



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1

Exp.: 437-97 AA/TC
VICTOR FREUNDT ORIHUELA
LIMA

SENTENCIA

DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los veinticinco días del mes de setiembre de mil novecientos noventa y siete, el Tribunal Constitucional en Sesión de Pleno Jurisdiccional con la asistencia de los señores Magistrados:

Acosta Sánchez, Vicepresidente, encargado de la Presidencia;
Nugent,
Díaz Valverde,
García Marcelo,

actuando como Secretaria Relatora, la doctora María Luz Vásquez pronuncia la siguiente sentencia:

ASUNTO:

Recurso extraordinario interpuesto por don Victor Freundt Orihuela contra la sentencia de vista, de fecha treinta de abril de mil novecientos noventa y siete de fojas cuatrocientos setenta y tres pronunciada por la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima que confirmó la sentencia pronunciada por el Décimo Noveno Juzgado Especializado en los Civil de Lima de fojas ciento cincuenta y cuatro su fecha diez de julio de mil novecientos noventa y seis que declaró INFUNDADA la excepción de caducidad, y FUNDADA la excepción de falta de agotamiento de la vía previa e IMPROCEDENTE la demanda de fojas treinta y cinco interpuesta por don Victor Freundt Orihuela.



ANTECEDENTES:

Don Victor Freundt Orihuela interpone acción de amparo contra el Municipio Distrital de Miraflores, con conocimiento de la Empresa Larco Mar S.A. y del señor ex-Alcalde de Miraflores doctor Alberto Andrade Carmona.


El actor pretende que se declare inaplicable: a) en parte la Resolución de Alcaldía de Miraflores N° 11133-95-RAM y anexo de la Resolución y b) en parte inaplicable el Proyecto y/o contrato de superficie que pretende remodelar el Parque Salazar de Miraflores; celebrado entre la Empresa Larco Marco Mar S.A. y el Concejo Distrital de Miraflores;



El actor expresa que la Municipalidad Distrital de Miraflores, por Resolución de Alcaldía N° 11133-95-RAM ha otorgado a la empresa Larco Mar S.A. un contrato de superficie por el que dispone el uso de 44, 675 m², por 60 años, comprende el Parque Salazar y la Concha Acústica. Este contrato dispone de un área de superficie para estacionamiento de automóviles a nivel del parque, esto congestionará el tráfico y perjudica el atractivo turístico recreacional. El supuesto Complejo Turístico a ejecutarse es de dudosa calidad arquitectónica y urbanística.


Manifiesta el accionante los siguientes hechos: a) sólo se presentó al concurso un postor habiendo recabado las Bases cinco personas, b) El proyecto viola la altura máxima reglamentaria para las edificaciones a construirse en algunos subsectores del proyecto, c) más de cien vecinos han tachado e impugnado el proyecto, d) La zona de la Concha Acústica va ser perturbado, el proyecto ha sido aprobado con apresuramiento y sin el debido análisis, sin cumplir los treinta días del Reglamento, sin las rectificaciones necesarias se aprobó el proyecto, el cambio de uso de un sector del parque se hizo en forma violenta, f) Una pared del anfiteatro proyectado viola el reglamento de usos del suelo de la Costa Verde de Lima-Metropolitana, g) La celebración del contrato se realizó sin la consulta previa a la comunidad, se ha omitido notificar a los vecinos del Parque Salazar.

Expresa el demandante que el proyecto perturba un ambiente monumental y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3

recreativo que forma parte del área verde y del paisaje natural. El Parque Salazar, sus laderas, sus terrazas naturales accesible y alcantarillados unidos al mar son una isla de tranquilidad y recreación paisajista natural, forma parte del área verde y urbano monumental del distrito el mismo que se ve amenazado por el proyecto.

Agrega el actor, que solo se opone al proyecto en la parte de la construcción referido al subsector de la Concha Acústica y al recinto del parque como estacionamiento de superficie a ese nivel. Por otro lado, dice aceptar se construya un hotel de trescientas habitaciones o más.

Fundamenta su demanda en el numeral 68, 70, 73, 191, 192, 193 y artículo 2º inciso 14 16, 17, 20, 23 de la Constitución Política de Estado.

El señor Alberto Andrade Carmona a fojas cincuenta y dos contesta la demanda solicitando se declare improcedente porque la Resolución de Alcaldía N° 11133-95-RAM publicada en el Diario Oficial El Peruano el veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cinco se emitió con todas las formalidades de ley. El acto administrativo mencionado no puede ser impugnado vía acción de amparo, el demandante debió interponer acción contencioso administrativa.

Larco Mar S.A., a fojas setenta y cuatro contesta la demanda expresando que el demandante debió recurrir a vía distinta pues la nulidad o anulabilidad de un contrato o resarcimiento económico vía pago de indemnizaciones no corresponde ventilarse en una acción de amparo. Sostiene que no se ha agotado las vías previa y que el demandado debió previamente impugnar administrativamente la Resolución del Consejo Distrital N° 11133-95-RAM por el que se aprueba otorgar la buena pro del Concurso de Proyectos Integrales N° 2 a la Empresa Larco Mar S.A. El demandante por el contrario se limitó junto con otros vecinos a presentar una carta abierta de fecha dos de enero de mil novecientos noventa y seis dirigido al Municipio, al Colegio de Arquitectos, al Colegio de Abogados de Lima, al Instituto Urbanístico del Perú por el que solicitaba se realice un referéndum vecinal para que se pronuncien respecto a la Resolución de Alcaldía anotada.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

4

El demandante, expresa Larco Mar S.A. no reúne las condiciones de procedibilidad para interponer la acción de amparo toda vez que consintió que la resolución de Alcaldía quedó firme. Agrega, que la altura del hotel que se proyecta construir y la proyectada construcción de playas de estacionamiento debajo del sector de la Concha Acústica y el proyecto de construcción de seis cines no constituyen una amenaza o violación a derecho constitucional alguno. Afirma que la construcción del anfiteatro proyectado se levantará sobre lo que actualmente es el área que ocupa la Concha Acústica la que será techado y encima de ese techo se ampliará el Parque Salazar y áreas verdes a nivel del malecón. Dicha obra no perturbará, ni impedirá que los residentes de los edificios cercanos a los transeúntes que circulen por el malecón contemplen la vista del mar; de igual manera las seis salas de cine que se van a construir en el subsuelo no va a afectar las áreas verdes. La altura máxima del hotel proyectado estará por debajo del nivel del Parque Salazar.

Expresa que el D.S. N° 007-85-VC artículo 30º se refiere a procedimientos para la aprobación de los planes urbanos y no a concurso de Proyectos Integrales y contrato de Derecho de Superficie. Agrega que la R.S. N° 230-77-VC-1100 que aprueba el Reglamento de Usos del Suelo en la Costa Verde de Lima Metropolitana está abrogado. La Ley N° 26306, dispone en su artículo 2º que el desarrollo de la Costa Verde deberá efectuarse mediante un Plan Maestro de Desarrollo y el Reglamento de esta ley que fue aprobado por D.S. N° 01-95-MTC dispone en su artículo 2º que el desarrollo de la Costa Verde es prioritario, precisa Larco Mar, que los Decretos Legislativos 757 Ley Marco para el crecimiento de las inversiones Privada, el Decreto Legislativo 758 Ley de promoción de las Inversiones Privadas en Infraestructura de Servicios Públicos y su Reglamento aprobado por el D.S. 19-92-PCM. Ley de la Costa Verde N° 26306 y su Reglamento aprobado por D.S. N° 01-95-MTC y las Bases del Concurso Público sustentan el proyecto. Solicita Larco Mar S.A. que se declare improcedente la demanda y/o infundada la acción de amparo.

La Municipalidad Distrital de Miraflores, a fojas noventa y tres contesta la demanda, expresa que el otorgamiento del derecho de superficie para la construcción y explotación de un Complejo Turístico Comercial no amenaza ni viola derecho constitucional alguno. La Ley N° 26306 le reconoció la propiedad de los terrenos ubicados en el corredor



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5

ribereño denominado Costa Verde en cuanto respecta a su sector, el artículo 3º de dicha Ley le autoriza a adjudicar derechos que le corresponden dentro de su respectiva jurisdicción; el reglamento de la ley anotada obliga a convocar a concurso público para otorgar el derecho de superficie para la construcción y explotación de un Complejo Turístico Comercial que comprende la remodelación del Parque Salazar y la construcción de una Playa de Estacionamiento. Sostiene que la decisión del Comité de Adjudicaciones fue ratificada por Resolución de Alcaldía N° 11133-95-RAM habiéndose suscrito el contrato el mismo día de la publicación en el Diario Oficial El Peruano, el veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cinco; Expone que el artículo 30º del D.S. N° 077-85-VC referido a la aprobación de planes urbanos no tienen relación con el concurso de Proyectos Integrales para la adjudicación de un derecho de superficie. La Resolución Suprema N° 230-77-VC-1100 se encuentra derogada por el artículo 5º de la Ley N° 26306. El D.S. N° 11-95-MTC, por el que reglamenta el Decreto Legislativo N° 696. Ley de Promoción a la Inversión Privada en Acciones de Renovación Urbana no es pertinente.

La Municipalidad Distrital de Miraflores, a fojas ciento tres deduce la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa. Sustenta esta excepción en el artículo 27º de la Ley N° 23506; también deduce la excepción de caducidad porque la Resolución de Alcaldía N° 5005-95-RAM por el que se aprobó la iniciativa presentada por Larco Mar S.A se dictó el veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y cinco y los avisos de convocatoria al referido Proyecto Integral aparecieron publicados los días trece y catorce de setiembre de mil novecientos noventa y cinco.

El Décimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima a fojas ciento cincuenta y cuatro pronuncia sentencia que declara **INFUNDADA** la excepción de caducidad y **FUNDADA** la excepción de falta de agotamiento de la vía, por consiguiente declara **IMPROCEDENTE** la demanda.

El Fiscal Superior Adjunto de la Segunda Fiscalía Superior de Derecho público a fojas trescientos cincuenta y tres opina que se confirme el fallo en cuanto declara **IMPROCEDENTE** la demanda e **INFUNDADA** la excepción de CADUCIDAD y se



revoque en el extremo que declara fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía previa; reformándola se declare infundada

F5 La Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima a fojas cuatrocientos setenta y tres su fecha treinta de abril de mil novecientos noventa y siete confirma la sentencia de primera instancia.

B Don Victor Freundt Orihuela a fojas cuatrocientos ochenta y seis interpone recurso extraordinario que es materia de grado.

FUNDAMENTOS :

OJ **Que**, la Resolución Municipal objeto de la impugnación está siendo ejecutada y así mismo se está produciendo la inmediata construcción de edificaciones por esta razón se estima que pudiera convertirse en irreparable las consecuencias de la supuesta agresión motivo por el que se configura la excepción contemplada en el artículo 28º inciso 2º de la Ley 23506 no siendo por lo tanto exigible la regla del agotamiento de la vía previa que prescribe el artículo 27º de la acotada ley; **Que**, es necesario evitar se prolongue la incertidumbre del conflicto en tanto existe la obligación de prestar una tutela jurisdiccional efectiva, declarando el derecho a favor o en contra, según las pruebas actuadas; en caso contrario, puede configurarse negar acceso a la justicia oportuna; **Que**, en mérito a lo expuesto es necesario pronunciarse sobre el fondo de la litis merituando la ley y compulsando las pruebas; **Que**, el artículo 68 de la Constitución refiere que el Estado, está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas; en el presente caso no se ha declarado, por la autoridad competente, que la superficie sobre la que se está realizando la proyectada remodelación haya sido declarado como área natural protegida; en el presente proceso el emplazado no es el Estado sino una entidad autónoma como es el gobierno local del Distrito de Miraflores; **Que**, el artículo 70 de la Constitución faculta al Concejo Municipal a ejercer los derechos y atributos inherentes a su propiedad, reconocido por la Ley N° 26306; entre otros, el celebrar contratos de superficie previo concurso público en armonía con el bien común dentro de los límites de la ley como es el caso del



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

7

contrato de superficie por el que se proyecta edificar áreas recreacionales para el público como cines, anfiteatro y el compromiso contractual de ampliar las áreas verdes existentes; **Que**, el artículo 76° de la Constitución autoriza que los bienes de uso público pueden concederse a particulares conforme a ley para su aprovechamiento económico; de este modo el Constituyente ha superado la limitación contemplado en la Constitución de mil novecientos setenta y nueve en cuyo artículo 128° y la de mil novecientos treinta y tres en su artículo 33° disponía que los bienes públicos "no son objeto de derechos privados"; **Que**, los artículos 191°, 192°, 193° de la Constitución autoriza a las Municipalidades a planificar su desarrollo urbano en forma autónoma y subraya que sus bienes forman parte de su patrimonio; **Que**, los derechos contenidos en el artículo 2° incisos 14, 16, 17, 20 y 23 de la Constitución no son materia de los hechos que motivan la pretensión, son completamente ajenos al petitorio; **Que**, el actor se contradice en sus afirmaciones; por una parte, acepta se construya un hotel de trescientas habitaciones o más; luego afirma que su objeción al proyecto sólo se refiere al subsector de la Concha Acústica y al recinto del parqueo de estacionamiento; estas observaciones son de carácter técnico-administrativo, tiene sus instancias correspondientes para cuestionarlos; en vía de acciones de garantía no se debaten ni se resuelven estos extremos conforme el artículo 200° de la Constitución Política y la Ley 23506; **Que**, del análisis de los hechos expuestos en la demanda y de lo anteriormente glosado el derecho que supuestamente estaría siendo conculado es el contenido en el artículo 2° inciso 22 de la Constitución; **Que**, la citada norma menciona el derecho a la paz y tranquilidad que tiene toda persona; esta regla está garantizado por la autoridad de la Policía Nacional, la autoridad Municipal y por los propios ciudadanos; la eficacia de esa función depende de la coordinación y estructura de programas especiales que exige las técnicas de control en la vida moderna; **Que**, otro derecho contenido en la norma constitucional referida es que toda persona tiene derecho a gozar de "un ambiente equilibrado" y adecuado para el desarrollo de su vida; este derecho constitucional esta reglamentado por el Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales sancionado por el Decreto Legislativo N° 613; en consecuencia, es preciso examinar si el actor prueba su pretensión con los documentos presentados en autos; **Que**, los documentos de fojas seis su fecha veinte de enero de mil novecientos noventa y seis recepcionado por el Municipio como consta del sello de recepción, el instrumento de fojas diez su fecha seis de marzo de mil novecientos noventa y seis dirigido



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8

al Alcalde del Concejo Distrital de Miraflores con certificación notarial de entrega, el plano de fojas once, trece, y fotografía de fojas, doce, la carta de fojas ciento sesenta y cuatro del veintiocho de junio de mil novecientos noventa y seis del señor Armando Zamudio Figari; todos estos documentos son privados, en tanto sólo son peticiones, carecen de eficacia jurídica para probar los hechos en debate; y el plano de fojas ciento sesenta y seis con sellos del Instituto Geográfico Nacional suscrito por el Teniente Coronel Alberto Sánchez Hurtado es un plano general que no aporta mérito para el caso; igual calidad tiene el documento de fojas ciento sesenta y siete, ciento sesenta y ocho, ciento setenta y uno, ciento setenta y dos y ciento setenta y tres; **Que**, el documento de fojas doscientos ochenta y uno denominado informe “técnico legal pericial” redactado a solicitud del demandante autorizado por el arquitecto Max Agüero Fernández es de carácter privado, no está autorizado por abogado que fundamente la parte legal del informe; este dictamen de parte no define técnicamente que es un “ambiente saludable ecológicamente equilibrado”, si el Parque Salazar es un paisaje natural o paisaje cultural; no precisa si el escenario denominado Concha Acústica ha sido declarado o no por autoridad competente, monumento nacional o patrimonio cultural de la nación exigible por la ley de la materia; **Que**, este informe carece ^{de} eficacia legal porque no tiene la formalidad prescrita por el artículo 10° del Decreto Legislativo antes citado que regula sobre los estudios de impacto ambiental sobre paisajes naturales o del medio ambiente; **Que**, esta norma específica que sólo pueden ser elaborados estos estudios por instituciones públicas o privadas debidamente calificados o registrados ante la autoridad competente; el arquitecto antes citado no ha cumplido esta formalidad legal; **Que**, conforme el artículo 21° de la Constitución, los lugares o monumentos para tener la condición de patrimonio cultural debe ser expresamente declarados como tal; el Parque Salazar y la denominada Concha Acústica no han sido declarados con la calidad señalada; **Que**, la falta de estos elementos técnicos como recaudos legales hacen inviable la pretensión del accionante.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones que la Constitución y su Ley Orgánica le confieren,

FALLA:

CONFIRMANDO, en parte, la sentencia de vista pronunciada por la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha treinta de abril de mil



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

9

novecientos noventa y siete en la parte que declara INFUNDADA la excepción de caducidad; REVOCARON la misma en la parte que declara FUNDADA la excepción de falta de agotamiento de la vía previa e IMPROCEDENTE la demanda; reformándola, declararon INFUNDADA la excepción de falta de agotamiento de la vía previa e INFUNDADA la demanda interpuesta por don Víctor Freundt Orihuela; dispusieron la publicación de esta sentencia en el Diario Oficial "El Peruano", conforme a ley, y los devolvieron.

S.S.

ACOSTA SÁNCHEZ,
NUGENT,
DÍAZ VALVERDE,
GARCÍA MARCELO.

Handwritten signature of Francisco J. Acosta Sánchez.

Handwritten signature of Dr. María Luz Vásquez de López.

Lo que Certifico:

JGS

Handwritten signature of Dr. María Luz Vásquez de López.

Dra. MARIA LUZ VASQUEZ DE LOPEZ
SECRETARIA - RELATORA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL