

El Rango Normativo de las Ordenanzas Municipales

ANÍBAL QUIROGA LEÓN

Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Ex Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima. Editor General de la revista "DERECHO PUC" de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado en ejercicio.

I. INTRODUCCION

La Constitución Política del Estado de 1979(D), al legislar en materia de Gobiernos Locales en sus Arts. 254 y 255, diferenció las competencias de las Municipalidades en general y las Municipalidades Provinciales. Así, encontramos que dichas normas legales -que a la fecha han sido derogadas por la Constitución Política del Estado de 1993- señalaban literalmente lo siguiente:

"Art. 254.- Las Municipalidades son competentes para:

1. Acordar su régimen de organización interior
2. Votar su presupuesto.
3. Administrar sus bienes y rentas.
4. Crear, modificar o suprimir sus contribuciones, arbitrios y derechos.
5. Regular el transporte colectivo, la circulación y el tránsito.
6. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales.
7. Contratar con otras entidades públicas o privadas, preferentemente locales, la atención de los servicios que no administran directamente.
8. Planificar el desarrollo de sus circunscripciones y ejecutar los planes correspondientes, y

9. Las demás atribuciones inherentes a su función, de acuerdo a Ley.

"Art. 255.- Las Municipalidades Provinciales tienen a su cargo, además de los servicios públicos locales, lo siguiente:

1. Zonificación y Urbanismo
(...)" (subrayado agregado)

Durante la vigencia de la Constitución de 1979(D) se promulgó la Ley N°23853, denominada "**Ley Orgánica de Municipalidades**", norma que recogía en su Art. 11 las facultades de las Municipalidades Provinciales dentro del campo de la zonificación y el urbanismo, siguiendo la línea de las facultades que le fueron otorgadas a las Municipalidades Provinciales en la derogada Carta Constitucional. Así tenemos que el mencionado Art. 11 de la Ley Orgánica de Municipalidades en su Inc. 1 señala literalmente lo siguiente:

" Art. 11.- Las Municipalidades Provinciales son competentes además para regular o pronunciarse sobre las siguientes materias:

1. Zonificación y urbanismo
(...)"

La competencia reservada por la ley a las Municipa-

lidades Provinciales referente a los aspectos de zonificación y urbanismo, se refiere a la calificación zonal, la determinación de zonas de expansión urbana, el catastro más no así a la referente a las Habilitaciones Urbanas, puesto que no se ha determinado expresamente que ésta sea una competencia específica de las Municipalidades Provinciales.

La actual Constitución de 1993, dentro de las normas de naturaleza estructural que legislan respecto de los Gobiernos Locales no estableció diferencias entre las facultades de las Municipalidades Provinciales y las Distritales, estableciendo respecto de estas lo siguiente:

"Art. 192°.-Las municipalidades tienen competencia para:

1. *Aprobar su organización interna y su presupuesto.*
2. *Administrar sus bienes y rentas.*
3. *Crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales.*
4. *Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad.*
5. *Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, y ejecutar los planes y programas correspondientes.*
6. *Participar en la gestión de las actividades y servicios inherentes al Estado, conforme a ley, y*
7. *Lo demás que determine la Ley."* (subrayado agregado)

Mediante Ley N° 26557, de 21 de diciembre de 1995, el Congreso de la República transfirió las competencias y procedimientos municipales relacionados con la adjudicación, saneamiento físico legal, titulación y habilitaciones urbanas a un organismo especializado que no se determina en la ley, así tenemos que el Art. 1 de la mencionada ley señala literalmente:

"Art. 1.- Transfiérase las competencias y procedimientos municipales relacionados con la adjudicación, el saneamiento físico legal, la titulación y la habilitación urbana al organismo especializado al que se refiere el inciso 4) del Art. Segundo de la presente Ley, y en consecuencia, derógase los

artículos pertinentes de la Ley 23853 y sus modificatorias."
(subrayado agregado)

Posteriormente, el 17 de noviembre de 1997, el Congreso de la República dictó la Ley 26878 denominada Ley General de Habilitaciones Urbanas, promulgada el 19 de noviembre del mismo año y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20 de noviembre, dicha norma dispone en su Art. 3 lo siguiente:

"Art. 3.- Corresponde a las Municipalidades Distritales en el ámbito de su respectiva circunscripción territorial, y a las Municipalidades Provinciales cuando se trate del área del Cercado, conocer y aprobar las solicitudes de Habilitación Urbana que a partir de la vigencia de la presente Ley, presenten las personas naturales o jurídicas, las asociaciones de vivienda y pro-vivienda, y las cooperativas de vivienda o cualquier otra forma asociativa, con fines de vivienda incluyendo los casos de regularización de habilitaciones pendientes o en trámite.

La aprobación se efectuara en un plazo máximo de sesenta (60) días naturales contados desde la fecha de presentación de cada expediente. Para este fin las Municipalidades en forma civil o asociada conformarán una Comisión Técnica integrada por representantes de las entidades siguientes: Colegio de Arquitectos del Perú, Colegio de Ingenieros del Perú, Cámara Peruana de la Construcción, y Empresas o entidades prestadoras de los servicios de agua potable y alcantarillado y de energía eléctrica.

Las habilitaciones urbanas que aprueban las Municipalidades Distritales deberán respetar lo establecido en los planes de desarrollo urbano precisados en el artículo precedente, a cuyo efecto elevarán copia de los expedientes aprobados para su revisión a la Municipalidad Provincial correspondiente.

La Municipalidad Provincial en un plazo máximo de quince (15) días naturales contados desde la fecha de recepción del expediente, verificará si la habilitación urbana cumple o no con los planes de desarrollo urbano, y otorgará la conformidad o dispondrá la rectificación de las observaciones

que hubiere lugar, comunicándolo a la Municipalidad Distrital para sus efectos. Vencido el plazo antes señalado sin que la Municipalidad Provincial se hubiere pronunciado, se entenderá que la habilitación urbana objeto de revisión es conforme."

Mediante D.S. 022-97-MTC de 09 de diciembre de 1997, publicado en el Diario Oficial El Peruano al día siguiente de su promulgación, se aprobó el Reglamento de la Ley General de Habilitaciones Urbanas, de conformidad con lo establecido por la Tercera Disposición Transitoria y Complementaria.

Mediante Ordenanza Municipal N° 133, expedida por la Municipalidad Metropolitana de Lima el 19 de diciembre de 1997 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 22 de diciembre dispone la regulación de los procedimientos para la aprobación de habilitaciones urbanas de terrenos para fines de vivienda en la provincia de Lima.

II. ANÁLISIS

El Poder Legislativo mediante Ley N° 26878 "**Ley General de Habilitaciones Urbanas**" -en adelante la Ley- y el Poder Ejecutivo mediante el D.S. N° 022-97-MTC, Reglamento de la Ley General de Habilitaciones Urbanas, han dispuesto que éstas a partir de la vigencia de la Ley, la aprobación de los nuevos procedimientos de Habilitación Urbana se lleven a cabo conforme a dichas normas y además que aquellos procedimientos que se encuentren en trámite se regularicen conforme a lo dispuesto en las mismas.

Conforme a las normas antes reseñadas, se aprecia que las autoridades competentes en el trámite de Habilitaciones Urbanas son las siguientes:

- (i) Las Municipalidades Distritales en el ámbito de su circunscripción territorial; y,
- (ii) Las Municipalidades Provinciales en el área del Cercado.

Asimismo se dispone que las Municipalidades Provinciales deberán remitir a las respectivas Municipalidades Distritales los expedientes de Habilitación Urbana en trámite.

La intervención de las Municipalidades Provinciales, conforme a lo previsto en las normas materia de análisis se limita a lo siguiente:

- (i) Aprobación de las Solicitudes de Habilitación Urbana correspondientes al área del cercado;
- (ii) En el caso que la Resolución que aprueba la habilitación urbana haya sido emitida por una Municipalidad Distrital, copia de ella y del Expediente Técnico serán remitidos a la Municipalidad Provincial para su revisión, la misma que se limita a verificar si la solicitud aprobada por la Municipalidad Distrital se adecua a los Planes de Desarrollo Urbano aprobados por la Municipalidad Provincial, dentro del alcance de las facultades que se le han conferido en la Ley Orgánica de Municipalidades, como más adelante pasaremos a ver. La Municipalidad Provincial podrá actuar de la siguiente manera:
 - a. Si se verifica la adecuación, la Municipalidad Provincial emitirá resolución confirmando la resolución de la Distrital; y,
 - b. Se verifica la falta de adecuación, la Municipalidad Provincial emitirá resolución disponiendo la rectificación del Expediente Técnico, debiendo indicar expresamente cuál de los componentes de los Planes de Desarrollo Urbano han sido incumplidos o afectados.

Las normas refieren para que en caso que las solicitudes de Habilitación Urbana no sean aprobadas por las instancias municipales dentro de los plazos previstos en la Ley y en el Reglamento, operará el silencio administrativo positivo.

La Municipalidad de Lima, con posterioridad a las normas antes reseñadas expidió la Ordenanza 133, la misma que determina para el caso de los procedimientos de Habilitación Urbana en la provincia de Lima lo siguiente:

- (i) La Municipalidad Metropolitana de Lima es competente para conocer las solicitudes de Habilitación Urbana en el ámbito de la provincia de Lima;
- (ii) La Municipalidad Metropolitana de Lima tendrá la facultad de delegar la competencia sobre la aprobación de las solicitudes de Habilitación Urbana, a las Municipalidades Distritales de la provincia de Lima, mediante Resolución de Alcaldía y previo pedido expreso de la Municipalidad Distrital.
- (iii) Señala también la Ordenanza 133, respecto de la competencia de la Municipalidad Metropolitana de Lima lo siguiente:
 - a. Que compete a la Municipalidad Metropolitana de Lima aprobar mediante Resolución de Alcaldía las solicitudes de habilitación urbana en el ámbito de la provincia de Lima;
 - b. Que cuando la competencia respecto de las Habilitaciones Urbanas haya sido delegada a una Municipalidad Distrital de la provincia de Lima, ésta deberá de elevar de oficio la correspondiente Resolución de Alcaldía Distrital que se pronuncie sobre la solicitud, así como todos los antecedentes administrativos del caso, para su revisión y expedición de la respectiva resolución.
 - c. En los casos de competencia a las Municipalidades Distritales, la Municipalidad Metropolitana de Lima podrá declarar la nulidad de los actos administrativos emitidos, autorizando la aprobación de proyectos y/o recepción de obras, que contravengan el ordenamiento jurídico vigente. Igual-

mente, podrá declarar la nulidad cuando compruebe que la documentación presentada no satisface los requisitos exigidos en la Ordenanza; y,

- d. Que a las aprobaciones de habilitación urbana expedidas por la Municipalidad Metropolitana de Lima y por las Municipalidades Distritales por delegación, no se aplican las normas sobre silencio administrativo.

El Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, dentro del alcance de sus respectivas facultades, han dictado normas relativas a los procedimientos de Habilitación Urbana los mismos que no pueden ser situados dentro de la competencia exclusiva de las Municipalidades Provinciales, puesto que al haberse derogado la Constitución Política del Estado de 1979(D), y haber entrado en vigencia la nueva Constitución de 1993, las facultades de los Gobiernos Locales, a las que se refería la derogada Carta Fundamental, son marcadamente diferentes, en primer lugar por el hecho de no encontrar en la vigente Carta Constitucional la diferenciación entre las facultades de las Municipalidades Distritales y Provinciales. Sobre la base de dicho precepto constitucional, que constituye una norma de naturaleza estructural, esto es una norma constitucional que define aspectos de la estructura del Estado, en este caso de los Gobiernos Locales; débese tener presente que la Ley Orgánica de Municipalidades, que fue dictada durante la vigencia de la derogada Constitución de 1979(D), se debe adecuar a la nueva estructura de los gobiernos locales y por ende respetar el precepto constitucional sobre las facultades de éstos, contenido en nuestra vigente Carta Fundamental.

A partir de lo antes expuesto, es que tanto el poder legislativo como el poder ejecutivo, cada uno dentro de su ámbito de competencia, han adecuado el procedimiento de habilitación urbana -el primero mediante una Ley y el segundo mediante un reglamento- a un trámite que se encuadre dentro de las facultades de los Gobiernos Locales tanto distritales como pro-

vinciales, y sin dejar de lado a éstos últimos, pues la norma contempla su intervención para que en última instancia administrativa revise lo actuado y resuelto por la Municipalidad Distrital; y poder lograr con ello un procedimiento más expeditivo y por ende beneficioso para los administrados.

Ahora bien, dentro de este contexto surge la Ordenanza Municipal 133, expedida por la Municipalidad Metropolitana de Lima, que se aparta de las normas legales en materia de Habilitación Urbana vigentes, y pretende crear para la provincia de Lima un procedimiento diferente al del resto del territorio nacional, al respecto cabe señalar lo siguiente:

- La Administración Pública es una de las actividades del Estado de Derecho basado en una Constitución en la que los diversos órdenes competenciales son determinados con mayor o menor claridad.
- El Ejecutivo es el Órgano del Estado que tiene la mayor responsabilidad en la Administración Pública. El Legislativo tiene la mayor responsabilidad en la actividad legislativa del Estado. Y el Poder Judicial tiene la mayor responsabilidad en la actividad jurisdiccional del mismo Estado.

Ahora bien, respecto de los Gobiernos Locales o Municipalidades, cabe citar a BERNALES¹, quien señala lo siguiente:

"Dice el texto constitucional que las municipalidades tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Debe entenderse que el concepto de autonomía es más bien restringido, limitado a ciertos ámbitos competenciales. Las autonomía absoluta, por el contrario, es sinónimo de soberanía, que es atributo del Estado." (subrayado agregado)

Lo anterior reposa en una bien conocida *"Teoría de Separación de los Poderes"* que la unánime doctrina del Derecho Constitucional ha atribuido a Carlos María de Secondat, Barón de Montesquieu², y que ahora se halla reformulada por la pacífica teoría del control inter-órganos e intra-órganos de Karl Loewenstein³, bajo la idea aristoteliana de que *"El Poder Absoluto corrompe absolutamente, por lo que solo el Poder controla al Poder"*; de modo que el poder absoluto previo a la conformación de Estado de Derecho se diluía con su división absoluta y los controles al efecto planteados entre sí.

Las facultades de las Municipalidades, deben ejercerse acorde a su ámbito de competencia y dentro de los alcances de las leyes vigentes, y con respeto absoluto de la separación de poderes antes aludida que es el principio directriz de la instauración de un Estado de Derecho.

Ahora bien, los Gobiernos Locales, como indica su denominación misma, y como se describe tanto en la Constitución vigente como en la Ley Orgánica de Municipalidades -la misma que debemos necesariamente adecuar, como ya lo señalamos, a los preceptos constitucionales de nuestra vigente Carta Constitucional- manifiesta su voluntad de ente de la administración pública, o en otras palabras ejerce las funciones que se encuentran dentro del ámbito de su competencia, a través de diferentes actos administrativos o normas de naturaleza municipal, que se encuentran determinadas en el Art. 109° de la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley 23853) y son:

- (i) Ordenanzas Municipales;
- (ii) Edictos;
- (iii) Acuerdos de Consejo;
- (iv) Decretos; y,
- (v) Resoluciones

¹ BERNALES, Enrique.- *La Constitución de 1993: Análisis Comparado*, 1ª Ed. Konrad Adenauer Stiftung -CIEDLA, Lima 1996, p. 691

² MONTESQUIEU, Barón de.- *Esprit des Lois*; 1, Cap. VI. "Il n'y a point de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutive"; cit. por QUIROGA LEÓN, Aníbal.- *Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia*, en: *"La Constitución Diez Años Después"*; Inst. Const. & Soc., y Fund. Naumann, Lima, 1989.

³ LOEWENSTEIN, Karl.- *Teoría de la Constitución*; 2da. Ed., Barcelona, 1970; cit. por GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo.- *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*; Ed. CIVITAS, 3era. Ed., Madrid, 1985.

Las tres primeras de las nombradas se encuentran legisladas en el Art. 110° de la Ley Orgánica de Municipalidades, y son aquellas mediante las cuales los Gobiernos Locales ejercen sus funciones de administración y de gobierno. La norma señalada nos dice literalmente:

“Art. 110°.- Las Ordenanzas son las normas generales que regulan la organización, administración o prestación de los servicios públicos locales, el cumplimiento de las funciones generales o específicas de las Municipalidades o establecen las limitaciones y modalidades a la propiedad privada.

Los Edictos son normas generales por cuya virtud se aprueban los tributos Municipales y el reglamento de Organización Interior.

Los Acuerdos son decisiones específicas sobre cualquier asunto de interés público, vecinal o institucional que expresan la opinión de la Municipalidad, su voluntad de practicar un determinado acto o de sujetarse a una conducta o norma institucional”

Los Decretos de Alcaldía

y las Resoluciones de Alcaldía son aquellas normas de carácter estrictamente administrativo y se encuentran determinadas en el Art. 111° de la mencionada norma legal, que a la letra dice:

“Art. 111°.- Los Decretos establecen normas de ejecución de las Ordenanzas, sancionan los procedimientos necesarios a la administración Municipal o resuelven o regulan los asuntos de orden general y de interés para el vecindario.

Las Resoluciones resuelven asuntos de carácter administrativo”

Como se aprecia de los puntos precedentes, las Municipalidades como cualquier otro Órgano de la Admi-

nistración Pública, rigen su vida institucional y sus relaciones con los particulares sobre la base de una serie de normas, con denominaciones propias y que pueden ser de alcance general o particular. Cualquiera sea la denominación que le demos a los Actos Administrativos que expresan la voluntad del Gobierno Local estos podrán ser materia de control de la misma forma que la Ley prevé para los demás casos; con la sola excepción de la Ordenanza Municipal, norma de mayor jerarquía dentro de la legislación Municipal y que la Constitución le confiere un **foro especial de control** en el Art. 200 Inc. 4° al describir lo que es materia de la Acción de Inconstitucionalidad de las leyes ante el Tribunal Constitucional, y someterlas a su control. Ello no supone en modo alguno que en sentido estricto estemos ante una Ley, o que la Constitución le otorgue **“por vía indirecta”** el rango de tal, ya que las normas con rango de ley están taxativamente señaladas en la Constitución y dentro de estas no se hallan las Ordenanzas municipales. Lo contrario sería hacer una interpretación contrario sensu que llegaría al absurdo, pues no sólo serían -en tal supuesto negado- las Ordenanzas Municipales Provinciales

“Las Municipalidades como cualquier otro Órgano de la Administración Pública, rigen su vida institucional y sus relaciones con los particulares sobre la base de una serie de normas, con denominaciones propias y que pueden ser de alcance general o particular”

normas con **“rango de ley”**, sino igualmente todas las Ordenanzas Municipales de todas las Municipalidades del país, sean o no provinciales o distritales. Las leyes, por principio, sólo pueden ser dadas por el Poder Legislativo, son pues normas que por mandato constitucional y dada la importancia que tienen dentro del ámbito sobre el cual están vigentes han sido elevadas al rango de una ley, pero no por ello se les puede asemejar a una Ley en sentido estricto, no se puede tomar como base su carácter de general puesto que existen otras normas de carácter general y que no tienen el rango que la Constitución le ha dado a las Ordenanzas Municipales, es pues una opción legislativa la adoptada por nuestra Carta Constitucional que privilegia de este modo a las Ordenanzas dentro de las diferentes

normas a las que les asigna un rango legal, y esto puede explicarse como consecuencia de la independencia de los Gobiernos Locales, independencia que por demás no supone de ninguna manera la creación de un mini Estado dentro del Estado Peruano, no puede pues un Gobierno Local dictar mediante Ordenanzas, imperativos legales de carácter general que transgredan aquellos determinados por las Leyes en sentido estricto, ni tampoco que transgredan el ámbito territorial sobre el cual tienen competencia los Municipios o Gobiernos Locales. A las leyes del Congreso se le suman las Resoluciones Legislativas, Reglamentos del mismo Congreso, los Decretos Legislativos del Poder Ejecutivo previamente apoderados por el Congreso, los Tratados Internacionales, los Decretos de Urgencia y los Decretos Leyes.

El hecho que una Ordenanza Municipal no sea equivalente en sentido estricto a una Ley del Congreso, no supone que una Ley del Congreso la pueda derogar o desconocer, pues está beneficiada por la *“reserva de ley”*, que implica que dentro de los ámbitos de su competencia, ninguna norma legal, por mayor rango normativo que tuviera puede ingresar a su ámbito de competencia que, por mandato de la Constitución, se halla reservada para la propia Ordenanza Municipal que, siendo de menor rango normativo, no puede ser superada en su contenido por una Ley de la República por el principio, ya señalado, de la *“reserva de ley”*, que determina que sólo una norma igual la puede modificar por un aspecto de respeto competencia. Y de igual modo pero en sentido inverso una Ordenanza Municipal, por mucho que sea la norma de mayor jerarquía dentro del ámbito funcional de las Municipalidades, no puede transgredir los límites funcionales de los Gobiernos Locales, ni ingresar pues con ello a esferas competencias de otros órganos estatales, en el presente caso el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo, ni menos aún puede expresamente contravenir lo legislado por el Poder Legislativo, dentro del ámbito de su competencia, que como hemos podido apreciar en los puntos anteriores incluye a la de legislar en materia de los procedimientos de Habilitación Urbana,

y como consecuencia de ello incluir dentro de las facultades que tienen las Municipalidades o Gobiernos Locales en general, la de aprobar las solicitudes de Habilitación Urbana y que éste procedimiento se realice por las Municipalidades Distritales, sin contravención con ello ni de la Constitución ni de la Ley.

Siendo, por ejemplo, la Ordenanza Municipal 133 una norma que, conforme a lo ya señalado, tiene una reserva especial de ley, tal y como lo dispone nuestra Carta Constitucional en el Art. 200 Inc. 4, la única posibilidad que existe de someterla al control concentrado de la constitucionalidad y legalidad previsto en nuestro texto constitucional como la Acción de Inconstitucionalidad, sería la de recurrir al Tribunal Constitucional y solicitar la derogación de la norma, en aras de la facultad de legislador negativo que ostenta dicho Órgano Constitucional y de este modo obtener que dicha Ordenanza Municipal, quede fuera del ordenamiento jurídico nacional. Ahora bien esta acción de control constitucional, fruto de la existencia dentro de nuestra estructura constitucional de un órgano constitucional encargado única y exclusivamente de ejercer tal función de intérprete auténtico de la Constitución y por ende su “guardián” y controlador de la constitucionalidad de las normas legales en sentido estricto y por añadidura (reserva de ley) de las Ordenanzas Municipales; se ve truncada en estos momentos, por la evidente inoperatividad que aqueja al Tribunal Constitucional, en vista de los acontecimientos del pasado año, por lo que sin que dejemos de lado la posibilidad futura de interponer dicha acción de control, no resulta operativa en la coyuntura que se ha presentado en estos momentos.

En segundo lugar, tenemos que la Constitución Política del Estado en su Art. 202 Inc. 3 dispone lo siguiente:

“Art. 202. - Corresponde al Tribunal Constitucional: (...)

3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.”

Los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución, son la tercera de las competencias asignadas al Tribunal Constitucional, lo que fue acogido de la legislación española en materia del Tribunal Constitucional; la razón de ser de esta opción legislativo constitucional, la podemos encontrar en la siguiente afirmación del Prof. español Francisco Fernández Segado⁴, quien señala al respecto:

“Constituyen el tercer gran bloque de competencias de la Jurisdicción Constitucional. Su justificación, en cuanto a competencia de aquélla, parece bastante clara: como ha notado la doctrina alemana, todo conflicto entre órganos constitucionales es, por sí mismo, un conflicto constitucional, que pone en cuestión el sistema organizatorio que la Constitución como una de sus funciones básicas ha establecido. Por ello sólo el Tribunal Constitucional, donde existe, puede ser órgano adecuado para la resolución de estos conflictos, que afectan a la esencia misma de la Constitución”

Conforme a lo antes expuesto, y a la norma constitucional citada, en nuestro sistema de control constitucional se ha adoptado la posición que adopta la Constitución Española de 1978, y se ha dado un desarrollo legislativo a partir de ello, que lo vemos plasmado en el Título IV de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC), de donde se aprecia lo siguiente:

- (i) El Tribunal Constitucional es competente para conocer de los conflictos de competencia que surjan entre dos o más gobiernos locales conforme a lo dispuesto en el Inc. 2 del Art. 46 de la LOTC y que literalmente señala:

“Art. 46.- El Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regiona-

les o municipales y que opongan:

(...)

- 2. *A dos o más gobiernos regionales o municipalidades, o de ellos entre sí. (...)*⁵

- (ii) El examen que el Tribunal Constitucional realice respecto de un conflicto de competencia surgido entre dos órganos constitucionales, supone una interpretación y por ende control de la constitucionalidad de las normas, en este caso de las que atribuyen determinadas competencias a los órganos constitucionales y que se contrapongan a la Carta Fundamental, en este sentido, es que la LOTC dispone en su Art. 48, que a continuación citamos, una reconducción de los conflictos de competencia que se presenten como consecuencia de una ley o de una norma con reserva legal, hacia un proceso de Acción de Inconstitucionalidad, pues finalmente será el auténtico intérprete de la Constitución quien defina que la competencia de determinado órgano es constitucional o no, y acorde a ello y con la facultad que de por sí tiene de legislador negativo, derogará la norma de donde provenga la determinación de una competencia que es inconstitucional.

“Art. 48.- Si el conflicto versare sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal declarará que la vía adecuada es la de acción de inconstitucionalidad. (...)”

- (iii) La norma citada da como consecuencia que en el caso analizado, si el conflicto de competencia que ha surgido de la promulgación de la Ley General de Habilitaciones Urbanas y la Ordenanza 133, se pusiere a conocimiento del Tribunal Constitucional, dada la naturaleza legal de la primera de las normas y la reserva legal de la segunda, sería reconducido por el Tribunal hacia

⁴ FERNANDEZ SEGADO, Francisco: *La Jurisdicción Constitucional en España*; Dyckynson, Madrid 1984, p. 163

⁵ La norma citada ha modificado el Art. 9 de la Ley Orgánica de Municipalidades, que otorgaba a la Corte Suprema de Justicia de la República, la competencia sobre los conflictos de competencia que se presenten entre la Municipalidad de la Capital de la República y las demás autoridades.

una Acción de Inconstitucionalidad, que como se vio en los puntos anteriores no puede fácticamente ser resuelta por el Tribunal, dada la situación coyuntural que atraviesa en estos momentos.

La tercera de las posibilidades que creemos pertinente estudiar en el presente caso es la de la Acción de Cumplimiento, garantía constitucional contenida en el Inc. 6 del Art. 200 de la Constitución Política del Estado y desarrollada legislativamente en la Ley 26301 (Ley de Hábeas Data y Acción de Cumplimiento).

“Artículo 200º.-Son garantías constitucionales:

(...)

6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

(...)”

La Acción de Cumplimiento es una de las nove-

dades introducidas en la nueva Carta Constitucional, que tiene siempre por sujeto pasivo de la relación jurídico procesal que se vaya a conformar, a un autoridad pública, a decir de BERNALES⁶ *“es un proceso de orden ejecutivo”* tiene por finalidad que la autoridad emplazada cumpla con realizar determinado deber o acatar una determinada norma legal.

En el caso tomado como ejemplo, encontramos que la Municipalidad Metropolitana de Lima no ha acatado la Ley General de Habilitaciones Urbanas ni su reglamento, ni cuando disponen que remita los procedi-

mientos de Habilitación Urbana a las Municipalidades Distritales, así como cuando mediante una Ordenanza Municipal, expresamente desacata una norma legal -lo que en sentido estricto configura un conflicto de competencia- que ha generado un acto inconstitucional por parte de la Municipalidad Metropolitana y de su Alcalde.

Encontramos también que en este caso pueden existir dos posibles sujetos procesales que pueden interponer la Acción de Cumplimiento, estos son:

- (i) Las Municipalidades Distritales; y,
- (ii) La Presidencia del Consejo de Ministros o en su defecto el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción como que dictó

el reglamento de la Ley General de Habilitaciones Urbanas.

El primero de los obstáculos que debemos salvar para poder ver si efectivamente podemos ir por el camino de la Acción de

Cumplimiento a fin que la Municipalidad Metropolitana de Lima, acate la Ley General de Habilitaciones Urbanas, es el referido a la aplicación supletoria en el caso de la Acción de Cumplimiento de la Ley 23506 (Ley de Hábeas Corpus y Amparo), a donde nos remiten los Arts. 3 y 4 de la Ley 26301, y como consecuencia de ello aplicable el Art. 6º de la Ley 23506, que en su Art. 6 Inc. 6 declara la improcedencia de las acciones de garantía que se interpongan entre dependencias de la administración pública.⁷ Al respecto podemos apreciar que se desprenden de dichas normas dos supuestos de hecho:

⁶ BERNALES, Enrique.- op. cit. p. 716

⁷ Doctrinariamente las Acciones de Garantía tienen como origen la acción de la autoridad jurisdiccional frente a la violación por parte de alguna autoridad pública, de los derechos constitucionales de los particulares, posteriormente se extendieron los efectos de las acciones de garantías constitucionales, a la violación de derechos constitucionales por parte de particulares y en contra de particulares. Son improcedentes conforme a la legislación vigente las acciones de garantía entre dependencias administrativas, poderes del estado y organismos constitucionales, lo que no obsta por ejemplo que se pueda apreciar la posibilidad, cierta, de que un órgano constitucional pueda ver por ejemplo vulnerado sus derechos a un debido proceso, y ello pueda ser materia de una Acción de Amparo, pues se estaría acusando un acto que no es realizado dentro del ejercicio regular de un derecho, excepción puesta por la legislación procesal constitucional.

- (i) Que en el caso de la Acción de Hábeas Data se aplican supletoriamente todas las normas legales en materia de procedimientos de Acción de Amparo y Hábeas Corpus, tal y como determina el Art. 3 de la Ley 26301;
- (ii) Que, conforme a lo previsto en el Art. 4 de la Ley 26301, solo es de aplicación supletoria a la Acción de Cumplimiento, el Art. 11 de la Ley 23506, referido a la responsabilidad funcional de las autoridades emplazadas; lo que se traduce como consecuencia de que la naturaleza de una Acción de Cumplimiento no es la de las Acciones de Garantías Constitucionales en sentido estricto, esto es cautelar derechos constitucionales, sino la de solicitar la intervención de la autoridad jurisdiccional a fin que ordene a determinada autoridad pública el cumplimiento de una norma o el otorgamiento de determinada prestación al administrado.

Conforme a lo antes acotado, tenemos el primero de los obstáculos salvado, pues estamos en el caso de una Acción de Cumplimiento, ante un proceso constitucional que se puede encuadrar dentro de dos esferas propias de los procesos constitucionales, la del control por parte de la autoridad jurisdiccional de que la actividad de los funcionarios públicos se realice acorde a la Constitución y la de compeler a la autoridad pública a cumplir no solo con el texto legal, sino también con el Constitucional, entendiendo en ello que toda autoridad pública está obligada a acatar las normas legales vigentes como un mandato expreso del texto constitucional; y no dentro de la naturaleza específica de las Acciones de Garantía Constitucional, esto es la protección o cautela de derechos constitucionales vulnerados.

El segundo de los obstáculos que apreciamos radica en la interferencia que puede constituir la Ordenanza Municipal 133 de la Municipalidad Metropolitana de Lima, ante la interposición de una Acción de Cumplimiento, sea esta por parte de las Municipalidades

Distritales o por parte del Gobierno Central. Al respecto, creemos que la opción más conveniente caso sub materia, es la de solicitar a la autoridad jurisdiccional, que en este caso sería el Juzgado de Derecho Público de Primera Instancia, que para los efectos se convierte en Juzgador Constitucional, la **inaplicación para el caso concreto de la Ordenanza Municipal 133, por contravenir el texto constitucional**; ello en vista de la facultad del órgano jurisdiccional contenida en el segundo párrafo del Art. 138 de la Constitución Política del Estado y que señala literalmente:

"Artículo 138°(...)

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior." (subrayado agregado)

La facultad de inaplicación de las normas legales por colisión constitucional (**judicial review** o control judicial de la constitucionalidad de las leyes) se encuentra exclusivamente reservada de modo restrictivo a los Jueces del Poder Judicial en ejercicio de la función jurisdiccional -entendida en su sentido estricto- y denominado por la doctrina constitucional como el **"Control Difuso de la Constitucionalidad de las normas"**.

El control difuso de la constitucionalidad de las normas no se puede apreciar ni deducir en juicio como una pretensión subjetiva de las partes que soliciten la intervención jurisdiccional ante cualquier conflicto, sea este de naturaleza civil, laboral, penal e incluso constitucional, puesto que es una "facultad" otorgada al Juzgador ordinario y éste la ejerce acorde a su facultad discrecional y por ella decide si efectivamente se está colisionando o no la Constitución en el caso concreto sub-iudice, y además los efectos que tenga dicha inaplicación solo se darán en el caso donde se realice el control difuso, no se pueden extender a otros supuestos de hecho que no hayan sido materia del juzgamiento, por lo que desde esta perspectiva resultaría conveniente que la opción a seguirse fuera ya la de una actuación conjunta de todas las Municipi-

palidades Distritales de Lima o la de la actuación del Poder Ejecutivo como demandante de la Acción de Cumplimiento.

Finalmente, creemos importante señalar que al mismo tiempo no aparece que se desprenda la posibilidad de que alguna autoridad estatal, sean las Municipalidades Distritales o el Gobierno Central a través de alguno de sus Ministerios, pueda interponer una Acción de Amparo en contra de los efectos de la Ordenanza 133, puesto que de ser ese el caso se ingresaría expresamente en la causal de improcedencia contenida en el Inc. 3 del Art. 6 de la Ley 23506, antes citado. No se configura en el presente caso un supuesto expreso de violación constitucional que de origen a la interposición de una Acción de Amparo pues no aparece que los hechos señalados, aunque estemos ante una norma municipal que contraviene el texto de la Constitución, afecten Derechos Fundamentales que puedan ser materia de la mencionada acción de garantía constitucional, máxime si ella es una acción de naturaleza residual, excepcional y restrictiva, esto es reservada única y exclusivamente para el caso que no quepa interponer otra acción legal en contra de la mencionada Ordenanza Municipal, como se ha descrito líneas arriba.

III. CONCLUSIONES

La Constitución Política del Estado de 1993(D) y las normas legales vigentes, confieren a las Municipalidades Distritales la competencia respecto de los procedimientos de Habilitación Urbana.

La Municipalidad Metropolitana de Lima, en claro acto de incumplimiento de la Ley General de Habilitaciones Urbanas y su reglamento dictó en su momento la Ordenanza Municipal 133, que pretende determinar un trámite especial para los procedimientos de Habilitaciones Urbanas, dentro de la provincia de Lima.

Las Ordenanzas Municipales, son las normas de mayor jerarquía municipal, y gozan del principio de la

reserva de Ley; por lo que sólo y únicamente pueden ser modificadas o derogadas por otra Ordenanza Municipal o ser declaradas inconstitucionales, y en consecuencia, también pueden ser objeto de derogación **erga omnes** por Sentencia del Tribunal Constitucional.

La interferencia de la Municipalidad Metropolitana de Lima en la competencia que se ha otorgado a las Municipalidades Distritales respecto de los procedimientos de Habilitación Urbana supondría al mismo tiempo que surja un *“conflicto de competencia entre varios Gobiernos Locales o Municipalidades”*, y que de lugar al trámite de *Contienda de Competencia Positiva*, trámite que se puede ventilar de modo terminal ante el propio Tribunal Constitucional, conforme a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone al mismo tiempo que en los casos de procesos sobre conflicto de competencia donde el conflicto provenga de una ley o de una norma con reserva legal, el procedimiento que se lleve a cabo sea uno de Acción de Inconstitucionalidad.

En la coyuntura actual del Tribunal Constitucional, resulta inviable que éste pueda resolver una Acción de Inconstitucionalidad y, por ende, el que un proceso sobre conflicto de competencia pueda ser reconducido como una Acción de Inconstitucionalidad, conforme a la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

La Municipalidad Metropolitana de Lima no habría cumplido con lo dispuesto en la Ley General de Habilitaciones Urbanas, ni en su reglamento; y como consecuencia de ello podría ser emplazada a cumplir con dichas normas legales mediante una Acción de Cumplimiento.

La Acción de Cumplimiento, contenida en el Inc. 6 del Art. 200 de la Constitución Política del Estado, no es propiamente dicha una Acción de Garantía Cons-

titucional, pues su finalidad y naturaleza jurídica es marcadamente diferente a la cautelar derechos constitucionales vulnerados por particulares o por autoridades públicas, sino que se dirige a que el Órgano Jurisdiccional ordene a una autoridad pública el cumplimiento de una norma legal o la concesión de determinada prestación administrativa, ejerciendo con ello la autoridad jurisdiccional una especie de control de las actividades de las autoridades públicas.

Tanto el Gobierno Central como las Municipalidades Distritales, tienen la posibilidad de interponer una Acción de Cumplimiento a fin que la Municipalidad Metropolitana de Lima, cumpla con la Ley General de Habilitaciones Urbanas y su reglamento, puesto que no se aplica a dicho proceso constitucional la prohibi-

ción expresa contenida en la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, referida a la improcedencia de las acciones de garantía constitucional entre entidades públicas.

No creemos que la situación que ha surgido entre la Municipalidad Metropolitana de Lima al dictar la Ordenanza 133, y respecto de la Ley de Habilitaciones Urbanas haya originado una causal para la interposición de una Acción de Amparo, pues no se aprecia que la violación constitucional de orden subjetivo que haya surgido y que sea materia de derechos fundamentales, así como tampoco que no existan otras vías mediante las cuales se pueda obtener la prestación judicial del cumplimiento por parte de la Municipalidad de Lima de la Ley General de Habilitaciones Urbanas. ^{D&S}