

LÍMITES LEGALES AL DERECHO DE PROPIEDAD: A PROPÓSITO DE LOS BONOS EDIFICATORIOS Y CONSTRUCCIONES SOSTENIBLES

LEGAL LIMITS TO THE RIGHT TO PROPERTY: ABOUT BUILDING BONDS AND SUSTAINABLE CONSTRUCTION

Jorge Reátegui Pilco*
Hernández & Cía. Abogados

María José Vizcarra Pasapera**
Exmiembro de THĒMIS
Pontificia Universidad Católica del Perú

The property right is not absolute. Issues of national interest such as the conservation of the National Cultural Heritage can limit it. Based on this, this article deals with those benefits that property owners may have, through building bonds granted in their favor, in order to maintain their value. Thus, said bonds recognize the building right of the owner of the property, so that he/she can build additional square meters in another area within the district where the bond was granted.

These building bonds also apply to sustainable buildings to promote their development within the same district. The article develops the concept and types of building bonds, their implications, the need for their application, and criticisms of said regulation.

KEYWORDS: *Legal limits; construction rights; certificate of construction rights; transfer of heights; microzones of urban value; axes of urban development potential; additional building height; building bonds; sustainable constructions.*

El derecho de propiedad no es absoluto. Cuestiones de interés nacional como la conservación del Patrimonio Cultural de la Nación pueden limitarlo. Este artículo trata, a partir de ello, de aquellos beneficios que los titulares de predios puedan tener, por medio de bonos edificatorios concedidos a su favor, con el fin de mantenerlos en valor. Así, dichos bonos reconocen el derecho de edificación del propietario del inmueble, para que pueda construir metros cuadrados adicionales en otra zona dentro del distrito en donde se otorgó el bono.

Estos bonos edificatorios también se aplican a edificios sostenibles para promover su desarrollo dentro del mismo distrito. El artículo desarrolla el concepto y los tipos de bonos edificatorios, sus implicancias, la necesidad de su aplicación y las críticas de dicha regulación.

PALABRAS CLAVE: *Límites legales; derechos edificatorios; certificado de derechos edificatorios; transferencia de alturas, microzonas de valor urbanístico; ejes de aprovechamiento del potencial de desarrollo urbano; altura adicional de edificación; bonos edificatorios; construcciones sostenibles.*

* Abogado. Magíster en Derecho por la Universidad de Minnesota. Profesor de Derechos Reales y Garantías en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio de Hernández & Cía. Abogados (Lima, Perú). Contacto: jreategui@ehernandez.com.pe

** Abogada. Especializada en derecho Civil e Inmobiliario. Contacto: mjvizcarrap@gmail.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 8 de marzo de 2023, y aceptado por el mismo el 29 de mayo de 2023.

I. ANTECEDENTES: DERECHOS DE PROPIEDAD Y RESPUESTA LEGAL FRENTE A LÍMITES DE SU EJERCICIO

El derecho de propiedad se encuentra regulado en el artículo 70 de la Constitución Política del Perú:

Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio (1993).

De la lectura de dicho artículo, se desprende que, si bien el derecho de propiedad otorga la facultad de disposición, uso y disfrute de un bien a su propietario, este derecho solo puede ser ejercido dentro de límites legales impuestos por la normativa vigente. Así, se tiene que el derecho de propiedad no es un derecho absoluto. En dicha línea, el artículo 923 del Código Civil Peruano establece que la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley (1984).

Ahora, si bien es cierto la expropiación forzosa junto a las restricciones a la adquisición de derechos de propiedad y posesión en zona de frontera se constituyen como los límites máximos al ejercicio del derecho de propiedad regulados en la Constitución, existen también otros límites legales al derecho de propiedad, tales como los llamados derechos edificatorios.

La Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, establece en su artículo 16 que:

Artículo 16.- El derecho a edificar consiste en la posibilidad de disponer del potencial edificatorio de la propiedad predial que se encuentra generado, regulado y limitado por la normativa urbanística y edificatoria, las normas que regulan la condición de Patrimonio Cultural de la Nación y las demás que se establezcan por leyes especiales. En el ámbito local, se establece en los Planes de Desarrollo Urbano y sus instrumentos de planificación urbana derivados. Se ejerce conforme a la autorización otorgada por los Gobiernos locales (2021).

Así, se desprende que el derecho a edificar; es decir, el derecho de construir una edificación en un

área sobre la que se ejerce una titularidad debe ser ejecutada dentro de los límites legales establecidos por Planes de Desarrollo Urbano (PDU), tales como zonificación, parámetros urbanísticos, índices de uso, retiros municipales, alturas máximas permitidas, entre otros. Lo anterior supone que, a modo de ejemplo, el propietario de un inmueble ubicado en zonificación residencial no podría construir una fábrica de textiles dado que la zonificación no sería compatible; que no podría darle un uso al inmueble no permitido según los índices de uso, tal como elaboración de productos farmacéuticos, ni que podría construir una mayor altura a la establecida en los parámetros urbanísticos.

Del mismo modo, así como se tienen límites legales al derecho edificatorio por aspectos relacionados a parámetros urbanísticos y zonificación, también se tienen límites legales aplicables a inmuebles declarados como Patrimonio Cultural de la Nación. El Ministerio de Cultura señala que el Patrimonio Cultural del Perú:

Está constituido por todos los bienes materiales e inmateriales que, por su valor histórico, arqueológico, artístico, arquitectónico, paleontológico, etnológico, documental, bibliográfico, científico o técnico tienen una importancia relevante para la identidad y permanencia de la nación a través del tiempo. Es por todo esto que dichos bienes requieren de una protección y defensa especiales, de manera que puedan ser disfrutados, valorados y aprovechados adecuadamente por todos los ciudadanos y transmitidos de la mejor manera posible a nuestras futuras generaciones (s.f.).

De la necesidad de protección y defensa especial del Patrimonio Cultural de la Nación, tal como casonas virreinales o de la época republicana, es que se crean los denominados bonos edificatorios.

A. Bonos edificatorios

El distrito de Miraflores ha sido uno de los primeros en implementar dichos bonos edificatorios a través de la entrada en vigencia de las Ordenanzas Municipales 387-MM y 401-MM. Así, los bonos edificatorios son certificados que otorga la Municipalidad del distrito a los propietarios de inmuebles conformantes del Patrimonio Cultural de la Nación o de inmuebles ubicados en Microzonas de Valor Urbanístico (MVU), en los cuales se reconoce los derechos edificatorios que pueden tener sus titulares sobre dichos inmuebles. Puede ser el caso, por ejemplo, de una 'casona' con valor patrimonial que la Municipalidad desea conservar como tal y que cuenta actualmente con dos pisos construidos

(aunque según parámetros urbanísticos, con posibilidad de edificarse cinco pisos más).

En este caso, la Municipalidad otorga un certificado por los metros cuadrados que el propietario de dicho inmueble deja de construir a fin de preservar su patrimonialidad, ornamento y cualidades arquitectónicas. Dichos metros cuadrados equivalen a aquellos comprendidos en los cinco pisos adicionales que éste, en el máximo aprovechamiento de su capacidad edificatoria, podría construir. Este derecho edificatorio otorgado a través del bono edifi-

catorio es transferible y podrá aplicarse a otras zonas del distrito; es decir, podrá ser utilizado dentro de dicha jurisdicción para que el titular del bono edificatorio, en un proyecto distinto, construya pisos adicionales a los permitidos en dicha zona, por sobre los parámetros urbanísticos aprobados.

Así, siendo los certificados derechos edificatorios que se otorgan a favor de un titular, no cabe duda que estaríamos frente a derechos sobre inmuebles¹ y, como tales, susceptibles de inscripción en los Registros Públicos.

Figura 1: Certificado de Derechos Edificatorios



Fuente: Municipalidad de Miraflores (2014)

B. Edificaciones sostenibles

Ahora bien, este beneficio que otorgan las municipalidades a través del bono edificatorio es aplicable tanto para la conservación del Patrimonio Cultural de la Nación como para las edificaciones sostenibles. Así, también en el distrito de Miraflores, se han emitido ordenanzas municipales que regulan los criterios técnicos y que establecen incentivos respecto a los cuales los titulares de proyectos de edificaciones sostenibles pueden acceder. De esta manera, las edificaciones sostenibles son definidas por la Ordenanza 581-MM como:

Artículo 4.6.- Edificación diseñada y construida para que mejore su rendimiento ambiental, incremente su valor económico y desarrolle un ambiente interior saludable, aumentando la satisfacción, por ende, la productividad de sus

ocupantes. Es un componente para lograr un desarrollo urbano sostenible (2021).

Así, la Municipalidad, dentro de los incentivos otorgados a los titulares de los proyectos de edificaciones sostenibles, otorga los denominados Certificados de Promoción de Edificaciones Sostenibles (en adelante, CEPRES), en los que se determinan los metros cuadrados que el titular del proyecto podrá utilizar o transferir a favor de terceros para ser aplicados en otras edificaciones sostenibles.

De lo anterior se desprende que, si bien el derecho de propiedad no es un derecho absoluto, las municipalidades en muchos casos otorgan incentivos y beneficios a los propietarios de los bienes inmuebles que encuentran límites a sus derechos edificatorios, ya sea por sus cualidades arquitectónicas, posibilidades constructivas o ubicación.

¹ Artículo 885.- Son inmuebles: [...] 10) Los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro (1984).

II. LÍMITES AL DERECHO DE PROPIEDAD

Si hablamos del derecho de propiedad como derecho absoluto, cualquier limitación sería violación de ese derecho. Si hablamos de un derecho relativo al interés social, las limitaciones están destinadas a realizar ese principio, a obtener la utilidad del bien dentro del ejercicio normal del derecho. Las limitaciones están destinadas a realizar el interés social obteniendo la utilidad del bien dentro del ejercicio normal del derecho. Las limitaciones a las que se conocen también como restricciones reducen el poder del dueño sobre un bien (Palacios Castillo, 2006, p. 54).

En esa misma línea, el derecho de propiedad no es un derecho absoluto, toda vez que existen limitaciones a este a fin de ejercerlo en armonía con el bien común².

Así, las limitaciones del orden público son “aquellas que se ejercitan en atención a los intereses sociales, en los que están comprometidos la subsistencia y el desarrollo social” (Palacios Castillo, 2006, p. 54). Estas limitaciones tienen carácter general, en tanto su efecto es aplicable a todos los que va dirigida.

Particularmente, en el ámbito regulatorio, las limitaciones que pueden establecer las municipalidades al derecho de propiedad se encuentran reguladas en el artículo 88 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades: corresponde a las Municipalidades Provinciales y Distritales dentro del territorio de su jurisdicción velar por el uso de la propiedad inmueble en armonía con el bien común (2003). De igual manera, el artículo 29 de la Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, establece que, en concordancia con las competencias y funciones establecidas en la Ley Orgánica de Municipalidades, les corresponde a estas:

Artículo 29.1.- b) Dictar las medidas administrativas necesarias para la protección, conservación y difusión de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación de su localidad, en concordancia con la legislación sobre la materia y las disposiciones que dicten los

organismos a que se refiere el artículo 19³ de esta Ley (2004).

En esa línea, en un caso en el cual un concejo municipal –dentro de sus facultades– ordenó la demolición de una obra por no obtener la licencia de edificación correspondiente, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 7060-2006-PA/TC, se pronunció indicando:

El derecho de propiedad si bien es un derecho fundamental de toda persona, no faculta a ninguna a desconocer las atribuciones que la Ley de Municipalidades y otras leyes que reconocen a los municipios como personas jurídicas de derecho público llamadas a ordenar la vida social dentro de su respectivo territorio (2007).

Así, Gilberto Mendoza del Maestro señala que las restricciones al derecho de propiedad deben ser (i) establecidas por norma con rango de ley; (ii) necesarias; (iii) proporcionales; y, (iv) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática (2013).

Si bien es cierto que el derecho de propiedad no es un derecho absoluto y que este se encuentra sujeto a limitaciones, también es cierto que, con el fin de preservar dicho derecho, las municipalidades otorgan beneficios o incentivos a los titulares de bienes inmuebles cuyos derechos de propiedad se encuentran limitados, a fin de proteger el orden público. Un ejemplo de ello son los llamados Derechos Adicionales de Edificación Transferibles (en adelante, DAET).

La naturaleza de los DAET se encuentra regulada en el Título VII del Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible. Estos son definidos en el artículo 125 del mismo como:

Artículo 125.- El instrumento de gestión urbanística que consiste en el traslado del potencial derecho de edificación del sobresuelo urbano de un predio ubicado en una Zona Generadora⁴, a otro predio ubicado en una Zona Receptora⁵, el cual puede ser propio o de terceros,

² Derogando toda referencia a interés social, como la señalada en el artículo 923 del Código Civil.

³ Artículo 19.- Organismos competentes:

El Instituto Nacional de Cultura, la Biblioteca Nacional y el Archivo General de la Nación, están encargados de la identificación, inventario, inscripción, registro, investigación, protección, conservación, difusión y promoción de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación de su competencia (2004).

⁴ Artículo 101.1.13.- Zona Generadora de DAET: Área de protección, conservación y/o preservación por contener predios que por sus condiciones especiales tienen limitaciones urbanísticas que no permiten su aprovechamiento (2016).

⁵ Artículo 101.1.14.-

Zona Receptora de DAET: Es el área planificada para la recepción de los DAET, para lo cual debe estar dotada de servicios básicos y complementarios y equipamientos urbanos suficientes. Estas zonas corresponden a predios localizados con frente a vías primarias o en zonas identificadas para desarrollos urbanísticos (2016).

sin pérdida total del derecho de propiedad del suelo y subsuelo urbano en los que se asienta el predio emisor (2016).

Dentro de los objetivos de los DAET, de acuerdo al artículo 126 de la misma norma, se encuentran: (i) proteger y conservar las zonas monumentales y centros históricos; y, (ii) promover la aplicación del Código Técnico de Construcción sostenible, en las edificaciones (2016).

Así, los Planes de Desarrollo Urbano de cada municipalidad establecen las zonas generadoras y receptoras de DAET, las cuales, de ordinario, son predios ubicados frente a vías primarias o metropolitanas. En ese sentido, si el titular de un predio ubicado en una zona generadora que se pretende conservar como tal, al final del día, no edificará una altura mayor a la existente, la municipalidad provincial o distrital (de acuerdo a la jurisdicción) reconoce los derechos adicionales de edificación y emite el Certificado de Derechos Adicionales de Edificación Transferibles (en adelante, CDAET) a fin de ser aplicados en un predio receptor. Ahora bien, si el predio es calificado como construcción sostenible y se encuentra ubicado en una zona generadora, se emitirá el CDAET en calidad de incentivo, el cual debe ser aplicado en dicha construcción sostenible.

Según el artículo 129 del Reglamento de Acondicionamiento Territorial, los CDAET pueden ser transferibles a título gratuito u oneroso, pueden ser fraccionados a fin de ser utilizados en más de un predio receptor hasta agotar el derecho de edificación, tienen una vigencia de diez años y deben ser inscritos en la partida registral del inmueble en el rubro de ‘cargas y gravámenes’.

III. BONOS EDIFICATORIOS: ANÁLISIS DE LAS ORDENANZAS 387-MM Y 401-MM

A. Ordenanza 387-MM

La promulgación de la Ordenanza 387-MM se sustenta en la autonomía otorgada a los gobiernos locales mediante la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades. Así, se desprende que en mérito a dicha autonomía les corresponde promover el mantenimiento y conservación de las áreas con valor patrimonial, tales como Microzonas de Valor Urbanístico y Patrimonio Cultural de la Nación (en adelante, Zonas de Valor). Las Zonas de Valor son definidas como:

Artículo 3.1.- áreas identificadas con edificaciones con características predominantemente homogéneas en el tratamiento de sus fachadas, volumetría, perfil urbano, tipología y/o estilo arquitectónico, declaradas o no por el

Ministerio de Cultura como bienes culturales inmuebles, que conforman espacios o subespacios organizados por ejes, con valor de conjunto apreciable desde el ámbito público y que tienen un régimen especial de conservación y desarrollo (2012).

Es como consecuencia de dicho deber de preservación que la Municipalidad emite la Ordenanza 387-MM, a fin de establecer un régimen de transferencia de alturas para que los propietarios de los inmuebles de conservación puedan trasladar el derecho edificatorio de altura no construida a favor de predios ubicados en la misma jurisdicción, dentro de los Ejes de Aprovechamiento del Potencial de Desarrollo Urbano (en adelante, Ejes). Así, los Ejes son áreas donde se ubican predios con características adecuadas, tales como secciones viales, flujos peatonales y vehiculares, equipamiento urbano, entre otros, que las hacen apropiadas para densificación inmobiliaria.

La finalidad de la Ordenanza 387-MM es regular los alcances para la transferencia de alturas denominadas ‘Altura Adicional de Edificación’, la cual es la altura hasta la cual se puede edificar en los inmuebles ubicados en los Ejes por encima de la altura máxima normativa establecida en ordenanzas provinciales (en este caso, ordenanzas de la Municipalidad Metropolitana de Lima). Esto tiene como finalidad que los titulares de los predios ubicados dentro de las Zonas de Valor utilicen la Altura Adicional de Edificación, o los transfieran a favor de terceros a fin de que se aplique en predios ubicados en los Ejes.

De otro lado, la Municipalidad de Miraflores también ha establecido límites legales (o condiciones, si cabe la expresión) a la transferencia de alturas. En el artículo 11 de la Ordenanza 387 se establece que el propietario del predio ubicado en las Zonas de Valor: deberá obligatoriamente destinar un porcentaje de los recursos obtenidos de la operación de transferencia de alturas adicionales de edificación para la conservación de dicho inmueble (2012).

Asimismo, también se establece que los predios ubicados en Zonas de Valor no podrán ser demolidos totalmente y que únicamente se permitirá obras de remodelación y ampliación. En ese sentido, si bien se limitan los derechos edificatorios de los propietarios respectivos, ello se compensa con los incentivos otorgados a través de los bonos edificatorios.

B. Ordenanza 401-MM

Mientras que la Ordenanza 387 regula los aspectos generales para la transferencia de alturas, la

Ordenanza 401-MM establece las disposiciones que regulan la aplicación de la Ordenanza 387-MM, tales como los requisitos para el inicio del trámite, el procedimiento y los límites legales aplicables. A fin que el propietario del predio ubicado en la Zona de Valor pueda acogerse a los beneficios de transferencia de alturas, será la Municipalidad la que realice una inspección técnica en el predio.

Mediante la inspección técnica se precisa el área edificable máxima por piso del predio materia de evaluación, para luego determinar el área correspondiente a los derechos edificatorios por reconocerse. Esto último se obtiene mediante una fórmula que calcula el área del predio construido, deduciendo el área máxima edificable. Lue-

go de dicha evaluación, la Municipalidad emite la resolución que declara procedente la solicitud para que, en consecuencia, se emita el Certificado de Derechos Edificatorios (en adelante, Certificado) y proyecte el decreto de alcaldía correspondiente. En dicho acto, se deben establecer las limitaciones y restricciones al predio, así como las recomendaciones para su conservación y la determinación de los derechos edificatorios. Una vez emitido, el propietario del predio tiene la obligación de inscribir en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) la carga técnica que establece que se deberá cumplir con las limitaciones y restricciones referidas a la demolición, ampliación o remodelación de las áreas intangibles del predio, así como las reglas para su conservación.

Figura 2: Asiento Registral de Inscripción de Carga Técnica Registral

ZONA REGISTRAL N° IX. SEDE LIMA
OFICINA REGISTRAL LIMA
N° Partida: 41874422

sunarp
Superintendencia Nacional de los Registros Públicos

INSCRIPCIÓN DE REGISTRO DE PREDIOS
CASA CON INGRESO AVENIDA AREQUIPA NUMERO 4265 - 4275
MIRAFLORES

REGISTRO DE PROPIEDAD INMUEBLE
RUBRO : GRAVAMENES Y CARGAS
D00001

CARGA TECNICA: Mediante Resolución de Alcaldía N°007-2013/MM del 30/09/2013, se **DECRETA: Artículo Primero.-** Disponer que los propietarios del predio ubicado en la Av. Arequipa N° 4275, Miraflores, deben ponerlo en valor y conservarlo conforme se establece en las recomendaciones comprendidas en los considerandos de la Resolución N°098-2013-SGCA-GDUMA/MM de fecha 28/08/2013. **Artículo Segundo.-** Establecer que los propietarios deberán cumplir las limitaciones y restricciones referidas a la demolición, ampliación y/o remodelación de las áreas intangibles del predio ubicado en la Av. Arequipa N°4275, conforme se establece en los considerandos de la Resolución N°098-2013-SGCA-GDUMA/MM de fecha 28/08/2013. El título fue presentado el 20/03/2014 a las 02:12:44 PM horas, bajo el N° 2014-00281938 del Tomo Diario 0492. Derechos cobrados S/41.00 nuevos soles con Recibo(s) Número(s) 00001872-15.- LIMA, 06 de Mayo de 2014.

Fuente: Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (2015).

De esta manera, el Certificado se otorga una vez inscrita la carga técnica registral en los Registros Públicos. Ellos tienen la misma naturaleza que los CDAET regulados en el Reglamento de Acondicionamiento Territorial.

La regulación de los Certificados no es nueva, tiene antecedentes en legislación comparada. En efecto, el artículo 473 del Decreto Distrital 619, Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá D.C, establece que la Administración Distrital, a través de la Secretaría de Hacienda, podrá emitir, colocar y mantener en circulación, los títulos valores representativos de derechos de construcción y desarrollo (2000). Sin embargo, a diferencia de la Ordenanza 401-MM, en el caso colombiano la finalidad es proteger principalmente la flora y fauna de la ciudad.

Retomando el análisis de la Ordenanza 401-MM, tenemos que el Certificado, tal como establece el artículo 9, es transferible en los siguientes términos: puede transmitirse de persona a persona

natural o jurídica a título oneroso, a título gratuito o por herencia; es negociable, en la medida en que puede ser materia de compraventa a precio o valor de mercado; es divisible, pues el contenido del Certificado de Derechos Edificatorios se puede fraccionar y puede utilizarse en más de un predio receptor hasta agotarse el derecho edificatorio otorgado; y es endosable dado que puede transferirse a otras personas naturales o jurídicas haciéndolo constar al dorso (2013). Sin embargo, a fin de ejecutar una obra nueva o una ampliación en un predio ubicado en los Ejes, tanto el titular del predio ubicado en la Zona de Valor, como el titular del predio ubicado en los Ejes deberán presentar una declaración jurada acreditando el compromiso de conservación del predio generador de derechos, a fin de aplicar los derechos edificatorios otorgados por el Certificado.

Asimismo, el Certificado no tiene fecha de caducidad: este se puede utilizar hasta que se hayan aplicado los derechos edificatorios de altura adi-

cional en uno o varios predios receptores. Así, el titular del Certificado puede fraccionarlo, ya sea por áreas determinadas o por titulares distintos. Por ello, el Certificado caduca una vez que se haya hecho uso de la totalidad de los metros cuadrados de altura adicional que el mismo otorga. En el caso colombiano, por ejemplo, se emiten dichos certificados hace más de veinte años, y no ha habido normativa posterior que inhabilite su otorgamiento, por lo que en la práctica, debiese cumplirse con su finalidad de preservación.

Por otra parte, en los casos en que el titular del Certificado opte por vender, ceder, donar u ejercer algún otro tipo de transferencia sobre el mismo,

se tiene la obligación de consignar en el contrato de transferencia una cláusula de establecer que un porcentaje de la contraprestación recibida deberá ser utilizada para la conservación del predio ubicado en Zonas de Valor. Ni la Ordenanza 387-MM ni la Ordenanza 401-MM establecen cuál es el porcentaje de la contraprestación que deberá ser utilizado para la conservación del predio, por lo que dicho monto será discrecional a criterio de la Municipalidad y, sobre todo, de la voluntad de las partes. Para determinar ello se deberá tener en consideración el principio administrativo de razonabilidad contenido en el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Procedimiento Administrativo General⁶.

Figura 3: Extracto de Contrato de Compraventa de Derechos Edificatorios

3.5 CONFORME LO ESTABLECE EL ARTÍCULO 17º DE LA ORDENANZA Nº 401/MM, LOS VENDEDORES SE OBLIGAN A UTILIZAR UN PORCENTAJE DE LA CONTRAPRESTACIÓN (PRECIO) RECIBIDA PARA DESTINARLA A LA PUESTA EN VALOR DE SU PREDIO. =====

Importante señalar que el mismo marco legal ha creado reglas de juego que permiten conectar el proceso constructivo del predio beneficiado con el bono edificatorio con el deber de conservación de aquel ubicado en las Zonas de Valor: a fin de obtener la conformidad de obra del predio receptor de derechos edificatorios, se deberá acreditar el cumplimiento de la puesta en valor del predio ubicado en Zonas de Valor; esto es, que se haya cumplido con la conservación del predio a través de obras de mantenimiento, remodelación o refacción. La inobservancia de cualquiera de las restricciones o limitaciones impuestas, así como el no cumplimiento de conservación del predio ubicado en Zonas de Valor tiene como consecuencias sanciones, en su mayoría, pecuniarias.

C. Edificaciones sostenibles: Análisis de las Ordenanzas 581-MM, 588-MM y 599-MM.

Al igual que las Ordenanzas 387-MM y 401-MM, las Ordenanzas 581-MM, 588-MM y 599-MM se sustentan en la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, a fin de normar la organización físico espacial y uso del suelo y la regulación del otorgamiento de derechos y licencias. Sin embargo, también se sustenta en la Ley 28611, Ley General del Ambiente respecto al cumplimiento de una efectiva gestión ambiental y el Decreto Supremo 012-2009-MINAM que aprueba la Política Nacional

del Ambiente relacionada a la promoción del desarrollo sostenible.

La finalidad de la Ordenanza 581-MM (modificada posteriormente por la Ordenanza 588-MM y la Ordenanza 599-MM), además de regular los criterios técnicos para la construcción de edificaciones sostenibles, es establecer los incentivos a los que los titulares de dichos proyectos podrán acceder, a fin de promover la construcción de edificaciones sostenibles en el distrito de Miraflores. Así, la Ordenanza 581-MM establece que el acogimiento de lo regulado en ella es libre y voluntario, siempre y cuando se asuma el compromiso de cumplir con los requerimientos y procedimientos establecidos en dicho marco normativo. Dentro de los incentivos que se tienen se encuentran: (i) incremento de área techada por construcción sostenible; (ii) incremento de área techada por uso público; (iii) reducción de área mínima por Unidad de Vivienda; y, (iv) reducción del número mínimo de estacionamientos. En adelante, vamos a referirnos a los elementos que hemos numerado como 'Incentivos'.

Para que una edificación sea considerada como sostenible y, por ende, se pueda acoger a los Incentivos regulados en las Ordenanzas señaladas, esta debe ser diseñada y construida a fin de mejorar su rendimiento ambiental, tal como contar con un sistema de eficiencia energética (reducción de

⁶ Artículo IV, numeral 1.4.- Principio de razonabilidad:

Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido (2019).

la cantidad de energía utilizada) y un sistema de eficiencia hídrica (construcciones que conlleven a un uso racional del agua). Asimismo, que dicha edificación cuente, entre otros, con estacionamientos para bicicletas.

Así, cuando una edificación se reconoce como edificación sostenible, luego de aprobada la conformidad de obra⁷ y emitidos los documentos de declaratoria de fábrica⁸, a solicitud del titular de la edificación, se emite el CEPRES en el cual, según el artículo 7 de la Ordenanza, se determina la cantidad de metros cuadrados de área techada que se otorga como compensación e incentivo para promover la construcción de edificaciones sostenibles (2021). De la misma manera que los Certificados, los CEPRES son transferibles, negociables, divisibles y endosables.

Al igual que los Certificados, el titular del CEPRES puede utilizar en favor suyo o transferir a un tercero los derechos otorgados a través de dicho certificado para ser aplicados en otras edificaciones sostenibles. Sin embargo, la mayor diferencia entre los Certificados y los CEPRES es que estos últimos sí pueden ser utilizados en la edificación sostenible generadora de derechos. Esto tiene sentido pues la finalidad de los CEPRES es brindar los Incentivos a los titulares de proyectos edificatorios para ejecutar proyectos sostenibles, mientras que los Certificados tienen como fin la conservación de los predios ubicados en las Zonas de Valor; esto es, que se mantengan sin cambios estructurales o arquitectónicos. En esa línea, sólo si se utiliza parte de los Incentivos en la edificación sostenible generadora de derechos se emite el CEPRES, ya sea por el derecho de edificación restante (el no utilizado en el predio generador de derechos) o por la totalidad del derecho edificatorio.

Respecto a los Incentivos, aquel referido al incremento de área techada por uso público se aplicará obligatoriamente, pudiendo aplicarse los demás incentivos de forma opcional y a solicitud del propietario. Esto es así porque la finalidad principal de la norma es generar más espacios comunes de valor para los propietarios de la edificación. Así, el incremento de área techada por uso público se otorga como compensación por destinar de forma obligatoria el área del retiro normativo de uso privado, para el uso público irrestricto. Mediante

el incremento de área techada por construcción sostenible, en cambio, se compensa la restricción del derecho a edificar en beneficio de construir por sobre la altura normativa. Por otra parte, los incentivos o beneficios de reducción del parámetro del área mínima por unidad de vivienda, y aquel referido a la reducción del número de estacionamientos a cambio de incrementar el número de estacionamientos para bicicletas, complementan de manera racional la lógica de las edificaciones sostenibles, en beneficio de la ciudad.

En términos reales, los CEPRES pueden brindar incentivos tales como un veinticinco por ciento (25%) adicional del área techada total de la edificación sostenible; una reducción del veinticinco (25%) del área mínima por unidad de vivienda y un veinticinco por ciento (25%) de reducción del número mínimo de estacionamientos para autos que serán reemplazados por un número igual de estacionamientos por bicicletas. Sin embargo, para que puedan acogerse a los Incentivos, estos proyectos deben cumplir con los siguientes criterios técnicos de diseño y construcción sostenible: (i) eficiencia energética y confort térmico; (ii) reducción del consumo de electricidad; (iii) ahorro de agua y reúso de aguas residuales domésticas tratadas; (iv) manejo de residuos en la construcción; (v) retiros frontales sin cerramientos; (vi) segregación de residuos diferenciados; (vii) habilitación de retiros frontales; (viii) estacionamientos para bicicletas; y (ix) calidad ambiental interior, azotea verde, área verde y muro verde.

Al igual que en el caso de los beneficios otorgados para predios ubicados en Zonas de Valor, los titulares de las edificaciones sostenibles que se acogen a los Incentivos deberán consignar las condiciones de sostenibilidad de la edificación y sus implicancias en los contratos de compraventa u otras modalidades de transferencia de unidades inmobiliarias, tal como responsabilidades y obligaciones para el mantenimiento de las condiciones de sostenibilidad. Para hacerlos oponibles ante terceros, dichas condiciones podrán ser inscritas en la partida de los bienes materia de transferencia.

En caso no se cumpla lo establecido en los artículos 33 y 34 de la Ordenanza 581-MM, tal como modificar o vulnerar las condiciones de sostenibilidad aprobadas en el proceso de ejecución de

⁷ Procedimiento administrativo realizado al final de la construcción que acredita el cumplimiento de los planos aprobados en la calificación para el otorgamiento de la licencia.

⁸ La declaratoria de fábrica es la inscripción de una construcción en el Registro de Predios correspondiente, donde se consignan las características y condiciones técnicas de una obra. Al inscribir una declaratoria de fábrica, los Registros Públicos reconocen el carácter legal de una determinada construcción (Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 2018).

obras sin haber tramitado su aprobación antes de su ejecución (2021), el titular del proyecto de edificación sostenible se encuentra sujeto al inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS) y la imposición de sanciones, contrapeso que consideramos necesario tal cual el caso de los Certificados.

D. Importancia de la regulación de los Bonos edificatorios

Como se puede advertir de lo descrito en numerales anteriores, los Bonos Edificatorios representan beneficios e incentivos para los propietarios de los predios que califican para dicho beneficio, a partir del límite al ejercicio del derecho de propiedad. Así, los Bonos Edificatorios promueven la inversión inmobiliaria al brindar a las edificaciones sostenibles la posibilidad de construir por sobre la altura límite establecida en los parámetros urbanísticos; permitiendo el desarrollo de un proyecto inmobiliario mayor y, por ende, mayores beneficios de los nuevos titulares de unidades inmobiliarias. Lo mismo sucede para los predios ubicados en Zonas de Valor.

Sin embargo, hay algunas municipalidades que no lo ven de tal manera y que incluso, han derogado ordenanzas que brindaban dichos beneficios. Un caso es la Municipalidad de Surco, que mediante la Ordenanza 672-MSS dispuso derogar las Ordenanzas 595-MSS, “Ordenanza de Promoción de la Construcción de Edificios Sostenibles y Creación de Espacios Públicos en Áreas Privadas en el distrito de Santiago de Surco” y la Ordenanza 599-MSS “Ordenanza que aprueba el Reglamento de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios para un Sector del distrito de Santiago de Surco conforme del Área de Tratamiento Normativo III de Lima Metropolitana”.

La Ordenanza 672-MSS establece en sus considerandos como fundamento para la derogatoria de las Ordenanzas 595-MSS y 599-MSS que:

El propiciar edificaciones con altura superior a la normativa no sólo significa avalar el crecimiento desordenado del distrito lo cual genera gran impacto en el perfil urbano, sino que se genere una problemática en la dotación de los servicios básicos, por la densificación (2023).

Asimismo, la misma Ordenanza establece en otro de los considerandos lo siguiente:

Los administrados se han acogido a la aplicación de estos para la aprobación de sus proyectos y anteproyectos; verificándose que el perfil y consolidación urbana⁹ está siendo alterado sustancialmente, debido a la variación de altura sin considerar la zonificación distrital (2023).

Sin embargo, no se tiene en consideración que el otorgar incentivos a los titulares de predios a través de la posibilidad de construir por sobre la altura permitida no tendría una incidencia en la consolidación urbana, en tanto dicha altura adicional no afectaría la dotación de servicios básicos, espacios públicos, equipamientos, ni otros similares puesto que el crecimiento de la ciudad sería de manera vertical, sin afectar los espacios disponibles de uso público (tales como parques, plazas, etc). Además, como en cualquier otro proyecto inmobiliario, la dotación de servicios básicos depende más de la factibilidad que el mismo se pueda brindar que de criterios de consolidación urbana. Recordemos, en adición a ello que, en el caso de proyectos con edificaciones sostenibles, la finalidad es contar con una dotación de servicios básicos ecológica.

Lo indicado en el párrafo anterior, tiene únicamente como consecuencia se desincentive el desarrollo de proyectos inmobiliarios, en perjuicio titulares de proyectos de edificaciones sostenibles y del colectivo en general. No es cierto, entonces, en la práctica, que el otorgamiento de los CEPRES tenga como consecuencia un crecimiento desordenado del distrito ni exista falta de consideración alguna a la zonificación distrital. A modo de ejemplo, la Ordenanza 595-MSS establecía

Artículo 2.- n) el incremento en la altura de la edificación por efecto de los beneficios de la presente Ordenanza o por la suma de ellos, no será mayor de un (01) nivel para edificaciones frente a calles y jirones, dos (02) niveles frente a avenidas y lotes en esquina y de tres (03) niveles frente a avenidas metropolitanas (2022).

Es decir, la misma Ordenanza 595-MSS si bien otorgaba beneficios de incremento de altura, ello se encontraba regulado y delimitado dependiendo de la ubicación del predio generador de derechos, a fin de mantener el ornato y orden de la ciudad.

⁹ Ley 31313, Artículo 33.- Clasificación:

a) Suelo urbano consolidado: son las áreas urbanas que predominantemente poseen adecuada dotación de servicios, equipamientos, infraestructuras y espacio público, necesarios para un nivel de vida de calidad y sobre las que se requieren acciones de mantenimiento y gestión (2021).

Finalmente, importante señalar que si bien la Ley Orgánica de Municipalidades establece que son funciones exclusivas de las municipalidades provinciales el aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial de nivel provincial, que identifique las áreas urbanas y de expansión urbana, también establece que las municipalidades distritales tienen funciones exclusivas sobre aprobar el plan urbano o rural distrital, según corresponda, con sujeción al plan y a las normas municipales provinciales sobre la materia, además de elaborar y mantener el catastro distrital (2023). En ese sentido, si bien las municipalidades provinciales se encargan de establecer los parámetros urbanísticos y edificatorios en el marco de una zonificación asignada a una zona específica, las municipalidades distritales se encargan de velar por el cumplimiento de dichos parámetros, emitiendo normativa que se adecúe a ellos y tomando como prioridad el mantenimiento del catastro.

En el caso de los Certificados, estos permitan al beneficiario construir por sobre la altura permitida de acuerdo a lo establecido en los planes de acondicionamiento territorial, a fin de preservar las Zonas de Valor, y por ende el catastro. Consideramos que esto no está reñido con las competencias asignadas a las municipalidades distritales. Además, en tanto los beneficiarios de los Bonos Edificatorios o de los Certificados son en realidad titulares de bienes perjudicados mediante los límites impuestos a su derecho de propiedad, consideramos idóneo, necesario y proporcional el otorgamiento de dichos beneficios a fin de compensar la vulneración a dicho derecho fundamental.

IV. CONCLUSIONES

Los límites al derecho de propiedad –amparados a nivel constitucional– suponen ciertas restricciones al uso, disfrute y disposición de un bien. Sin embargo, dichos límites son necesarios para que la facultad de disfrute de dicho derecho pueda ser ejercida en armonía con el interés público y el bien común.

Sin embargo, el Estado, por medio de los gobiernos locales, entiende que compensar dichos límites legales con el otorgamiento de beneficios e incentivos es beneficioso para el desarrollo de la inversión inmobiliaria, para los consumidores y, en general, para la ciudad.

En el caso de los Bonos Edificatorios, de naturaleza inmobiliaria, son válidamente transferibles a terceros y oponibles ante cualquier tercero, una vez inscritos en los Registros Públicos. Así, los propietarios de los inmuebles ubicados en Zonas de Valor o proyectos de edificaciones sostenibles tendrían

incentivos, ya sea para la conservación del mismo o para la ejecución de proyectos sostenibles adicionales, en tanto los Bonos Edificatorios brindan la posibilidad de construir por sobre la altura permitida según los parámetros urbanísticos aprobados normativamente.

La principal diferencia entre los Certificados y los CEPRES es que los primeros no pueden ser aplicados en el mismo predio generador de derechos ya que lo que se busca fundamentalmente es su conservación, mediante obras de mantenimiento o refacción. En el caso de los CEPRES, en cambio, se busca incentivar el desarrollo de proyectos de edificaciones sostenibles, pudiendo estos ser utilizados tanto en el predio generador de derechos como en otros proyectos de edificaciones sostenibles a fin de promover su desarrollo, sin necesariamente estar atados a una finalidad de ‘conservación’.

Sin perjuicio de obtener incentivos y beneficios, los titulares de los Certificados y los CEPRES se encuentran también sujetos a obligaciones, tales como el destinar un porcentaje de la contraprestación obtenida por su transferencia a un tercero al mantenimiento del predio generador de derechos, en el caso del primero, como a consignar las condiciones de sostenibilidad de la edificación y sus implicancias en los contratos de compraventa u otras modalidades de transferencia de unidades inmobiliarias, en el caso del segundo.

Por último, creemos que tanto Bonos Edificatorios como edificaciones sostenibles deben seguir siendo considerados dentro de nuestro marco legal o replicarse en varias otras circunscripciones a fin de incentivar el crecimiento de las ciudades. Esfuerzos que no vayan en esa dirección debieran, al menos, sostenerse en argumentos urbanísticos reales, a fin de no perjudicar el desarrollo de proyectos en beneficio de la ciudad y de los titulares de predios. 🏡

REFERENCIAS

- Mendoza del Maestro, G. (2013). Apuntes sobre el Derecho de Propiedad a partir de sus Contornos Constitucionales. *Foro Jurídico*, (12), 107.
- Ministerio de Cultura (s.f.). *¿Qué es Patrimonio Cultural?* [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/AF54A42EA8C6068B0525827A00781E61/\\$FILE/1manualqueespatrimonio.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/AF54A42EA8C6068B0525827A00781E61/$FILE/1manualqueespatrimonio.pdf)
- Municipalidad Distrital de Miraflores (s.f.). *Ecohogares*. Página Web de la Municipalidad Distrital

de Miraflores. <https://www.miraflores.gob.pe/los-servicios/ambiental/ecohogares/>

Oficina General de Comunicaciones de SUNARP (24 de enero de 2018). Sunarp te informa: ¿Qué es una declaratoria de fábrica? [Comunicado de prensa]. <https://www.sunarp.gob.pe/PRENSA/inicio/file.axd?file=/2018/25012018-1.pdf>

Palacios Castillo, E. (2006). Las Limitaciones al Derecho de Propiedad. *Revista Jurídica Docentia et Investigatio*, 8(2), 54.

Top Management Construction Solutions (17 de junio de 2021). *Environmental assessment methods for buildings (LEED, BREEAM, HQE)*. Top Management Construction Solutions. [https://topmgroup.com/environmental-assessment-methods-for-buildings-lead-breeam-hqe/#:~:text=BREEAM%20\(Building%20Research%20Establishment%20Environmental,waste%2C%20ecology%20and%20management%20processes](https://topmgroup.com/environmental-assessment-methods-for-buildings-lead-breeam-hqe/#:~:text=BREEAM%20(Building%20Research%20Establishment%20Environmental,waste%2C%20ecology%20and%20management%20processes).

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

D. 619, 28 de julio, 2000, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).

D. 190, 22 de junio, 2004, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).

Decreto Supremo 004-2019-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Diario Oficial *El Peruano*, de 25 de enero de 2019 (Perú).

Decreto Supremo 012-2009-MINAM, Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional del Ambiente, Diario Oficial *El Peruano*, de 23 de mayo de 2009 (Perú).

Decreto Supremo 022-2016-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de diciembre 2016 (Perú).

Ley 27287, Ley de Títulos Valores, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de junio de 2000 (Perú).

Ley Orgánica 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de mayo de 2003 (Perú).

Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 2021 (Perú).

Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, en cuanto a bienes materiales inmuebles, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de julio de 2004 (Perú).

Ordenanza Municipal 387-MM, Ordenanza que constituye y regula microzonas de valor urbanístico y ejes de aprovechamiento del potencial de desarrollo urbano en el distrito de Miraflores, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 2012 (Perú).

Ordenanza Municipal 401-MM, Ordenanza que establece disposiciones de aplicación a la Ordenanza N 387-MM que constituye y regula microzonas de valor urbanístico y ejes de aprovechamiento del potencial de desarrollo urbano en el distrito de Miraflores, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de mayo de 2013 (Perú).

Ordenanza Municipal 581-MM, Ordenanza que establece, regula y promueve condiciones para edificaciones sostenibles en el distrito de Miraflores, Diario Oficial *El Peruano*, 14 de diciembre de 2021 (Perú).

Ordenanza Municipal 588-MM, Ordenanza que modifica la Ordenanza N 581/MM, que establece, regula y promueve condiciones para edificaciones sostenibles en el distrito de Miraflores, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de mayo de 2022 (Perú).

Ordenanza Municipal 599-MM, Ordenanza que modifica las Ordenanzas N 581-MM y 588-MM, que establece, regula y promueve condiciones para edificaciones sostenibles en el distrito de Miraflores, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de diciembre de 2022 (Perú).

Ordenanza Municipal 595-MSS, Ordenanza de Promoción de la Construcción de Edificios Sostenibles y Creación de Espacios Públicos en Áreas Privadas en el distrito de Santiago de Surco., Diario Oficial *El Peruano*, 28 de diciembre de 2022 (Perú).

Ordenanza Municipal 599-MSS, Ordenanza que aprueba el Reglamento de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios para un Sector del distrito de Santiago de Surco conformante del Área

de Tratamiento Normativo III de Lima Metropolitana, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de mayo de 2019 (Perú).

Ordenanza Municipal 672-MSS, Ordenanza que deroga la Ordenanza N 595-MSS, Ordenanza de Promoción de la Construcción de Edificios Sostenibles y Creación de Espacios Públicos en Áreas Privadas en el distrito de Santiago de Surco y la Ordenanza N 599-MSS, Ordenanza

que aprueba el Reglamento de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios para un Sector del Distrito de Santiago de Surco Conformante del Área de Tratamiento Normativo III de Lima Metropolitana, Diario Oficial *El Peruano*, 1 de febrero de 2023 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 24 de abril de 2007, sentencia recaída en el Expediente 7060-2006-PA/TC (Perú).