enunciativo y no imperativo de sus preceptos y a la zonificación la función delimitadora por parte del Poder público.

Ahora bien, lo dicho se puede traer a colación en el ordenamiento jurídico peruano. Al respecto, como primer punto, se debe resaltar que no existe un concepto jurídico del plan urbano hasta el momento. Ni mucho menos una ley que los regule o como en el caso del ordenamiento español, una ley que autorice a la administración local para llevar a cabo la delimitación de la propiedad con vocación urbana a través de un acto administrativo, sea o no normativo. Así, como se ha visto anteriormente, el Decreto Supremo N.º 022-2016-VIVIENDA es la única y última norma, sin rango legal, que recoge la normativa respecto a los planes urbanos.

De esta forma, aunque en el ordenamiento español el plan urbano tradicionalmente se ha considerado como un acto administrativo normativo, esto no puede predicarse en el Perú. Lo dicho porque en el Perú un acto normativo de la Administración Pública sigue siendo considerado un acto administrativo a fin de cuentas. Es decir, es una declaración productora de efectos jurídicos en virtud de una potestad administrativa, siendo su carácter ordinamental y no consuntivo el aspecto diferenciador de los actos administrativos no normativos¹⁹¹. Así, los actos administrativos gozan de una presunción *iuris tantum* de legalidad. Es decir, deben ser adecuados con lo regulado en la ley, siendo controlables por el poder judicial¹⁹².

Por el contrario, en el ordenamiento jurídico peruano los planes urbanos tienen rango legal. Es decir, son normas que la Administración Local aprueba en virtud de una potestad legislativa, pues la Constitución Política del Perú así lo ha recogido en el numeral 6 del artículo 195. De este modo, establece que es competencia de los Gobiernos Locales planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo (...). Así, esta actividad se llevará a cabo a través de una ordenanza municipal, conforme lo ha regulado el Ratsus y la Ley Orgánica de Municipalidades; y consecuentemente goza de una presunción *iuris et de iure* de legalidad.

Sobre las ordenanzas, el artículo 200 de la Constitución ha establecido que la ordenanza tiene rango de ley. Pues cuando se ha regulado la acción de inconstitucionalidad como garantía constitucional, se ha establecido que dicha acción se podrá llevar a cabo contra una norma con rango ley. Dentro de estas normas con rango legal, el mismo artículo indica que se encuentran las ordenanzas, sean regionales o municipales. De esta suerte, “las ordenanzas de los gobiernos

¹⁹¹ Vid. ABRUÑA PUYOL, Antonio y BACA ONETO, Víctor. *El Reglamento, ¿Acto administrativo en el Derecho Peruano?* Revista de Derecho. Vol. 11. Universidad de Piura. Piura. 2010. pp. 71 y ss.

¹⁹² Cfr. ABRUÑA PUYOL, Antonio y BACA ONETO, Víctor. *Notas al Curso de Derecho Administrativo: El Acto Administrativo*, Lección 9, pro manuscrito, Piura, 2015. p. 8.

regionales o locales tienen efecto en el ámbito de su territorio y respecto de materias de su competencia (exclusiva o compartida)¹⁹³”. En ese sentido, las ordenanzas municipales deberán respetar las competencias que se les hayan asignado a dichos gobiernos locales, siguiendo: i) el principio de unidad; ii) Principio de cooperación, y lealtad nacional y regional; y, iii) Principio de taxatividad y cláusula de residualidad; de los cuales ya se ha hablado en apartados anteriores.

En definitiva, los planes urbanos han sido configurados en el Perú como normas con rango legal. Los cuales son emitidos en virtud de una potestad legislativa que se encuentra reconocida en la constitución. Esto, debido a la reserva de ley, en cuanto a la delimitación del derecho de propiedad se refiere. Exigiéndose que dicha delimitación no sea llevada a cabo por un acto administrativo sea normativo o no.

Adicionalmente, los planes urbanos cumplen una doble función (aquí se encuentra la unión de lo que en Estados Unidos se ha denominado *planning* y *zoning ordinances*). Por un lado, una función ordenadora que se centra en encaminar o estructurar de manera eficiente y sostenible la ciudad con miras al futuro y el desarrollo urbano que se buscará. Y, por el otro, una función delimitadora de la propiedad, que será estructurada para el desarrollo sostenible de la ciudad y que deberá respetar la realización individual del propietario, sin olvidar la función social que a este derecho se le exige. Todo esto, producto de la inclusión de la zonificación en el plan urbano como un elemento integrante y, por tanto, motivador de dicha norma legal. A través de la cual, se regulará el uso y ocupación de la propiedad, exigiendo la necesidad de que se promocióne y controle el contenido de la propiedad urbana. Finalmente, tal como reconoce el Tribunal Constitucional Peruano, dicho plan urbano –por ser una ordenanza– deberá de ejecutarse en el ámbito territorial del ente local que lo ha aprobado, pues solo tendrán efectos sobre su territorio y no en otro.

De este modo, se concluye que los planes urbanos son normas con rango de ley emitidos en virtud de la potestad legal de planeamiento urbanístico de los Gobiernos Locales. Estos, tienen asignada la función de ordenar y delimitar la propiedad de cara a la ciudad. Así, por su especial configuración se conocerán por todos, pero se aplicarán y controlarán dentro de la circunscripción que haya abarcado en el respectivo plan urbano y no fuera de él. Para esto deben respetar la función individual y social que se predica de la propiedad con vocación urbana. En ese sentido, debe dejarse de lado lo indicado por ZEGARRA VALDIVIA, quien al diferenciar competencialmente la ordenación del territorio y el urbanismo, ha sostenido que “el urbanismo es una competencia y una técnica de los municipios que genera planes urbanísticos en el ámbito

¹⁹³ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional del 25 de agosto de 2015, recaída sobre el Expediente N.º 0014-2009-PI/TC. F.j. 16.

local con carácter reglamentario”¹⁹⁴. Y es que, como ya se ha sustentado, los Planes Urbanos tienen rango legal y no son actos administrativos normativos.

A su vez, desde este trabajo debe incidirse que, aunque las modalidades de planes urbanos en el Perú han sido recogidas a través de un Decreto Supremo, es necesario que dicha regulación sea llevada a cabo por una ley. La cual deberá ser aplicable a todo el territorio nacional. Esto, en razón de que dichas disposiciones servirán para delimitar el derecho de propiedad y en definitiva esto no puede realizarse a través de un acto administrativo normativo como lo es el *Ratdus*. Cuestión aparte y que se plantea aquí, es si el *Ratdus* desarrolla alguna normal legal o es un reglamento independiente.

Por ello, como *lege ferenda* debe proponerse la emisión de una ley que regule el suelo en el Perú y que como primer término, brinde los principios esenciales de la planificación urbana. Posteriormente, debe darse pase a la enunciación de los instrumentos delimitadores de la propiedad con vocación urbana en una determinada ciudad –no solo a través de los planes urbanos, pues la planificación urbanística no se agota en ellos–. Sobre estos deberá dejarse en claro que no solo tienen un carácter enunciativo sino imperativo y exigible para todos los ciudadanos de la circunscripción que se planifica. Además, se deberá indicar el procedimiento correspondiente para su aprobación y sobre todo la competencia a nivel local para su aprobación a través de la potestad legislativa de planeamiento urbanístico. Asimismo, se debe resaltar los mecanismos de participación ciudadana, de control en búsqueda del interés general y las políticas estatales del urbanismo para encontrar la unidad el Estado. En resumen, se deben otorgar los criterios, fundamentos y los aspectos formales para la elaboración de cualquier instrumento delimitador de la propiedad de cara a la ciudad.

Al respecto, se pueden encontrar iniciativas legislativas como la del MVCS, quien ha propuesto una Ley General de Desarrollo Urbano Sostenible¹⁹⁵. También se puede citar el Proyecto de Ley N.º 4022/2018-CR¹⁹⁶ presentado por el ex grupo parlamentario Nuevo Perú. Este proyecto, salvando algunos criterios de orden, tiene las mismas disposiciones que el

¹⁹⁴ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *Ordenación del territorio: introducción a su estudio en el Derecho administrativo peruano*. En: *El Derecho Administrativo como instrumento al servicio del ciudadano*. Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo. Udep. Piura. Palestra. 2018. p. 389.

¹⁹⁵ El documento se puede encontrar en: http://eudora.vivienda.gob.pe/OBSERVATORIO/DESTACADOS/Propuesta_LGDU.pdf [revisado el 10 de noviembre de 2020].

¹⁹⁶ El documento se puede encontrar en: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL040220190308.pdf [revisado el 10 de noviembre de 2020].

proyecto del MVCS. En igual sentido se encuentra el proyecto de ley N.º 1163/2016-CR¹⁹⁷ presentado por el ex congresista Miguel Ramón Valdivia, quien propuso la creación de la Superintendencia Nacional de Desarrollo Urbano (Sunadur). Esta Administración Pública tendría como finalidad la de proponer, los instrumentos técnicos y normativos necesarios para ordenar el uso del suelo urbano y regular las condiciones para su transformación o conservación. Sin embargo, dicho proyecto reconoce que su actividad de supervisar y fiscalizar solamente será llevada a cabo en el ámbito de ordenamiento territorial, algo que como se ha recalcado a lo largo de este trabajo escapa a lo que se ha denominado como urbanismo.

En resumen, se hace evidente la necesidad de una norma legal que regule los elementos esenciales de la ordenación urbanística y en especial su encausamiento a través de la planificación urbana. Este marco general deberá servir para la buena ordenación y para cuidar de las garantías constitucionales del ciudadano.

2.3. Formulación de los planes urbanos

Los diversos tipos de planes urbanos que se han regulado en el Perú, conllevan elementos comunes y a la vez, se diferencian por su nivel de concreción del aspecto urbano al cual se abocan. Por ello, se debe realizar algunas precisiones con el fin de darle sentido a algunas disposiciones normativas y entender el tratamiento de cada instrumento que se aprueba en materia de ordenación urbanística.

2.3.1. Clases de planes urbanos

Hasta el momento, se han brindado los conceptos, criterios y principios esenciales para entender el urbanismo y sobre todo la ordenación urbanística como encausamiento y control de la propiedad urbana. Frente a ello, el Ratdus ha desarrollado dos tipos de instrumento para llevar a cabo el “planeamiento del territorio”, sobre los cuales se debe hacer algunas precisiones¹⁹⁸:

A. El Plan de acondicionamiento territorial (en adelante PAT)¹⁹⁹: en este tipo de plan se encuentran una mezcla de elementos de ordenación territorial, rural, urbanística y la conservación del patrimonio natural y cultural. Por ello, aunque hay elementos que no se encuentran dentro del concepto de la plan urbano que se ha esbozado, es pertinente sostener que existen ámbitos referidos a lo urbano. Así, aunque el PAT tiene elementos

¹⁹⁷ El documento se puede encontrar en: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0116320170405.D.pdf [revisado el 10 de noviembre de 2020].

¹⁹⁸ Cfr. Artículo 12 del Decreto Supremo N.º 022-2016-VIVIENDA.

¹⁹⁹ Se puede encontrar un análisis un poco más técnico de su formulación en http://ww3.vivienda.gob.pe/DGPRVU/docs/DUDU/02%20RD%20011-2015-Vivienda_El%20Peruano.pdf y https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/305956/Manual_para_la_elaboración_de_los_PAT_en_el_Marco_de_la_RCC.pdf [revisados el 10 de noviembre de 2020].

que exceden a lo urbano no deja de, en esencia, ordenar y delimitar la propiedad con vocación urbana. Este, evidentemente, se le dotará de rango legal para que dicha actuación no sea inconstitucional –al menos en determinados aspectos²⁰⁰. En ese sentido, la Resolución Directoral N°. 011-2015-VIVIENDA/DGPRVU establece que el PAT tiene cuatro finalidades²⁰¹:

1. Distribución, jerárquica, roles y funciones de los centros poblados en los ámbitos urbano y rural;
2. La conservación y protección del recurso y patrimonio natural y cultural;
3. El desarrollo de la inversión pública y privada en los ámbitos urbano y rural del territorio provincial; y
4. La ocupación y uso planificado del territorio.

Por último, el Ratdus establece que para la conurbación de la Provincia de Lima y de la Provincia Constitucional del Callao no se requiere de un PAT, pues solo necesitarán de un Plan de Desarrollo Metropolitano al cual se le deberá de incorporar el contenido del PAT.

B. Los Planes de Desarrollo urbano, los cuales se subdividen en:

- i. El Plan de Desarrollo Metropolitano** (en adelante PDM): en este tipo de plan nuevamente se encuentra una mezcla entre elementos de ordenación territorial y urbanística. Además, se aplica a las áreas metropolitanas del territorio peruano. En ese sentido, el Ratdus define al PDM como un instrumento técnico normativo, que combina elementos de ordenación territorial y ordenación urbanística. Pero a diferencia del PAT, orienta y regula la gestión territorial y el desarrollo urbano sostenible de las áreas metropolitanas, conformada por distintos distritos, cuyas circunscripciones son parte de una continuidad física, social y económica²⁰². Al igual que en el PAT, existen elementos en su contenido que lo hacen adaptable al concepto de plan urbano que se ha brindado. Sin embargo, ello solo se podrá predicar cuando se trate de elementos conformantes de la primera etapa de la ordenación urbanística –es decir, elementos delimitadores de la propiedad urbana en cuando a la estructuración o

²⁰⁰ Hasta el momento, por ejemplo, la ciudad de Piura no cuenta con un PAT; sin embargo, este se viene elaborando con ayuda y cooperación del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. Puede verse en <https://noticiapiura30.com/2019/03/en-octubre-piura-contara-con-un-plan-de-acondicionamiento-territorial/> [revisado el 10 de noviembre de 2020].

²⁰¹ Cfr. Punto 1.2 del Manual para la Elaboración de Planes de Acondicionamiento Territorial (M-PAT) que se puede visualizar en http://ww3.vivienda.gob.pe/DGPRVU/docs/DUDU/02%20RD%20011-2015-Vivienda_El%20Peruano.pdf [revisado el 10 de noviembre de 2020].

²⁰² Cfr. Numeral. 24.1 del artículo 24 del Decreto Supremo N.º 022-2016-VIVIENDA.

encausamiento de la ciudad-. Asimismo, es necesario recalcar que existe una vinculación a los planes territoriales de mayor ámbito, como el Plan de Desarrollo Municipal Provincial Concertado. No obstante, la norma establece que así se haya constituido un PDM, es posible que cada Municipalidad Distrital elabore su propio Plan de Desarrollo Urbano, es decir un plan urbano específico para su circunscripción. Además, tal como lo hace el PAT es posible que el PDM abarque dos provincias pudiendo suscribir contratos de colaboración entre las Municipalidades que intervengan. Evidencia del principio de cooperación señalado anteriormente.

Aunque pareciera que el PDM regula las mismas materias que el PAT, de un estudio más detallado se puede apreciar que más bien se refiere a un ámbito más específico del territorio. Por ello, aunque el PDM contiene algunos elementos que se han establecidos en el contenido del PAT, estos están referidos al ámbito de una metrópoli específica. Por ejemplo, uno de los puntos adicionales que contendrá el PDM, es la propuesta de manejo ambiental y las medidas de prevención y reducción del riesgo metropolitano²⁰³. Así, como se ha mencionado, el ámbito ambiental al ser transversal en el Derecho, siempre deberá ser observado y tomado en cuenta por todos sus ámbitos y en especial por la ordenación urbanística.

De esta manera, el PDM al realizar la ordenación urbanística, se encargará delimitar las áreas para la elaboración del Plan de Desarrollo Urbano, de Esquemas de Ordenamiento Urbano y/o Planes Específicos, pudiendo comprender a más de un distrito²⁰⁴. A través de esto, la Municipalidad Provincial se encargará de determinar las áreas necesarias para que se desarrolle la verdadera ordenación urbanística. Es decir, las áreas para el encausamiento y estructuración del ámbito urbano de la propiedad –delimitación negativa-. En efecto, este tipo de plan será el elemento inicial para realizar de una correcta planificación urbana, pues establece elementos claves para su configuración –en qué lugar se desarrollará la ciudad y cómo será su expansión de cara a la construcción y la urbanización-. Adicionalmente, se ha establecido que para que se puedan reorientar las áreas urbanizables, será necesario realizar el mismo procedimiento que se siguió para la aprobación del PDM.

Para concluir, en el PDM se desarrollarán “criterios y directivas para identificar y establecer las zonas generadoras y receptoras de Derechos Adicionales de Edificación Transferibles – DAET, los límites máximos de estos derechos y las compensaciones

²⁰³ Cfr. Inciso 7 del artículo 27 del Decreto Supremo N.º 022-2016-VIVIENDA.

²⁰⁴ Cfr. *Ibidem*, Inciso 8 del artículo 27.

entre zonas generadoras y receptoras ya sean en un distrito o entre distritos, según corresponda y el incentivo de bonificación de altura a la edificación sostenible”²⁰⁵. Sin duda, estas disposiciones merecen un estudio más profundo por la naturaleza de los mismos. Sin embargo, a primera vista se tratan de disposiciones que pretenden delimitar negativamente el contenido constitucional del derecho de propiedad de cara a la conformación de la ciudad.

ii. El Plan de Desarrollo Urbano (en adelante PDU): este instrumento normativo es el que ha de aprobarse normalmente y que se aplica a las ciudades mayores, intermedias y menores, es decir, centros poblados desde 5001 habitantes en adelante. Al respecto, este tipo de plan es el que calza con el concepto de plan urbano que se ha esbozado hasta el momento, por esa razón se deberá explicar con más detalle en los siguientes apartados.

iii. El Esquema de Ordenamiento Urbano (en adelante EOU): está destinado a promover y orientar el desarrollo urbano de las villas y/o centros poblados. Es decir, poblaciones desde 500 hasta 5000 habitantes. Se puede decir que el EOU presenta las mismas características del PDU, pero en un ámbito más reducido. No obstante, prescinde de algunos elementos que no les son aplicables. Además, para su aprobación no es necesario que se haya aprobado un PDU con anterioridad, pero sí se guiará por lo establecido en éste, en el PAT o en el PDM de haber sido aprobados. Tampoco se debe olvidar que la iniciativa la tiene las Municipalidades Distritales. Sin embargo, la aprobación final está en manos de las Municipalidades Provinciales. Esto no significa que las Municipalidades Distritales no estén llamadas a controlar el cumplimiento del EOU en su jurisdicción. Finalmente, al tener la misma estructura y naturaleza que el PDU se entiende que no necesitará mayor estudio que el que se le dará al PDU.

iv. El Plan Específico (en adelante PE): está destinado a complementar la planificación urbana de alguna localidad, cuando se necesite un tratamiento especial en sectores urbanos y urbanizables. Así, aunque mantiene la misma estructura que el PDU, su contenido tiene un alto grado de especialidad y puede cumplir al menos algunas de las siguientes finalidades:

1. Calificar como Centro Históricos o Zonas Monumentales o zonas de valor paisajístico de interés turístico o de conservación.

²⁰⁵ *Ibíd.* Inciso 9 del artículo 27.

2. Constituir espacios de recuperación, de protección o de conservación de áreas naturales, zonas urbanas con niveles de riesgo medio o alto.
3. Constituir espacios cuyo mejor uso y optimización pueden generar posibilidades de renta a los propietarios e inversionistas, lo cual facilita mayores y mejores procesos de desarrollo urbanístico de las áreas urbanas y urbanizables.

v. **El Planeamiento integral** (en adelante PI), su función es integrar un determinado inmueble rústico a una zona urbana. Al respecto, este tipo de “plan urbano” tiene una naturaleza muy particular, pues la iniciativa del mismo no está reservada a un Gobierno Local, sino a los particulares interesados. Es decir, el interesado debe estar legitimado con un derecho subjetivo para poder promover la aprobación de dicho plan urbano²⁰⁶. En ese sentido, se debe de recordar que iniciativa no es lo mismo que la competencia para su aprobación, pues ésta ha sido reservada a los Gobiernos Locales –Municipalidad Provincial–. Con ello, se infiere que, aunque la transformación urbanística está reservada a los particulares, ésta no puede desarrollarse de acuerdo a su mejor criterio, sino que deberá sustentarse en base a la regulación por parte de la ordenación urbanística.

De esta forma, cuando un inmueble o varios de ellos, que sean colindantes y pertenezcan a un mismo propietario, no hayan sido comprendidos en el PDU o EU, o se encuentre en algún centro poblado que carezca de plan urbano, el propietario legitimado podrá llevar a cabo su iniciativa legislativa con miras a que se le integre al área urbana, para lo cual se llevará a cabo el mismo procedimiento que se explicará para el PDU. Asimismo, la vigencia del PI es de diez años y deberá de incluirse en las modificaciones que se le realice al PDU o al EU, y si estos no están aprobados, el PI se incluirá cuando alguno de estos se apruebe.

Por último, existen disposiciones de Gobiernos Locales que han regulado el procedimiento de aprobación del PI como uno de naturaleza administrativa²⁰⁷, algo que a todas luces es inconstitucional. Pues, como punto de inicio, el encausamiento de

²⁰⁶ Vid. SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. *Los interesados en el procedimiento administrativo español*. En: Derecho Administrativo Iberoamericano (Contratos administrativos, servicios públicos, acto administrativo y procedimiento administrativos, derecho administrativo ambiental, limitaciones a la libertad). Actas del IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo de Mendoza. 2010. pp. 345-361.

²⁰⁷ Como ejemplo se puede ver la primera disposición final de la Ordenanza Municipal N.º 298-2015-MI. Puede visualizarse en: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ordenanza-que-regula-el-procedimiento-de-aprobacion-del-plan-ordenanza-no-298-2015ml-1302453-1/> [revisado el 10 de noviembre de 2020] o también el procedimiento 1.35 del Texto único de Procedimientos Administrativos de la Municipalidad de Lima. Puede visualizarse en <http://www.munlima.gob.pe/noticias/item/27453-1-35-aprobación-de-planeamiento-integral-en-los-procesos-de-independización-de-terreno-rústico,-habilitación-urbana-nueva-o-regularización-de-habilitación-urbana-ejecutada-en-la-provincia-de-lima> [revisado el 10 de noviembre de 2020].

la propiedad de cara a la ciudad se realiza en virtud de una potestad legislativa y no de una potestad administrativa; por tanto, el procedimiento para aprobación de un PI no puede ser un procedimiento administrativo. Como siguiente punto, debe incidirse en que un procedimiento administrativo siempre dará como resultado la emisión de un acto administrativo productor de efectos jurídicos. Es decir, podrá ser una manifestación de voluntad, conocimiento, juicio o deseo²⁰⁸, no siendo posible la emisión de una norma jurídica con rango legal como lo es el PI. Y es que, este se aprueba por ordenanza –norma con rango legal– e innova el plan urbano que se haya sido aprobado o se une al que esté por aprobarse.

Por lo dicho, resulta inconstitucional sostener que el procedimiento de aprobación del PI sea de naturaleza administrativa. Toda vez que, aunque se haya reservado la iniciativa legislativa a un particular interesado, la aprobación de dicho instrumento es de competencia del Gobierno Local, a través de una norma con rango de ley. Característica intrínseca de la naturaleza jurídica de Plan Urbano que hasta el momento se sostiene y que, además, se realiza por el principio de reserva de ley sobre la delimitación de la propiedad.

Explicada someramente la clasificación hecha por el Ratdus, se debe reiterar que su aprobación siempre se realizará a través de una ordenanza provincial. Es decir, será la Municipalidad Provincial respectiva la llamada a aprobar el plan urbano que se haya propuesto por la Municipalidad Distrital o el particular. Sin embargo, esto no podía estar exento de críticas, toda vez que pareciera existir un control de jerarquía más que de tutela entre los distintos subniveles de Gobiernos Locales. Al respecto, desde este trabajo se entiende que esto sucederá de ese modo ya que el estado peruano es unitario y descentralizado, debiéndose buscar la unidad de los distritos conformantes de la provincia. Por ello, una idea a meditar es la de CHANG CHUYES, quien ha indicado que “la ciudad debe contar con un único gobierno. En efecto, esto permite entender la ciudad como un todo y que no haya micro ciudades dentro de la misma ciudad. Así, se podrá distribuir mejor los servicios municipales entre los sectores más pudientes y las poblaciones más vulnerables. Además de ello, es conveniente reorganizar el gobierno de la ciudad. [Lo mejor sería] que los regidores representen a las zonas de la ciudad, más que materias como lo hace la actual legislación. Ello hará factible la democracia directa en

²⁰⁸ Vid. ABRUÑA PUYOL, Antonio y BACA ONETO, Víctor. *Notas al Curso de Derecho Administrativo: El Acto...* op.cit.

la ciudad”²⁰⁹. Más aún cuando existe un tipo de Plan Urbano regulado en el inciso 3 del artículo 79 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades. Por este, las Municipalidades Distritales del territorio peruano también podrán aprobar el plan urbano o rural distrital, según corresponda, con sujeción al plan y a las normas municipales provinciales sobre la materia.

Acerca de dichos planes urbanos, que no están regulados en el Ratdus²¹⁰, es posible aceptar su existencia por estar comprendidos en una ley, pero a los cuales no se les ha establecido procedimiento alguno. De manera que, la Municipalidad Distrital podrá regular dicho procedimiento, o utilizar el procedimiento que se haga necesario para la emisión de una ordenanza municipal. Esto último, le correspondería al Consejo Municipal conforme ha regulado el numeral 8 del artículo 9 de la Ley N.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades. Además, para que dicha norma despliegue su eficacia, el Alcalde provincial deberá promulgar la ordenanza y disponer su publicación²¹¹. Asimismo, desde este trabajo se debe indicar que es perfectamente posible aplicar supletoriamente el procedimiento que establece el Ratdus para el tipo de centro poblado que se quiera planificar²¹², ya que lo que también deberá buscarse es la participación de los particulares y las entidades públicas colaborativas.

2.3.2. Etapa preparatoria de los planes urbanos

Para iniciar, se debe indicar que antes de elaborar cualquier tipo de plan urbano, siempre será necesario un análisis sobre la viabilidad y la necesidad de llevar a cabo la aprobación de este instrumento por parte de los Gobiernos Locales.

En ese sentido, el Ratdus establece que en la elaboración de cualquier tipo de plan urbano será necesario el seguimiento de la planificación más general. Vale decir, su formulación se guiará por la planificación ambiental o territorial que se haya llevado a cabo por los Gobiernos Regionales, los mismos Gobiernos Locales o por parte del Gobierno Central. Por ello, todas las modalidades de los planes urbanos siempre se enmarcarán dentro del Plan de Desarrollo Regional Concertado. Donde, en pocas palabras, se regula todos los ámbitos de desarrollo de una provincia (Artículo 26, 34, 44, 50 y 58 del Ratdus). Aquí es donde se puede apreciar la delimitación negativa de la ordenación territorial.

²⁰⁹ CHANG CHUYES, Guillermo. *Las ciudades en el Perú*. En: Asociación española de profesores de Derecho Administrativo. Madrid. *pro manuscrito*. 2020.

²¹⁰ Aunque sí se les ha reconocido su existencia en el numeral 25.1 del artículo 25 del Decreto Supremo N.º 022-2016-VIVIENDA

²¹¹ Numeral 4 y 5 del Artículo 20 de la Ley N.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

²¹² Un ejemplo de este tipo de Plan Urbano se puede encontrar al Plan Urbano Distrital de San Isidro. Alojado en: <http://msi.gob.pe/portal/plan-urbano-distrital/> [revisado el 10 de noviembre de 2020] o también, el Plan Urbano Distrital de San Borja. Alojado en: <http://www.munisanborja.gob.pe/plan-urbano-distrital-san-borja-2020-2030/> [revisado el 10 de noviembre de 2020].

Asimismo, cuando se trate de planes urbanos más específicos, éstos, indubitablemente, deberán guiarse por los planes urbanos más generales que hayan sido aprobados. Lo que quiere decir que, los planes urbanos se articulan de la parte general a la más específica. Por lo tanto, lo específico siempre se guiará por lo general²¹³. En igual sentido, la regulación general, las políticas y el sistema urbanístico deberán guiar la formulación del plan urbano²¹⁴.

El siguiente punto que deberán observar los Gobiernos Locales en la formulación de un plan urbano, será el ámbito físico. Guiándose de la geografía sobre la cual se quiera desarrollar dicho instrumento. Se debe detectar las zonas de desarrollo urbano, de desarrollo económico, las que se encuentran en riesgo por su ubicación y densidad, las zonas protegidas que necesiten un determinado desarrollo normativo especial, entre otras cuestiones que delimiten la propiedad en la formación de la ciudad. Especial relevancia adquiere la detección de riesgos²¹⁵, pues el Ratdus ha determinado²¹⁶ la forma en que se deben gestionar los riesgos en la planificación urbana y cómo pueden ser mitigados.

También se puede traer a colación el ámbito de la movilidad o movilización poblacional. Esta, es parte fundamental de la planificación urbanística ya que la conexión entre inmuebles urbanos lleva consigo el desarrollo de una determinada circunscripción territorial. Asimismo, otro punto importante a tener en cuenta es la detección de las formas de inversión en materia urbanística. En relación a estas inversiones, determinadas personas podrán desarrollar y explotar las mejores potencialidades que se hayan determinado en un territorio. Para ello, el Ratdus establece en sus artículos 70, 71 y 72, las formas en que los Programas de Inversión Urbanas deben realizarse.

Por último, como ya se ha mencionado en el apartado pasado, el principio de colaboración se hace patente a lo largo de la formulación de algún plan urbano. En razón de ello, el Ratdus prevé la colaboración interinstitucional para la elaboración de los planes urbanos²¹⁷, donde, el MVCS, los Gobiernos Regionales y otras entidades relacionadas podrán brindar asesoría, asistencia técnica y capacitación para la elaboración, implementación y ejecución de los planes urbanos, pudiendo suscribir convenios de cooperación²¹⁸. Adicionalmente, la segunda

²¹³ Cfr. Artículo 15.3, 17, 24.2 y 26 del Decreto Supremo N.º 022-2016-VIVIENDA.

²¹⁴ Cfr. *Ibidem*. Artículo 5 al 11.

²¹⁵ Se puede observar el caso de la ciudad de Piura, la cual, a partir del fenómeno del “Niño Costero” se encuentra aún en elaboración un nuevo Plan de Desarrollo Urbano, como se puede apreciar en <https://eltiempo.pe/piura-elaboraran-plan-ordenamiento-territorial-plan-desarrollo-urbano-gp/> [revisado el 10 de noviembre de 2020]

²¹⁶ Cfr. Artículo 65 al 69 del Decreto Supremo N.º 022-2016-VIVIENDA.

²¹⁷ Cfr. *Ibidem* Artículos del 78 al 80.

²¹⁸ Vid. ABRUÑA PUYOL, Antonio y BACA ONETO, Víctor. *Notas al curso de Derecho Administrativo: Los contratos públicos, pro manuscrito*. Edición 2015. Facultad de Derecho Universidad de Piura. Piura. 2015. p. 33.

disposición complementaria y transitoria del Ratdus prevé la coordinación en materia de información para la elaboración de los planes urbanos. A través de esta, podrán participar todas las Administraciones Públicas que tengan la información necesaria para la elaboración de dichos instrumentos. Cabe resaltar que la potestad de aprobar o no el plan urbano es del Gobierno Local, lo que no deberá confundirse con la posibilidad de colaboración entre Administraciones públicas. Adicionalmente, cuando el PDU se refiera a ciudades con conurbaciones, las Municipalidades que sean afectadas en la elaboración de dicho plan urbano, podrán realizar una Mancomunidad Municipal con el fin de formular, aprobar, gestionar y evaluar el citado plan²¹⁹.

2.3.3. El Plan de Desarrollo Urbano

Como ya se ha mencionado, este tipo de Plan Urbano es el que se enmarca dentro del concepto que se ha brindado. Se deshace de los elementos de ordenación territorial y pasa a conformarse solo por componentes delimitadores de la propiedad como forma de organizar la ciudad. Es decir, se realiza lo que se ha denominado como encausamiento imperativo de la propiedad con vocación de formar ciudad.

Así, el Ratdus define al PDU como el “instrumento técnico-normativo, que orienta el desarrollo urbano de las ciudades mayores, intermedias y menores (...)”²²⁰. Sobre ello, podría entenderse que la norma ha determinado que el PDU solo “orienta” el desarrollo urbano. Es decir, tendría un carácter meramente enunciativo y no ejecutivo, lo que restaría la importancia que debe tener todo plan urbano.

Al respecto, es perfectamente predicable sostener que el PDU no solo debe tener un carácter de orientativo o enunciativo. Sino que, además, deberá de ser ejecutable e impositivo por el mismo rango legal que este tiene. Bajo este supuesto, el Ratdus ha previsto en su artículo 41, la ejecución de las acciones de promoción y control dirigidas a cumplir con las disposiciones del PDU en su jurisdicción. Un ejemplo de ello es el artículo 6 la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones. Este instrumento normativo, que delimita parte del ejercicio del *ius aedificandi*, ha establecido que cuando el propietario quiera realizar alguna habilitación urbana o algún tipo de construcción, el inmueble de su propiedad deberá de estar comprendido en alguna de las modalidades de los planes urbanos. Y es que, como se ha sustentado en su momento, los planes urbanos ordenan y delimitan la propiedad de cara a la ciudad. Respetando el ámbito individual y social de la propiedad con vocación urbana. Dicha

²¹⁹ Cfr. *Ibidem*. Numeral 33.2 del artículo 33.

²²⁰ Inciso 1 del artículo 32 del Decreto Supremo N.º 022-2016-VIVIENDA.

limitación será la que el propietario deberá de cumplir con las normativa urbanística que le sea aplicable.

Dicho esto, también se evidencia la trascendencia del PDU en relación al otro ámbito de actuación del urbanismo: la transformación urbanística. Así, en efecto, la ordenación urbanística en su función encausadora de la propiedad sirve de actividad habilitante para la posterior actividad administrativa sobre la transformación urbanística. Esta se llevará a cabo a través de la potestad de policía, la actividad ablatoria, la imposición y exigencias de prestaciones públicas obligatorias o la actividad de ayudas y recompensas. Por ese motivo, en contraposición a lo regulado por el Ratdus, no resulta posible sustentar que dicho plan urbano tenga un carácter meramente enunciativo.

2.3.3.1. Contenido del Plan de Desarrollo Urbano

Sobre este punto, resulta necesario precisar que los elementos que componen el PDU estarán referidos específicamente a encausar y delimitar la propiedad en la conformación de la ciudad. Esto, a diferencia de los elementos que conforman el PAT y el PDM, los cuales están referidos a ámbitos más extensos que a la ciudad. Por ello, a continuación, se enuncian los elementos más importantes del PDU²²¹:

A. Diagnóstico urbano: como se explicó con anterioridad, antes de la realización de cualquier plan urbano es necesario un análisis de aquel territorio que se va a delimitar, reconociendo sus deficiencias y potencialidades. Por ello, la norma prevé que en el PDU se debe de diagnosticar el ámbito de actuación y/o intervención que este instrumento llevará a cabo sobre una ciudad. Debe considerarse lo físico, ambiental, social, económico, las políticas del entorno y en general cualquier aspecto que ayude a la delimitación mencionada.

B. Modelo de desarrollo urbano, los lineamientos y estrategias del desarrollador urbano: dicho modelo deberá de fortalecer y mejorar los niveles de eficacia de las acciones territoriales y urbanas de los Gobiernos Locales. Este modelo comprende el modelo físico-espacial para que se pueda llevar a cabo el desarrollo urbano, los ejes de articulación y su funcionamiento general, de acuerdo a sus potencialidades y posibilidades de inversión. Aunque no cabe duda de que estos elementos son de especial trascendencias, los mismos no se elaboran según el mejor criterio de la autoridad Municipal que elabore el PDU. Sino que dicha discrecionalidad, se ve reducida por las políticas urbanísticas que el MVCS y cualquier otra norma que un ente territorial superior

²²¹ Cfr. *Ibíd.* Artículo 35.

haya establecido. O también, en su caso, por los principios de la potestad de planeamiento urbanístico que se plantearon al inicio de este capítulo. Además, la elaboración de los planes urbanos debe ser formulada siguiendo las políticas nacionales formuladas por el Estado²²².

C. Clasificación del suelo: esto servirá para orientar –debería referirse a ejecutar– las intervenciones urbanísticas. Lo cual deberá tener una visión de largo plazo, (...) cuyas funciones son²²³:

- Promover el uso intensivo del suelo consolidado o en proceso de consolidación y controlar la expansión urbana;
- Planificar y programar los procesos de expansión urbana de manera temprana (corto plazo);
- Proteger las áreas rurales de borde; y
- Orientar el crecimiento de las ciudades y los centros poblados.

Aunque no existe ninguna duda del carácter urbano, urbanizable y no urbanizable de la propiedad, conviene recordar el concepto de ordenación urbanística que se viene predicando, pues su acción delimitadora siempre estará reservada al Poder Público. Por esta, se encontrarán los límites al contenido constitucional del derecho de propiedad con vocación urbana. Ya que este derecho no solo tiene asignada un aprovechamiento individual, sino que éste deberá de realizarse en consonancia con la función social que se le asigne a determinada propiedad, por formar parte de la estructura contenido constitucional del mismo.

D. La Zonificación de usos del suelo urbano y su área circundante y su normativa²²⁴: cómo han definido GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO, la zonificación “es un concepto básico en el urbanismo contemporáneo. Es la operación por virtud de la cual una determinación pública reserva zonas concretas de la ciudad para unos usos determinados prohibiendo otros. Zonificar es así repartir utilidades del suelo diferentes dentro del espacio urbano (...). Hoy es una técnica básica de la planificación urbana”²²⁵.

²²² Cfr. Artículo 195 de la Constitución Política del Perú.

²²³ Cfr. Artículo 84 del Decreto Supremo N.º 022-2016-VIVIENDA y Artículo 10 del Reglamento del Plan del Desarrollo Urbano de la ciudad de Piura. Se puede visualizar en: <http://www2.munipiura.gob.pe/institucional/transparencia/PDU/ReglamentoPDU.pdf> [revisado el 10 de noviembre de 2020]

²²⁴ Vid. FRANCIA ACUÑA, Laura. *Efectos de la zonificación en el desarrollo de la ciudad*. En: Actualidad Jurídica N.º 239. Lima. Gaceta Jurídica. 2013. pp. 199-211.

²²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Urbanístico... op. cit.*, p. 36.

Su origen, como se ha indicado, se remonta al siglo XIX. Sin embargo, no nace como un elemento o como parte integrante del plan urbano, sino que por el contrario nace separado de éste. En su momento, se le asignó como tarea la de delimitar el contenido del derecho de propiedad con vocación urbana, convirtiéndose en un elemento determinante en la organización de la ciudad. Esto, en mérito que a través de ella se delimita y regulan el uso del suelo en interés del bienestar público; y posteriormente sirve como fundamento para controlar y regular su imposición. En ese sentido, ya se ha mencionado que en el Perú los planes urbanos no presentan la separación antes enunciada. Sino que, por el contrario, tiene un doble carácter. Enuncian y delimitan.

Lo que ha generado un nuevo instrumento para el ejercicio de la planificación urbana. Es decir, “no es ya un simple plan, es una determinación que vincula a la propiedad del suelo de todo el ámbito planeado en cuanto permite sobre toda ella, (...) por tanto, [ya no será] el propietario del suelo quien decida libremente con sus facultades de libre utilización y disposición los aprovechamientos urbanos que juzgue conveniente”²²⁶. Así, el Gobierno Local se encargará de delimitar –y no de dotar de contenido– el derecho de propiedad de cada propietario. Además, establecerá los aprovechamientos urbanos posibles en cada zona del territorio a planificar urbanísticamente. Lo dicho, fruto de la operatividad de la función social.

En definitiva, como ha regulado el Ratdus, la zonificación es un elemento integrante del plan urbano y como tal, es un “instrumento técnico normativo de gestión urbana que contiene el conjunto de normas técnicas urbanísticas para la regulación del uso y la ocupación del suelo en el ámbito de actuación y/o intervención de los Planes de Desarrollo Urbano, en función a los objetivos de desarrollo sostenible, a la capacidad de soporte del suelo y a las normas pertinentes, para localizar actividades con fines sociales y económicos como vivienda, recreación, protección y equipamiento; así como, la producción industrial, comercio, transportes y comunicaciones. Donde se deberá asignar espacio para los servicios públicos y el equipamiento para la educación, salud y de recreación, para la zonificación residencial, comercial e industrial”²²⁷.

E. La propuesta de movilidad urbana: aquí resulta evidente lo que ya se ha mencionado en ocasiones anteriores. Así pues, la actividad planificadora no solo debe sustentarse en lo urbano. Sino que, además, también podrá tomar de referencia otras materias, dentro de

²²⁶ *Ibíd.* p. 37.

²²⁷ Artículo 99 del Decreto Supremo N.º 022-2016-VIVIENDA.

las cuales evidentemente estará la movilización vial. Por su parte, la norma establece que dicha propuesta deberá buscar soluciones multimodales y el transporte rápido masivo.

F. La sectorización urbana y la determinación de servicios, localización u dimensionamiento de los equipos de educación, salud, seguridad, recreación, entre otros: por este requisito deberá de asignarse espacios físicos actuales y futuros para que la población pueda gozar de estos servicios esenciales. Tiene mucho que ver con el punto D de este apartado.

G. La proyección de la demanda de nuevas unidades para determinar las áreas urbanizables: como ya se ha indicado en el punto C de este apartado, es importante identificar las áreas a urbanizar, ya sea a corto, mediano o largo plazo.

H. Delimitación de áreas que requieren de Planes Específicos: en la actividad planificadora urbanística existen elementos que deben ser observados para poder delimitar eficazmente la propiedad urbana. Al respecto, la norma prevé la utilización del PE para llevar a cabo una delimitación más específica del derecho de propiedad. Sin embargo, este instrumento no solo se podrá utilizar cuando se refiera a la conformación de la ciudad, pudiendo regular otras materias como: zonas históricas protegidas, espacios naturales de protección y posibilidades de inversión para el desarrollo urbano.

I. Los requerimientos actuales y futuros de saneamiento, ambiental y de infraestructura de servicios básicos: este elemento tiene que ver con la zonificación, con la función social de propiedad y sobre todo con la plena vigencia de los derechos fundamentales de la persona que han sido consagrados en la Constitución. Toda vez que, es imperativo que la propiedad en la organización de la sociedad no solo busque la satisfacción personal del propietario. Sino que también deberá buscar que dicha satisfacción sea armonizada por la función social que cumple la propiedad. Esto, debido a que la propiedad ha pasado de tener una visión individualista a tener además, una función social que prevé la satisfacción de los bienes humanos constitucionalizados²²⁸.

J. La propuesta de puesta en valor de los bienes inmuebles del Patrimonio Cultural de la Nación: este elemento del contenido del PDU encuentra su justificación en lo indicado en los puntos anteriores con respecto a la delimitación de la propiedad en la ciudad. Como es de prever esto merece un análisis más profundo que sobrepasa las líneas del presente trabajo.

²²⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales...* op. cit., p. 275.

K. La identificación de medidas de prevención y reducción del riesgo, y recuperación y defensa del medio ambiente: sobre este requisito, además de lo establecido por la normativa respectiva, es preciso que se revise también lo indicado en páginas anteriores²²⁹.

L. El Programa de Inversión Urbanas y la identificación de oportunidades de negocio: por este requisito se establece que el PDU deberá prever distintas formas de desarrollar la transformación urbanística. Debiendo contemplar los proyectos de inversión para particulares que quieran desarrollar programas urbanísticos. Los PIU, por sus siglas, merecen un estudio más profundo que escapa a estas escasas páginas, pero que, en definitiva, no hacen más que reafirmar los conceptos sobre el urbanismo que se vienen predicando.

M. Los mecanismos de gestión urbana respecto de las determinaciones adoptadas por el PDU y los mecanismos de seguimientos y evaluación de los resultados de ejecución del PDU: al respecto, se debe precisar que en este punto entra en consideración la segunda gran función de la ordenación urbanística. Es decir, la actividad administrativa que se ejerce sobre la planificación urbanística. La cual a diferencia del encausamiento imperativo, se desarrollará en virtud de una potestad administrativa.

Como ejemplo se puede ver al otorgamiento de licencias de construcción, de habilitaciones urbanas, las fiscalización posterior, procedimientos sancionadores, entre otros. Con todo, es evidente que los mecanismos que en dicho plan urbano se contemplan no serán los suficientes pudiendo, por tanto, emitirse normas que complementen dicho PDU. Lo dicho, en relación al carácter impositivo que tiene el PDU en el Perú²³⁰.

En resumen, los elementos antes mencionados serán los que principalmente deberá contener el PDU según el Ratdus. No obstante, existen supuestos en donde se regularán nuevos elementos que no estarán recogidos en dicho reglamento sino en otra normativa.

Por ello, se entiende que esa nueva labor podrá ser llevada a cabo siempre y cuando se respeten los principios a los que se refiere este trabajo al inicio del presente capítulo. Pero sobre todo, el respeto al contenido constitucional del derecho de propiedad, sea en su aspecto individual como en su función social.

2.3.3.2. Elaboración y consulta del Plan de Desarrollo Urbano

El Ratdus ha reconocido expresamente que la competencia para la aprobación del PDU es de los Gobiernos Locales, y muy precisamente de las Municipalidades Provinciales. Al

²²⁹ Infra. Apartado 1.2.2.

²³⁰ Cfr. Artículo 41 del Decreto Supremo N.º 022-2016-VIVIENDA.

respecto, como se ha visto, la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, recoge tres tipos de Municipalidades, siendo la más amplia de los tres tipos la circunscripción provincial. Sumado a ello, el Ratdus prevé, en su numeral 36.2 del artículo 36, que la iniciativa para la formulación del PDU no sola la ostenta las Municipalidades Provinciales, sino también las Municipalidades Distritales²³¹.

En ese sentido, no se puede confundir iniciativa con aprobación. Pues, según ha regulado el Ratdus, aunque la iniciativa para formular el PDU es predicable tanto para Municipalidades Provinciales como Distritales, la aprobación solamente está reservada para las Municipalidades Provinciales. Ya que, son ellas las que tienen atribuida dicha competencia²³². Además, no debe olvidarse que la norma prevé la cooperación con las Municipalidades restantes, los Gobiernos Regionales y los sectores del Gobierno Nacional y la sociedad civil²³³.

Asimismo, el plazo para consulta del PDU es de cuarenta y cinco días calendario. Se entiende que dicho plazo se computará desde la exhibición de la propuesta de PDU en el local de la Municipalidad Provincial, en su respectiva página web y en los locales de las Municipalidades Distritales que intervengan en la elaboración del PDU. Por otro lado, aunque la norma no lo exprese, parece pertinente precisar que aun cuando esta no lo exija, se podría exhibir dicha propuesta en el local administrativo de todos los demás organismos estatales que intervengan en su elaboración. Ello, con la finalidad de incentivar la concretización de la participación ciudadana, el cual es uno de los principios esenciales de la planificación urbanística.

También, el Ratdus ha establecido que desde que se computa el plazo para la elaboración del PDU, es necesario que la propuesta del plan urbano sea remitida al MVCS y al Gobierno Regional. Esto, para que, dentro del plazo de elaboración de este instrumento, emita un informe técnico. Aquí, como se ha explicado anteriormente, el MVCS es considerado como el órgano rector de las políticas urbanísticas y por tanto emite un pronunciamiento acerca de la pertinencia de la propuesta de PDU con las políticas estatales.

Como siguiente paso, el Ratdus ha estipulado que, dentro de los primeros treinta días calendario del plazo para consulta del PDU, la Municipalidad Provincial deberá realizar una audiencia pública convocando a toda aquella entidad que participe en su elaboración.

²³¹ En el PAT y PDM la iniciativa solamente está reservada a las Municipalidades Provinciales.

²³² No debe olvidarse los Planes Urbanos que no están regulados por el Ratdus y que pueden ser desarrollados por las Municipalidades Distritales

²³³ Cfr. Numeral 36.1 del Artículo 36 del Decreto Supremo N.º 022-2016-VIVIENDA.

Al respecto, se debe interpretar que, al ser una audiencia pública, cualquier ciudadano con interés legítimo podrá participar en dicha audiencia²³⁴. Es por ello que debe preverse la posibilidad de que cualquier persona pueda formular sus observaciones y/o recomendaciones. Debiendo sustentarlas por escrito dentro de los treinta días que dura el plazo de exhibición del PDU. Para lo cual, en un plazo posterior de quince días, el equipo técnico evaluará, incluirá o desestimaré lo formulado. De esta manera, se aprecia un alto nivel de participación ciudadana que conllevaría a una eventual paralización del procedimiento de elaboración de un PDU cuando se encontrarse algún tipo de observación en la formulación de dicho Plan Urbano. Esta peculiaridad se puede encontrar en muy pocos ordenamientos, evidenciando el carácter especialísimo que el procedimiento para la elaboración de un plan urbano ostenta.

Finalmente, si se han resuelto todas las contingencias surgidas a lo largo de los cuarenta y cinco días para la exhibición del PDU, la propuesta final del mismo, con su respectivo Informe Técnico Legal, es propuesto por la Gerencia Municipal competente al Consejo Municipal Provincial para su aprobación mediante ordenanza municipal. Tal como lo establece el inciso 4 del artículo 9 de la Ley 27972, Ley orgánica de Municipalidades.

2.3.3.3. Modificación del Plan de Desarrollo Urbano

Acerca de la modificación del PDU, el Ratdus establece que seguirá el mismo procedimiento explicado para su aprobación. Además, solamente se podrá modificar²³⁵:

- Los trazos de vías expresas, arteriales y colectoras.
- Las áreas de reserva de equipamiento educativo, de salud o de recreación a fin de suprimir, reducir o reubicarlas.
- Reorientar las áreas urbanizables.
- Cambiar la zonificación comercial, industrial, pre urbana, recreación, usos especiales, servicios públicos, complementarios, zona de Reglamentación Especial y Zona Monumental; o, para la modificación de Zona Residencial de Baja Densidad a Densidad Media o de Zona Residencial de Densidad Media a Residencial de Alta Densidad.

Adicionalmente, el mismo artículo del Ratdus establece qué supuestos no serán considerado como modificaciones al PDU:

²³⁴ Se hace la diferencia entre los titulares de derechos subjetivos, los cuales son los invocados conforme al Ratdus y los que ostenten un poder legítimo, pues son ellos mismos los llamados a promover su participación. Cfr. SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. *Los interesados en el procedimiento administrativo...* op. cit., p. 349.

²³⁵ Cfr. Artículo 38 del Decreto Supremo N.º 022-2016-2020.

- Cambios de parámetros urbanísticos o edificatorios de una Zona Residencial sin modificar densidad, o el cambio de zonificación de una zona Comercial a una Residencial compatible.
- Las adecuaciones de trazo de los ejes de vías primarias producto de la morfología del suelo o del diseño de las Habilitaciones Urbanas, siempre que se mantenga la continuidad de las mismas.

Sobre estas consideraciones, es perfectamente entendible porque no podrán ser tratadas como modificación al PDU. Así, en el primer supuesto pareciera que hay un cambio esencial en la delimitación de un determinado inmueble de la ciudad. Sin embargo, lo que en realidad se realiza no es más que extender la actuación dentro de todas las posibilidades del ejercicio del *ius aedificandi*. Es decir, de la amplia gama de facultades que se le haya asignado a una propiedad, ésta se cambia conforme a las necesidades del propietario, lo cual, en esencia no transforma la delimitación primigenia que se le asignó a dicha propiedad. Sino que por el contrario, solo se extiende hasta todas las facultades constitucionales para una mejor satisfacción. En el segundo supuesto, se busca mantener la continuidad de una vía primaria cuando esta se pueda o se vea afectada por una habilitación urbana. Lo que en buena cuenta no supone un cambio trascendente. Empero, puesto que la transformación urbanística en su modalidad de urbanizar es un derecho reservado al propietario del suelo urbanizable. Este, deberá respetar la función social o finalidad que se le haya dado a su propiedad. En pocas palabras, el ejercicio de la transformación urbanística no podrá modificar las disposiciones del plan urbano sino más bien que estas disposiciones serán las que habilitan a dicha transformación.

2.3.3.4. Aspectos técnicos complementarios del Plan de Desarrollo Urbano

La importancia de estas disposiciones radica en que sirven para especificar aún más el PDU. Estos aspectos se adhieren a él, ya que delimitan la propiedad que conforma la ciudad. Sin embargo, como son aspectos complementarios específicos del PDU y que se refieren a un distrito específico, la aprobación está en manos de las Municipalidades Distritales –así lo exige el principio de subsidiariedad–. Esto es así, por que los municipios distritales son los llamados a determinar la configuración más específica en su jurisdicción. Ello, se realizará en base al contenido constitucional del derecho de propiedad sobre el territorio de su jurisdicción y conforme a lo dispuesto en el contenido del PDU, reduciendo así su discrecionalidad. Adicionalmente, se prevé que la ordenanza distrital que apruebe dichas disposiciones deberá ser ratificada por la Municipalidad Provincial mediante ordenanza, lo cual se da por el control de tutela que existe entre ambos niveles de gobierno.

Finalmente, el Ratdus dispone que para la aprobación de los Aspectos técnicos complementarios se seguirá el mismo procedimiento que se predica para PDU (salvo por la parte de la aprobación), pudiendo versar dichos aspectos sobre:

- Los índices operacionales y los estándares urbanísticos.
- Los retiros de las edificaciones.
- La dotación de estacionamientos.
- Las disposiciones relativas al ornato y mobiliario urbano.

2.3.4. Perfección, validez y eficacia de los planes urbanos

Hasta el momento se ha descrito el procedimiento para la elaboración el PDU, el cual se adscribe al concepto de plan urbano que se ha esbozado y sobre el cual se inspiran los demás tipos de planes urbanos. Sin embargo, resulta conveniente recordar que los planes urbanos son normas con rango de ley, que tienen asignadas la función de ordenar y delimitar la propiedad de cara a la ciudad. Lo dicho, producto de la unión del plan con la zonificación. Al ser normas con rango legal, estas serán aprobadas por ordenanzas emitidas por los gobiernos municipales.

En ese sentido, el artículo 40 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, define a la ordenanza como normas de carácter general de “mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de las cuales se aprueba la organización interna, la regulación, administración y supervisión de los servicios públicos y las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa”. En este último enunciado es donde se encuentran los planes urbanos. De esta manera, dichos instrumentos son aprobados por ordenanzas municipales que tienen carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal y que por ser normas legales tienen un régimen de validez y eficacia que se debe explicar.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la validez “alude a la relación de compatibilidad entre dos normas de distinto rango. Así, una norma es válida siempre que haya sido creada conforme al *íter procedimental* que regula el proceso de su producción jurídica, es decir, observando las pautas previstas de competencia y procedimiento que dicho ordenamiento establece (validez formal), y siempre que no sea incompatible con las materias, principios y valores expresados en normas jerárquicamente superiores (validez material)”²³⁶. No obstante, sobre la validez formal que sustenta el Tribunal Constitucional, desde este trabajo se entiende que es mejor denominarla como la perfección de la norma, haciéndose referencia a que el acto

²³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del 22 de enero de 2007, recaída sobre el Expediente N.º 0017-2005-PI/TC. F.j. 2.

jurídico ha terminado su *iter procedimental*²³⁷. Por su parte, la validez material es la que propiamente deberá denominarse como validez. En ese sentido, SANTAMARÍA PASTOR ha indicado que la validez deriva de la constatación de un ajuste entre la estructura real del acto y su estructura de tipo normativo²³⁸. Cabe resaltar que, como bien sostiene el Tribunal Constitucional, existe una presunción de validez que subsiste en tanto no se expida un acto jurisdiccional que la declare inválida²³⁹.

Por su parte, la eficacia de una norma aparece cuando esta ha desplegado todos sus efectos. No obstante, el Tribunal Constitucional ha señalado que la eficacia de una norma es producto de la entrada en vigencia de la misma. Es decir, desde “que haya sido aprobada y promulgada por los órganos competentes, y además de que haya sido publicada”²⁴⁰, conforme se ha reconocido en el artículo 51 y 109 de la Constitución Política del Perú. Respecto a ello, es importante mencionar que según el artículo 44 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, las ordenanzas, los decretos de alcaldía y los acuerdos sobre remuneración del alcalde y dietas de los regidores deben ser publicados. Y se ha sancionado con la no producción de sus efectos cuando se haya incumplido con el requisito de la publicación o difusión. Pues bien, en el caso de la eficacia de los planes urbanos, esta se comprobará con la publicación en el diario encargado de las publicaciones de cada jurisdicción en el caso de las municipalidades distritales y provinciales²⁴¹.

Retomando el tema de la validez de los planes urbanos, es necesario ir un poco más allá en su estudio. Así, para que los efectos que se detengan, será necesario que se declare la invalidez de los planes urbanos y, de sus posteriores modificaciones.

De este modo, en su momento se ha revisado el carácter legal que tienen los planes urbanos y como tal, en principio, solo se admitirá contra él la acción de inconstitucionalidad recogida en el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución Política. En efecto, la acción de inconstitucionalidad se admite para las ordenanzas municipalidad y podrán iniciarla: i) el Presidente de la República; ii) el Fiscal de la Nación; iii) el Presidente del Poder Judicial, con acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia; iv) el Defensor del Pueblo; v) el veinticinco por ciento del número legal de congresistas; vi) cinco mil ciudadanos con firmas

²³⁷ ABRUÑA PUYOL, Antonio y BACA ONETO, Víctor. *Notas al Curso de Derecho Administrativo: Perfección, validez, ...* op. cit. p.1.

²³⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativo*. p. 165. *Cit. por:* BALADIEZ ROJO, Margarita. *Validez y eficacia de los actos administrativos*. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A. 1994. p. 52

²³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional del 22 de enero de 2007... op. cit. F.j. 3.

²⁴⁰ *Ibidem*. F.j. 5.

²⁴¹ Cfr. Numeral 2 del Artículo 44 de la Ley N.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Adicionalmente, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado; vii) los Gobernadores Regionales con acuerdo del Consejo Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia; y, viii) los colegios profesionales, en materias de su especialidad. En ese sentido, se puede afirmar que para que se pueda realizar la declaración de la invalidez de un Plan Urbano es necesario el inicio de una acción de inconstitucionalidad según la normativa de la Constitución Política del Perú y las del Código Procesal Constitución.

Sin embargo, aunque los Planes Urbanos son aprobados por el Consejo Municipal a través de una ordenanza municipal²⁴², ABRUÑA PUYOL y BACA ONETO señalan que el artículo 51 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, prevé “un extraño recurso administrativo de reconsideración contra las ordenanzas, que se plantea ante el propio Concejo y que da por terminada la vía administrativa (...). [Desde este punto de vista,] este recurso no es solo extraño, sino que desconoce el rango legislativo de las ordenanzas, contra las que, obviamente, no procede recurso administrativo alguno, y es, por tanto, manifiestamente inconstitucional”²⁴³.

A su vez, la inconstitucionalidad antes mencionada también puede predicarse cuando en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de una determinada Municipalidad, se regula el procedimiento administrativo para llevar a cabo la modificación de un plan urbano o la formulación de un Planeamiento Integral. Es decir, la formulación de estos se llevan a cabo por un procedimiento administrativo, debiendo generarse con ello, la emisión de un acto administrativo. No obstante, esto no sucede de dicha manera. Sino que por el contrario, estos procedimientos administrativos en realidad finalizan con la emisión de una norma con rango legal. Lo que en consecuencia es a todas luces inconstitucional. Pues, de lo que se trata cuando se modifica un plan urbano o se aprueba un Planeamiento Integral es de una iniciativa legislativa promovida por parte un ciudadano interesado, el cual evidentemente se realizará a través de un procedimiento administrativo que terminará con una propuesta que podrá o no aprobarse.

Aunado a lo anterior, también se pueden encontrar procedimientos administrativos que se inician ante Indecopi en materia de barreras burocráticas²⁴⁴. En dichas causas, se denuncian como barreras burocráticas las modificaciones de los planes urbanos de una determinada

²⁴² Cfr. *Ibíd*em Artículo 9.

²⁴³ ABRUÑA PUYOL, Antonio y BACA ONETO, Víctor. *Notas al Curso de Derecho Administrativo: La Organización Administrativa: La Administración...* op. cit., p 16.

²⁴⁴ Vid. Resolución de Indecopi N.º 0261-2019/CEB-INDECOPI y N.º 1168-2013/SDC-INDECOPI.

circunscripción. Es decir, acarrear la invalidez de las modificaciones a los planes urbanos que se denunciaron y que se contenían en una ordenanza municipal. Sin embargo, de un análisis más detallado del Decreto Legislativo 1256, Ley de Prevención y eliminación de Barreras Burocráticas, se puede inferir que dichos procedimientos son inconstitucionales.

En efecto, el inciso 3 del artículo 3 de dicha norma prevé que dichos procedimientos serán iniciados siempre y cuando se trate de una “exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa”. Al respecto, no es posible sustentar que cuando se lleve a cabo la modificación de un plan urbano, el ciudadano se encuentra ante un procedimiento administrativo, sino más bien, se trata de una iniciativa legislativa. Más aún cuando erróneamente el Manual sobre prevención y eliminación de Barreras Burocráticas de Indecopi ha considerado a la ordenanza municipal como una disposición administrativa²⁴⁵.

Asimismo, caso aparte reviste el supuesto de inadecuación del Plan urbano al Ratdus –debe recordarse que hasta el momento el Ratdus es la única norma, aunque de tipo reglamentario, que regula a los planes urbanos– o a las políticas urbanísticas estatales. O lo que es lo mismo, la inadecuación de una norma con rango de ley a una reglamentaria y las políticas públicas. Para resolver esta deficiencia, es importante tener en cuenta que el plan urbano al ser una norma con rango legal, en principio, solo puede declararse su invalidez a través de la acción de inconstitucionalidad y no por otros medios que no resulten idóneos para discutir su constitucionalidad. De manera que, se debe diferenciar dos etapas para poder controlar al Plan Urbano: i) la etapa de formulación del plan urbano; y, ii) la etapa en donde despliega su eficacia el plan urbano. Sobre la primera, para realizar un tipo de control de los Planes Urbanos, se ha enunciado al inicio del presente capítulo, el principio de tutela en la planificación urbanística. Por este principio, el MVCS ostenta un determinado poder como organización tutelante con respecto al tutelado –en este caso los Gobiernos Locales– para que este último adecue sus actos al interés general. De este modo, en caso de existir un apartamiento a las políticas urbanísticas por parte de la propuesta de plan urbano, la Municipalidad Provincial, debería suspender su aprobación para que en un plazo razonable se adecúe al interés general²⁴⁶. Sobre todo por que,

²⁴⁵ Cfr. Manual sobre prevención y eliminación de de Barreras Burocráticas. Vol. 1. Indecopi. p. 5.

²⁴⁶ En los considerandos de la Ordenanza de aprobación del Plan de Desarrollo urbano se puede visualizar lo indicado. En: [HTTP://WWW2.MUNIPIURA.GOB.PE/TRANSPARENCIA/ORDENANZAS/OM245-00.PDF](http://www2.muniyuara.gob.pe/transparencia/ordenanzas/om245-00.pdf) [revisado el 10 de noviembre de 2020].

según el numeral 1 del artículo 8, de la Ley 30156, Ley Organización y Funciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, el MVCS tiene como competencia general hacer cumplir el marco normativo relacionado al ámbito de su competencia, ejerciendo la potestad sancionadora y coactiva, cuando corresponda. Así pues, como ya se ha mencionado, esta Administración tiene encomendada la competencia de las políticas urbanísticas. Lo dicho, además se ha reflejado en el artículo 69 del Decreto Supremo N°. 010-2014-VIVIENDA, cuando se ha regulado como función de la Dirección de Urbanismo y Desarrollo Urbano la de desarrollar acciones de supervisión a la implementación de las políticas y cumplimiento de las normas de urbanismo y desarrollo urbano. Sin embargo, es interesante mencionar que en caso de una inadecuación y el Gobierno Local apruebe el plan urbano, el Ratdus no ha previsto un control más estricto para evitar la entrada en vigencia de dicho instrumento.

Por ello, cuando el plan urbano ya tenga eficacia, para subsanar esa invalidez, en principio, debería recurrirse a la acción de inconstitucionalidad para que pueda eliminarse del ordenamiento jurídico y deje de producir los efectos jurídicos. Ahora bien, cabe resaltar que la acción de inconstitucionalidad, conforme se ha indicado, solo puede ser promovida por unos pocos funcionarios públicos o por un conjunto de ciudadanos, dejándose de lado a aquel único ciudadano afectado.

Al respecto, se debe indicar que, aunque el numeral 2 del artículo 200 de la Constitución, ha previsto que no procede la acción de amparo—promovida por un solo interesado—contra normas con rango legal. Esto no es predicable cuando se trate de normas autoaplicativas.

Sobre ello, el Tribunal Constitucional ha diferenciado entre normas heteroaplicativas y autoaplicativas. Por la primera, se denomina a “aquella [norma] cuya aplicabilidad no es dependiente de su sola vigencia, sino de la verificación de un posterior evento, sin cuya existencia, norma carecerá, indefectiblemente, de eficacia, esto es, de capacidad de subsumir, por sí misma, algún supuesto fáctico en su supuesto normativo”²⁴⁷. Así, sobre ella no se puede promover alguna acción de amparo, pero sí sobre ese evento posterior en que se concrete la norma heteroaplicativa, “que es distinto al acto legislativo mismo”²⁴⁸.

Por su parte, las normas autoaplicativas se definen como “aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada”²⁴⁹. Además, el Tribunal peruano distingue dentro de este tipo de normas, a aquellas “cuyo supuesto normativo en sí

²⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 7 de diciembre de 2015, recaída sobre el Expediente N.º 4677-2004-PA/TC. F.j. 3.

²⁴⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Normas autoaplicativas, alternatividad y amparo contra amparo en el Código Procesal Constitucional*. Piura. Repositorio Institucional Pirhua. 2006. p. 4.

²⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 7 de diciembre de 2015... op. cit., F.j. 4.

mismo genera una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de los individuos (...) y aquellas otras que determinan que dicha incidencia se producirá como consecuencia de su aplicación obligatoria e incondicionada. [De esta manera, en el primer supuesto,] “el amparo contra la norma procederá por constituir ella misma un acto (normativo) contrario a los derechos fundamentales. En el segundo, la procedencia del amparo es consecuencia de la amenaza cierta e inminente a los derechos fundamentales que representa el contenido dispositivo inconstitucional de una norma inmediatamente aplicable”²⁵⁰.

De esta suerte, se puede concluir que, aunque la Constitución Política haya proscrito poder iniciar un acción de amparo frente a normas de carácter legal, esto no es aplicable para normas autoaplicativas. Lo dicho, toda vez que estas inciden inmediatamente en la esfera subjetiva de un ciudadano, siendo innecesario cumplir con alguno de los requisitos exigidos para la acción de inconstitucionalidad. Esto es así, porque “de lo que se trata cuando se habla del amparo contra normas inconstitucionales es de la puesta en marcha del llamado control difuso de la constitucionalidad de las normas. [Es decir,] cuando el agredido en su derecho constitucional interpone un amparo, lo hace pidiendo al juez que declare inaplicable la norma cuya inconstitucionalidad invoca y, por ello, cese la agresión al derecho constitucional (en el caso de las normas autoaplicativas)”²⁵¹.

En ese sentido, se debe afirmar que puede iniciarse una acción de amparo contra la ordenanza municipal, siempre y cuando el particular vea afectado —o sea inminentemente afectado— sus derechos subjetivos y no un mero interés legítimo²⁵². Así lo ha afirmado el Tribunal Constitucional, cuando al analizar la constitucionalidad de una ordenanza municipal sostuvo que, “[s]i bien para cuestionar la legitimidad de las ordenanzas municipales sólo procede la acción de inconstitucionalidad, conforme al inciso 4 del artículo 200° de la Carta Magna, las ordenanzas materia de la acción son normas de eficacia inmediata o autoaplicativa que, en forma directa inciden en el ámbito subjetivo del demandante, por lo que, en concordancia con jurisprudencia reiterada de este Tribunal, no le alcanza la prohibición constitucional del inciso 2) del artículo 200° de la acotada, y, por lo tanto, este Colegiado puede pronunciarse sobre el fondo de la pretensión”²⁵³.

²⁵⁰ Ibídem. F.j. 4.

²⁵¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Normas autoaplicativas, alternatividad...* op. cit., p. 5.

²⁵² A diferencia de lo que sucede en la participación de la audiencia pública para la aprobación de un Plan Urbano. Cuando se pretenda promover la acción de amparo no basta con posiblemente verse un afectado algún interés de un particular. Sino que, además, tiene que ser una afectación sin más o que existe certeza de que esta va a suceder. Cfr. SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. *Los interesados en el procedimiento administrativo...* op. cit., p. 351.

²⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de diciembre de 2003, recaída sobre el Expediente N.º 1445-2002-AA/TC. F.j. 2.

Ahora bien, corresponde reiterar que hasta el momento no existe un proceso judicial por medio del cual un particular vea salvaguardado su derecho subjetivo cuando se vea afectado por la aprobación de un plan urbano. Por ello, tal como sostiene CASTILLO CÓRDOVA, se podrá recurrir excepcionalmente por subsidiariedad ante el Tribunal Constitucional. Es decir, “se puede acudir al amparo sólo en el supuesto que no exista regulado un proceso judicial en la vía ordinaria que permita la salvación del derecho constitucional afectado, con una rapidez y eficacia si no mayor si al menos semejante a la que se conseguiría con la garantía constitucional”²⁵⁴.

En esencia, aunque pareciera que el ordenamiento jurídico peruano ha desprotegido a los particulares en cuanto un plan urbano despliegue su eficacia y los afecte, lo cierto es que, el Tribunal Constitucional ha corregido esta “deficiencia”. Razón por la cual, se ha previsto que sí se puede promover una acción de amparo constitucional para salvaguardar los derechos subjetivos de los particulares, siendo innecesario recurrir a la acción de inconstitucionalidad.

Asimismo, resulta evidente que la perfección, validez y eficacia del plan urbano cumplen un rol muy importante en el desarrollo de la transformación urbanística. Y es que, a través de él se lleva a cabo la delimitación la propiedad y, en consecuencia, la actuación que se desarrolle en virtud de él, deberá estar debidamente protegida. Por ello, la doctrina de los actos propios y el principio de confianza legítima aparecen como una garantía ante las actuaciones que contravengan lo que ya se haya determinado por el plan urbano.

Así, la doctrina de los actos propios ha sostenido que “el ordenamiento jurídico no protege las conductas contradictorias; la buena fe impone a toda relación o situación jurídica el deber de salvaguardar la confianza que ha generado en una parte el comportamiento que la otra ha asumido anteriormente. En otras palabras, ninguna de las partes puede, legítimamente, desentenderse de la esperanza o creencia razonable que su comportamiento ha generado en otra persona”²⁵⁵. Con esto, se pone de manifiesto que cuando el Poder público actúe no deberá de realizarlo contradiciendo los actos propios que este haya realizado. No obstante, como sostiene ARRIETA PONGO²⁵⁶, no es posible sostener que esta confianza que se genera con respecto a las actuaciones del Poder público, sea posible invocarse sobre actos que hayan sido manifiestamente ilegales o inválidos. “Sin embargo, no es difícil imaginar que esta restricción puede resultar injusta en situaciones donde los privados han podido confiar en una actuación

²⁵⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Normas autoaplicativas, alternatividad...* op. cit., p. 7.

²⁵⁵ ARRIETA PONGO, Alejandro. *Estudio comparativo de los alcances de la doctrina de los actos propios frente al principio de protección de la confianza legítima*. Piura. Boletín Ita Ius Esto. 2012. p. 2.

²⁵⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 6.

administrativa cuya invalidez desconocían o no pudieron evitar. Precisamente para la salvaguarda de este otro grupo de situaciones la doctrina y jurisprudencia comparada ha desarrollado la figura del principio de protección de la confianza legítima”²⁵⁷.

Al respecto, el principio de confianza legítima es propio del derecho administrativo y por él se “permite la conciliación entre exigencias del respeto de la legalidad y de la seguridad jurídica, de modo que cuando la actuación de la administración hubiera creado en el particular una situación de confianza se opta por su mantenimiento, conservando el *statu quo* o reparando el daño causado por su retirada mediante una indemnización”²⁵⁸.

En esencia, este principio supone que una determinada situación jurídica creada producto de la actuación de la Administración Pública no puede ser desconocida por ella, toda vez que existe una confianza depositada sobre esa actuación. Cuestión seguida de ella, es que aquella invocación que realice el administrado debe: i) no ser fruto de circunstancias que excluyan su aplicación; ii) que la actuación de la Administración sea objetivamente producida; iii) que sea manifestada de alguna manera; y, iv) que de la ponderación entre su mantenimiento y su desaparición subsista lo primero²⁵⁹.

De esta forma, trayendo a colación la concreción que hacen los planes urbanos, se debe precisar que una vez que se delimite del derecho de propiedad con vocación urbana, esto no supone su desconocimiento por parte de los Gobiernos Locales. Toda vez que, en virtud del respeto de los actos propios, estos están obligados a no apartarse de lo ya regulado. Adicionalmente, el ejercicio de la transformación urbanística, fruto de la asignación de facultades llevada a cabo por la ordenación urbanística, prevé que el otorgamiento por ejemplo de un certificado de zonificación y vías para la posterior habilitación urbana, no deba ser desconocido bajo cualquier argumento de parte de la Administración. Más aún cuando el administrado puede haber realizado inversiones para llevar a cabo algún proyecto inmobiliario, en virtud del principio de confianza legítima^{260 261}.

²⁵⁷ SANZ RUBIALES, Iñigo. *Confianza legítima y poder legislativo*. En: Revista de Derecho de la Universidad de Piura, 2001-II, Piura, p.94.

²⁵⁸ Cfr. BACA ONETO, Víctor. *La invalidez de los Contratos Públicos*. Navarra. Editorial Aranz SA. 2006. p. 336.

²⁵⁹ *Ibidem*. pp. 336 y 337.

²⁶⁰ En el Perú el numeral 1.15 del artículo IV del título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo ha recogido formalmente el principio de confianza legítima; sin embargo, lo hace apartándose innecesariamente de lo que se ha esbozado en el presente trabajo.

²⁶¹ Cuestión aparte es cuando se realice el cambio respectivo a un determinado Plan Urbano, en donde se lleve cabo una determinación singular sobre un determinado derecho de propiedad y sobre la cual se lleva a cabo un sacrificio singular, lo que conllevaría la responsabilidad patrimonial de la Administración. O también es posible la expropiación urbanística, cuando producto de la nueva funcionalización de la propiedad se cambie de titularidad de un bien inmueble en favor del estado.

2.4. El componente físico-espacial en los planes urbanos

Como es de suponer, el suelo es la base fundamental para el ejercicio de la potestad de planificación urbanística, sobre él se deberá llevar a cabo las delimitaciones del contenido constitucional del derecho de propiedad en su vocación urbana, para luego dar pase a la transformación urbanística por parte de los privados.

En ese sentido, el Ratdus ha contemplado que la conformación horizontal del componente físico – espacial del plan urbano se divide de la siguiente manera²⁶²: i) el área urbana; que se ubica dentro de una jurisdicción municipal destinada a los usos urbanos. Estando constituida por áreas ocupadas con asignación de suelos, actividades, con dotación de servicios o instalaciones urbanas, así como, por áreas ocupadas con un proceso de urbanización completo. Además, comprende islas rústicas, terrenos de medio acuático. También, por las medidas de prevención y reducción de riesgos, el área urbana se clasifica en; área urbana apta para su consolidación, área urbana con restricciones para su consolidación por ser zona de alto riesgo y por tanto clasificada como Zona de Reglamentación Especial y área urbana en situación de alto riesgo no mitigable y que deberá de desocuparse progresivamente mediante una Reglamentación especial²⁶³; ii) área urbanizable, constituida por el territorio apto para la expansión de la ciudad y que se subclasifica en; área urbanizable inmediata, es decir, aquellas que pueden ser urbanizadas en el corto plazo y cuentan con factibilidad de servicios de agua, alcantarillado, electrificación, transporte y vías de comunicación y área urbanizable en reserva, donde las condiciones de urbanizar están consideradas a mediano y largo plazo, y deben contar con las factibilidades anteriores; y, por último, iii) las áreas no urbanizables, son las tierras no aptas para urbanizar, sujetas a tratamiento especial y de protección. Estas últimas, pueden tener las siguientes condiciones; que estén ubicadas en zonas de alto riesgo no mitigables, que sea un área protegida, sean sitios arqueológicos, zonas de recursos hídricos, cuando tenga una especial protección y por tanto se encuentre en el PAT, cuando el área se encuentre incompatible con el modelo de desarrollo territorial y/o urbano adoptado y cuando se ubique en zonas con actividades agrícolas, ganaderas, forestales y actividades análogas.

Acerca de la conformación vertical del componente físico – espacial del plan urbano, esta se refiere a las potencialidades físicas y las facultades que se le asignas a cada derecho de

²⁶² Cfr. Artículo 82 y siguientes del Decreto Supremo N.º 022-2016-VIVIENDA.

²⁶³ Al respecto, antes de la llegada del denominado Fenómeno del Niño Costero, no existía una Reglamentación especial para la desocupación progresiva de las zonas en riesgo de un nuevo fenómeno lluvioso, y ahora tampoco, es por ello que las familias están volviendo a construir en estos sectores. Se puede visualizar en: <https://infoinundaciones.com/noticias/reconstruccion-sin-reubicacion-construyen-casas-en-zonas-afectadas-por-el-nino-costero> [revisado el 10 de noviembre de 2020].

propiedad. Así, se establece que el derecho de propiedad urbana comprende físicamente: i) el suelo urbano; ii) el subsuelo urbano; y iii) el sobresuelo urbano.

En esencia, estos aspectos físicos sirven de punto de partida para que al momento de realizar la delimitación del derecho de propiedad urbana, se lleve a cabo las asignaciones respectivas de las facultades producto de la función social de la propiedad con vocación urbana. En este punto, es donde la zonificación cobra especial relevancia por ser parte del plan urbano. Por ella, en estricto, se realiza el encausamiento imperativo de la propiedad con vocación urbana – producto de su propia naturaleza ordenadora– y a partir de allí se ejerce la posterior actividad administrativa de control por la Administración Local. Lo dicho, como manifestación de la ordenación urbanística.

Por ello, como señala BUSTILLO BOLADO la libre disposición del derecho de propiedad ahora “ha pasado a depender en cada caso de las determinaciones del plan. Es el plan el que especifica si se puede o no edificar, dónde es posible y de qué manera; (...) en consecuencia, la operación que lleva a cabo la propiedad privada no es la de imposición de limitaciones, (...) sino la delimitación y configuración de aquel derecho”²⁶⁴.

En definitiva, se hace necesario que la ordenación urbanística “reúna al menos dos exigencias: que se limite a marcar las prescripciones o determinaciones que sean suficientes y proporcionadas para garantizar aquellos fines, evitando imponer a los propietarios del suelo y edificaciones más limitaciones, restricciones o deberes, en cuanto a su uso o aprovechamiento, que le sean estrictamente indispensables o necesarios para la consecución de los fines de interés general; y excluir, de ordinario una determinación positiva y vinculante exhaustiva de tales usos que eliminaría en gran medida la libertad”²⁶⁵. Esto, pues no cabe duda que las limitaciones intrínsecas del derecho de propiedad con vocación urbana, al momento de su delimitación podrán ser fruto de actuaciones e intervenciones urbanísticas²⁶⁶ por parte del Poder público en la búsqueda de la ordenación de la ciudad.

²⁶⁴ MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto (Directores). *Fundamentos del Derecho...* op. cit., pp. 387 y ss.

²⁶⁵ PARDO ÁLVAREZ, María. *La potestad de planeamiento urbanístico bajo el estado social...* op. cit. p. 355.

²⁶⁶ Cfr. Artículo 89 del Decreto Supremo N.º 022-2016-VIVIENDA.

Conclusiones

Primera

Al realizar el análisis del tema estudiado en el presente trabajo, se ha concluido que, hasta el momento, estamos frente a una materia muy poco estudiada. En ese sentido, estas páginas buscan dar un primer alcance acerca del análisis jurídico de la propiedad en el urbanismo peruano. Su trascendencia, por tanto, es importante toda vez que entendida su naturaleza traerá como consecuencia una eficiente formulación de la ciudad.

Segunda

En el Perú, la propiedad además de tener un elemento individual, también tiene un elemento funcional. Esto, se ha traducido en asignarle una finalidad a dicha propiedad y por tanto, sirve como causa para la asignación o no de facultades y deberes a los titulares. Este descubrimiento de los contornos normales del derecho de propiedad es encomendado al Poder público. Así, se encargará de delimitar los límites constitucionales de cada derecho de propiedad con vocación urbana.

Tercera

En ese sentido, el urbanismo se nutre de esta estructura del derecho de propiedad para elaborar su actuación. De esta manera, en el mundo jurídico el urbanismo se desarrolla en dos fases: la ordenación urbanística y la transformación urbanística. De esta suerte, la actividad ordenadora del urbanismo se llevará a cabo a través del encausamiento imperativo de la propiedad urbana y sobre dicho encausamiento se lleva a cabo una actividad administrativa. En consecuencia, la primera de las funciones se realizará a través de una potestad legislativa – denominada como potestad de planeamiento urbanístico– y la segunda a través de un potestad administrativa. En relación a la transformación urbanística, será la actividad urbanística que se ha reservado a los privados y muy subsidiariamente a las organizaciones públicas. Por su parte, a los Gobiernos Locales se les ha conferido la competencia para llevar a cabo la ordenación urbanística Así lo ha expresado el artículo 195 de la Constitución Política del Perú y demás normas legislativas. En relación a la regulación general y las políticas urbanísticas, estas servirán de marco general para llevar a cabo el encausamiento de la propiedad urbana.

Quinta

La potestad de planeamiento urbanístico debe estar guiada por principios ordenadores que reduzcan la discrecionalidad con la que se realiza. En ese sentido, el principio de legalidad, de subsidiaridad, el control tutelar, la coordinación y la participación ciudadana, son esenciales para poder llevar a cabo un planeamiento urbanístico acorde a la realidad nacional.

Sexta

Como es de prever, la potestad de planeamiento urbanístico se sirve de cualquier instrumento regulado que delimite la propiedad con vocación urbana. Así, el Plan Urbano se prevé como el vehículo normal para concretar dicha actividad. Este instrumento se define como una norma de rango de ley, emitida en virtud de la potestad legal de planeamiento urbanístico, por medio del cual ordena y delimita la propiedad de cara a la ciudad. Consecuentemente, por su especial configuración se conocerá por todos, pero se aplicará y controlará solo dentro de la circunscripción que haya abarcado en el respectivo Plan Urbano. Debiendo, para esto, respetar la función individual y social que se predica de la propiedad con vocación urbana. De esta manera, la propiedad sirve como base fundamental para poder llevar a cabo dicha potestad. Por ello, se reconoce un ámbito horizontal (suelo urbano, urbanizable y no urbanizable) y otro vertical (suelo, subsuelo y sobresuelo urbano) que deberá ser delimitado a través de un instrumento planificador urbano.

Séptima

De esta suerte, la perfección del Plan Urbano se traduce en que este haya terminado su *iter procedimental* conforme a la normativa vigente. Por su parte, la validez de un Plan Urbano se predica cuando exista una correlación entre la estructura normativa y la delimitación que se haya realizado. Y, además, su eficacia se deriva de la puesta en vigencia del Plan Urbano a través de la publicación respectiva. Acerca del control de la validez del Plan Urbano se debe reconocer dos etapas: i) cuando se esté formulando dicho instrumento: en donde el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento ostenta un control de tutela en dicha formulación toda vez que vela por la adecuación de este instrumento normativo al interés general y las políticas urbanísticas; y, ii) cuando ya se haya aprobado: pues, el Plan Urbano al tratarse de una norma con rango legal se prevé una acción de inconstitucionalidad o un acción de amparo contra él, para así poder declarar su invalidez. Sobre la acción de amparo, el Tribunal constitucional ha previsto que cuando se trato de normas autoaplicativas, como las ordenanzas municipales, es posible la interposición de un amparo constitucional.

Octava

El despliegue de los efectos jurídicos por parte de los Planes Urbanos reviste vital importancia. Toda vez que dicho instrumento normativo cuando sea puesto en vigencia supone la imposibilidad de ir contra aquello que se haya establecido. Es decir, existe una prohibición de ir contra los actos propios. Lo que, trasladado en la transformación urbanística significa la plena vigencia del principio de confianza legítima. Esto, ya que las actuaciones administrativas que se emitan y que se sustenten en las determinaciones del Plan Urbano, deberán respetarse.

Referencias bibliográficas

- ABRUÑA PUYOL, Antonio. *Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano*. Lima. Palestra. 2010.
- ABRUÑA PUYOL, Antonio y BACA ONETO, Víctor. *El Reglamento, ¿Acto administrativo en el Derecho Peruano?* Revista de Derecho. Vol. 11. Universidad de Piura. Piura. 2010.
- ABRUÑA PUYOL, Antonio y BACA ONETO, Víctor. *Notas al Curso de Derecho Administrativo: La Administración Pública, Lección 1, pro manuscrito*, Piura, 2015.
- _____. *Notas al Curso de Derecho Administrativo: Bases constitucionales del Derecho Administrativo, Lección 3, pro manuscrito*, Piura, 2005.
- _____. *Notas al Curso de Derecho Administrativo: La Organización Administrativa, Lección 5, pro manuscrito*, Piura, 2015.
- _____. *Notas al Curso de Derecho Administrativo: La Organización Administrativa Peruana: La Administración Gubernativa Estatal, Lección 6, pro manuscrito*, Piura, 2008.
- _____. *Notas al Curso de Derecho Administrativo: La Organización Administrativa Peruana: La Administración Municipal, Lección 7, pro manuscrito*, Piura, 2015.
- _____. *Notas al Curso de Derecho Administrativo: El Acto Administrativo, Lección 9, pro manuscrito*, Piura, 2015.
- _____. *Notas al Curso de Derecho Administrativo: Perfección, validez, invalidez, eficacia y ejecución forzosa de los actos administrativos en el Derecho Peruano, Lección 13, pro manuscrito*, Piura, 2013.
- _____. *Notas al Curso de Derecho Administrativo: El Reglamento, Lección 14, pro manuscrito*, Piura, 2015.
- _____. *Notas al curso de Derecho Administrativo: Los contratos públicos, Lección 15, pro manuscrito*. 2015.
- _____. *Notas al curso de Derecho Administrativo: La Policía Administrativa, Lección 19, pro manuscrito*. 2015.
- ALONSO TIMÓN, Antonio Jesús. *Introducción al Derecho Urbanístico*. 2ª ed. Valencia. Tirant lo Blanch. 2013.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*. Madrid. Iustel. 2011.
- ARRIETA PONGO, Alejandro. *Estudio comparativo de los alcances de la doctrina de los actos propios frente al principio de protección de la confianza legítima*. Piura. Boletín Ita Ius Esto. 2012.

- BACA ONETO, Víctor. *La invalidez de los Contratos Públicos*. Navarra. Editorial Aranzi SA. 2006.
- BALADIEZ ROJO, Margarita. *Validez y eficacia de los actos administrativos*. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A. 1994.
- BOUZZA ARIÑO, Omar. *Principio de Coordinación*. En: Los Principios jurídicos del Derecho Administrativo. Dirigido por Juan Alfonso Santamaría Pastor. Madrid. La Ley. 2010.
- BRAHAM GARCÍA, Enrique. *El concepto de propiedad en el Código Napoleónico*. Una nueva Interpretación de su artículo 544 en la Historiografía Jurídica Alemana. *Revista Chilena de Derecho*. 23,1, 1996.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Tomo6. 31ª ed. Argentina. Heliasta. 2009.
- CANALES GILI, Esteban. *Industrialización y condiciones de vida en Inglaterra: Notas sobre una larga polémica*. Investigaciones históricas: Época moderna y contemporánea. N.º. 14, 1994.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales*. Piura. Repositorio Institucional Pirhua, 2005.
- _____. *El derecho de propiedad como objeto de protección del proceso de amparo*. Piura. Repositorio Institucional Pirhua, 2006.
- _____. *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*. 3ª. Ed. Lima. Palestra Editores, 2007.
- _____. *Normas autoaplicativas, alternatividad y amparo contra amparo en el Código Procesal Constitucional*. Piura. Repositorio Institucional Pirhua. 2006.
- CASTILLO GARCÍA, Rodolfo. *Instituciones representativas del urbanismo en el Perú 1946 – 2015: Del urbanismo funcionalista al urbanismo sostenible*. En: PAIDEIA XXI. Vol. 5. N.º 6. 2016. Universidad Ricardo Palma.
- CASTRO-POZO DÍAZ, Hildebrando. *Derecho Urbanístico*. Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L. 2007
- COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978*. Tesis para optar por el grado de Doctor. La Coruña. Universidad de la Coruña. 1995.
- CHANG CHUYES, Guillermo. *Las ciudades en el Perú*. En: Asociación española de profesores de Derecho Administrativo. Madrid. *pro manuscrito*. 2020.

- _____ *La Subsidiariedad del estado en materia económica. Un Comentario al precedente de observancia obligatoria Resolución N.º 3134-2010/SCI-INDECOPI.* En: II Convención Estudiantil de Derecho Público: Organizada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Piura. Palestra. 2015.
- DANÓS ORDOÑEZ, Jorge Elías. *La Participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas en el Perú.* En: III Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Universidad de la Coruña. Del 06 al 08 de octubre de 2004. Libro homenaje al Profesor José Luis Meilán Gálvez. 2004.
- _____ *Intervenciones Administrativas sobre la propiedad privada.* En: Derecho Administrativo y Propiedad. Revista de Derecho Administrativo. Lima. Círculo de Derecho Administrativo. 2015.
- DELGADO BARRIO, Javier. *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico.* Navarra. Civitas Thomson Reuters. 1993.
- DUQUE SEPULVEDA, Juan Sebastián. *Monografía: Confort e Higiene. Historia de la vivienda obrera en la Revolución Industrial.* Universidad Nacional de Colombia. 2015.
- ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de derecho administrativo*, V. 1/2, 11a Ed., Editorial Tecnos, Madrid. 1995.
- ESPINOZA, Juan Carlos. *En busca de una teoría urbanística peruana: La tradición planificadora del Perú y la contribución de Fernando Belaunde Terry al debate de la vivienda social, 1936-1968.* URBANA: Revista Eletrônica Do Centro Interdisciplinar De Estudos Sobre a Cidade. Vol. 6. Nº 1, 2014.
- FRANCIA ACUÑA, Laura. *Efectos de la zonificación en el desarrollo de la ciudad.* En: Actualidad Jurídica N.º 239. Lima. Gaceta Jurídica. 2013.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa.* En: Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí. Madrid. Civitas. 1989.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Urbanístico, I.* Madrid. Editorial Civitas, S.A., 1979.
- GARCÍA MACHO, Ricardo. *Reserva de Ley y potestad reglamentaria.* Barcelona. Ariel. 1988.
- GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derecho Urbanístico.* 6ª ed. Lima. Jurista Editores E.I.R.L. 2011.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *La autorización administrativa.* Madrid. Editorial Civitas. 2006.

- LEÓN DUGUIT, Pierre. *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón* (Trad. Carlos G. Posada). Analecta. Pamplona. 2007.
- MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ, José Luis. *Derecho de propiedad y proyecto de Ley de Reforma de la Ley del Suelo*. En: Derecho Urbanístico Local. Coordinador José María Boquera Oliver. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1992.
- _____. *El Concepto de Urbanismo*. En: Hacia un nuevo Urbanismo, Curso sobre ordenación del espacio y régimen del suelo. Madrid. Fundación de Estudios Inmobiliarios. 2005.
- _____. *El derecho de propiedad sobre el suelo en su nueva ley estatal de 2007*. En: El Derecho Urbanístico del Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Martín Bassols Coma. Madrid. Reus. 2008.
- _____. *La regulación económica en España*. En: El nuevo Servicio Público. Directores: Gaspar Ariño Ortiz, Juan Miguel de la Cutera Martínez y José Luis Martínez-López Muñiz. Madrid. Marcial Pons. 1997.
- MARTÍNEZ MARÍN, Antonio. *Derecho administrativo. La organización administrativa*. Editorial Tecnos. Madrid. 1986.
- MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto (Directores). *Fundamentos del Derecho Urbanístico*. Navarra. Thomson – Aranzi. 2007.
- MEILÁN GÁLVEZ, José Luis. *Autonomía y Descentralización*. En: Descentralización y Administración Local. Editado por José Martínez-López Muñiz, José Luis Meilán Gil, José Luis de la Vallina, entre otros. Valladolid. Secretariado de publicaciones. 1992.
- MUÑOZ GUIJOSA, María. *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*. Navarra. Civitas. 2009.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago y LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. *El Planeamiento Urbanístico*. 2ª ed. Madrid. Iustel. 2009.
- ORTIZ SÁNCHEZ, Iván. *Introducción al Derecho Urbanístico*. Lima. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Colección “Lo esencial del Derecho N.º 23. 2017.
- PARDO ÁLVAREZ, María. *La potestad de planeamiento urbanístico bajo el estado social, autónomo y democrático de derecho*. Madrid. Marcial Pons. 2005.
- PARADA VÁSQUEZ, José Ramón. *Derecho Administrativo III: bienes públicos, derecho urbanístico*. 12ª ed. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. 2010.
- _____. *Derecho Administrativo III: bienes públicos, derecho urbanístico*. 16ª ed. Madrid. Uned Ediciones Académicas. 2017.

- REBOLLO PUIG, Manuel y VERA JURADO, Diego J. *Derecho Administrativo Conceptos fundamentales, fuente, y organización*. Madrid. Tecnos. 2016.
- RIVERO YSERN, José Luis. *Manual básico de Derecho Urbanístico*. Madrid. Tecnos. 2018.
- RODOTÀ, Stefano. *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*. Madrid. Civitas. 1986.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Cit. en: *Derecho Administrativo Conceptos fundamentales, fuente, y organización*. Dirigido por Manuel Rebollo Puig y Diego J. Vera Jurado. Madrid. Tecnos. 2016.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Los principios jurídicos del Derecho Administrativo, legalidad y sometimiento a la ley y al derecho. En: *Los Principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Dirigido por Juan Alfonso Santamaría Pastor. Madrid. La Ley. 2010.
- SANZ RUBIALES, Iñigo. *Confianza legítima y poder legislativo*. En: *Revista de Derecho de la Universidad de Piura, 2001-II, Piura*.
- SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. *Los interesados en el procedimiento administrativo español*. En: *Derecho Administrativo Iberoamericano (Contratos administrativos, servicios públicos, acto administrativo y procedimientos administrativos, derecho administrativo ambiental, limitaciones a la libertad)*. Actas del IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo de Mendoza. 2010. pp. 345-361.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Manual de Derecho Urbanístico*. 25ª ed. Pamplona. Thomson Reuters. 2017.
- VEINTIMILLA VEGA, Jorge. *La expropiación forzosa e impuesto a la renta en el ordenamiento peruano*. Tesis para optar por el título de abogado. Piura. Universidad de Piura. 2016.
- VIGNOLO CUEVA, Orlando. *El principio de subsidiariedad social y sus principales consecuencias en el derecho peruano. Liberalización de sectores y surgimiento de organización regulatoria*. Tesis para optar por el grado de Doctor. Zaragoza. Universidad de Zaragoza. 2017.
- YACOLCA ESTARES, Daniel. *El concepto de medio ambiente*. En: *Revista peruana de Derecho Constitucional Constitución Económica: Desarrollo, Medio Ambiente y Conflicto Social*. Edición especial. Lima. Tribuna Constitucional del Perú. 2012.
- ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *Ordenación del territorio: introducción a su estudio en el Derecho administrativo peruano*. En: *El Derecho Administrativo como instrumento al servicio del ciudadano*. Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo. Udep. Piura. Palestra. 2018.

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de noviembre de 2003, recaída en el Expediente N.º 0008-2003-AI/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de diciembre de 2003, recaída sobre el Expediente N.º 1445-2002-AA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional del 21 de enero de 2007, recaída sobre el Expediente N.º 00017-2006-PI/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional del 22 de enero de 2007, recaída sobre el Expediente N.º 0017-2005-PI/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional del 22 de agosto de 2008, recaída sobre el Expediente N.º 03347-2009-PA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional del 15 de enero de 2010, recaída sobre el Expediente N.º 05680-2008-PA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional del 25 de agosto de 2015, recaída sobre el Expediente N.º 0014-2009-PI/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional 7 de diciembre de 2015, recaída sobre el Expediente N.º 4677-2004-PA/TC.

Resolución de Indecopi N.º 1168-2013/SDC-INDECOPI, recaída sobre el Expediente N.º 086-2011/CEB.

Resolución de Indecopi N.º 0321-2018/CEB-INDECOPI, recaída sobre el Expediente N.º 000048-2018/CEB.

Resolución de Indecopi N.º 0261-2019/CEB-INDECOPI, recaída sobre el Expediente N.º 0412-2018/CEB.