

# ¿Y si se establecen más restricciones, esta vez a través de los Índices de Uso?



**Laura Francia Acuña**

*Master of Laws in Government Procurement Law* por la George Washington University Law School.  
Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.



## SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Los índices de uso como elemento de la zonificación.
- III. Los índices de uso y las licencias de funcionamiento.
- IV. Prohibición de disminuir la zonificación
- V. Conclusiones.

AUTORES NACIONALES

DERECHO INMOBILIARIO

ADVOCATUS 133

**RESUMEN:**

Tanto la zonificación como los Índices de Uso y las Zonas Rígidas comprenden restricciones municipales. Estas se constituyen como herramientas típicas del urbanismo, cuyo fin último es encauzar el crecimiento y desarrollo armónico de una ciudad para su destino público y privado. El presente artículo destaca la importancia de analizar la regulación municipal de la mano con el respeto al marco jurídico vigente, determinando la ilegalidad o legalidad de las mismas, partiendo con abordar temas propios del Derecho Urbanístico en pro de una verdadera tutela administrativa efectiva.

**Palabras clave:** Índices de Uso, Zonas Rígidas, Derecho Urbanístico, Derecho Administrativo, urbanismo.

**ABSTRACT:**

Both zoning and Usage Ratios and Rigid Zones are municipal restrictions. These constitute typical tools of urbanism, whose ultimate goal is to channel the growth and harmonious development of a city for its public and private destiny. This article emphasizes the importance of analyzing the municipal regulation along with the respect to the current legal framework, determining the illegality or legality of them, starting with addressing specific issues from Urban Law in favor of a real effective administrative protection.

**Keywords:** Usage Ratios, Rigid Zones, Urban Law, Administrative Law, urbanism.

**I. INTRODUCCIÓN**

En el año 2007, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual –INDECOPI– determinó la ilegalidad de determinadas Ordenanzas que expresamente prohibían la instalación de infraestructura de telecomunicaciones en sus circunscripciones. Ello, por considerar, entre otras razones, que las facultades de las Municipalidades Distritales para determinar la ubicación de estaciones radioeléctricas dentro de su jurisdicción deben guardar estricta relación con las normas sobre organización del espacio físico y uso del suelo aprobadas por la Municipalidad Provincial respectiva, así como con la normativa técnica en materia de construcción y edificaciones a nivel nacional<sup>1</sup>.

Años más tarde se verificaron prohibiciones pero esta vez de manera "indirecta": Municipalidades Distritales denegando la instalación no a través de Ordenanzas por ellas emitidas, sino en base a que los Índices de Uso de actividades urbanas aprobados por la respectiva Municipalidad Provincial "impide la instalación de infraestructura necesaria para la prestación del

*servicio de telecomunicaciones porque su uso es no conforme en todo el distrito*", esto es, porque la Municipalidad Provincial no habría previsto el tipo de zonificación donde es posible realizar tal instalación, por lo que entonces ella no era posible. Esta clara vulneración a la normativa nacional fue igualmente declarada como barrera burocrática ilegal<sup>2</sup>.

Respecto de Centros Históricos y Zonas Rígidas, es interesante notar que, en el año 2009, el INDECOPI declaró barrera burocrática ilegal la prohibición de circular vehículos de transporte interprovincial de personas en determinadas zonas calificadas por Ordenanza como "Damero Histórico" y "Centro Urbano", porque ello impedía a las empresas de transportes con licencias de funcionamiento válidamente obtenidas usar los terminales terrestres de su propiedad. En esta Resolución que constituyó precedente de obligatoria, la Sala reconoció encontrarse a favor de los esfuerzos de las Municipalidades para organizar adecuadamente el tránsito de vehículos en su jurisdicción, pero determinó que cuando una medida implique una revocación de licencia de funcionamiento se debe respetar la ley y

1. Cfr.: <<https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/Exp0089-2006.pdf>>.

2. Cfr.: <[http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc\\_Jurisprudencia/documentos/1-93/2015/Re0513.pdf](http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc_Jurisprudencia/documentos/1-93/2015/Re0513.pdf)>.

resguardar los derechos del afectado con la medida<sup>3</sup>.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional – en adelante, “TC” –, en el caso en el que el dueño de una discoteca que operaba en determinado Centro Histórico solicitó se le inapliquen las Ordenanzas mediante las cuales se prohibió el funcionamiento de su local ubicado en la Plaza Mayor –por estar ubicado a menos de 200 metros de la Plaza de Armas, lo cual era prohibido por las Ordenanzas–, determinó que aunque la cuestionada Municipalidad no había dispuesto formalmente el cambio de zonificación en el caso de establecimientos como los del recurrente, en la práctica sí lo ha hecho, al establecer prohibiciones de funcionamiento e incluso de otorgamiento de licencias so pretexto de su cercanía con determinados lugares del llamado Centro Histórico<sup>4</sup>.

Igualmente, los casos “indirectos” en los que se establecen zonas rígidas, y por ende de acceso prohibido para el comercio ambulatorio, a través de Ordenanzas, implican para el TC, sin lugar a dudas, un cambio en la zonificación, por lo que se le deben aplicar las garantías legalmente establecidas<sup>5</sup>.

Pues bien, ¿qué tienen en común los casos arriba descritos? ¿Zonificación, Índices de Uso, Zonas Rígidas? Para entender qué hay detrás de cada prohibición y restricción municipal y determinar la ilegalidad o ilegalidad de las mismas, es necesario primero abordar una serie de conceptos propios del Derecho Urbanístico que nos permitirán luego probar que los cambios de zonificación implican no solo las modificaciones al Plano sino también a los Índices de Uso, porque el primero no tiene mayor relevancia jurídica sin el segundo y ambos obedecen a la

misma finalidad. Es por ello, que ambos deben sujetarse al mismo procedimiento. Más aún, y sumado el establecimiento de zonas rígidas donde se limite determinada actividad, todos ellos se sujetan a una serie de garantías que deben ser adecuadamente garantizadas, en pro de una verdadera tutela administrativa efectiva.

## II. LOS ÍNDICES DE USO COMO ELEMENTO DE LA ZONIFICACIÓN

Como se sabe, el ordenamiento territorial realiza una planificación integral de todos los usos globales que se pueden dar en el territorio, organizándolo a través de la integración de las vertientes económica, social, cultural y ecológica, mientras que el urbanismo persigue el diseño racional del desarrollo urbanístico de los distintos enclaves humanos, ordenando y utilizando el suelo urbano para su destino público y privado. Así, el urbanismo se materializa en la construcción desde megaciudades hasta pequeños pueblos, e incluye la gestión, ejecución y control de todos los procesos de desarrollo de las ciudades<sup>6</sup>.

En ese orden de ideas, la zonificación urbana, al estar más enfocada en la ciudad, es una herramienta típica del urbanismo, cuyo fin es dividir una ciudad en secciones destinadas a usos determinados, ya sean residenciales, comerciales, industriales y otros, siendo su principal finalidad, encauzar el crecimiento y desarrollo armónico y coherente de una ciudad, así como la distribución de los espacios públicos y privados y de los usos y actividades que en ellos se pueden desarrollar.

Al respecto, es preciso señalar que la zonificación –cuyo establecimiento en el Perú es competencia de las Municipalidades Provinciales– se establece a través de tres elementos:

3. Cfr.: <<https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/Re1535.pdf>>.

4. Cfr.: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02735-2004-AA.html>>.

5. Cfr.: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/04237-2008-AA.pdf>>.

6. Cfr. GALÁN VIOQUE, Roberto. “Urbanismo Comparado I: Modelo de España”. En: *Curso de Especialización en Planificación Gestión Territorial Urbana*, Granada: Unión Iberoamericana de Municipalistas, 2011.

- a) El Plano de Zonificación, que es el documento gráfico mediante el cual se muestran los diferentes usos asignados al suelo urbano;
- b) El Índice de Usos para la ubicación de actividades urbanas, esto es, las actividades o usos permitidos en cada una de las zonas señaladas en el plano de zonificación; y
- c) El Reglamento de Zonificación, a través del cual se establecen los parámetros urbanísticos y edificatorios en cada una de dichas zonas y específicamente las densidades de población, los coeficientes de edificación, características del lote, porcentajes de área libre y altura de edificación, entre otros.

En el Perú, ello ha sido recogido en el Decreto Supremo N° 004-2011-VIVIENDA, Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano, –en adelante, el “RATDU”–, norma actualmente vigente, que en sus artículos 30 y 31 recoge lo siguiente:

*“Artículo 30.- La zonificación es el instrumento técnico de gestión urbana que contiene el conjunto de normas técnicas urbanísticas para la regulación del uso y la ocupación del suelo en el ámbito de Intervención de los PDM, PDU y EU, en función a los objetivos de desarrollo sostenible y a la capacidad de soporte del suelo, para localizar actividades con fines sociales y económicos, como vivien-*

*da, recreación, protección y equipamiento; así como la producción industrial, comercio, transportes y comunicaciones”.*

*“Artículo 31.- La zonificación regula el ejercicio del derecho de propiedad predial respecto del uso y ocupación que se le puede dar al mismo. Se concreta en planos de Zonificación Urbana, Reglamento de Zonificación parámetros urbanísticos y arquitectónicos para cada zona–; y el Índice de Usos para la Ubicación de Actividades Urbanas. Ninguna norma puede establecer restricciones al uso de suelo no consideradas en la zonificación”.*

Pues bien, el RATDU no recoge una definición de Índice de Usos<sup>7</sup>, pero sí lo denomina expresamente “Índice de Uso para la Ubicación de Actividades Urbanas”. De ahí es que se afirma que el Plano de Zonificación y los Índices de Usos son indeliguibles porque el primero per sé no establece de manera específica el uso que se le puede otorgar a un inmueble, sino que necesita primero de un Índice de Usos que precise qué actividades urbanas se podrán llevar ahí a cabo y segundo, bajo que parámetros urbanísticos y edificatorios se deberá levantar la edificación que albergue tal actividad. Ello, gráficamente se ha dado, al menos en el caso de Lima Metropolitana, a través de una lista de los cientos de actividades recogidas en la Codificación CIU del INEI, para las que se establece su compatibilidad o no con la zonificación de determinado distrito como se muestra por ejemplo en el siguiente gráfico:

SECTOR	ACTIVIDADES URBANAS	SECTOR 1					SECTOR 2					SECTOR 3					SECTOR 4					SECTOR 5					OBSERVACIONES
		RESID	RESID	RESID	RESID	RESID	RESID	RESID	RESID	RESID	RESID	RESID	RESID	RESID	RESID	RESID	RESID	RESID	RESID	RESID	RESID	RESID	RESID	RESID			
1	RESIDENCIAL																										En CV, Sector 1, solo en Av. Guillermo Priscott. Actividad conforme a nivel distal dentro de los Centros Comerciales y solo en Galerías existentes.

7. Únicamente señala que, sino que, entre otros aspectos, el Plan Urbano Distrital debe considerar la compatibilidad del índice de Usos para ubicación de actividades urbanas en las zonas residenciales, comerciales e industriales del distrito.

En el ejemplo propuesto, la actividad sastrería solo podría realizarse en determinadas zonas calificadas como "comercio vecinal" en el distrito, con la restricción además a determinadas avenidas.

Ahora bien, es fundamental advertir que las actividades que actualmente figuran en los Índices de Uso corresponden a la "Clasificación Industrial Internacional Uniforme –CIU– de todas las actividades económicas" recogidas por el Instituto Nacional de Estadística e Informática –INEI–. Ello en la práctica se traduce en contradicciones porque, conforme al RATDU, los Índices de Uso se refieren a actividades urbanas y no a actividades económicas que es una categoría más general. Ello, pues una actividad "urbana", conforme a la normativa urbanística, es aquella que se lleva a cabo en una zona habilitada o urbanizada –y no rural–, concretamente, en una zona que cuente con determinada zonificación, porque la zonificación es precisamente la consecuencia del proceso de urbanización. Y, ello se advierte en los Índices de Uso aprobados por la Municipalidad Metropolitana de Lima –MML– que recogen actividades de ninguna manera "urbanas" desde "escaleras mecánicas" y "ascensores" hasta "pesca" y "caza".

Precisado lo anterior, surge la inevitable pregunta: ¿si una actividad no está en el Índice de Usos, puede o no llevarse a cabo? La respuesta tiene, en nuestra opinión, varias aristas, conforme detallaremos a continuación. Antes, es importante precisar la posición que al respecto sostiene la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas –CEBB– y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del INDECOPI, porque en ellas se verifican pronunciamientos contrarios. En un caso concreto, la Municipalidad denunciada no permitió a la denunciante llevar a cabo la actividad "tintorería" porque el Índice de Usos del distrito no recogía tal actividad. La Comisión, en

primera instancia, declaró que dicha restricción sí constituía barrera burocrática "debido a que no se ha acreditado que exista una disposición municipal que prohíba expresamente el giro de tintorería dentro del distrito, con lo cual se contraviene el derecho a la libre iniciativa privada, establecido en el artículo 3 del Decreto Legislativo 757"<sup>8</sup>. Sin embargo, en segunda instancia, la Sala revocó la resolución de la Comisión y determinó que no ello no constituía una barrera burocrática:

*"La razón es que el Índice de Usos para la Ubicación de Actividades Urbanas del Distrito, aprobado por la Municipalidad Metropolitana de Lima (...), no señala que el giro de 'Tintorería' pueda ser desarrollado en el distrito, por lo que, al ser dicha regulación una norma habilitante, lo que no se encuentra contenido en la misma, está prohibido. En tal sentido, dado que la Municipalidad Distrital tiene la obligación de respetar lo dispuesto en la referida Ordenanza –de Lima–, esta entidad no se encontraba facultada para permitir el desarrollo del giro de 'Tintorería' en el establecimiento de la denunciante"<sup>10</sup>.*

En efecto, la actividad "tintorería" no se encontraba recogida como una actividad en el Índice de Usos, pero ello no impide que se determine si la misma calza dentro de una actividad similar. Sin embargo, en nuestra opinión, la discusión va más allá.

El caso de la tintorería es, efectivamente, una actividad urbana, caso en el cual el Índice de Usos debe establecer su ubicación conforme, pero sin llegar al límite de llegar al micro-detalle de la actividad, porque ello implicaría sobrerregulación. ¿O es que ahí donde se permite, por ejemplo, la guardería de niños de 1 a 2 años no se permitirá la guardería de niños de 3 a 4 años? ¿A efectos del uso del suelo, hace mayor diferencia que la guardería esté dirigida a niños de 1 a 2 o a niños

8. Cfr.: <[https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib0883/Libro.pdf](https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib0883/Libro.pdf)>.

9. Resolución N° 0034-2013/CEB-INDECOPI del 7 de febrero de 2013.

10. Resolución N° 1582-2013/SDC-INDECOPI del 24 de septiembre de 2013.

de 3 a 4 años? ¿O ahí donde se pueda operar un centro educativo para mujeres no se pueda operar uno para hombres, o viceversa? En ocasiones, los Índices de Uso han llegado a estos detalles minúsculos, obviando que en todo caso estas regulaciones corresponderán a cada sector que regule la actividad en sí. Por ello, urge que se revalúen y actualice el Modelo de Índice de Usos recogiendo aquellas actividades que realmente califiquen como urbanas y sin llegar al mínimo detalle de la actividad, porque ello no es objeto de la regulación del suelo sino en todo caso de la regulación sectorial de la actividad.

Y, reiteramos, urge que los Índices de Usos recojan solo actividades urbanas. En el segundo caso contado al inicio del presente trabajo, una Municipalidad prohibió la instalación de una antena en el distrito porque *“la MML no ha establecido en el Índice de Usos los lugares donde la antena puede ser instalada”*. En efecto, tal prohibición fue declarada barrera burocrática porque contraviene la normativa nacional en materia de instalación de infraestructura de telecomunicaciones. Pero, ¿es que acaso la antena es una actividad urbana que tendría que estar recogida en el Índice de Usos? Claramente, no, por lo que equivocadamente podría una Municipalidad Provincial –mucho menos una Distrital– establecerla dentro de los Índices de Uso. La antena es una infraestructura que escapa del ámbito de la zonificación urbana, y que más bien es función del ordenamiento territorial, de ámbito supra y que por tanto exige la coordinación de los municipios con los sectores involucrados en telecomunicaciones y paisaje urbano<sup>11</sup>.

Caso contrario, la lógica, pero a la vez absurda consecuencia sería que ninguna actividad no urbana esté permitida en las zonas urbanas de un distrito, como se muestra a pie de página.

En ese orden de ideas, el criterio de la Sala que reformó el de la CEBB respecto a la existencia o no de la actividad en el Índice de Usos es válido siempre que se trate de una actividad urbana, pero no podría serlo cuando i) no se trate de una actividad y/o ii) que ésta no sea urbana.

### III. LOS ÍNDICES DE USO Y LAS LICENCIAS DE FUNCIONAMIENTO

A mayor abundamiento, es posible afirmar que para que la actividad sea considerada urbana, debe llevarse a cabo en un establecimiento, esto es, en un inmueble o, mejor dicho, que sea un inmueble. Y, ello, de conformidad con la Ley 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, la cual resulta aplicable únicamente a “establecimientos”, esto es, bienes inmuebles:

*“Artículo 3.- Licencia de funcionamiento.- Autorización que otorgan las municipalidades para el desarrollo de actividades económicas en un establecimiento determinado, en favor del titular de las mismas (...).”*

Y, por establecimiento, conforme a la citada Ley, se tiene a aquel bien “inmueble, parte del mismo o instalación determinada con carácter de permanente, en la que se desarrollan las actividades económicas con o sin fines de lucro”.

Categoría de uso o actividad de uso	ACTIVIDADES URBANAS	SECTOR 1				SECTOR 2				SECTOR 3				SECTOR 4				SECTOR 5				OBSERVACIONES
		RES	RES	RES	RES	RES	RES	RES	RES	RES	RES	RES	RES	RES	RES	RES	RES	RES	RES	RES		
A	AGRICULTURA, GANADERÍA, CABA Y SILVICULTURA																				Las actividades de este Sector A son NO COMPRENSIVAS	
B	PESCA																				Las actividades de este Sector B son NO COMPRENSIVAS	
C	EXPLOTACION DE MINAS Y CANTERAS																				Las actividades de este Sector C son NO COMPRENSIVAS	

11. Es por la misma razón que cuestionamos las disposiciones municipales dirigidas a restringir la instalación de antenas únicamente a las áreas de dominio público del distrito. Más allá de que ello sea contrario a la normativa nacional, tal restricción basada en que “la zonificación no permite la ubicación conforme de antenas” es desacertada.

El Código Civil define a los bienes inmuebles, diferenciándolos de los muebles. Por su parte, las "instalaciones fijas y permanentes" en virtud del artículo 3 de la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y Edificaciones, son aquellas construidas con albañilería y concreto o adobe, que tienen servicios públicos domiciliarios instalados.

Por lo tanto, cabe en efecto preguntarse si es correcto que actividades que en estricto no califican como tal, o que no son urbanas o que no califican como un bien inmueble, parte del mismo o como unas instalaciones con carácter de permanente estén recogidas en los Índices de Usos. Una máquina expendedora de café o un cajero automático en un supermercado son en estrictos bienes muebles, por lo que no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la citada Ley ni siquiera dentro del supuesto de licencia de funcionamiento para cesionario porque ésta se sujeta a los mismos parámetros que cualquier licencia de funcionamiento.

Y es que, en nuestra opinión, los Índices de Uso para la ubicación de actividades urbanas, como elemento intrínseco de la zonificación, tienen también una íntima e indisoluble relación con las licencias de funcionamiento. Como hemos desarrollado en trabajos anteriores, la licencia municipal de funcionamiento es el título habilitante que permite a los particulares ejercer su derecho a la libre empresa, siempre que la Municipalidad haya verificado previamente que dicho ejercicio es compatible con el bien común, concretamente con: i) La zonificación y la compatibilidad de uso y ii) las condiciones de seguridad en defensa civil del establecimiento. En tal sentido, no sería posible otorgar una licencia de funcionamiento ahí donde no existiera una zonificación con sus respectivos Índices de Uso, porque no habría parámetro alguno sobre el cual evaluar la compatibilidad de la actividad con el suelo. Los Índices de Uso son esenciales a la zonificación y al serlo, son igualmente esenciales a la licencia de funcionamiento.

Es por ello que, en nuestra opinión, los bienes muebles no podrían estar dentro del ámbito de aplicación de una licencia de funcionamiento, porque ellos se encuentran dentro de un bien inmueble respecto del cual se hace la verificación de compatibilidad de la actividad con el suelo urbano.

Urge, nuevamente, depurar el Modelo de Índices de Uso para adecuarlo a los criterios de las normas que venimos comentando: actividades urbanas, sin excesivo detalle, y bienes inmuebles, parte de los mismos o instalaciones con carácter de permanentes.

#### IV. PROHIBICIÓN DE DISMINUIR LA ZONIFICACIÓN Y USOS

Volviendo al tema estricto de la zonificación, conviene recordar la importancia de las garantías que se han establecido alrededor de los cambios que pueden darse de la misma. Ha sido igualmente materia de otros trabajos detallar los remedios que existen en nuestro ordenamiento con respecto a los cambios de zonificación que, si bien son competencia municipal, no pueden ser irrestrictos o arbitrarios. Concretamente, INDECOPI ha desarrollado el criterio respecto de la revocación indirecta, en el sentido que un cambio de zonificación que implique la revocación –indirecta– de una licencia debe sujetarse a las reglas de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, entre ellas, la indemnización. Alternativamente, se recoge también que el cambio de zonificación no es oponible al titular de la licencia de funcionamiento dentro de los primeros cinco –5– años de producido dicho cambio. Únicamente en aquellos casos en los que exista un alto nivel de riesgo o afectación a la salud, la Municipalidad, con opinión de la autoridad competente, podrá notificar la adecuación al cambio de la zonificación en un plazo menor<sup>12</sup>.

Y, de conformidad con lo detallado en el presente trabajo, las garantías arriba señaladas

12. Artículo 14 de la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento.

son aplicables tanto para el cambio del Plano de Zonificación como para la modificación del Índice de Usos, no así para el Reglamento de zonificación que establece parámetros cuya garantía es aquella que otorga la Ley 29090: La obtención de un Certificado de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios que otorga seguridad jurídica de que estos parámetros no podrán ser modificados durante la vigencia del certificado, haciendo posible así construir con parámetros "ultra-activos".

Tan es así que encontramos en nuestro ordenamiento una clara garantía respecto a la no disminución de la zonificación. El artículo 53 del RATDU que establece que la disminución en el uso de determinado suelo solo es posible si se sustenta en la existencia de un riesgo físico no mitigable:

*"Artículo 53.- Condiciones a las que se sujetan los cambios de zonificación.- Cualquier modificación de la zonificación, posterior a la aprobación de los PDM, PDU y EU, queda sujeta a las siguientes condiciones:*

*(...)*

*53.2 El cambio de zonificación no procede si el uso vigente es de mayor nivel que el solicitado, salvo por razones de riesgo físico no mitigable".*

Incluso la propia Ordenanza N° 1862 de la MML, Ordenanza que regula el proceso de planificación del desarrollo territorial-urbano del área metropolitana de Lima, vigente desde diciembre de 2014, establece esta misma prohibición de disminuir los usos del suelo:

*"Artículo 21. (...) Los procesos de Reajuste Integral de la Zonificación de los Usos del Suelo de Lima Metropolitana y de Cambios Específicos de los Esquemas o Planos de Zonificación Distritales, no podrán establecer calificaciones menores al tipo de Zona que actualmente tienen los predios, ni disminuciones al nivel de*

*uso, de conformidad a los parámetros normativos establecidos en la presente Ordenanza"* (el subrayado es nuestro).

Vemos pues, que tal garantía aplica expresamente tanto al cambio en el Plano de Zonificación como del Índice de Usos. Incluso, si no estuviera de manera expresa, por las razones que hemos demostrado en el presente trabajo, avaladas por el propio TC en la Sentencia recaída en el Expediente N° 4237-2008-PA/TC, en la que reconoció que aquellos casos "indirectos" implican sin lugar a dudas un cambio en la zonificación, por lo que se le deben aplicar las garantías legalmente establecidas<sup>13</sup>:

*"(...) este Tribunal considera que, en los hechos, la Ordenanza objeto de la demanda introduce un cambio de zonificación al establecer como zona rígida, y, en consecuencia, de acceso prohibido para el comercio ambulatorio, una zona que previamente no tenía tal consideración. En ese sentido, resultaría de aplicación lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 28976, Ley marco de licencia de funcionamiento, la misma que señala que: El cambio de zonificación no es oponible al titular de la licencia de funcionamiento dentro de los primeros cinco –5– años de producido dicho cambio. Únicamente en aquellos casos en los que exista un alto nivel de riesgo o afectación a la salud, la municipalidad, con opinión de la autoridad competente, podrá notificar la adecuación al cambio de la zonificación en un plazo menor".*

Y, en la otra Sentencia comentada al inicio del presente trabajo –recaída en el Expediente N° 00239-2010-PA/TC 14– el TC determinó la inaplicación de la Ordenanza N° 1099-MML, Aprueban el Reajuste Integral de la Zonificación de los Usos del Suelo del distrito de Ate, Chacacayo y Lurigancho-Chosica, porque en ella se dispuso la creación de la denominada "Zona de Protección y Tratamiento Paisajista" –PTP–,

13. Cfr.: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/04237-2008-AA.pdf>>.

14. Cfr.: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00239-2010-AA.html>>.



que disminuye la Zona Especial de Habilitación Restringida –en adelante, “ZEHR”–:

*“Fluye de autos que de acuerdo a la Resolución N° 127-92-MML-AM-SMDU del 30 de junio de 1992 –norma que aprobó el plano del distrito de Chaclacayo–, la Zona Especial de Habilitación Restringida –ZEHR– permitía efectuar habilitaciones recreacionales, restaurantes, huertas, granjas, industria elemental y complementaria, así como usos especiales. Asimismo, mediante Ordenanza N° 620-MML, la Municipalidad Metropolitana de Lima aprobó la reglamentación del proceso del Plan de Acondicionamiento Territorial y de Desarrollo Urbano de Lima, así como de zonificación de los usos de suelo de Lima; en dicho reglamento se estableció que cualquier reajuste integral o cambio específico en la zonificación no podía implicar calificaciones menores al tipo de zona que posea un predio o se disminuya el nivel de uso –art. 35 Ordenanza 620-MML–. Sin embargo, mediante Ordenanza N° 1099-MML, se estableció el reajuste integral de la zonificación y usos del suelo del Distrito de Chaclacayo, en el cual se dispuso la creación de la denominada “Zona de Protección y Tratamiento Paisajista” –PTP–, que disminuye la Zona Especial de Habilitación Restringida –ZEHR– (...).*

*Por ello, es válido afirmar sobre la norma en cuestión que, a pesar de no estar dirigida directamente al recurrente, ya que es de aplicación erga omnes, en la práctica se produce una amenaza indirecta vulneratoria de su derecho al uso y disfrute de su propiedad al validar el cambio de zonificación impuesto por la Ordenanza Municipal N° 1099-MML, zonificación que ya estaba dispuesta en la Ordenanza Municipal N° 620-MML, y que a la luz de la teoría de los hechos cumplidos, establecida en nuestra Carta Magna en su artículo 103, y reiterada en distinta jurisprudencia por el Tribunal Constitucional,*

*la norma en cuestión no puede recortar los derechos que en el tiempo se han establecido de acuerdo a la normativa vigente en aquel entonces –excepto en materia penal cuando favorece al reo–, de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes –STC 0606-2004-AA/TC, FJ 2– en el tiempo determinado. Por tanto, para aplicar una norma (...) en el tiempo debe considerarse la teoría de los hechos cumplidos y, consecuentemente, el principio de aplicación inmediata de las normas”.*

Desde luego, INDECOPI ha seguido la misma línea. Así, por ejemplo, la CEBB declaró barrera burocrática ilegal la prohibición de desarrollar actividades urbanas de giro de imprenta y servicios conexos en determinadas zonas del Centro Histórico de Lima, establecida por la MML a través del artículo 5 de la Ordenanza N° 1608, debido a que en virtud de lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, resulta de aplicación la normativa técnica sobre la materia, la que señala que los cambios de zonificación no pueden establecer calificaciones menores ni disminuciones en el nivel de usos del suelo<sup>15</sup>. Igualmente, la Sala declaró barrera burocrática ilegal la disminución de la zonificación y de los niveles de uso de suelo de la zona donde se encuentra el inmueble del denunciante, porque las normas nacionales y provinciales anteriormente vigentes prohibían la existencia de cambios zonificación y niveles de uso que establecieran calificaciones menores o disminuciones en el nivel de usos otorgados con anterioridad a los predios y esta prohibición se mantiene hasta la fecha en el nuevo RATDU y en la actual Ordenanza marco para la zonificación de la MML, aprobada mediante Ordenanza N° 1862-MML del año 2014<sup>16</sup>.

Y es que, como se ha desarrollado líneas arriba, los cambios de zonificación y/o de usos de suelo, solo serán viables en la medida que no se reduzcan los usos previamente establecidos,

15. Resolución N° 0297-2014/CEB-INDECOPI del 3 de marzo de 2015.

16. Resolución N° 0129-2015/SDC-INDECOPI del 30 de marzo de 2015.

esto es, de las actividades que a la fecha de la modificación se venían llevando a cabo, salvo que se acredite fehacientemente la existencia de un riesgo físico que no pueda ser solucionado de otra manera que no sea tal disminución. Por ende, cuando una actividad requiera una regulación mayor que otras con respecto a dónde ella se puede llevar a cabo por razones de riesgo físico no mitigable, ello deberá sustentarse en los respectivos informes técnicos emitidos por las entidades competentes. Y, aquellas "entidades competentes" no podrían ser solamente los municipios. Por ejemplo, el mismo TC, en uno de los casos citados al inicio del presente trabajo verificó la necesidad de contar con un Informe Técnico del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería –OSINERGMIN–, para determinar la viabilidad del establecimiento de una zona rígida por supuestas consideraciones de "seguridad".

## V. CONCLUSIONES

La zonificación es una herramienta que comprende tanto el Plano de Zonificación como el Índice de Usos para la Ubicación de Actividades Urbanas. La segunda es intrínseca a la primera, por lo que un cambio de zonificación puede referirse ya sea a la modificación de cualquiera de los dos elementos. Incluso, la jurisprudencia constitucional reconoce que existen supuestos en los cuales no se ha dispuesto formalmente el cambio de zonificación, pero en la práctica sí se ha hecho, al establecer prohibiciones de funcionamiento e incluso de otorgamiento de licencias so pretexto de su cercanía con determinados lugares de los llamados Centros Históricos o Zonas Rígidas.

La zonificación es una herramienta propia del urbanismo. Por ello, el Índice de Usos existe ne-

cesariamente para la Ubicación de Actividades Urbanas. Urge, actualizar el Modelo de Índices de Usos para adecuarlo a los criterios de las normas que se han desarrollado en el presente trabajo: actividades urbanas, sin excesivo detalle, y bienes inmuebles, parte de los mismos o instalaciones con carácter de permanentes.

Ello guarda estricta relación con el otorgamiento de una licencia de funcionamiento, toda vez que ésta tiene por finalidad la verificación de la actividad urbana con las características del suelo donde se encuentra el inmueble, esto es, su zonificación y usos permitidos.

No cabe sostener que infraestructuras como antenas puedan estar recogidas en un Índice de Usos, por lo que el criterio contrapuesto entre la CEBB y la Sala debe ser utilizado con atención a esta particularidad urbana.

Finalmente, vale reiterar que no cuestionamos la facultad de las Municipalidades Provinciales de definir dónde podrán ubicarse las actividades urbanas mas no las infraestructuras o actividades "no urbanas", pero al hacerlo, al igual que cualquier otra actividad, la regulación municipal debe ir la mano con el respeto al marco jurídico vigente. En tal sentido, no debería una Municipalidad impedir el establecimiento de actividades urbanas en determinadas zonas –vía reducción de zonificación o de usos– sin que haya una justificación técnica y de seguridad para ello, o peor aún prohibir totalmente la actividad, puesto que no se estaría cumpliendo con el principio de legalidad y los criterios de racionalidad, coherencia y proporcionalidad que las Municipalidades deben respetar al momento de establecer o modificar los Planos de Zonificación y los Índices de Uso de sus jurisdicciones.