

# Las transferencias de aprovechamiento urbanístico como mecanismo de gestión para la obtención gratuita de suelos dotacionales y para compensar déficits de áreas verdes<sup>1</sup>

Laura I. Francia Acuña<sup>2</sup>

## SUMARIO

1. Introducción. 2. La gestión urbanística y el principio de equidistribución de beneficios y cargas como fundamento del derecho de propiedad. La técnica española denominada “reparcelación”. 3. Las Transferencias de Aprovechamiento Urbanístico (TAU) como medida para la obtención gratuita de suelos para equipamiento público y áreas verdes, y como mecanismo alternativo a la “reparcelación” y a las expropiaciones urbanísticas. 4. Las TAU en la legislación comparada: Las Transferencias del Coeficiente de Ocupación del Suelo (Transfert de cos) en Francia, las *Transfer Development Rights* (TDR) en los Estados Unidos y las Transferencias de Derechos de Construcción y Desarrollo (TDC & D) en Colombia. 5. Aproximaciones a las TAU en el Perú. 6. Conclusiones.

## PALABRAS CLAVE

Transferencia de aprovechamiento urbanístico; Equidistribución; Gestión urbanística; Edificabilidad; Dotaciones y equipamiento público; Áreas verdes.

## KEY WORDS

Transfer development rights; Land regulations; Historical and environmental preservation; Smart growth; Public spaces.

## RESUMEN

En España, las Transferencias de Aprovechamiento Urbanístico (TAU) garantizan una justa distribución de cargas y beneficios entre todos los propietarios de determinada área urbanística, ahorrando a la administración municipal el tener que realizar expropiaciones y hacer uso de recursos públicos para obtener suelos dotacionales. A través de esta figura, el propietario puede materializar su aprovechamiento en otro suelo donde podrá construir todo el aprovechamiento que el plan le asigna, en lugar de recibir dinero (justiprecio), trasladando el suelo original a los fines públicos o de áreas verdes previstos por el mismo plan. A diferencia de las TAU, que persiguen la obtención gratuita de equipamientos públicos, las *Transfer Development Rights* (TDR) americanas (derivadas de las

<sup>1</sup> El presente artículo fue publicado originalmente en la Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente (RDU) de España. Agradecemos a la autora por habernos cedido el presente artículo para su publicación.

<sup>2</sup> LL.M. in Government Contracts por the George Washington University – School of Law. Especialista en Urbanismo y Desarrollo Sostenible, y en Planificación y Gestión Urbana Territorial por la Unión Iberoamericana de Municipalistas. Asociada Senior en Lazo, De Romaña & Gagliuffi Abogados. Actualmente se encuentra realizando un Máster en Project Management en EAE Business School de Madrid.

Transferencia del Coeficiente de Ocupación del Suelo - Transfert de cos francesas) son una operación económica que busca compensar al propietario por el valor perdido de su terreno agrícola o rural, debido al crecimiento urbanos, o para la preservación histórica o medioambiental.

En el Perú, hemos identificado dos aproximaciones a estas figuras, que, al igual que las Transferencias de Derechos de Construcción y Desarrollo (TDC & D) colombianas, recogen características de los tres modelos que le sirvieron de base. El presente ensayo tiene por objeto desarrollar un panorama descriptivo de tales modelos, para luego analizar los dos ejemplos recientemente implementados en el Perú, y mecanismos en que podría mejorarse su viabilidad.

### ABSTRACT

In Spain, Urban Achievement Transfers (TAU) guarantee a fair distribution of burdens and benefits among all owners of a particular urban area, saving the municipal administration from expropriations and takings and from using public resources for the purpose of obtaining public areas. Through this mechanism, the owner can fulfill its building or development rights in another land (receiving area) where it is possible to build the whole use assigned by the Plan, instead of receiving money (fair value) for the property. Likewise, the original property (sending area) will be used for the public purposes provided by the same plan. Unlike TAU, which main objective is to pursue free public facilities, the American Transfer Development Rights (TDR) (derived from the French *cos Transfert*) constitute an economical operation that seeks to compensate the owner for the lost value of the agricultural or rural land, due to urban growth, or due to environmental or historic preservation. Urban sprawl is also controlled by this means.

In Peru, we have identified two approaches to said mechanisms, which, similar to the Colombian Transfer of Construction and Development Rights (TDC & D), collect characteristics of the three models that served as its basis. This essay is intended to develop a descriptive overview of these three models, and then analyze the two recent examples implemented in Peru, and how their viability could be improved.

## 1. Introducción

Si entendemos el derecho urbanístico como el “[...] conjunto de reglas a través de las cuales la administración, en nombre de la utilidad pública, y los titulares del derecho de propiedad, en nombre de defensa de los intereses privados, deben coordinar sus posiciones y sus respectivas acciones con vista a la ordenación del territorio”,<sup>3</sup> es posible afirmar que se trata de la rama del derecho administrativo donde se observa una gran intervención del Estado a través del denominado poder de policía y de la función de planificación. En tal sentido:

[...] resulta evidente que el derecho urbanístico requiere de una mayor o menor intervención estatal —a través de los órganos administrativos de planeamiento, control y ejecución—; todo lo cual se configura como parte importante del derecho administrativo. Dentro de este ámbito nos encontraremos con un derecho administrativo-ur-

<sup>3</sup> Carceller Fernández, Antonio (1989). *Instituciones del derecho urbanístico*. Madrid: Montecorvo, p. 22.

banístico, el cual regulará, entre otros temas, el plan de uso de la tierra que constituye una norma jurídica en cuanto afecta a todos los propietarios en forma general y abstracta: o los actos de autorización de una urbanización o de una edificación, que constituyen actos administrativos en cuanto tienen eficacia particular [...].<sup>4</sup>

Como hemos señalado en anteriores trabajos, en el Perú, las limitaciones al derecho de propiedad por razones de interés público se manifiestan en instrumentos como la zonificación, en la obligatoriedad de obtener licencias de habilitación urbana y de edificación, en la imposición de servidumbres, e incluso en la expropiación.

La planificación, o planeamiento cuando al territorio se refiere, “constituye la fase de previsión y programación en donde se decide el tipo de ocupación que se dará al territorio y las distintas actividades pertinentes, los ritmos y modos de crecimiento urbano, las actuaciones sobre el casco urbano consolidado y los proyectos concretos a ejecutar sobre zonas precisas de la ciudad y su zona de expansión”.<sup>5</sup> Esta función se manifiesta mayormente a través de instrumentos denominados planes, cuyo diseño y elaboración por lo general está en manos de técnicos especialistas. Sin embargo, la implementación y control de los planes depende de las autoridades competentes en la materia, en el caso peruano, de los gobiernos locales. Son estos los que tienen la obligación de poner en práctica las propuestas especializadas del plan, asegurando así el desarrollo y la calidad de vida de la población.<sup>6</sup>

Dependiendo de la legislación de la que se trate, los planes podrán tener carácter normativo, como es el caso español y de la mayoría de los países latinoamericanos, o vinculante (referencial) mas no obligatorio, como en los Estados Unidos, donde el plan adquiere *force of law* a través de las *zoning ordinances*.<sup>7</sup> El contenido del plan (objetivos, estrategias, metas, instrumentos) dependerá de la organización político-administrativa de cada país, encontrando así los planes nacionales, regionales, departamentales o subregionales y municipales o locales.<sup>8</sup>

En el Perú, si bien no contamos (todavía)<sup>9</sup> con una Ley de Ordenamiento Territorial o del Suelo, en junio de 2011 se aprobó el nuevo Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano (Decreto Supremo 004-2011-VIVIENDA), el cual estableció los lineamientos técnicos y expeditivos de alcance nacional, que permitan a los Gobiernos

<sup>4</sup> Córdova Beltrán, Flor de María (1999). “El contrato de compraventa de lotes preurbanos”. En Estudios Jurídicos en Homenaje al Dr. Rubén Guevara Manrique. Lima: Gráfica Horizonte, p. 449.

<sup>5</sup> Bolívar, Zulma (2011, octubre). “Introducción al ordenamiento territorial”. En *Curso de Especialización en Planificación y Gestión Territorial Urbana*. Granada: Unión Iberoamericana de Municipalistas, p. 8.

<sup>6</sup> Bolívar, 2011: 3.

<sup>7</sup> Conrad Juergensmeyer, Julian y Roberts, Thomas E. (2003). *Land Use Planning and Development Regulation Law*. New York: Hornbook Series, Thomson West, dice: “The comprehensive plan is generally defined as an official public document preferably (but often not) adopted as law by the local government as a policy guide to decisions about the physical development of the community” (p. 27). “The majority of the states whose legislation enables the preparation of comprehensive plans do not require local governments to prepare plans, and comprehensive plans in these states are principally land use policy documents without the force of law” (p. 31).

<sup>8</sup> Bolívar, 2011: 9.

<sup>9</sup> Se espera que durante el 2013, el Ministerio de Vivienda presente al Congreso una “Ley de Desarrollo Urbano” o “Ley de Urbanismo” para su aprobación. Ver: <<http://www.andina.com.pe/Espanol/noticia-ministerio-vivienda-presentara-dos-meses-proyecto-ley-urbanismo-455376.aspx>> y <<http://gestion.pe/movil/noticia/2053325>>.

Locales (Municipalidades Provinciales y Distritales) elaborar (o actualizar en un plazo de cuatro años) y aprobar sus planes, los cuales se clasifican en: Planes Urbanos (PU), Planes Específicos (PE) y Planeamiento Integral (PI). Los Planes Urbanos, a su vez, comprenden los siguientes: Plan de Acondicionamiento Territorial (PAT), Plan de Desarrollo Metropolitano (PDM), Plan de Desarrollo Urbano (PDU), Plan Urbano Distrital (PUD) y Esquema de Ordenamiento Urbano (EU).

Como bien se recogió en la parte considerativa de este reglamento, el territorio peruano presenta un patrón de ocupación del suelo mayoritariamente informal, con ciudades extendidas de manera desordenada y con problemas de carencia de infraestructura y servicios, derivados de la ausencia de una adecuada planificación concertada con los agentes que intervienen en dicho proceso, así como de una visión integral del conjunto de circunscripciones territoriales en los cuales se encuentra dividido el país. Por ello, es necesario que la elaboración de los referidos planes se efectúe con el más alto nivel técnico posible, y que además garantice la participación democrática de los vecinos e instituciones de la sociedad civil, así como de los organismos del gobierno nacional, regional y local.

No obstante, en la práctica los planes enfrentan diversos problemas: intereses privados sobre el interés público, la conocida pugna “conservación versus desarrollo”, políticas sectoriales de desarrollo que muchas veces no van de la mano con objetivos regionales/locales y presiones de poder frente a la toma de decisiones ordenadoras.<sup>10</sup> A ello se suma que el mercado del suelo se sujeta a reglas que no necesariamente siguen los postulados ortodoxos de la economía del mercado de otras mercancías, y que no permiten una oferta y una demanda plenamente competitiva y racional.<sup>11</sup>

Para superar estos problemas, es fundamental contar no solo con instrumentos que permitan formular, discutir y aprobar el plan (planeamiento territorial) sino también ejecutarlo (gestión territorial). No sin razón se afirma que “el planeamiento es también —y, quizás, sobre todo— gestión, pues sin posibilidades de ejecución tiende inevitablemente a convertirse en un dibujo muerto (García Bellido)”.<sup>12</sup> Por tanto, serán precisamente las técnicas de gestión urbanística o ejecución del planeamiento, las que permitan igualar las desigualdades que el planeamiento urbanístico pueda generar entre los propietarios de las distintas clases de suelo.

El presente trabajo tiene por objeto evaluar una de esas técnicas de distribución de beneficios y cargas, conocida en la legislación española como las “Transferencias de Aprovechamiento Urbanístico”. La legislación estadounidense recoge la figura de los *Transfer Development Rights*, que como detallaremos más adelante, difieren de la figura española en tanto no son necesariamente un mecanismo de obtención de suelos para dotaciones públicas. La legislación colombiana, por su parte, se inspira en los tres modelos mencionados, y de manera muy similar, en el ordenamiento peruano se están tratando de introducir estos mecanismos, a través de figuras que si bien toman como modelo el español en algunos casos, han resultado en un “híbrido” en otros.

<sup>10</sup> Bolívar, 2011: 12.

<sup>11</sup> Ramallo López, Fátima, E. (2011, octubre-noviembre). “Los mercados del suelo e instrumentos de intervención”. En *Curso de Especialización en Planificación y Gestión Territorial Urbana*. Granada: Unión Iberoamericana de Municipalistas, p. 2.

<sup>12</sup> Fernández, Tomás-Ramón (2007). *Manual de derecho urbanístico*. Vigésima edición. Madrid: La Ley, p. 156.

## 2. La gestión urbanística y el principio de equidistribución de beneficios y cargas como fundamento del derecho de propiedad. La técnica española denominada “reparcelación”

Como se sabe, la gestión urbanística “persigue la ejecución del planeamiento urbanístico, con la colaboración de los particulares, mediante la transformación de la realidad física y jurídica, llevando a cabo la distribución de beneficios y cargas entre estos y recuperando parcialmente para la comunidad las plusvalías generadas”.<sup>13</sup> En tal sentido, en la gestión urbanística (o ejecución del planeamiento) pueden diferenciarse las siguientes etapas: (i) la redistribución dominical (a través de la reparcelación o de las transferencias de aprovechamiento urbanístico); (ii) la urbanización (o ejecución material del planeamiento); y (iii) la edificación.

Dado que el planeamiento urbanístico, al plasmar en los planes la clasificación de los suelos otorga mayor valor a unos que a otros, es fundamental que la gestión urbanística cuente con mecanismos que permitan corregir la “lotería” que supone el planeamiento. Precisamente el principio de “equidistribución” implica contar con instrumentos adecuados para frenar el efecto discriminatorio del “azar” de dicho planeamiento, de manera que exista homogeneidad en el aprovechamiento de los suelos, independientemente de la clasificación y categorización de estos. Así, la equidistribución delimita el contenido del derecho de propiedad, en atención precisamente a su fin social, contando para ello con técnicas de redistribución de tales beneficios y cargas del planeamiento.<sup>14</sup>

Tomás-Ramón Fernández ha destacado el importante papel que cumplen dichas técnicas, pues de su funcionamiento adecuado depende la legitimidad misma del ordenamiento urbanístico. Explica el autor cómo antes de la reforma española de 1975 el instrumento con el que se contaba era la denominada “reparcelación”:

[...] operación consistente en la nueva división del terreno parcelado que la ley autorizaba a imponer con carácter obligatorio a los propietarios de un polígono o manzana, “considerados al efecto en comunidad” (artículo 70.3 de la Ley de 1956), a fin de distribuir justamente entre ellos los beneficios y cargas de la ordenación, localizando sus cuotas de aprovechamiento urbanístico en las parcelas calificadas como edificables por el plan y dejando libres al propio tiempo aquellas otras que el plan considera como no susceptibles de edificación privada y destinada a viales, zonas verdes y equipamientos colectivos en general.<sup>15</sup>

En otras palabras, como señala Javier García-Bellido: “La reparcelación española empieza siendo (desde 1861 a 1956), como todas las demás: un sencillo reparto

<sup>13</sup> Galán Vioque, Roberto (2012). Curso de Especialización en Planificación y Gestión Territorial Urbana. Módulo 3: Urbanismo Comparado I: Modelo de España. Granada: Unión Iberoamericana de Municipalistas.

<sup>14</sup> Cabe señalar que la Constitución española recoge en su artículo 47 el mandato de hacer participar a la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanizadora de los entes públicos. Por su parte, el artículo 8 de la Ley del Suelo señala que el derecho de propiedad implica que el propietario pueda participar en la ejecución de las actuaciones de urbanización en un régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios afectados en proporción a su aportación. Si bien la normativa peruana no recoge expresamente disposiciones similares, sí establece en su Constitución que la propiedad cumple una función social (artículo 70). Además, el principio de igualdad, igualmente recogido a nivel constitucional, sirve como base para una justa distribución de deberes y beneficios del planeamiento.

<sup>15</sup> Fernández, 2007: 138.

equitativo a prorrata de los costes monetarios de una obra pública entre todos los vecinos que van a beneficiarse más directamente de ella (que mejora objetivamente su calidad), pero incluyendo además la reducción o cesión proporcional de una porción del suelo originario de cada finca aportada, en porcentaje igual para todos, con destino a los usos y necesidades comunes tanto de suelos de usos común (viales, equipos), como para financiar las obras".<sup>16</sup>

Cuenta el mismo García-Bellido cómo las modalidades históricas de la gestión económica del proceso urbanizador van desde la administración expropiante, al empresario promotor-urbanizador, y a los propietarios del suelo asociados como urbanizadores. Dentro de esta última, esto es, de la intervención directa de los mismos propietarios del suelo que va a urbanizarse (quienes aportan su capital-suelo y una financiación suplementaria para realizar las obras de urbanización y ceder las redes y equipamientos al dominio público), la equidistribución puede ser: (i) solo de los gastos de la urbanización (como en la legislación francesa, alemana o japonesa donde existía la ayuda técnica o financiera de la comunidad o gobierno local para motivar a los pequeños propietarios y el objetivo es deducir el porcentaje del suelo que cada uno deberá ceder para calles y equipamientos públicos, así como la parte que debía ser segregada para vender y financiar las obras conjuntas); o (ii) de los gastos y beneficios, como en la legislación española a partir de 1956.<sup>17</sup>

En España, como señala Fernández, en la práctica la eficacia de la reparcelación era bastante limitada, dado que se aplicaba sobre ámbitos muy reducidos (polígonos o manzanas) y a que su operatividad era prácticamente nula en el suelo urbano. El texto refundido de 1976 resolvió el problema de las desigualdades interzonales a través de lo que llamó "aprovechamiento medio":

La fijación de ese aprovechamiento medio correspondía hacerla al propio plan general para la superficie total del suelo urbanizable programado, así como para cada uno de los sectores en que este se dividía. De esta forma, al conjugarse todos los posibles usos lucrativos en una sola cifra final expresiva de la media de todos ellos, todos los propietarios del suelo urbanizable programado, cualquiera fuese la ubicación de sus terrenos, venían a ser tratados por igual porque a todos ellos se reconocía el mismo aprovechamiento (el medio) por unidad de superficie, variando, en consecuencia, su aprovechamiento total en razón de la distinta superficie de los terrenos de su propiedad.<sup>18</sup>

El Texto Refundido de 1992, como señala el citado autor, respetó este sistema e introdujo algunos "retoques" como el "aprovechamiento tipo", que "se calcula en el suelo urbanizable para cada área de reparto dividiendo el aprovechamiento lucrativo total de las zonas incluidas en ella, expresado en metros cuadrados construibles del uso característico, por la superficie total del área (artículo 7.1 de TR92), previa ponderación relativa de los usos de las diferentes zonas (artículos 97.2 y 96.3)".<sup>19</sup>

<sup>16</sup> García-Bellido, Javier (2002, marzo). "La 'reparcelación' española equidistributiva y su relativa singularidad comparativa" [The Spanish 'reparcelación' or equitable land readjustment and its relative uniqueness]. Conference on Land Readjustment. Lincoln Institute of Land Policy.

<sup>17</sup> García-Bellido, 2002.

<sup>18</sup> Fernández, 2007: 140.

<sup>19</sup> Fernández, 2007: 140-141.

En palabras de García-Bellido, la esencia del modelo español “radica en considerar no una suma de propiedades dispersas, sino en tratar como una unidad al conjunto de propiedades, calculando el valor urbanístico añadido por el plan concreto y otorgándoles en propiedad patrimonial e hipotecable a cada uno de los propietarios de ese suelo el valor medio añadido al conjunto, deducido de la suma de las edificabilidades y usos potenciales establecidos por el plan en cada parcela (debidamente homogeneizados en sus valores serán los aprovechamientos singulares de cada parcela), divididos por la superficie total de suelo de la actuación or action area (aprovechamiento medio, average development rights as average building allowances”.<sup>20</sup>

Ambos medios permiten restablecer la igualdad que se perdió producto del planeamiento, por lo que el aprovechamiento urbanístico resulta así primordial para la “convivencia urbana, con la intensidad que se produce contemporáneamente, lo que obliga a la ordenación racional del uso del suelo”.<sup>21</sup>

Ahora bien, todo ello fue posible, no solo por la base constitucional española que otorga al propietario el derecho a apropiarse de las plusvalías públicas y de la base legal que le impone el deber de urbanizar, sino también por la “imaginación financiera de un país pobre y sin empresarios avezados”, que describe García-Bellido, donde se inventó virtualmente el capital financiero que no existía y se crearon empresarios donde no los había, los cuales compensarían el deber de urbanizar con lo mucho que luego podrían pedir por los suelos ya convertidos en solares urbanos edificables:

Así en la España de mediados de los años 50 se opta por crear de la nada los capitales necesarios para la inversión urbanizadora, inventarlos, imaginarlos como papel fiduciario, creando un capital inflacionario sin soporte real efectivo, solo capital virtual futurible garantizado por el estado: esta será la “alocada” aportación imaginativa española al urbanismo basada en la equidistribución de derechos y deberes de la propiedad, no solo redistribuyendo los gastos de las obras de urbanización, sino también el valor total añadido por el plan con la edificabilidad y usos prediseñados en cada solar futuro (plusvalías urbanísticas, aprovechamiento medio) que se convierte en el verdadero objeto y finalidad del reparto. De este modo se aporta capital futuro imaginario y se capturan parte de las plusvalías futuras creadas por el plan en forma de todas las obras públicas necesarias y suelos destinados a equipamientos públicos. Esto que sería lo que haría cualquier empresario industrial al pedir un crédito para financiar sus empresas, pero en este caso no es en la espera de que fabrique y consiga vender sus productos, sino que se le otorga la financiación hipotecariamente solamente a los que ponen como respaldo del préstamo la entera propiedad del suelo, con todos sus valores futuros asegurados por ley como garantía.<sup>22</sup>

Derivado de todo ello, como señala el mismo García-Bellido, se va a producir un efecto jurídico-civil trascendental en la forma jurídico-económica de las cesiones de suelo para los equipamientos públicos. Como se ha señalado, en España, la Ley del Suelo:

<sup>20</sup> García-Bellido, 2002.

<sup>21</sup> Martín Mateo, Ramón (2007). *La gallina de los huevos de cemento*. Pamplona: Thomson Civitas, p. 125.

<sup>22</sup> García-Bellido, 2002.

- 1) le regala a cada propietario de suelo, como bien patrimonial efectivo y desde el mismo momento de la aprobación del plan, todas las plusvalías públicas urbanísticas que son generadas por el propio plan en cada zona (el 100% del aprovechamiento medio de la unidad de actuación), pero a condición de que:
- 2) se equidistribuyan (perecuación) entre todos esos propietarios todos los costes de las obras públicas de urbanización de la totalidad del área (calles, infraestructuras básicas, agua, alcantarillado, depuración, electricidad, gas, cable, teléfono, iluminación pública, plantación árboles, jardines y parques públicos, etc.);
- 3) cedan gratuita y obligatoriamente al municipio todos los terrenos de uso público necesarios y estandarizados [...]; y
- 4) cedan gratuita y obligatoriamente al municipio el suelo edificable en el plan para viviendas sociales equivalente al 10 % del aprovechamiento medio de las zonas urbanizables futuras [...].<sup>23</sup>

Como señala el autor, la astucia de esta operación económico-financiera de convertir, por obligación, a los propietarios en empresarios urbanizadores fiduciarios, basada en la denominada “función social de la propiedad”, permite a la Administración Pública ahorrarse las valoraciones económicas y la realización de expropiaciones (más los conflictos judiciales que ellas traen).<sup>24</sup> Además, los costos y cargas de la obra pública urbanizadora se lo distribuyen los propietarios a prorrata proporcional a sus fincas, cediendo porciones gratuitas y obligatorias al dominio público, obteniéndose así los suelos para dotaciones públicas, a los cuales haremos referencia a continuación.

### **3. Las transferencias de aprovechamiento urbanístico (TAU) como medida para la obtención gratuita de suelos para equipamiento público y áreas verdes, y como mecanismo alternativo a la “reparcelación” y a las expropiaciones urbanísticas**

Precisado lo anterior, se puede afirmar que el aprovechamiento urbanístico es el derecho a utilizar el suelo de conformidad con la calificación (uso) que el planeamiento le ha dado para así obtener un beneficio económico y surge como un instrumento primordial de la mencionada técnica urbanística de equidistribución de beneficios y cargas.

Si bien el aprovechamiento urbanístico y la edificabilidad son conceptos distintos, en tanto la edificabilidad supone un paso adicional en la ejecución urbanística,<sup>25</sup> es posible afirmar que el aprovechamiento urbanístico viene dado por la edificabilidad, o la cantidad de edificación por superficie concreta de terreno: En el suelo urbano el aprovechamiento urbanístico de un solar coincidirá con la edificabilidad que puede construirse en él, puesto que el uso del suelo y su intensidad de uso por regla general será esta en todo

<sup>23</sup> García-Bellido, 2002.

<sup>24</sup> García-Bellido, 2002.

<sup>25</sup> Pues como señala Yásser-Harbi Mustafá Tomás, la edificabilidad: “Expresa el potencial edificatorio de un sector o de una parcela en metros cuadrados, no ya del uso característico, sino de cada uno de los distintos usos admitidos por el planeamiento. Es como si al aprovechamiento se le pusiera el “apellido” del uso (lo que se puede construir —en cantidad— para destino residencial, para comercial, etc.)”. Cfr. Mustafá Tomás, Yásser-Harbi. “Régimen de las transferencias y reservas de aprovechamiento urbanístico. En especial, el régimen de la Comunidad Valenciana”, p. 9. Recuperado el 4 de noviembre de 2014 en: <<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2349/documento/077yasser.pdf?id=1958>>.

el solar; mientras que en el suelo urbanizable se darán las figuras de aprovechamiento medio y aprovechamiento tipo arriba descritas.<sup>26</sup>

Ahora bien, dado que el derecho de aprovechamiento urbanístico es independiente del derecho de propiedad (y por cierto distinto al derecho de superficie que emana de esta), puede ser transmitido manteniéndose la propiedad del suelo. Así, esa transferencia califica como una “técnica que permite el ajuste del desequilibrio entre el aprovechamiento objetivo o real de una parcela y el aprovechamiento subjetivo o patrimonializable por el propietario de esa parcela. Los aprovechamientos que pueden transferirse son los subjetivos, nunca los reales u objetivos, ya que ello implicaría una modificación del planeamiento”.<sup>27</sup>

En tal sentido, las denominadas Transferencias de Aprovechamiento Urbanístico (en adelante, TAU) en la legislación española son una “técnica de ‘redistribución dominical’, es decir, de ajuste del aprovechamiento subjetivo al aprovechamiento objetivo determinado por el planeamiento para la parcela —lucrativa o no lucrativa— de que se trate. A través de ellas se cumple, en su caso, la perecuación entre propietarios, si está asumida esta técnica, de una u otra forma (como TAU propiamente dichas o como reparcelación voluntaria o forzosa y discontinua), por la ley de la Comunidad Autónoma”.<sup>28</sup> Así, las TAU surgen como una técnica alternativa a la de reparcelación arriba descrita, siendo ambos son los instrumentos de redistribución dominical, la cual es la etapa previa a la urbanización.<sup>29</sup>

En otras palabras, mediante las TAU es posible que “fincas que tenían asignado un aprovechamiento apropiable inferior al real de la finca (deficitarias) y necesitaban adquirir aprovechamientos de otras fincas que se encontraban en situación inversa (excedentarias) [...] realizaban esas transferencias para que la ejecución del plan conformara el modelo de ciudad previsto (edificaciones y dotaciones), y se producía una redistribución dominical entre aprovechamientos urbanísticos (metros cuadrados edificables de uso y tipología correspondiente), externalizada respecto al suelo [...]”.<sup>30</sup>

Se observa, pues, que las TAU surgieron como una técnica para que la administración obtenga gratuitamente del propietario suelos destinados por el plan a equipamientos públicos o áreas verdes, obtención ciertamente menos traumática que la clásica expropiación por parte de la administración para estos fines. A cambio, y en mérito del acuerdo suscrito con la administración, el propietario podría edificar en una parcela distinta,

<sup>26</sup> Para mayor información, ver: Manual de Derecho Urbanístico. Grau Asociados Abogados de Madrid. En: <<http://www.gruasociados.com/textos/manual.pdf>>.

<sup>27</sup> Merelo Abela, José Manuel.

<sup>28</sup> Santos Diez, Ricardo y Castela Rodríguez, Julio.

<sup>29</sup> Por ello, las TAU, en España, no resultarían aplicables en el suelo urbano consolidado. Tal como señala Yásser-Harbi Mustafá Tomás: “Solo los propietarios de suelo urbano y urbanizable tienen derecho al aprovechamiento urbanístico. Por el contrario, en el suelo clasificado como no urbanizable, más allá de los usos característicos (agrícola, cinegético, forestal, etc.), únicamente podrán autorizarse actos y usos específicos que sean de interés público o social por su contribución a la ordenación y el desarrollo rurales, o porque hayan de emplazarse en el medio rural, con carácter excepcional y por el procedimiento y con las condiciones previstas en la legislación de ordenación territorial y urbanística de cada comunidad autónoma” (p. 8).

<sup>30</sup> Cabral González-Sicilia, Ángel. “Apuntes sobre las Transferencias de Aprovechamiento Urbanístico (TAU) en Andalucía”. Recuperado el 4 de noviembre de 2014 en: <[http://bufetegenova.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=122:apuntes-sobre-las-transferencias-de-aprovechamiento-urbanistico-TAU-en-andalucia&catid=3:articulos&Itemid=8](http://bufetegenova.com/index.php?option=com_content&view=article&id=122:apuntes-sobre-las-transferencias-de-aprovechamiento-urbanistico-TAU-en-andalucia&catid=3:articulos&Itemid=8)>.

a cuyo aprovechamiento le agregará la parcela cedida, pudiendo así edificar sobre la totalidad de los aprovechamientos.

Como señala Mustafá Tomás al analizar el régimen de la Comunidad Valenciana, donde se aplicó este mecanismo por primera vez, las TAU se aplican por excelencia en los casos de suelos dotacionales (aquellos reservados por el plan para la prestación de servicios y construcción de infraestructura pública) no incluidos en ninguna unidad de ejecución y, por tanto, no vinculados a una actuación urbanística sistemática donde puedan realizarse operaciones equidistributivas ordinarias, como la reparcelación arriba descrita.<sup>31</sup>

Dicho de otro modo, las dificultades en la práctica para la obtención de infraestructuras y equipamientos públicos, esenciales para el desarrollo económico y social de un país, entre las cuales se encontraba las limitaciones espaciales propias de la figura de la reparcelación, además de la ventaja que significaba para la administración obtener tales suelos sin necesidad de acudir a la expropiación o a hacer uso de recursos públicos; y lo que significaba para los propietarios que, en vez de recibir dinero, pudieran materializar su aprovechamiento en otro predio que sí tenga y al cual pueda darle un uso económico, hizo posible que la obtención de estos terrenos se diera por medio de las TAU. Además, las TAU permiten “sustituir la gestión burocrática por la negociación libre entre los afectados sobre el modo que más les convenga para cumplir sus obligaciones urbanísticas”.<sup>32</sup>

En síntesis, como recogen Parejo Alfonso y Blanc Clavero, mediante estas transferencias se logra:

[...] la obtención gratuita de suelo para la administración, a la vez que permite a los propietarios de terrenos sin aprovechamiento objetivo (por estar destinado a dotación pública: parques, viales) participar en el proceso de gestión urbanística, en términos de libertad de mercado. El propietario de suelo de cesión cede este a la administración y obtiene aprovechamiento objetivo edificable en otra parcela distinta, ubicada en cualquier otro lugar, cerca o lejos. Para ello tiene que alcanzar un acuerdo con el propietario de la parcela edificable. Este segundo propietario no puede edificar su parcela hasta que compense su “excedente de aprovechamiento”. El derecho al aprovechamiento que el plan confiere al propietario de la parcela edificable (aprovechamiento subjetivo) es menor que la edificabilidad real (aprovechamiento objetivo) de su terreno. Para poderlo edificar ha de saldar esa diferencia compensando el “excedente” con una cesión de terrenos a la administración. Para ello alcanza un acuerdo voluntario con otro propietario (el del suelo de cesión). El acuerdo puede consistir en repartirse el aprovechamiento edificable en la parcela cediendo el terreno de cesión; puede ser una auténtica reparcelación o basarse en un acuerdo indemnizatorio entre los afectados.<sup>33</sup>

En tiempos actuales, y sobre todo en países como el nuestro donde el crecimiento de las ciudades se ha dado de manera desordenada y donde no se ha dado un gran desarrollo de suelos urbanizables, las TAU resultan también ventajosas para la remodelación de entornos urbanos. Así, en cada plan se identifica los suelos que deberían obtenerse en esa

<sup>31</sup> Mustafá, p. 2.

<sup>32</sup> Parejo Alfonso, Luciano y Blanc Clavero, Francisco (1999). *Derecho urbanístico valenciano*. Segunda edición. Valencia: Tirant lo Blanch, p.43.

<sup>33</sup> Parejo, 1999:461.

ciudad para reequiparla, y mediante las TAU se compensa a los propietarios afectados con aprovechamientos en otras áreas urbanas susceptibles de albergar mayores volúmenes edificatorios (densidad), y ello resulta primordial para paliar los déficits heredados en barrios muy densificados o carentes o necesitados de mayores espacios públicos y sobre todo de áreas verdes.

En buena cuenta, como señala Mustafá Tomás, hoy, como ayer, las TAU, si bien tienen un alcance limitado, resultan un mecanismo útil en aquellos supuestos en los que:

- (i) Un propietario de una parcela en suelo urbano no puede materializar el aprovechamiento subjetivo que le corresponde, edificando su parcela, porque está calificada como dotación pública de obligada cesión al Ayuntamiento (v. gr., una zona verde o un tramo de vial).
- (ii) Existe voluntad municipal de obtener ese suelo urbano dotacional para destinarlo al uso previsto por el plan (pretende ajardinar la zona verde o ejecutar el vial).
- (iii) Otro solar urbano presenta un excedente de aprovechamiento cuya compensación es requisito previo para poder ser edificado.<sup>34</sup>

Ahora bien, cabe señalar que si bien las TAU implican un acuerdo o contrato entre la administración local y el propietario, ellas son posibles siempre que el respectivo plan las prevea como instrumento de su propia ejecución, “por lo que no depende de la voluntad de los propietarios con base en una facultad atribuida por la ley, sino de la voluntad del planificador”.<sup>35</sup> Al respecto, el Tribunal Supremo español en sus Sentencias del 22 de junio de 1981 y 4 de mayo de 1982 señaló que las TAU son admisibles en suelo urbano cuando el respectivo plan fije un aprovechamiento urbanístico para tales suelos.<sup>36</sup>

Por lo demás, cada legislación territorial (Comunidad Autónoma en el caso español) deberá establecer los requisitos de las TAU, tanto sustantivos como formales o adjetivos. Como ya hemos señalado, el presupuesto tradicional implica un terreno que el plan ha clasificado como suelo urbano y calificado como dotación pública, o suelo urbanizable, independientemente de las áreas de reparto en las que los terrenos se encuentren. Sin embargo, la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística en Andalucía (LOUA) ha intentado materializar las TAU en suelos urbanos no consolidados de más difícil gestión, lo cual ha complicado el panorama según autores como Ángel Cabral González-Sicilia.<sup>37</sup>

En tal sentido, es posible afirmar que la condición para que las TAU operen es que el terreno de origen tenga un aprovechamiento que pueda transferirse y el segundo terreno sea uno con un excedente de aprovechamiento, donde será posible edificar siempre que se haya compensado esta “plusvalía urbanística extraordinaria” a la comunidad,

<sup>34</sup> Mustafá, p. 4.

<sup>35</sup> Cabral, op. cit.

<sup>36</sup> Para mayor información, ver: Quesada Polo, Jesús. “Javier García-Bellido en Petrer: Las Normas Subsidiarias de 1985”. Recuperado el 4 de noviembre en: <[http://upcommons.upc.edu/revistes/bitstream/2099/2442/1/2\\_Jesus%20quesada%20polo.pdf](http://upcommons.upc.edu/revistes/bitstream/2099/2442/1/2_Jesus%20quesada%20polo.pdf)>. En este trabajo, el autor se refiere al último documento de planeamiento de confección íntegra de Javier García-Bellido y su implicancia en el urbanismo de Petrer (Alicante), haciendo énfasis en la nueva etapa o segunda generación de las TAU con la revisión de las Normas Subsidiarias de Petrer.

<sup>37</sup> La LOUA se puede visualizar en: <[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/CCAA/an-17-2002.t2.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/an-17-2002.t2.html)>.

concretamente al municipio, mediante el respectivo acuerdo entre los propietarios, “en virtud del cual compensan este excedente a la administración cediéndole la parcela de origen y se distribuyen el aprovechamiento objetivo de la parcela de resultado que, ahora ya, se puede materializar en su totalidad. Los propietarios también pueden pactar entre ellos una compensación en metálico sustitutiva, total o parcialmente, de la atribución de aprovechamiento en la finca edificable”.<sup>38</sup>

De cualquier forma, siempre que las TAU estén previstas en el instrumento de planeamiento aplicable, cada legislación podrá determinar los requisitos de la parcela que origina el aprovechamiento a transferir, de la parcela de destino, y de la paridad del valor entre ambas (a través de un informe de valoración o tasación que acredite los valores del aprovechamiento transferido y del compensado).

En cuanto a los requisitos adjetivos, por ejemplo, la LOUA señala que las TAU deberán ser aprobadas por el municipio, según propuesta suscrita por los interesados y formalizada en escritura pública, dependiendo su eficacia de la cesión del 10% del aprovechamiento correspondiente al municipio (artículo 62). Igualmente, hace referencia a los requisitos para la respectiva inscripción en el Registro de Transferencias de Aprovechamientos que maneja cada municipio.

Por su parte, la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana (LUV)<sup>39</sup> exige igualmente que el acuerdo se formalice mediante escritura pública y que se protocolicen planos donde conste la localización y dimensiones de las parcelas. Además, para que la transferencia tenga efectos se requiere aprobación del municipio, que podrá denegarla —motivadamente— cuando la considere inadecuada para el desarrollo del plan (artículo 185). Asimismo, se requiere que la transferencia sea inscrita en el Registro de la Propiedad.

#### **4. Las transferencias de aprovechamiento urbanístico en la legislación comparada: las transferencias del coeficiente de ocupación del suelo (transfert de cos) en francia, las transfer development rights (TRD) en estados unidos y las transferencias de derechos de construcción y desarrollo (TDC&D) en colombia**

Como se ha señalado en el punto anterior, la finalidad principal de las TAU españolas es la obtención gratuita de suelos para equipamiento público o para áreas verdes por parte de la administración, sin que esta haga uso de recursos públicos o de expropiaciones y permitiendo al propietario materializar su aprovechamiento en una parcela con excedente, luego de haber cumplido dicho propietario con sus deberes y cargas, todo lo cual responde al estatuto jurídico de la propiedad del modelo en España.

Sin embargo, como detallaremos brevemente a continuación, en otros países, existen figuras similares pero que no necesariamente responden a la finalidad del sistema español, principalmente debido a la gratuidad de la cesión y a la posibilidad de aplicar esta figura en tierras agrícolas o rurales.

<sup>38</sup> Así descrita, algunos autores como Mustafá (p.17) consideran este mecanismo como una “reparcelación voluntaria”.

<sup>39</sup> La cual puede visualizarse en: <<http://www.boe.es/boe/dias/2006/02/21/pdfs/A06957-07027.pdf>>.

En Francia, el método denominado “Transferencia del Coeficiente de Ocupación del Suelo” (Transfert de COS) fue introducido por la Ley Galley en 1976, basándose en una distribución equitativa del incremento de los valores inmobiliarios dentro del subgrupo constituido por los propietarios. Debido a los aspectos económicos, jurídicos y técnicos de la aplicación de este método, esta ley ocasionó reacciones adversas,<sup>40</sup> aunque también es posible extraer de ella lecciones positivas, como bien lo ha hecho el profesor García-Bellido en su artículo titulado: “La excepcional estructura del urbanismo español en el contexto europeo”:

El plan municipal pos puede señalar facultativamente para todo el municipio un “techo legal de densidad” (PLD,...) que es el “límite o umbral de densidad” (no de derechos); por encima del cual el ejercicio del derecho de construcción surge (relève) de la colectividad [...] y, por ende, toda autorización para construir —determinada por los “coeficientes de ocupación del suelo” (cos, en las mismas unidades) en cada subzona, grupo de edificios o edificios individuales— está sometida al pago (versement pour dépassement du pld) al municipio de “una cantidad igual al valor del terreno suplementario cuya adquisición sería necesaria para que la densidad de la edificación no exceda de este PLD” [...]. De esta manera, cuando el pos señale la posibilidad de un exceso de densidad (dépassement de surdensité) por encima del COS en un predio (urbano o en zona natural protegida nd) que resulte ser superior al PLD, el constructor que voluntariamente quiera sobrepasarlo (parcelle réceptrice) debe aportar en dinero el valor del terreno cuya adquisición sería necesaria para que la densidad de la construcción no exceda de dicho pld, pagándolo al precio unitario que él declare que tiene su mismo predio en esa fecha; o bien sustitutoriamente, aportando unos derechos de edificabilidad equivalentes al exceso (dépassement de cos, participation pour surdensité) por transferencia voluntaria (transferts de cos, de su equivalente en la densidad del cos) desde otra finca vecina en la misma unidad geográfica cuyo propietario acepte, con autorización administrativa, vender/transferir todas o parte de sus posibilidades de edificar (parcelle émettrice), sin que por ello deba ceder gratis su dominio del suelo, quedando dicha parte como inedificable de dominio y uso privado. Si el precio es aceptado se le otorga la licencia de construcción, pero si el precio declarado es muy bajo el alcalde puede ejercitar el derecho de adquisición preferente para el municipio a ese mismo precio, o si es muy alto es remitido al juez administrativo de expropiaciones (reféré) quien fija el precio justo; en todo caso, el valor declarado final es remitido al sistema fiscal sobre la propiedad inmueble, que actualiza y revisa los precios mediante estas declaraciones comprometedoras que formulen los mismos interesados. En el caso de una zona verde de dominio y uso públicos (emplacement réservé) será expropiada con o sin pld a su valor real de mercado del uso existente y por lo que tenga antes del plan, sin incremento alguno por los valores que este hubiera añadido en el entorno. En el cálculo de la edificabilidad neta del cos del predio se descuentan las zonas que hayan de ser expropiadas y que se evalúan al precio anterior al derivado del plan; excepto si el propietario quiere cederla voluntaria y gratuitamente —para evitar su expropiación al valor existente (sin pld)—, en cuyo caso incorporaría el cos que esta genera en su edificabilidad neta total (artículo R-332-15) (Enriquez de Salamanca en RDU, XIII: 65, 1979; Danan & Forget, 1986; Lebreton, 1993; Comby & Renard, 1996).<sup>41</sup>

<sup>40</sup> Renard, Vincent (1996). “Perspectiva del planeamiento urbanístico en Francia. Nuevos instrumentos para nuevos retos”.

<sup>41</sup> Vide García-Bellido, 2002:43-44.

Este método se aplica en los Estados Unidos con el nombre de “Transfer of Development Rights” (TDR), el cual responde al modelo individualista del urbanismo americano (a diferencia del español). Así, las TDR permiten al propietario deslindar la edificabilidad (building or development rights) de un terreno (sending area) y comercializar con ellos. Los compradores, por lo general, serán propietarios de otros terrenos (receiving area) que buscan aumentar la densidad de estos. La Administración Local adquiere estos development rights para así controlar precios o restringir el crecimiento urbano. En tal sentido, como describe García-Bellido:

[...] definidas ciertas sending areas (emisoras de títulos o créditos, oferentes de derechos que no pueden realizar y que deberían ser indemnizados por estar limitados o restringidos) y otras receiving areas (receptoras de los títulos de aquellas, demandantes potenciales de derechos porque pueden sobredensificar su solar con un rascacielos más alto)— se pueden transferir los títulos-derechos de edificabilidad asignados a un predio rural del campo a la ciudad o de un edificio histórico de conservación a un rascacielos en la misma zona urbana [...].<sup>42</sup>

En el primer supuesto, donde la transferencia se da de un predio rural o agrícola a una zona urbana, es el típico caso de condados dedicados a la actividad agrícola donde se comienza a sentir la presión del crecimiento urbano. Un estudio de la Universidad de Cornell ilustra el caso hipotético del Condado Circle (Circle County, figura 2), y explica cómo bajo un esquema de zonificación tradicional, la presión del mercado causaría, por lo general, un desarrollo caracterizado por una densidad relativamente baja (el suburban sprawl, figura 3), donde la única opción dentro de ese crecimiento sería a algunos agricultores que sus propiedades no califican como aptas para el desarrollo urbano. En cambio, bajo un programa de TDR instituido por la Administración local, con el fin de preservar el carácter rural del condado pero a la vez fomentar su crecimiento urbano, los agricultores en la zona norte y oeste pueden vender sus development rights a los constructores en la zona sur y este donde el resultado será una mayor densidad (figura 4):

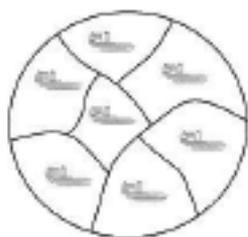


Figure 2- Circle County

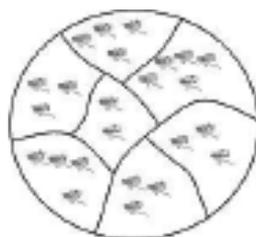


Figure 3- Typical Sprawl Pattern

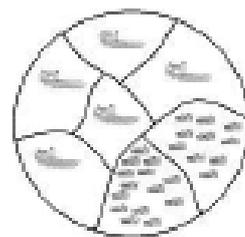
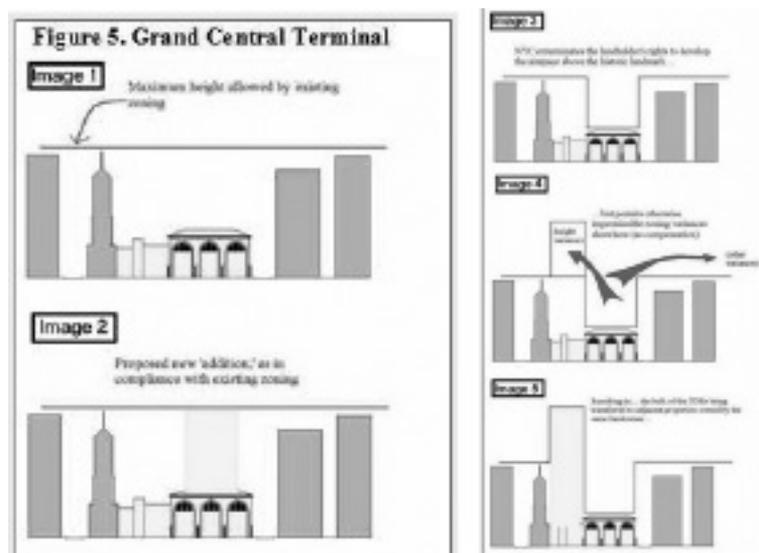


Figure 4- Circle County Tax Progr 128

El segundo supuesto, donde la transferencia se da desde un edificio histórico de conservación a un rascacielos en la misma zona urbana, se ilustra perfectamente en el famoso caso del Grand Central Terminal uno de las principales obras arquitectónicas en la ciudad de Nueva York, construido en 1913 y declarado monumento protegido. A finales de los sesentas, los propietarios (Penn Central Transportation Company) solicitaron construir cincuenta y tres pisos por encima del terminal, conforme a los estándares vigentes. Sin embargo, el municipio consideró que una construcción tal destruiría el carácter de monumento del terminal, por lo que permitieron a los propietarios transferir sus development rights a propiedades adyacentes, como se muestra en la siguiente figura recogida por el mismo estudio de la Universidad de Cornell:

<sup>42</sup> García-Bellido, 2002.



Claramente, los TDR poseen grandes ventajas toda vez que permiten preservar no solo espacios abiertos (campos) y zonas agrícolas o rurales, sino también monumentos o edificaciones históricas; y al hacerlo, se obtiene un resultado económico bastante equitativo entre los propietarios que no tienen o han perdido la edificabilidad en sus terrenos. En tal sentido, las TDR permiten compensar a los propietarios que se han visto afectados por los efectos de la regulación de tierras (ya sea para compensarlos por expropiaciones parciales o por cambios en el uso del suelo con propósitos de preservación). He aquí la principal diferencia con las TAU, donde el objetivo principal va más allá de ser una operación económica-compensatoria y busca la obtención gratuita de equipamientos públicos. Así, el propietario en la legislación española cede su suelo gratuitamente al dominio público para aprovechar la edificabilidad de otro, mientras que en la legislación americana el propietario que ha vendido sus development rights mantiene la propiedad de ese suelo emisor sin ceder suelo alguno a la comunidad (gratuitamente). A ello se suma que las TDR operan no solo sobre suelo urbanizable, sino incluso en suelo rústico (rural o agrícola). Así pues, a diferencia de las TAU, en las TDR:

[...] La cantidad efectiva en oferta y la demanda potencial es indicativa en el plan y su ejecución queda dependiente de la voluntad de las partes, pero ni está garantizada ni controlada, ya que es aleatoriamente generada por quien quiera vender sus derechos y quien quiera comprarlos para sobreelevar la edificabilidad de su predio urbano, bajo condiciones puntuales y casuísticas de la capacidad de sobredensificación de las infraestructuras urbanas en el lugar concreto a donde se transfieran dichos derechos. Estos derechos son medidos por la superficie edificable transferida sin tener en cuenta los valores relativos de uso y posición de donde proceden y a donde van, dependiendo de un libre mercado de títulos-derechos completamente ajeno al control o injerencia de la administración, de modo que sus precios unitarios bajan y suben según la coyuntura de las zonas: si los derechos demandables de las receiving son más que los ofertados en las sending areas, los precios bajan, que es de lo que se quejan estos, además de la posibilidad de poder amasar muchos títulos-derechos comprándolos cuando están bajos y monopolizarlos luego para su encajecimiento artificial [...].

Es decir, se establece y justifica un pseudomercado artificial de demandantes impredecibles que actúan solo cuando quieren voluntariamente sobredensificar su solar, para que sean estos los que se encarguen de compensar a los singularmente afectados con los oscilantes precios del mercado, derivando una responsabilidad pública compensatoria en un negocio privado (dado que los gringos no soportan el principio informador del reparto equitativo de cargas y beneficios de los planes ni, mucho menos, función social alguna en la liberal propiedad individual, ni, por ende, aceptarían cesiones gratuitas de nada ni por nada, mucho menos de suelo).<sup>43</sup>

En tal sentido, como describe García-Bellido, las TDR, más allá de los beneficios de las TDR, el fin último de estas es compensar económicamente las propiedades singularmente afectadas por situaciones cambiantes muy concretas y aisladas. Y ello es precisamente una técnica coherente en el seno de un modelo de la propiedad urbana fuertemente individualista, como es el anglosajón, donde uno de los pilares del derecho de propiedad es que la administración debe pagar una compensación o indemnización por un valor expectante, virtual y potencial (convertido en derecho subjetivo virtualmente adquirido) a aquellos propietarios a los que las land regulations no les permiten aprovechar económicamente su terreno (institución conocida como statutory o regulatory taking). El modelo español, en cambio, es un modelo que podría definirse como más integrado y global, basado en el principio de equidistribución tanto de beneficios como de cargas arriba descrito.

Ahora bien, si bien las tdr buscaron extenderse a latinoamérica desde los años 80, el modelo colombiano denominado "Transferencias de Derechos de Construcción y Desarrollo" (TDC & D), recogido en la Ley 388/97<sup>44</sup> se ha basado en gran medida en las TAU arriba descritas. Así, el artículo 47 de la Ley colombiana parte de la premisa que: "la distribución equitativa de las cargas y beneficios se podrá realizar mediante compensaciones en dinero, intensidades de uso en proporción a las cesiones y participación en las demás cargas o transferencias de derechos de desarrollo y construcción, según lo determine el plan parcial correspondiente", lo cual hace que las TDC & D tengan los mismos efectos jurídicos que las TAU. Sin embargo, el artículo 48 de dicha ley también señala, con respecto a la "compensación en tratamientos de conservación", que "los propietarios de terrenos e inmuebles determinados en los planes de ordenamiento territorial o en los instrumentos que los desarrollen como de conservación histórica, arquitectónica o ambiental, deberán ser compensados por esta carga derivada del ordenamiento, mediante la aplicación de compensaciones económicas, transferencias de derechos de construcción y desarrollo, beneficios y estímulos tributarios u otros sistemas que se reglamenten", siendo así las TDC & D un mecanismo de compensación similar a las TDR, e incluso a las Transfert de cos, como señala García-Bellido, las TDC & C:

[...] se puede(n) mover entre los tres modelos descritos, teniendo conceptos como las TDR (son títulos-derechos transables en el libre mercado) y como las tcos (pueden suministrar derechos de las parcelas emisoras para una sobrelevación condicionada en las parcelas receptoras) y como las TAU (la transferencia voluntaria implica cesión gratuita del suelo público desposeído de sus derechos, para equidistribuir las cargas y beneficios del plan), pudiendo beneficiarse de las ventajas de todos ellos [...].

<sup>43</sup> García-Bellido, 2002.

<sup>44</sup> Esta Ley se puede visualizar en: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=339>>. A manera ilustrativa, el Decreto 436 de 2006 de la Alcaldía de Bogotá recoge la determinación de las cesiones urbanísticas obligatorias y de la edificabilidad resultantes del reparto equitativo de cargas y beneficios. En: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=21984>>.

En síntesis, las TAU están basadas en un modelo integrado donde la función social que cumple la propiedad y la ejecución del plan obliga a los propietarios al principio de equidistribución tanto de beneficios como de cargas, debiendo así realizar cesiones a favor de los equipamientos públicos. En las TDR y las Transfert de cos, las transferencias operan como compensaciones puntuales entre privados, sometidas a este individualismo y no como deber de efectuar la equidistribución o justo reparto de beneficios y cargas,<sup>45</sup> donde por tanto propietario que ha vendido sus derechos mantiene la propiedad del suelo emisor. El modelo colombiano ha matizado particularidades de aquellos tres.

Por lo demás, cabe señalar que en los países latinoamericanos se han recogido figuras de transferencia de potencial constructivo y de tasa de ordenanza de áreas verdes como mecanismos económicos financieros de las herramientas de gestión del suelo que auxilian a la generalizada incapacidad financiera de las administraciones municipales. No obstante, para una verdadera implementación de estos se requiere, generalmente, un sistema de catastro de inmuebles urbanos, planes de desarrollo previamente diseñados y una estructura de soporte técnico y administrativo para su control y ejecución.<sup>46</sup>

## 5. Aproximaciones a las transferencias de aprovechamiento urbanístico en el Perú

Precisado los modelos en distintas legislaciones, como punto final hemos de analizar el ordenamiento urbanístico peruano, a efectos de determinar si en él existen figuras similares a uno o más de los modelos arriba descritos. Concretamente, evaluaremos los casos de la provincia de Arequipa y del distrito de Miraflores (en Lima).

Es importante reiterar que la Constitución peruana recoge en su artículo 70 la función social propia del derecho de propiedad. Sin embargo, ella no recoge principio de equidistribución alguno. Al no contar con una Ley de Urbanismo o de Ordenamiento Territorial, tampoco existe disposición similar a nivel legal. Sin embargo, el Reglamento de Desarrollo Urbano y Acondicionamiento Territorial (Decreto Supremo 004-2011-VIVIENDA) establece en su artículo 1 que este tiene entre sus finalidades, que se materializan en la elaboración y ejecución de Planes por las Municipalidades: "La distribución equitativa de los beneficios y cargas que se deriven del uso del suelo". Si bien en el artículo 35 de este reglamento, al hacerse referencia a los requerimientos para fines de equipamiento se menciona a la expropiación urbanística (regulada en la Ley Orgánica de Municipalidades y en la Ley General de Expropiación), se considera que en la medida que el respectivo plan prevea la posibilidad de llevar a cabo transferencias como las arriba descritas, estas son posibles tomando como base la disposición reglamentaria, que se deriva precisamente del fin social de la propiedad y del principio de igualdad recogidos en la Constitución.

<sup>45</sup> En la legislación española, únicamente cuando el edificio existente a conservar o el nuevo que pudiera construirse tuvieran señalado un aprovechamiento máximo inferior al tipo de su zona, entonces se considera una compensación que percibe el dueño por la diferencia (minusvalía subjetiva; error conceptual del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992) y permanece en la propiedad del suelo y del edificio del mismo (aquí como en las tdr) (cfr. García-Bellido et. ál, 1979a, 1979b; García-Bellido, 1981 y 1997).

<sup>46</sup> Bolívar, Zulma (2011, septiembre-octubre). "Curso de Especialización en Planificación y Gestión Territorial Urbana". MÓDULO 1: Los Sistemas de Ordenación Territorial Urbana en América Latina. Lección 7: "7.2 Las herramientas y/o instrumentos de gestión del suelo". Granada: Unión Iberoamericana de Municipalistas.

Ello es lo que se viene intentando implementar, por ejemplo, en la ciudad de Arequipa. A través del Plan de Desarrollo Metropolitano (PDM),<sup>47</sup> en el cual: (i) En la zonificación se han incluido diversas “áreas de reserva” para dotaciones de interés metropolitano, es decir, zonas para ubicar parques zonales (aproximadamente 500 hectáreas) y equipamientos de interés supramunicipal (aproximadamente 70 hectáreas) con el fin de descentralizar los servicios que hoy se concentran exclusivamente en el centro y así acercarlos a los barrios residenciales; y (ii) En las zonas de crecimiento se ha establecido un porcentaje máximo (entre 15 y 25%) donde sea posible incluir zonas de reserva, esto es, pasibles de adquisición por los promotores inmobiliarios para el aumento del volumen edificable y la correspondiente cesión gratuita de los suelos de reserva para la colectividad.<sup>48</sup>

En tal sentido, se puede afirmar que en Arequipa empezaría a operar un mecanismo similar a las TAU españolas: Los aprovechamientos de los suelos de las zonas de reserva se transferirán a los suelos de nuevo crecimiento urbano, de modo tal que cuando los primeros queden “vacíos” de aprovechamiento”, serán cedidos gratuitamente a la municipalidad para el fin establecido en el pdm. Ello, pues el propio Plan de Arequipa así lo está disponiendo.

Ahora bien, hace poco más de un año, la Municipalidad Distrital de Miraflores (en Lima) aprobó la Ordenanza 387/MM que constituye y regula Microzonas de Valor Urbanístico y Ejes de Aprovechamiento del Potencial de Desarrollo Urbano en el distrito. Bajo el modelo implementado, los propietarios de inmuebles ubicados en “Microzonas con Valor Urbanístico”<sup>49</sup> o declarados como patrimonio cultural de la Nación por el Ministerio de Cultura<sup>50</sup> podrán transferir voluntariamente sus derechos edificatorios a los denominados “Ejes de Aprovechamiento del Potencial de Desarrollo Urbano” (EAPDU), que, de acuerdo con la propia Ordenanza, serán los “receptores de las transferencias de alturas adicionales de edificación”. Y ello, con la finalidad de asegurar las labores de conservación y mantenimiento de las primeras.

En buena cuenta, y conforme a la Ordenanza 401/MM, que establece disposiciones para la 387/MM, la municipalidad, luego de efectuada la correspondiente inspección técnica, emitirá un “Certificado de Derechos Edificatorios” a través del cual se le reconoce al propietario de un inmueble en la primera zona determinada cantidad de metros cuadrados como derecho edificatorio en la segunda zona (EAPDU). Dichos certificados no tienen un plazo de vigencia determinado y son transferibles, negociables, divisibles (fraccionables) y endosables. A ello cabe agregar que un porcentaje del dinero que el propietario obtenga por la transferencia deberá ser destinado al mantenimiento y/o puesta en valor del inmueble histórico o protegido, cuyo buen estado de conservación será inspeccionado por la municipalidad anualmente.

<sup>47</sup> Que viene siendo elaborado por Desarrollo de Ciudades Comprometidas. Recuperado el 4 de noviembre de 2014 en <[http://www.dcc-ciudades.com/plan-de-desarrollo-metropolitano-de-arequipa\\_ep4.html](http://www.dcc-ciudades.com/plan-de-desarrollo-metropolitano-de-arequipa_ep4.html)>.

<sup>48</sup> Agradezco al Arquitecto Juan Carlos García de los Reyes por sus valiosos aportes para la realización del presente trabajo.

<sup>49</sup> Ello, pues conforme a la ordenanza es política de municipalidad preservar y conservar las áreas o microzonas que cuenten con edificaciones con características predominantemente homogéneas de sus fachadas, en cuanto a volumetría y perfil urbano, tipología y/o estilo arquitectónico, que conformen espacios o subespacios con valor de conjunto apreciable desde el ámbito público, es decir, que tengan valor urbanístico; asimismo, busca promover el mantenimiento de estas y aprovechar el potencial de desarrollo que el distrito de Miraflores ofrece.

<sup>50</sup> Y ello, pues teniendo en cuenta que estos, debido a las condiciones edificatorias establecidas por las normas sobre la materia, se encuentran limitados en cuanto a su altura de edificación, la municipalidad tiene interés prioritario en establecer las políticas y regulaciones necesarias tendientes a su mejor y mayor aprovechamiento urbano.

La iniciativa de la Municipalidad de Miraflores se asemeja al modelo de conservación de la legislación americana, pero en nuestra opinión, su regulación (certificados, inspecciones anuales, infracciones y sanciones en la ordenanza) va más allá que en los TDR. Sin duda, ello constituye un importante avance para la conservación de inmuebles que constituyen monumentos o ambientes históricos, permitiéndole a sus propietarios ponerlo en valor sin costos adicionales y obteniendo por ello beneficios económicos toda vez que debe haber un pago previo de los aprovechamientos a los propietarios de las zonas a conservar. No obstante, observamos que la fórmula elegida por la Municipalidad de Miraflores tiene por único fin consolidar la volumetría existente en ciertas áreas urbanas con el fin de aumentar los derechos edificatorios en otras áreas (“ejes”) en transformación y en apogeo, sin que para ello se haya actualizado ni modificado el Plan Urbano Distrital de Miraflores.

Por tanto, considero que la técnica descrita podría extenderse a la obtención de suelos dotacionales públicos en distritos infradotados, para lo cual es fundamental que por medio de la actualización de los planes se identifiquen los déficits y se utilicen tales mecanismos principalmente para la obtención gratuita de dichos suelos.

## 6. Conclusiones

1. La propiedad tiene un fin social, de la cual se deriva el principio de equidistribución de cargas y beneficios, que permite una atribución análoga de derechos y deberes a los propietarios, independientemente de la calificación o clasificación que el plan (la “lotería del planeamiento”) hubiera otorgado a su suelo.
2. En estricto, la figura con la que se logra tal reparto equilibrado es la del aprovechamiento urbanístico, es decir, el potencial edificatorio, mas no el uso concreto de la(s) construcción(es), en determinado suelo. Los propietarios de suelo urbano y de suelo urbanizable poseen este derecho al aprovechamiento urbanístico, el cual puede ser transferido (siempre que hayan cumplido con los deberes y cargas propios del régimen que les corresponda).
3. Si bien en la legislación peruana no cuenta con normas autoritativas expresas como en España, considero que el fundamento de estas operaciones de transferencia se encuentra tanto en la función social que nuestra Constitución reconoce a la propiedad, como en el principio de igualdad y, por ende, la justa distribución de beneficios y cargas. Ello, siempre y cuando la posibilidad de transferir aprovechamientos urbanísticos se encuentre prevista en el respectivo plan, como ocurre en el caso de Arequipa.
4. Las TAU garantizan a todos los propietarios de suelo de cada área urbanística el porcentaje susceptible de apropiación correspondiente, es decir, que el propietario del suelo cuya obtención le interese a la administración, el cual pasa gratuitamente a la municipalidad para fines dotacionales y de equipamiento, puede materializar su edificabilidad en otro suelo que sí está calificado con un uso privado o económico, es decir, un terreno con excedente, donde podrá construir siempre que haya cumplido con las cargas y deberes que cada legislación urbanística impone.
5. A través de las TAU, la administración se ahorra la tarea de tener que realizar expropiaciones y hacer uso de recursos públicos, y el propietario puede materializar su aprovechamiento en lugar de recibir dinero (justiprecios), en otro suelo donde podrá construir todo el aprovechamiento que el plan le asigna.

6. A diferencia de las TAU, que persiguen la obtención gratuita de equipamientos públicos, las TDR americanas (derivadas de las Transfert de COS francesas) son una operación económica que busca compensar al propietario por el valor perdido de su terreno agrícola o rural, debido al crecimiento urbano, o para la preservación histórica o medioambiental. El propietario en la legislación española cede su suelo gratuitamente al dominio público y así aprovecha la edificabilidad de otro suelo, mientras que en la legislación americana el propietario que ha vendido sus development rights mantiene la propiedad de ese suelo emisor sin ceder suelo alguno a la comunidad (gratuitamente). Las TDC & D colombianas, de manera interesante, recogen características de los tres modelos que le sirvieron de base.
7. En el Perú, la provincia de Arequipa, a través de su Plan de Desarrollo Metropolitano (PDM) ha recogido una figura bastante similar a las TAU españolas, pues su objetivo es transferir los aprovechamientos de los suelos de reserva a los suelos de nuevo crecimiento urbano, siendo los primeros cedidos gratuitamente a la municipalidad para el fin establecido en el PDM.
8. En cambio, la ordenanza del distrito de Miraflores en Lima ha adoptado un modelo más parecido a las TDR americanas y, por ende, a las TDC & D colombianas, toda vez que establece un régimen de transferencia de alturas para que los propietarios de los predios comprendidos en zonas monumentales o de valor arquitectónico puedan trasladar su "derecho de altura" —sobre el cual no pueden construir— a favor de otros predios ubicados en zonas denominadas "Ejes de Aprovechamiento del Potencial de Desarrollo Urbano", utilizándose parte de los recursos obtenidos por dicha transferencia para poner en valor dichos predios.
9. El mecanismo utilizado en el distrito de Miraflores debería ir más allá de ser que un mecanismo para transferir alturas de inmuebles históricos y/o protegidos y extenderse a la obtención de suelos dotacionales públicos. Para ello, es esencial que por medio de la actualización de los planes de este y otros distritos infradotados se identifiquen los déficits y se utilicen los mecanismos estudiados principalmente para la obtención gratuita de dichos suelos y áreas verdes.