

Intervenciones administrativas sobre la propiedad privada

Jorge Elías Danós Ordóñez^{1 2}

SUMARIO

1. Introducción. 2. Base constitucional. 3. ¿Configuración del contenido o mera restricción de la propiedad? 4. Las diferentes clases de intervenciones sobre la propiedad predial. 5. Marco legal.

PALABRAS CLAVE

Limitaciones administrativas; Propiedad; Planes Urbanísticos.

KEY WORDS

Administrative limitations; Property; Urban Planning.

RESUMEN

En el presente artículo el autor nos brinda una visión panorámica de los fundamentos y alcances de las diferentes afectaciones que establece el ordenamiento jurídico-administrativo sobre la propiedad privada, en especial la predial en el ámbito de la regulación urbanística.

ABSTRACT

In this paper the author gives us an overview of the fundamentals and scope of the various effects that establishes the legal-administrative system over private property, especially in the predial property in the area of planning regulations.

1. Introducción

El objeto de este trabajo es brindar una visión panorámica de los fundamentos y alcances de las diferentes afectaciones que establece el ordenamiento jurídico-administrativo sobre la propiedad privada, en especial la predial en el ámbito de la regulación urbanística.

Ya el artículo 957 del Código Civil peruano, ubicado en el Libro V de los Derechos Reales, en cuanto establece que: “La propiedad predial queda sujeta a la zonificación, a los procesos de habilitación y subdivisión y a los requisitos y limitaciones que establecen las disposiciones respectivas”, remite directamente a la legislación administrativa la regulación de las diferentes afectaciones que pueden establecerse sobre la propiedad predial.

¹ Profesor categoría Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el curso de Derecho Administrativo. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Miembro del Instituto Chileno de Derecho Administrativo, del Instituto Mexicano de Derecho Administrativo, del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación – ASIER, de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo – AIDA y de la Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo “Prof. Jesús González Pérez”. Socio del Estudio Ehecopar abogados. Contacto: datit@terra.com.pe.

² Miembro del Consejo Consultivo del Círculo de Derecho Administrativo (CDA).

2. Base constitucional

El artículo 195 de la Constitución Política establece en su numeral 6, que corresponde a los Gobiernos Locales el ejercicio de competencias de planificación para: “[...] el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial”, los cuales constituyen herramientas de ordenación urbanística dotadas de un carácter jurídico vinculante, que repercute directamente sobre el estatuto de la propiedad predial, la que, en consecuencia, por mandato del citado precepto constitucional se encuentra sometida a las limitaciones que dentro del marco legal establezcan las municipalidades de su respectiva circunscripción.

La distribución del ejercicio de las referidas competencias de planificación y de regulación urbanísticas entre municipalidades provinciales y distritales ha sido realizada por Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades³ y ha sido objeto de análisis en la resolución de algunos procesos por parte del Tribunal Constitucional peruano.⁴

En cuanto al derecho de propiedad el artículo 70 de la Constitución,⁵ dispone que debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que la propiedad a la vez que es reconocida como un derecho subjetivo (derecho individual) cumple también una función social, lo cual le otorga carácter de garantía institucional,⁶ es decir, de un instituto constitucionalmente protegido y que el ejercicio del derecho de propiedad de los particulares debe desenvolverse de manera acorde con la función social que es parte del contenido esencial del derecho y que, en consecuencia, todas las intervenciones (como es el caso de las urbanísticas) que disponga el Estado a través del ordenamiento jurídico-administrativo sobre el derecho de propiedad para que sean legítimas requieren sustentarse en el interés general para el logro del bien común. En tal sentido, para el Tribunal Constitucional peruano “el bien común y el interés general son principios componentes de la función social de la propiedad”.⁷

Está obligatoria vinculación de la propiedad con el bien común dispuesta por el glosado artículo 70 de la Constitución, que también sirve de fundamento constitucional para las intervenciones urbanísticas sobre la propiedad se manifiesta en el artículo 923 del Código Civil peruano, dispositivo que establece que la propiedad debe ejercerse en armonía

³ La sección 1 del artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades lista las competencias de la municipalidades en materia de “organización del espacio físico – Uso del suelo”; el artículo 79 precisa la distribución del ejercicio de las referidas competencias entre las municipalidades provinciales y distritales y los numerales 4 y 5 del artículo 9 disponen que el ejercicio de las atribuciones de carácter normativo corresponde al respectivo Concejo Municipal, las que, en nuestra opinión, solo pueden ser aprobadas mediante ordenanzas municipales. La Municipalidad de Lima Metropolitana está sujeta a un régimen especial contenido en el Título XIII de la LOM, en lo que respecta a sus relaciones con las municipalidades distritales de la provincia de Lima.

⁴ Es el caso de la STC recaída en el expediente 00017-2006-PI/TC de 21 de enero del 2007, Fundamento Jurídico 8

⁵ Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. A nadie puede privársele de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública [...].”

⁶ STC recaída en el expediente 0008-2003-AI/TC, de 11 de noviembre del 2003, Roberto Nesta Brero contra franja tarifaria en transporte, Fundamento Jurídico 26.

⁷ STC recaída en el expediente 0048-2004-PI/TC de 1 de abril del 2005, demanda contra ley de regalía minera, Fundamentos Jurídicos 84 y 85.

con el interés social y dentro de los límites de la ley, norma que, a decir del profesor González Barrón,⁸ es plenamente compatible con el artículo 70 de la Constitución porque en su opinión el concepto “bien común” es producto de la suma de todos los intereses generales, que incluyen el interés social. Asimismo, en el artículo 88 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, que reconoce competencias a las municipalidades para velar porque la propiedad (privada) inmueble de sus respectivas circunscripciones se use “en armonía con el bien común”, lo que guarda relación con el artículo 89 del mismo cuerpo legal, cuando dispone que las tierras urbanas solo pueden destinarse a los fines previstos en la zonificación aprobada por la respectiva municipalidad provincial, los planes reguladores y las normas técnicas de edificaciones.

Como se puede apreciar el numeral 6 del artículo 195 y el artículo 70 de la Constitución otorgan sustento o cobertura expresa para que el ordenamiento administrativo pueda establecer afectaciones, que adquieren el carácter de limitaciones, sobre la propiedad predial, que tienen como fundamento garantizar la convivencia social mediante el desarrollo racional y armónico del territorio y de las ciudades.

3. ¿Configuración del contenido o mera restricción la propiedad?

En el derecho comparado podemos comprobar la existencia en la doctrina de dos corrientes que caracterizan las intervenciones urbanísticas sobre la propiedad privada. La primera de ellas sostiene que la incidencia de las regulaciones administrativas sobre la propiedad privada constituye o define el contenido normal de la propiedad urbanística, de modo que esta propiedad es configurada por medio de los planes urbanísticos, los que dan y quitan derechos y obligaciones a los propietarios de los terrenos. Incluso en algunos ordenamientos se llega a decir que la propiedad y su uso están en tal medida vinculados a los planes urbanísticos, que, si no existiesen dichos planes, el propietario vería seriamente limitado su uso y no se hubiera podido autorizar su desarrollo urbanístico.⁹

En el ordenamiento español con base en lo establecido por el artículo 61 de la Ley del Suelo de 1956,¹⁰ una fuerte corriente doctrinal liderada por el profesor García de Enterría ha sostenido que el contenido normal de la propiedad urbanística es delimitado (configurado) por los planes de ordenamiento urbano aprobados por las respectivas municipalidades.

En opinión de dicho autor la incidencia de la regulación urbanística sobre la propiedad privada urbana no es el de una mera limitación o eliminación de facultades que previamente correspondiesen al propietario, es decir, que restrinjan una libertad inicial preexistente, porque más bien es el plan urbano el que otorga positivamente facultades, no limita una posición básica de libertad absoluta del propietario.¹¹

⁸ González Barrón, Gunther (2013). “Comentario al artículo 70 de la Constitución”. En VV. AA. *La Constitución comentada*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, p. 202.

⁹ Brewer Carías, Allan. *Las limitaciones administrativas y la propiedad*, p. 41.

¹⁰ Artículo 61.- Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta ley, o, en virtud de la misma [sic], por los Planes de Ordenación, con arreglo a la calificación urbanística de los predios.

¹¹ En la misma corriente de pensamiento afirman Santiago Muñoz Machado y Mariano López Benites que “la propiedad no es, pues, un derecho natural y previo a la ley, sino un derecho que esta reconoce, delimita y

Dice en forma categórica García de Enterría¹² que es el plan urbano el que delimita o define el contenido del derecho de propiedad sobre el suelo. En esa medida, la facultad del propietario de convertir el suelo rústico en suelo urbano (parcelarlo, urbanizarlo, construirlo) dependerá de que los respectivos planes de desarrollo aprobados por las municipalidades clasifiquen el suelo como urbano o no urbanizable, y en caso el suelo ya tenga la calidad de suelo urbano, la facultad del propietario a decidir el posible aprovechamiento urbano, es decir, el denominado *ius aedificandi*, dependerá de que el respectivo plan urbano determinen el destino de los predios, en otras palabras: el tipo de edificaciones que es posible localizar en estos (residenciales, industriales, comerciales), el ámbito y extensión de la construcción (el índice de ocupación, la altura máxima, etc.) y otras regulaciones que reseñaré más adelante. A esta corriente doctrinal que reconoce a las autoridades administrativas municipales) amplísimos poderes sobre la propiedad urbanística se le ha denominado "Teoría estatutaria de la propiedad del suelo".

La segunda corriente doctrinal sostiene que las regulaciones administrativas urbanísticas no configuran o definen el contenido del derecho de propiedad privada de los predios, sino que introducen limitaciones o restricciones para su uso a través de diversas cargas u obligaciones que se imponen al propietario para garantizar su armonización con el bien común. Para esta corriente, el contenido del derecho de propiedad urbanística está integrado por un haz de facultades que no derivan de los planes urbanísticos que aprueben las municipalidades y, en tal sentido, el propietario ostenta un ámbito de libertad para edificar y disponer de su predio, el que se encuentra constitucionalmente garantizado porque forma parte del contenido esencial de su derecho de propiedad.

Sostiene el profesor Boquera Oliver¹³ que la propiedad urbanística tiene un contenido esencial protegido por la Constitución que no deriva de la ordenación urbanística y que dicho contenido incluso se impone a las leyes. Participando de la misma orientación, el profesor Martínez López-Muñoz¹⁴ señala que "no hay base en la Constitución para entender que se ha entregado al poder público 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", porque en su opinión "si el derecho de propiedad es un ámbito de libertad, es evidente que la determinación de ese ámbito no puede ponerse en manos del poder público, de modo que este pueda, en realidad, disponer enteramente sobre la 'libertad' ejercible".

Para los autores de esta segunda corriente el *ius aedificandi* es una facultad inherente al derecho de propiedad del suelo, aunque su ejercicio se somete al cumplimiento de determinadas condiciones o a mayores o menores limitaciones establecidas por el ordenamiento urbanístico. Las licencias administrativas para habilitar o edificar no otorgan o no son constitutivas del derecho a urbanizar o edificar que es un derecho preexistente

configura, señalando sus límites, concretando su contenido. Posteriormente, la ley puede imponer restricciones o limitaciones al ejercicio de las facultades que ella misma [sic] ha reconocido al propietario, pero la primera operación que la ley lleva a efecto es, sin embargo, la de delimitar el contenido del derecho". En *El planeamiento urbanístico*. Madrid: Iustel, 2007, p. 41.

¹² García de Enterría, Eduardo (1974). "Actuación pública y actuación privada en el derecho urbanístico". En *Revista Española de Derecho Administrativo* 1, pp. 79 y ss.

¹³ Boquera Oliver, José Ma. (1992). "La limitación de la propiedad urbanística según la Constitución". En *VV. AA. Derecho urbanístico local*. Madrid: Civitas, p. 60.

¹⁴ Martínez López-Muñoz José Luis (1992). "Derecho de propiedad y proyecto de ley de reforma de la ley del suelo". En *VV. AA. Derecho urbanístico local*. Madrid: Civitas, p. 78.

del agente privado porque forma parte de las facultades dominicales de su derecho de propiedad, aunque su ejercicio pueda estar condicionado por las cargas y restricciones establecidas en las normas urbanísticas.¹⁵ Al respecto señala Lobato Gómez:¹⁶ “[...] puede decirse que el Plan (urbanístico) únicamente define, delimita y concreta el dónde, el cómo, el cuánto y el cuándo puede el dueño del suelo materializar el aprovechamiento urbanístico que corresponde al mismo [sic], ejercitando el derecho a edificar que le compete como propietario”.

Comparto la opinión del profesor Martínez López-Muñiz,¹⁷ para quien la mayor intensidad en las limitaciones de carácter negativo establecidas por la ordenación urbanística se manifiesta especialmente respecto del suelo rústico, que no puede legalmente ser urbanizado por no encontrarse en una zona formalmente calificada como de suelo urbano o susceptible de ser urbanizado, pero que, aun en esa situación, no puede considerarse que el derecho de propiedad sobre dicho suelo rústico estuviera en rigor privado de sus facultades de proyección urbanística, porque simplemente se encuentra limitado por unas prohibiciones que le restringían el contenido actual de su dominio; razón por la cual un hipotético futuro cambio en la calificación del referido suelo de no urbanizable a predio con zonificación de carácter urbano no puede significar “que el propietario adquiriese derechos o facultades nuevas que vinieran a añadirse a su derecho de propiedad, sino simplemente que al cambiar las limitaciones a ese derecho, este expandía sus facultades propias o se hacía posible un ejercicio de ellas que hasta entonces estaba vedado”. En el mismo sentido, las propiedades urbanas o susceptibles de ser urbanizadas no definen ni configuran su contenido por aplicación de las normas urbanísticas, las que solo establecen restricciones o condiciones para el ejercicio del derecho a la actividad edificatoria, la que probablemente es la más relevante desde la perspectiva económica y respecto de la cual no tenemos dudas de que forma parte del contenido esencial del derecho del propietario.

4. Las diferentes clases de intervenciones sobre la propiedad predial

En nuestro régimen legal, existe una gran variedad de limitaciones a la propiedad privada por razones de urbanismo, fundado en la necesidad de garantizar el bien común, las que siguiendo en grandes líneas la calificación aportada por el profesor Brewer-Carías,¹⁸ se clasifican así:

1. En primer lugar, debe considerarse aquella limitación a la propiedad predial que exige como requisito para que el propietario realice cualquier actividad de carácter urbanístico o edificatorio la necesidad de obtener una específica licencia municipal, la que constituye un acto de control preventivo por medio del cual la municipalidad

¹⁵ Participa de esta opinión Nieto-Guerrero Lozano, Ana Ma. (2007). *Licencia urbanística y comunicación previa de obras*. Madrid: Thomson Aranzadi, p. 78.

¹⁶ Lobato Gómez, J. Miguel (1989). *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*. Madrid: Montecorvo, p. 596.

¹⁷ Martínez, 1992: 92 y 93.

¹⁸ Brewer – Carías, Allan (1980). *Urbanismo y propiedad privada*. Caracas: Jurídica Venezolana, p. 86. Dicha clasificación de las limitaciones urbanísticas es seguida también por Rojas Morales, Iris Roció (2010). *Derecho urbanístico costarricense*. San José: USA, pp. 206 y ss. El profesor Gunther González Barrón propone otra tipología en “El nuevo reglamento de licencias de habitación urbana y de edificación. Análisis del Decreto Supremo 008-2013-Vivienda”, p. 79.

competente comprueba que el proyecto presentado por el propietario para su aprobación es conforme a la regulación urbanística.¹⁹

2. En segundo lugar, debe considerarse al grupo de limitaciones que afectan la facultad de uso del derecho de propiedad, en tanto que establecen el uso del suelo permitido (zonificación), el volumen de terreno que puede ser ocupado por las construcciones (coeficiente de edificación, porcentaje mínimo de área libre), densidad de habitantes por hectárea, el número de pisos (alturas), el uso que los propietarios puedan dar a las azoteas, alineamientos, la previsión de estacionamientos en función del uso y del área de la edificación y los materiales utilizables en la edificación,²⁰ entre otras varias restricciones y cargas que los propietarios están obligados a cumplir y respetar.
3. En tercer lugar, se comprende las limitaciones o restricciones que impiden a los propietarios edificar en determinadas áreas de su predio, como sucede con los denominados “retiros municipales” de carácter frontal, lateral o posterior, que tienen por finalidad ya sea garantizar el ornato, proteger la privacidad en las relaciones de vecindad y la seguridad de los residentes, o incluso para permitir el ensanche de las vías en que se encuentra el predio materia del proyecto de edificación.²¹
4. En cuarto lugar, corresponden a esta categoría las restricciones que se establecen legalmente al propietario para habilitar o edificar en los siguientes casos: (i) en función de la proximidad de su predio con determinados bienes de dominio público (colindancia con aeropuertos y de las zonas de playa, entre otros varios ejemplos); (ii) es el caso también de las restricciones que prohíben ocupar o edificar en las riveras de los ríos, lagos, etc., y (iii) de las restricciones que se establecen a los predios o inmuebles ubicados en zona monumentales o bienes culturales inmuebles.
5. Finalmente, en quinto lugar nos referimos a las normas legales que establecen la obligación para aquel propietario de un lote de terreno rústico o que no tenga la condición de urbano que pretenda realizar actividades urbanizadoras (habilitación urbana) de ceder gratuitamente a las administraciones públicas competentes (el Ministerio de Educación y la correspondiente municipalidad) áreas de terreno que se destinarán a usos de la colectividad, es decir, para recreación pública o parques y a actividades que desarrolle el Ministerio de Educación, las que constituyen obligaciones que tradicionalmente en nuestro medio han recibido la denominación de “aportes reglamentarios”.²² Es el caso también de las áreas que en el respectivo proyecto de

¹⁹ La Ley 29090 y su respectivo reglamento aprobado mediante Decreto Supremo No. 008-2013-VIVIENDA, regulan el régimen de las licencias de habilitación urbana y de edificación a nivel nacional.

²⁰ Buena parte de este grupo de restricciones o limitaciones son establecidas directamente por el Reglamento Nacional de Edificaciones, aprobado mediante Decreto Supremo No. 011-2006-VIVIENDA, que contiene las normas técnicas (criterios y requisitos) de aplicación obligatoria a nivel nacional a las actividades de diseño y ejecución de habilitaciones urbanas y de edificación, con el objeto de asegurar la calidad de las edificaciones, sin perjuicio de que los respectivos planes de desarrollo urbano o planes urbanodistritales aprobados mediante ordenanzas de las municipalidades provinciales o distritales competentes precisen o complementen dichas obligaciones para los propietarios.

²¹ El régimen general de los retiros se encuentra en el artículo 9 de la Norma Técnica A.010 del Reglamento Nacional de Edificaciones modificado mediante el Decreto Supremo 005-2014-Vivienda. Corresponde a las municipalidades distritales establecer las normas específicas que obligan a los propietarios a respetar los retiros través de sus respectivos planes urbano distritales aprobados mediante ordenanzas de sus concejos municipales.

²² El régimen general de los aportes de habilitación urbana se encuentra regulado en los artículos 27 al 36 del Capítulo IV, Norma GH.020, Título II del Reglamento Nacional de Edificaciones, sin perjuicio de que las

habilitación se destinan para aceras, vías públicas y plazas, las que posteriormente se inscriben a nombre de la respectiva municipalidad.

5. Marco legal

A diferencia de otros países de nuestro entorno, nuestro país carece de leyes que regulen con carácter general el ordenamiento del territorio o el marco general de la regulación urbanística. Dicha carencia ha querido ser suplida principalmente por normas de carácter reglamentario y alcance nacional dictadas por el Poder Ejecutivo, como es el caso del Reglamento Nacional de Edificaciones, al cual se ha hecho referencia en la sección anterior y del Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano, aprobado mediante Decreto Supremo 004-2011-Vivienda, que establece los lineamientos técnicos que deben seguir las municipalidades a nivel nacional para ejercer sus competencias en materia de planeamiento y gestión del suelo, acondicionamiento territorial y desarrollo urbano y rural, mediante la aprobación de los diferentes modalidades de planes urbanos por parte de las municipalidades provinciales o distritales competentes, según el tipo de plan.²³ Completa el referido panorama la Ley 29090, Ley de regulación de habilitaciones urbanas y de edificaciones, que establece el marco legal nacional específicamente aplicable a los procedimientos administrativos que deben de tramitar los propietarios para obtener las licencias que les autoricen a realizar actividades de habilitación (urbanización) y de edificación de inmuebles ante las municipalidades provinciales o distritales competentes.

La mayor parte de las normas que desarrollan el ordenamiento urbanístico en el Perú, es verdad que circunscrito a los confines de su respectivo territorio, son municipales, las que, mediante la aprobación de los respectivos planes urbanos, establecen las distintas clases de obligaciones y cargas que se imponen a la propiedad privada predial con la finalidad de armonizar el derecho subjetivo de los propietarios con el interés público. Los citados planes constituyen herramientas mediante las cuales las municipalidades en ejercicio de las competencias conferidas por la Constitución organizan su respectivo territorio, es decir, expresan los objetivos, directrices y políticas, que sirven de orientación al desarrollo físico de su territorio, a la vez que establecen las diferentes obligaciones que recaen sobre los propietarios para el aprovechamiento de sus predios.²⁴

En mi opinión, nuestro medio requiere dotarse en un futuro próximo de un marco jurídico que regule en forma integral y con carácter nacional, los principios, pautas, criterios y lineamientos que deben regular el ordenamiento territorial y urbanístico en las diferentes localidades que conforman nuestro país.

municipalidades provinciales establecen las normas específicas aplicables a su respectiva circunscripción territorial. El numeral 1 del artículo 3 de la Ley 29090, Ley de regulación de habilitaciones urbanas y de edificaciones, establece que los referidos aportes gratuitos una vez recepcionados por las entidades públicas beneficiarias tienen la calidad de bienes de dominio público.

²³ El citado Reglamento clasifica los siguiente tipos de Planes Urbanos (PU): (i) Plan de Acondicionamiento Territorial (PAT); Plan de Desarrollo Metropolitano (PDM); (iii) Plan de Desarrollo Urbano; (iv) Plan Urbano Distrital (PUD); (v) Esquema de Ordenamiento Urbano (EU); (vi) Plan Específico (PE); y (vii) Planeamiento Integral (PI).

²⁴ Rincón Córdova, Jorge Iván (2012). *Planes de ordenamiento territorial, propiedad y medio ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 80.