

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Título del informe

“INFORME SOBRE EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURÍDICA N°1735-2008-AA/TC, RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL DE SHOUGANG HIERRO PERÚ CONTRA LA SENTENCIA EXPEDIDA POR LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA POR IMPROCEDENCIA DE AMPARO”

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título profesional de **ABOGADO**

Autor

Devoto Ykeho Andres Yvan

Asesor

Ortiz Sanchez Iván

Lima, 2021

Resumen

El caso trata de la interposición de un Recurso de Agravio Constitucional contra la Resolución N° 2 de fecha 28 de enero del 2008 de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima interpuesto por Shougang Hierro Perú. Dicha resolución se declaró la improcedencia liminar de la demanda de amparo contra la Ordenanza Municipal N° 006-2007-A/MPN que vulneraba según el demandante sus derechos a la libertad de empresa e industria, así como el derecho a la propiedad, al trabajo, al debido proceso y a la defensa.

En un primer momento el 45° Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente la demanda. Consecuencia de la apelación presentada por Shougang es que en segunda instancia se vuelve a declarar improcedente. Este recurso de agravio constitucional presentado ante el Tribunal Constitucional fue resuelto en la Sentencia del 20 de mayo de 2008 recaída en el Expediente N° 1735-PA/TC.

El Tribunal declaró procedente y fundada la demanda por haberse vulnerado el derecho a la libertad contractual de la demandante. El informe se justifica por la necesidad de analizar la procedencia de un amparo frente a la vigencia de normas urbanísticas. Asimismo, se requirió un análisis del proceso para la aprobación de planes urbanos mediante ordenanza de gobiernos locales.

El informe tiene como objetivo determinar si la postura del Tribunal Constitucional es correcta a la luz del derecho constitucional y urbanístico peruano. Concluimos que la sentencia fallo de manera correcta respecto a la libertad contractual. No obstante, dada las graves deficiencias encontradas en el proceso de formulación y aprobación del plan urbano, faltó un análisis respecto al debido proceso en su variante subjetiva.

Índice

Introducción	4
Hechos Relevantes.....	7
Identificación de los principales problemas jurídicos	16
Conclusiones	93
Bibliografía	97



Introducción

Uno de los grandes yacimientos descubiertos en el Perú en la segunda mitad del siglo XX fue la mina de hierro de Marcona, poniéndose en marcha su explotación a partir de la década de los 50s (Chira et al. 2018: 15). Para ser exactos, la puesta en marcha del complejo minero-metalúrgico inicio en 1953.

Esta inversión se dio en un contexto donde el nuevo Código de Minería de 1950 habría modificado sustancialmente las perspectivas de la industria minera peruana, produciendo nuevos proyectos, records de producción, haciendo posible una nueva política social de mejores salarios y una implementación de un reglamento de higiene y seguridad (Tumialán 2003: 17).

Según Zapata, el descubrimiento de hierro en la zona de Marcona en la década del 50 en el siglo pasado trajo consigo la creación de la empresa extractiva y la creación del distrito de Marcona, posteriormente (2017: 116). Así, con la Ley N° 12314 del 02 de mayo de 1955 se crea el distrito de Marcona luego de casi 2 años de operación del complejo minero-metalúrgico. En otras palabras, se crea la institucionalidad del gobierno local luego de la empresa estatal de extracción Minera.

La historia fue que el presidente Manuel Prado había decidido emprender el proyecto de fabricación de acero en el Perú para lo que necesitaba carbón y hierro. Para ello, se ubicó una planta siderúrgica en Chimbote, cerca de los depósitos de carbón de la cuenca del Rio Santa. En miras de explotar los yacimientos de hierro, siguiendo el Código de Minería vigente, el Estado entregó los yacimientos de hierro de Marcona por 20 años a la empresa Marcona Mining Company (MMC). Esta empresa norteamericana produjo hierro alcanzando abastecer a la planta siderúrgica de Chimbote y comercializarla alrededor del mundo (CIDEF 2001: 2).

Posteriormente, en el año 1975 bajo el gobierno del General Juan Velasco Alvarado se nacionalizaron los yacimientos de hierro de Marcona y se despojó a la empresa norteamericana Marcona Mining Corporation (MMC) de sus propiedades (CIDEF 2001: 2). Es así como se constituye HIERRO PERÚ, empresa estatal de derecho privado conforme al artículo 7 de la Ley N° 24948, Ley de la Actividad Empresarial del Estado vigente en ese momento. De acuerdo con su estatuto, HIERRO PERÚ tenía por objeto social producir mineral de hierro y realizar actividades minero-metalúrgicas conexas con la producción de dicho mineral y de otros productos y sus productos existentes en las áreas que el Estado le asigne, adjudique, autorice

o conceda con la finalidad de crear riqueza y contribuir al desarrollo socio-económico del país.

Si bien al inicio HIERRO PERÚ abasteció satisfactoriamente al mercado interno e incluso participaba en el mercado mundial de hierro, luego tuvo una significativa caída en la producción. Asimismo, los contratos de compra de hierro que había concertado la norteamericana Marcona Mining Corporation (MMC) fueron cancelados por los compradores, teniendo así una gran capacidad instalada ociosa (Manco y Maldonado 2003: 110).

Dada esta situación, el gobierno de Alberto Fujimori planteó la privatización de dicha empresa con el objetivo de modernizar el país, fomentar la llegada de la inversión extranjera y reemplazar a la ineficiente empresa pública (Manco y Maldonado 2003: 110). Es así como aparece Shougang Corporation, empresa que adquirió a la peruana HIERRO PERÚ y posteriormente constituiría Shougang Hierro Perú S.A. (en adelante Shougang) Dicha empresa obtuvo el 98.40% de las acciones de Hierro Perú S.A., adquirió las instalaciones, muelle, las concesiones mineras y derechos de uso minero.

Como consecuencia de las operaciones de Shougang, desde 1993 la ciudad de San Juan de Marcona ha venido experimentando un creciente proceso de urbanización y un cambio en el comportamiento demográfico. Las actividades mineras presentes en la zona contribuyeron y facilitan hasta la fecha el acceso a población migrante al área urbana de Marcona. Ello ha posibilitado generar dinámicas económicas y sociales que le permiten a la ciudad de San Juan de Marcona recibir población migrante y por ende tener un crecimiento poblacional ascendente (Municipalidad Distrital de Marcona 2018: 101).

A esa fecha, en la ciudad de San Juan de Marcona existía el Plan de Ordenamiento Urbano de San Juan elaborado en 1999 pero este adoleció de participación y nunca fue aprobado por la Municipalidad Provincial. Por ello, la Municipalidad distrital de San Juan de Marcona (en adelante MDM) emprende el trabajo de actualizar dicho Plan de Desarrollo Urbano en miras de proponer un modelo de ordenamiento territorial que permita relaciones sostenibles de convivencia de los diferentes componentes socio-económicos, productivos, ambientales y físico-espaciales; así como la ocupación equilibrada del territorio y el uso racional de sus recursos naturales.

Así, dicha actualización abordó la zonificación de los usos del suelo de la ciudad de San Juan de Marcona, las áreas de expansión urbana necesarias para albergar el crecimiento poblacional a corto, mediano y largo plazo, sistema vial, ordenamiento ambiental y seguridad física ante desastres

equipamiento urbano, servicios básicos, entre otros puntos que contienen los planes urbanos.

No obstante, a la fecha de la aprobación del Plan Urbano de la Ciudad de San Juan de Marcona, la empresa Shougang era titular aún de concesiones vigentes tanto en áreas aledañas al entorno urbano de la ciudad de Marcona, como también en áreas superpuestas a dicho entorno consolidado con edificaciones de vivienda y otros usos urbanos.

El presente expediente tiene relevancia para el derecho procesal constitucional y el derecho urbanístico. Respecto al primero, el caso analizado en el presente informe es acerca de la sentencia recaída en el Expediente N° 01735-2008-PA/TC, el cual como adelantamos es un recurso de agravio constitucional en contra de la sentencia expedida por la Corte Superior que declara improcedente la demanda de amparo interpuesta por la empresa. Siendo el amparo un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales, analizaremos su regulación, concepto, derechos protegidos y actos lesivos provenientes de normas municipales. Asimismo, haremos una revisión de la jurisprudencia relevante al caso.

Respecto a derecho urbanístico, el caso analizado requiere de especial atención por dos puntos. El primero, es que se requiere hacer un estudio de todos los reglamentos de desarrollo urbano que regulan la aprobación de planes urbanos que pretendan ordenar el crecimiento de las ciudades peruanas. Para ello se necesita visitar los conceptos de esta área del derecho administrativo que estudia las normas y principios respecto a la función pública de los municipios de planificar y ordenar el desarrollo urbano.

En esta misma línea, también están implicados títulos habilitantes otorgados por la administración pública a privados. Este segundo punto es fundamental, la relación entre estas actividades económicas y la función pública de los gobiernos locales de ordenar su territorio. Las actividades que se realizan en virtud de los derechos otorgados por concesiones mineras colisionan con los intereses de la municipalidad de clasificar el suelo de áreas de su jurisdicción para dar respuesta a las demandas de vivienda. Estos conflictos de derechos tienen salidas establecidas en la legislación peruana.

Hechos Relevantes

1. El proceso de privatización, aludido al inicio del presente informe, empieza con la publicación de la Resolución Suprema del 16 de febrero de 1992¹. Esta incluyó a la empresa Minera de Hierro, Perú – HIERRO PERÚ en el proceso de promoción de la inversión privada a que se refiere el Decreto Legislativo N° 674 y nombró al Comité Especial respectivo.

Posteriormente, la Comisión de Promoción de la Inversión Privada decidió que las modalidades bajo las cuales se promueva el crecimiento de la inversión en HIERRO PERÚ sean transferencia al sector privado del total de las acciones y celebración de un contrato. Asimismo, esta Comisión aprobó el Plan de Promoción de inversión privada de la empresa.

2. Luego, de conformidad con lo requerido en la Ley N° 674, mediante Resolución Suprema N° 246-92-PCM del 01 de mayo de 1992, se ratificó tanto el acuerdo que definió la modalidad para llevar adelante el proceso de promoción de la inversión privada como el Plan de Promoción. La Ley requería que estos acuerdos sean ratificados por Resolución Suprema refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros y por el Ministro del Sector al cual pertenezca la empresa afectada.
3. Con fecha 1 de diciembre de 1992 se celebra *El Contrato de Compra y Venta de Acciones y Compromiso de Aportes al Capital de Hierro Perú* entre a Empresa Minera del Perú HIERRO PERÚ y Shougang Corporation. En dicho contrato, HIERRO PERÚ declara y garantiza a Shougang Corporation que:

Las operaciones de HIERRO PERU han sido conducidas de acuerdo y en **cumplimiento de todas las leyes vigentes aplicables, regulaciones y requisitos legales exigidos por la República del Perú incluyendo cualquier ley o reglamento sobre medio ambiente aplicable que tenga el efecto de limitar la operación de los negocios de HIERRO PERU o que pudiera tener un efecto adverso económicamente significativo en los negocios de HIERRO PERU.**

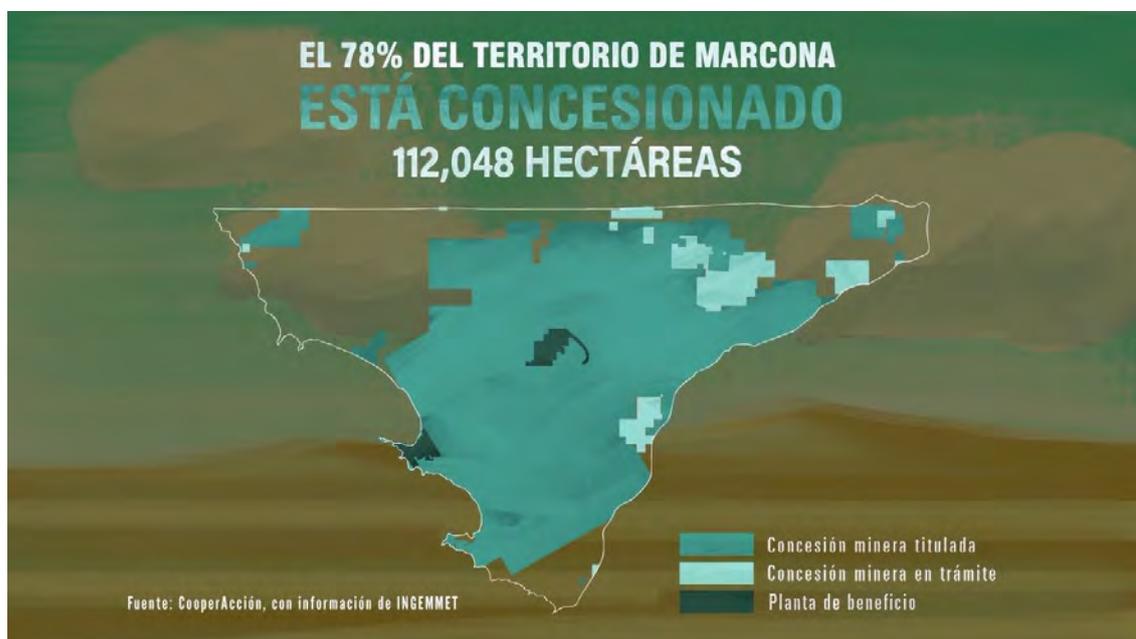
HIERRO PERU es titular de todos los derechos y sujeto a todas las obligaciones establecidas por la Ley General de Minería aprobado por el

¹ Resolución Suprema N° 075-92-PCM

Decreto Legislativo N° 708 y sus reglamentos, incluyendo todas las garantías ofrecidas por el Estado peruano a todos los propietarios de derechos mineros. Como tal, HIERRO PERU goza de protección plena del gobierno para la operación pacífica de su derecho minero (...) de conformidad con las obligaciones del Estado peruano de proteger la propiedad privada, derechos, seguridad individual y todos los demás derechos de todas las compañías que hacen negocios en el Perú (Subrayado nuestro).

4. Posteriormente, con fecha 10 de diciembre de 1992 se publica el Decreto Supremo N° 027-92-EM. De conformidad con su artículo único, se otorga la garantía del Estado en respaldo de las declaraciones y seguridades estipuladas por la Empresa Minera del Perú S.A. Minero Perú como vendedora de las acciones de la Empresa Minera del Hierro del Perú S.A. HIERRO PERU que se transfieren a Shougang Corporation, empresa constituida y existente conforma a las leyes de la República Popular China, en virtud del contrato antes mencionado.
5. Así, Shougang se dedicó a la explotación de hierro y otros recursos minerales en los yacimientos ubicados en la provincia de Nazca en virtud a que es titular de las concesiones mineras C.P.S. N° 93, C.P.S. N° 94, C.P.S. N° 92, C.P.S. N° 97, C.P.S. N° 92-F, C.P.S. N° 92-D, C.P.S. N° 92-E, C.P.S. N° 92-C, C.P.S. N° 92-A, C.P.S. N° 92-B, C.P.S. N° 92-G, C.P.S. N° 97-B, C.P.S. N° 97-A, C.P.S. N° 3, SHP-8, METALICO CPS-2, C.P.S. N°1-A, METALICA C.P.S. N° 2-D, METALICA C.P.S. N° 2-C, C.P.S. N° 1 y METALICO C.P.S. N° 2-E.
6. Asimismo, Shougang es titular de la Concesión de Beneficios SAN NICOLAS, ampliada por la Resolución Directoral N° 334-96-EM/DGM de fecha 2 de setiembre de 1996; y del Derecho de Uso de Terreno Eriazo Superficial HIERRO PERU N° 4, el mismo que fue otorgado por la Dirección Regional de Energía y Minas de Ica mediante Resolución Directoral N° 002-84-DR de fecha 25 de febrero. Todos estos títulos habilitantes autorizaban a la empresa a explorar, explotar, hacer suyos los minerales extraídos, comercializarlos y, en general, ejercer todas las actividades propias de la industria minera.

7. El detalle aquí es que gran parte de la jurisdicción de Marcona está concesionada por Shougang. Según cálculos de CooperAcción, basándose en la información del Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico, el 78% del territorio de la provincia de Marcona está concesionado.



Extraído del Documental *Entre el Hierro y el Mar* (Zevallos 2020)

8. Años después, el 13 de diciembre de 2006 la MDM publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ordenanza Municipal Distrital N° 021-2006-MDM. Mediante esta norma el gobierno local aprobó la “Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la Ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016”, instrumento técnico-normativo que promueve y orienta el desarrollo urbano del asentamiento poblacional de Marcona, en concordancia con el Plan de Acondicionamiento Territorial.
9. Este instrumento técnico-normativo aprobado por la MDM respondía al proceso de ocupación de Marcona. El documento propuesto afirmaba que la ocupación del área urbana respondía básicamente a la presencia de la actividad minera, la misma que ha ido configurando el proceso de urbanización y la estructura urbana de la ciudad; así como las características de las actividades económicas que como complemento a la actividad minera, se han ido desarrollando. En el Diagnostico (Volumen A) del nuevo Plan Urbano se advertía lo siguiente:

2.2.3 Situación de la concesión minera de shougang hierro Perú en el contexto del plan urbano distrital de la ciudad de Marcona.

La empresa Minera Shougang Hierro Perú mantiene concesiones vigentes tanto en áreas aledañas al entorno urbano de la ciudad de Marcona, como también en áreas superpuestas a dicho entorno consolidado con edificaciones de vivienda y otros usos urbanos.

La proximidad y, en su caso, superposición de las concesiones mineras con las zonas urbanas y de vocación urbana se viene dando en la realidad a pesar de la evidente incompatibilidad entre ambas, debido a que las áreas de concesión no están siendo explotadas por su titular mientras que esas mismas áreas vienen siendo paulatinamente ocupadas por la población de la ciudad de Marcona.

En ese sentido, resulta necesario delimitar la situación jurídica de ambas realidades ante la evidencia de conflictos de derechos de distinta naturaleza (Municipalidad Distrital del Marcona 2006: 27)

(...)

10. En esta línea, el nuevo Plan Urbano, aprobado por la MDM no solo advertiría que las áreas donde se encontraban los derechos mineros de Shougang se superponían de facto con áreas urbanas o de vocación urbana propuestas por el Plan. El Plan también sugeriría que el ejercicio de sus derechos mineros estará restringido, cuando no prohibido por afectar normas medio ambientales. Sobre la cancelación de la concesión del Shougang, el Plan mencionaba lo siguiente:

2.2.3.1 Cancelación de petitorios o concesiones por superposición con derechos prioritarios

No obstante, lo expuesto en los párrafos precedentes, la ley permite la cancelación de petitorios o concesiones cuando estos se superponen con derechos considerados prioritarios; así lo establece el artículo 64° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería.

La prioridad de los derechos se encuentra sancionada por la Constitución Política del Estado. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Bajo ese ámbito de protección las personas tienen derecho a la vida, a su integridad moral, psíquica y física, a su libre desarrollo y bienestar en un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

En ese afán supremo del Estado participan preponderantemente las municipalidades en el ejercicio de las competencias que les confiere la Constitución; especialmente en lo que respecta a la planificación del desarrollo urbano de sus circunscripciones, a la organización,

reglamentación y administración de los servicios públicos locales de su responsabilidad; acciones eminentemente orientadas a procurar el bienestar de la persona humana integrada en entes colectivos.

En este contexto legal y en concordancia con lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final de la Ley 27560, las concesiones mineras otorgadas aún con anterioridad a la Ley 27015 están condicionadas a las normas referidas a Medio Ambiente y Seguridad e Higiene que señala el Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades Minero Metalúrgicas, aprobadas por Decreto Supremo No. 016-93-EM y en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo NO. 014-92-EM y el Decreto Supremo No. 019-97-ITINCI-

De esto modo, siendo evidente la cercanía y –en algunas casos la superposición- del área de concesiones a las zonas urbanas y de expansión urbana, el ejercicio por parte de sus titulares de los atributos correspondientes a las concesiones tales como la eventual explotación de los recursos metálicos o no metálicos estará restringido, cuando no prohibido, por la inevitable trasgresión de las normas de Medio Ambiente y Protección Ambiental antes citadas, lo cual dará sustento para impulsar el proceso de cancelación de las concesiones mineras. (Municipalidad Distrital del Marcona 2006: 29-30)

11. Posteriormente, mediante la Ordenanza Municipal N° 0006-2007-A-MPN publicada el 8 de marzo de 2007 en el Diario Oficial El Peruano, la MPN aprobó la propuesta de la MDM zona respecto a la “Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la Ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016” publicada anteriormente el 13 de diciembre de 2006. Asimismo, se aprobó la inclusión de las Coordenadas UTM de la poligonal que delimita los límites de las áreas urbanas y de expansión urbana.
12. Si bien se aprobó la inclusión de estas Coordenadas UTM, estas no fueron publicadas en el Diario Oficial El Peruano. Por ello, posteriormente la MPN publica el Anexo de la Ordenanza que contenía las Coordenadas antes mencionadas el 19 de abril de 2007.
13. En respuesta a ello, con fecha 29 de mayo de 2007 Shougang Hierro Perú S.A.A. interpone demanda de amparo contra la MPN con el objetivo de que se declare inaplicable para la empresa la Ordenanza Municipal N° 006-2007-A/MPN y su anexo por vulnerar sus derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa, así como por constituir una amenaza

cierta e inminente a nuestros derechos constitucionales a la libertad de empresa e industria, a la libertad de trabajo y a la propiedad. La demandante basa su recurso principalmente en los siguientes fundamentos:

- La MPN, en abierta trasgresión del marco legal vigente y sin seguir el procedimiento previsto en el Reglamento, expidió la Ordenanza que aprueba la Actualización del Plan de Desarrollo Urbano.

Así, al omitir sus obligaciones de hacer público el Plan, se vulneró los derechos constitucionales del demandante al debido proceso y de defensa ya que no pudieron oponerse a la inconstitucional incorporación de sus concesiones mineras y derechos reales al área urbana de la ciudad. Lo que correspondía es que todas las personas naturales y jurídicas de la jurisdicción formulen observaciones, sugerencias y recomendaciones que serán resueltas por el equipo técnico.

- La MPN pretendió dar vicios de validez a la actualización de un Plan que inconstitucionalmente había aprobado previamente la MDM.
- El verdadero propósito de este ilícito proceder fue causar la extinción de las concesiones mineras del demandante, a pesar que la Ley N° 27015 establece que los Concejos Provinciales deberán respetar y mantener como tales en su nuevo plan los derechos mineros existentes.
- Se amenazan sus derechos de propiedad a los productos minerales a los que tienen derecho como consecuencia del ejercicio de la actividad minera. También se amenaza su derecho a libertad de trabajo puesto que, de cancelarse sus concesiones, no podrían realizar sus labores.
- La Ordenanza de la MPN que aprobó el Plan de Desarrollo Urbano es autoaplicativa, con efectos directos e inmediatos contra los derechos subjetivos de la demandante.

14. La demanda de amparo interpuesta por la empresa fue declarada improcedente mediante Resolución Numero Uno de fecha 04 de junio del 2007 de la Corte Superior de Justicia de Lima. La Corte afirmó que:

- De los argumentos expuestos por la empresa se colige que los derechos constitucionales invocados no se encuentran referidos de forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los mismos.
- Por lo tanto, al existir vías procedimentales igualmente satisfactorias para atender su pretensión, se incurre en causal de improcedencia liminar de conformidad con el Código Procesal Constitucional. Por la redacción, parece que el Juez mezcla dos causales de improcedente. No obstante, lo que es claro es que no se desarrolla por que se dan las causales de improcedencia.

15. A raíz de la improcedencia liminar declarada por el juez de primera instancia, Shougang interpone recurso de apelación contra la resolución N° 01 del 04 de junio de 2007 a fin que el superior la declare nula y se disponga la admisión a trámite su demanda de amparo. Fundamenta la apelación en los siguientes argumentos:

- Los hechos y el petitorio de la demanda se encuentran referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de las libertades de empresa, de industria y de trabajo, así como al derecho de propiedad, el derecho al debido proceso y al derecho de defensa, por lo que procede el proceso de amparo.
- No existe otra vía igualmente satisfactoria para resguardar derechos conculcados mediante ordenanzas municipales.

16. Con escrito de 04 de diciembre de 2007, la MPN presenta sus alegatos. Aduce que no existe amenaza de vulneración de derecho de propiedad, libertad de empresa, industria y trabajo. Asimismo, menciona que no vulneró el derecho al debido proceso. Sin perjuicio de lo anteriormente dicho, la demandada afirma que no procede el amparo porque la Ordenanza cuestionada no es de carácter autoaplicativo. Sus principales argumentos fueron los siguientes:

- La demandante ejerce titularidad de los minerales que extrae, pero no de los yacimientos mineros pues estos constituyen bienes de propiedad del Estado. Por lo tanto, no es procedente alegar que la expedición de la ordenanza vulnera la propiedad de la demandante

pues el Estado al ser propietario de las áreas puede asignar zonificación.

- La MPN no incumplió ningún procedimiento establecido por ley. A la MPN solo le corresponde aprobar el Plan y verificar que la Municipalidad Distrital haya cumplido el proceso correspondiente.
- La Ordenanza no restringe derechos adquiridos por la minera, es decir, en ningún momento se ha establecido el cese de las actividades, ni tampoco existe la posibilidad de que con un acto posteriores se restringas sus derechos alegados.
- La ordenanza no tiene carácter auto aplicativo pues su sola vigencia no ha vulnerado en forma directa e inmediata los derechos constitucionales. Por ello, se debe declarar improcedente el amparo.
- No es intención de la MPN lograr la extinción de las concesiones. No existe ningún supuesto para la extinción de conformidad con la Ley General de Minería.

17. Ya en segunda instancia, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima mediante Resolución del 22 de enero de 2008 confirma la resolución de primera instancia, resolución N° 01 del 04 de 2007 que declaró improcedente la demanda de amparo de Shougang La Tercera Sala Civil consideró lo siguiente:

- Los hechos y el petitorio de la demanda no se encuentran referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales invocados.
- La amenaza alegada no es cierta ni inminente a los derechos constitucionales invocados por la demandante. Afirma que la ordenanza municipal cuestionada no cancela ninguno de los derechos mineros, sino puede dar o dará sustento a un proceso de cancelación de concesiones mineras futuro donde se evaluará la eventual cancelación. Así, para la Sala es evidente que la amenaza en verdad se trata de una posibilidad remota de lesión.

18. Al poco tiempo, Shougang interpone recurso de agravio constitucional contra a Resolución del 22 de enero de 2008 que confirmó la resolución de primera instancia que declaró improcedente su demanda de amparo,

con la finalidad de que el TC revoque dicha resolución y proceda a pronunciarse sobre el fondo del proceso. Sus principales argumentos fueron los siguientes:

- La Sala Superior yerra cuando considera que el derecho al debido proceso no tiene alcances jurídicos sobre la facultad de las Municipalidades para dictar Ordenanzas de su competencia.
- La resolución impugnada desconoce la amenaza de vulneración de sus derechos constitucionales al no tomar en cuenta que la Ordenanza cuestionada es auto aplicativa.
- La certeza e inminencia de la amenaza es manifiesta, pues la inclusión de sus concesiones dentro del radio urbano tiene por objeto impedir el desarrollo de sus actividades.

19. Finalmente, mediante Sentencia de fecha 20 de mayo de 2008, que obra en el Expediente N° 01735-2008-PA/TC, el TC resolvió declarar fundada la demanda de agravio constitucional interpuesta por la empresa. Se fundamentó en lo siguiente:

- La Ordenanza sienta las bases para privar a los demandantes del territorio sobre el cual ostentan un derecho económico de explotación exclusiva, lo cual amenaza de forma directa y cierta la concesión de la cual son titulares. La amenaza es real y efectiva toda vez que el área urbana es incompatible con las actividades mineras.
- El propio Plan evidencia que el objetivo es impulsar un procedimiento de cancelación minera por medio del uso de competencias municipales para predisponer elementos para modificar los parámetros de contaminación. Por ello, el daño es tangible e ineludible pues la finalidad de la habilitación urbana sería hacer incurrir al demandante en contaminación ambiental.
- La Ordenanza es autoaplicativa pues al calificar como urbana el área donde está la concesión, genera cambios en el status jurídico y afecta necesariamente los derechos preexistentes de la empresa al someterla a un conjunto de reglas y límites que no existían antes.

- Se restringió la libertad contractual ya que la ordenanza modifica las condiciones del contrato de concesión suscrito entre la empresa demandante y el Estado peruano.
- La entidad incumplió con el procedimiento especialmente previsto para el diseño y configuración del Plan de Desarrollo Urbano, atentando contra lo expresamente previsto por la Leyes que regulan el otorgamiento de concesiones mineras en áreas urbanas y de expansión urbana.
- La entidad no fundamentó razón técnica alguna capaz de sustentar la modificación del Plan de Desarrollo Urbano

Identificación de los principales problemas jurídicos

i. En el caso materia de análisis ¿Procede el Amparo interpuesto por SHOUGANG contra una Ordenanza Municipal?

20. Como mencionamos anteriormente, el 29 de mayo de 2007 Shougang interpuso demanda de amparo contra la MPN solicitando que se declare inaplicable la Ordenanza Municipal N° 006-2007-A/MPN y su anexo por vulnerar sus derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa, así como por constituir una amenaza cierta e inminente a sus derechos constitucionales a la libertad de empresa e industria, a la libertad de trabajo y a la propiedad. Adicionalmente, el petitorio de la demanda de amparo solicitaba al Juzgado a que se ordene el cese inmediato de todos los actos consecuentes con los que se pretenda aplicar y hacer efectiva la referida Ordenanza Municipal.

21. A pesar de los argumentos presentados por Shougang en su demanda de amparo, el 45° Juzgado Civil de Lima decidió declarar improcedente su demanda. La resolución del Juzgado establecía lo siguiente:

(...) CUARTO: A que, en tal sentido, es menester señalar que, la demanda que antecede no resulta procedente, toda vez que, se peticiona principalmente se declare la inaplicabilidad a la empresa accionante de la Ordenanza Municipal número 006-2007-A/MPN de fecha cinco de marzo del dos mil siete expedida por la MPN, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día ocho de marzo del dos mil siete, por vulnerar, según refiere, su derechos constitucionales al debido proceso, a la defensa, a la libertad de

empresa e industria, a la libertad de trabajo y a la propiedad, derechos constitucionales, que si bien es cierto, se encuentran tutelados por nuestra Carta Magna, pero también lo es que, de los argumentos expuestos en la incoada, se colige que no se encuentran referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado; ergo, existen vías procedimentales igualmente satisfactorias para atender su pretensión, incurriéndose en causal de improcedencia liminar acorde con los artículos 5° inciso 2) y 47° del Código Procesal Constitucional; por tales fundamentos, se declara: IMPROCEDENTE la demanda de amparo interpuesta (...)

22. En respuesta a ello, Shougang interpone recurso de apelación contra la resolución que declara improcedente la demanda de amparo. Por un lado, la empresa alegó que procede el proceso de amparo ya que los hechos y el petitorio de su demanda si se encuentran referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de las libertades de empresa, de industria y de trabajo, así como al derecho de propiedad, el derecho al debido proceso y al derecho de defensa. Por otro lado, Shougang argumentó que no existía otra vía igualmente satisfactoria para resguardar derechos afectados mediante las ordenanzas municipales.

23. La MPN en sus escritos de alegatos aduce que la Ordenanza en cuestión no es de carácter autoaplicativa, por lo que no procede el amparo contra una norma heteroaplicativa. Defina a las normas autoaplicativas como *aquellas que con su sola vigencia contravienen la Constitución, siendo de aplicación inmediata, es decir, no requiere de un acto de aplicación para que se produzca la vulneración de los derechos fundamentales.*

24. Luego de ello, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la resolución de primera instancia que declaró improcedente la demanda interpuesta por Shougang. Por un lado, volvió a fundamentar el rechazo de la demanda aludiendo que los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado (debido proceso). Por otro lado, la Sala advierte que la amenaza alegada no tiene los presupuestos legales de certeza e inminencia que requiere el artículo 2 del Código Procesal Constitucional. La resolución afirme lo siguiente:

(...) en la ordenanza municipal cuestionada se establece que el ejercicio de los titulares de concesiones mineras en la cercanía del área de concesiones a las zonas urbanas y de expansión urbana puede dar o dará sustento para impulsar el proceso de cancelación de las concesiones mineras, de lo que resulta fácil advertir que es en ese posible proceso de cancelación en donde, en un futuro, se evaluará la eventual cancelación o no de las concesiones otorgadas a la accionante, por tanto es evidente de esta observación que la amenaza invocada no es tal pues se trata de una posibilidad remota – no probable- de lesión. La demanda, en este aspecto, tampoco es procedente.

25. Dicho esto, a continuación, pasaremos a analizar dos puntos. En primer lugar, desarrollaremos la figura del amparo y su procedencia contra normas legales. Luego, evaluaremos el caso en concreto.

Subproblema i.a) ¿Procede la interposición de amparo contra normas legales en el derecho peruano?

26. Según la Constitución, existe siete procesos constitucionales: hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y conflicto de competencia (Landa 2018: 55). Según Landa, los tres primeros buscan proteger los derechos fundamentales. Por un lado, el habeas corpus protege la libertad personal y a los derechos conexos con ella, el hábeas data tutela los derechos de autodeterminación informativo y acceso a la información pública.

27. Por otro lado, el amparo busca tutelar los derechos no protegidos por el hábeas corpus ni por el habeas data (Landa 2018: 55). El literal 2 del artículo 200 de la Constitución establece lo siguiente:

Acciones de Garantía Constitucional

Artículos 200.- Son garantías constitucionales:

(...)

2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente.

No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular.

28. El mismo artículo 200 de la Constitución estableció que será una Ley Orgánica la que regulará el ejercicio de estas garantías como el amparo.

Es así como el legislador expidió la Ley N° 28237 denominada Código Procesal Constitucional. De conformidad con el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, el amparo tiene como finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.

29. Asimismo, el mismo artículo 1 de la norma adjetiva establece que, si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si de ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda.
30. Según el TC, el amparo se configura como un proceso autónomo que tiene como finalidad esencial la protección de los derechos fundamentales frente a violaciones actuales o a amenazas (ciertas e inminentes) de su trasgresión. De esta forma, convierte el alto significado de los derechos fundamentales en algo efectivo de hecho y abre la puerta para una protección formal y material de los mismos, permitiendo al TC Constitucional cumplir con la función de supremo interprete de los derechos fundamentales².
31. A diferencia de los procesos ordinarios que tutelan intereses y derechos basados en la ley y cuya aproximación parte del interés o derecho subjetivo del demandante, los procesos constitucionales tienen una doble dimensión (Landa 2018: 57). Por un lado, cuando hablamos de la dimensión subjetiva del proceso constitucional nos referimos a la protección de los derechos fundamentales de la persona. Estos procesos constitucionales pueden restablecer el ejercicio o goce del derecho lesionado, pero también reafirman el carácter constitucional del derecho (dimensión objetiva) y, en buena cuenta la supremacía de la Constitución como norma jurídica (Landa 2018: 58). Es por esta razón que en un

² Fundamento 13 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 00023-2005-PI/TC

amparo se puede aplicar el control difuso e inaplicar una ley en un caso concreto (Landa 2018: 58).

32. Otra diferencia adicional a la doble dimensión del proceso constitucional es el rol de juez. Este, a diferencia del juez ordinario, no está regido por el formalismo procesal y en él prima lo sustantivo sobre lo adjetivo (Landa 2018: 60). Ello no quiere decir que las formas no importen y se deje todo a discreción del Juez Constitucional, sino que estas forman tienen sentido y valor en la medida que optimicen la defensa de los derechos y principios constitucionales (Landa 2018: 60). Por ello es que, como mencionamos anteriormente, el juez tiene el deber de hacer prevalecer la Constitución sobre una Ordenanza o cualquier derecho de fuente legal o reglamentaria.
33. Entendida la figura del amparo, vamos a desarrollar el amparo contra normas. Tal como desarrolla Espinoza-Saldaña (2002: 2), en el derecho comparado existen tres tesis relacionadas al amparo contra normas: (i) las tesis negativas, denegatorias o de rechazo al amparo contra leyes, (ii) las tesis admisorias radicales, y (iii) las posiciones admisorias moderadas.
34. La primera postura negativa o denegatoria establece la imposibilidad de admitir el uso de garantías constitucionales como el amparo contra leyes. Esta postura se fundamenta principalmente en tres ideas fuerza. La primera, es que la admisión de este uso de garantía podría generar un desborde de las competencias judiciales, vulnerando el ejercicio de las atribuciones consideradas como propias del Congreso (Sagüés 1990: 7). Lo segundo es que se originaría una distorsión en el amparo, toda vez que este medio procesal impugna hechos, actos u omisiones que vulneran derechos. En este sentido, la existencia de una norma no serviría para acreditar la existencia de un acto lesivo, sino un riesgo futuro e incierto a la vulneración de un derecho fundamental (Espinoza-Saldaña 2002: 3-4).
35. La segunda es la tesis admisoria radical. Espinoza-Saldaña explica que un sector doctrinario aboga por la posibilidad de discutir en el amparo la constitucionalidad de todas las leyes. Para este sector doctrinario la ley puede ser equiparado a un acto lesivo que motive posteriormente la

interposición de un amparo. En esta línea, la judicatura no estaría derogando ni invadiendo competencias de otras instancias estatales, sino simplemente hace prevalecer la Constitución frente a una ley inconstitucional (Rabassa citado en Sagüés 1990: 7). En segundo término, se justifica también la posibilidad de discutir en un amparo la constitucionalidad de una ley por razones de economía procesal. Impugnar directamente una ley que se reputa lesiva contra un derecho fundamental constituye un mecanismo es más simple, expeditivo y tuitivo de estos derechos (Espinoza-Saldaña 2002: 5-6; Sagüés 1990: 8).

36. Finalmente, tenemos la tesis admisorio moderada que admite la interposición de amparos contra leyes en determinados supuestos, siendo uno de esos la existencia de leyes de carácter autoaplicativo (Espinoza-Saldaña 2020: 7-8). Entendemos así a las leyes de carácter autoaplicativo como aquellas que no crean un orden social para la acción, sino que son en sí mismas acción (Urías 2001: 106). En otras palabras, las leyes autoaplicativas son aquellas que producen efectos directamente sin necesidad de actos inferiores de aplicación (Urías 2001: 103).

37. Como mencionamos anteriormente, en la normativa nacional el amparo es una garantía constitucional que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza derechos reconocidos por la Constitución distintos a la libertad individual y a los tutelados por el hábeas data. En palabras de Gerardo Eto, esta garantía constitucional específica de tutela de urgencia no es más que un instrumento procesal que va a permitir preservar todo ese complejo ámbito sustantivo de la Constitución contenido por el sistema de derechos fundamentales de contenido constitucional (2013: 8)

38. La Constitución establece también que no procede el amparo contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales de procedimiento regular. Haciendo una interpretación literal de dicho precepto constitucional, se podría entender que no cabe interponer acciones de amparo contra leyes, reglamentos y demás variantes existentes en nuestro sistema jurídicos. Así, podría suponerse que el Perú adopta una tesis o postura negativa frente al amparo contra normas.

39. Frente a esta disposición hubo dos posturas planteadas en el Congreso de la Republica. Según Abad, por un lado, estaban los que sostenían que los abusos presentados durante la vigencia del amparo justificaban la exclusión de las normas de su ámbito de procedencia, pues para ello existían vías jurisdiccionales específicas como la acción popular o la acción de inconstitucionalidad. Por otro lado, había un grupo de legisladores que consideraban que tales causales de improcedencia limitaban el ejercicio del amparo y dejaban al ciudadano desprotegido frente al abuso (2016: 302).

40. Si bien la postura que se impuso en la Constitución fue la de prohibir la interposición de amparos contra leyes, la jurisprudencia constitucional ha tenido un rol importante estableciendo ciertas excepciones a esta prohibición. El primer caso lo encontramos en la Sentencia recaída en el Expediente N° 1152-97-AA/TC. El TC estableció en el fundamento segundo lo siguiente:

Que, en este sentido, este Supremo Interpreten de la Constitución no puede menos que advertir que, siendo la regla general, el que a través del proceso de amparo constitucional no se pueda cuestionar en abstracto una norma legal, según se está a lo dispuesto por el inciso 2) del artículo 200° de la Constitución Política del Estado, ello no significa, *per se*, los Jueces y Magistrados de la jurisdicción ordinaria tengan que desestimar una pretensión cuando al interior de un proceso constitucional se solicite una declaración de inaplicabilidad de una norma de rango legal por su incompatibilidad con la Carta Magna, pues entonces como deber inexcusable de la judicatura se deberá de observar:

- a) En primer lugar, la propia naturaleza constitutiva de la norma legal o con rango de ley, esto es, si en el caso de autos, el Juez se encuentra ante una norma jurídica que su eficacia se encuentre condicionada a la realización de determinados actos posteriores a su vigencia, en cuyo caso el juzgador no podrá válidamente optar por su no aplicación por inconstitucional, entre tanto no se materialicen aquellos actos que le permitan a la norma con rango de ley adquirir eficacia jurídica; y
- b) En segundo término, **de tratarse de normas jurídicas autoaplicativas, esto es normas cuya eficacia no se encuentra condicionada a la realización de algún tipo de actos, el amparo constitucional, de ser el caso puede prosperar válidamente**, desde que de optarse por una interpretación rígida del referido precepto contenido en el inciso 2) del artículo 200° de la Constitución Política del Estado, supondría que la violación de un derecho constitucional por normas de esta naturaleza

quedara en total indefensión, encontrándose ello en absoluta contradicción con la filosofía personalista con la que se encuentra impregnado todo nuestro ordenamiento constitucional, y en el que se legitima fundamentalmente la propia existencia de este tipo especial de procesos de la libertad (resaltado nuestro).³

41. En otras palabras, procederá la interposición de un amparo contra normas siempre y cuando la norma jurídica sea autoaplicativa. Este criterio aplicado por el TC en el caso Elva Bertilla Martínez Miraval fue positivizado posteriormente. Mediante el artículo 1 de la Ley N° 28946 del 24 de diciembre de 2006 se modificó el artículo 3 del Código Procesal Constitucional. El artículo quedo de la siguiente manera:

Artículo 3.- Procedencia frente a actos basados en normas

Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada.

(...)

42. En este sentido, podemos concluir que actualmente nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado pues una postura admisorio moderada respecto al amparo frente a normas, acotando las características que debe tener la norma que se pretende se inaplicada. Por lo tanto, actualmente la doctrina es pacífica en aceptar la procedencia de amparos

43. De acuerdo con la sentencia recaída en el Expediente N° 4677-2004-PA/TC, para analizar la procedencia de un amparo contra normas deben realizarse dos tipos de análisis. El primero, que se colige de lo desarrollado anteriormente, es el que se avoca a desarrollar si la norma contra la cual se interpone un amparo es autoaplicativa o no. Se distinguirá entonces entre aquellas normas cuyo supuesto normativo en sí mismo genera una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de los individuos; y aquellas otras que determinan que dicha incidencia se producirá como consecuencia de su aplicación obligatoria e incondicionada⁴.

³ Fundamento 2 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 1152-97-AA/TC

⁴ Fundamento 4, STC 04677-2004-PA/TC

44. En caso nos encontremos frente a una norma autoaplicativa, pasamos al segundo nivel de análisis. La procedencia del amparo deberá ser consecuencia de una amenaza cierta e inminente de los derechos fundamentales que representa el contenido dispositivo inconstitucional de una norma inmediatamente aplicable⁵. Si no se cumpliera con este supuesto establecido en el artículo 3 del Código Procesal Constitucional, no será posible declarar procedente el amparo y por ende inaplicar la norma correspondiente.

Subproblema i.b) ¿La Ordenanza N° 0006-2007-A-MPN es de carácter heteroaplicativo o autoaplicativo?

45. Dicho esto, para el caso en concreto corresponde analizar si la Ordenanza Municipal N° 0006-2007-A-MPN es una norma autoaplicativa. Desde el punto de vista de la eficacia de las normas, podemos clasificarlas en dos tipos: heteroaplicativas y autoaplicativas. Las normas heteroaplicativas o de efectos mediatos han sido definidas por el TC como aquellas que requieren de algunos actos de ejecución posterior a la vigencia de la norma para poder ser afectivas, en otras palabras, su eficacia está condicionada a la realización de actos posteriores de aplicación (Castillo-Córdova 2006: 147).

46. Por otro lado, tal como lo habíamos adelantado en parte, las normas autoaplicativas han sido definidas por nuestro máximo intérprete de la Constitución como aquellas que llevan incorporadas en sí mismas un principio de ejecución. Así, la afectación de los derechos constitucionales que se invoquen se producen con la sola entrada en vigencia de la norma y sin la necesidad de actos posteriores (Castillo-Córdova 2006: 148). A diferencia de las heteroaplicativas, estas normas no requieren de reglas jurídicas intermedias o de actos de ejecución posteriores a su vigencia para generar un efecto directo (Castillo-Córdova 2006: 148).

47. De conformidad con el artículo 38 de la Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante LOM), el Ordenamiento Jurídico Municipal está constituido por las normas emitidas por los órganos de gobierno y administración municipal. Un tipo de norma contemplada en este

⁵ Fundamento 4, STC 04677-2004-PA/TC

Ordenamiento Jurídico Municipal son las Ordenanzas. De conformidad con el artículo 40 de la LOM:

Artículo 40.- Ordenanzas

Las ordenanzas de las municipalidades provinciales y distritales, en materia de su competencia, son las normas de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de las cuales se aprueba la organización interna, la regulación, administración y supervisión de los servicios públicos y las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa.

Mediante ordenanzas se crean, modifican, suprimen o exoneran, los arbitrios, tasas, licencias, derechos y contribuciones, dentro de los límites establecidos por ley.

(...)

48. Asimismo, de conformidad con el numeral 4 del artículo 200 de la Constitución, se establece que la acción de inconstitucionalidad procede contra normas que tienen rango legal, mencionando a las ordenanzas municipales como un ejemplo de norma de rango legal. En esta línea, para el TC la fuerza o el valor de ley de las ordenanzas municipales se determina por el rango de ley que la propia Constitución le ha otorgado.

Se trata, por tanto, de normas que, aun cuando no provengan de una fuente formal como la parlamentaria, son equivalente a las emitidas por ella, y como tales, se diferencian por el principio de competencia y no por el de jerarquía normativa. De este modo, la ordenanza, en tanto ley municipal, constituye un instrumento importante a través del cual las municipalidades pueden ejercer y manifestar su autonomía⁶.

49. Justamente son mediante estas ordenanzas con rango legal que se aprueban planes urbanos en nuestro ordenamiento jurídico. En el derecho peruano, los planes urbanos tienen naturaleza jurídica de norma (Ortiz 2019: 123). Su vigencia no requiere de reglas jurídicas intermedias o de actos de ejecución posteriores a su vigencia para generar un efecto directo. La sola publicación de la ordenanza basta para generar los efectos en la clasificación del suelo de la jurisdicción (Ortiz 2017: 64).

50. Rubio coincide con esta argumentación, para el autor son autoaplicativas son normas que declaran la nulidad de actos, que

⁶ Fundamento 7, STC N° 003-2004-AI/TC

expropiación de bienes o, por ejemplo, las ordenanzas que establecen un régimen de prerrogativa y obligaciones de ejecución automática desde que se establece una zona reservada y protegida por la municipalidad (2008: 1197-1198)

51. Ejemplo de ello es la Sentencia del TC recaída en el Expediente N° 4677-2004-PA/TC que trata sobre un Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP) contra la sentencia que declaró infundada el amparo contra la Municipalidad Metropolitana de Lima que solicitaba que se declara inaplicable el Decreto de Alcaldía N° 060-2003. Dicha norma declaraba zona rígida para cualquier tipo de concentración pública el sector de máxima protección dentro del centro histórico de Lima, delimitado por el río Rímac, las avenidas Tacna, Nicolás de Piérola y Abancay.

52. En este caso, al ser el decreto de alcaldía un reglamento secundum legem, de ejecución o reglamentos ejecutivos de las leyes, estos están llamados para complementar o desarrollar la ley que los justifica y a los que se deben. Por ello, es en virtud del literal f) del artículo 132 de la Ordenanza N° 062-MML, norma que aprobó el Reglamento de la Administración del Centro Histórico de Lima, que la Municipalidad declara la zona rígida. La Ordenanza por sí misma no establece la restricción o prohibición en concreto vulnerando derechos de participación política y reunión. Es el Decreto de Alcaldía que dispone un carácter o clasificación jurídica de “zona rígida”, siendo esta la norma autoaplicativa.

53. Cosa distinta es el presentado en la Sentencia recaída en el Expediente N° 01503-2013-PA/TC que trata sobre un Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Eduardo Chinchay, en representación de la empresa Atramay S.A., contra la resolución de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica que declaró infundado su amparo. Lo que quería la demandante es que se declare inaplicable la Ordenanza Municipal N° 018-2011-MDLA/CM que aprueba la expansión urbana en el caserío de Yaurilla, en el distrito Los Aquijes, abarcando parte de los terrenos en donde tenía una concesión minera por parte del Ministerio de Energía y Minas.

54. En este caso muy similar al analizado en el presente informe. El artículo primero de la Ordenanza, publicada por la Municipalidad Distrital de Los Aquijes, aprueba la expansión urbana del Centro Poblado de Yaurilla determinado en el Plan Director Agro Urbano de Ica. El TC advirtió la Ordenanza cuestionada *tiene la condición de ser una norma autoaplicativa* porque cambia la clasificación de suelo (expansión urbana) y faculta al Alcalde de la municipalidad para que dicte las disposiciones necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto. Por ello, el TC advierte que cualquier actividad que se desarrolle sobre estas áreas debe sujetarse al contenido de Ordenanza.
55. Por lo tanto, la Ordenanza Municipal emitida por la Municipalidad Distrital de Los Aquijes que cambia la clasificación del suelo tiene en sí mismo un principio de ejecución y no requiere reglas jurídicas intermedias o actos de ejecución posteriores a su vigencia para generar un efecto directo. Para el presente caso de análisis, la Ordenanza Municipal N° 0006-2007-A-MPN que aprueba la Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la Ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016 es también de carácter autoaplicativo.
56. Conforme con Ortiz y Rubio, como es con todas las normas urbanas, desde el momento en que entran en vigencia ya despliegan efectos sobre la clasificación jurídica de los suelos regulados por el plan. En este caso, el estatus jurídico de las zonas donde se encuentran las concesiones mineras de Shougang es de condición urbana y de expansión urbana, sin necesitar la publicación o emisión de un reglamento posterior.
57. Si bien la regla es que las normas urbanísticas tengan efectos inmediatos sobre la clasificación jurídica de los suelos regulados por el Plan, vale mencionar que existen tres excepciones frente a los efectos que pudieran tener normas urbanas de carácter autoaplicativo. El primero lo encontramos en el artículo 14 de la Ley N° 29090, Ley de regulación de habilitaciones urbanas y de edificaciones. Este establece lo siguiente:

Artículo 14.- Información o documentos previos

Se entiende por información o documentos previos aquellos que regulan el diseño o las condiciones técnicas que afectarán el proceso de habilitación urbana o de edificación de un predio y que, por lo tanto, es necesario recabar o tramitar ante una entidad, con anterioridad al trámite de licencias de habilitación urbana y de edificación.

El contenido de la información o documentos previos, señalados en el presente artículo, implica su cumplimiento obligatorio por parte de las entidades otorgantes y de los solicitantes, por cuanto genera deberes y derechos. La municipalidad distrital o provincial o la Municipalidad Metropolitana de Lima, según corresponda, se encuentran obligadas a poner a disposición, de manera gratuita y de libre o fácil acceso o en el portal web de la municipalidad, toda la información referida a la normativa urbanística, en particular la contenida en el Certificado de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios, quedando a opción del interesado tramitar dicho documento. Los Registros Públicos inscribirán, a solicitud del propietario, cualquiera de los documentos establecidos en el presente artículo para su respectiva publicidad. El contenido del asiento de inscripción debe resaltar las condiciones establecidas para el aprovechamiento del predio, por lo que este será oponible frente a terceros.

Ninguna modificación al Plan de Desarrollo Urbano podrá establecer una zonificación con menor capacidad edificatoria o de uso del suelo inferior a los indicados en los documentos previos, definidos en el presente artículo, y que fueron emitidos en base a una zonificación aprobada de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano. (Subrayado nuestro)

58. Dicho dispositivo jurídico contenido en la Ley N° 29090 establece una garantía a favor de los administrados referida a la inoponibilidad que ejercen frente a una modificación de zonificación con menor capacidad edificatoria o de uso del suelo inferior a la calificación jurídica indicada en los documentos previos mencionados anteriormente.

En otras palabras, al momento de obtener una licencia de edificación, este artículo establece que los administrados que tengan Certificados de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios, o Certificados de Zonificación y Vías, emitidos por las municipalidades correspondientes, cuya vigencia es de 36 meses según la Ley N° 29090 podrán aplicar la zonificación establecida en dichos certificados, frente a cualquier modificatoria de zonificación vigente. Por lo tanto, los efectos de estas normas de zonificación autoaplicativas quedan suspendidas solo frente a los administrados que cuenten con este tipo de certificados que son actos

administrativos emitidos con la finalidad de que se proteger la seguridad jurídica y la predictibilidad de sus inversiones inmobiliarias.

59. La segunda excepción es una bastante similar a la primera y también es para procedimientos de construcción. El Reglamento de la Ley N° 29090⁷ estipula que el dictamen Conforme de los Anteproyectos en Consulta tiene una vigencia de 36 meses y un efecto vinculante para la revisión del proyecto de edificación. Es decir, si el anteproyecto fue aprobado con normas de zonificación favorables, el administrado podrá construir en base a ellas por 36 meses, a pesar de algún cambio posterior de regulación urbanística. Al igual que el Certificado, el dictamen es el acto administrativo es una garantía ante cualquier modificación de zonificación que afecte el proyecto de edificación.

60. La tercera excepción a los efectos que puedan tener modificaciones de las normas de zonificación la encontramos en el artículo 16 del Decreto Supremo N° 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento. Este artículo dispuso lo siguientes

Artículo 16.- Cambio de zonificación

El cambio de zonificación al que sea afecto un predio, el cual se regula de acuerdo a lo dispuesto por la normativa vigente, **no es oponible al titular de la licencia de funcionamiento dentro del plazo de la vigencia del instrumento de gestión urbana con el que fue aprobado el cambio de zonificación**, el cual no podrá ser menor a 10 años. 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, puede notificar la adecuación al cambio de la zonificación en un plazo no menor.

61. Al igual que la respuesta establecida en nuestra normativa urbana correspondiente a los Certificados o documentos previos para la etapa de habilitación y edificación, desarrollados en los considerandos 59, 60 y 61 del presente informe, a nivel de funcionamiento de establecimientos también se da una solución frente a supuestos en que una actividad no encuentra uso compatible pero el administrado previamente cuenta con un título habilitante previo a la modificación de zonificación que restringió determinado uso.

⁷ Numeral 6 del artículo 73 del Decreto Supremo N° 029-2019-VIVIENDA, Reglamento de Licencias de Habilitación Urbana y Licencias de Edificación

62. En el presente caso no nos encontramos en los supuestos descritos, por lo que la Ordenanza Municipal N° 0006-2007-A-MPN tuvo efectos inmediatos sobre la clasificación jurídica de los suelos de Marcona. Somos de la opinión entonces que lo afirmado por la demandada es incorrecto al considerar la Ordenanza como heteroaplicativa. Concordamos por ello con el criterio del TC al considerar la ordenanza como autoaplicativa.

63. Las ordenanzas de zonificación solo ven suspendidos sus efectos en dos ocasiones. La primera cuando el administrado cuenta con un Certificado emitido por el gobierno local que acredite las condiciones para convertir suelo y edificar. La segunda es cuando cuenta su licencia de funcionamiento. El presente caso es un supuesto distinto a los mencionados anteriormente. La demandante no cuenta con certificado para habilitar o construir, ni tampoco quiere hacer oponible una licencia de funcionamiento. La demandante en este caso cuanto con una concesión minera que podría verse afectada por los cambios legislativos a nivel local que impulsarían un procedimiento de cancelación.

64. Concordamos entonces con el razonamiento del TC. Es correcto que la ordenanza que se impugno es de naturaleza autoaplicativa. Discrepamos con el razonamiento de la MPN. Con la entrada en vigencia de la Ordenanza se desplegaron efectos sobre la clasificación jurídica de los suelos regulados por el plan. En este caso, el estatus jurídico de las zonas donde se encuentran las concesiones mineras de Shougang cambiaron a condición urbana y de expansión urbana, sin necesitar la publicación o emisión de un reglamento posterior.

ii. En el caso materia de análisis ¿La vigencia Ordenanza Municipal N° 006-2007-A/MPN constituye una amenaza cierta y de inminente realización?

65. Sobre la procedencia del amparo, el Código Procesal Constitucional Peruano desarrolla disposiciones generales, dentro de los cuales establece lo siguiente:

Artículo 2.- Procedencia

Los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización. El proceso de cumplimiento procede para que se acate una norma legal o se ejecute un acto administrativo.

66. Así, el Código Procesal Constitucional requiere que existan amenazas o vulneración de los derechos fundamentales. Nuestro TC⁸, respecto a estos supuestos de amenaza, ha establecido lo siguiente:

Aun cuando, *stricto sensu*, toda amenaza supone un estado de peligro sobre determinados bienes o derechos que el ordenamiento reconoce, para que tal estado lesivo pueda considerarse efectivamente inconstitucional y, a la vez, condicionante en la prosecución de un proceso constitucional, requiere necesariamente de dos características comunes; la probabilidad o certeza y la inminencia. Mientras que la primera de las señaladas supone la **posibilidad fáctica de que el acto violatorio se pueda concretizar en la práctica la segunda implica la proximidad o cercanía en la producción del acontecimiento lesivo.** Ambas características resultan consustanciales a la existencia de una amenaza, por lo que la única forma de justificar la interposición de un proceso dentro de supuestos como el descrito, inevitablemente pasa por la presencia concurrente o alternativa de alguna de las señaladas y la merituación realizada por el juzgador en torno de la intensidad que pueda, o no, tener sobre los derechos susceptibles de reclamo. (Subrayado nuestro)

67. Son dos las características que debemos analizar sobre la supuesta amenaza constituida por la Ordenanza Municipal N° 0006-2007-A-MPN: (i) la probabilidad o certeza y (ii) la inminencia. La primera está enfocada a que el acto violatorio se pueda concretizar, la segunda toma en cuenta el factor tiempo. A mayor abundamiento, el TC en reiterada jurisprudencia a establecido lo siguiente:

(...) para ser objeto de protección a través de los procesos constitucionales, la amenaza de violación debe ser cierta y de inminente realización; es decir, el perjuicio debe ser real, efectivo, tangible, concreto y de inminente realización; es decir, el **perjuicio debe ser real, efectivo, tangible, concreto e ineludible**, excluyendo del amparo los perjuicios imaginarios o aquellos que escapan a una captación objetiva. En consecuencia, para que sea considerada **cierta, la amenaza debe estar fundada en hecho reales, y no imaginarios, y ser de inminente realización, esto es, que el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y**

⁸ Fundamento 3 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 763-2005-PA/TC

no en uno remoto. A su vez, el perjuicio que se ocasione en el futuro debe ser real, pues tiene que estar basado en hechos verdaderos, efectivo, lo cual implica que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados; tangible, esto es, que debe percibirse de manera precisa; e ineludible, entendiéndose que implicará irremediablemente una violación concreta. (Subrayado nuestro)⁹.

68. En conclusión, la certeza se refiere a la veracidad de la amenaza, es decir la seguridad objetiva de que ésta va a acontecer no por suposición subjetiva del recurrente, sino porque el juez encuentra objetivamente planteado en el caso concreto. Por el contrario, la inminencia está referida a la inmediatez o proximidad de la amenaza¹⁰. Dicho criterio es tomado por el TC para analizar las amenazas alegadas por el demandante.

Dada la importancia del tiempo de realización de los actos que requieren tutela constitucional, el TC¹¹ ha establecido lo siguiente:

a) Actos pretéritos.

Son aquellos hechos, sucesos, acontecimientos o manifestaciones de voluntad suscitados en el pasado que sólo requerirán la tutela jurisdiccional constitucional a condición de que se acredite que los derechos fundamentales vinculados a ellos, sea por una violación o amenaza de violación de los mismo, pueden ser objeto de reparación mediante la intervención jurisdiccional.

b) Actos presentes

Son aquellos hechos, sucesos, acontecimientos o manifestaciones de voluntad que se vienen realizando al momento de la interposición de una acción de garantía; y que seguirán subsistiendo hasta el momento de resolver en última instancia.

c) Actos de tracto sucesivo

Son aquellos hechos, sucesos, acontecimientos o manifestaciones de voluntad que se han generado y se seguirán generando sin solución de continuidad; es decir, tienen una ejecución sucesiva, y sus efectos se producen y reproducen periódicamente.

d) Actos en expectativa

Son aquellos que no se han realizado en su integridad pero que desde ya se convierten en una amenaza cierta e inminente de violación de un derecho constitucional.

⁹ Fundamento 8 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 009 1-2004-AA/TC

¹⁰ Fundamento 2 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 2516-2003-AA/TC

¹¹ Fundamento 2 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 3283-2003-AA/TC

69. Se colige entonces que los dos primeros, los actos pretéritos y presentes son vulneraciones o lesiones directas a los derechos fundamentales. Estos serán analizados en el punto iv del informe. Por otro lado, los llamados por el TC como Actos en expectativa son las amenazas que, de pasar un lapso de tiempo, con certeza se convertirán en lesión. Estos últimos serán analizados en el presente punto.
70. Según Castillo-Córdova, a las características de certeza e inminencia, el TC ¹² ha agregado una adicional: (iii) que el perjuicio o la afectación invocados deban ser imputables a acciones u omisiones que sean manifiestamente ilegales o arbitrarias, y no resulten del ejercicio regular de sus derechos por parte de los particulares, o del ejercicio de potestades o competencias atribuidas a las autoridades, funcionarios y entidades del Estado, dentro del marco establecido por la Ley y la Constitución (2008: 8).
71. El jurista anota que este criterio es importante para dilucidar, en primer lugar, que no existen amenazas legítimas, ya que la amenaza en sí misma es ilegítima por el hecho de que causa una situación de afectación al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. Por otro lado, este perjuicio o afectación debe ser manifiesta como exigencia general de la agresión del derecho fundamental debido a la ausencia de la etapa de actuación de pruebas como regla general (Castillo-Córdova 2008: 9)
72. La Ordenanza N° 006-2007-A/MPN de la MPN en este caso sería la acción cuestionada. En estricto, dicha ordenanza estableció dos cosas. En primer lugar, aprobó el Plan Urbano “Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la Ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016”. Lo segundo es que aprobó la inclusión de las Coordenadas UTM de la poligonal que delimita los límites de las áreas urbanas y de expansión urbana, las mismas que estarían superpuestas a las concesiones de titularidad de la demandante. Por ello, al ser la Ordenanza una norma autoaplicativa, el estatus jurídico de las zonas donde se encuentran las concesiones mineras de Shougang cambiaron de condición a urbana y de expansión urbana.

¹² Fundamento 6 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 1023-2003-AA/TC

73. Como mencionamos en el considerando 11, el Plan también sugeriría que el ejercicio de sus derechos mineros estará restringido, cuando no prohibido por afectar normas medio ambientales. La argumentación que se menciona en el Plan citado anteriormente se basa en la Cuarta Disposición Final de la Ley N° 27560 que establece que las concesiones mineras otorgadas con anterioridad a la Ley N° 27015 están condicionadas a las normas referidas a Medio Ambiente y Seguridad e Higiene, Minería que señala el Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades Minero Metalúrgicas, aprobadas por Decreto Supremo No. 016-93-EM y el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo No. 014.92-EM y el Decreto Supremo No. 019-97-ITINCI.

74. Es a causa de la evidente cercanía y superposición mencionada en el considerando 73 que los titulares no solo verían restringido el ejercicio de sus derechos mineros, sino que también se daría sustento para el impulso de un proceso de cancelación de las concesiones mineras de la empresa. Si bien la Ordenanza, que es la acción cuestionada, no inicia el proceso para cancelar las concesiones mineras de titularidad de la empresa, se menciona que este cambio en el estatus jurídico del suelo puede justificar el inicio de este proceso.

75. Dicho esto, a continuación, analizaremos la amenaza para cada derecho invocado por el demandante.

Subproblema ii.a) ¿La vigencia Ordenanza Municipal N° 006-2007-A/MPN constituye una amenaza cierta y de inminente realización a la Libertad de Empresa?

76. Shougang afirma en su demanda de amparo que sus derechos constitucionales a la libertad de empresa y a la libertad de industria se encuentran gravemente amenazados, directamente e inmediatamente por la ordenanza cuestionada. Se basa en que el Plan que aprobó dicha norma municipal pretende extinguir sus concesiones mediante su cancelación. Para la demandante, esta cancelación los privará en forma arbitraria sus derechos mineros, desconocimiento de este modo la soberanía del Estado para el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables y el otorgamiento de la concesión minera que tienen.

77. La demanda de amparo interpuesta por la empresa fue declarada improcedente. La Corte afirma que de los argumentos expuestos por la empresa demandante se colige que los derechos constitucionales invocados no se encuentran referidos de forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los mismos. Por el contrario, la MPN en su escrito de alegatos afirma que la ordenanza constituye un acto remoto pues no existe una amenaza de vulneración, cierta e inminente de los derechos invocados. La demandada alega que la ordenanza no restringe los derechos adquiridos por la minera ni ha establecido el cese de las actividades realizadas por la empresa.

78. Niega también que haya la posibilidad de que con un acto posterior se restrinjan los derechos alegados. Asimismo, afirma que la demandante se equivoca al sostener que bastara con la sola inclusión del área donde se encuentran yacimientos mineros dentro del área urbana para vulnerar sus derechos constitucionales. Esto supuestamente es así porque la Ley N° 27015, modificada por la Ley N° 27560, permite el otorgamiento de concesiones mineras en áreas urbanas.

79. Al final de resolver el recurso de agravio constitucional, el TC en la sentencia la cual es materia de análisis consideró que el derecho a la libertad de empresa no se encuentra comprometido. No obstante, obvia de motivar porque no se encontraría comprometido a pesar de que hace un pronunciamiento de fondo. Solo se refiere al derecho a la libertad contractual que será analizado más adelante. Consideramos que la postura del TC es correcta, pero para llegar a dicha conclusión, se requiere de hacer un análisis jurídico complejo. Por lo tanto, coincidimos con la posición del TC, pero expresamos los argumentos.

80. El derecho a la libertad de empresa está reconocido en la actual Constitución Política de la siguiente manera:

Rol Económico del Estado

Artículo 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El

ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

81. A nivel jurisprudencial, nuestro TC ha determinado que el contenido esencial de la libertad de empresa protege cuatro tipos de libertades: (i) creación/acceso, (ii) organización, (iii) competencia y (iv) cese¹³.

- En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado, tema que será materia un mayor análisis infra.
- En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objetivo, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros.
- En tercer lugar, está la libertad de competencia.
- En último término, la libertad de cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre de cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno.

82. Sobre los límites de la libertad de empresa, el artículo 59 es claro en mencionar que la libertad de empresa no debe ser lesivo de la moral, la salud ni la seguridad pública. En palabras de Kresalja y Ochoa, estos conceptos constituyen un límite externo. Si bien son conceptos jurídicos de difícil determinación, estos sin duda están referidos a lo público, esto es, no pueden ser definidos desde el ámbito privado pues ello significaría ingresar a una subjetividad generadora de inseguridad jurídica (2019, 69).

83. Adicionalmente, vale mencionar que el ejercicio de la libertad de empresa no puede ser lesivo de cualquier derecho fundamental o bienes públicos, pues la constitución, a tenor del artículo 103, no ampara el abuso del derecho (Landa 2017, 131).

84. Para el presente caso, creemos que la promulgación de la Ordenanza que aprobó la actualización del Plan Urbano de Marcona no constituye una amenaza cierta ni inminente a la libertad de empresa de Shougang en

¹³ Fundamento 13 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 03330-2004-PA/TC

los ámbitos de la libertad de acceso/creación, organización, competencia y cese de actividades.

85. Respecto a la libertad de organización, la promulgación de la Ordenanza en cuestión no ha intervenido en ninguna de los elementos establecidos en la organización interna de la empresa demandante. No ha limitado las facultades de sus administradores, no se ha entrometido en la política de la empresa o ha cambiado la figura societaria o nombre de la misma.

86. Respecto a la libertad de competencia, la Ordenanza mencionada al aprobar la actualización del Plan Urbano y delimitar nuevas áreas urbanas e urbanizables no es una amenaza cierta e inminente. Según Landa, se interpreta esta libertad en el sentido de que el Estado no debe intervenir en la economía y en los contratos para no distorsionar la competencia (2017, 130). No obstante, el autor recalca que hay ocasiones donde la intervención del Estado puede ser necesaria. En este caso, el objetivo de la Ordenanza cuestionada no es distorsionar el mercado ni la competencia, por el contrario, es el ejercicio de potestades de planificación urbana o competencias atribuidas a las Municipalidades Provinciales, dentro del marco establecido por la Ley y la Constitución.

87. A nivel constitucional, el artículo 194 de la Constitución Política del Perú ha dispuesto que municipalidades, como la MPN, cuentan con autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Asimismo, de conformidad con el artículo 9 de la Ley N° 27783, Ley Bases de la Descentralización, la autonomía política justamente es la facultad de adoptar y concordar políticas, planes y normas en los asuntos de su competencia, aprobar y expedir sus normas, decidir a través de sus órganos de gobierno y desarrollar las funciones que le son inherentes.

88. En este sentido, respecto a los asuntos de competencia, de conformidad con el numeral 6 del artículo 195 de la Constitución Política del Perú, la MPN cuenta con competencia para planificar el desarrollo

urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial.

89. A nivel legal, el literal d) del artículo 73 y 79 de la Ley N° 27971, LOM, establece que las municipalidades provinciales cuentan con atribuciones legales para emitir disposiciones técnicas urbanísticas que regulan la organización del espacio físico y del uso del suelo, así como sobre protección y conservación del ambiente. Entre estas disposiciones técnicas se encuentran los Esquemas de Zonificación de áreas urbanas. En este sentido, la determinación de las áreas urbanas y urbanizables establecidas por la Ordenanza son parte del ejercicio normal de las Municipalidades Provinciales conforme a la Constitución y la Ley.

90. Finalmente, sobre la libertad de salir del mercado o la autodeterminación para disolver la empresa, la Ordenanza mencionada no ha iniciado ningún proceso concursal o ha exhortado al empresario a salir del mercado de manera ilegal. Lo que ha alegado la empresa demandante es que el objetivo que subyace a la aprobación del plan urbano es la cancelación de sus concesiones, lo que afectaría al desarrollo de su actividad. Esta afectación podría repercutir en el cierre de la empresa.

91. Creemos que la publicación del nuevo plan no constituye una amenaza cierta ni inminente para el cierre de la empresa. Es un acto en expectativa porque no se ha realizado la cancelación de la concesión. No es una amenaza cierta porque el cambio del estatus jurídico de los suelos donde se otorgaron las concesiones afectaría la posibilidad de usar sus derechos mineros, mas no la existencia de la empresa. En la Ley General de Minería existen causales claras para la extinción de las concesiones. Más adelante pasaremos a analizar el procedimiento a nivel de los títulos habilitantes mineros.

92. Por el contrario, respecto a cese de la empresa, a la fecha de la publicación de la Ordenanza no existe un perjuicio real, efectivo, tangible, concreto e ineludible. Como veremos, la extinción de estas concesiones tiene un procedimiento. Por ello, no podemos decir que hay un perjuicio ineludible porque en este procedimiento se permite apelar, evidenciando

que el perjuicio no es de carácter inevitable. En este sentido, tampoco es una amenaza inminente porque el cese de la empresa podría ocurrir en un futuro remoto más no inmediato.

93. No obstante, el problema lo tenemos respecto a la libertad de empresa entendida como concurrencia al mercado (acceso/creación). Según Kresalja y Ochoa, la libertad de empresa actúa tanto en la entrada a mercado como en su permanencia y solidez, pues lo que protege es todo el ciclo vital de la empresa. Para los autores no basta con la protección de un momento si en las demás fases de realización el ejercicio mismo de esta libertad está impedido (2019, 66). En este sentido, de cancelarse las concesiones mineras de la empresa por la superposición con las áreas de expansión urbana, esto sí afectaría directamente la posibilidad de permanecer en el mercado ya que es en uso de estos derechos mineros otorgados que la Shougang obtiene ingresos. Para ello, analizaremos el concepto de concesión minera y los caminos para su cancelación.

94. De conformidad con el artículo 66 la Constitución Política del Perú, los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento. Este mismo dispositivo dispone que por ley orgánica se fijen las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. Por último, la Constitución menciona que será la concesión la que otorgue a los titulares un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

95. La norma mencionada en el artículo 66 de la Constitución es la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, aprobada mediante Ley N° 26821 del 26 de junio de 1997. Esta norma en su artículo 3 define a los recursos naturales como todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial. La misma definición de recurso natural la adoptó posteriormente la Ley General del Ambiente¹⁴ de 15 de octubre de 2005.

¹⁴ Artículo 84 de la Ley N° 28611

96. El literal f. del artículo 3 de la Ley N° 26821 establece que los minerales son pues un tipo de recurso natural, por lo que esta norma es totalmente aplicable al hierro. Siendo el hierro un mineral y por ende un tipo de recurso natural parte del patrimonio nacional de la nación, la Ley N° 26821 ha establecido que para el otorgamiento de derechos sobre estos debe haber leyes especiales¹⁵.

97. Sin perjuicio de las leyes especiales, la Ley N° 26821 obliga a que los recursos naturales no renovables como el hierro de Marcona se aprovechen de forma sostenible, evitando o mitigando el impacto sobre otros recursos del entorno y del ambiente¹⁶ y cumpliendo con las obligaciones dispuestas por la legislación especial correspondiente¹⁷.

98. Volviendo a la remisión mencionada en la Ley N° 26821 sobre las leyes especiales, es el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería promulgada por el Decreto Supremo N° 014-92-EM el 03 de junio de 1992 (en adelante LGM). Este cuerpo normativo es el que regulaba el otorgamiento de derechos sobre el aprovechamiento de las sustancias minerales del suelo y del subsuelo del territorio nacional, así como del dominio marítimo¹⁸ a la fecha de la promulgación de la Ordenanza cuestionada que aprobó la actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la Ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016.

99. Sobre la concesión minera, el artículo 9 de la LGM dispuso lo siguiente:

Artículo 9.- La concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM).

¹⁵ Artículo 19 de la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales

¹⁶ Artículo 28 de la Ley N° 26821

¹⁷ Literal b del artículo 29 de la Ley N° 26821

¹⁸ Artículo I del Título Preliminar del Decreto Supremo N° 014-92-EM

La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada.

Las partes integrantes y accesorias de la concesión minera siguen su condición de inmueble aunque se ubiquen fuera de su perímetro, salvo que por contrato se pacte la diferenciación de las accesorias.

Son partes integrantes de la concesión minera, las labores ejecutadas tendientes al aprovechamiento de tales sustancias. Son partes accesorias, todos los bienes de propiedad del concesionario que estén aplicados de modo permanente al fin económico de la concesión.

100. Estas concesiones mineras mencionada anteriormente, según el artículo 10 de la LGM, otorgaron a Shougang un derecho real consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario. Sobre este punto, ahondaremos en la parte donde tocaremos la afectación o amenaza a la propiedad. Por otro lado, el mismo dispositivo menciona que las concesiones mineras son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta ley exige para mantener su vigencia.

101. El TC ha desarrollado a profundidad la definición de la concesión minera en el Perú. Desde una mirada iuspublicista, ha establecido lo siguiente:

La concesión minera no es un contrato sino un acto administrativo, que determina una relación jurídica pública a través de la cual el Estado, otorga por un tiempo, la explotación de los recursos naturales, condicionada al respeto de los términos de la concesión y conservando la capacidad de intervención si la justifica el interés público.

La concesión minera debe entenderse como un acto jurídico de Derecho Público en virtud del cual la Administración Pública, sustentándose en el principio de legalidad establece el régimen jurídico de derechos y obligaciones en la explotación de los recursos minerales no renovables¹⁹.

102. En este sentido, al ser un acto administrativo, la concesión minera vendría un título habilitante que hace nacer en la esfera jurídica de Shougang derechos, facultades y poderes nuevos hasta entonces inexistentes. Este, como diría el TC, es un acto constitutivo de derechos

¹⁹ Fundamento 108 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 00048-2004-AI

que crea una relación jurídica pública subordinada al interés público, y no de carácter sinalagmático²⁰.

103. Habiendo entendido el concepto de concesión minera, procedemos a desarrollar los caminos que existían en la legislación para extinguir concesiones mineras como la de Shougang. De conformidad con el artículo 58 de la LGM, las concesiones mineras se extinguen por caducidad, abandono, nulidad, renuncia y cancelación. El documento propuesto por la MDM y aprobado por la MPN menciona a la cancelación como supuesta de extinción para las concesiones de Shougang.
104. De acuerdo con el artículo 64 de la LGM, son dos los supuestos que activan la cancelación como causal de extinción de las concesiones mineras. El primer supuesto para que se cancelen los petitorios y concesiones mineras de los titulares es que el derecho resulte inubicable. Según Rodríguez-Mariategui y Zariquey, esta causal de la cancelación está orientada a aquellas concesiones que no tienen un correlato tangible y definitivo en la superficie. Comentan que muy improbable luego de la expedición de la Ley de Catastro Minero Nacional que dio el marco legal para que todos los derechos mineros tuvieran coordenadas UTM definitivas (2010, 42).
105. El segundo supuesto para que se cancele los petitorios y concesiones mineras de los titulares cuando se superpongan a derechos prioritarios que deberían respetar. Ahondaremos en la segunda causal que es la mencionada por el instrumento de planificación urbana aprobado por la Ordenanza cuestionada.
106. El nuevo Plan Urbano que estableció nuevos límites de las áreas urbanas y de expansión urbana afirmaba que era la Ley permitía la cancelación de concesiones cuando exista la superposición de derechos prioritarios. De la redacción del Plan Urbano podemos colegir que cuando se habla de derechos prioritarios, los gobiernos locales entienden a estos como: al derecho a la vida, a su integridad moral, psíquica y física, a su

²⁰ Fundamento 102 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 00048-2004-AI

libre desarrollo y bienestar en un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida de los habitantes de Marcona. Consideramos que esta es una definición errónea de lo que se entiende como derechos prioritarios en la regulación minera.

107. En derecho minero, el concepto de derechos prioritarios no está referido a bienes jurídicos o derechos constitucionales que se ponderan frente a otros tal como lo entendió la MDM y posteriormente confirmó la Municipalidad Distrital de Nazca. Cuando hablamos de derechos prioritarios, la legislación minera en su conjunto entiende como la existencia de petitorios o concesiones mineras otorgados mediante acto administrativo por la autoridad correspondiente. Llegamos a esta conclusión mediante una interpretación sistemática del corpus normativo vigente a la fecha de la publicación de la Ordenanza cuestionada.

108. Primero tenemos el Capítulo II de la LGM que regula el procedimiento ordinario para las concesiones mineras. El artículo 120 de la LGM establecía que, en caso se advirtiera la existencia de petitorios o concesiones mineras sobre la misma cuadrícula o conjunto de cuadrículas, el Jefe de la Oficina de Concesiones Mineras, dentro de los siete días siguientes a la presentación del nuevo petitorio, cancelará este último u ordenará al nuevo denunciante la reducción a la cuadrícula o conjunto de cuadrículas libres. Como mencionamos, el supuesto de hecho para cancelar los petitorios es la existencia de derechos preexistentes que facultan a los titulares ejercer actividades inherentes a la concesión en la superficie delimitada.

109. A nivel reglamentario también se menciona a derechos mineros prioritarios aludiendo a derechos otorgados por una concesión minera (acto administrativo) y no los derechos fundamentales que tenemos todos por nuestra condición de persona (derechos fundamentales preexistentes que no requieren una concesión del Estado). El artículo 97 del Decreto Supremo N° 03-94-EM que aprobó el Reglamento de diversos Títulos de la LGM es el más claro. Dicho dispositivo decretó que, por excepción, los petitorios y denuncios que se hayan formulado sobre áreas ocupadas por denuncios y concesiones prioritarias (derechos prioritarios) serán canceladas mediante declaración del Jefe de la Oficina de Concesiones Mineras.

110. El artículo 9 del Decreto Supremo N° 03-94-EM sustituido por el artículo 2 del Decreto Supremo N° 016-96-EM vigente a la fecha de la publicación de la Ordenanza cuestionada establecía reglas para el fraccionamiento de petitorio por cuadrículas. El artículo 9 dispuso que procedía el fraccionamiento de los denuncios cuando existía superposición de un derecho minero prioritario que quiebre la continuidad del área del denunció siempre que el área fraccionada sea no menor a 1 hectárea. La referencia a derecho prioritario aquí también está relacionada a aquellos derechos peticionados u otorgados anteriormente por una concesión minera.
111. En el presente caso, al no estar en un supuesto de cancelación de la concesión minera, Shougang podría seguir realizando las actividades económicas que le facultan por ser titular de sus concesiones. Incluso, como mencionamos anteriormente, bajo el supuesto negado en que estemos en uno de los supuestos en los que procede la cancelación de una concesión minera, tal como mencionamos anteriormente, ello no depende los gobiernos locales sino más bien de la declaración del Jefe de la Oficina de Concesiones Mineras del Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (INGEMET).
112. De modo que no existe presupuesto para la cancelación de las concesiones mineras de Shougang, no se afectaría directamente la posibilidad de Shougang de permanecer en el mercado ya que puede seguir realizando sus actividades de exploración, explotación y beneficio. Concordamos también con la MPN en que la ordenanza cuestionada constituye un acto remoto pues no existe una amenaza de vulneración, cierta e inminente de los derechos invocados. La ordenanza no restringe los derechos adquiridos Shougang, ni ha establecido el cese de las actividades realizadas por la empresa.
113. Por otro lado, el Plan Urbano de San Juan de Marcona mencionaba que, en concordancia con lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final de la Ley 27560, las concesiones mineras como las de Shougang, al ser otorgadas con anterioridad a la Ley 27015 están condicionadas a las normas referidas a Medio Ambiente y Seguridad e Higiene que señala el

Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades Minero Metalúrgicas aprobadas por Decreto Supremo No. 016-93-EM y en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo NO. 014-92-EM y el Decreto Supremo No. 019-97-ITINCI.

114. En esta línea, dada la cercanía y superposición del área de concesiones de Shougang con a las zonas urbanas y de expansión urbana, el Plan Urbano advertía que el ejercicio de los atributos de su concesión estará restringido, cuando no proscrito, por la inevitable trasgresión de las normas medio ambientales anteriormente citadas. Asimismo, esta vulneración de la legislación dará sustenta al impulso de un proceso de cancelación.

115. Discrepamos con lo establecido en el Plan Urbano aprobado por la MDM y posteriormente por la MPN. Como mencionamos anteriormente, la vulneración de la normativa medioambiental no es un supuesto previsto en la LGM para la cancelación de la concesión minera. Vale recalcar que tampoco se menciona que artículo de las normas ambientales se estaría vulnerando.

116. Por el contrario, el numeral 5 del artículo 2 de la Ley Especial que regula el Otorgamiento de Concesiones Mineras en Áreas Urbanas y de Expansión Urbana, aprobada mediante Ley N° 27015 del 19 de diciembre de 1988 y modificada por la Ley N° 27560, estableció lo siguiente:

Artículo 2.- Limitaciones en áreas de expansión urbana

(...)

2.5 Cuando se proyecte un nuevo Plan de Desarrollo Urbano, el Concejo Provincial respectivo oficiará al Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero, para que este informe de los derechos mineros existentes a la fecha en dichas áreas a efectos de ser respetados y considerados como tales dentro del Plan objetivo del Proyecto de Desarrollo Urbano.

117. La normativa minera ha establecido dos supuestos en los cuales se superponen áreas de concesiones mineras con áreas urbanas o de expansión urbana. El primer supuesto es cuando existen derechos mineros otorgados con anterioridad a la publicación de un Plan Urbano. Dicho supuesto es mencionado por el numeral 5 del artículo 2 antes citado. En

otras palabras, la misma norma citada en el plan urbano para sustentar una supuesta cancelación mencionaba que la MPN no podía cancelar las concesiones. Dicho artículo obligaba a la MPN que se comuniquen con el Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero (hoy INGEMMET²¹) para que este le informe sobre los derechos mineros existentes a la fecha en las áreas que regulará el plan. Ello, con la finalidad de que sean respetados y considerados en su instrumento.

118. El segundo supuesto es que la ordenanza provincial correspondiente que califica el suelo (urbano o urbanizable) sea previa a la solicitud de una concesión. Para ello, el artículo 14 de la LGM establece que se otorgará título de la concesión previo acuerdo autoritativo del Concejo Provincial. No obstante, la Ley N° 27560 estableció posteriormente nuevas reglas para el otorgamiento excepcional de concesiones mineras en áreas urbanas y de expansión urbana.

119. Al encontrarnos en el primer supuesto podemos afirmar que no solo no hay amenaza cierta e inminente a la libertad de empresa porque no nos encontramos en los supuestos de cancelación establecidos por la LGM, sino que además la norma especial (Ley N° 27560) prohibía desconocer los derechos mineros otorgados previamente a la proyección de un Plan.

Subproblema ii.b) ¿La vigencia Ordenanza Municipal N° 006-2007-A/MPN constituye una amenaza cierta y de inminente realización a la Libertad de Industria?

120. De conformidad con el TC, la libertad de empresa está vinculada con la libertad de industria. Según este colegiado, la libertad de industria se manifiesta en la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objetivo es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de varios productos²².

²¹ Fusionado bajo modalidad de fusión por absorción mediante el artículo 1 del Decreto Supremo N° 008-2007-EM.

²² Fundamento 7 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 01183-2008-AA/TC

121. Entendiendo de que la publicación de la Ordenanza que aprueba el plan urbano de San Juan de Marcona no constituye amenaza cierta e inminente para la libertad de empresa, concluimos que tampoco se amenaza la libertad de industria de Shougang.

122. La demandante podía seguir realizando sus actividades de exploración, explotación y beneficio. En estricto, podía explorar para comprobar si sus yacimientos son susceptibles de aprovecharse económicamente. También podía extraer los minerales contenidos en sus yacimientos. Finalmente, también le está permitido realizar los procesos físicos, químicos y/o físico-químico para purificar o extraer las partes valiosas del mineral. En este sentido, concordamos con el TC en que no se configura amenaza a la libertad de industria. No obstante, cuestionamos que tampoco se haya motivado dicha decisión.

Subproblema ii.c) ¿La vigencia Ordenanza Municipal N° 006-2007-A/MPN constituye una amenaza cierta y de inminente realización a la Libertad de Trabajo?

123. Por un lado, Shougang alegó que la Ordenanza, al llevar consigo una amenaza cierta e inminente al libre ejercicio de sus actividades mineras, significaba una clara amenaza a su derecho a la libertad de trabajo. Ello porque de cancelarse sus concesiones, quedaban privados de realizar sus labores mineras. Por otro lado, la MPN respondió que la Ordenanza era un acto remoto pues no existían una amenaza de vulneración.

124. La Constitución reconoce la libertad de trabajo en el inciso 15 del artículo 2 cuando establece que toda persona tiene derecho a trabajar libremente con sujeción a la ley. Según el TC, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, las normas relativas a derechos y libertades como esta se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados Internacionales sobre la misma materia ratificados por el Perú. Al respecto, estableció lo siguiente:

En tal sentido, el artículo 23° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce que toda persona tiene derecho a la libre elección de su trabajo. A su turno, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales consagra el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado. Por su parte, el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, preceptúa en su artículo 7º, literal b), “el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva²³.”

125. Por ello, el TC concluye que el derecho a la libertad de trabajo comprende el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, a la libre elección del trabajo, a la libertad para aceptar, o no, un trabajo, y a la libertad para cambiar de empleo²⁴.

126. Según Landa, libertad de trabajo y derecho de trabajo son conceptos distintos con contenido autónomo. Por un lado, como ya lo adelantamos, la libertad de trabajo permite decidir si trabajar o no, si trabajar por cuenta propia o para otros, elegir el empleo o terminar dicha relación. También prohíbe el trabajo forzoso, así como cualquier forma de esclavitud (2017, 147-148). Por el contrario, el derecho al trabajo comprende el derecho de acceso al trabajo y el derecho a la adecuada protección frente al despido arbitrario (2017, 147).

127. Para el presenta caso, creemos que la vigencia de la Ordenanza no representa una amenaza cierta e inminente a la libertad de trabajo de Shougang toda vez que esta es una empresa y no un trabajador. En este sentido, concordamos con la posición del TC, no obstante, cuestionamos que tampoco se haya motivado dicha decisión.

Subproblema ii.d) ¿La vigencia Ordenanza Municipal N° 006-2007-A/MPN constituye una amenaza cierta y de inminente realización al derecho de propiedad?

128. Shougang alegó en su demanda de amparo, apelación y recurso de agravio constitucional que la Ordenanza cuestionada constituía una

²³ Fundamento 4 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 661-2004-AA/TC

²⁴ Fundamento 5 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 4058-2004-AA/TC

inminente amenaza a su derecho de propiedad de los productos minerales a los que tienen derecho como consecuencia del ejercicio de su actividad minera. Así, al cancelarse su concesión ellos quedarían privados de dicho derecho. Vale recalcar que no menciona a la concesión como un bien inmueble, sino a la propiedad de los productos minerales.

129. Por el contrario, la MPN precisó en su escrito de alegatos que la demandante no puede alegar la vulneración del derecho de propiedad pues no son titulares del derecho de propiedad del suelo donde se encuentran los yacimientos otorgados en concesión. Afirma que Shougang ejerce titularidad sobre los minerales extraídos más no sobre los recursos naturales situados bajo tierra que constituyen patrimonio de la Nación.
130. Finalmente, el TC concluyó que la publicación de la Ordenanza cuestionada no configura como una amenaza cierta e inminente sobre el derecho de propiedad de Shougang sin motivar su decisión. Concordamos con dicha posición, pero por los siguientes motivos.
131. En primer lugar, como ya mencionamos anteriormente, el supuesto alegado por Shougang no es uno de los contemplados por la LGM para cancelar una concesión minera. De conformidad con el artículo 10 de la LGM las concesiones mineras son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones que la LGM exige para mantener su vigencia. En este momento la LGM tenía dos causales de caducidad.
132. El Estado concede el derecho real de explotar y explorar los yacimientos de manera perpetua siempre y cuando el titular cumpla con dos obligaciones: (i) pagar una contraprestación y (ii) cumplir con una obligación de aprovecharla (Rodríguez-Mariategui y Zariquey 2010, 35). De no cumplir estas obligaciones, la concesión minera no mantendría su vigencia.

133. La primera de las obligaciones la encontramos en el artículo 59 de la LGM vigente²⁵ a la fecha en que se publicó la Ordenanza cuestionada. La LGM establecía que las concesiones mineras caducaban por el no pago oportuno del derecho de vigencia o de la penalidad, según sea el caso, durante 2 años seguidos consecutivos²⁶. Este supuesto no se dio ni fue alegado por Shougang.
134. En segundo lugar, está la obligación de aprovecharla. El artículo IV del Título Preliminar establece que la concesión minera obliga a su trabajo, lo cual consiste en la inversión para la producción de sustancias minerales. En esta línea, el artículo 38 fijó en ese momento que la producción no podía ser inferior al equivalente en moneda nacional a US\$ 100.00 por año y por hectárea otorgada, tratándose de sustancias metálicas. Dicha producción debía acreditarse no más tarde del vencimiento del sexto año computado a partir del año en que se hubiera otorgado el título de concesión. Este supuesto tampoco se dio ni fue alegado por Shougang.
135. Por lo tanto, sin perjuicio de que no nos encontramos bajo un supuesto de cancelación de la concesión, esta tampoco podría perder vigencia dado que tampoco procede la caducidad como medida de extinción de la concesión establecida en la LGM. De no afectarse el título habilitante de Shougang, la demandante mantenía el derecho a extraer los minerales que se encontraban bajo tierra.

²⁵ Modificado por el Artículo Único de la Ley N° 28196 publicada el 27 de marzo de 2004.

²⁶ "Artículo 59.- Produce la caducidad de denuncios, petitorios y concesiones mineras, así como de las concesiones de beneficio, labor general y transporte minero, el no pago oportuno del derecho de vigencia o de la penalidad, según sea el caso, durante dos (2) años consecutivos. De omitirse el pago de un año, su regularización podrá cumplirse con el pago y acreditación del año corriente, dentro del plazo previsto en el artículo 39 de la presente Ley. En todo caso, el pago se imputará al año anterior vencido y no pagado.

Las concesiones mineras, de beneficio, de labor general y de transporte minero no podrán ser objeto de caducidad, transcurridos cinco (5) años de producida la causal alegada sin que la autoridad administrativa haya emitido la Resolución de Caducidad. Dicho plazo no será de aplicación en caso de que los procedimientos administrativos o judiciales respectivos se hayan iniciado antes de su vencimiento." (*)

136. En segundo lugar, debemos afirmar que no se vulneran los derechos de propiedad de Shougang por el hecho de que la demandante no tiene derechos de propiedad sobre los recursos encontrados bajo tierra. Esto es así porque nuestro país adopta el Sistema Dominalista o del Dominio Eminente de conformidad con el artículo 66 de la Constitución y los artículos 4 y 6 de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales.

137. Por un lado, el artículo 4 de la Ley Orgánica antes mencionada va acorde al 66 de la Constitución. Dispone que los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Asimismo, menciona que los frutos y productos de los recursos naturales, obtenidos en forma establecidas en la Ley, son dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos. Por otro lado, el artículo 6 de la norma adjetiva aclara que cuando se habla del Estado como soberano en el aprovechamiento, esta soberanía se traduce en la competencia que tiene para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre ellos.

138. Este Sistema Dominalista o del Dominio Eminente diferencia al propietario del terreno superficial (particulares, comunidades campesinas, Estado) del titular originario de los recursos naturales (la Nación). En este sentido, el Estado funge como un representante de intereses y en una suerte de administrador y responsable de los mismos (Salazar 2014, 366). Ello se diferencia de la teoría de la accesión, donde el propietario del terreno superficial también es titular de los recursos minerales que subyacen en su terreno. En este sentido, este titular podrá negociar con terceros la explotación de los mineros según las reglas civiles de la propiedad y el mercado (Salazar 2014, 364).

139. En contraste, en el Perú los recursos naturales son bienes de dominio público cuyo titular es la Nación y por tanto no son objeto de un derecho real de propiedad en el sentido civilista del mismo. El TC lo ha configurado como una propiedad especial que se caracteriza por estar sometida a una normativa específica de Derecho Público que consagra su indisponibilidad, dada su naturaleza de inalienable e imprescriptible, a tenor del artículo 73 de la Constitución Política del Perú, quedando, en

consecuencia, excluida del régimen jurídico sobre la propiedad civil²⁷. Esta normativa específica, como ya hemos mencionado anteriormente, es la LGM.

140. Por lo tanto, el Estado no tiene “propiedad” sobre los recursos. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Según Mutsios, esta soberanía sobre los recursos naturales como los minerales se refiere a un ejercicio público del Estado en beneficios de la nación, es decir el desarrollo de una facultad que le permita orientar el modo y el plazo del aprovechamiento de los recursos naturales por los privados tomando en cuenta el interés de la Nación a largo plazo (2018,74)

141. El TC confirma que el dominio estatal sobre los recursos naturales minerales es eminente toda vez que el Estado tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento²⁸. Como mencionamos anteriormente, es la LGM la ley específica y sectorial la que establece las condiciones para el aprovechamiento de los recursos naturales mineros como el hierro.

142. En este sentido, confirmamos que la vigencia de la Ordenanza cuestionada no constituye amenaza cierta e inminente frente a los derechos de propiedad de Shougang. Primero, porque su concesión es irrevocable y no se dan los supuestos para que se extinga. Así, conserva los derechos a explorar, explotar y hacer las actividades de beneficios. Segundo, porque aun así se den los supuestos de cancelación, Shougang no es propietario de los recursos naturales mineros que se encuentran bajo tierra. Por lo tanto, la vigencia de la Ordenanza no genera perjuicios reales, efectivos, tangibles, concretos e ineludibles sobre los derechos de propiedad de Shougang. De igual forma, no es una amenaza de inminente realización ya que no puede haber perjuicio en un futuro inmediato.

Subproblema ii.e) ¿Nos encontramos en un supuesto de expropiación indirecta?

²⁷ Fundamento 98 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 00048-2004-PI/TC

²⁸ Fundamento 29 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 00048-2004-PI/TC

143. El magistrado Cesar Landa Arroyo en su voto singular analiza si nos encontramos ante una expropiación indirecta en el caso analizado. Este voto es de principal importancia ya que, a pesar del enorme desarrollo en el derecho comparado, esta vez fue la primera vez que tuvimos noticias de la expropiación indirecta (Velásquez 2013, 46).
144. El magistrado Landa en su voto singular afirma que la expropiación indirecta o regulatoria se utiliza tanto el derecho internacional como en derecho interno. Por un lado, a nivel de derecho internacional se ha empleado expresamente dicha noción en el reconocimiento del deber de protección del Perú frente a inversionistas extranjeros en Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, reconociendo el derecho de dichos agentes a ser indemnizados si son expropiados regulatoriamente²⁹.
145. Asimismo, diferencia las expropiaciones directas de las indirectas en base a jurisprudencia internacional. Las primeras las define como aquellos actos legislativos o administrativos que transfieren el título y la posición física del bien³⁰. Por el contrario, las expropiaciones indirectas son aquellos actos estatales que en la práctica producen una pérdida de la administración, el uso o el control de un recurso, o una significativa depreciación en el valor de los bienes³¹.
146. Dentro del concepto de expropiación indirecta el magistrado las subdivide entre en dos. En primer lugar, están las creeping expropriation, aquellas expropiaciones donde se produce una lenta y paulatina privación de facultades del derecho de propiedad del inversionista titular, lo que disminuye el valor del activo. En segundo lugar están las expropiaciones regulatorias, definidas como aquellas donde la afectación al derecho de propiedad se produce a través de regulación estatal, en ejercicio de sus poder de policía³². Para el presente caso, estaríamos ante una expropiación regulatoria toda vez que la afectación al derecho de propiedad del

²⁹ Fundamento 27 del Voto del Magistrado Cesar Landa de la Sentencia recaída en el Expediente N° 01735-2008-PI/TC

³⁰ Fundamento 28 del Voto del Magistrado Cesar Landa de la Sentencia recaída en el Expediente N° 01735-2008-PI/TC

³¹ Op. cit

³² Op. cit

demandante se habría producido a través de la aprobación de un Plan Urbano que cambia la calificación del suelo obstaculizando el ejercicio del derecho de propiedad de la demandante.

147. Son cinco los criterios usados por el magistrado tomados en consideración por los tribunales internacionales para establecer que se ha violado la garantía contra la expropiación indirecta: (i) las legítimas expectativas del inversionista extranjero y la interferencia con los derechos de propiedad; (ii) la gravedad del impacto de la medida adoptada por el Estado en el inversionista, (iii) la duración de la medida adoptada, (iv) la relación entre la medida adoptada y el objetivo público que el Estado alegue pretender alcanzar y (v) la intención real del Estado al implementar la medida supuestamente violatoria de la garantía contra la expropiación indirecta³³.

148. A nivel de derecho interno, el magistrado Landa entiende por expropiación regulatoria a aquella donde la Administración Pública a través de una sobre regulación priva (total o parcialmente) al propietario de un bien de uno o todos los atributos del derecho de propiedad (uso, disfrute, disposición). Afirma que la titularidad del derecho de propiedad carecería de relevancia y sentido si no se puede extraer un mayor provecho al bien. Concluye entonces que, si bien no hay una mención expresa de este tipo particular de expropiación en la Constitución de 1993, de una interpretación constitucional basada en el artículo 70, 2.2, 63, 71 y 61 de la Carta Magna

149. En base a este conjunto de criterios establecidos en el derecho internacional mencionados anteriormente, el magistrado concluye que la ordenanza cuestionada obstaculiza constitucionalmente el ejercicio de facultades del derecho de propiedad sobre un bien inmueble de un titular privado ya que se califica parte del terreno otorgado en concesión a la empresa demandante como área urbana o de expansión urbana³⁴. En este sentido, el objetivo de este punto es analizar el criterio del magistrado Landa y acercarnos al concepto de expropiación regulatoria.

³³ Fundamento 29 del Voto del Magistrado Cesar Landa de la Sentencia recaída en el Expediente N° 01735-2008-PI/TC

³⁴ Fundamento 33 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 01735-2008-PI/TC

150. En nuestro ordenamiento jurídico, cuando nos referimos a la expropiación estamos hablando de la potestad del Estado prevista para despojar a un privado de su propiedad en razón de un interés público. En palabras de Huapaya y Sánchez Povich, la potestad expropiatoria es aquella que confronta directamente con la garantía de integridad patrimonial del Estado de Derecho (2016, 88). A nivel constitucional, el artículo 70 establece lo siguiente:

Inviolabilidad de derecho de propiedad

Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza en armonía con el bien común y dentro del límite 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.

151. A nivel legal, de acuerdo con el artículo 928 del Código Civil, el régimen de la expropiación se rige por una legislación especial. A la fecha de la promulgación de la Ordenanza cuestionada, 8 de marzo de 2007, la legislación vigente en la materia a era la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones. Esta Ley de 1999 fue la primera que desarrollo el régimen de expropiaciones bajo la vigencia de lo dispuesto en la Constitución de 1993 (Huapaya y Sánchez 2016, 88).

152. El artículo 2 de la Ley N° 27117 establecía que la expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.

153. Actualmente, la norma aplicable a las expropiaciones es el Decreto Legislativo N° 1192, Decreto Legislativo que apruebe la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura. Esta norma derogó a la Ley N° 27117. Dicho decreto legislativo presente una definición de

expropiación muy similar a la de su antecesora. Define expropiación como:

Artículo 3.- Definiciones

Para la aplicación del presente Decreto Legislativo, se entiende por:

(...)

4.5. Expropiación: Es la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada sustentada en causa de seguridad nacional o necesidad pública, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso de la República a favor del Estado, a iniciativa del Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por eventual perjuicio, conforme al artículo 70 de la Constitución Política del Perú y las reglas establecidas en el presente Decreto Legislativo

154. El Decreto Legislativo N° 1192 trajo algunas novedades como la previsión de principios orientadores, la distinción entre el procedimiento de adquisición y el procedimiento de expropiación, procedimiento de ejecución coactiva, regulación de servidumbres forzosas legalmente gratuitas, entre otros (Huapaya y Sánchez 2016, 109-110). No obstante, no se cambió de enfoque, toda vez que sigue protegiendo únicamente lo referido al despojo deliberado del dominio privado sobre los bienes inmuebles (Huapaya y Sánchez 2016, 111). Tanto en la Ley N° 27117 (Amado y Amiel 2005, 61) como el Decreto Legislativo N° 1192 no se regularon si se tipificaron las expropiaciones indirectas.

155. En este sentido, podemos identificar que las expropiaciones directas o forzosas tipificadas por el ordenamiento peruano deben cumplir con ciertas exigencias: (i) reserva de ley; (ii) ratio expropriandi; (iii) indemnización justipreciada; y, (iv) proceso expropriatorio. En primer lugar, reserva de ley exige que una ley de modo indubitable declare el propósito de expropiar y la finalidad pública perseguida. Esta Ley, comenta el autor, debe ser previsible en su contenido y justificación. En segundo lugar, respecto a ratio expropriandi, este garantiza que la expropiación no sea una mera traslación de bienes, sino que el despojo tenga una justificación basada en una finalidad pública. En tercer lugar, la indemnización garantiza que el administrado expropiado se mantenga en la misma situación patrimonial antes y después del despojo, sin enriquecerse o empobrecerse. Finalmente, el proceso asegura que la transferencia solo sea efectiva mediante un acto voluntario o, en su defecto, por mandato de un juez, quien verifica que se cumplan las

garantías antes mencionadas y asegura un debido proceso (Velásquez 2013, 239)

156. Por el contrario, si bien las expropiaciones indirectas no cumplen con las exigencias que caracterizan a una expropiación directa o forzosa estos tienen efectos similares o análogos (Amado y Amiel 2005, 61). Es así porque no todos los actos mediante los cuales el Estado puede afectar la propiedad privada constituyen supuestos expropiatorios enmarcados dentro de la definición tradicional de dicho concepto (Amado y Amiel 2005, 61).

157. Siguiendo la definición del TLC celebrado con los Estados Unidos, Higa y Saco define a las expropiaciones indirectas como aquellas que expropiaciones sin transferencia formal de un título o derecho de dominio, que se produce a partir de un acto o serie de actos que van a tener el efecto de una expropiación clásica. Así, según los autores, dicho acto realizado dejará sin valor el derecho de propiedad sobre el bien expropiado indirectamente. La determinación de si esta actuación del Estado constituye una expropiación indirecta se realiza casuísticamente (2013, 247).

158. No obstante, tal como afirma el magistrado Landa dicha institución ha tenido un desarrollo a la luz del derecho internacional. Si bien el derecho internacional no es materia del presente informe, si requerimos brevemente de el para explicar la institución de la expropiación indirecta. Dicho esto, no analizaremos si estamos ante una expropiación indirecta según el Derecho Internacional ya que no es materia de este informe. Para ello se requiere de la revisión de jurisprudencia internacional sobre arbitrajes internacionales, tratados, entre otros.

159. A nivel de derecho interno, no se ha legislado explícitamente sobre la expropiación indirecta. No obstante, de acuerdo con Amado y Amiel, la Constitución, los Decretos Legislativos 662 y 757 y el Decreto Supremo N° 162-92-EF, al proteger la propiedad privada y a los inversionistas, contemplan implícitamente la garantía contra las expropiaciones regulatorias o indirectas (Pasquel 2005, 124)

160. Por un lado, el Decreto Legislativo N° 662, decreto que otorgó un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías, se publicó el 02 de setiembre de 1991. Su artículo 4 disponía que el derecho de propiedad de los inversionistas extranjeros no tiene más limitaciones que las establecidas en la Constitución Política del Perú.

161. Por otro lado, el Decreto Legislativo N° 757, norma que dictó la Ley marco para el crecimiento de la Inversión Privada se publicó ... El artículo 8 de la ley recalca que el Estado garantiza la propiedad privada sin más límites que los que establece la Constitución Política. En su segundo párrafo menciona lo siguientes:

(...)

En aplicación del artículo 131 de la Constitución Política³⁵, que reconocer la libertad empresarial, y en concordancia con las disposiciones contempladas en el presente Capítulo, el Estado no expropiará empresas ni acciones o participaciones en ellas, salvo los casos de interés nacional debidamente sustentados mediante Ley del Congreso de la República.

162. Estas dos normas anteriormente citadas fueron reguladas el Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada publicado el 12 de octubre de 1992. El artículo 5 de esta norma aprobada por el Decreto Supremo N° 162-92-EF estableció lo siguiente:

Artículo 5.- El derecho a la propiedad privada tiene como únicas limitaciones las siguientes:

a) Las contempladas en el artículo 126 de la Constitución de 1979, que se rigen por lo prescrito en el Título IV del presente Decreto Supremo;

b) Las restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes por razones de interés nacional que se declaren por Ley expresa, de acuerdo a lo establecido en el artículo 127 de la Constitución de 1979. Para estos efectos,

³⁵ La mención está referida a la Constitución de 1979. El artículo 131 establecía lo siguiente “Artículo 131. El Estado reconoce la libertad de comercio e industria. La ley determina sus requisitos, garantías, obligaciones y sus límites. Su ejercicio no puede ser contrario al interés social ni lesivo a la moral, la salud o la seguridad pública.”

se entiende por razones de interés nacional las relativas exclusivamente a garantizar la seguridad externa y el orden interno;

c) La expropiación de bienes por causas de necesidad y utilidad públicas o de interés social, o en caso de guerra o de calamidad pública, de acuerdo a lo establecido en el artículo 125 de la Constitución de 1979, que se rige por lo prescrito en el Decreto Legislativo N° 313 - Ley General de Expropiación. Para efecto de las expropiaciones que disponga el Poder Ejecutivo, se entiende por causas de necesidad y utilidad públicas o de interés social las relativas exclusivamente a la adopción de medidas requeridas para la realización de obras públicas, conforme son definidas en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 758 -Ley de Promoción de la Inversión Privada en Infraestructura de Servicios Públicos; y,

d) La expropiación de los bienes culturales que estén en riesgo de perderse para el Patrimonio Cultural de la Nación por abandono, destrucción, deterioro sustancial o exportación clandestina a que se refiere el artículo 5 de la Ley N° 24047, Ley General de Amparo al Patrimonio Cultural de la Nación, que se rige por lo prescrito en el Decreto Legislativo N° 313, Ley General de Expropiación.

163. De analizado el contenido de estas normas relativas a la Garantías de la Inversión privada concluimos que la expropiación indirecta no se encontraba conceptualizada a la luz del concepto usado en muchos pronunciamientos a nivel internacional. No obstante, concordamos con el magistrado Landa en que, su falta de tipificación no significa que no esté prohibida.

164. A nivel jurisprudencial, hemos encontrado algunos casos relevantes de recursos de agravio constitucional interpuestos contra resoluciones que declaran infundadas demandas de amparo contra actos de gobiernos locales correspondientes a expropiaciones indirectas. Tenemos las siguientes:

Caso	Acto Estatal	Vulneración del derecho de propiedad	Resuelto por el TC
<i>Oscar Morello</i> ³⁶	Resolución de Clausura de Establecimient	Prohibición del funcionamiento de grifo en el	Declara improcedente la demanda ya que, el cambio de zonificación contenido

³⁶ Véase la STC Exp. N° 0541-1999-AA/TC.

	o Comercial (Acto administrativo ³⁷⁾)	predio del Sr Morello ubicado en el Centro Histórico de Lima	en la Ordenanza que aprueba el Reglamento de Administración del Centro Histórico de Lima, fue puesto en conocimiento del demandante. Así, se le otorgó la opción de desarrollar un giro distinto.
<i>Shougang Hierro Perú</i> ³⁸	Actualización de Plan de Desarrollo Urbano de la ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016 (Ley ³⁹)	Imposibilidad de ejecutar el Contrato de Concesión Minera por la decisión de considerar área urbana terrenos materia de explotación.	Declaró inaplicable la norma que estableció que las áreas materia de la concesión fueran urbanas, y por ende incompatibles la explotación por los grados de contaminación. Para el TC se vulneró la libertad contractual y no fundamentar las razones técnicas. Tampoco se siguió los procedimientos correspondientes para cancelar concesiones mineras.
<i>Town House</i> ⁴⁰	Reajuste Integral de la Zonificación de los usos del Suelo del Distrito de Chaclacayo (Ley ⁴¹)	Pérdida de valor del bien y prohibición de edificar y realizar actividades en sus predios por cambio de zonificación.	Declaró inaplicable la norma que estableció una zonificación de calificación menor para los predios de Town House, siendo la degradación de Zona de Habilitación Recreacional a Zona de Protección Tratamiento Paisajístico.
<i>Duke</i>	Resolución que dispone	Se dio un despojo fáctico de las	Declaró fundada la demanda por vulnerarse

³⁷ Resolución Administrativa N° 1 del 7 de agosto de 2007 emitida por la Autoridad Autónoma de la Cuenca Hidrográfica de Santa.

³⁸ Véase la STC Exp. N° 01735-2008-PA/TC.

³⁹ Véase la Ordenanza Municipal N° 006-2007-A/MPN.

⁴⁰ Véase la STC Exp. N° 00239-2010-PA-TC.

⁴¹ Véase la Ordenanza N° 1099-MML.

<i>Energy</i> ⁴²	que la descarga que realizaba la empresa con fines energéticos en la Laguna Parón se reduzca.	instalaciones que utilizaba para hacer efectiva su licencia de Uso de Aguas.	derechos de debido proceso y propiedad y declara nula la Resolución que suspende la eficacia de las Licencias de Uso de Agua.
<i>Minera Yanacocha</i> ⁴³	Definición de Área de Conservación Ambiental Municipal (Ley ⁴⁴)	Limitación de usar propiedades y concesiones mineras ya que se restringe el uso de la tierra donde se encontraban las mismas determinados usos.	Declaró fundada la demanda de amparo ya que la Municipalidad, sin competencia alguna, restringió el uso de tierras donde están sus concesiones y propiedades para la protección e investigación de especies nativas, el pastoreo no intensivo, el turismo y la construcción de infraestructura para aumentar la oferta hídrica. Inaplica artículos correspondientes.
<i>EDEGEL</i>	Cambio de Zonificación (Ley ⁴⁵)	Imposibilidad de ampliar la central eléctrica por inaplicación de cambio de zonificación.	Declaró fundada la demanda de amparo por vulnerarse derechos fundamentales de propiedad y debido proceso. No obstante, no inaplica la Ordenanza que vulnera derechos, solo ordena notificar y publicar el sustento de la degradación de zonificación.

⁴² Véase la STC Exp. N° 00834-2010-PA/TC.

⁴³ Véase la STC Exp. N° 03932-2015-PA/TC.

⁴⁴ Véase la Ordenanza N° 001-2007-MPSP

⁴⁵ Véase la Ordenanza N° 1247-MML

165. A nivel constitucional, de lo revisado vemos que existe una variedad de tipos considerados como expropiaciones indirectas, sin embargo, no existe un criterio jurisprudencial claro. Tampoco encontramos un caso análogo al estudiado en el presente informe.
166. Asimismo, no aplica el precedente de observancia obligatoria del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de INDECOPI en el caso Empresa de Transporte Turismo Huaral S.A. vs la Municipalidad Provincial de Huaral⁴⁶. Primero, porque este caso trató de una revocación de un permiso para funcionar su Terminal Terrestre (Licencia de Funcionamiento) y la prohibición de circular sus vehicular en las zonas declaradas como históricas. En el presente caso, tenemos una concesión que es un título habilitante constitutivo de derechos, a diferencia de la Licencia de Funcionamiento.
167. En segundo lugar, este caso se analiza a la luz de la regulación de la revocación de actos administrativos en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Por el contrario, las concesiones mineras son actos administrativos irrevocables regulados por ley especial (LGM). Solo pierden vigencia por determinados supuestos que no se dieron con la publicación de la Ordenanza que actualizó el Plan de San Juan de Marcona.
168. En este sentido, discrepamos del análisis del magistrado Landa. La Ordenanza no puede obstaculizar el ejercicio de derechos de propiedad de Shougang porque la demandada no tiene propiedad sobre los recursos bajo tierra (o en fuente originaria). Asimismo, tampoco se afecta los derechos adquiridos de Shougang para explorar, explotar y realizar actividades de beneficios toda vez que sus concesiones mineras son irrevocables y no nos encontramos en supuestos de cancelación ni caducidad de las mismas según la LGM.

⁴⁶ Resolución N° 1535-2010/SC1-INDECOPI

169. Es probable hacer un análisis desde el Derecho Internacional de las Inversiones, no obstante, ello excede las materias del presente informe jurídico. Para ello, Shougang tendría que invocar tutela en organismos encargados a resolver controversias entre inversionistas y el Estado relativas a inversiones internacionales. El análisis que se hace no es solo en base a la propiedad, sino más bien al concepto de inversión mucho más amplio.
- iii. **¿La emisión de la Ordenanza Municipal N° 006-2007-A/MPN que actualizo el Plan de Desarrollo Urbano del distrito de San Juan de Marcona 2006-2016 se dio de conformidad con la normativa administrativa aplicable?**
170. En la demanda de amparo, Shougang afirma que *lejos de seguir las disposiciones que la Constitución, la Ley Orgánica de Municipalidades y el Reglamento prevén, la Municipalidad Distrital de Marcona aprobó “Actualización de Plan de Desarrollo Urbano de la Ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016” mediante Ordenanza Municipal N° 021-2006-MDM, careciendo manifiestamente de competencia para ello (...)*. En otras palabras, la demandante alega que la MPN es la competente para aprobar este tipo de instrumentos de planificación urbana, y no la MDM.
171. La demandante argumenta también que la MDM, al advertir la *ilicitud de su ordenanza acudió a la Municipalidad Provincial de Nazca para que sea quien aprueben la referida “Actualización (...)” ya que dicho municipio tiene nivel provincial y por ende, en principio, competencia para ello.*
172. Por otro lado, Shougang en demanda de amparo argumenta que se aprobó dicho plan de manera aislada. *sin que existiera aprobado previamente el Plan de Ordenamiento Territorial ni el Desarrollo Urbano Provincial. (...)*. En otras palabras, la demandante estaría interpretando que la existencia previa de estos dos instrumentos son condición para la aprobación de la Actualización del Plan de Desarrollo Urbano en cuestión.

173. Finalmente, la demandante argumenta que no se cumplieron tampoco requisitos de participación ciudadana para aprobar la actualización del Plan. Afirma que para la aprobación de la Ordenanza Municipal N° 06, *el expediente para la aprobación del Plan (...) se inició el jueves 1° de marzo del 2007; el domingo 4 de marzo del 2007, es decir, en día inhábil, y tan solo 3 días después de su ingreso, el Concejo Provincial de Nazca aprobó el referido plan, el lunes 5 de marzo, el Alcalde expidió la ordenanza, la que fue publicada en el diario oficial El Peruano el jueves 8 de marzo, es decir a tan solo 7 días de haberse iniciado el procedimiento.*

En este corto tiempo, al no haberse exhibido el proyecto ni realizado la Audiencia Pública correspondiente, no se permitió a la demandante formular sus observaciones, sugerencias y recomendaciones sobre la Ordenanza que convertía en área urbana a los territorios donde la demandante contaba con concesiones mineras y otros derechos. De esta manera, la demandante alega que se vulneraron sus derechos constitucionales al debido proceso y de defensa.

174. Por su parte, la MPN en su escrito de alegatos cita el artículo 24 del Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano (en adelante RATDU) y afirma que Shougang pretende confundir a los magistrados toda vez que son las Municipalidades Distritales las que deben seguir procedimiento para aprobar *su Plan de Desarrollo*. Dice también que los Municipios provinciales solo aprueban estos planes luego de verificar el cumplimiento del procedimiento normativo.

175. Respecto a la obligación de los Concejos Provinciales de oficiar al INGEMMET cuando se proyecte un nuevo Plan de Desarrollo Urbano para que INGEMMET informe sobre los derechos mineros existentes a la fecha para que sean respetados y considerados por el Plan, la MPN afirma que no existe un procedimiento a seguir.

176. Por lo tanto, en el presente punto vamos a analizar si la actualización del Plan de Desarrollo Urbano de San Juan de Marcona siguió correctamente la normativa administrativa urbanística vigente a la fecha. Para ello, incidiremos en tres temas. Primero analizaremos el reparto de competencias de los gobiernos locales sobre urbanismo. Luego, en segundo lugar, desarrollaremos los pasos y pautas para elaborar planes urbanos en la normativa. Finalmente examinaremos el componente participativo en la elaboración de planes urbanos.

Subproblema iii.a) ¿Cómo se ha configurado el reparto de competencias para la aprobación de planes urbanos?

177. El marco normativo de la planificación urbana y la zonificación a nivel nacional aplicable al caso se expresa fundamentalmente en tres normas principales: La Constitución Política de 1993, la LOM y el RATDU del 2003.

178. La Constitución en el numeral 6 del artículo 195 establece que los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local en armonía con las políticas y planes nacionales, siendo competentes para planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial. En el mismo sentido y de forma complementaria, el artículo 194 consagra que las municipalidades provinciales y distritales son órganos de gobierno local que tiene autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.

179. El TC recientemente en el caso Municipio Distrital de Rio Negro definió que para decidir sobre la constitucionalidad de las ordenanzas que una Municipalidad Provincial expida, se deberán tomar en cuenta las disposiciones de la LOM y las normas expedidas en el ámbito regional o provincial en que se encuentre⁴⁷.

180. En mismo caso, el TC estableció que el desarrollo y la aprobación de un Plan Urbano Distrital mediante ordenanza se relaciona sin duda con la potestad autoregulatoria de las municipalidades distritales y las normas del bloque de constitucionalidad le asignan expresamente tal competencia⁴⁸.

181. La Constitución además establece un elemento muy importante para la planificación urbana pues las Municipalidades tienen competencia pública del urbanos orientada a promover un desarrollo urbano que debe

⁴⁷ Fundamento 11 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0025-2014-PI/TC

⁴⁸ Fundamento 17 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0025-2014-PI/TC

ser sostenible conforma al derecho de toda persona al ambiente equilibrado y el enfoque de desarrollo urbano sostenible adoptado por distintos reglamentos de acondicionamiento territorial.

182. Por ello, de acuerdo a nuestra constitución, la planificación urbana y la zonificación son funciones y competencias constitucionales tanto de la MPN como de la MDM. Para dilucidar claramente como se ejecutan dichas competencias nos remitiremos a la LOM.

183. La LOM es una ley de desarrollo constitucional de las funciones y competencias de los gobiernos locales que opera como bloque de constitucionalidad. Regula las funciones públicas de las municipalidades entre las cuales se encuentra el urbanismo y la planificación urbana que se otorga a las municipalidades. Podemos resumir estas funciones, establecidas en el artículo 79 de dicha ley Orgánica de la siguiente manera (Ortiz 2019, 123):

- Es función específica exclusiva de las municipalidades provinciales aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial (PAT), que establece como lineamientos en la LOM e identificar áreas urbanas y de expansión urbana, áreas de protección de seguridad, áreas agrícolas y áreas de conservación ambiental⁴⁹.
- Es función específica de las municipalidades provinciales aprobar los planes de desarrollo urbano, el Plan de Desarrollo Rural, el Esquema de Zonificación de áreas urbanas, el Plan de Desarrollo de Asentamientos Humanos y demás planes específicos de acuerdo con el Plan de Acondicionamiento Territorial⁵⁰.
- Es función específica de las municipalidades distritales aprobar un plan urbano o rural distrital, con sujeción al plan y normas provinciales. En el caso de las municipalidades distritales, el Plan Urbano Distrital (PUD) que se aprueba debe realizarse con sujeción a las normas del PAT y del PDU⁵¹.

⁴⁹ Numeral 1.1 del artículo 79 de la Ley N° 27972

⁵⁰ Numeral 1.2 del artículo 79 de la Ley N° 27972

⁵¹ Numeral 3.1 del artículo 79 de la Ley N° 27972

- Es función específica exclusiva de las municipalidades distritales otorgar las licencias de habilitaciones urbanas, edificación y funcionamiento.

184. En síntesis, de lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley, queda claro que las Municipalidades Provinciales como la de Nazca aprueban el PAT y el PDU. Mientras que municipalidades distritales como la de San Juan de Marcona se les ha reservado la aprobación del PUD, instrumentos que deben estar subordinados a los PAT y PDU de competencia provincial.

185. El TC ya se ha pronunciado sobre la sujeción entre los planes mencionada en la Ley. En el caso Municipalidad Metropolitana de Lima contra la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco⁵² el TC estableció que el termino sujeción supone una relación de jerarquía entre las ordenanzas dictadas por las municipalidades provinciales (PAT y PDU) y por las municipalidades distritales (PUD).

186. Finalmente, al nivel reglamentario tenemos el Decreto Supremo N° 027-2003-VIVIENDA que aprobó el RATDU vigente a la fecha de publicada la Ordenanza que aprobó la actualización de Plan de Desarrollo Urbano de San Juan de Marcona. Esta norma constituía el marco normativo nacional para los procedimientos que deben seguir todas las municipalidades en el ejercicio en materia de planeamiento y gestión de acondicionamiento territorial y desarrollo urbano.

187. Asimismo, la norma regulaba 4 instrumentos de acondicionamiento territorial: Plan de Acondicionamiento Territorial (PAT), Plan de Desarrollo Urbano (PDU), Plan Específico (PE) y Plan Urbano Distrital. En el presente caso, la ordenanza cuestionada por Shougang aprobó un PDU, por lo que nos centraremos en él.

⁵² Fundamento 25 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0046-2004-PI/TC

188. Los artículos que regulan la formulación y aprobación del PDU en el RATDU van desde el 8 hasta el 15. El artículo 10 zanja la discusión sobre quien aprueba y formula los PDU. Este establece lo siguiente:

Artículo 10.- Corresponde a las Municipalidades Provinciales la formulación y aprobación del Plan de Desarrollo Urbano, evaluando las iniciativas que presenten las Municipalidades Distritales de su jurisdicción.

189. Por lo tanto, de una interpretación sistemática de la Constitución, la LOM y el RATDU concluimos que la MDM si contaba con competencias para presentar iniciativas como la “Actualización de Plan de Desarrollo Urbano de la Ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016”. Sin embargo, de la redacción del artículo entendemos que esta debía ser presentada a la MPN para que esta gestione el proceso de formulación y aprobación. Por lo tanto, la alegación de Shougang es parcialmente correcta.

190. No obstante, de revisada la actualización del Plan y la Ordenanza Municipal N° 021-2006-MDM que la aprobó advertimos dos deficiencias. La primera es que pareciera que se confunde el instrumento urbanístico que se aprueba. Lo segundo es la forma en que se estaría presentando estas iniciativas distritales para ser aprobadas por el Municipios Provincial.

191. Sobre el primero, la Ordenanza Distrital cita erradamente el artículo 25 para argumentar que tienen competencia para aprobar un PDU, no obstante, dicho artículo regula la aprobación de PUD, instrumento distinto al analizado actualmente. La norma en la parte considerativa establecía lo siguiente:

Que, el Artículo 25 del D.S. N° 027-2003-VIVIENDA, establece que concluido el proceso de exhibición e inclusión de las sugerencias y recomendaciones o la desestimación emitiendo pronunciamiento fundamentado, en el lapso de cuarenta y cinco (45) días calendario, el Concejo Distrital mediante Ordenanza, aprobará el Plan Urbano Distrital que tendría una vigencia de 5 años contados desde su publicación, remitiendo copia del mismo a la Municipalidad Provincial correspondiente.

192. Como podemos ver, el artículo 25 se encuentra en el Capítulo V *Del Plan Urbano Distrital* del RATDU. El artículo 25 establecía lo siguiente:

CAPÍTULO V

DEL PLAN URBANO DISTRITAL

(...)

Artículo 25.- Concluido el procedimiento establecido en el artículo anterior, el Concejo Distrital, mediante Ordenanza, aprobará el Plan Urbano Distrital que tendrá una vigencia de 5 años contados desde su publicación, remitiendo copia del mismo a la Municipalidad Provincial correspondiente.

193. De igual forma, la MPN en sus alegatos citó el artículo 24 del Reglamento para afirmar que le corresponde a las Municipalidades Distritales seguir estrictamente el procedimiento establecido por ley para la aprobación de su Plan de Desarrollo y no a las Municipalidades Provinciales. Afirma la MPN que a ellos solo les corresponde aprobar el Plan luego de verificar el cumplimiento del procedimiento normativo. Por lo tanto, ellos aprobaron el Plan publicado por la Ordenanza distrital en tanto se establecía detalladamente la estructura del Plan.

194. Nuevamente, la MPN incurre en el mismo error inicial de la MDM. Las dos municipalidades quieren aplicar el esquema de aprobación regulado para los PUD cuando lo que se aprobó es realmente un PDU. A continuación, podemos ver las diferencias entre ambos instrumentos:

Plan de Desarrollo Urbano (PDU)	Plan Urbano Distrital (PUD)
Instrumento técnico-normativo para <u>promover y orientar el desarrollo urbano de cada asentamiento poblacional del ámbito provincial</u> , en concordancia con el PAT ⁵³	Instrumento técnico normativo mediante el cual <u>se desarrollan disposiciones del PAT y del PDU</u> ⁵⁴
Corresponde a las <u>Municipalidades Provinciales</u> la formulación y aprobación del Plan de Desarrollo Urbano, evaluando las iniciativas que presenten las Municipalidades Distritales de su jurisdicción ⁵⁵	Corresponde a <u>las Municipalidades Distritales</u> la formulación y aprobación de su Plan Urbano ⁵⁶

⁵³ Artículo 8 del Decreto Supremo N° 027-2003-VIVIENDA

⁵⁴ Artículo 21 del Decreto Supremo N° 027-2003-VIVIENDA

⁵⁵ Artículo 10 del Decreto Supremo N° 027-2003-VIVIENDA

⁵⁶ Artículo 23 del Decreto Supremo N° 027-2003-VIVIENDA

<p>El PDU establece lo siguiente⁵⁷:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La zonificación de usos del suelo urbano y su normativa. • El plan vial y de transporte y su normativa. • Los requerimientos de vivienda para determinar las áreas de expansión urbana y/o programas de densificación, de acuerdo a las condiciones y características existentes. • Los requerimientos de saneamiento ambiental y de infraestructura de servicios básicos. • La preservación de las áreas e inmuebles de valor histórico monumental. • La programación de acciones para la protección y conservación ambiental y la de mitigación de desastres. • El nivel de servicio de los equipamientos de educación, salud, seguridad, recreación y otros servicios comunales. • El Sistema de Inversiones Urbanas a fin de promover las inversiones al interior de la ciudad e incrementar el valor de la propiedad predial. <p>El Sistema de Inversiones Urbanas es el instrumento técnico que permite</p>	<p>EL PUD debe considerar los siguientes aspectos⁵⁸:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La compatibilidad del Índice de Usos para ubicación de actividades urbanas en las zonas residenciales, comerciales e industriales del distrito. • La localización del comercio de nivel local C1. • Los retiros de las edificaciones. • La dotación de estacionamientos en zonas comerciales y residenciales. • Las disposiciones relativas al ornato y mobiliario urbano. • Identificación de las áreas públicas aptas para la inversión privada.
---	---

⁵⁷ Artículo 8 y 9 del Decreto Supremo N° 027-2003-VIVIENDA

⁵⁸ Artículo 22 del Decreto Supremo N° 027-2003-VIVIENDA

<p>promover las inversiones públicas y privadas en la ciudad y contiene:</p> <ul style="list-style-type: none"> - El contexto social, económico, cultural y sus relaciones con los mercados; - Los datos e indicadores de factibilidad de realización de proyectos de inversión: valor de la propiedad, zonificación, factibilidad de servicios, accesibilidad y transporte. - Las inversiones actuales y futuras describiendo los tipos de emprendimientos inmobiliarios, turísticos, industriales, comerciales y de infraestructura. <ul style="list-style-type: none"> • La delimitación de áreas que requieran de Planes Específicos. 	
---	--

195. Este error también se encontró también en documento de Actualización del PDU de San Juan de Marcona. En el Punto 2.2 *Marco Legal* del *Volumen A Diagnostico* de la propuesta de Actualización de PDU de San Juan de Marcona menciona como función específica exclusiva de las municipalidades distritales la aprobación del plan urbano distrital, confundiendo nuevamente un PUD con el PDU.

196. El segundo problema encontrado es la forma en que se presentan estas iniciativas distritales para ser aprobadas por el Municipios Provincial. Del artículo 10 del Reglamento se infiere que la Municipalidad Provincial no es una mesa de partes que verifica un conjunto de requisitos reglados para aprobar un Plan propuesto por la Municipalidad Distrital. Pensar ello sería negar el rol de la Municipalidad Provincial como formulador y aprobador del PDU. Asimismo, la aprobación de un plan no sigue en estricto un procedimiento administrativo.

197. De conformidad con el artículo 29 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitadas en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados. Este concepto no encaja con la aprobación de un PDU que tiene naturaleza jurídica de norma.
198. En este caso, si bien existen pautas o pasos predeterminados para la aprobación de un Plan, este se aprueba mediante una Ordenanza el cual constituye un acto de gobierno emitido por un Concejo Provincial. Este Concejo Provincial está conformado por representantes políticos directamente elegidos por la ciudadanía, a diferencia de funcionarios de la administración pública. Asimismo, sus efectos son generales (para toda la colectividad) y no individualizables⁵⁹.
199. El artículo 10 parece abrir dos caminos. Por un lado, la Municipalidad Provincial puede optar por elaborar una propuesta de PDU, en coordinación con todos los actores de la ciudad (incluido la Municipalidad Distrital), formularlo y aprobarlo.
200. Por otro lado, tenemos el camino en que la Municipalidad Distrital remite o envía una iniciativa la elaborada a la Municipalidad Provincial para que este pueda formular observaciones, hacer mejoras sobre este documento y posteriormente aprobarlo. La palabra que usa el artículo 10 es evaluar, por lo que consideramos que está dentro de las opciones del municipio provincial desestimar la iniciativa del Municipios distrital.

⁵⁹ En el Punto 3) *De la supuesta imposibilidad que la aprobación del POUZ-99 regida por el DS N° 007-85-VC del Anexo N°1 Consideraciones Legales de la Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de San Juan de Marcona la MDM confunde nuevamente la regulación urbanística al afirmar que la aprobación del Plan puede ser objetivo de contradicción o impugnación como actos administrativos y cita la Ley del Procedimiento Administrativo General.*

201. El RATDU vigente a la fecha de la publicación de la Ordenanza no establecía de qué modo la Municipalidad Distrital remitía la iniciativa. Recién en norma inmediatamente posterior se precisó⁶⁰ y así continuó hasta la norma vigente a la presente fecha⁶¹.

202. Sin perjuicio de que esto fue precisado posteriormente, creemos igual que la MDM debió aprobar la propuesta de Plan mediante Acuerdo de Concejo y elevarlo a la Municipalidad Provincial. Ello en base a lo regulado en la LOM. De conformidad con el artículo 41:

CAPITULO II
LAS NORMAS MUNICIPALES Y LOS PROCEDIMIENTOS
ADMINISTRATIVOS
SUBCAPÍTULO I
LAS NORMAS MUNICIPALES

(...)

Artículo 41.-

Los acuerdos son decisiones, que toma el concejo, referidas a asuntos específicos de interés público, vecinal o institucional, que expresan la voluntad del órgano de gobierno para practicar un determinado acto o sujetarse a una conducta o norma institucional

(...)

203. Por el contrario, según el artículo 40 de la LOM las ordenanzas son las normas de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal por medio de las cuales se aprueba la regulación de las materias que la municipalidad tiene competencia. Como mencionamos

⁶⁰ Artículo 41 del Decreto Supremo N° 004-2011-VIVIENDA

Capítulo XIII

Procedimiento de aprobación de Planes

(...)

Artículo 41.- De la iniciativa en la formulación de planes

De acuerdo con las funciones y competencias que les asigna la Ley N° 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades, las Municipalidades Distritales podrá tomar iniciativa en la formulación de: Planes de Desarrollo Urbano, Esquemas de Ordenamiento Urbano y Planes Específicos; y proponerlos mediante acuerdo de concejo, para su aprobación, a sus respectivas municipalidades provinciales.

⁶¹ Artículo 36.2 del Decreto Supremo N° 022-2016-VIVIENDA

Artículo 36.- Elaboración y consulta del PDU

(...)

36.2 Las Municipalidades Distritales pueden tomar iniciativa en la formulación del PDU y proponerlo mediante Acuerdo de Concejo, para su aprobación a la Municipalidad Provincial respectiva.

anteriormente, las municipalidades distritales solo tienen competencia para aprobar PUD, no PDU. En el caso de las iniciativas que tenga a bien remitir, esta al sujetarse al artículo 10 del RATDU (sujetarse a norma institucional) y aprobarse mediante Acuerdo de Concejo.

204. Cuando analizamos la Ordenanza Municipal N° 021-2006-MDM y la actualización del Plan mismo no encontramos mención alguna sobre la necesidad de remitir dicha iniciativa a la Municipalidad Provincial de Nazca. Incluso el artículo Quinto de la ordenanza precisa que esta entra en vigencia al día siguiente de ser publicada en el diario oficial de la región. No se eleva la iniciativa o se menciona a la Municipalidad.

205. Por lo tanto, no podemos confirmar con certeza si la Municipalidad de San Juan de Marcona, al advertir la ilicitud de su ordenanza, acudió a la Municipalidad Provincial de Nazca para que sea quien aprueben la referida “Actualización (...)” por ser el competente. Empero, de la redacción del PDU (Actualización) y de la Ordenanza que lo aprobó podemos creer que los funcionarios de la MDM creían que no se requería la aprobación de la provincial, sino que bastaba con su ordenanza distrital.

Subproblema iii.b) ¿Cuál es el procedimiento aplicable para la aprobación de planes urbanos?

206. A diferencia de lo afirmado por los Municipios antes mencionados, el procedimiento para aprobar Planes de Desarrollo Urbano se encuentra regulado en los artículos 10, 11, 12 y 13. En el Reglamento no existe procedimiento para “Actualizar PDU”. Solo existe una regulación para aprobar modificaciones a un PDU preexistente para casos muy puntuales⁶² que no son los referidos al presente caso. Más allá de la

⁶² Artículo 13.- El Concejo Provincial podrá aprobar modificaciones al Plan de Desarrollo Urbano, las que se someterán al procedimiento establecido en el artículo 11 del presente Reglamento y son las siguientes:

- a. Las modificaciones de trazos de las Vías Expresas, Arteriales y Colectoras.
- b. Las que supriman, reduzcan o reubiquen las áreas de reserva para equipamiento educativo, de salud o recreativo.
- c. Las que dirijan la expansión urbana hacia lugares y direcciones diferentes a las establecidas originalmente en el Plan de Desarrollo Urbano.

nomenclatura que haya adoptado el documento (actualización), en base al contenido que presenta lo trataremos como si fuera un nuevo PDU.

207. Primero, antes de desarrollar el procedimiento de aprobación para los PDU esta lo planteado por la demandante. Shougang afirmó que para la aprobación del PDU debía contarse previamente un Plan de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano Provincial. Creemos que dicha interpretación es errada ya que en el RATDU no existe disposición que obligue a los Municipios Provinciales a esperar la aprobación de un PAT para recién formular un PDU.

208. De revisados todos los Reglamentos de Acondicionamiento Territorial en los últimos 30 años⁶³ podemos afirmar que nunca existió una disposición como la que pretende afirmar la demandada. Supeditar la formulación y/o aprobación de un instrumento de planificación urbana a que el instrumento de mayor jerarquía, al que se encuentra en relación de sujeción, existe es un criterio que tampoco tiene mucho sentido. Sería prácticamente imposible planificar si para empezar un nuevo PDU debemos esperar que se apruebe un PAT. La disposición existente es una en el sentido de la relación de jerarquía que existe entre los planes.

d. Las que cambien la Zonificación Comercial, Industrial, Pre Urbana, Recreación Usos Especiales, Servicios Públicos Complementarios, Zona de Reglamentación Especial y Zona Monumental, o impliquen la modificación de Zona Residencial de Baja Densidad a Densidad Media o Zona Residencial de Densidad Media a Residencial de Alta Densidad.

No se consideran modificaciones al Plan de Desarrollo Urbano:

a. Los cambios de Zonificación de una Zona Residencial de Baja Densidad a otra de Baja Densidad, o de una Zona Residencial de Densidad Media a otra de Densidad Media o de una Zona Residencial de Alta Densidad a otra de Alta Densidad, o de una Zona Comercial a una Residencial compatible.

b. Las adecuaciones de trazo de los ejes de vías producto de la morfología del suelo o del diseño de las Habilitaciones Urbanas, siempre que se mantenga la continuidad de las mismas.

⁶³Reglamento de Acondicionamiento Territorial, el Desarrollo Urbano y el Medio Ambiente aprobado por Decreto Supremo N° 007-85-VC, Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano aprobado por el Decreto Supremo N° 027-2003-VIVIENDA, Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2011-VIVIENDA, y Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible aprobado por el Decreto Supremo N° 022-2016-VIVIENDA.

209. Dicho esto, vamos a ahora si la regulación del proceso de formulación y aprobación de los PDU establecido en el RATDU. Podemos diferenciar dos fases: exhibición y aprobación. La exhibición la desarrolla en el siguiente artículo:

Artículo 11.- La aprobación del Plan de Desarrollo Urbano debe desarrollarse en cuarenta y cinco (45) días calendario y ceñirse al procedimiento siguiente:

a) La Municipalidad Provincial exhibirá el proyecto del Plan en sus locales, en las Municipalidades Distritales de su jurisdicción y a través de su página Web, durante treinta (30) días calendario.

b) El proyecto del Plan será remitido en consulta a las Municipalidades Distritales de su jurisdicción para que dentro del plazo establecido en el punto anterior, emitan sus observaciones y recomendaciones.

c) La Municipalidad Provincial dentro del plazo señalado realizará una audiencia pública sobre el contenido del Plan, convocando a las Municipalidades Distritales de su jurisdicción, así como a las universidades, organizaciones de la sociedad civil e instituciones representativas del sector empresarial, profesional y laboral de la jurisdicción.

d) Las personas naturales o jurídicas de las jurisdicciones distritales involucradas formularán sus observaciones, sugerencias y recomendaciones, debidamente sustentadas y por escrito, dentro del plazo establecido en el inciso a) del presente artículo.

e) El equipo técnico responsable de la elaboración del plan, en el término de quince (15) días calendario posteriores al plazo establecido en el inciso a) del presente artículo, incluirá las sugerencias y recomendaciones o las desestimaré emitiendo pronunciamiento fundamentado.

210. Vemos entonces que la etapa de exhibición dura 45 días calendario. En los primeros 30 días calendario la Municipalidad Provincial deberá hacer tres cosas: (i) Exhibir el PDU (física y virtualmente), (ii) Remitir a las Municipalidades Distritales para su opinión y (iii) Realizar Audiencia Pública con actores. Finalmente, en los últimos 15 debe analizar las sugerencias y emitir un pronunciamiento respecto del PDU.

211. La etapa de aprobación está regulada en el artículo 12 de la siguiente manera:

Artículo 12.- Concluido el procedimiento establecido, en el artículo anterior, el Concejo Provincial, mediante Ordenanza, aprobará el Plan de Desarrollo Urbano que tendrá una vigencia de 5 años contados desde su publicación, sin perjuicio de lo establecido en el Capítulo VII del presente Reglamento.

212. Así, la Gerencia competente en coordinar los PDU emitirá su informe fundamentado y elevará al Concejo Provincial ⁶⁴para que este vea conveniente si aprueba la Ordenanza o no. Previo a la votación estas propuestas pasan por distintas comisiones del Concejo Provincial para la emisión de dictámenes previos a la votación⁶⁵. Desarrollado el procedimiento reglamentario para aprobar un PDU, pasamos al caso específico.

213. Antes de la aprobación del Plan de Desarrollo Urbano existía un instrumento aprobado por la Municipalidad Distrital llamado *Plan de Ordenamiento Urbano y Zonificación de la Ciudad de San Juan de Marcona* del año 1999 (POUZ-99). Este fue aprobado en la Sesión de Concejo del 11 de junio de 1999 en el marco del Reglamento de Acondicionamiento Territorial publicado por el Decreto Supremo N° 007-85-VC.

214. No obstante, la MPN anteriormente ya había denegado aprobar dicho Plan porque no se ejecutó el procedimiento de consulta previa. En esta época, el periodo de consulta para las comunidades afectadas era de 30 a

⁶⁴ De conformidad con el ROF 2016 que está colgado en la Página Web de la Municipalidad Provincial de Nazca es la Gerencia de Desarrollo Urbano la responsable de “26. *Coordinar con el Plan de Desarrollo Territorial de Nasca, los planes de Acondicionamiento Territorial y otros planes Urbanos de los centros poblados de la provincia.* Lamentablemente el ROF vigente a la fecha de la promulgación de la Ordenanza no se encuentra publicado.

⁶⁵ El Reglamento Interior del Concejo Municipal de Nasca, aprobado por la Ordenanza N° 013-2011-MPN no se encuentra publicado. Tampoco el Reglamento que le antecede que rige para el presente informe. No obstante, en la Página Web se puede apreciar que sería la Comisión de Obras y Desarrollo Urbano Rural la que emita dictámenes previos a la aprobación del Concejo Provincial.

90 días según la magnitud del centro poblado y la complejidad del Plan⁶⁶. Por lo tanto, entendemos que dicho plan nunca estuvo realmente vigente al adolecer de aprobación del Municipio Provincial.

215. Paradójicamente, años luego, la MPN incide en el mismo error en el que incurrió la MDM con el Plan de Ordenamiento Urbano y Zonificación de la Ciudad de San Juan de Marcona del año 1999 (POUZ-99) y que ellos mismo advirtieron. De conformidad con los artículos 11 y 12 del RATDU la MPN debía realizar acciones de exhibición. Sin embargo, la MPN obvió este componente participativo del plan y aprobó el PDU en solo 7 días.

216. De esta manera, Shougang no pudo acceder al PDU ya que no se exhibió ni se realizó Audiencia Pública. No pudo realizar observaciones ni comentarios. Por lo tanto, concluimos que tanto la MDM como la MPN obviaron la normativa urbanística relacionada a la formulación de estos instrumentos de planificación urbana.

217. Asimismo, ni la MDM ni la MPN oficiaron a INGEMMET para que este le informe sobre los derechos mineros existentes a la fecha en las áreas que regulará el plan. Ello, con la finalidad de que sean respetados y considerados en su instrumento. Más adelante analizaremos si se vulneraron sus derechos constitucionales al debido proceso y de defensa.

Subproblema iii.c) ¿Cuál es el componente participativo en la elaboración de de planes urbanos?

218. De conformidad con el artículo 197 de la Constitución, las municipalidades como la MDM y la MPN promueven, apoyan y reglamentan la participación vecinal en el desarrollo local. La LOM confirma ello en el artículo I y IX del Título Preliminar. El Artículo I conceptualiza a los gobiernos locales como canales inmediatos de participación vecinal. Por otro lado, el artículo IX dispone que el proceso de planeación locales es participativo y articula a las municipalidades con

⁶⁶ Literal a) del Artículo 30° de Decreto Supremo N° 007-85-VC

sus vecinos. Asimismo, el sistema de planificación tiene como principio la participación ciudadana.

219. Dicho ello, la participación ciudadana es consustancial al concepto de gobierno local y a su función de planeación local. Lo que busca la reglamentación urbanística es cumplir con lo previsto por la Ley Orgánica. De conformidad con el artículo de la LOM los gobiernos locales promueven la participación ciudadana en la formulación, debate y concertación de sus planes de desarrollo.

220. Por ello, respecto de las competencias para planificar el territorio y los suelos de la ciudad, el artículo 2 del RATDU claramente obliga a que esta tarea se haga promoviendo la participación democrática de la ciudadanía conforme a lo regulado para cada instrumento de planificación urbana.

221. Finalmente tenemos el Manual para la Elaboración de Planes de Desarrollo Urbano aprobado el 8 de diciembre de 2009 mediante Resolución Ministerial N° 325-2009-VIVIENDA. Si bien este Manual fue posterior a la aprobación de la Ordenanza Provincial, deja claro que la Consulta y la Participación Ciudadana es uno de los tres componentes principales de un PDU. Dicho Manual afirma lo siguientes:

1.7. ¿Cuáles son los componentes principales?

Los tres componentes principales en la formulación del Plan de Desarrollo Urbano son:

(...)

1.7.3. Consulta y Participación Ciudadana para conectar con los agentes económicos, población organizada y demás actores sociales que interactúan en la dinámica del centro urbano, con el propósito de lograr una agenda compartida para la gestión e implementación del Plan de Desarrollo Urbano, que a final será el componente del cual dependerá su viabilidad (Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento 2009, 13).

222. Por lo tanto, un PDU sin participación ciudadana no cumple con lo establecido por la Constitución, la LOM y el RATDU vigente a la fecha de aprobación de la Ordenanza que aprobó el instrumento cuestionado. Los gobiernos locales pueden planificar, pero siempre en armonía con las políticas y leyes nacionales tal como lo dispone el artículo VIII de la LOM. En este caso, la MPN omitió un aspecto fundamental en la

aprobación de planes urbanos y opto por hacerlo de espaldas a los vecinos de Marcona.

iv. En el caso materia de análisis ¿La Ordenanza Municipal N° 006-2007-A/MPN vulneró los derechos constitucionales de Shougang Hierro?

Subproblema iv.a) ¿La Ordenanza Municipal N° 006-2007-A/MPN vulneró el derecho al debido proceso de Shougang Hierro?

223. El Derecho al Debido Proceso está reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de nuestra Constitución de la siguiente manera:

Artículo 138.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional
Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgado por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquier sea su denominación.

224. Sobre el contenido constitucionalmente protegido, el TC ⁶⁷ ha determinado sobre el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional lo siguiente:

Mediante ambos derechos se persigue garantizar que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos, la solución de un conflicto jurídico o la aclaración de una incertidumbre jurídica sea atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas. Asimismo, estos derechos poseen un *contenido complejo* (pues se encuentran conformados por un conglomerado de mecanismos que no son fácilmente identificables) que no se limita a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 139.º, el segundo párrafo del artículo 103.º u otras disposiciones de la Constitución, sino también a aquellos derechos que resulten esenciales para que el proceso pueda cumplir con su finalidad y que se deriven del principio–derecho de dignidad de la persona humana (artículo 3.º de la Constitución).

225. En reiterada jurisprudencia, el Tribunal ha precisado que los derechos fundamentales que componen el debido proceso y la tutela jurisdiccional

⁶⁷ Fundamento 42 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0023-2005-PI/TC

efectiva son exigibles a todo órgano que tenga naturaleza jurisdiccional (jurisdicción ordinaria, constitucional, electoral y militar) y que pueden ser extendidos, en lo que fuere aplicable, a todo acto de otros órganos estatales o de particulares (procedimiento administrativo, procedimiento legislativo, arbitraje y relaciones entre particulares, entre otros)⁶⁸. Por lo que vemos que existe una tendencia para ampliar el ámbito de protección de este derecho.

226. La doctrina constitucional peruana ha comentado, especialmente a partir del control de resoluciones judiciales, la convivencia de dos derechos que se prestan a confusión en el parámetro constitucional: la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.⁶⁹ Sin embargo, la jurisprudencia ha ido precisando la aplicación de ambos derechos, llegando a un estándar similar al del artículo 4 del Código Procesal Constitucional, que reconoce la interacción de ambos derechos y les asigna un ámbito particular a cada uno. Para este caso nos limitaremos al debido proceso.

227. El problema más interesante en los últimos años ha estado más bien en la expansión del debido proceso hacia ámbitos que a éstas le eran completamente extraños. A la ya conocida aplicación del debido proceso a los procedimientos administrativos, que ha tenido su propia dinámica y problemas⁷⁰, se suman nuevos espacios ganados, sobre todo en control de actos políticos antes protegidos por tesis como la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables. Lo cierto es que el TC ya ha previsto un control de debido proceso en actos tales como el antejuicio en el caso Tineo Cabrera⁷¹, los procedimientos ante comisiones investigadoras del Congreso en el caso Toledo Manrique⁷² e incluso el control de procedimientos de ética parlamentaria en el caso Anicama Ñáñez⁷³ (Cruces y Devoto 2020, 126).

⁶⁸ Fundamento 43 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0023-2005-PI/TC

⁶⁹ Véase a Giovanni Priori (2003, pp. 283 y ss.).

⁷⁰ Véase a Ramón Huapaya (2015, pp.137-165).

⁷¹ Sentencia recaída en el Expediente N° 00156-2012-PHC/TC.

⁷² Sentencia recaída en el Expediente N° 04968-2014-PHC/TC, caso además relevante por tratarse de un precedente vinculante.

⁷³ Sentencia recaída en el Expediente N° 00358-2013-PA/TC.

228. El propio TC es claro al señalar las razones por las que la jurisprudencia avanza en el sentido indicado, al respecto aclara lo siguiente:

(...) toda actuación de los órganos estatales o particulares dentro de un proceso o procedimiento, sea jurisdiccional, administrativo sancionatorio, corporativo o parlamentario, debe respetar el derecho al debido proceso. Así como no existen islas exentas al control constitucional, tampoco es posible sostener que existan escenarios en los que se puedan desconocer, sin mayor justificación, las garantías mínimas del debido proceso, en tanto ello supone aseverar, con el mismo énfasis, que la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al Congreso de la República, al privilegiarse la majestad de los poderes públicos frente a los derechos fundamentales de la persona. (STC Exp. N° 00358-2013-PA/TC, f. j. 8)

229. Volviendo al caso en comento, el paso que debió dar el TC es aplicar un estándar de debido proceso a un acto normativo sobre el cual en principio no existe un titular que pueda reclamar la existencia de un procedimiento regular que se encuentre siguiendo. En particular, el TC debió apoyarse para ello en el concepto de debido proceso sustantivo, que “implica el establecimiento de un importante parámetro para la actuación de quien tiene autoridad: la proscripción de ejercerla arbitrariamente” (Espinosa-Saldaña, 2003). En similar sentido, Chemerinsky (2015, p. 814) explica que el debido proceso sustantivo no es otra cosa que el análisis sobre si existe suficiente justificación para la acción de gobierno.

230. Un caso que se abordó desde esta perspectiva y que permitan cuestionar el debido proceso en la formación de Ordenanzas municipales es el caso EDEGEL contra la Municipalidad Metropolitana de Lima. El TC determinó que la variación de zonificación vulneró el debido proceso de EDEGEL, tanto en su (i) manifestación procesal como en su (ii) dimensión sustantiva o material⁷⁴.

231. En cuanto a la manifestación procesal, el TC introduce como nuevo elemento de análisis del caso el que no se haya motivado correctamente el cambio de zonificación. Si bien “el Estado (...) cuenta con un amplísimo

⁷⁴ Fundamento 25 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 05220-2015-PA/TC

margen para decretar, discrecionalmente, las reglas de zonificación”⁷⁵ el TC considera que esta atribución edil ha sido inconstitucionalmente ejercida toda vez que las ordenanzas que modificaron la zonificación no contaron con “un sustento suficiente”⁷⁶. Esta consideración es nuevamente consecuencia del enfoque utilizado debido a la expansión del debido proceso en el ámbito de actos normativos (Cruces y Devoto 2020, 126).

232. Tal como hemos podido ver a detalle, el proceso de formulación y aprobación del PDU de Marcona no se dio conforme a la normativa urbanística vigente. Concordamos con Shougang en que la MPN *no sólo no habría cumplido con el procedimiento especialmente previsto para el diseño y configuración del Plan de Desarrollo Urbano, atentando así contra los expresamente previsto por las Leyes N° 27015 y N° 27560, sino que además no ha expuesto ni menos fundamentado, razón técnica alguna capaz de sustentar la modificación del Plan de Desarrollo Urbano en los términos en que ha sido realizada (...).*

233. De esta manera, la Ordenanza si habría vulnerado el derecho al debido proceso de Shougang en su variante sustantiva. Esto en tanto que la MPN no cumplió con el parámetro para la actuación de quien tiene autoridad y actuó de manera arbitraria. De esta manera Shougang no pudo ejercer su derecho a participar en la formulación de PDU ya que nunca se exhibió, ni se realizaron audiencias o se aceptaron comentarios. Son justamente esto espacios donde se fundamentan las razones que sustentan la necesidad de hacer un PDU.

234. Coincidimos con Shougang en que se trasgredieron su derecho al debido proceso, pero no por los argumentos usados. La empresa se ampara en lo establecido en dos Sentencias del TC que desarrollan acciones de inconstitucionalidad, cuando el caso se trata de un amparo. En su Recurso de Agravio Constitucional⁷⁷ hacen la siguiente cita usada por estas sentencias:

(...) en determinadas ocasiones, ese parámetro puede comprender otras fuentes distintas de la Constitución, y, en concreto, a determinadas fuentes

⁷⁵ Fundamento 16 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 05220-2015-PA/TC

⁷⁶ Fundamento 23 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 05220-2015-PA/TC

⁷⁷ Folio 747 del Expediente

con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (...). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de “normas sobre la producción jurídica”, en un doble sentido; por un lado, como “normas sobre la forma de la producción jurídica”, esto, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tiene su mismo rango; y, por otro, como “normas sobre el contenido de la formación”, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido”

235. Dice que se habría incurrido en una inconstitucionalidad de forma y porque se quebrantó el procedimiento legislativo previsto en la Constitución y leyes del bloque de constitucionalidad. Consideramos que no son las razones correctas ya que una sentencia fundada de acción constitucional (control concentrado) tiene alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Asimismo, el TC analiza si se trasgrede, de forma o fondo, la Constitución. Por el contrario, como ya hemos mencionado anteriormente, el amparo es un proceso constitucional excepcional de tutela donde se analiza si existen amenazas sobre ciertos derechos fundamentales. Dada la supremacía de la Constitución, mediante amparo se puede ejercer control difuso e inaplicar una ley.

Subproblema iv.b) ¿La Ordenanza Municipal N° 006-2007-A/MPN vulneró el derecho a la defensa de Shougang Hierro?

236. El Derecho a la Defensa está reconocido por el numeral 14 del artículo 139 de la Constitución. La Constitución establece que:

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

237. Como podemos ver, este derecho está pensado como un derecho fundamental que integra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (Priori 2019, 82). Así, está referido en pocas palabras a ser escuchado y atendido en un proceso judicial (La Rosa y Rivas 2018, 159).

238. En este caso creemos que se afecta el debido proceso, derecho que tiene un alcance cada vez más amplio de aplicación, a diferencia del derecho a la tutela jurisdiccional que se limita a procesos judiciales (Landa 2017, 174). Por lo tanto, creemos que no nos encontramos en una vulneración al derecho de defensa.

239. Por el contrario, el derecho que si se lesionaría es el de participación ciudadana establecido en el artículo 31 de la Constitución. Esta reconoce el derecho de todos los vecinos de participar en el gobierno municipal de su jurisdicción, disponiendo que la ley norme y promueva los mecanismo directos e indirectos para ellos. En este caso, no se dio las oportunidades requeridas por el RATDU para que se dé una participación real de todos los actores involucrados.

Subproblema iv.c) ¿La Ordenanza Municipal N° 006-2007-A/MPN vulneró el derecho a la libertad contractual de Shougang Hierro?

240. Si bien Shougang no alego vulneración sobre la libertad contractual, el TC considero que la Ordenanza Municipal N° 006-2007-A/MPN que aprobó el PDU si vulneró la libertad contractual de la empresa y en consecuencia la declaro inaplicable al caso concreto. En aplicación al aforismo *iura novit curia*, el TC puede amparar la pretensión sobre la base de un fundamento jurídico distinto al alegado. Vale recalcar que el limite al que se encuentra sujeta la aplicación de dicha institución procesal son los hechos alegados por las partes y el petitorio, los cuales no pueden ser modificados⁷⁸.

241. La libertad contractual está reconocida en dos partes de la constitución: el numera 14 del artículo 2 y en el artículo 62. El primero dice que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. El 62 estableció lo siguiente:

Libertad de contratar

Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras

⁷⁸ Fundamento 5 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0616-2003-AA/TC

disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

242. Reiterada jurisprudencia del TC⁷⁹ ha considerado que el contenido mínimo o esencial del derecho a la libertad contractual se basa, por un lado, en la (i) autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante. Por otro lado, está la (ii) autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia del objeto contractual.

243. Para el caso, como se ha mencionado en los hechos, Shougang (Hierro Perú) firmó un contrato con Minero Perú el 1 de diciembre de 1992. Fue mediante este contrato que adquirió titularidad de las concesiones mineras. Asimismo, la empresa pública declaró lo siguiente:

Las operaciones de HIERRO PERU han sido conducidas de acuerdo y en cumplimiento de todas las leyes vigentes aplicables, regulaciones y requisitos legales exigidos por la República del Perú incluyendo cualquier ley o reglamento sobre medio ambiente aplicable que tenga el efecto de limitar la operación de los negocios de HIERRO PERU o que pudiera tener un efecto adverso económicamente significativo en los negocios de HIERRO PERU.

HIERRO PERU es titular de todos los derechos y sujeto a todas las obligaciones establecidas por la Ley General de Minería aprobado por el Decreto Legislativo N° 708 y sus reglamentos, incluyendo todas las garantías ofrecidas por el Estado peruano a todos los propietarios de derechos mineros. Como tal, HIERRO PERU goza de protección plena del gobierno para la operación pacífica de su derecho minero (...) de conformidad con las obligaciones del Estado peruano de proteger la propiedad privada, derechos, seguridad individual y todos los demás derechos de todas las compañías que hacen negocios en el Perú

⁷⁹ Véase Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N° 0008.2003AI/TC, 0004-2004-AI/TC, 0011-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, 0014-2004-AI/TC, 0015-2004-AI/TC, 02175-2011-AA

244. Asimismo, la clausulo 9.2 del Contrato se estipula que Hierro Perú tiene derecho a solicitar garantías de estabilidad legal y tributaria que ofrece la ley peruana para su inversión US\$ 150.000.000.00 a la que se ha obligado de hacer. El 9.3 dice que el comprado se reservaba el derecho a peticiona este tratamiento tributario y de derechos de importación especiales. En las dos clausulas Minero Perú (el vendedor) se obliga a asesorar y asistir. Finalmente, en el *Anexo 9 Declaraciones relativas a las cuestiones tributarias* el vendedor declara que usara el mejor de sus esfuerzos ante el gobierno peruano para lograr que la solicitud de Shougang sobre condiciones favorables en los derechos arancelarios de importación y el impuesto a la renta.

245. Posteriormente, mediante Decreto Supremo publicado el 10 de diciembre de 1992 se otorgó garantía del Estado en respaldo de las declaraciones y seguridades estipuladas por Hierro Perú antes mencionadas. Esto se hizo en virtud del artículo 2 del Decreto Ley N° 25570 del 23 de junio de 1992 que decía lo siguiente:

Artículo 2.- De acuerdo a los señalado en el Artículo 1357 del Código Civil, el Estado queda autorizado para otorgar mediante contrato, a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, que realicen inversiones en las empresas y entidades del Estado, incluidas en el proceso a que se refiere el Decreto Legislativo N° 674, bajo cualquiera de las modalidades previstas por el Artículo 2 de dicha norma, las seguridades y garantías que mediante Decreto Supremo, en cada caso, se consideren necesarias para proteger sus adquisiciones e inversiones, de acuerdo a la legislación vigente

246. En dicha época, el Código Civil establecía ya la posibilidad de establecer estas garantías. Su artículo 1357 establecía lo siguiente:

Artículo 1357.- Garantía y seguridad del Estado

Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato.

247. En este sentido se publicaron dos normas. El Decreto Legislativo N° 662 y el Decreto Legislativo N° 757. Estas normas vigentes en la época de la publicación de la Ordenanza eran la base legal del régimen general de los convenios de estabilidad jurídica. Estas normas son sustento del régimen general de los convenios de estabilidad jurídica (Danos 2013, 263).

248. Los artículos 10 y 12 del Decreto Legislativo N° 662 publicado el 02 de septiembre de 1991 establecieron que el Estado podría celebrar convenios de estabilidad jurídica de la inversión privada garantizando estabilidad del (i) régimen tributario, (ii) libre disponibilidad de divisas, (iii) del derecho a la no discriminación entre inversionistas extranjeros y nacionales, (iv) régimen es de contratación laboral y (v) regímenes especiales orientados a la exportación como admisión temporal, zonas francas industriales, comerciales, turísticas, zonas de tratamiento especial, etc.

249. El artículo 39 del Decreto Legislativo N° 757 publicado el 13 de noviembre de 1991 establecía que estos contratos tienen fuerza de ley y no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Asimismo, declara que estos contratos tienen carácter civil y no administrativo y solo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes.

250. Finalmente, el artículo 24 del Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada, aprobado por el Decreto Supremo N° 162-92-EF del 12 de octubre de 1992, establecía que mediante estos convenios de estabilidad jurídica se otorga excepcionalmente ultractividad al régimen legal que regía al momento de suscribirse el convenio en tanto se encuentre vigente el mismo, en las materias sobre las cuales se otorga estabilidad. Entendemos que estas materias son un numerus clausus tal como se ha establecido en los decretos legislativos.

251. De conformidad con el literal e) del artículo 26 estos convenios tienen un plazo de vigencia de 10 años, contando a partir de la fecha de su suscripción. Si se publicó el Decreto Supremo que otorgó seguridad a las declaraciones de Minería Perú el 10 de diciembre de 1992, si entendemos a ello como la suscripción del contrato, esta estabilidad solo estaría vigente hasta el 10 de diciembre de 2002.

252. Si bien a la fecha de la publicación de la Ordenanza el contrato ya no contaba con esta característica de estabilidad, como regla general todo término contractual no puede ser modificado por leyes u otras

disposiciones de cualquier clase. Es decir, según el TC no solo están protegidos los términos contractuales contenidos en un contrato-ley, sino todos los términos contractuales de conformidad con el artículos 62 de la Constitución⁸⁰.

253. A ello le sumamos el artículo 103 que dice que la Ley no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, o el artículo III del Título Preliminar del Código Civil que establece que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones existentes, no tienen fuerza ni efectos retroactivos salvo las excepciones previstas en la constitución (razones de interés público).

254. Sin perjuicio de que la MPN vulnero del debido proceso al aprobar un PDU de manera arbitraria, Shougang igual se encuentra subordinado al desarrollo legislativo y reglamentario que realice la Administración a la luz de la Constitución y atendiendo a razones superiores de interés general⁸¹ (potestad de planificar el suelo o proveer condiciones para la generación de vivienda).

255. El problema no es que la MPN legisle, sino que lo haya hecho vulnerando derechos fundamentales. Las normas cambian día a día y, salvo ciertos aspectos normativos declarados en un contrato ley, las concesiones mineras no imposibilitan la intervención del Estado mediante el ejercicio de su ius imperium cuando lo justifique el interés público⁸².

256. En este sentido, ningún contrato puede ir en contra de norma de interés general o de orden público, porque en tal caso infringe el inciso 4 del artículo 14 de la Constitución que establece que se contrata con fines lícitos, sin contravenir con leyes de interés público. El Tribunal Constitucional en el Caso sobre la Ley Forestal y de Fauna Silvestre⁸³ consideró que el Congreso puede modificar mediante leyes los contratos existentes, cuando esté de por medio el interés general. Así, el Congreso

⁸⁰ Fundamento 35 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 005-2003-AI/TC

⁸¹ Fundamento 104 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 00048-2004-AI/TC

⁸² Fundamento 109 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 00048-2004-AI/TC

⁸³ Fundamento 9 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 006-2000-AI/TC

deberá demostrar la razonabilidad y proporcionalidad de tal modificación (Rubio y Arce 2017, p 171).

257. Así, las normas que habían sido objeto de una acción de inconstitucionalidad establecían una veda de extracción de cedro y caoba que modificaba y resolvía contratos de concesiones. Sin embargo, el Tribunal Constitucional consideró que era obligación del Estado resguardar los recursos naturales, por lo que era razonable las normas publicadas.

258. Por el contrario, en el caso materia de estudio la ordenanza no encontramos cambió de la clasificación de las tierras donde se encontraban las concesiones de Shougang y modificó las condiciones del contrato suscrito ante mencionado. El contrato declaraba que las operaciones mineras cumplen con todas las normas incluyendo a aquellas que tengan el efecto de limitar dicha operación. Dichas tierras tenían condición de eriazas. Lo más importante aquí es la razonabilidad de la modificación. De revisado el Plan podemos advertir no existe razones suficientes que motiven dicho cambio. Por lo tanto, coincidimos con el TC en este punto.

259. Por el contrario, la declaración de estas áreas como urbanas dejaba abierta la posibilidad de que la MDM⁸⁴ pueda recibir solicitudes para regularizar habilitaciones urbanas ejecutadas que no han terminado con los tramites respetivos y cuentan con viviendas ya construidas sobre terrenos de propiedad de asociaciones de vivienda o cooperativas⁸⁵. Asimismo, se posibilitaba también la regularización de lotizaciones informales que sin constituir habilitaciones urbanas cuentan con construcciones parcialmente consolidadas y cuyos lotes de vivienda han sido individual y directamente adquiridos por los integrantes de cada lotización informal⁸⁶.

⁸⁴ Artículo 3 de la Ley N° 26878 Ley General de Habilitaciones Urbanas

⁸⁵ Artículo 3 de la Ley N° 26878 Ley General de Habilitaciones Urbanas

⁸⁶ Op. cit

260. Por ello, concordamos con el TC que la publicación de la Ordenanza vulnera el contenido mínimo de la libertad contractual toda vez que modifica las condiciones establecidas inicialmente en el contrato. Dicho cambio de estatus jurídico de las áreas mencionadas permitiría legitimar la ocupación de ciudadanos de Marcona afectando las actividades económicas de Shougang que, en principio, cumplen con todas las leyes vigentes. Asimismo, concordamos con el TC en que no hubo las motivaciones necesarias que sustenten dicha modificación (estimación de población, proyectos de vivienda social, alternativas de políticas, etc.).

v. En el caso materia de análisis, ¿Existía una vía ordinaria igualmente satisfactoria para defender los derechos de Shougang?

261. Otro de los requisitos de procedencia se encuentra en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional. El amparo es pues un medio extraordinario de tutela satisfactoria con un trámite excepcional dada su naturaleza emergencial. El TC a establecido que es alternativo y residual ya que ha sido concebido para atender requerimientos urgentes que tienen que ver con afectación de derechos fundamentales.

262. Al respecto, la Corte Supremo de Justicia de la República determino un conjunto de pautas⁸⁷ a considerar por los Magistrados integrantes del Poder Judicial, sobre si se está ante una vía igualmente satisfactoria. Los criterios son los siguientes:

- a) Irreparabilidad del daño al derecho invocado si se recurre a los medios ordinarios de protección.
- b) Probanza que no existen vías ordinarias idóneas para tutelar un derecho (acreditando para ello evaluaciones sobre la rapidez, celeridad, inmediatez y prevención en la tutela del derecho invocado);
- c) Análisis de trámite previsto a cada medio procesal, así como sobre la prontitud de esa tramitación; y
- d) Evaluación acerca de la inminencia del peligro sobre el derecho invocado, la adopción de medidas o procuración de los medios para evitar la irreversibilidad del daño alegado o acerca de la anticipación con la cual toma conocimiento de una causa.

⁸⁷R.A. N° 252-2007-P-PJ, Resolución Administrativa de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República

263. Posteriormente, el TC estableció que la vía ordinaria será igualmente satisfactoria al amparo si en el caso concreto se demuestra de manera copulativa el cumplimiento de ciertos elementos⁸⁸.

- Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho;
- Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada;
- Que no existe riesgo de que se produzca la irreparabilidad; y
- Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias

264. Dicho esto, concluimos que la acción de inconstitucionalidad no sería una vía idónea igualmente satisfactoria. La estructura del proceso de acción de inconstitucionalidad no es idónea para la tutela de los derechos invocados. El artículo 203 solo permite que ciertos actores⁸⁹ puedan interponer esta acción. La única posibilidad es que Shougang, en virtud del numeral 6, organice al uno por ciento de los vecinos de Marcona para impugnar la Ordenanza. Claramente esto no es ni lo más célere ni eficaz. La acción de inconstitucionalidad solo puede ser interpuesta por la sociedad civil solo sí que obtienen 5000 firmas o uno por ciento de los ciudadanos del ámbito territorial para Ordenanzas.

265. De igual forma, siguiendo los criterios mencionados, la interposición de una demanda contencioso administrativa tampoco sería una vía idónea igualmente satisfactoria. De conformidad con el artículo 4 de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, no procede este tipo de demanda contra normas. Como ya mencionamos anteriormente, los PDU son aprobados por Ordenanza y no por actos administrativos (actuaciones administrativas). En este sentido, esta vía ordinaria no resolverá el caso por lo que es inidónea en la tutela.

266. Por lo tanto, discrepamos con la decisión de la Corte Superior de Justicia de Lima que determino que si existían vías procedimentales igualmente satisfactorias para atender la pretensión de Shougang Hierro.

⁸⁸ Fundamento 15 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 02383-2013-PA/TC

⁸⁹ Presidente, Fiscal de la Nación, Presidente del Poder Judicial, Defensor del Pueblo, entre otros.

Conclusiones

- Concordamos con el razonamiento del TC ya que la ordenanza que se impugno es de naturaleza autoaplicativa. Discrepamos con el razonamiento de la MPN. Con la entrada en vigencia de la Ordenanza se desplegaron efectos sobre la clasificación jurídica de los suelos regulados por el plan. En este caso, el estatus jurídico de las zonas donde se encuentran las concesiones mineras de Shougang cambiaron a condición urbana y de expansión urbana, sin necesitar la publicación o emisión de un reglamento posterior.
- La vigencia Ordenanza no constituye una amenaza cierta y de inminente realización al derecho de la libertad de empresa de Shougang. La empresa no estuvo en un supuesto de cancelación de la concesión minera establecida en la LGM, por lo que podía seguir realizando las actividades económicas que le facultaban por ser titular de sus concesiones. Incluso, la cancelación no depende de los gobiernos locales sino más bien de la declaración del Jefe de la Oficina de Concesiones Mineras del INGEMMET. Concordamos con la posición del TC, pero advertimos que faltó motivar su decisión.

La normativa minera ha establecido dos supuestos en los cuales se superponen áreas de concesiones mineras con áreas urbanas o de expansión urbana. El primero es cuando existen derechos mineros otorgados con anterioridad a la publicación de un Plan Urbano. Por ello, no hay amenaza cierta e inminente a la libertad de empresa porque la norma especial (Ley N° 27560) prohibía desconocer los derechos mineros otorgados previamente a la proyección de un PDU.

Discrepamos entonces con Shougang y concordamos con la MPN. La Ordenanza constituye un acto remoto pues no existe una amenaza de vulneración, cierta e inminente a la libertad de empresa. La demandada alega que la ordenanza no restringe los derechos adquiridos por la minera ni ha establecido el cese de las actividades realizadas por la empresa

- La vigencia Ordenanza no constituye una amenaza cierta y de inminente realización al derecho de la libertad de Industria de Shougang. La demandante podía seguir realizando sus actividades de exploración, explotación y beneficio. En estricto, podía explorar para

comprobar si sus yacimientos son susceptibles de aprovecharse económicamente. También podía extraer los minerales contenidos en sus yacimientos. Finalmente, también le está permitido realizar los procesos físicos, químicos y/o físico-químico para purificar o extraer las partes valiosas del mineral. En este sentido, concordamos con la postura del TC, pero advertimos su falta de motivación.

- La vigencia de la Ordenanza no representa una amenaza cierta e inminente a la libertad de trabajo de Shougang toda vez que esta es una empresa y no un trabajador. En este sentido, concordamos con la posición del TC, no obstante, cuestionamos que tampoco se haya motivado dicha decisión.
- La vigencia de la Ordenanza cuestionada no constituye amenaza cierta e inminente frente a los derechos de propiedad de Shougang. Primero, porque su concesión es irrevocable y no se dan los supuestos para que se extinga. Así, conserva los derechos a explorar, explotar y hacer las actividades de beneficios. Segundo, porque aun así se den los supuestos de cancelación, Shougang no es propietario de los recursos naturales mineros que se encuentran bajo tierra. Por lo tanto, la vigencia de la Ordenanza no genera perjuicios reales, efectivos, tangibles, concretos e ineludibles sobre los derechos de propiedad de Shougang. De igual forma, no es una amenaza de inminente realización ya que no puede haber perjuicio en un futuro inmediato.
- El concepto de expropiación indirecta no está normado explícitamente en el Perú. De la jurisprudencia revisada concluimos que no existe un precedente parecido. Si bien Shougang no tiene derechos de propiedad sobre los recursos naturales minerales, los casos de expropiación indirecta se ven más a nivel internacional y más que analizar la propiedad, analizan las inversiones en su totalidad. Hacer este análisis excede las materias del presente informe.
- La emisión de la Ordenanza que actualizo el PDU no se dio de conformidad con la normativa administrativa aplicable para la

aprobación de instrumentos de planificación urbana. Los problemas identificados son (i) competencia y (ii) procedimiento.

Primero, discrepamos con Shougang respecto a las condiciones para que se formule y apruebe un PDU. Nunca existió una disposición que requiera supeditar la posibilidad de formulación y/o aprobación de un instrumento de planificación urbana a que exista el instrumento de mayor jerarquía, al que se encuentra en relación de sujeción, es un criterio que no tiene base legal. La disposición existente es una en el sentido de la relación de jerarquía que existe entre los planes. Sin PAT, se podía aprobar sin problema un PDU. Si bien no es lo óptimo, no está proscrito.

Segundo, respecto al responsable de aprobar PDU, discrepamos en lo afirmado por la MPN en que la municipalidad provincial solo se limita a aprobar las propuestas de PDU que hagan las municipalidades distritales haciendo una comprobación de los requisitos solicitados en la normativa urbanística. La MPN como municipalidad provincial es el gestor de procesos de aprobación del PDU. Una prerrogativa es evaluar las iniciativas de PDU que hagan los distritos, no obstante, depende de ellos su análisis, mejora, socialización y aprobación. Asimismo, la aprobación de una PDU no es un procedimiento administrativo sino más bien un acto de gobierno.

Tercero, respecto a la forma en la que debió proceder la MDM, creemos que debió elevar mediante Acuerdo de Concejo su iniciativa de PDU. Ellos si están legitimados constitucionalmente para colaborar en competencias de urbanismo, no obstante, requieren que la MPN apruebe su propuesta mediante Ordenanza Provincial. Ergo, es incorrecto que haya aprobado un PDU mediante Ordenanza Distrital.

Cuarto, respecto a la base legal usada por la MPN y la MDM, confundieron el procedimiento de aprobación de PDU con el de un PUD. El artículo 24 y 25 no regulan PDU como el que se pretendió hacer valer.

Quinto, respecto al proceso que siguió, vemos que la MPN omitió el procedimiento regular establecido en los artículos 11 y 12 del RATDU. No cumplió con el proceso de publicidad y exhibición de requiere la norma. Omitió como gobierno local su deber de concertar y fomentar la participación vecinal establecido en la Constitución y en la LOM. Asimismo, no respetó el derecho de actores como Shougang de participar en la formulación del PDU.

Asimismo, la MPN omitió oficiar a INGEMMET para que este le informe sobre los derechos mineros existentes a la fecha en las áreas que regulará el plan. Ello, con la finalidad de que sean respetados y considerados en su instrumento.

- De esta manera Shougang no pudo ejercer su derecho a participar en la formulación de PDU ya que nunca se exhibió, ni se realizaron audiencias o se aceptaron comentarios. Son justamente estos espacios donde se fundamentan las razones que sustentan la necesidad de hacer un PDU y legitiman la política urbana. Por ello, la dación de este instrumento de planificación es un acto irrazonable e injusto que lesivo al derecho de todos los actores a participar en los asuntos de su localidad. Más aún Shougang, quien tienen concesiones en casi toda la provincia.
- Dada la cantidad de omisiones y deficiencias en el proceso de aprobación del PDU, la vigencia de la Ordenanza vulneraría el derecho al debido proceso de Shougang en su variante sustantiva, en tanto que la MPN no cumplió con el parámetro para la actuación de quien tiene autoridad y actuó de manera arbitraria. De esta manera Shougang no pudo ejercer su derecho a participar en la formulación de PDU ya que nunca se exhibió, ni se realizaron audiencias o se aceptaron comentarios. Son justamente estos espacios donde se fundamentan las razones que sustentan la necesidad de hacer un PDU.
- La vigencia de la Ordenanza no vulnera el derecho a la defensa ya que este está más pensado como un derecho que integra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. En este caso creemos que se afectó el debido proceso, derecho que tiene un alcance cada vez más amplio de aplicación, a diferencia del derecho a la tutela jurisdiccional que se limita a procesos judiciales. Más que derecho a la defensa se pudo alegar vulneración al derecho a la participación ciudadana establecido en el artículo 31 de la Constitución.
- La vigencia de la Ordenanza vulnera el contenido mínimo de la libertad contractual toda vez que modifica las condiciones

establecidas inicialmente en el contrato. Dicho cambio de estatus jurídico de las áreas mencionadas permitiría legitimar la ocupación de ciudadanos de Marcona afectando las actividades económicas de Shougang que, en principio, cumplen con todas las leyes vigentes. Asimismo, la modificación de la zonificación no tuvo un sustento claro en el PDU, por lo que no hay razonabilidad suficiente para probar una excepción de interés público.

- No existía una vía ordinaria igualmente satisfactoria que el amparo para defender los derechos de Shougang. Discrepamos entonces con el fallo de la Corte en primera instancia judicial.

Bibliografía

ABAD, Samuel

2015 “El proceso de Amparo en el Perú: Antecedentes, desarrollo normativo y regulación vigente”. *THEMIS Revista de Derecho*. Lima, N° 67, pp. 293- 307.

AMADO, Jose y Bruno AMIEL

2005 “La expropiación indirecta y la protección de las inversiones extranjeras”. *THEMIS Revista de Derecho*. Lima, N° 50, pp. 59-68.

KRESALJA, Baldo y César OCHOA

2019 *Derecho Constitucional Económico*. Primera Edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

CASTILLO-CÓRDOVA, Luis

2006 *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Segunda Edición. Tomo I Lima: Palestra

2008 La amenaza como modalidad de agresión de los derechos fundamentales. *Actualidad Jurídica: información especializada para abogados y jueces*, (175), 181-190.

CHEMERINSKY, Erwin

2015 *Constitutional Law: principles and policies urbanístico*. New York: Kluwer.

CHIRA, J. C., RIOS, G., TRELLES y E. VILLAREAL
2018 *Estimación del potencial minero del Perú y su contribución económica al Estado, acumulado al 2050*. Lima: INGEMET

CIDEF - COMISIÓN INVESTIGADORA DE LOS DELITOS ECONÓMICOS Y FINANCIEROS COMETIDOS ENTRE 1990 Y 2001
2001 *Primer Informe de Investigación; El proceso de privatización de Hierro Perú*. Lima: Congreso de la República.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2020 *Dictamen por mayoría recaído en el Proyecto de Ley N° 4249/2018-GL, Ley que declara de necesidad pública e interés nacional la expansión urbana e industrial del distrito de Marcona, provincia de Nasca, departamento de Ica y del Proyecto de Ley N° 5949/2020-CR, Ley que declara de necesidad pública e interés nacional el uso de tierras eriazas por parte del distrito de Marcona – Ica, para la construcción de viviendas e infraestructura de uso público*. Lima: Comisión de Vivienda y Construcción del Congreso de la República.

CRUCES, Alberto y Andres DEVOTO

2020 “El debido proceso y el derecho a la propiedad en el cambio de zonificación. Un análisis del deber de motivación en los actos normativos y la expropiación indirecta”. *Gaceta Constitucional*. Lima, Tomo 147, marzo 2020, pp. 119-130.

DANOS, Jorge

2013 “Los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos leyes en el Perú”. *Ius Et Veritas*. Lima, N° 46, pp. 258-269.

ESPINOZA-SALDAÑA, Eloy

2002 *Amparo contra normas: sus alcances en el derecho comparado y algunas precisiones y recomendaciones al tratamiento de este tema en el Perú*. Derecho y Debate

2003 En torno al debido proceso en sede administrativa y su viabilidad en el escenario peruano y mundial. En: *Revista Jurídica Cajamarca*.

ETO, Gerardo

2013 *Constitución y Procesos Constitucionales*. Primera Edición. Tomo II
Lima: Adrus D&L Editores S.A.C.

HIGA, Cesar y Victor SACO

2013 “Constitucionalización del derecho internacional de las inversiones: los casos de la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo”. *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*. Lima, N° 71, pp. 213-156.

HUAPAYA, Ramón y Lucio SÁNCHEZ POVIS

2015 El derecho constitucional al debido procedimiento administrativo en la ley del debido procedimiento administrativo general de la República del Perú. En *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, Vol. 2, n° 1, janeiro/abril 2015

2016 “El régimen jurídico de la expropiación forzosa en el ordenamiento administrativo peruano. Evolución normativa y perspectivas actuales”. *THEMIS Revista de Derecho*. Lima, N° 69, marzo 2016, pp. 87-113.

KRESALJA, Baldo y Cesar OCHOA

2019 *Derecho constitucional económico*. Primera Edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

LANDA, Cesar

2017 *Los derechos fundamentales*. Primera Edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial

2018 *Derecho Procesal Constitucional*. Primera Edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

LA ROSA, Javier y Gino RIVAS

2018 *Teoría del conflicto y mecanismo de solución*. Primera Edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

MANCO, Jorge y MALDONADO, Pedro

2003 “Hierro Perú: Una privatización anormal del Estado peruano al Estado chino”. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNMSN*. Lima, Año VIII, N° 22, pp. 103-135.

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MARCONA y MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO

2009 *Manual para la Elaboración de Planes de Desarrollo Urbano*.

2018 *Plan de Desarrollo Urbano de la Ciudad de San Juan de Marcona 2019 - 2030*. Tomo I Diagnostico Urbano. Marcona: Congreso de la República.

MUTSIOS, Milagros

2018 *Sacando el beneficio a la actividad minera: La concesión de beneficio del Código de Minería de 1900 hasta el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería*. Tesis de licenciatura en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

ORTIZ, Iván

2017 *Introducción al derecho urbanístico*. Primera Edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

2019 “Los planes en nuestro ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional”. *Gaceta Constitucional*. Lima, Tomo 138, junio 2019, pp. 119-129.

PASQUEL, Enrique

2005 “Tomando la propiedad en serio: las expropiaciones regulatorias o indirectas”. *Ius Et Veritas*. Lima, N° 31, pp. 114-126.

PRIORI, Giovanni

2003 “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso.” *Ius Et Veritas*. Lima, N° 26, pp. 173-292.

2019 *El proceso y la tutela de derechos*. Primera Edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

RODRIGUEZ-MARIATEGUI, Luis y Carla ZARIQUEY

2010 “Régimen de Caducidad de las Concesiones Mineras”. *Derecho & Sociedad*. Lima, N° 35, pp. 42-48.

RUBIO, Marcial

2008 *La norma jurídica según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional En Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Volumen II. Palestra Editores. Primera

RUBIO, Marcial y Elmer ARCE

2017 *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*. Primera Edición.
Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

SAGUES, Nestor

1990 *El amparo contra leyes*. Lima: Derecho y Sociedad N° 3.

SALAZAR, Nestor

2014 *La Concesión Minera y el Derecho de Aprovechamiento Busca*. Lima:
Derecho y Sociedad N° 42. pp. 363-371

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1998 Sentencia recaída en el Expediente N° 1152-97-AA/TC

2002 Sentencia recaída en el Expediente N° 006-2000-AI/TC

2004 Sentencia recaída en el Expediente N° 661-04-AA/TC

2004 Sentencia recaída en el Expediente N° 2516-2003-AA/TC

2004 Sentencia recaída en el Expediente N° 1032-2003-AA/TC

2004 Sentencia recaída en el Expediente N° 003-2004-AI/TC

2004 Sentencia recaída en el Expediente N° 0569-2003-AC/TC

2004 Sentencia recaída en el Expediente N° 5677-2004-PA/TC

2004 Sentencia recaída en el Expediente N° 3283-2003-AA/TC

2005 Sentencia recaída en el Expediente N° 0616-2003-AA/TC

2005 Sentencia recaída en el Expediente N° 0046-2004-PI/TC

2005 Sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC

2005 Sentencia recaída en el Expediente N° 4058-2004-AA/TC

2005 Sentencia recaída en el Expediente N° 4677-2004-PA/TC

2005 Sentencia recaída en el Expediente N° 763-2005-PA/TC

- 2005 Sentencia recaída en el Expediente N° 0091-2004-AA/TC
- 2006 Sentencia recaída en el Expediente N° 0023-2005-PI/TC
- 2009 Sentencia recaída en el Expediente N° 01183-2008-AA/TC
- 2014 Sentencia recaída en el Expediente N° 01503-2013-PA/TC
- 2019 Sentencia recaída en el Expediente N° 0025-2014-PI/TC

TUMIALÁN, Pedro

- 2003 “Compendio de Yacimientos Minerales del Perú”. *Instituto Geológico Minero Metalúrgico*. Lima, Boletín N° 10, Serie B: Geología Económica.

URÍAS, Joaquín

- 2001 *La Tutela frente a Leyes*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, C.

VELASQUEZ, Raffo

- 2005 “Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y usos”. *Revista IUS ET VERITAS*. Lima, N° 46, pp. 228-256.

ZAPATA, María de los Ángeles

- 2017 “Industria Extractiva China en el Perú: Caso Shougang Hierro Perú, 1993-2013”. *Politai: Revista de Ciencia Política*. Lima, Año 8, segundo semestre, N° 15, pp. 111-129.

ZEVALLOS, Maga

- 2020 *Entre el Hierro y el Mar* (Documental). Lima: Hiperactiva Comunicaciones