

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERU

MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL ECONOMICO



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

**La regulación de las Expropiaciones Indirectas y la
Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública al
interior del ordenamiento jurídico peruano: Una aproximación
desde el Derecho Internacional de las Inversiones**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO INTERNACIONAL
ECONÓMICO QUE PRESENTA EL ALUMNO:**

ENRIQUE JESUS CABRERA GOMEZ

Asesor: Dr. Víctor Augusto Saco Chung

Lima, Noviembre de 2017



RESUMEN

Los Estados a través de la suscripción de instrumentos internacionales en materias de promoción y protección de inversiones, otorgan determinados estándares de tratamiento a inversionistas (ya sean estas personas jurídicas o naturales). Sin embargo, a veces estos se ven forzados a modificar de manera sustancial el ordenamiento jurídico bajo el cual se venían desarrollando las actividades económicas de los inversionistas extranjeros. Lo cual, podría generar lo que se conoce como una “expropiación indirecta”; sin embargo, dicha figura jurídica no se encuentra del todo reconocida a nivel del derecho doméstico, ya que se argumenta que ya se cuenta con una figura jurídica similar, a nivel del derecho administrativo, conocida como “Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública”.

Es por ello que el objetivo del presente trabajo de investigación es poder demostrar la necesidad de regular la figura jurídica de la expropiación indirecta al interior del Estado Peruano, sin perjuicio, de que ya contemos con la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública.

Por lo que, el método empleado es el de poder corroborar, no sólo en base a la doctrina existente a nivel nacional como internacional, lo señalado en el párrafo anterior, sino que también se realizará el análisis de casos peruanos, en cuyo contenido se ha discutido lo referente a expropiaciones indirectas, pero suponiendo cómo estos hubieran sido resueltos si es que los operadores de justicia hubieran aplicado la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública.

Por tanto, se podrá observar a lo largo del presente trabajo de investigación la necesidad de regulación o reconocimiento a través de la interpretación de nuestro marco jurídico vigente de las expropiaciones indirectas, no sólo por su reconocimiento a nivel internacional, sino porque también ello permite otorgar un mayor nivel de protección al derecho de propiedad de las personas, en este caso, jurídicas. Además, que ello también nos permitiría, a que en la práctica podamos nivelar los estándares de tratamiento de protección a las inversiones, independientemente del origen de su capital o constitución, ya sean estas de origen nacional o internacional.

Título

“La regulación de las Expropiaciones Indirectas y la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública al interior del ordenamiento jurídico peruano: Una aproximación desde el Derecho Internacional de las Inversiones”

INDICE

RESUMEN	p. 02
I. INTRODUCCIÓN	p. 06
CAPITULO I LAS EXPROPIACIONES INDIRECTAS Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA AL INTERIOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO	p. 09
I.1 Poder de Regulación de los Estados	p. 09
I.2 El derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico peruano	p. 12
I.3 Las Expropiaciones Indirectas en el Derecho Internacional de las Inversiones	p. 18
I.4 La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en el derecho comparado y al interior del ordenamiento jurídico peruano	p. 25
CAPITULO II LAS EXPROPIACIONES INDIRECTAS Y LA POSIBILIDAD DE SER ALEGADO AL INTERIOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO	p. 33
2.1 Las Expropiaciones Indirectas y su relación con el ordenamiento jurídico peruano	p. 33
• Inciso 2 del artículo 2: Derecho a la igualdad ante la ley	p. 35
• Artículo 61°: Libre Competencia	p. 37
• Artículo 63°: Inversión nacional y extranjera	p. 39
• Artículo 70°: Inviolabilidad del derecho de propiedad	p. 41
• Artículo 71°: Propiedad de los extranjeros	p. 44
2.2 Casos en los cuales se haya afectado el derecho de propiedad	p. 47
1. CASO ARTURO VIDAL LAYSECA (Exp. Nro. 18-95-AA/TC)	p. 47
2. CASO COMPAÑÍA MINERA AGREGADOS CALCÁREOS S.A. (Exp. Nro. 203-96-AA/TC)	p. 50

3. CASO DON ÓSCAR ENRIQUE MORELLO SILVA (Exp. Nro. 541-1999-AA/TC)	p. 54
4. CASO EXPRESO CRUZ DEL SUR S.A. (Exp. Nro. 1497-2001-AA/TC)	p. 56
5. CASO ASOCIACION DE COMERCIANTES SAN RAMON Y FIGARI (Exp. Nro. 007-2006-PI/TC)	p. 60
6. CASO EMPRESA DE TRANSPORTES TURISMO IMPERIAL S.A. (Exp. Nro. 1535-2006-PA/TC)	p. 72
7. CASO SHOUGANG HIERRO PERU S.A.A. (Exp. Nro. 01735-2008-PA/TC)	p. 76
8. CASO EMPRESA DE TRANSPORTES TURISMO HUARAL S.A. (Exp. Nro. 00037-2009/CEB)	p. 80
9. CASO TITO JABIER FERNANDEZ RODRIGUEZ (Exp. Nro. 03258-2010-PA/TC)	p. 88
10. CASO PROMOTORA E INMOBILIARIA TOWN HOUSE S.A.C. (Exp. Nro. 00239-2010-PA/TC)	p. 91

2.3 Análisis comparativo entre las Expropiaciones Indirectas y la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública p. 98

- Características que tienen en común p. 99
 - Responsabilidad Directa p. 99
 - Indemnización por Daños p. 101
 - Responsabilidad Objetiva p. 103
 - Criterio de Causalidad e imputación a la administración p. 107
 - Carácter unitario p. 108
- Características que no tienen en común p. 111
 - Con relación al interés público p. 111
 - Con relación a la responsabilidad contractual y extra contractual p. 113
 - Con relación a las actuaciones lícitas e ilícitas del Estado p. 115
 - Con relación a los eximentes de responsabilidad por parte del Estado p. 116
 - Con relación a las medidas de alcance general p. 118

CAPITULO III NECESIDAD DE REGULAR LAS EXPROPIACIONES INDIRECTAS O FORTALECER LA FIGURA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA p. 124

III.1 Nivel de protección de los inversionistas frente a la afectación sustancial de su derecho de propiedad p. 124

• Protección del derecho de propiedad en el caso de los inversionistas extranjeros_____	p. 126
• Protección del Derecho de Propiedad en el caso de los inversionistas nacionales_____	p. 131
III.2 Análisis de las expropiaciones al interior del ordenamiento jurídico peruano_____	p. 133
III.3 ¿Existe la necesidad de regular expresamente las Expropiaciones Indirectas en el Perú?_____	p. 137
III.4 ¿Se debería fortalecer la aplicación de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública al interior del ordenamiento jurídico peruano?_____	p. 139
III.5 Posibilidad de igualar el nivel de protección otorgado a los inversionistas nacionales respecto a los extranjeros en el caso de expropiaciones indirectas_____	p. 142
CONCLUSIONES_____	p. 148
BIBLIOGRAFÍA_____	p. 152
• CASOS ESTUDIADOS_____	p. 158
• PAGINAS WEB VISITADAS_____	p. 161

INTRODUCCION

La presente tesis se enmarca dentro de lo que a nivel de la doctrina, tanto nacional como internacional, se conoce como expropiaciones indirectas. El cual, es el acto a través del cual el Estado, representado por una de sus entidades, en el marco de sus competencias normativas, emite una nueva regulación, modificando aquel bajo el cual se venía desarrollando las actividades económicas de una o varias empresas, afectando de forma sustancial la inversión de éstas¹.

Este cambio de las reglas de juego, lo que genera es la afectación, no sólo de la inversión y el desarrollo de la actividad económica de los inversionistas, sino que básicamente, lo que se tiene es la afectación sustancial en el ejercicio de alguno o de todos los atributos de su derecho de propiedad. La cual, es una afectación de tal magnitud, cuyos efectos, en la práctica, se considera que lo que ha ocurrido es un acto equivalente al de una expropiación directa o clásica, ya que, si bien el titular de la inversión, sigue manteniendo el título de propiedad de esta, en la práctica, es como si se le hubiere despojado de su propiedad, en tanto que, producto de la nueva regulación emitida, se ha dejado prácticamente sin ningún valor a su inversión, en el mercado bajo el cual se venía desarrollando.

Ahora, si bien a nivel del derecho doméstico peruano, se puede encontrar regulación expresa, inclusive a nivel constitucional, que prohíbe toda afectación al ejercicio del derecho de propiedad de las personas, se debe tener en cuenta que, en el caso de las expropiaciones, podemos observar, que nuestros operadores jurídicos, se han inclinado por aquella interpretación que limita a estos actos, solo a la ocurrencia de una expropiación directa, es decir, cuando se ha dado un traslado efectivo del título de propiedad, por parte del privado hacia el Estado. Lo cual, nos plantea la discusión, de cómo es que el privado podría defender el ejercicio de su derecho de propiedad, no frente a un acto de expropiación directa, sino frente a un acto cuyos efectos son equiparables a esta, como ocurre con lo que se considera una expropiación indirecta o regulatoria.

¹ Al respecto, se debe mencionar que parte de este trabajo de investigación fue presentado en la 21° Conferencia Anual de la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDE). Por lo que el paper presentado puede ser encontrado de la siguiente manera: CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. *El Derecho Internacional de las Inversiones y el Derecho Peruano: Entre la necesidad de regular las Expropiaciones Indirectas o fortalecer la figura jurídica de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*. Paper presentado y expuesto durante la 21° Conferencia Anual de la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDE). 2017

Sin embargo, se ha considerado que a nivel del derecho doméstico peruano, específicamente, en el campo del derecho administrativo, estaría regulado la protección que tendrían los privados, respecto a los actos del Estado que terminen afectando patrimonialmente a los administrados. Lo cual, se encontraría señalado en el artículo 238° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que hace referencia a lo que se conoce como “Responsabilidad de la Administración Pública”, indicando que sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas.

En ese sentido, el presente trabajo, lo que busca analizar es si a pesar de que al parecer, a nivel del derecho doméstico peruano, encontramos una disposición que protegería a los privados frente a los casos de expropiaciones indirectas, aun así la tesis de este trabajo es que resultaría necesario regular expresamente lo referente a dicho tipo de expropiaciones, o es que se necesitaría fortalecer la figura jurídica de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Ello a la luz, no solo de lo regulado a nivel del derecho administrativo, sino también tomando en consideración la resolución de casos que han abordado dicha problemática.

Para lo cual, en el análisis de lo señalado en el párrafo anterior, se tendrá como marco de referencia, lo regulado a nivel del derecho internacional de las inversiones, a través de los múltiples Tratados Bilaterales de Inversión, de los cuales el Perú es parte, a fin de determinar el nivel de tratamiento otorgado a los inversionistas nacionales, frente a la ocurrencia de una expropiación indirecta, con relación al tratamiento otorgado a los inversionistas extranjeros, respecto al mismo problema.

Dado que, son los inversionistas nacionales los que, frente a las medidas emitidas por una entidad del Estado, que termina afectando sustancialmente el ejercicio de su derecho de propiedad, ven limitado su campo de acción a lo regulado a nivel del derecho doméstico peruano, pudiendo recurrir sólo ante las cortes nacionales, a diferencia de las herramientas jurídicas que pueden ser utilizadas por sus pares extranjeros, que no solo tienen la posibilidad de recurrir a las cortes nacionales (igual que los nacionales), sino que amparados por los Tratados Bilaterales de Inversiones, celebrados por sus países de origen con los Estados receptores de su inversión, tienen también la opción de poder recurrir a Tribunales Internacionales de Inversión, en donde se tendrá en cuenta no solo la legislación del país receptor de la inversión, sino también aquellos estándares internacionales en materia de tratamiento a las inversiones, los cuales podrían incluso inaplicar lo regulado a nivel nacional, en caso de que este último se contraponga con el primero.

Por ello, resulta importante analizar la protección que el Estado Peruano otorga a sus inversionistas nacionales, en el caso de las expropiaciones indirectas, amparado en su derecho nacional, frente a la protección que el mismo Estado, otorga a los inversionistas extranjeros, respecto al mismo problema, pero amparado no solo en su derecho doméstico, sino también en lo regulado en el Derecho Internacional de las Inversiones.

CAPITULO I

La regulación de las Expropiaciones Indirectas y la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública al interior del ordenamiento jurídico peruano

En el presente Capítulo, se desarrollará lo relativo al poder de regulación de los Estados, como es que debido al ejercicio de su poder soberano, estos pueden crear y/o modificar su derecho doméstico, enmarcado dentro de lo que se conoce como el “interés público”, y como es que ello se encuentra relacionado con un derecho reconocido tanto a nivel nacional como internacional, como lo es el derecho de propiedad.

I.1 Poder de Regulación de los Estados

Partamos por definir, el significado de la palabra “regulación”, y de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el término regulación es la acción y efecto de regular, término que, a su vez, en una de sus acepciones significa determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo². En ese sentido, a simple vista, el Poder de Regulación significaría el Poder ejercido por el Estado, a través del cual emite cierto marco normativo, acatado por la población en general, a fin de proteger o promover un determinado fin público, en un contexto determinado.

² Ver: <http://dle.rae.es/?id=VkMYOa2|VkMn9cm>

regular

Del lat. tardío *regulāre* 'determinar las reglas o normas'.

1. tr. Medir, ajustar o computar algo por comparación o deducción.
2. tr. Ajustar, reglar o poner en orden algo. *Regular el tráfico.*
3. tr. Ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines.
4. tr. Determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo.
5. tr. Econ. **reajustar** (ll aumentar o disminuir coyunturalmente). *Regular las tarifas, los gastos, la plantilla de empleados.*

Como lo señala Anthony Ogus³, la expresión regulación es frecuentemente encontrada, tanto en los contextos legales como no-legales, el cual, ha adquirido una gran variedad de significados, como se puede observar al recurrir al Diccionario de la Real Academia Española. Asimismo, indica que el significado central de regulación vendría a ser, por ejemplo, constante control ejercido por una entidad pública sobre las actividades que son valoradas por la comunidad como importantes de regular, y que a raíz de la realización de dichas actividades, la sociedad ha considerado la realización de ciertas consecuencias negativas para sus intereses, ya sea tanto por la “mala” regulación empleada por el Estado, como por la falta de esta.

Lo anterior, se podría decir que responde al hecho que, para poder vivir en sociedad, se necesita mantener cierto orden en la actuación de las personas, tanto naturales como jurídicas, lo cual supondría regular el comportamiento de estas al interior de un determinado grupo humano, llamado sociedad. Sin embargo, cada persona es única en sí misma, cada uno resguarda y protege sus propios intereses, lo cual dificulta la regulación por parte del Estado, en la medida que será casi imposible emitir un determinado marco normativo que satisfaga los intereses de todos.

Ello, en la medida que, al emitirse una determinada regulación, unos saldrán beneficiados con dicho marco normativo, mientras que otros sentirán que sus intereses no serán atendidos por completo. Por lo que, la dificultad estaría en determinar aquel marco normativo, para cada caso en concreto, que promueva un determinado fin público, pero sin perjudicar gravemente a otros, es decir, es poder encontrar el “punto medio” en términos regulatorios.

Ahora, se presume con relación al poder regulatorio de los Estados, que al momento de que los legisladores o el gobierno de turno, analizan, discuten y promulgan una nueva ley, no debieran hacerlo pensando en sus intereses personales, sino que toda intervención del Estado en la economía de un país debería responder al logro del bien común, y no al beneficio de las personas que en ese momento en ejercicio de sus facultades legislativas, emitan regulaciones en perjuicio de muchos.

De acuerdo a lo expresado por Gaspar Ariño⁴, la regulación del Estado se fundamentaría en tres funciones:

³ OGUS, Anthony. *Regulation: Legal form and Economic Theory*. Clarendon Press. Oxford. 1994, p. 1

⁴ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Madrid. Comares, 1999, p. 15. También se puede acceder al siguiente link, para acceder a un artículo sobre Regulación Económica y Social, en donde el autor cita al profesor Gaspar Ariño: http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo7.pdf

- La necesidad de que se pueda garantizar la seguridad jurídica de las personas, así como el respeto de sus derechos. De tal forma que, quien produce determinados bienes, ya sean estos materiales o inmateriales, pueda disfrutar pacíficamente de los frutos de su esfuerzo, y por tanto, se sientan incentivados a seguir creando nuevos y mejores bienes, en la medida que ven protegido el ejercicio de su derecho de propiedad.
- Velar por el respeto al Principio de Legalidad, a fin de que la actuación del Estado, responda a un marco normativo previamente establecido y difundido, con el objetivo de ordenar y fomentar el ejercicio adecuado de los derechos de las personas, especialmente, en lo que se refiere a derechos económicos. Dado que, dichas actuaciones del Estado, deberían de estar diseñadas, en el respeto a los derechos de las personas, al no ser estos considerados como ilimitados, y que deben de ser ejercidos sin vulnerar el derecho de los demás.
- Como tercera función del Estado, es el de corregir aquellos actos de desigualdad que pudieran generarse en la sociedad. Para lo cual, considera su intervención esencial, haciendo posible una máxima igual de oportunidades entre las personas, frenando por contraposición cualquier mínima posibilidad de discriminación.

Complementariamente a las funciones que cumpliría el ejercicio del poder regulatorio de todo Estado, se tiene también el *poder de policía*, siendo esta función del Estado, una de las más controversiales a nivel del derecho administrativo. Ello en la medida, de que su ejercicio suele presuponer casi siempre una restricción de los derechos individuales de las personas, restricción que muchas veces se considera desproporcionada o irracional por los agentes económicos.

Sin embargo, como señala Leonardo Massimino⁵, no debería de entenderse el Poder de Policía, como una afectación de las libertades individuales de las personas, sino que debería de entenderse como una forma de legitimación del Estado sobre la actividad de las personas dirigida esencialmente a la protección de sus derechos y libertades, considerando estos últimos como el eje (principio y fin) de toda y cualquier protección del ordenamiento jurídico.

⁵ MASSIMINO, Leonardo. *La intervención estatal, la regulación económica y el poder de policía: análisis y tendencias*. En: Revista de Direito Economico e Socioambiental. Curitiba, Enero: 2015, p. 46.

Finalmente, como se ha podido observar, los términos regulación y poder de policía, son dos facultades, que se podría indicar, responden a actuaciones distintas del Estado frente a situaciones también distintas. Dado que, por ejemplo, en el *common law* y en el derecho comunitario europeo⁶, el término regulación no suele usarse en el sentido de reglamentación, como afectación, del derecho de las personas, sino que suele ser usada a fin de describir la actividad del Estado en su intervención en el ejercicio de ciertas actividades económicas⁷.

Es por ello que, el Poder de Policía responde a la actuación del Estado, frente al resguardo de ciertos derechos que este considera valiosos, en un contexto determinado, y que tienen como marco jurídico, la defensa del interés público, corrigiendo ciertos comportamientos en la economía, que se consideran nocivos para la sociedad en general. Lo cual, podría terminar generando un perjuicio en el disfrute del ejercicio del derecho de propiedad de los privados, pudiendo exigir estos el pago que los indemnice por dicha actuación estatal.

En ese sentido, resulta necesario conocer cómo es que se encuentra regulado el derecho de propiedad a nivel del ordenamiento jurídico peruano, y así poder determinar el nivel de protección que goza este derecho.

1.2 El derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico peruano

En este punto, considero que deberíamos empezar señalando la real importancia que tiene el derecho de propiedad, no sólo a nivel del derecho doméstico, sino también a nivel internacional. En ese sentido, debemos hacer referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual parte de la consideración a ciertos principios fundamentales de carácter internacional, como son la libertad, la justicia y la paz, que en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

⁶ *Ibíd.*, p. 46.

⁷ Por ejemplo, mediante Decreto Supremo N° 020-98-MTC, de fecha 05 de agosto de 1999, se aprobaron los "Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú", los cuales respondían a la apertura completa de la puerta de entrada para el proceso de reestructuración del sector telecomunicaciones en el Perú y que consistía en el desarrollo del sector en competencia. Dado que, la primera fase, que coincidió con el período de concurrencia limitada, fue exitosa en el logro de las metas que se plantearon y que se plasmaron en indicadores de telecomunicaciones alentadores para el Perú.

Asimismo, la referida Declaración Universal, hace hincapié a que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que por ello se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.

Por lo que, teniendo en consideración, las aspiraciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de vivir en un mundo en el cual se logre disfrutar de la libertad, la justicia y la paz, de forma plena, resulta importante reconocer, en dicho contexto, el ejercicio del derecho de propiedad, el cual se encuentra recogido en el artículo 17° de la Declaración, determinando que toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente, por lo que nadie será privado arbitrariamente de su propiedad. Lo cual, ha conllevado que a nivel doctrinario se haya indicado que no fue fácil encontrar el nexo para establecer la relación entre individuo y Estado que fuera aceptable para la sociedad internacional, sobre todo si tenemos en cuenta que esta sociedad internacional en se encuentra constituida por países con importantes diferencias en el campo político, social, económico y cultural, que resulta necesario superar⁸.

En dicho contexto, se ha determinado que un mayor nivel de seguridad con relación a la posesión de la tierra y del ejercicio del derecho de propiedad, puede contribuir de forma decisiva a lograr avances sociales y económicos tanto en el sector rural como urbano, reduciendo de esta manera los niveles de pobreza, así como impulsar la igualdad entre los géneros, la paz y la seguridad. Es por ello que, la posesión de la tierra, enfocado en el contexto cultural bajo el cual se da esta, como los derechos de propiedad comunitaria y la protección del patrimonio común, ayuda a generar un mayor conocimiento respecto de lo que se puede hacer con el derecho de propiedad, aumentando las oportunidades y beneficios económicos mediante la inversión⁹.

⁸ LOPEZ ESCARCENA, Sebastián, óp. Cit., p. 532

⁹ *Tierras y Propiedades*. En: La ONU y el Estado de Derecho. Se puede acceder a esta información a través del siguiente link: <https://www.un.org/ruleoflaw/es/thematic-areas/land-property-environment/land-and-property/>

Asimismo, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos¹⁰, o también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, señala en su artículo 21° que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la Ley. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la Ley¹¹.

Lo que se resalta de la interpretación y aplicación dada al referido artículo 21° es el reconocimiento de la propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas¹², enmarcando el derecho de propiedad ya no solo en la persona como ser individual, sino también considerado como parte de un grupo social, cuya relación con la tierra y sus recursos son interpretados tanto desde un punto de vista material como espiritual. Por lo que, el ejercicio del derecho de propiedad a nivel individual, fue dejado a un segundo plano¹³.

Ahora, en el contexto americano, se debe indicar que tal como lo ha manifestado Elizabeth Salmón y Cristina Blanco¹⁴, desde la perspectiva del sistema interamericano de derechos humanos¹⁵, el derecho humano a la propiedad parece no haber generado mayor atención en un continente, como el americano, preocupado más por la preservación de la vida e integridad de sus ciudadanos.

¹⁰ El 21 de enero de 1981, se presentó en la Secretaría de la Organización de Estados Americanos un instrumento emanado del Ministro de Relaciones Exteriores de la República del Perú, con fecha 20 de octubre de 1980, manifestándose que: "... De acuerdo con lo estipulado en el párrafo 1° del Artículo 45° de la "Convención sobre Derechos Humanos", el Pacto de San José de Costa Rica, (ratificado por el Perú el 9 de septiembre de 1980) el Gobierno del Perú reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para recibir y examinar las comunicaciones que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violación de los derechos humanos establecidos en la citada Convención, en los términos previstos en el párrafo 2° de dicho Artículo. Ver: <https://www.cidh.oas.org/basicos/Basicos3.htm>

¹¹ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Op. Cit., p. 3

¹² Lo referente al tratamiento a los pueblos indígenas fue también tratado en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, en donde se discutió el Derecho a un Ambiente Equilibrado y Adecuado.

¹³ LOPEZ ESCARCENA, Sebastián. *La propiedad y su privación en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana*. Revista Ius et Praxis, Año 21, N° 1, 2015, p. 531

¹⁴ SALMÓN GARATE, Elizabeth y BLANCO VIZARRETA, Cristina. *El derecho a la Propiedad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un ejemplo de Indivisibilidad e Interdependencia de los Derechos Humanos*. En: Estudios sobre la Propiedad. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima: 2013, p. 13.

¹⁵ También se puede encontrar una mayor referencia al Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el siguiente texto: RIOS PATIO, Gino, ALVAREZ MIRANDA, Ernesto y SAR SUAREZ, Omar. *Constitución Política del Perú: Sumillada, Concordada y Anotada artículo por artículo*, p. 364.

Por ejemplo, en el caso Salvador Chiriboga¹⁶, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que el derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales¹⁷. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional.

Es por ello que en dicho caso, la Corte debía determinar, a la luz de sus hechos, si la limitación al derecho de propiedad de la señora Salvador Chiriboga se llevó a cabo de acuerdo a los requisitos establecidos en el artículo 21° de la Convención Americana, así como si el Estado brindó las garantías y protección judiciales consagradas en los artículos 8° y 25° de la Convención Americana.

Por lo que, se debe tener en cuenta que las disposiciones contenidas, respecto al derecho de propiedad, tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no son solo disposiciones enunciadas a nivel internacional, sino que dichas disposiciones también tienen una incidencia directa a nivel del ordenamiento jurídico peruano, al ser parte de esta, de acuerdo a lo establecido en el artículo 55° de la Constitución Política del Perú.

A nivel del ordenamiento jurídico interno, la Constitución Política del Perú, en el numeral 16 de su artículo 2° establece que toda persona tiene derecho a la propiedad¹⁸, al igual que en el artículo 70° en donde se señala que el derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la 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.

¹⁶ El 12 de diciembre de 2006 de conformidad con lo dispuesto en los artículos 50 y 61 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte una demanda en contra de la República del Ecuador, la cual se originó en la denuncia N° 12.054 remitida a la Secretaría de la Comisión el 3 de junio de 1998 por María Salvador Chiriboga y Julio Guillermo Salvador Chiriboga. El señor Julio Guillermo Salvador Chiriboga fue declarado "interdicto" y su hermana fue nombrada su curadora por resolución judicial.

¹⁷ Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C N° 179.

¹⁸ **Derechos fundamentales de la persona**
Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:
16. A la propiedad y a la herencia.

De acuerdo a lo expresado con relación a la función social en el caso Salvador Chiriboga, también nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales¹⁹, no hace más que referirse a la función social que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial.

Es por ello que, en el referido caso, la Comisión manifestó que el Estado había violado el derecho a la propiedad privada, ya que a pesar de las impugnaciones y acciones judiciales presentados por la presunta víctima, la conducta estatal había tenido como consecuencia despojarle del terreno de su propiedad por más de una década, y que durante dicho periodo no se le había pagado la correspondiente indemnización.

Por lo que, tomando como contexto el caso de Salvador Chiriboga, se puede decir que la función social del derecho de propiedad, explicaría la doble dimensión de este derecho, además de determinar que el compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, puedan exigir también, por otro lado, un conjunto de deberes y obligaciones respecto de su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la sociedad.

Asimismo, el Código Civil Peruano de 1984 señala en su artículo 923° que la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley²⁰.

Se debe indicar que tal como lo señala el Código Civil, la propiedad ha sido considerada como un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo. Dichas características, según Jorge Avendaño²¹, se podrían explicar de la siguiente manera:

¹⁹ Expediente 0048-2004-PI/TC, párrafo 78.

²⁰ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 4

²¹ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *La propiedad en el Código Civil*. En: Estudios sobre la Propiedad. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima: 2013, p. 111.

- **Derecho Real:** La propiedad es el derecho real por excelencia, en donde se establece una relación directa entre el titular y el bien. El propietario ejercita sus atributos sin necesidad de la intervención de otra persona. Además, la propiedad es *erga omnes*, esto es, se ejercita contra todo aquel que pueda tener algún interés sobre el bien del cual una persona es propietario. Es esta la expresión de la llamada “oponibilidad” que caracteriza a todos los derechos reales y en particular a la propiedad.
- **Absoluto:** Lo cual significa que confiere a su titular todas las facultades, es decir, las de usar, disfrutar y disponer del bien objeto del derecho de propiedad.
- **Exclusivo:** Esto quiere decir que, precisamente por ser absoluto o total, el derecho de propiedad no deja lugar o espacio para otra titularidad. El derecho del propietario excluye así todo otro derecho incompatible con el suyo.
- **Perpetuo:** Porque no se extingue por el solo no uso, lo cual hace que la prescripción extintiva no afecte a la propiedad y que la acción reivindicatoria sea imprescriptible. La prescripción extintiva no afecta a la propiedad porque esta no se pierde por el solo no uso. Para que se pierda, debe adquirirla otro con la acción de usucapión.

Además, de dichos atributos, se podrían considerar otros adicionales, que parte de interpretar al derecho de propiedad como un poder jurídico, que vendrían a ser el de usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien²². Los cuales, se pueden explicar de la siguiente manera²³:

- **Usar:** Es utilizar el bien para los fines que el propietario desee satisfacer, siempre y cuando se encuentren amparados por el marco legal vigente.
- **Disfrutar:** Es percibir los frutos del bien, es decir, aprovechar los beneficios económicos que pueden obtenerse a través de su uso en un determinado mercado.

²² CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 5

²³ *Ibid.*, 113.

- **Disponer:** Es prescindir del bien, lo cual equivaldría también a prescindir de todos los atributos que componen el derecho de propiedad del cual el propietario es titular, ya sea jurídica o físicamente²⁴.
- **Reivindicar:** Es recuperar el bien que fue despojado de la posesión de su titular, de forma ilegítima. Esto supone que el bien esté en poder de un tercero, por ejemplo, producto de un desalojo o usurpación. En cualquier caso, el propietario estaría facultado, mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria, a recuperar el bien de quien lo posee de forma ilegítima.

Finalmente, de acuerdo a lo expuesto, se puede observar que el derecho real más importante, tanto a nivel internacional como nacional, es el derecho de propiedad. La cual, puede ser analizada desde muchos puntos de vista, en tanto que ostenta jurídicamente de una serie de atributos, pero que su ejercicio también se encuentra previsto de límites o restricciones, los cuales pueden nacer, ya sea de la voluntad de la ley o de la voluntad de las personas²⁵, pero siempre enmarcados en la concepción de la función social del derecho de propiedad.

I.3 Las Expropiaciones Indirectas en el Derecho Internacional de las Inversiones

Uno de los primeros casos internacionales en el cual se abordó lo referente a las Expropiaciones Indirectas, fue el caso de Pope & Talbot²⁶, que fue visto en el Tribunal de Reclamaciones Irán – USA, la cual fue una empresa constituida en Norteamérica, perteneciente a una empresa canadiense dedicada a la exportación de madera²⁷.

En dicho caso, la empresa alegaba que la forma en que Canadá había implementado la Softwood Lumber Agreement (SLA) en el año de 1996 con los Estados Unidos, incumplía las obligaciones contraídas en la Sección A del Capítulo XI del North American Free Trade Agreement (NAFTA). La SLA establecía un límite en la libre exportación de madera a los Estados Unidos, desde British Columbia, entre otros lugares.

²⁴ Ello también fue discutido en el Expediente N° 00239-2010-PA/TC, Caso Promotora e Inmobiliaria Town House S.A.C.

²⁵ AVENDAÑO ARANA, Francisco. *Límites convencionales de la Propiedad*. En: Estudios sobre la Propiedad. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima: 2013, p. 123.

²⁶ *Pope & Talbot, Inc. v Canada*, Interim Award (June 26, 2000) en <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/nafta-e.asp>

²⁷ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 6

Los argumentos de Pope & Talbot ante el Tribunal Arbitral establecido bajo el Capítulo XI del NAFTA, se basaban principalmente en que el Régimen de Control de Exportaciones establecido por Canadá, limitaba la capacidad del inversionista de llevar a cabo su negocio de exportación de madera hacia los Estados Unidos, considerándose que ello configuraba en la práctica, una medida equivalente a una expropiación.

Al respecto, se debe señalar que, a nivel del derecho internacional de las inversiones, alegar la ocurrencia de una expropiación indirecta, suele ser un área del derecho, cuya discusión no ha sido del todo pacífica, y que la aceptación del mismo, por parte de los Estados, generalmente de aquellos considerados como en vías de desarrollo, han sido muy reticentes en aceptar la ocurrencia de dicho tipo de expropiación.

En ese sentido, la ocurrencia de una expropiación indirecta, suele ser muy controversial, en la medida que ello no puede ser cotejado fácilmente en la realidad, como suele suceder en los casos de las expropiaciones clásicas o físicas, dado que, en los casos de expropiaciones indirectas, no ha habido ningún traslado del título de propiedad. Es decir, el Estado a través de una serie de actos administrativos, ha perjudicado sustancialmente algunos de los atributos del derecho de propiedad, pero sin la transferencia de su título al Estado. Sin embargo, los Estados suelen considerar que dichas afectaciones, tienen como sustento, un fin público cuya relevancia suele ser mayor que la protección al derecho de propiedad que ostenta el administrado, en un contexto determinado, lo cual suele ser el problema principal al momento de alegar la ocurrencia de una expropiación indirecta²⁸.

Las expropiaciones indirectas suelen ser tratados en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) o en los Tratados Bilaterales de Inversión (conocidos como BITs por sus siglas en inglés). Ello, en tanto que todo inversionista extranjero, al igual que los nacionales, desean que los Estados no interfieran en sus intereses o derechos. Asimismo, desean que el Estado no les establezca algún tipo de requerimiento que perjudique su acceso al mercado, así como en el establecimiento y protección de la inversión²⁹.

²⁸ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 7

²⁹ PAÉZ, Marisol. *La expropiación Indirecta frente al CIADI: Consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados*. En: Revista de Estudios Internacionales, p. 7. Ver: <http://www.revistas.uchile.cl/files/journals/51/articles/14421/public/14421-54026-1-PB.pdf>

Lo anterior, tiene su correlato, en el hecho de que los inversionistas desean contar siempre con seguridad jurídica, tanto antes como durante la realización de su inversión, a fin de que puedan disminuir la incertidumbre con relación a las normas que deberán cumplir durante el transcurso de su actividad económica. Es por ello que los Estados celebran con los inversionistas, los denominados Contratos Ley o Convenios de Estabilidad Jurídica, a fin de comprometerse frente a los inversionistas, el mantener un determinado marco regulatorio, que es el que estuvo vigente al momento en que se dio el establecimiento de la inversión, a fin de dotarles un nivel mínimo de seguridad jurídica, conteniendo una serie de derechos y obligaciones básicas³⁰.

Estos Tratados Bilaterales de Inversión lo que buscan es, entre otras cosas, proteger de cualquier tipo de perjuicio al derecho de propiedad de los inversionistas. Dado que de suceder ello, se obligaría al Estado a compensar por el daño ocasionado. Asimismo, los referidos Tratados contemplan los términos y condiciones en los cuales debe enmarcarse una expropiación, ya sea esta directa o indirecta. Por ejemplo, en el Convenio entre la República del Perú y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, se señala lo siguiente³¹:

“Artículo 4

- (1) *Las inversiones de los nacionales o sociedades de una de las partes contratantes gozarán de plena protección y seguridad jurídica en el territorio de la otra parte contratante.*
 - (2) *Las inversiones de nacionales o sociedades de una parte contratante efectuadas de conformidad con el presente convenio, no podrán, en el territorio de la otra parte contratante, ser expropiadas, nacionalizadas o sometidas a otras medidas que en sus efectos equivalgan a expropiación o nacionalización, salvo por causa de necesidad pública y, en tal caso, deberán ser indemnizadas.*
- (...) “

³⁰ Ibid., p. 8.

³¹ Ver: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/PER_Germany_s.pdf

Si bien se tienen ciertos criterios mínimos en los BITs que buscan señalar en qué casos, y bajo qué criterios se debe ejecutar una expropiación, aun se tiene la interrogante de que constituye una expropiación indirecta bajo el derecho internacional³². Por ejemplo, el Tribunal de Reclamaciones Irán – USA, ha abordado no sólo dicha interrogante, sino otras adicionales, como es la relacionada a la fecha de la expropiación, la adjudicación de las acciones expropiatorias al Estado, el estándar de compensación, y la tasación o valoración de la propiedad. En ese sentido, el referido Tribunal estableció un tipo de estándar para poder determinar la ocurrencia de una expropiación indirecta³³:

*“It is recognized in international law that measures taken by a State can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered **so useless** that they must be deemed to have been expropriated, even though the State does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner.”* (Resaltado agregado)

Dicho estándar respondía a resolver de manera objetiva, cuando una actuación del Estado, podría ser considerada como causal de una expropiación indirecta, debido a las múltiples disputas entre inversionistas extranjeros (por resguardar su derecho de propiedad) y los Estados (por proteger el ejercicio de su soberanía), lo cual no es un tema reciente, debido a que ya en la década de 1920, surgieron controversias sobre expropiación indirecta de inversiones extranjeras³⁴.

Si bien, dicho estándar podría ser en la práctica muy difícil de demostrar, en tanto que habría que probar la inutilidad (“so useless”) del derecho de propiedad, se emitieron otros laudos que usaron un estándar menos estricto como el siguiente³⁵:

“Whenever events demonstrate that the owner was deprived of fundamental rights of ownership and it appears that this deprivation is not merely ephemeral.”

³² CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 7

³³ Charles N. Brower and Jason D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* 669 (Martinus Nijhoff 1998).

³⁴ PAÉZ, Marisol, Óp. Cit., p. 10

³⁵ OECD. Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law. OECD Working Papers on International Investment 2004/04, p. 12.

Asimismo, no sólo a nivel de laudos arbitrales se han planteado parámetros de identificación de una expropiación indirecta, dado que, por ejemplo, tenemos la Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, elaborado por la Escuela de Derecho de Harvard en el año de 1961, la cual incluyó la prohibición de la expropiación indirecta en el literal a), del numeral 3, de su artículo 10°, señalando lo siguiente:

“(a) A “taking of the use of property” includes not only an outright taking of property but also any such unreasonable interference with the use, enjoyment, or disposal of property as to justify an inference that the owner thereof will not be able to use, enjoy, or dispose of the property within a reasonable period of time after the inception of such interference.”

Posteriormente, en el año de 1967, también se tuvo la Convención para la Protección de la Propiedad Extranjera elaborada por la Organización para la Cooperación Económica y Desarrollo (OECD, por sus siglas en inglés), la cual en su artículo 3°, señaló lo siguiente con relación a la expropiación indirecta³⁶:

“No Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, of his property a national of another Party unless the following conditions are complied with:

- i) The measures are taken in the public interest and under due process of law;*
- ii) The measures are not discriminatory; and*
- iii) The measures are accompanied by provision for the payment of just compensation. Such compensation shall represent the genuine value of the property affected, shall be paid without undue delay, and shall be transferable to the extent necessary to make it effective for the national entitled thereto.”*

³⁶ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 8

Luego, en el año de 1992, el Comité para el Desarrollo del Banco Mundial elaboró los Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, el cual buscaba promover un mayor flujo de inversión directa extranjera, que pudiera brindar beneficios sustanciales en la economía mundial y especialmente en las economías de los países en desarrollo, en términos de mejorar en el largo plazo la eficiencia de los países anfitriones a través de una mayor competencia, transferencia de capital, tecnología y habilidades de administración y mejoramiento de acceso al mercado en términos de expansión del comercio internacional.

Los referidos Guidelines pueden ser aplicados por los miembros de las instituciones del Grupo del Banco Mundial para la inversión privada extranjera en sus respectivos territorios, como un complemento a los tratados bilaterales, así como de los multilaterales y otros instrumentos internacionales, en la medida que los Guidelines no entren en conflicto con tales Tratados e instrumentos vinculantes, y en la medida que la legislación nacional que regula lo referente al tratamiento de la inversión privada extranjera pueda ser modificada.

El numeral 1, del artículo IV de los Guidelines en lo referente a expropiación y unilaterales alteraciones o terminación de contratos, señala lo siguiente:

“1. A State may not expropriate or otherwise take in whole or in part a foreign private investment in its territory, or take measures which have similar effects, except where this is done in accordance with applicable legal procedures, in pursuance in good faith of a public purpose, without discrimination on the basis of nationality and against the payment of appropriate compensation.”

Por otro lado, también se tuvo el Multilateral Agreement on Investment (MAI) o Acuerdo Multilateral de Inversiones, el cual es un tratado internacional para la protección de las inversiones extranjeras negociado por los países pertenecientes de la OCDE. Se podría decir, que, a nivel de inversiones, este sería la negociación más importante a nivel global, dado que se encuentran en juego asuntos importantes en la relación entre los Estados y las empresas transnacionales, los límites a las afectaciones de contexto político, el ejercicio de la democracia, el respeto al medio ambiente, derechos laborales y de la pluralidad cultural planetaria³⁷.

³⁷ LANDER, Edgardo. *El Acuerdo Multilateral de Inversiones: El capital diseña una Constitución Universal*, p. 1. Ver: [https://www.tni.org/files/EI%20Acuerdo%20Multilateral%20de%20Inversiones%20\(AMI\).pdf](https://www.tni.org/files/EI%20Acuerdo%20Multilateral%20de%20Inversiones%20(AMI).pdf)

Con relación a las expropiaciones indirectas, el MAI en su artículo 2° señala lo siguiente³⁸:

“A contracting Party shall not expropriate or nationalize directly or indirectly an investment in its territory of an investor of another Contracting Party or take any measure or measures having equivalent effect (hereinafter referred to as “expropriation”) except:

- a) For a purpose which is in the public interest,*
- b) On a non – discriminatory basis,*
- c) In accordance with due process of law, and*
- d) Accompanied by payment of prompt, adequate and effective compensation”.*

Finalmente, de acuerdo a lo expuesto se puede observar que generalmente los requisitos que se establecen para considerar una expropiación indirecta como válida, son similares en los diversos instrumentos internacionales señalados anteriormente, en especial, el de interés público, dado que, dentro de las varias consideraciones que son analizadas por los Tribunales Arbitrales en materia de inversión, se puede indicar que se ha considerado como de mayor importancia, el rol que desempeña la finalidad de un acto de la administración del Estado³⁹.

En la actualidad, se podría señalar que existen dos tendencias a tomarse en cuenta, en los Laudos emitidos a nivel internacional, respecto a las decisiones de interés público emitidas por los Estados⁴⁰:

- El de Poder de Policía, que se considera el ejercicio del poder soberano que tienen los Estados para resguardar aquellos intereses colectivos, que considera importantes de proteger en un determinado contexto, y que asimismo, considera que se encuentran siendo vulnerados por determinados actos de particulares.

³⁸ PAÉZ, Marisol, Óp. Cit., p. 12

³⁹ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 9

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 22

- La doctrina del único efecto o “sole effect doctrine”, que se refiere a determinar la ocurrencia de un acto de expropiación, no teniendo en consideración únicamente el propósito público, que se entiende siempre hay detrás de una actuación del Estado, sino que valora mucho más el efecto del mismo. Por lo que, no se consideran exclusivamente los motivos por los cuales el Estado adoptó una determinada decisión, sino que prevalecen sus efectos.

También se debe tener en cuenta, además de los criterios señalados anteriormente, el de la duración de la medida emitida por el Estado. Dado, que algunos laudos emitidos por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), han argumentado que para que exista la expropiación indirecta es necesario que la privación sea permanente, no bastando una medida transitoria. Los casos en los cuales se abordó dicha posición fue el de Metalclad, Generation Ukraine y Tecmed⁴¹.

Ahora, como ya se ha podido observar, las expropiaciones indirectas es un argumento jurídico que suele ser regulado y utilizado en el marco del Derecho Internacional de las Inversiones, pero que dicho marco normativo, podría también argumentarse que tiene su correlato al interior del derecho doméstico de los Estados, como en el caso peruano, a través del Principio de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Lo cual se verá a continuación.

1.4 La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en el derecho comparado y al interior del ordenamiento jurídico peruano

Al respecto, según Jesús Leguina⁴², señala que la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública (en adelante, Responsabilidad Patrimonial), no sólo debe ser considerada como de gran importancia teórica, sino que también muestra de alguna manera las diferencias de tratamiento normativo, así como jurisprudencial entre los sistemas nacionales. Ello en la medida que, el fundamento, la función y las condiciones jurídicas de existencia del deber de reparación patrimonial de la Administración Pública sigue siendo muy diferente dentro del panorama del Derecho comparado europeo – accidental, diferencias que se traducen, en un mayor alcance del efectivo deber de indemnización.

⁴¹ *Ibid.*, p. 24

⁴² LEGUINA VILLA, Jesús. *La responsabilidad civil de la Administración Pública*. Tecnos. Madrid. 1983, p. 294

Asimismo⁴³, a fin de poder tener en cuenta cada una de las etapas durante las cuales se fue desarrollando el Principio de Responsabilidad Patrimonial, el profesor Jorge Danós, citando a Jesús Leguina, señala las siguientes cuatro (4) etapas⁴⁴:

- **Primera etapa:** Denominada de “absoluta irresponsabilidad administrativa”, el cual se encontraba basado en el principio de inmunidad soberana del Estado alegado por los ingleses bajo el enunciado “*The King can not wrong*”, conforme al cual, las actuaciones del rey no podían ser consideradas como negativas, y por tanto, no podrían causar daño de ningún tipo hacia sus súbditos.
- **Segunda etapa:** Caracterizada porque empieza a considerarse la imputación de responsabilidad patrimonial por daños causados a los privados pero recayendo de forma exclusiva sobre aquellos agentes públicos, a los cuales se les hubiera imputado la ocurrencia de dichos daños. Ello, en tanto que, se partía de la premisa que los funcionarios tenían la calidad de mandatarios del Estado.
- **Tercera etapa:** En esta etapa se consagra el Principio General de Responsabilidad Patrimonial Extracontractual Directa de la Administración Pública, pero que se encontraba restringido sólo a aquellos daños que fueran producidos por acciones ilegales y culpables de las autoridades y funcionarios públicos.
- **Cuarta etapa:** Se distingue de la etapa anterior porque se extiende el Principio de Responsabilidad Patrimonial Extracontractual de la Administración Pública, de tal forma que la obligación de indemnizar a los particulares, va a nacer tanto por los daños ilícitos o anónimos, como aquellos provocados por las actuaciones lícitas o no culpables de los agentes públicos, es decir, que inclusive aquellas actuaciones amparadas bajo el marco normativo vigente, y que de alguna manera puedan afectar los derechos patrimoniales de los administrados, pueden terminar siendo sustento suficiente para indemnizar dichos perjuicios.

⁴³ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 10

⁴⁴ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. *Fundamentos de la Responsabilidad Patrimonial Extracontractual de la Administración Pública en el Perú*, p. 2. Documento elaborado como parte de una ponencia realizada en el marco del XIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

A nivel del derecho comparado, se ha señalado con relación a Argentina, que el inicio de la responsabilidad extracontractual por hecho ilícito del Estado, lo marca la sentencia de la Corte Suprema recaída en el caso “Tomás Devoto y Cía. c/ Gobierno Nacional” de 1933⁴⁵. El cual condenaba al Estado como consecuencia de la actuación negligente de un grupo de operarios del telégrafo. Tal cual, se puede mostrar a continuación:

“Que en nada influye para definir la responsabilidad del Estado por el desempeño negligente de sus empleados, que aquellos, en el caso de autos, no hayan procedido intencionalmente, o que la causa generadora del incendio sea causal [sic], desde que la casualidad sólo puede equipararse al caso fortuito, en cuanto en ambas circunstancias ocurren sucesos que no han podido preverse ni evitarse⁴⁶.”

En el caso de España, recién a partir del año 1954 con la aprobación de la Ley de Expropiación Forzosa es que se establece un régimen de responsabilidad patrimonial extracontractual. La referida Ley señala que la expropiación forzosa contempla el supuesto en que, decidida la contraposición entre el interés público y el privado, en consideración a la lógica prevalencia del primero, resulta obligado arbitrar el procedimiento legal adecuado para promover jurídicamente la transmisión imperativa del derecho expropiado y para hacer, consecuentemente, efectiva en favor del particular la justa indemnización correspondiente⁴⁷.

El artículo 121° de la referida Ley Española señala que también dará lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento, toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos que la Ley señala, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo.

⁴⁵ Ibid., p. 3

⁴⁶ Se puede acceder al extracto de la referida sentencia a través del siguiente link: <http://administrativob1.blogspot.pe/2010/06/fallos-csjn-sobre-responsabilidad-del.html>

⁴⁷ Al momento, de analizar la actualización de la referida Ley Española, se indicó que la simple indicación de que la expropiación forzosa se rige en España por una Ley promulgada el diez de enero de mil ochocientos setenta y nueve justificaba la preocupación en torno a un posible y grave disidencia entre el orden real de fines y medios que enmarca en la actualidad –casi sesenta y cinco años más tarde- la acción de la Administración y el sistema de normas que formaban parte de la normativa vigente.

Se solía afirmar de forma insistente y pacífica que la responsabilidad del Estado por los daños causados como consecuencia de los actos ilícitos de sus funcionarios tenía carácter directo, ello en aplicación de la llamada teoría orgánica, según la cual el daño producto de la actuación de una entidad del Estado debía ser considerada como un acto propio de la entidad, en virtud de la relación de identificación orgánica (*immedesimazione organica*) que vinculaba al órgano con el Estado⁴⁸.

Es por ello que quizás se puede decir que la Responsabilidad Patrimonial del Estado, no solo resulta ser de gran importancia en el mundo académico, sino que también posee una gran relevancia en cuanto a su potencial aplicación en el mundo real. Lo cual variará, dependiendo del sistema jurídico bajo el cual nos encontremos. Como señala, Jesús Leguina, el fundamento, la función y las condiciones jurídicas de existencia del deber de reparación patrimonial de las Administraciones públicas siguen siendo en nuestros días sensiblemente diferentes dentro del panorama del Derecho comparado europeo – occidental, diferencias que se traducen, como es natural, en un mayor o menor alcance efectivo de aquel deber de indemnización⁴⁹.

Ahora, en el caso peruano, la Responsabilidad Patrimonial del Estado se encuentra regulado en el artículo 238° de la Ley 27444⁵⁰, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG)⁵¹. Lo cual, marca un punto de inicio importante al interior del ordenamiento jurídico peruano, dado que antes de la promulgación de la referida Ley, no existía en el derecho administrativo peruano una regulación que se haya dedicado de forma específica a tratar el Principio de Responsabilidad Patrimonial del Estado. Ello sin perjuicio de que pudieran encontrarse normas aisladas en algunas regulaciones sectoriales pero de alcance restringido y que no hacían referencia de forma expresa al referido Principio⁵².

⁴⁸ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 26

⁴⁹ LEGUINA VILLA, Jesús, Óp. Cit., p. 294

⁵⁰ Se establece que sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas. Asimismo, se señala que no habrá lugar a la reparación por parte de la Administración, cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero. Tampoco hay lugar a reparación cuando la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.

⁵¹ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 11

⁵² DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, Óp. Cit., p. 4

Se entiende que la regulación en el ordenamiento jurídico peruano de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, responde al reconocimiento de que en el Perú, ya se había tomado conciencia acerca del hecho de que se pueda demandar al Estado, por la ocurrencia de un daño a los administrados, como producto de la emisión y aplicación de determinados actos administrativos. A decir de Guillermo Chang, en una sociedad en constante evolución los riesgos de sufrir algún daño son cada vez más elevados, así las fuentes de producción de estos daños así como los agentes a la cual se le puede imputar responsabilidad se ha ido incrementando, se habla en la actualidad de una responsabilidad contractual, extracontractual, pre contractual, laboral, etc.⁵³

Por lo que, si bien el referido Principio se encuentra recogido en una norma de aplicación en el derecho administrativo, ello no impediría que de forma supletoria puedan también aplicarse las normas del derecho privado contenidas en el Código Civil, tal cual se puede desprender del artículo 238.1 cuando al proclamar el principio de responsabilidad patrimonial de las entidades públicas por los daños causados a los particulares hace referencia a la posible aplicación de otros regímenes de responsabilidad previstas en el derecho común⁵⁴.

En ese sentido, como se puede apreciar del derecho administrativo peruano, se podría considerar al Estado peruano como un sujeto pasible de responsabilidad civil, en tanto que el Estado no solo sería pasible de tener una Responsabilidad Administrativa por sus actos, siendo la responsabilidad civil y administrativa dos instituciones distintas. Dado que, la responsabilidad administrativa proviene de la misma entidad que se traduce en el ejercicio de su potestad sancionadora, como cuando se tiene la imposición de una multa, mientras que la responsabilidad civil, busca imputar al causante de algún daño la obligación de reparar el perjuicio ocasionado por su actuar⁵⁵.

De acuerdo a lo expresado por Jorge Danós, la Responsabilidad Civil Extracontractual de la Administración Pública, se podría sintetizar en las siguientes características⁵⁶:

⁵³ CHANG HERNANDEZ, Guillermo Andrés. *Responsabilidad patrimonial del Estado: Alcances de su Responsabilidad objetiva*. Este artículo es parte de un blog de contenido jurídico, al cual se puede acceder a través del siguiente link: <http://guillermochangabogados.blogspot.pe/2009/12/responsabilidad-patrimonial-del-estado.html>

⁵⁴ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, Óp. Cit., p. 5

⁵⁵ CHANG HERNANDEZ, Guillermo Andrés. *Responsabilidad patrimonial del Estado: Alcances de su Responsabilidad objetiva*. Este artículo es parte de un blog de contenido jurídico, al cual se puede acceder a través del siguiente link: <http://guillermochangabogados.blogspot.pe/2009/12/responsabilidad-patrimonial-del-estado.html>

⁵⁶ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 12

- Se configura en un régimen sustantivo de carácter unitario, es decir que tendría vocación de ser aplicable a todas las entidades públicas de los tres niveles de Gobierno (nacional, regional y local).
- Se reconoce un régimen de responsabilidad directa, de modo que serán los entes públicos quienes tienen la obligación de indemnizar de manera directa por los daños causados por sus funcionarios o servidores en el ejercicio de sus cargos, con la posibilidad de repetir contra ellos.
- El régimen tiene un alcance global, es decir, comprende todo tipo de actuaciones extracontractuales de las entidades de la administración pública, sean estas de carácter jurídico o puramente factico; es decir, el daño podría proceder de actos administrativos y de normas reglamentarias, o de hechos u actuaciones fácticas producidos por agentes públicos, u omisiones administrativas que constituyan el incumplimiento de una obligación de hacer o la omisión de un deber de vigilancia, siempre que la administración tenía legalmente establecido el deber de obrar o de actuar en un modo determinado.
- Se considera un régimen de carácter esencialmente objetivo que, por tanto prescinde de la exigencia de demostrar, por parte de la víctima, de la existencia de culpa o negligencia alguna por parte de los agentes públicos para que su pretensión de resarcimiento deba estimarse, siendo suficiente acreditar la ocurrencia de una lesión imputable a una entidad administrativa.
- Para hacer efectiva la responsabilidad de la administración pública sería necesario demostrar la existencia de un daño causado por su actuación, ya sea esta lícita o ilícita. Pero la administración pública no tendría por qué responder de todo daño que cause al administrado, sino solo por aquel que es considerado injusto. En tal sentido el daño injusto, es el daño antijurídico, es decir un daño que el particular no está obligado a tolerar por no existir causas de justificación en la administración pública productora del mismo, las que son expresas y están legalmente previstas en el artículo 238.2^{o57} de la LPAG.

⁵⁷ Art. 238.2°.- *“En los casos del numeral anterior, no hay lugar a la reparación por parte de la Administración cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante del administrado o de tercero. Tampoco hay lugar a reparación cuando la entidad hubiera actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o de los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias”.*

- Se exonera a la Administración Pública de responsabilidad exclusivamente en los siguientes casos:
 - Cuando el daño es producto de caso fortuito o de fuerza mayor;
 - Cuando el daño fuera consecuencia de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero;
 - Cuando la entidad haya actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguardia de los bienes públicos; o
 - Cuando se trata de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.

Como se puede apreciar, resulta evidente que al interior del ordenamiento jurídico peruano se ha contemplado la posibilidad de que la administración produzca daños que podrían ser o no soportados por los administrados, quienes tendrían tener el derecho a recibir una indemnización. Asimismo, la Responsabilidad Patrimonial del Estado es una manifestación clara de que el Estado también se encuentra en la posibilidad de causar situaciones que pueden terminar dañando a los administrados, en sus intereses o derechos, de modo que tendría que asumir las mismas responsabilidades que cualquier particular asumiría en su actuación, y que en el caso del Estado se estaría produciendo un daño en las situaciones jurídicas de los administrados.

Sin embargo, se debe indicar que en el caso peruano, no siempre fue reconocida la posibilidad de que el Estado pueda dañar a los administrados, producto de su labor en la administración pública, dado que en los inicios de nuestra legislación civil, no se consideraba esta responsabilidad. Por ello tenemos que durante la vigencia del Código Civil de 1852 primaba la convicción de que al Estado en principio no podía exigírsele responsabilidad civil porque sus actos estaban protegidos por la inmunidad.

Dicha tendencia sufrió cierta variación a partir de la jurisprudencia posterior al Código Civil de 1936, donde las ejecutorias Supremas ya no consideraban al Estado como irresponsable civilmente, sino que intentaban más bien precisar los alcances de su responsabilidad⁵⁸.

Con el Código Civil de 1984⁵⁹, vigente hasta la actualidad, podemos encontrar responsabilidad patrimonial del Estado, en los artículos 1969⁶⁰, 1970⁶¹, 1979⁶², 1980⁶³ y 1981⁶⁴, dado que los redactores del Código Civil, al parecer no desconocían la responsabilidad patrimonial del Estado, sino que trataron de disimularla de forma general en los artículos 1969 y 1970⁶⁵.

En ese sentido, al interior del ordenamiento jurídico peruano, específicamente en el derecho administrativo, tienen su origen en la regulación contenida en la LPAG, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos como el de Argentina, Francia, Italia y en Alemania, países en los que su origen se dio primero en la jurisprudencia de los tribunales. Para los cuales, no fue un impedimento la falta de disposiciones constitucionales específicas, ni tampoco la falta de dispositivos legales que regulen la responsabilidad del Estado⁶⁶.

⁵⁸ CHANG HERNANDEZ, Guillermo Andrés. *Responsabilidad patrimonial del Estado: Alcances de su Responsabilidad objetiva*. Este artículo es parte de un blog de contenido jurídico, al cual se puede acceder a través del siguiente link: <http://guillermochangabogados.blogspot.pe/2009/12/responsabilidad-patrimonial-del-estado.html>

⁵⁹ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. *Op. Cit.*, p. 14

⁶⁰ Indemnización por daño moroso y culposo

Artículo 1969.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

⁶¹ Responsabilidad por riesgo

Artículo 1970.- Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.

⁶² Responsabilidad por daño causado por animal

Artículo 1979.- El dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero.

⁶³ Responsabilidad por caída de edificio

Artículo 1980.- El dueño de un edificio es responsable del daño que origine su caída, si ésta ha provenido por falta de conservación o de construcción.

⁶⁴ Responsabilidad por daño del subordinado

Artículo 1981.- Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ PERRINO, Pablo. La responsabilidad extracontractual de la administración pública por actividad ilícita, publicado en Documentación Administrativa N° 269-270, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública- INAP, 2004, pg 278 y 279.

CAPITULO II

LAS EXPROPIACIONES INDIRECTAS Y LA POSIBILIDAD DE SER ALEGADO AL INTERIOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Como se ha podido apreciar, a nivel del Derecho Internacional de las Inversiones, el argumento de la Expropiación Indirecta ha sido utilizado siempre por aquellos inversionistas extranjeros, que han visto vulnerado el ejercicio de su derecho de propiedad, producto de los cambios normativos adoptados por el Estado receptor de la inversión. Lo cual, permite plantearnos la interrogante, si es que el mismo estándar de tratamiento otorgado a los inversionistas extranjeros, podría ser alegado, por los inversionistas nacionales, en este caso peruanos, ante las cortes o tribunales internos. Dicha interrogante, es el tema a tratar en los siguientes puntos del presente Capítulo, a través de los cuales se analizarán algunos casos peruanos donde se ha alegado la afectación al derecho de propiedad, para posteriormente terminar analizando la figura jurídica de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública y su relación o semejanza con la Expropiación Indirecta.

2.1 Las Expropiaciones Indirectas y su relación con el ordenamiento jurídico peruano

Al respecto⁶⁷, se debe empezar señalando que, una primera aproximación respecto de la posibilidad de alegar la ocurrencia de una expropiación indirecta al interior del ordenamiento jurídico peruano, se encuentra desarrollado de forma clara y precisa, en el fundamento del voto del Magistrado Landa Arroyo, en el caso, al cual llamaré como el caso Shougang⁶⁸.

Este caso trata brevemente de que con fecha 29 de mayo del 2007, la empresa Shougang Hierro Perú S.A.A. interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Nazca solicitando se declare inaplicable la Ordenanza Municipal N° 006-2007-A/MPN toda vez que la misma atentaría contra la libertad de empresa e industria, contra la libertad de trabajo y contra el derecho de propiedad. La demandante refirió que es una empresa dedica a la explotación minera de hierro y otros recursos y que contaba

⁶⁷ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 15

⁶⁸ EXP. N. ° 01735-2008-PA/TC

con una concesión en el distrito de Marcona, en la provincia de Nazca, departamento de Ica.

La empresa Shougang señalaba que mediante la Ordenanza Municipal N° 006-2007-A/MPN se había aprobado la “Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la ciudad de San Juan de Marcona 2006 – 2016”, la cual en sus numerales N° 2.2.3 y 2.2.3.1 del volumen A, decidió cancelar todas las concesiones mineras, entre ellas la de la referida empresa, basándose en que tanto éstas como los demás inmuebles de la demandante están dentro del área urbana de la ciudad de Marcona, transgrediendo las normas de Medio Ambiente y Protección Ambiental.

Por lo que el objeto de la demanda era cuestionar la Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la ciudad de San Juan de Marcona 2006 – 2016, toda vez que el mismo atentaría contra los derechos constitucionales del demandante, como son el derecho a la libertad de empresa e industria, a la libertad de trabajo y a la propiedad.

El Tribunal Constitucional señaló que la ordenanza sentaba las bases para privar a los demandantes del territorio sobre el cual ostentan un derecho económico de explotación exclusiva, lo cual amenazaba de forma directa y cierta la concesión de la cual son titulares. Ello, toda vez que comprender el territorio sobre el cual existe un derecho de concesión en el área urbana de la ciudad, suponía un hecho concreto destinado a menoscabar el derecho de la empresa demandante, al tratarse de derechos incompatibles sobre un mismo terreno. De esta forma, la amenaza en cuestión se presentaba como real y efectiva, y en base a ello declaró fundada la demanda.

Asimismo, el Magistrado Landa Arroyo, en su fundamento señala que en el referido caso cabría analizar si nos encontramos ante lo que en doctrina se conoce como expropiación indirecta. Dado que, la noción de expropiación indirecta o expropiación regulatoria se utiliza tanto en derecho internacional como en derecho interno, ya que a nivel del 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 regulatoriamente.

También se señala en el fundamento del voto del Magistrado Landa que a pesar que no encontramos una mención expresa en la Constitución relativa a la proscripción de las expropiaciones indirectas, ello no significa que la Constitución las tolere. Por lo que una interpretación constitucional válida nos lleva a que toda vez que la Constitución reconoce, respeta y protege el derecho de propiedad de los privados como parte del modelo de economía social de mercado al que se adscribe y al establecer la exigencia de un adecuado procedimiento expropiatorio que incluya un pago en efectivo de indemnización justipreciada para intervenir sobre la propiedad de privados, las expropiaciones indirectas se encontrarían proscritas.

Por lo que, las bases constitucionales que fundamentarían la protección contra las expropiaciones regulatorias o indirectas se encontrarían recogidas en los siguientes artículos de la Constitución Política del Perú:

- **Inciso 2 del artículo 2: Derecho a la igualdad ante la ley**

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que la igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2° de la Constitución de 1993⁶⁹, de acuerdo al cual toda persona tiene derecho a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Por lo que, contrariamente a lo que pudiera entenderse de una interpretación literal, se estaría frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentran en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

⁶⁹ EXP. N. ° 02835-2010-PA/TC

Sin embargo, como señalan Walter Gutiérrez y Juan Manuel Sosa, la esencia de la igualdad no se puede revelar por su significado literal, dado que la dificultad con la que se tropieza cuando se quiere entender su contenido es su indeterminación; y es que la igualdad por sí sola es una expresión sin un contenido preciso, y por lo tanto no significa nada⁷⁰.

Se debe también indicar que el derecho de igualdad, al ser un derecho de contenido histórico, no es tan fácil dotarlo de contenido, dado que su contenido va cobrando sentido de acuerdo al contexto cultural e histórico bajo el cual se desenvuelve. Por ejemplo, el derecho a la igualdad concebido en la antigua Grecia, en donde existía y era legal la esclavitud; o la igualdad en la democracia norteamericana en pleno siglo XX, en donde se reconocía la doctrina “separados pero iguales”, que no era otra cosa que una manera de diferenciar a los hombres de raza negra⁷¹.

Así, cuando en la actualidad se hace referencia a la “igualdad social”, es decir, en un sentido en que se ve el papel que cumple el Estado orientado hacia el fomento de condiciones de equidad entre los individuos, ya que se bien se admiten las diferencias entre estos, es también una necesidad de que el Estado garantice un trato justo e igualitario a cada persona, mejorando las condiciones de vida y posibilidades de desarrollo de quienes se encuentran en una posición desfavorable⁷².

Ahora, en el caso de las Expropiaciones Indirectas, resulta fundamental el argumento de la igualdad ante la Ley, en el sentido de que resultaría discriminatorio en la práctica, ofrecer niveles de protección distintos a los inversionistas, cuando estos son perjudicados en alguno de los atributos de su derecho de propiedad, producto de la actuación directa o indirecta del Estado⁷³.

⁷⁰ GUTIERREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel. *Igualdad ante la Ley*. En: La Constitución Comentada: Análisis artículo por artículo, Tomo I, Gaceta Jurídica, 2005, p. 46.

⁷¹ *Ibíd.*, p. 2

⁷² *Ibíd.*, p. 2

⁷³ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. *Óp. Cit.*, p. 31

Más aún, si consideramos al derecho a la igualdad, no solo como un derecho fundamental, sino también como un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable⁷⁴.

- **Artículo 61°: Libre Competencia**

El Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente N° 03479-2011-PA/TC, ha señalado que reiterada y uniforme jurisprudencia ha desarrollado el contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la actual Constitución (libertad contractual, libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, entre otras), cuya real dimensión, en tanto límites al poder estatal, no puede ser entendida sino bajo los principios rectores de un determinado tipo de Estado y el modelo económico al cual se adhiere.

En ese sentido, la Constitución de 1993, a diferencia de su predecesora, la Constitución de 1979, como principio general, no prohíbe los monopolios (salvo el monopolio legal), sino solo el abuso de la posición de dominio⁷⁵, dado que la Constitución de 1979 prohibía los monopolios, consagrando con ello una norma que no era cumplida, sino que también era difícil de hacer cumplir⁷⁶. Ello, en tanto que los monopolios existieron durante toda la vigencia de la Constitución, y seguramente hubieran seguido existiendo a pesar de que se haya prohibido expresamente su existencia⁷⁷.

⁷⁴ Fundamento 40 del EXP. N.° 02835-2010-PA/TC

⁷⁵ EXP. N.° 00015-2010-PI/TC

⁷⁶ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 17

⁷⁷ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *La regulación Constitucional de los Monopolios y las Políticas de Competencia*. En: *La Constitución Comentada: Análisis artículo por artículo*, Tomo I, Gaceta Jurídica, 2005, p. 844.

Es por ello que, en el marco de la actual Constitución de 1993, el Tribunal Constitucional (Expediente N° 03479-2011-PA/TC), ha señalado que en el caso peruano, las actuales libertades económicas implica que las controversias que surjan en torno a dichas libertades, deban encontrar soluciones sobre la base de una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado social y democrático de derecho (artículo 43° de la Constitución) y la economía social de mercado (artículo 58° de la Constitución).

Cabe señalar, que en anteriores oportunidades el Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de señalar a través de su jurisprudencia cuál es el rol del Estado en la actividad económica de los particulares, según los principios establecidos en la Constitución de 1993. Es así, que mediante la sentencia N° 0008-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional dictó las pautas de interpretación de los principios que inspiran nuestro régimen económico, señalando, en primer lugar, que de un análisis conjunto de los artículos 3° y 43° de la Constitución, el Estado peruano, definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas del Estado Social y Democrático de Derecho.

Es en ese sentido, en lo que se refiere a Expropiaciones Indirectas, a fin de facilitar y vigilar la libre competencia en el campo de las inversiones, tanto los inversionistas extranjeros como nacionales, deberían someterse a las mismas condiciones, y en este caso, al mismo nivel de protección frente a la potencial vulneración de alguno de los atributos inherentes a su derecho de propiedad⁷⁸. Dado que, todo Estado Social y Democrático de Derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de Derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad ante la ley; sino que pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca⁷⁹.

⁷⁸ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 27

⁷⁹ Fundamento 17 de la sentencia recaída en el expediente 00034-2004-PI/TC.

- **Artículo 63°: Inversión nacional y extranjera**

El Tribunal Constitucional, en su sentencia recaída en el Expediente N° 00013-2007-PI/TC, ha señalado que en diversa jurisprudencia (entre ella, STC N° 0006-2006-PI/TC, STC N° 0023-2005-PI/TC y STC N° 0025-2005-PI/TC) ha venido a utilizar, con el fin de analizar la existencia de discriminación en un caso concreto, el test de igualdad, el mismo que consta de seis pasos:

- Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación;
- Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad;
- Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin);
- Examen de idoneidad;
- Examen de necesidad; y,
- Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en dicho expediente, también indicó que ya había tenido oportunidad de pronunciarse sobre el carácter que posee el mencionado artículo 63° en tanto criterio de análisis de igualdad, haciendo un estudio de lo que este principio-derecho significa, ya que a través de la STC N° 0018-2003-AI/TC, el TC ya ha señalado que el principio de igualdad se constituye simultáneamente de la manera siguiente:

- Como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos;
- Como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder;
- Como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); y,

- Como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad de oportunidades entre los hombres.

Por lo que, el Tribunal Constitucional señala que la idea de igualdad se desprende de la dignidad y naturaleza de los seres humanos. El tratamiento desigual no sería injustificado en tanto no se afecte dicha dignidad. Además, aparte de señalarse que el derecho a la igualdad posee dos componentes: igualdad de la ley o en la ley (artículo 103° de la Constitución) e igualdad en la aplicación de la ley (inciso 2 del artículo 2° de la Constitución). En todo ello, lo esencial será mantener el carácter diferenciador que sí pueden tener las normas, lejos de una discriminación.

Ahora, el artículo 63° de la Constitución establece que tanto a la inversión nacional, así como a la extranjera, se les aplican las mismas condiciones, pudiendo la inversión ser definida como aquella acción mediante la cual los agentes económicos –personas e instituciones involucradas en el proceso económico a través de fondos propios o ajenos– realizan la compra de activos físicos, bonos, acciones, etc., con el propósito de obtener una serie de beneficios futuros⁸⁰.

Como lo señala Víctor Ávila, dentro de los principios generales del régimen económico del Perú en la Constitución, se encuentra el referido artículo 63° en el cual se comprenden algunos conceptos ya tratados en otros artículos de la Constitución, como son el de libertad económica, tratamiento no discriminatorio, admisión del arbitraje como solución de conflictos, y precisa la relación con los intereses extranjeros⁸¹.

Se puede también señalar que el antecedente constitucional del actual artículo 63°, lo podemos encontrar en el artículo 114° de la Constitución de 1979, en el que se establecía: “Por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. Por iguales causas puede también el Estado establecer reservas de dichas actividades en favor de los peruanos.”

⁸⁰ EXP. N.° 018-2003-AI/TC

⁸¹ ÁVILA CABRERA, Víctor. *Igualdad de Trato entre Inversión Extranjera y Nacional. Solución de Controversias*. En: La Constitución Comentada: Análisis artículo por artículo, Tomo I, Gaceta Jurídica, 2005, p. 880.

Como se puede apreciar en el párrafo anterior, el referido texto constitucional permitía que el Estado otorgue un trato diferenciado a los inversionistas extranjeros, a diferencia de lo señalado en el artículo 63° de la actual Constitución. Asimismo, se puede indicar que de acuerdo a lo señalado anteriormente con relación al numeral 2 del artículo 2° de la Constitución, la igualdad de trato en materia de inversiones tendría como fundamento lo establecido en el referido numeral en el que se consagra el derecho a la igualdad, recogido también en instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁸², el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁸³ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸⁴.

En ese sentido, para la alegación de una Expropiación Indirecta, se podría argumentar la aplicación del artículo 63° de la Constitución, en tanto que los nacionales deberían de poder contar con el mismo nivel de protección con el que cuentan los inversionistas extranjeros, contenidos en los diversos tratados bilaterales de inversiones celebrados por el Estado peruano. Ello, en tanto que el riesgo político no es solo un riesgo asumido solo por los inversionistas extranjeros, sino también por los nacionales. Todos los inversionistas, desde los más grandes hasta los pequeños productores, sufren con las modificaciones a las reglas de juego: el costo de adaptación y cumplimiento es muy alto y la alternativa es la informalidad⁸⁵.

- **Artículo 70°: Inviolabilidad del derecho de propiedad**

El Tribunal Constitucional, en su sentencia recaída en el expediente N° 03258-2010-PA/TC, ha señalado que el derecho de propiedad es un derecho fundamental que guarda una estrecha relación con la libertad personal, pues a través de él se expresa la libertad económica que tiene toda persona en el Estado social y democrático de derecho. El derecho de propiedad garantiza la existencia e integridad de la propiedad

⁸² **“Artículo 7.-**

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”

⁸³ **“Artículo 26.-**

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

⁸⁴ **“Artículo 24. Igualdad ante la Ley**

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

⁸⁵ ÁVILA CABRERA, Víctor. Óp. Cit., p. 881.

(corporal e incorporal) para el propietario, así como la participación del propietario en la organización y el desarrollo de un sistema económico-social.

La propiedad, como derecho fundamental, se encuentra estipulado en el artículo 2°, incisos 8 y 16 de la Constitución⁸⁶. Este derecho, es entendido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar y reivindicar un bien. Es por ello, que el propietario puede utilizar directamente el bien del cual es titular, percibir sus frutos y productos, y así darle un destino acorde con sus intereses patrimoniales⁸⁷.

Por ello, tal como lo señala el Tribunal Constitucional en el expediente señalado anteriormente, de ahí que en el artículo 70° de la Constitución se reconozca que el “derecho de propiedad es inviolable” y que el “Estado lo garantiza”. Además, el referido Tribunal indica que el derecho de propiedad faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando, a través de su uso, se realice la función que le es propia.

Al respecto, el artículo 70° de la Constitución se puede dividir en tres (3) partes: (i) la declaración que la propiedad es inviolable, (ii) los límites al ejercicio de la propiedad, y (iii) la regulación de la expropiación.

Con respecto a la inviolabilidad del derecho de propiedad, ello se encontraba recogido en la Constitución de 1979 (artículo 125°) y en la Constitución de 1933 (artículo 29°). Por lo que no se podía violar la propiedad un particular y tampoco el Estado, sobretodo este último, que no cabe la posibilidad de que pueda transgredir el derecho de propiedad de los particulares, sobre todo si consideramos que tiene como deber el “garantizar” el respeto al derecho de propiedad y que la hará respetar.

Sin embargo, se podría entender el derecho fundamental a la propiedad, como un derecho que parece otorgar a su titular un poder absoluto, lo cual no tendría relación con los postulados esenciales de los derechos fundamentales que se reconocen al interior de un Estado Social y Democrático de Derecho, como lo es el Estado Peruano. Por ello, el derecho a la propiedad debe ser interpretado también a la luz de lo señalado en el artículo 70° de la Constitución, en donde se establece que éste se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la Ley⁸⁸.

⁸⁶ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 18

⁸⁷ Expediente N° 0030-2004-AI/TC.

⁸⁸ Fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0030-2004-AI/TC.

Por otro lado, si bien los titulares de bienes, se encuentran protegidos en el ejercicio de su derecho de propiedad, los cuales deben ser ejercidos en el marco de su relación con la sociedad y bajo lo que el ordenamiento jurídico peruano establece, también el Estado podría, en determinados casos excepcionales, forzar la voluntad de dichos titulares, a fin de que estos de forma coactiva dejen de ser titulares de sus derechos de propiedad respecto de un bien determinado, lo cual se conoce como “expropiación”.

Por lo que, la única vía para que el Estado prive a una persona de su derecho de propiedad, vendría a ser la expropiación. Si bien, la expropiación es una institución que se reconoce y estudia generalmente en el marco del Derecho Administrativo, sus efectos también recaen en el Derecho Civil, al producirse la extinción del derecho de propiedad (artículo 968° del Código Civil). El cual encuentra su fundamento en que el interés público prima sobre el interés particular.

Lo cual supondría dos cosas: que las causales de expropiación estén expresa y previamente establecidas en la Ley, y por tanto, estas causales no sean producto del criterio particular de la persona que se encuentre como autoridad en un determinado momento; y que el Estado pague al particular el precio justo del bien que le ha sido expropiado⁸⁹.

En ese sentido, si bien la forma común de realizar un acto de expropiación por parte del Estado, es la transferencia del título de propiedad, se debe tener en consideración que lo que se busca es la protección del derecho de propiedad, pudiendo darse en la realidad, actos por parte de la administración pública, cuyos efectos en el derecho de propiedad de los inversionistas, terminen siendo tan o más perjudiciales que aquellos que se obtienen ante la ocurrencia de un acto de expropiación clásica o de traslación del título de propiedad hacia el Estado.

⁸⁹ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Derecho de Propiedad. Expropiación*. En: La Constitución Comentada: Análisis artículo por artículo, Tomo I, Gaceta Jurídica, 2005, p. 942.

Por ello, se puede señalar, que si bien la Constitución Política del Perú hace referencia en general al término “expropiación”, esta no hace ninguna distinción a si se refiere a una expropiación realizada de forma directa o indirecta, por lo que ninguna de ellas puede ser tolerada en cuanto afectaciones del derecho de propiedad. Dado que, las afectaciones al derecho de propiedad, pueden ser de tal magnitud, que en la práctica el inversionista podría terminar sintiendo que ha sido expropiado, aunque formalmente el título de propiedad siga con él, dado que luego de la regulación estatal la propiedad prácticamente podría carecer de valor económico⁹⁰.

Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, se debe indicar que no obstante la protección constitucional del derecho de propiedad, el artículo 70° de la Constitución, con fundamento en la prevalencia del bien común, ha contemplado la figura de la expropiación como potestad del Estado, como la privación de la titularidad de ese derecho contra la voluntad de su titular.

- **Artículo 71°: Propiedad de los extranjeros**

Al respecto, se debe indicar que en el Expediente N° 013-2007-PI/TC, en el fundamento de voto del Magistrado Alva Orlandini, se señaló que la Constitución Política del Perú de 1979, en su artículo 110° declaró que el régimen económico se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana; y el artículo 111° se ha referido a los planes de desarrollo de la política económica y social. En su artículo 114° se indicó que, por causa de interés social o seguridad nacional, la ley podía reservar para el Estado actividades productivas o de servicios, o establecer reserva de dichas actividades en favor de los peruanos.

El Tribunal Constitucional, asimismo, ha sostenido que el derecho a la propiedad establecido en los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien⁹¹, pudiendo ser ejercido tanto por los nacionales como los extranjeros en el marco de lo dispuesto por el artículo 71° de la Constitución.

⁹⁰ PASQUEL, Enrique. *Tomando la Propiedad en serio*. En: Revista Ius et Veritas, N° 31, p. 114.

⁹¹ Expediente N° 0008-2003-AI/TC

El primer párrafo del artículo 71° declara la igualdad entre peruanos y extranjeros en cuanto al ejercicio del derecho de propiedad. Asimismo, señala que los extranjeros no pueden invocar excepción ni protección diplomática. Es decir, no pueden pretender un tratamiento distinto que el otorgado a los peruanos⁹².

Se debe indicar que las Constituciones de 1933 y 1979 contenían disposiciones similares a la de 1993. La primera en su artículo 32°⁹³, la de 1979 en su artículo 126°⁹⁴. En ambos casos, al igual que en la presente Constitución, se señala la prohibición de que los extranjeros no podían invocar excepción ni protección diplomática.

Ahora, la propiedad de los extranjeros, como ya se mencionó, en cuanto a la inversión nacional y extranjera, debe interpretarse conjuntamente con lo estipulado en el artículo 63° de la actual Constitución que declara que se sujetan a las mismas condiciones. Por tanto, debe interpretarse y aplicarse conforme al principio de igualdad ante la ley. Cualquiera que sea, la nacionalidad de las personas, las inversiones están garantizadas por el Estado. Dado que, tal como lo menciona el Tribunal Constitucional: “La norma constitucional se inspira, sin duda, en la necesidad de atraer capitales para el desarrollo de la economía nacional”.

Conforme a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 71° de la Constitución de 1993⁹⁵, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, no podían ser prohibidos de ejercer su derecho de propiedad o de su participación en determinadas actividades. Por esta razón, no son conformes con lo estipulado por la Constitución aquellas normas que establezcan la exclusión de los extranjeros de determinadas actividades económicas o que restrinjan el porcentaje de su titularidad⁹⁶.

⁹² AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Igualdad y Límites a Extranjeros en cuanto a la Propiedad*. En: La Constitución Comentada: Análisis artículo por artículo, Tomo I, Gaceta Jurídica, 2005, p. 947.

⁹³ **Artículo 32.**- Los extranjeros están, en cuanto a la propiedad, en la misma condición que los peruanos, sin que en ningún caso puedan invocar al respecto situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas.

⁹⁴ **Artículo 126.**La propiedad se rige exclusivamente por las leyes de la República. En cuanto a la propiedad, los extranjeros, personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar al respecto situaciones de excepción ni protección diplomática. Sin embargo dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir, ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho adquirido. Se exceptúa en el caso de necesidad nacional declarada por ley expresa.

⁹⁵ Fundamento de la sentencia recaída en el Expediente N° 0009-2008-PI/TC

⁹⁶ Por ejemplo, con fecha 7 de mayo del 2007, más de cinco mil ciudadanos interpusieron demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 24° de la Ley de Radio y Televisión, por establecer un trato desigual discriminatorio en perjuicio de los inversionistas y accionistas extranjeros de empresas titulares de autorizaciones y licencias que desarrollan actividades de radio y televisión. Lo que se pretendía es que el Tribunal Constitucional se pronuncie respecto al 40% de participación o acciones del capital social impuesto por el artículo 24° de la Ley en mención a los inversionistas y accionistas extranjeros en empresas de radio y televisión, lo cual suponía para ellos un trato desigual, discriminatorio por parte de los inversionistas y accionistas extranjeros. Se puede acceder a la sentencia a través del siguiente link: <http://www.concortv.gob.pe/file/normatividad/2007/00013-2007-PI-TC.pdf>

En ese sentido, con respecto a las Expropiaciones Indirectas, se podría argumentar la vulneración del artículo 71° de la Constitución, en la medida que se estaría vulnerando la igualdad de condiciones entre inversionistas extranjeros y nacionales, al no ver protegidos los nacionales su derecho de propiedad al igual que los extranjeros, cuyo derecho de propiedad se encuentra protegido en los múltiples Tratados Bilaterales de Inversión celebrados por el Estado Peruano.

Cabe volver a indicar, como ya se mencionó en el punto anterior, que a fin de poder determinar el tratamiento desigual entre la inversión extranjera y nacional, el Tribunal Constitucional, en el expediente 00013-2007-PI/TC, estableció el siguiente test de igualdad:

- Determinación del tratamiento legislativo diferente.
- Determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad.
- Determinación de la finalidad del tratamiento diferente.
- Examen de idoneidad.
- Examen de necesidad.
- Examen de Proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Finalmente, se puede indicar, de acuerdo a los artículos constitucionales expuestos, que existen suficientes criterios jurídicos, como para que una persona natural o jurídica, pueda argumentar ante cualquier tribunal peruano (administrativo, judicial o arbitral) la ocurrencia de una expropiación indirecta⁹⁷. Ello, en la medida que la lógica económica para que la propiedad sea protegida frente a las expropiaciones directas, es también fundamento frente a la ocurrencia de expropiaciones, como producto de la actuación regulatoria del Estado. Como señala Enrique Pasquel, las Expropiaciones Indirectas deberían encontrarse sujetos a los mismos límites constitucionales, que los que son alegados ante la ocurrencia de una expropiación directa: (i) que la finalidad de la expropiación sea seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley; y, (ii) que se pague una indemnización⁹⁸.

⁹⁷ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 19

⁹⁸ PASQUEL, Enrique, Óp. Cit., p. 115.

2.2 Casos en los cuales se haya afectado el derecho de propiedad

A continuación se procederá al análisis de una serie de casos abordados en el ámbito nacional, que han tenido que ver directamente con la discusión de expropiaciones indirectas por el Estado peruano, pero que, sin embargo, se procederá a su análisis desde la perspectiva de la aplicación del principio de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, a fin de poder determinar de forma preliminar, cuál hubiera sido el resultado de estos, si es que los demandantes hubieran solicitado una reparación monetaria ante el Poder Judicial Peruano, alegando el cumplimiento del referido Principio⁹⁹.

Cabe señalar que, a fin de poder observar cual ha sido la posición del poder judicial peruano respecto a la aplicación de las expropiaciones indirectas a lo largo de los años, hasta la fecha, se ha procedido a enumerar cada uno de los siguientes casos de forma cronológica.

1. CASO ARTURO VIDAL LAYSECA (Exp. Nro. 18-95-AA/TC)

El presente caso es con relación al recurso de casación entendido como extraordinario por Arturo Vidal Layseca, contra la sentencia de fecha 18 de enero del 1994, en la Acción de Amparo seguida contra el Concejo Distrital de Santiago de Surco y otros. Ello en vista de que el caso se inicia con una acción de amparo interpuesta por el demandante con fecha 12 de junio de 1992, contra el referido Concejo Distrital de Santiago de Surco, y contra los señores Konstantinos Panopoulos Orlof, Carlos Manuel Gonzalo de Romaña Málaga, Jorge G. Barrientos Campos, Rodolfo Cremer Nicoli y José W. Angulo Araujo por violación al derecho de propiedad.

El demandante señala que mediante Resolución Nro. 392-91-MLM/AM/SMDU del 2 de setiembre de 1991, se determinó que la zonificación correspondiente a la Manzana "U" de Valle Hermoso de Monterrico, de Santiago de Surco, frente a la Av. Los Precursores, se encontraba calificado como Residencial de Baja Densidad R-2 (edificaciones máximas de 4 pisos), correspondiendo a los demás terrenos la calificación de R-1 (edificaciones máximas de 3 pisos), asimismo, esta resolución señalaba que esta zonificación debía regir hasta el año de 1996. En tanto que el demandante es propietario de los lotes 6 y 7 de la Manzana "U", siendo vecino del lote 5 de copropiedad de los

demandantes, sin considerar esta resolución y reglamentación han construido un edificio de cinco pisos, mas sótano, cuando solo debían construirlo de tres pisos.

Asimismo, el demandante alegó que con el objeto de subsanar tal irregularidad, los demandados solicitaron la modificación de la zonificación, para que en adelante sea R-2, la cual obtuvieron, de acuerdo a la opinión del demandante, mediante la ilegal Resolución Nro. 051-92-MLM-AM/SMDU del 21 de abril de 1992, expedida por la Secretaria Municipal de Desarrollo Urbano de la Municipalidad de Lima Metropolitana, y con opinión favorable del Concejo de Surco, lo cual perjudicaba su derecho de propiedad.

Por lo que, el objeto de la Acción de Amparo era suspender los efectos de la Resolución Nro. 051-92-MLM-AM/SMDU del 21 de abril de 1992, mediante la cual se aprobó el cambio de zonificación de Residencial de Baja Densidad R-2 del Lote Nro. 5 de la Manzana “U” de la Urbanización Valle Hermoso (con frente a la calle Manuel Ganoza 139-145) del Distrito de Santiago de Surco, extendiéndose dicho cambio a todo el frente este de la manzana “U”, por considerar que se está violando el derecho de propiedad del demandante.

Cabe señalar que mediante la Resolución de Alcaldía Nro. 1126 de fecha 8 de setiembre de 1992, se había dejado sin efecto la Resolución que era objeto de la Acción de Amparo, y ordenó demoler lo construido. Sin embargo, posteriormente, a través de una tercera Resolución de Alcaldía Nro. 038-93, de fecha 15 de enero de 1993, emitida por la Municipalidad Provincial de Lima se declaró nula la Resolución 1126, bajo el fundamento de que es legal aprobar modificaciones no sustanciales a los planes urbanos de zonificación ya aprobados y ratificó la validez de la Resolución cuestionada.

Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló que el derecho de propiedad cautelado por la Acción de Amparo en el numeral 12) del artículo 24^o100 de la Ley Nro. 23056, Ley de Habeas Corpus y Amparo, se refiere al ejercicio de posesión directa o indirecta del bien materia, lo que implicaba el derecho de usarlo y aprovechar su utilización económica, así como reivindicarlo y disponerlo, y que el efecto de la Acción de Amparo

¹⁰⁰ La Ley N° 23056 establece que el objeto de las acciones de garantía es el de reponer las cosas al estado anterior a la violación, o amenaza de violación de un derecho constitucional. Las acciones de garantía proceden en los casos en que se violen o amenacen los derechos constitucionales por acción, o por omisión, de actos de cumplimiento obligatorio. Las acciones de garantía proceden aún en el caso que la violación o amenaza se base en una norma que sea incompatible con la Constitución. En este supuesto, la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo procedimiento.

El numeral 12 del artículo 24 de la referida Ley establece que la acción de amparo procede en defensa del derecho de propiedad y herencia.

es proteger este derecho cuando se viole o amenace de una manera directa o derivada pero que impida el disfrute del bien.

Por lo que, el Tribunal Constitucional agrega que a través de la Acción de Amparo no se ha probado que la propiedad del demandante esté amenazada, o que se haya vulnerado de modo alguno su derecho de propiedad, ya que puede ejercer libremente los atributos inherentes al derecho de propiedad aludidos. Además, que la materia sobre la que versa la Resolución Administrativa en cuestión pertenece a un ámbito de competencia municipal, tal como está señalado en el artículo 192, inciso 5) de la Constitución. No obstante, de haberse producido alguna irregularidad o deficiencia en el procedimiento de su emisión o en lo dictaminado por esta, el demandante aún podría hacer valer su derecho en la vía ordinaria civil, mediante el proceso correspondiente que habilite la actuación de una mayor probanza. En ese sentido, el Tribunal Constitucional declaró improcedente la acción de amparo del demandante.

Al respecto, se debe señalar que se entiende a la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública como una garantía de los ciudadanos, en tanto que a diferencia de los casos de expropiación directa, en donde el Estado tiene la voluntad explícita de afectar patrimonialmente al administrado, en el caso de la responsabilidad patrimonial, el Estado respondería frente a actos no deliberados, y que por tanto, no estarían fundamentados en actos de necesidad pública.

En ese sentido, en el presente caso, podemos observar cómo es que un cambio de zonificación ocurrido en el Distrito de Santiago de Surco, se alega que termina afectando el derecho de propiedad de una de las personas que reside en dicho Distrito, al modificarse el número de pisos que pueden ser construidos en la Urbanización de Valle Hermoso de Monterrico, pero que el Tribunal Constitucional termina sentenciando como improcedente la acción de amparo demandada en la medida que no se habría probado que el ejercicio del derecho de propiedad del demandante se haya encontrado amenazado.

Lo cual, se encontraría también amparado por lo dispuesto en el artículo 238° de la Ley N° 27444, al señalar que sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas. Ello, en tanto que según el Tribunal Constitucional, el sólo hecho de haberse modificado la

zonificación del lugar de residencia del demandante, no significa que se haya vulnerado el derecho de propiedad de este, por lo que en si no existiría ningún daño directo e inmediato causado por la administración y que deba ser reparado.

Este caso, sin embargo, ante la alegación de una expropiación indirecta por parte del demandante, de encontrarse amparada esta figura jurídica en el derecho interno, podría su pretensión quizás haber resultado favorable para este. Ello, en tanto que la expropiación indirecta, lo que busca proteger es la afectación del derecho de propiedad de las personas, producto de la regulación emitida por alguna entidad del Estado, haya sido esta emitida de forma legítima o no. Por lo que, el demandante pudo haber alegado que el adquirió un determinado predio, a fin de realizar cierta actividad económica amparado por la zonificación existente al momento de su compra, pero que producto del cambio de zonificación, su actividad económica se habría afectado económicamente, afectándose por tanto su derecho de propiedad, como sucedió en 1986 en el caso David Lucas, ocurrido en Carolina del Sur¹⁰¹.

2. CASO COMPAÑÍA MINERA AGREGADOS CALCÁREOS S.A. (Exp. Nro. 203-96-AA/TC)

El presente caso es con relación al recurso extraordinario interpuesto por la Compañía Minera Agregados Calcáreos S.A. contra la resolución expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 18 de abril de 1996, que declaró infundada su Acción de Amparo.

La Compañía Minera había interpuesto demanda de Acción de Amparo contra la Municipalidad de Lima Metropolitana con la finalidad de que se le inaplique la Resolución de Consejo N° 007-94 de fecha 24 de enero de 1994, en razón a que dicha Resolución había declarado nula la Resolución de Alcaldía N° 2007-89-MLM-AM de fecha 23 de noviembre de 1989 en la que se le concedía un plazo de erradicación hasta el 26 de junio de 1997, disponiéndose a su vez su erradicación inmediata conculcándose con ello su derecho constitucional a trabajar libremente con sujeción a la ley; solicitar información por parte de entidades públicas; a la propiedad; a la defensa legítima; al acatamiento de la jerarquía normativa; a las garantías de iniciativa privada, a la libertad de trabajo; a la inviolabilidad del derecho de propiedad y al establecimiento de la competencia por parte de Consejo Municipal de funciones únicamente normativas y

¹⁰¹ PASQUEL, Enrique. *Tomando la Propiedad en serio: las Expropiaciones regulatorias o indirectas*. En: Revista Ius Et Veritas, Nro. 31, p. 1.

fiscalizadoras. El demandante ampara su demanda en lo dispuesto por el artículo 110° de la Ley General de Procedimientos Administrativos, los artículos 191°, 51° y 2° inciso 23) de la Constitución, Decreto Legislativo N° 757¹⁰² y demás normas concordantes.

El Vigésimo Noveno Juzgado en lo Civil de Lima con fecha 10 de mayo de 1994 declaró infundada la demanda, por considerar, entre otras razones que la resolución impugnada fue emitida el 24 de enero de 1994 en aplicación del artículo 112° del Decreto Supremo N° 006-67-SC “Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos” por disposición del Decreto Ley N° 26111 aún vigente hasta el 31 de enero de 1994, el mismo que no establecía plazo alguno para declarar la nulidad de los actos administrativos y que estuvo vigente hasta el 31 de enero de 1994 en que se publicó el Decreto Supremo N° 02-94-JUS¹⁰³, asimismo los Decretos Supremos N°s 048-71-IC, 047-84-ITI/IND y 033-89-ICTI del 28 de diciembre de 1989, los cuales prorrogaban los plazos, disponiendo este último que las empresas industriales ubicadas en zonas no industriales debían de reubicarse en zonas de uso conformes a su actividad, en un plazo que no excederá al 30 de diciembre de 1994, en mérito a que no se puede ir contra los derechos fundamentales de la persona a la salud, y a gozar de un ambiente equilibrado.

Por lo que, la demandante pretendía mediante la acción de amparo que se le inaplique la Resolución de Concejo N° 007-94 de fecha 24 de enero de 1994, la cual declaraba nula la Resolución de Alcaldía N° 2007-89-MLM-AM de fecha 23 de noviembre de 1989 y que dicha nulidad estaba afuera del plazo previsto por el artículo 110° de la Ley General de Procedimientos Administrativos; para el caso, se señala que la norma que invoca la demandante manifestando que no ha sido observada por la autoridad administrativa no es la que estaba vigente en la fecha en que se expidió la resolución impugnada, sino el Decreto Supremo N° 006-67-SC “Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos” y que estuvo vigente hasta el 31 de enero de 1994, dicha norma en su artículo 112° no establecía plazo para declarar la nulidad de los actos administrativos, consecuentemente no se había conculcado el derecho al debido proceso que invoca la demandante.

¹⁰² Este Decreto Legislativo tiene por objeto garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas, efectuadas o por efectuarse, en todos los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la Constitución y las Leyes. Asimismo establece derechos, garantías y obligaciones que son de aplicación a todas, las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que sean titulares de inversiones en el país.

¹⁰³ Este Decreto Supremo, que no se encuentra vigente en la actualidad, aprobaba el Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aplicándose a los procesos administrativos que se siguen ante las diversas entidades de la Administración Pública que resuelven cuestiones contenciosas entre dos o más particulares, entre éstos y la Administración Pública o entre entidades de esta última, también se aplica a los actos administrativos inherentes a las funciones propias de la Administración Pública que se inicien de oficio, tales como inspecciones, fiscalizaciones y otras acciones de supervisión.

El Tribunal Constitucional señaló que la Municipalidad de Lima Metropolitana en ejercicio de las facultades que le otorgan los artículos 62° y 66° inciso 1) de la Ley Orgánica de Municipalidades y las normas aplicables vigentes a la fecha de acontecidos los hechos, expidió la resolución impugnada, es decir la demandada no ha cometido ninguna arbitrariedad.

Asimismo, el Tribunal Constitucional manifestó que no existía violación al derecho de propiedad de la actora, en razón a que la demandada no estaba privando ni realizando actos que vayan en contra de tal derecho, sino en el ejercicio de las facultades que le confería su Ley Orgánica y demás normas pertinentes, señalando que el giro del negocio que realizaba la demandante no era el adecuado para la zona donde se encontraba ubicada su propiedad, es decir, que la demandante aún podía ejercer todos los derechos le son inherentes como propietaria de un bien como transferir bajo cualquier título, hipotecar, etc. Por ello, el referido Tribunal declaró infundada la acción de amparo.

Al respecto, en este caso, básicamente se discutía la permanencia de la Compañía Minera Agregados Calcáreos S.A. en el lugar en que se encontraba ejerciendo su actividad económica, en tanto que se argumentaba que el giro del negocio de dicha compañía no se ajustaba a la zonificación señalada por la Municipalidad de Lima Metropolitana, a efectos de evitar, entre otros, la contaminación del medio ambiente y por ende, el perjuicio de la salud del vecindario.

Al respecto, como se ha hecho mención, a fin de poder atender este caso, debemos tener en cuenta que el Principio de Responsabilidad Patrimonial del Estado ha evolucionado desde la irresponsabilidad absoluta del mismo, frente a los daños causados a los administrados, hasta el reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado. En la primera parte de esa evolución, no era concebible por parte del Estado, asumir algún tipo de responsabilidad por el ejercicio de su actuación regulatoria o de administración del Estado, sobre todo en los casos de los estados monárquicos y absolutistas¹⁰⁴.

¹⁰⁴ SUAREZ HERNANDEZ, Daniel. *Responsabilidad Patrimonial del Estado derivada del Error Judicial y del Funcionamiento Anormal del Servicio Público de Justicia*. Se puede acceder a este artículo a través del siguiente link: <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/18-19/8-RESPONSABILIDAD%20PATRIMONIAL%20DEL%20ESTADO.pdf>

Es por ello, que se podría señalar que dicho pensamiento proteccionista por parte de los representantes del Estado, independientemente del tipo de Estado frente al cual nos encontremos, se mantendría hasta la actualidad con el fin de sustentar el ejercicio de su poder de regulación, en resguardo de los intereses de la población en general, como puede ser el respeto por el medio ambiente y protección de la salud de los ciudadanos.

En ese sentido, si bien de acuerdo al derecho doméstico peruano, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas. Sin embargo, no hay lugar a reparación cuando la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguardia de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.

Por lo que, en este caso, se puede observar que la actuación de la Municipalidad, se encontraría exenta de reparar los daños económicos sufridos por la Compañía Minera Agregados Calcáreos S.A, en cuanto que actuó en aras de proteger el medio ambiente, así como la salud de los ciudadanos. Lo cual, fue respaldado por el Tribunal Constitucional, al señalar que la Municipalidad de Lima Metropolitana actuó en ejercicio de sus facultades, según lo estipulado por la Ley Orgánica de Municipalidades.

Sin embargo, bajo el amparo de lo regulado para la protección de las expropiaciones indirectas a nivel internacional, considero que los intereses patrimoniales de la compañía pudieron haber sido resguardados a través del acto de reparación monetaria por parte de la Municipalidad. Ello, en el sentido de que las expropiaciones indirectas son aplicados en aquellos casos, en donde existe una afectación patrimonial producto de la actuación regulatoria del Estado, sin importar los motivos de la emisión de aquella regulación, dado que estas hubieran podido darse a fin de proteger el medio ambiente, la salud u otros intereses generales que la sociedad considera como valiosos, y que demandan protección por parte del Estado.

Aunque, la cuestión que suele surgir de ello, es en qué medida el Estado podría afectar el valor de la propiedad a través de la emisión de una determinada regulación, ya sea esta de carácter general o a través de acciones específicas en el contexto de regulaciones de carácter general, sin perjuicio de que tengan un legítimo propósito público. Lo cual, se suele responder a través del análisis casuístico.

3. CASO DON ÓSCAR ENRIQUE MORELLO SILVA (Exp. Nro. 541-1999-AA/TC)

El presente caso se encuentra relacionado al recurso extraordinario interpuesto por don Óscar Enrique Morello Silva contra la sentencia de la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente su acción de amparo.

La referida acción de amparo, que fue declarada improcedente, data del 7 de enero de 1998, fecha en la cual el recurrente interpone acción de amparo contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, con el objeto de que se suspendan los efectos de la Resolución Directoral Municipal N° 3444, de fecha 16 de octubre de 1997, mediante el cual se dispuso la clausura definitiva del establecimiento comercial (grifo) que conducía, así como el cierre del surtidor de gasolina de su propiedad, ubicado en la cuadro 8 de la Av. 28 de Julio, Lima, y, por consiguiente, solicitaba que se mantenga vigente la autorización municipal de funcionamiento.

El Tribunal Constitucional señaló que se había declarado el Centro Histórico de Lima como Patrimonio Cultural de la Humanidad, por lo que las disposiciones dictadas para su conservación son aplicables a los administrados, siempre que no sean contrarias a la legislación nacional. Además, manifestó que en el año de 1994, año anterior al de la ocurrencia de los hechos que motivan la demanda, se había emitido la Ordenanza N° 062-94-MLM que aprobaba el Reglamento de la Administración del Centro Histórico de Lima¹⁰⁵, la cual no preveía como una de las actividades a ser desarrolladas en dicha circunscripción (el Centro Histórico) el funcionamiento de grifos o estaciones de servicio, encontrándose el grifo en cuestión dentro de los límites de las microzonas a que hace referencia el reglamento. Es por ello, que el referido Tribunal confirma la sentencia recurrida que, revocando la apelada, declara improcedente la demanda.

¹⁰⁵ Este Reglamento señalaba que el sentido fundamental que orienta las acciones, intervenciones, administración y manejo de asuntos vinculados a la forma, aspecto, uso de las edificaciones y de los espacios públicos y privados dentro del CENTRO HISTORICO DE LIMA, es el de la conservación, recuperación y realce de sus valores formales, históricos y culturales en concordancia con su valor intrínseco, su significado para la Nación, su condición de Patrimonio Cultural de la Humanidad y el rol que le otorga el Plan de Desarrollo de Lima.

Al respecto, con relación al Principio de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública y su aplicación en el presente caso, se debe señalar que la jurisdicción administrativa generalmente declaraba la responsabilidad del Estado frente a los daños ocurridos en el patrimonio de los administrados, en aquellos casos en donde se demostraba que el actuar u omisión de la actuación correspondiente del Estado, era la causa directa del referido daño en el patrimonio del administrado. Por lo que, había que demostrar la falta en el servicio prestado por la administración pública, el perjuicio causado en el administrado y una relación o vínculo de causalidad entre la primera y el último. Por lo que, en esta posición la noción de falta se considera de carácter esencial, que corresponde al administrado demostrar su ocurrencia¹⁰⁶.

En ese sentido, aplicando lo señalado en el párrafo anterior al análisis del presente caso, si bien las municipalidades se encuentran facultadas para clausurar un establecimiento cuando éste no cuente con la licencia de funcionamiento respectiva, de conformidad con el artículo 119° de la Ley N° 23853¹⁰⁷, habría que determinar si la clausura del establecimiento comercial (en este caso, del grifo), habría sido realizado producto de un acto posterior de regulación de la administración pública, y no como producto de la actuación propia del administrado.

Sin embargo, si el demandante hubiera solicitado la reparación de su patrimonio producto de la afectación sufrida, con motivo del cambio de la zonificación realizada por la Municipalidad de Lima, cambiando el lugar donde se encontraba ubicado su establecimiento comercial, en lugar considerado como de relevancia cultural, este en aplicación del principio de responsabilidad patrimonial de la administración pública, no hubiera salido con una sentencia favorable para el administrado. Dado que, de acuerdo al numeral 238.2 de la Ley N° 27444, no hay lugar a reparación cuando la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en salvaguarda de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.

¹⁰⁶ *Ibíd.* p. 155.

¹⁰⁷ Este artículo establecía que las autoridades municipales pueden ordenar la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios cuando su funcionamiento está prohibido legalmente y constituye peligro o sean contrarios a las normas reglamentarias, o produzcan olores, humos, ruidos u otros daños perjudiciales para la salud o tranquilidad del vecindario.

Ahora, con relación a las expropiaciones indirectas, si el demandante hubiera alegado la aplicación de dicha herramienta jurídica en el ámbito nacional, considero que hubiera tenido una sentencia favorable a sus intereses, que termine reparando el daño obtenido en su patrimonio, dado que una de las afectaciones que protege las expropiaciones indirectas, es la afectación producida por el cambio de las condiciones preestablecidas para la explotación de un determinado giro de negocio, como lo es la explotación de un grifo, producto de un cambio de regulación por parte de la administración pública, como lo es la emisión de una ordenanza cambiando la zonificación de un determinado espacio público, en este caso, cambiándolo a centro histórico.

Cabe señalar al respecto que, a pesar de las varias decisiones emitidas en los tribunales arbitrales internacionales en materia de inversiones, la línea entre el concepto de expropiación indirecta y medidas de origen regulatorio por parte de la administración pública, que no demanden el pago de compensación por parte del administrado no ha sido claramente definido, dado que ello depende de los hechos específicos, así como de las circunstancias particulares de cada caso. Sin embargo, si bien el estudio de la casuística resulta necesario, se han planteado algunos criterios de análisis emanados de acuerdos internacionales, así como de laudos arbitrales, a fin de poder determinar la ocurrencia de una expropiación indirecta.

4. CASO EXPRESO CRUZ DEL SUR S.A. (Exp. Nro. 1497-2001-AA/TC)

En el presente caso, se tiene el recurso extraordinario interpuesto por Expreso Cruz del Sur S.A., contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de fecha 24 de octubre de 2001, que había declarado improcedente su acción de amparo.

Con fecha 26 de setiembre del 2000, Expreso Cruz del Sur S.A., había interpuesto acción de amparo contra la Municipalidad de Trujillo y su Alcalde, José Humberto Murgia Zannier, solicitando que los demandados se abstengan de:

- Impedir el acceso de sus unidades vehiculares a su terminal terrestre; y,
- Obligar a que la empresa desocupe el terminal que viene ocupando, por constituir tales hechos amenazas contra sus derechos constitucionales.

La demandante había especificado que se estaba desconociendo la previsión establecida en el segundo párrafo del artículo 74° del Decreto Legislativo N° 776, Ley de Tributación Municipal, modificado por la Ley N° 27180, cuyo texto establece que el cambio de zonificación no es oponible al titular de la licencia dentro de los 5 años de producido dicho cambio. En su caso particular, y al contar con Certificado de Zonificación de fecha 23 de julio de 1996 y Certificado de Compatibilidad de Uso y Habitabilidad N° 0603, solicitó, con fecha 03 de febrero de 1997, la expedición de la correspondiente Autorización Municipal de Apertura de Establecimiento.

Por lo que, de manera previa a la dilucidación del fondo de la presente controversia, el Tribunal Constitucional consideró necesario precisar que, resultaba totalmente impertinente invocar una supuesta falta de agotamiento de la vía administrativa sobre la base de exigir la interposición, por parte de la demandante, de un recurso de revisión.

En ese sentido, el referido Tribunal, merituando los argumentos de las partes así como las pruebas presentadas por estas, consideró legítima la demanda interpuesta, habida cuenta de que:

- La empresa demandante ha acreditado que tras contar con su Certificado de Zonificación, del 23 de julio de 1996, y su Certificado de Compatibilidad de Uso y Habitabilidad N° 0603, del 30 de enero de 1997, solicitó, con fecha 3 de febrero de 1997, la expedición de la correspondiente Autorización Municipal de Apertura de Establecimiento, requerimiento que al no ser contestado en el término de 60 días calendario, dio lugar a que operara el silencio administrativo positivo establecido en la Tercera Disposición Complementaria del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales y Procedimientos Administrativos aprobado por Decreto Supremo N° 092-94-JUS y los artículos 25° y 26° del Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa, Decreto Supremo N° 070-89-PCM. Como consecuencia de ello puede decirse que, en efecto, se encontraba bajo la presunción de operar bajo condiciones de regularidad.

- Aunque, naturalmente, la demandada podía cambiar la zonificación en la que se encontraba el terminal que utilizaba la empresa, pero sólo podía oponer dicho cambio una vez cumplidos los cinco primeros años de realizada dicha modificación, según se desprende del artículo 74° del Decreto Legislativo N° 776¹⁰⁸, modificado por la Ley N° 27180; y,
- En el caso no sólo aparecía que las restricciones sobre la recurrente derivan exclusivamente de un cambio de zonificación, sino que incluso se pretendía, mediante la aplicación de la Ordenanza N° 003-2000-MPT, de fecha 30 de marzo del 2000, aplicarle en forma retroactiva diversos requisitos, los mismos que, como se reiteró, sólo podrían ser viables a futuro pero no en forma anticipada, como lo pretendía la demandada.

Al respecto, se puede apreciar cómo se da la afectación a la actividad empresarial de un administrado, producto del cambio de zonificación, el cual, si bien en el presente caso, tuvo una sentencia favorable para este, se puede observar también, que el tribunal indicó que la entidad municipal podía cambiar la zonificación en la que se encontraba el terminal que utilizaba la empresa. Es por ello que, si la municipalidad hubiera respetado el procedimiento ordinario para el cambio de zonificación, se hubiera tenido una sentencia desfavorable para el administrado, en este caso, para la empresa Cruz del Sur.

Es por ello que, si nos pusiéramos por un momento, en el escenario en donde los funcionarios del presente caso, hubieran actuado respetando lo señalado por el ordenamiento jurídico peruano, y la empresa demandante quisiera solicitar una reparación por parte del Estado, producto del cambio de zonificación, aplicando el principio de responsabilidad de la administración pública, contenida en el artículo 238 de la LPAG, veríamos que su pretensión no sería acogida por el órgano jurisdiccional peruano, en tanto que el cambio de zonificación es una potestad de los gobiernos locales, y que si bien ello, podría potencialmente tener efectos negativos en algunos de los administrados, sería un acto respetando las competencias otorgadas por el derecho peruano.

¹⁰⁸ Este artículo establecía que la renovación de la licencia de apertura de establecimiento sólo procede cuando se produzca el cambio de giro, uso o zonificación en el área donde se encuentre el establecimiento. El cambio de zonificación no es oponible al titular de la licencia dentro de los primeros cinco (5) años de producido dicho cambio.

Además, se podría alegar que el daño acontecido producto del cambio de zonificación, no es un daño efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado, en la medida que, el cambio de zonificación no se ha realizado con el fin de perjudicar a una persona o a un grupo de administrados, sino que este tiene como fin, poder otorgar un mejor orden a la forma de vida de las personas que residen en una determinada localidad.

Lo anterior, sería un reflejo del concepto que siempre se ha tenido del Estado, como una entidad que no puede ser responsable por los daños o perjuicios ocasionados en el ejercicio de su actividad pública, lo cual descansa en el concepto de soberanía; aunque quizás podría reconocerse, no la responsabilidad del Estado, sino la del funcionario (responsabilidad subjetiva) que no cumplió con el procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico peruano, quien podría ser el único responsable del daño; lo cual, en la práctica supone que los particulares se encuentren en un completo estado de indefensión.

Sin embargo, este caso, visto desde una óptica de expropiación indirecta, podría haber tenido siempre el mismo resultado, de favorecer la posición del administrado, ya sea que la autoridad local haya o no seguido el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico peruano para realizar el cambio de zonificación, en el sentido de demostrar la vulneración de su derecho de propiedad, y que como consecuencia de ello, el Estado se vea en la obligación de reparar dicha afectación a través del pago de una indemnización¹⁰⁹.

Lo señalado en el párrafo anterior, tendría como fundamento que es generalmente reconocido como una norma a nivel internacional que la propiedad, especialmente de los extranjeros, no puede ser tomada, ya sea basada en el propósito público o no, sin que el titular del derecho de propiedad no haya recibido una compensación adecuada (cabe señalar, que actualmente no existe una posición concreta respecto al standard de compensación, tanto en los tribunales y en el campo académico)¹¹⁰.

¹⁰⁹ OECD (2004), "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law", *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/04, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/780155872321>

¹¹⁰ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 28

También se debe indicar que la línea entre el concepto de expropiación indirecta y medidas regulatorias por parte de los Estados que no requerirían el pago de una compensación no es del todo clara, por lo que, el poder establecer si nos encontramos ante la ocurrencia de una expropiación indirecta o no, dependerá de los hechos ocurridos en cada caso en particular, así como de las circunstancias que rodean a cada uno de ellos.

Sin embargo, si bien resulta necesario el análisis que hay que realizar caso por caso, existen ciertos criterios que han ido emergiendo de la examinación de acuerdos internacionales, así como de decisiones arbitrales, que nos ayudarían a poder determinar la ocurrencia de una expropiación indirecta, y por lo tanto, la obligación de compensar por parte del Estado. Lo cual, de haberse aplicado en el presente caso, el demandante podría haber sido indemnizado, independientemente del propósito público buscado por la autoridad local con la implementación del cambio de zonificación.

5. CASO ASOCIACION DE COMERCIANTES SAN RAMON Y FIGARI (Exp. Nro. 007-2006-PI/TC)

El presente caso trata de la demanda interpuesta ante el Tribunal Constitucional por la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari (en adelante, la demandante), la cual manifiesta que, mediante la Ordenanza Nro. 212-2005 emitida por la Municipalidad de Miraflores, se restringió el horario de atención y funcionamiento de los locales comerciales ubicados en las calles San Ramón y Figari, denominada Calle de las Pizzas, y zonas de influencia constituidas por la Av. Oscar Benavides (diagonal) cuadras 3 y 4; calle Berlín, cuadras 1, 2 y 3 y calle Bellavista, cuadras 1 y 2, del distrito de Miraflores, imponiéndose el límite para apertura de los establecimientos comerciales hasta la 1 a.m. de lunes a jueves y hasta las 2 a.m. los días viernes, sábados y feriados. La Municipalidad de Miraflores señaló que le asistía la facultad constitucional de ejercer sus funciones de gobierno emitiendo para ello ordenanzas municipales en virtud de su autonomía política, económica y administrativa, es así que emitió otra Ordenanza, la 214-2005, la cual complementaba a la Ordenanza 212-2005, en la medida que, si bien la primera Ordenanza establecía el horario en que deben cesar sus actividades los locales y establecimientos comerciales de la zona determinada, la última ordenanza fijaba el horario a partir del cual podían reiniciar sus actividades fijándolo hasta las 7:00 horas.

Ahora, a manera de resumen se procederá a señalar cual fue el análisis desarrollado por el Tribunal Constitucional:

- Los Gobiernos Municipales son titulares de competencias sobre determinadas materias. Ello significa que detentan potestad normativa para regular las materias que corresponden al ámbito de su competencia. Lo cual, se encuentra establecido por el artículo 40, primer párrafo, de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley Nro. 27972, el cual señala que las ordenanzas de las municipalidades provinciales y distritales, en la 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.
- Conforme a la Ley Orgánica de Municipalidades, el ámbito propio de regulación de una Ordenanza no se circunscribe a la aprobación de la organización interna de las Municipalidades, y la regulación de los servicios públicos, sino abarca también la regulación de las “materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa”. **En consecuencia, el problema que debería abordarse es si la materia objeto de regulación de las Ordenanzas correspondía o no a la competencia de la Municipalidad demandada.**
- Asimismo, el Tribunal Constitucional indica que la Constitución en su artículo 195°, incisos 6 y 8, establece que los Gobiernos Regionales son competentes para, planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial. Así como, desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley.

- Por lo que, el Tribunal Constitucional, señala que conforme a las disposiciones mencionadas, los Gobiernos Municipales detentan competencia sobre la regulación de los servicios en materia de recreación y sobre planificación del desarrollo urbano y zonificación. Asimismo, la Ley Orgánica de Municipalidades, establece en su artículo 79, que es condición de competencia exclusiva de la Municipalidad Distrital, la de normar, regular y otorgar autorizaciones, derechos y licencias, y realizar la fiscalización de apertura de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales de acuerdo con la zonificación.
- En ese sentido, el referido Tribunal indicó que de una interpretación literal del artículo 79° de la Ley Orgánica de Municipalidades, se infiere que la regulación de las condiciones relativas a la “apertura de establecimientos comerciales” constituye materia propia de las Municipalidades Distritales. Por lo que, bajo ese concepto debía entenderse las condiciones y requisitos que, en general, se debían satisfacer para la apertura de establecimientos comerciales.
- Por otro lado, se analizó lo señalado por la demandante en cuanto que la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ordenanza Nro. 212, establecía que el Alcalde de Miraflores se encontraba facultado, para que, mediante Decreto de Alcaldía, dicte normas complementarias a la referida Ordenanza así como también pueda señalar nuevos lugares del distrito en los que se pudiese general la misma problemática, a la que se aplicaran las reglas de la Ordenanza 212.
- El Tribunal Constitucional señaló que la facultad de que a través de un Decreto de Alcaldía se extienda el ámbito de aplicación de las regulaciones de la Ordenanza a otros lugares del distrito, no constituía una concretización o especificación de aquella que pudiera ser comprendida como ejercicio de la potestad reglamentaria del Alcalde, sino la introducción ex novo de una norma, aun no existente, en otros lugares del distrito, pero no a través de una Ordenanza, sino a través de un Decreto de Alcaldía.

- Asimismo, la demandante sostuvo que la norma cuestionada era contraria al carácter general que debe revestir toda ordenanza de conformidad con lo establecido en el artículo 40° de la Ley Nro. 27972, esto es, *que deba tener “como ámbito de aplicación a toda la jurisdicción distrital y no a un sector localizado y específico integrante de aquella”*.
- Lo señalado en el párrafo anterior, tenía su sustento en el hecho de que la Ordenanza Nro. 212-2005, expedida por la Municipalidad de Miraflores y publicada el 2 de noviembre de 2005, establecía en su artículo 1 un “horario máximo de funcionamiento y atención al público” para el caso de “locales y establecimientos comerciales” que se ubican en la “Calle de las Pizzas” y demás “zonas de influencia”. Por lo que, conforme a dicha disposición el horario máximo de funcionamiento era de domingo a jueves, a la 1:00 a.m. del día siguiente, y de viernes, sábado y vísperas de feriado, hasta las 2:00 a.m. del día siguiente.
- El Tribunal Constitucional señaló que, una norma general puede no obstante tener como destinatario un conjunto o sector de la población, **con lo cual no se infringe el principio de generalidad de las normas**, siempre y cuando el tratamiento diferente que se haya establecido no sea contrario al derecho a la igualdad de las personas. *Para tal efecto, ha de analizarse la restricción del horario en aplicación del principio de proporcionalidad.*
- Correspondía entonces examinar si la Ordenanza cuestionada constituía una norma general y, adicionalmente, si es que ella no era contraria al derecho a la igualdad. Por lo que, en cuanto al primer aspecto, cabía afirmar que ella satisfacía el requisito de generalidad debido a que el supuesto era abstracto y los destinatarios eran indeterminados.
- El supuesto era los “locales y establecimientos comerciales” que se ubican en la denominada Calle de las Pizzas y “zonas de influencia”. *El objeto de regulación de la Ordenanza no es un supuesto concreto, sino cualquier establecimiento que este ubicado en esa zona, se trata de cualquier local o cualquier establecimiento, actual o futuro, con lo cual se satisfacía la exigencia de abstracción; pero, además, constituía una regulación cuyos destinatarios no estaban determinados en función de los caracteres o condiciones personales de sus titulares, sino al margen del titular o los titulares de dichos establecimientos, de modo que dentro*

de ella quedan comprendidas todas las personas que desarrollan actividades comerciales en la zona o cualquiera que, en el futuro, pueda desarrollarla.

- Por otro lado, con respecto a la restricción de los horarios, el Tribunal Constitucional realiza un análisis interesante, en cuanto que señala que podría restringirse, incluso más, tal horario, **pero ello no garantizaría la vida, la seguridad y la integridad de los trabajadores y de los concurrentes a los establecimientos.**
- En consecuencia, *la restricción de la Ordenanza era una medida inadecuada para la protección de los derechos de las personas que trabajan en establecimientos y de las personas que concurren a los mismos.* Esta conclusión podría conducir a que la restricción de la Ordenanza sea declarada inconstitucional; sin embargo, como se indicara a continuación, ella si representaba una medida proporcional, esto es, idónea, necesaria y ponderada, a efectos de proteger determinados derechos fundamentales de los residentes en las zonas aledañas a aquella donde opera la restricción analizada.
- Ahora, el Tribunal Constitucional señaló que el objetivo de la medida era la protección de la tranquilidad y el estado de salud de los vecinos residentes en las zonas aledañas a aquella donde opera la restricción analizada. En efecto, como era de público conocimiento, en la zona de restricción se producía un ruido que razonablemente podía considerarse como perturbador del sueño de los vecinos de la zona y, por tanto, el permitir que tal ruido se produzca en los horarios que opera la restricción y que corresponden justamente a los horarios de descanso o del dormir de las personas, **perturbaría intensamente el desarrollo de estas necesidades humanas.**
- El ruido que se producía en la zona de restricción originaba una contaminación acústica de considerable magnitud y se originaba, por lo menos, en tres factores. Los elevados ruidos procedentes de la música de los establecimientos, pubs, discotecas y otros. Por otra parte, el desplazamiento de los concurrentes a los establecimientos de la zona de la restricción y la evaluación de los mismos hasta altas horas de la noche o de la madrugada ocasionan ruidos provenientes tanto de las conversaciones de aquellos como también del tráfico de vehículos en la zona de restricción que traslada a los concurrentes.

- En suma, *el objetivo de la restricción era evitar la contaminación acústica de la zona aledaña a la de la restricción*. Tal objetivo tenía como fin o se justificaba en el deber de protección del poder público, en este caso de la Municipalidad, con respecto a los derechos al medio ambiente (entorno acústicamente sano) y a la tranquilidad y el derecho a la salud de los vecinos que residen en las zonas aledañas donde opera la restricción. En conclusión, siendo el fin de la restricción la protección de estos derechos, hay un fin constitucional legítimo que ampara su adopción.
- Por otro lado, el Tribunal Constitucional analizó lo referente al derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad que no se halla enunciado literalmente en la Constitución de 1993, como si lo estuvo por la Constitución de 1979. En efecto, el artículo 2, inciso 1, de la Constitución de 1979 establecía que toda persona tenía derecho a la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad.
- Por lo que, aun cuando el artículo 2°, inciso 1, de la Constitución de 1993, cuando menciona el derecho de la persona al “libre desarrollo y bienestar” pudiera interpretarse como alusivo al libre desenvolvimiento de la personalidad, tal interpretación no sería del todo correcta ya que desarrollo y bienestar, dotan de un contenido o, al menos, de una orientación, en los que habría de interpretarse la libertad de actuación.
- El libre desenvolvimiento de la personalidad constituye un derecho fundamental innominado o implícito que se deriva en el principio fundamental de dignidad de la persona (artículos 1° y 3° de la Constitución). En efecto, la valoración de la persona como centro del Estado y de la sociedad, como ser moral con capacidad de autodeterminación, implica que deba estarle también garantizado la libre manifestación de tal capacidad a través de su libre actuación general en la sociedad.

- **En consecuencia, se tenía que la intensidad de la intervención era leve, mientras que el grado de realización del fin constitucional es elevado.** Expuesto en otros términos, conforme a la ponderación efectuada se concluyó que, en la restricción del horario de atención examinada, *resulta que el grado de limitación de la libertad de trabajo y del libre desenvolvimiento de la personalidad es leve*, mientras que el grado de protección del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud es elevado. Por consiguiente, la medida adoptada satisfacía la ley de ponderación y, por tanto, era constitucional.
- Finalmente, cabe señalar que, la demandante también indico que la Ordenanza Nro. 212 establecía en su artículo segundo como sanción una multa equivalente a 1 UIT y como medida complementaria la clausura definitiva. **Por lo que, el Tribunal Constitucional señaló que esta norma no resultaba contraria al principio de razonabilidad.** Dado que, la grave intensidad de la afectación que un entorno acústicamente sano ocasiona en el derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y, de modo importante, a la salud, justifican que la Municipalidad pretenda introducir un efecto disuasorio de máxima magnitud de posibles infracciones de los límites horarios, *a través de drásticas sanciones*.
- Asimismo, el Tribunal Constitucional enfatizó que el derecho al debido proceso, establecido en el artículo 139°, inciso 3 de la Constitución, garantiza a toda persona que cualquier acto que incida en la esfera subjetiva de sus derechos, debe estar precedido de un procedimiento donde aquella pueda ejercer de manera plena los derechos que componen el derecho al debido proceso, en particular, el derecho a la defensa.

Es en base al análisis señalado que el Tribunal Constitucional declara fundada en parte la demanda, en consecuencia, declaro inconstitucional el artículo 4 de la Ordenanza Nro. 212, expedida por la Municipalidad Distrital de Miraflores, únicamente en el extremo que disponía que se dejaba sin efecto todas las Licencias Especiales dadas a la fecha, para los establecimientos comerciales ubicados en las referidas zonas, y declaro infundada la demanda en cuanto al resto de vicios de inconstitucionalidad alegados, así como con respecto a la excepción de representación defectuosa de la demandante.

Cabe señalar que en este caso, se tuvo el voto singular del Magistrado Mesia Ramírez, el cual señaló que dejaba constancia, en principio, que compartía, por los mismos fundamentos, el pronunciamiento que declaraba inconstitucional el artículo 4 de la Ordenanza Nro. 212, en la parte que dispone “déjese sin efecto todas las Licencias Especiales dadas a la fecha, para los establecimientos comerciales ubicados en las referidas zonas”. Del mismo modo, considero también que la excepción de representación defectuosa de la demandante debe desestimarse.

No obstante, disintió respecto al extremo por el que se declara “infundada la demanda en cuanto al resto de vicios de inconstitucionalidad alegados”, en tanto que señaló que la igualdad ante la ley es un principio jurídico constitucional que, entre otros aspectos, persigue tratar con igualdad en lo que somos iguales y, de diversa manera, en lo que somos diferentes.

En ese sentido, el Magistrado Mesia Ramírez, consideró que las impugnadas ordenanzas –que regulan el horario máximo de funcionamiento de los establecimientos comerciales ubicados en la denominada “Calle de las Pizzas” y demás zonas de influencia- **resultan incompatibles con la Constitución Política del Estado**, pues del examen de estas no se advierte, la razón que justifique el trato desigual con respecto a otros locales del mismo género ubicados en el mismo distrito, ni tampoco que los motivos que se alegan para justificarla sean razonables.

Por ello, fue de la opinión que la demanda debe ser declarada fundada y, por tal virtud, inconstitucional las Ordenanzas Nro. 212-2005 y 214-2005, expedidas por la Municipalidad Distrital de Miraflores.

Ahora, con relación a este caso, debemos empezar señalando que la obligación de reparar aquellos daños causados por los poderes públicos a los sujetos particulares constituye un punto importante que responde a todo Estado de Derecho como el peruano, reconociéndose este como tal, de acuerdo a lo establecido en el artículo 3 de la Constitución Política del Perú, que señala, con relación a la enumeración de derechos establecido en el artículo 2, que ellos se fundan en la dignidad del hombre, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Asimismo, la obligación de reparar los daños ocasionados como producto de la actuación del Estado, se encuentra establecido en el principio de legalidad, dado que se ha indicado que hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al Poder público puede formularse en dos ideas: que actúe, pero que obedezca a la Ley; que actúe, pero que pague el perjuicio¹¹¹.

De acuerdo a lo establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú, Ley Nro. 27444, en su artículo 238° se señala que los administrados tendrán derecho a ser indemnizados por las entidades de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que el perjuicio sea consecuencia del funcionamiento de la administración.

Por lo que, de acuerdo a lo señalado en la Ley 27444, se podría indicar que el Estado estaría otorgando una garantía patrimonial a sus administrados, que exigiría el establecimiento de instrumentos y cauces jurídicos que posibilitarían el ejercicio por parte de los particulares del derecho a ser indemnizados por toda actuación directa o indirecta del Estado, sea esta voluntaria o incidental, y que haya perjudicado su patrimonio.

Al respecto, se puede señalar que son dos las instituciones jurídico-públicas ideadas para defender a los administrados del perjuicio ocasionado en su patrimonio producto de la actuación del Estado, y que haya sido realizada por cualquiera de sus entidades, que serían la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial. Dado que, la incidencia en el patrimonio de los administrados no solo se circunscribe a los actos de expropiación, sino que coexiste con otro instituto igualmente esencial como la responsabilidad patrimonial, el cual tendría como propósito proteger a los administrados ante la ocurrencia de aquellos daños no deliberadamente causados por el Estado, que a veces son ocasionados por el funcionamiento de los servicios públicos.

Sin embargo, se ha reconocido que el carácter expansivo con el que se interpreta la responsabilidad patrimonial, no solo ha originado en algunos países, como España, una constante presentación de reclamos formulados por los ciudadanos, sino que, también ha implicado una extensión a ámbitos inicialmente exentos¹¹².

¹¹¹ RUIZ LOPEZ, Miguel Angel. *Retrospectiva y Alcance actual de la Responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador*, p. 2

¹¹² *Ibid.*, p. 3

Ahora, de acuerdo a lo analizado en el caso, vemos que este nace como producto de una actuación legítima del Estado, representado por su Gobierno Local, que sería el velar por la tranquilidad y seguridad de los vecinos mirafloresinos, ello en tanto que los establecimientos no reunían las medidas de seguridad necesarias y los propietarios de estos establecimientos venían incumpliendo las normas y medidas de seguridad establecidas por Defensa Civil, causando un peligro inminente a la vida e integridad física de las personas que laboran y concurren a dichos locales. Ello, sin perjuicio, de que se pueda discutir si se puede garantizar la vida y la integridad de las personas estableciendo una restricción de la hora máxima de apertura de un establecimiento, estando en juego tanto la tranquilidad y seguridad de los vecinos de Miraflores como también la seguridad, vida e integridad física de las personas que trabajan en los locales y de sus concurrentes. Por lo que, siendo esta una actuación legítima del Estado se podría decir que no habría lugar al pago de una indemnización bajo la institución de la Responsabilidad Patrimonial del Estado.

Por otro lado, si enfocamos este caso desde el punto de vista de la ocurrencia de una expropiación indirecta, se podría argumentar la afectación del derecho de propiedad de los comerciantes de la Calle de las Pizzas, como producto de la actuación del Estado en limitar su horario de funcionamiento. Dado que, si bien el derecho internacional consuetudinario no impide que los Estados puedan expropiar a los inversionistas extranjeros, sin embargo, ello debe darse bajo ciertas condiciones, las cuales serían que el acto de expropiación de la inversión tenga como objetivo un propósito público, respetando el debido proceso, que haya sido realizado en una forma no discriminatoria y que se haya dado el pago de una compensación.

La expropiación o deprivación de la riqueza de una persona, podría tomar diferentes formas, dado que esta podría darse de una forma directa, cuando una inversión ha sido nacionalizada o directamente expropiada a través de la transferencia formal del título de propiedad. Por lo que, de acuerdo al derecho internacional, está claro que para que la expropiación de una propiedad pueda ser considerada como legal, esta debe de ir acompañada del pago de una expropiación.

Sin embargo, la expropiación o deprivación de la propiedad podría también ocurrir a través de la interferencia por parte del Estado en el uso de la propiedad o del disfrute de sus beneficios, incluso cuando la propiedad no ha sido tomada y por lo tanto no se ha afectado el título de propiedad. Dichas medidas realizadas por el Estado tendrían un efecto similar al de la expropiación directa o nacionalización, las cuales son generalmente denominadas como expropiación indirecta, creeping expropriation o expropiación de facto, o inclusive como medidas equivalentes a la expropiación.

Cabe señalar, que bajo el derecho internacional, no todas las medidas que interfiere con el derecho de propiedad de particulares son considerados como una expropiación. Como se ha indicado, las medidas adoptadas por el Estado, prima facie son un ejercicio legal de su soberanía, pudiendo afectar considerablemente los intereses de los privados sin que ello equivalga a la ocurrencia de una expropiación. Es así que, el patrimonio de los administrados puede ser pasible de medidas tributarias, restricciones comerciales producto del otorgamiento de licencias o aplicación de cuotas al comercio, o medidas de devaluación.

En ese sentido, si aplicáramos la institución de la expropiación indirecta a la resolución del presente caso, podríamos empezar argumentando que la restricción del horario de atención no constituye una medida idónea para la prosecución del objetivo que se proponía la Municipalidad. En efecto, la protección de la integridad, la vida y la seguridad de los trabajadores de los establecimientos comerciales así como de los concurrentes a ellos podría haberse proveído a través de la implementación de un adecuado servicio de la Policía Nacional y del servicio de Serenazgo de la propia Municipalidad e, incluso, establecerse como deber de los propios establecimientos comerciales, resultante de los servicios que brindan. En suma, la protección de aquellos derechos podría haberse logrado a través de un mayor y más adecuado servicio de seguridad, mas no a través de la restricción de los horarios de atención nocturnos y de madrugada¹¹³.

Por lo que, aplicando el razonamiento desplegado en los Tribunales Internacionales de Inversión respecto a la ocurrencia o no de una expropiación indirecta, el demandante pudo haber alegado la vulneración de su derecho de propiedad, y por lo tanto, el pago de una indemnización que compense el daño sufrido. Dado que, como se podría haber alegado, y que también fue reconocido por el propio Tribunal Constitucional en el análisis del caso, que existían otros medios, que podrían ser incluso mucho más

¹¹³ Lo señalado en este párrafo fue el argumento del propio Tribunal Constitucional, según se puede observar en el párrafo 31 de la sentencia.

efectivos que la restricción misma del horario de funcionamiento de los establecimientos comerciales de la Calle de las Pizzas, y que se encontrarían más dentro del campo de acción del Estado que de los propios comerciantes, como se ha observado en el párrafo anterior, ya que si analizamos los requisitos que se deben de cumplir para que una expropiación pueda ser considerada como legal, podemos señalar lo siguiente:

- **Propósito público:** Si se cumple, en cuanto se está velando por la tranquilidad de los vecinos de Miraflores.
- **No discriminatorio:** Aquí existe discrepancia, incluso entre los mismos miembros del Tribunal Constitucional, según lo visto en el voto singular del Magistrado Mesia Ramírez, al señalar que no se advierte, la razón que justifique el trato desigual con respecto a otros locales del mismo género ubicados en el mismo distrito, ni tampoco que los motivos que se alegan para justificarla sean razonables.
- **Respeto al debido proceso:** El Tribunal Constitucional reconoció que una parte de la Ordenanza que limitaba el horario de funcionamiento de los establecimientos de la Calle de las Pizzas, iba en contra del debido proceso, en cuanto que se dejaba sin efecto todas las Licencias Especiales dadas a la fecha.
- **Pago de una compensación:** No se dio el pago de una compensación

En ese sentido, se puede observar que el caso materia de análisis, no cumpliría con tres de los cuatro requisitos que se deberían de tener en cuenta para considerar legítimo un acto de expropiación del Estado, por lo cual, de aplicarse el razonamiento de la expropiación indirecta, se podría haber determinado la ocurrencia de un acto equivalente al de una expropiación, y que además esta sea considerada como ilegal, al no haberse cumplido con todos los requisitos que a nivel internacional se han establecido para determinar un acto válido de expropiación por parte del Estado.

6. CASO EMPRESA DE TRANSPORTES TURISMO IMPERIAL S.A. (Exp. Nro. 1535-2006-PA/TC)

El presente caso trata de la demanda interpuesta por la empresa de transportes Turismo Imperial S.A. (en adelante, la demandante) contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a fin de que se declare inaplicable el Decreto Supremo Nro. 006-2004-MTC, por considerar que vulnera sus derechos constitucionales de irretroactividad de la Ley, libertad de empresa, libertad de contratación y libertad de trabajo consagrados en la Constitución.

Se sustenta la demanda en que hasta mayo del año 2000 estuvo permitida la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis de camión, y que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones expidió hasta el año 2001 Tarjetas de Circulación para ómnibus carrozados. Asimismo, se alega que por Resolución Directoral Nro. 136-97-MTC/15.18, del 27 de Junio, y por Resolución Directoral Nro. 545-2000-MTC/15.18, del 3 de abril, el Ministerio le otorgo por diez años, respectivamente, la concesión de la ruta Lima – Tarma, y viceversa, y la concesión Lima-Huancayo, y viceversa, a fin de prestar el servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros, y que en virtud de dichas resoluciones, la Dirección General de Circulación Terrestre expidió diversas Tarjetas de Circulación Vehicular.

Con respecto a la libertad de empresa, la demandante alegaba que se le estaba lesionando dicho derecho, por cuanto con una disposición posterior se le estaba prohibiendo continuar la actividad empresarial que comenzó a realizar de conformidad con las normas vigentes al momento de constituir su empresa, adquirir los vehículos y ofrecer el servicio de transporte.

Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló que de acuerdo a lo establecido en el artículo 59° de la Constitución Política del Perú, el derecho a la libertad de empresa se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. La libertad de empresa, por tanto, tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de actuación, y simultáneamente le impondrá límites a su accionar.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional, analizando el caso señala que la demandante se constituyó como una sociedad anónima, siendo su objeto social el área de servicios, el transporte de pasajeros en automóviles, tanto en el servicio urbano como interprovincial, departamental y nacional, rubro que a la fecha de su constitucional solo podía ser realizado mediante vehículos diseñados y contruidos exclusivamente para el transporte de pasajeros –mas no mediante ómnibus carrozados sobre chasis de camión-, actividad comercial que resultaba acorde con su objeto social, y que se había visto modificado por el Decreto Supremo Nro. 006-2004-MTC impugnado. Por tanto, no se acredita la invocada afectación del derecho a la libertad de empresa.

Finalmente, el Tribunal Constitucional, señala que la noción de Estado Social y Democrático de Derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora se compromete a cumplir el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad.

En tal sentido, si bien es cierto que los individuos gozan de un amplio ámbito de libertad para actuar en el mercado, y también existe la certeza de que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantiene una función supervisora y correctiva o reguladora, estimando que, ante los hechos que son de conocimiento de la opinión pública, respecto de los peligros que representa el servicio de transporte de pasajeros en ómnibus carrozados sobre chasis de camión, y los innumerables accidentes ocurridos, en materia de transporte, el Estado dispone de un mayor campo de actuación, en la medida en que de por medio se encuentran otros valores constitucionales superiores como la seguridad, la integridad y, por último, el derecho a la vida misma, el cual resulta ser de primerísimo orden e importancia, pues es el primer derecho de la persona humana reconocido por la Ley Fundamental.

Por lo que, el Tribunal Constitucional declaro infundada la demanda de amparo interpuesta por la empresa de transportes Turismo Imperial S.A.

Ahora, a fin de aplicar la Responsabilidad Patrimonial del Estado en el presente caso, se debe señalar que esta responsabilidad comprende todos aquellos supuestos cuyo común denominador se encuentra en los daños económicamente evaluables que resultan de la actividad legislativa y que acarrear la obligación de resarcimiento. Por lo que, en un primer momento, uno podría argumentar que la actividad legislativa del

Estado, si bien se presume que siempre es ejercido en aras de velar por el interés público, dicha actividad podría también causando perjuicios a un sector de la población. De otro lado, de demostrarse el perjuicio producto de la actividad legislativa del Estado, no ha resultado pacífica la cuestión de la exigibilidad de la indemnización.

En el ordenamiento jurídico peruano, se encuentra reconocido el posible daño ocasionado producto de la actividad del Estado, el cual, según Ley 27444 se establece que este debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos. Sin embargo, se establece que solo será indemnizable el perjuicio producido al administrado proveniente de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.

El caso bajo análisis, se sustenta en que de acuerdo al demandante, hasta mayo del año 2000 estuvo permitida la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis de camión, y que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones expidió hasta el año 2001 Tarjetas de Circulación para ómnibus carrozados. Asimismo, alega que el referido Ministerio le otorgo por diez años, la concesión de la ruta Lima-Tarma, y viceversa, y la concesión Lima-Huancayo, y viceversa, a fin de prestar el servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros, y que en virtud de dichas resoluciones, la Dirección General de Circulación Terrestre expidió diversas Tarjetas de Circulación Vehicular.

En ese sentido, si bien el Estado en el presente caso, actuó en aras de proteger la vida de las personas, debido a los constantes accidentes que se venían suscitando producto de que el medio de transporte usado para los viajes interprovinciales, no era el adecuado para el transporte de pasajeros, por lo que fue un uso legítimo de su poder de actuación en la vida económica de las personas, tal cual lo afirmó el Tribunal Constitucional; sin embargo, si nos situamos en el supuesto de que el Estado, sin mediar ninguna justificación real de por medio decide cancelar las autorizaciones concedidas con relación a la prestación del servicio de transporte interprovincial, podríamos encontrarnos ante el supuesto de Responsabilidad de Administración del Estado, dado que habría una responsabilidad económica de la administración pública. La cual, ha sido afrontada y resuelta, por la mayoría de países, como ha sucedido en el país de España, donde se ha acogido y regulado la responsabilidad directa y objetiva de la administración¹¹⁴.

¹¹⁴ Ibíd., p. 4

Por otro lado, si enfocáramos el caso bajo la perspectiva de la expropiación indirecta, podríamos determinar la vulneración del derecho de propiedad del demandante, y que el respeto ha dicho derecho se encuentra regulado a nivel internacional, estableciendo que cada persona natural y jurídica tiene el derecho al disfrute pacífico de sus posesiones, por lo que las personas no pueden ser privadas de sus posesiones excepto en los casos de interés público y sometido a las condiciones establecidas en el ordenamiento jurídico y por los principios del derecho internacional. Ello, lo podemos encontrar, por ejemplo, en la Convención Europea de Derechos Humanos.

Asimismo, con relación a la defensa del derecho de propiedad, se ha señalado que un acto de expropiación podría darse como resultado de la ejecución de la potestad tributaria del Estado, de un cambio general en el tipo de cambio, de la actuación de autoridades competentes del Estado en el mantenimiento del orden público, salud o moralidad, o inclusive podría darse como producto del ejercicio válido de la actividad legislativa del Estado. Lo cual, lo podemos encontrar, por ejemplo, en el Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, redactado por Sohn y Baxter.

En ese sentido, podemos observar, como es que inclusive como producto de una actuación normativa y legítima del Estado, como sucedió en el presente caso, podría darse la responsabilidad del Estado, aun esta haya tenido como propósito el velar por la vida de las personas. Dado que, lo que se busca es velar por la protección del derecho de propiedad de las personas, ya sean estas naturales o jurídicas, y que no recaiga toda la carga en el patrimonio de una sola persona, ya que si bien se encuentra dentro de la soberanía de los Estados, el poder ejercer su actividad normativa en aras de conseguir determinados propósitos públicos, se debe de reconocer que el ejercicio de dicha actividad, también podría terminar perjudicando de forma sustancial el derecho de propiedad de las personas, ya sean estas nacionales o extranjeros, sin importar, el contexto político, social o económico de las medidas adoptadas por el Estado.

7. CASO SHOUGANG HIERRO PERU S.A.A. (Exp. Nro. 01735-2008-PA/TC)

El presente caso trata de la demanda de amparo interpuesta por la empresa Shougang Hierro Perú S.A.A. (en adelante, la demandante), contra la Municipalidad Provincial de Nazca solicitando se declare inaplicable la Ordenanza Municipal Nro. 006-2007-A/MPN toda vez que la misma atentaría contra la libertad de empresa e industria, contra la libertad de trabajo y contra el derecho a la propiedad. Al respecto, la demandante es una empresa dedicada a la explotación minera de hierro y otros recursos y que cuenta con una concesión en el distrito de Marcona, en la Provincia de Nazca, departamento de Ica.

La demandante alegaba que mediante Ordenanza Municipal Nro. 006-2007-A/MPN se aprobó la “Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016”, la cual en sus numerales 2.2.3 y 2.2.3.1 del volumen A, decide cancelar todas las concesiones mineras, entre ellas la de la demandante, basándose en que tanto estas como los demás inmuebles de la demandante están dentro del área urbana de la ciudad de Marcona, transgrediéndose las norma de Medio ambiente y Protección ambiental.

Por lo que, el objeto de la demanda era cuestionar la Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016, toda vez que el mismo atentaría contra los derechos constitucionales del demandante, como son el derecho a la libertad de empresa e industria, a la libertad de trabajo y a la propiedad. Por otro lado, se discutía que la amenaza al derecho de propiedad no aparecía como tal, menos que contenga en si misma los presupuestos legales de certeza e inminencia que requiere el art. 2 del Código Procesal Constitucional, más aun si, en la ordenanza municipal se establecía que el ejercicio de los titulares de concesiones mineras en la cercanía del área de concesiones mineras a las zonas urbanas y de expansión urbana, puede dar y 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 evaluara la eventual cancelación o no de las concesiones otorgadas a la accionante.

Al respecto, el Tribunal Constitucional concluye que la Entidad demandada no solo no habría cumplido con el procedimiento especialmente previsto para el diseño y configuración del Plan de Desarrollo Urbano, atentando así contra lo expresamente previsto por las Leyes Nro. 27015 y 27056, 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, por lo que el Tribunal considero que la referida norma, la Ordenanza Municipal Nro. 006-2007-A/MPN que aprueba la “Actualización del Plan de Desarrollo urbano de la ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016, habría vulnerado el derecho a la libertad contractual de la empresa demandante y en consecuencia, debía ser declarada inaplicable al caso concreto. Por ello, el Tribunal Constitucional, declaro fundada la demanda.

Por otro lado, un hecho que resulta importante respecto de este caso es que se tiene el fundamento de voto del Magistrado Landa Arroyo, en donde se señala que la cuestión controvertida en el referido proceso se centraba en determinar si la decisión municipal expresada en la Ordenanza Municipal Nro. 006-2007-A/MPN y, concretamente, en el numeral 2.2.3 de la Actualización del Plan de Desarrollo urbano de la ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016 constituye una vulneración de los derechos de la demandante, en tanto se refiere expresamente que siendo evidente la cercanía y –en algunos 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 estará restringido, cuando no prohibido, por la inevitable trasgresión de las normas de Medio ambiente y Protección ambiental antes citadas; lo cual daría sustento para impulsar el proceso de cancelación de las concesiones mineras.

En ese sentido, el Magistrado Landa Arroyo, expreso que adicionalmente, en el presente caso, cabía analizar si nos encontramos ante lo que en doctrina se conoce como expropiación indirecta. Dado que, la noción de expropiación indirecta o expropiación regulatoria se utiliza tanto en derecho internacional como en derecho interno. 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 regulatoriamente.

Es por ello que, el Magistrado Landa Arroyo, determina que la ordenanza cuestionada es una norma jurídica emitida por un órgano de la Administración Pública por la que se obstaculiza constitucionalmente el ejercicio de facultades del derecho de propiedad sobre un bien inmueble de un titular privado, al haber calificado parte del terreno otorgado en concesión a la empresa demandante como área urbana o de expansión urbana, por lo que nos encontraríamos ante una expropiación indirecta o expropiación regulatoria. Por tanto, cabría estimar la demanda de amparo de autos.

Ahora, a fin de alegar la Responsabilidad Patrimonial del Estado en el presente caso, debemos señalar que, dicha Responsabilidad inclusive se encuentra reconocida a nivel de los países europeos, cuando por ejemplo, se da la violación del Derecho Comunitario Europeo, lo cual se encuentra reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha elaborado un cuerpo amplio de doctrina sobre la responsabilidad extracontractual del Estado.

Este principio está estrechamente conectado con los principios de eficacia directa y primacía, en la medida que la eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sufran un perjuicio causado por el Estado¹¹⁵.

Al respecto, como se ha podido apreciar en el presente caso, este se inicia producto de la emisión de una ordenanza que sienta las bases para privar a los demandantes del territorio sobre el cual ostentan un derecho económico de explotación exclusiva, lo cual amenazaba de forma directa y cierta la concesión de la cual son titulares. Ello, toda vez que comprender territorio sobre el cual existe un derecho de concesión en el área urbana de la ciudad, supone un hecho concreto destinado a menoscabar el derecho de la empresa demandante, al tratarse de derechos incompatibles sobre un mismo terreno.

¹¹⁵ *Ibíd.*, p. 21

De esta forma, la amenaza en cuestión se presentaba como real y efectiva, tal cual lo estableció el Tribunal Constitucional. En ese sentido, aplicando lo establecido por el artículo 238 de la Ley 27444, quedaría claro la responsabilidad del Estado, en cuanto que se regula que los administrados tendrán derecho a ser indemnizados por las entidades de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en casos de fuerza mayor, siempre que el perjuicio sea consecuencia del funcionamiento de la administración, lo cual sucedió en el presente caso, tal cual lo afirmo el Tribunal Constitucional.

Por otro lado, si analizamos el presente caso bajo la óptica de una expropiación indirecta, tal cual lo hizo el Magistrado Landa Arroyo, debemos señalar que de una revisión de la literatura, de la práctica de los Estados y decisiones arbitrales a nivel internacional, se puede determinar que la expropiación indirecta reúne las siguientes características:

- Es un acto atribuible al Estado
- Implica una interferencia sustancial sobre derechos de propiedad
- Se da a pesar de que el dueño permanezca con la propiedad legal o posesión del bien

A diferencia de las expropiaciones directas, en donde se da la toma de propiedad en detrimento de un particular, por ello, los tribunales tienden a ver las expropiaciones indirectas como actos de privación y no de apropiación. Por lo que, la expropiación indirecta no ha tomado relevancia práctica sino hasta cuando se empezaron a celebrar los tratados de inversión, que casi unánimemente reconocen dicha figura jurídica. En ese sentido, un inversionista protegido por un tratado puede, de forma relativamente sencilla, someter un reclamo de expropiación indirecta, en un contexto donde la actividad reguladora del Estado interfiere, de una forma u otra, ya sea parcial o totalmente, con alguno de los atributos del derecho de propiedad de los particulares¹¹⁶.

¹¹⁶ FAYA RODRIGUEZ, Alejandro. *¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo Tratados Internacionales en materia de Inversión? Un análisis contemporáneo*, p. 222. Se puede acceder a dicho artículo a través del siguiente link: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3386/8.pdf>

En ese sentido, tal y como se evidencio en el caso, la finalidad de la entidad demandada era impulsar un procedimiento de cancelación de la concesión minera, lo cual resultaría valido desde el punto de vista jurídico si para ello no se pretendiera recurrir al uso de las competencias municipales para predisponer elementos; lo que en el caso se lograría al convertir las zonas aledañas de explotación minera en terrenos urbanos y con ello modificar los niveles permitidos de contaminación existentes en dicho momento.

Por lo que, tal como lo señaló el Magistrado Landa Arroyo, se puede indicar que lo que ha sucedido en la práctica es la expropiación de facto del derecho de propiedad de la empresa demandante.

8. CASO EMPRESA DE TRANSPORTES TURISMO HUARAL S.A. (Exp. Nro. 00037-2009/CEB)

El presente caso trata de la denuncia interpuesta por la Empresa de Transportes Turismo Huaral S.A. (en adelante, Turismo Huaral), contra la Municipalidad Provincial de Huaral (en adelante, la Municipalidad) por la presunta imposición de barreras burocráticas ilegales y carentes de razonabilidad contenidas en los artículos 4 a) y 14 de la Ordenanza 009-2009-MPH, consistentes en:

- La prohibición de funcionamiento de terminales terrestres para el transporte urbano, interurbano e interprovincial de pasajeros en la zona de “Huaral Damero Histórico”; y,
- La prohibición de circulación del ingreso y salida con ómnibus de servicios de transporte interprovincial de personas en las vías señaladas como zonas “Huaral Damero Histórico” y “Huaral Centro Urbano”.

La denunciante señaló que la Municipalidad le había autorizado operar un terminal terrestre dentro de la zona de “Huaral Damero Histórico” mediante licencia de funcionamiento 2017 del 28 de noviembre de 2000; sin embargo, mediante Ordenanza 009-2009-MPH desconoció dicha autorización, al prohibir el funcionamiento de su terminal así como el tránsito de sus vehículos por las zonas de “Huaral damero Histórico” y “Huaral Centro urbano”. En tal sentido, manifestó que el gobierno local vulnero el ejercicio de sus derechos fundamentales a la libre iniciativa privada, libertad de empresa, de trabajo, transito, entre otros.

La Sala de Defensa de la Competencia Nro. 1 (en adelante, la Sala) señaló que cuando la administración desconoce derechos que anteriormente reconoció a particulares suele privarlos de su propiedad privada, afectando sus inversiones. La Constitución Política del Perú impone restricciones generales a la privación de la propiedad, estableciendo que ninguna persona puede ser privada 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.

Asimismo, la Sala indicó que la Ley del Procedimiento Administrativo General establece tres vías a través de las cuales la administración puede revisar sus propios actos. Una de ellas es la rectificación de errores, mediante la cual se enmiendan errores materiales o aritméticos que no alteren el contenido de la decisión. Otra es la nulidad de oficio, y la última vía es la revocación por la que, se revisan actos emitidos originalmente de manera válida.

Sin embargo, la Ley N° 27444 prohíbe revocar actos administrativos que confieran o declaren derechos o intereses legítimos a particulares, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Esto significa que la norma peruana impide desconocer tales prerrogativas por simples cambios de criterio de los funcionarios. Dado que, el artículo 203.3 de la Ley del Procedimiento administrativo General establece expresamente que todo procedimiento de revocación solo puede ser efectuado por la más alta autoridad de la entidad competente.

Tratándose de un procedimiento de revisión de oficio de actos administrativos, se entiende que la entidad competente es aquella que emitió el acto administrativo que confirió los derechos o intereses que se pretenden desconocer. Por lo que, una razón por la que la más alta autoridad debe efectuar el procedimiento de revocación es dotarlo de agilidad al emitirse un pronunciamiento definitivo en sede administrativa. Esto permite que el desconocimiento de derechos o intereses no sea discutido a nivel de diversas instancias prolongándose el procedimiento, sino que se deje expedita la vía contenciosa administrativa para su revisión, en caso resulte pertinente.

Teniendo en consideración los perjuicios que puede ocasionar la revocación de derechos e intereses legítimos a los administrados, el artículo 203.3 de la Ley N° 27444 establece un procedimiento que permite a los particulares exponer sus alegatos y presentar los medios de prueba que consideren pertinentes a efectos de defender tales derechos e intereses.

Esta norma tiene sustento constitucional en el numeral 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, que establece el principio del debido proceso como garantía de la función jurisdiccional, precisando su observancia en todas las instancias. Dicha garantía también es recogida de manera general por el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento administrativo General.

Ahora, si bien la revocación motivada en las causales establecidas en el artículo 203.2 supone el ejercicio regular de una atribución de la administración, ello no faculta a la autoridad a ocasionar perjuicios económicos a los particulares sin efectuar un pago por ello. En efecto, el artículo 205 de la Ley 27444 dispone que además del proceso establecido, la revocación debe prever una indemnización en sede administrativa en caso tal revisión origine un perjuicio económico a los particulares.

Una primera finalidad de la norma es la compensatoria. Garantizando una indemnización por los daños que la revocatoria pueda generar, se protege la inversión, en la medida que se asegura a los particulares contra el riesgo de que la administración cambie las “reglas de juego”. De no existir tal compensación, los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos no generarían seguridad jurídica en los administrados, quienes verían latente la posibilidad del desconocimiento de las prerrogativas que les fueron válidamente conferidas. Tal incertidumbre dificultaría las inversiones.

La Sala interpretó que no solo los pronunciamientos expresos que desconocen derechos o intereses conferidos por un acto administrativo constituyen revocación. También lo es cualquier hecho o medida que indirectamente impida o restrinja el ejercicio de tales prerrogativas, es decir, que tenga los mismos efectos que una decisión expresa de revocar de una autoridad.

Dado que la finalidad de las normas de revocación es otorgar protección a los administrados ante el riesgo de un eventual desconocimiento de sus derechos e intereses. Es decir, por causas ajenas a ellos. Por ello, la Sala interpreto que cuando la revocación es una sanción por el incumplimiento voluntario o negligente de las condiciones exigidas a los particulares para gozar de las prerrogativas conferidas, no le es aplicable los requisitos del procedimiento de revocación establecidos en los artículos 203 y 205 de la Ley 27444. Lo contrario implicaría incentivar conductas negligentes o premiar el incumplimiento de la ley.

Ahora, con respecto a la indemnización, el artículo 205.1 de la Ley N° 27444 únicamente señala que la indemnización se otorga ante la existencia de algún perjuicio económico a los administrados revocados; sin embargo, la norma no precisa que daños son indemnizables. Dado que, la revocación de actos administrativos es una figura que sigue la misma lógica que la regulación de las expropiaciones. La Ley 27117, Ley general de expropiaciones, establecía que la indemnización no comprende las inversiones efectuadas con posterioridad a la publicación de la norma que determina la expropiación¹¹⁷.

En ese sentido, la debida aplicación del procedimiento de revocación de actos administrativos que confieren derechos o intereses a los particulares es trascendente porque busca proteger derechos constitucionales y evitar daños a los administrados. Es por ello que, la Sala considero necesario definir los alcances de los artículos 203 y 205 de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento administrativo General- que regulan el procedimiento de revocación.

Por tanto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 14° de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, correspondía emitir un precedente de observancia obligatoria, cuyo texto es el siguiente:

¹¹⁷ Cabe señalar que esta Ley fue derogada por el Decreto Legislativo N° 1192, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles, transferencias de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de Interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura, en cuyo artículo 24° establece que la Expropiación a que se refiere el Artículo 70° de la Constitución Política del Perú, el Artículo 928° del Código Civil, se rigen por la referida Ley. La Expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso a favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, de inmuebles que se requieren para la ejecución de Obras de Infraestructura o por otras razones de necesidad pública o seguridad nacional declaradas por ley; y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio al Sujeto Pasivo.

- El desconocimiento de derechos o intereses conferidos por un acto administrativo debe respetar los requisitos para efectuar la revocación establecida en los artículos 203° y 205° de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo general. La omisión de cualquiera de dichos requisitos constituye barrera burocrática ilegal.
- Constituyen revocaciones indirectas el impedimento o restricción del ejercicio de los derechos o intereses conferidos por un acto administrativo, sin que exista un pronunciamiento expreso desconociendo tales prerrogativas. Todas las revocaciones indirectas son ilegales, porque ello implica que la administración no siguió el procedimiento establecido en los artículos 203 y 205 de la Ley 27444.
- Cuando el cambio de circunstancias que origina la revocación es atribuible al propio administrado, no resulta aplicable el procedimiento de revocación regulado en los artículos 203° y 205° de la Ley N° 27444.
- En los casos que corresponda otorgar indemnización, esta debe compensar los perjuicios económicos originados hasta la notificación al administrado de la resolución de revocación. Las inversiones efectuadas posteriormente no deben ser contempladas en la resolución de revocación como parte de la indemnización.
- Cuando se origine perjuicios económicamente indemnizables, la resolución de revocación deberá señalar como mínimo la cuantía de la compensación y la autoridad encargada de efectuar el pago. La indemnización se paga de manera integral, en dinero en efectivo y es exigible a partir de la emisión de la resolución de revocación.

Ahora, aplicando lo antes expuesto al caso en concreto, la Sala, en resumen, determinó lo siguiente:

- El artículo 81° de la Ley N° 27972 establece que es función exclusiva de las municipalidades provinciales normar y regular el transporte terrestre en su jurisdicción. Asimismo, el artículo 155 del Reglamento nacional de Administración de Transportes dispone que las Municipalidades provinciales son competentes para señalar las vías de ingreso y salida que obligatoriamente deberán utilizar los vehículos del servicio de transporte de personas, cuando

corresponda, para acceder a los terminales terrestres o estaciones de ruta autorizados.

- La Resolución 0128-2009/CEB-INDECOPI ya había declarado barrera burocrática ilegal la exigencia establecida en el artículo 4 a) de la Ordenanza 009-2009-MPH, consistente en prohibir el funcionamiento de terminales terrestres para el transporte interprovincial de pasajeros en la zona “Huara damero Histórico”, dado que dicha medida constituía una revocación de licencias de funcionamiento sin seguir el procedimiento establecido en la Ley 27444.
- Asimismo, la primera instancia señaló que, a través del artículo 4), la Municipalidad habría opuesto un cambio de zonificación sin respetar el plazo de cinco (5) años previsto en el artículo 14° de la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento.
- Por otro lado, la Resolución 0128-2009/CEB-INDECOPI señaló que, de acuerdo con lo establecido por el Reglamento nacional de Administración de Transportes, las municipalidades provinciales pueden declarar la saturación de vías o áreas en su jurisdicción siempre que sustenten dicha decisión en un estudio técnico. Sin embargo, en el presente caso, la Municipalidad no acreditó la existencia de tal informe.
- Cabe señalar que, la Municipalidad alegó que la Comisión no podía declarar la ilegalidad de la Ordenanza 009-2009-MPH, en tanto dicha norma aun no producía efectos. La Municipalidad también señaló que, de acuerdo con lo dispuesto por la sexta disposición complementaria de la ordenanza, la medida cuestionada no entraría en vigencia hasta que se reglamente por el alcalde provincial.
- Asimismo, la Municipalidad señaló que Turismo Huaral no contaba con el certificado de habilitación de terminal terrestre para operar en el local ubicado en la Avenida Chancay 300 y Calle Julio C. Tello s/n con la Av. Estación s/n. La Municipalidad sustentó su afirmación en el Oficio 20085-2008-MTC/15.02, en el cual se señaló que Turismo Huaral contaba con una autorización para operar en el terminal terrestre ubicado en la Avenida Benjamín Vizquerra 214, Huaral.

- Por otro lado, en su apelación, la Municipalidad señaló que el cuestionamiento a las restricciones contenidas en una ordenanza solo puede ser canalizado a través de un proceso de inconstitucionalidad, por ser una norma con rango legal. Sin embargo, la Sala determinó que el ordenamiento jurídico vigente ha establecido un mecanismo legal para el cuestionamiento en sede administrativa, de aquellas barreras burocráticas que los particulares consideren que afectan su acceso o permanencia en el mercado, esto es, el procedimiento de denuncia contra barreras burocráticas seguido ante la Comisión de Eliminación de Barreras burocráticas de Indecopi.
- La Sala determinó que en la medida que la disposición cuestionada constituye una prohibición emanada de la administración pública que impacta en el desarrollo de una actividad económica, califica como la imposición de una barrera burocrática y, por tanto, puede ser evaluada por la Comisión, en sus aspectos de legalidad y razonabilidad.
- Por ello, contrariamente a lo señalado por la Municipalidad, el cuestionamiento de las disposiciones contenidas en la Ordenanza 009-2009-MPH no solo puede ser tramitado a través de un proceso de inconstitucionalidad, ya que la Comisión también es competente para evaluar dichas exigencias.
- Por otra parte, la Municipalidad señaló que otra razón para interponer el proceso de inconstitucionalidad es que Turismo Huaral ha invocado la presunta vulneración de derechos constitucionales. Al respecto, la Sala señaló que la defensa del derecho a la libre iniciativa privada puede realizarse a través de distintas vías paralelas contempladas por el ordenamiento jurídico, entre ellas, la acción de inconstitucionalidad y el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas ante el Indecopi. La razón por la que existen vías paralelas es que sus efectos, objetivos y requisitos para utilizarlos son distintos.

Si analizamos el presente caso desde la perspectiva de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, podemos hacer una analogía con la aplicación de dicho precepto jurídico en el ordenamiento jurídico español, como por ejemplo, los importantes cambios legislativos producidos en las Comunidades autónomas de las Islas baleares y de las Islas canarias, que son comunidades muy desarrolladas debido principalmente a su alto atractivo turístico, han sido determinantes en los últimos años de una consolidada jurisprudencia sobre acciones de responsabilidad patrimonial por actos legislativos con

incidencia en el ámbito urbanístico, como se vio también en el caso bajo análisis, especialmente la desclasificación de suelo urbano o urbanizable¹¹⁸.

Por lo que, si aplicamos lo señalado en el párrafo anterior en el presente caso, podemos observar que Turismo Huaral fue impedida de seguir ejerciendo su actividad económica, en tanto que la Municipalidad había declarado la saturación vial de su jurisdicción sin contar con un estudio técnico que la sustente, siendo que además vulnero el plazo establecido legalmente para oponer un cambio de zonificación a los agentes económicos. Por lo que se aplicaría lo dispuesto por el artículo 238 de la Ley 27444, en tanto que los administrados tienen derecho a ser indemnizados por las entidades de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en casos de fuerza mayor, siempre que el perjuicio sea consecuencia del funcionamiento de la administración.

Ahora, si enfocamos el caso desde el punto de vista de la ocurrencia de una expropiación indirecta, podemos señalar que la discusión en torno a la ocurrencia de una expropiación indirecta, se plantea debido a que en esta no existe la transferencia del título de propiedad. Es decir, cuando el Estado realiza una serie de actos que afectan el derecho de propiedad de una persona, pero manteniendo su título de propietario respecto al bien afectado de forma sustancial¹¹⁹.

En ese sentido, se puede observar de acuerdo al análisis de los hechos en el presente caso, que las prohibiciones establecidas por la Ordenanza 009-2009-MPH implicaban un desconocimiento de la licencia de funcionamiento otorgada a Turismo Huaral, contraviniendo lo dispuesto por los artículos 203 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, 14 de la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento y 94 y 155 del Reglamento Nacional de Administración de Transportes aplicables al caso.

Asimismo, se determinó que la Municipalidad restringió la circulación de los vehículos en las zonas de “Huaral Damero Histórico” y “Huaral Centro urbano” en merito a la saturación de dicha área, sin haber sustentado su decisión en un estudio técnico, como lo dispone el artículo 94° del Reglamento Nacional de Administración de Transportes, vigente durante la emisión de la ordenanza cuestionada.

¹¹⁸ RUIZ LOPEZ, Miguel Ángel, Óp. Cit., p. 27

¹¹⁹ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 7

Es por ello, que en el presente caso se hizo referencia a la ocurrencia de una revocación indirecta, en tanto que a pesar de la soberanía que el Estado detenta, la propiedad de los particulares puede verse restringida, y más aún, ello podría implicar la responsabilidad del Estado, en tanto se cometa la violación del derecho internacional, como así lo declaró la Corte permanente de Justicia en el caso Chorzow al señalar que es un principio de derecho internacional, e incluso una concepción general del derecho, que cualquier incumplimiento de un compromiso envuelve una obligación de reparación¹²⁰.

9. CASO TITO JABIER FERNANDEZ RODRIGUEZ (Exp. Nro. 03258-2010-PA/TC)

Este caso trata de la demanda de amparo interpuesta por el señor Tito Jabier Fernández Rodríguez (en adelante, el demandante), contra don Fredy Vela Fernández, alcalde distrital de Milpuc, a fin de que se deje sin efecto el Proyecto de Encauzamiento de las Quebradas Shasquilla y Caliche, en la parte que atraviesa el predio de su propiedad denominado La Rinconada, y que en consecuencia, se restituya el pleno goce de su uso, disponiéndose, para tal efecto, el relleno de las excavaciones realizadas.

El Tribunal Constitucional señala que el derecho de propiedad es un derecho fundamental que guarda una estrecha relación con la libertad personal, pues a través de él se expresa la libertad económica que tiene toda persona en el Estado social y democrático de derecho. El derecho de propiedad garantiza la existencia e integridad de la propiedad (corporal e incorporal) para el propietario, así como la participación del propietario en la organización y el desarrollo de un sistema económico-social.

Asimismo, el referido Tribunal indica que no obstante la protección constitucional del derecho de propiedad, el mismo artículo 70° de la Constitución, con fundamento en la prevalencia del bien común, contempla la figura de la expropiación como potestad del Estado; esto es, la privación de la titularidad de ese derecho contra la voluntad de su titular.

¹²⁰ PAEZ, Marisol. *La expropiación indirecta frente al CIADI: Consideraciones para la Autorregulación de los actos administrativos de los Estados*. En: Revista de Estudios Internacionales, p. 7. Se puede acceder a este artículo a través del siguiente link: <http://www.revistas.uchile.cl/files/journals/51/articles/14421/public/14421-54026-1-PB.pdf>

En ese sentido, teniendo en cuenta lo referente a la defensa del derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico peruano, el Tribunal Constitucional determina que el derecho de propiedad del actor respecto del inmueble materia de autos, se encuentra fehacientemente acreditado, conforme se aprecia del contrato de compraventa y acumulación de áreas de predio rustico, y que no había sido desconocido, negado ni contradicho por ninguno de los emplazados.

Por el contrario, el alcalde distrital de Milpuc, don Fredy Vela Fernández, había manifestado, al contestar la demanda que es cierto que el señor Tito Javier Fernández Rodríguez es propietario de un predio denominado La Rinconada, ubicado en la margen izquierda del río Shocol, del distrito de Milpuc, colindante con el pueblo del mismo nombre.

También estaba acreditado que la obra del Proyecto de Encauzamiento de las quebradas Shaquila y Caliche atravesaba el predio de propiedad del demandante, de acuerdo con la declaración del apoderado del alcalde. De manera que, como podía advertirse, los emplazados no solo reconocían la propiedad del actor, sino la afectación producida.

En base a lo expuesto, es que el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo, al haberse acreditado la violación del derecho de propiedad previsto en los artículos 2.16 y 70° de la Constitución Política del Perú. Por ello, se ordenó al alcalde de la Municipalidad Distrital de Milpuc, de la Provincia de Rodríguez de Mendoza, que no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la demanda; en caso contrario, se aplicarían las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

Ahora, bajo la óptica de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, se debe tener en cuenta, que el requisito fundamental para que prospere la pretensión resarcitoria es que el particular no tenga el deber jurídico de soportar la lesión producida por la aplicación de la Ley. Por ejemplo, en España, la jurisprudencia subraya que existe ese deber jurídico de soportar el daño cuando la medida de la Administración constituye una carga de carácter general que todos los administrados incluidos en el ámbito de dicha medida están obligados a cumplir sin indemnización.

La jurisprudencia española ha reiterado que el daño debe ser actual y efectivo, no hipotético, de suerte que no se admitan meras especulaciones o expectativas, y, junto a esa circunstancia, se ha venido señalando en los tribunales españoles que la falta de confianza legítima constituye el eje sobre el que gira el examen de las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si hay o no justificación para soportar el daño causado ilícitamente. Dicho principio está reconocido en la jurisprudencia española, aunque se ha considerado cuestionable su incorporación como fundamento de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator. En cualquier caso, dicho principio no aplicaría en los casos de cambios de zonificación cuando hubiera existido un retraso imputable al propietario del suelo en la realización de actuaciones de ejecución urbanística¹²¹.

En base a los hechos del caso, podemos advertir que se cumple lo referente a la Responsabilidad Patrimonial del Estado, en la medida que si bien el Proyecto de Encauzamiento de las Quebradas Shaquila y Caliche, según lo alegado por el demandado, resultaba ser de importancia a fin de salvaguardar la integridad del distrito de Milpuc, por ser de suma importancia para el desarrollo y la protección de la localidad; sin embargo, toda la carga recaía en la propiedad del demandante, por lo que no se puede alegar que el particular haya tenido el deber jurídico de soportar la lesión producida por la ejecución del encauzamiento del Proyecto.

Por otro lado, si enfocamos el caso desde el punto de vista de una Expropiación, quizás este califique más a la ocurrencia de una expropiación directa, en tanto que se afecta de forma directa la propiedad del demandante, dejándolo prácticamente sin ningún tipo de uso, producto del encauzamiento de las Quebradas Shaquila y Caliche; sin embargo, desde el punto de vista de una expropiación indirecta, vemos que la autoridad local simplemente aprobó un proyecto de encauzamiento, sin que ello en la práctica haya significado un traslado del título legal de la propiedad afectada, pero cuyos atributos se han visto limitados como consecuencia de la interferencia de la referida autoridad.

¹²¹ RUIZ LOPEZ, Miguel Ángel, Óp. Cit., p. 28

Lo señalado en el párrafo anterior ameritaría el pago de una compensación al demandante, sin embargo, se debe señalar que la costumbre internacional no reconoce el pago compensatorio por una expropiación cuando el fundamento invocado por el Estado sea el ejercicio de su poder de policía o utilidad pública. No obstante, en los Tratados Bilaterales de Inversión se ha contemplado como un requisito ante la ocurrencia de una expropiación, el pago de una compensación previa. Dado que, dichos acuerdos internacionales han establecido que los requisitos que debe cumplir el Estado para la ejecución de una expropiación legal, son la utilidad pública, no discriminación, indemnización y necesidad de un debido proceso.

Sin embargo, pese a lo señalado en los Tratados Bilaterales de Inversión, las controversias ante tribunales internacionales sobre expropiación siguen presentes, por ejemplo, según lo revela el informe anual del 2004 del CIADI, que concluye que las disputas han aumentado, hasta dicho periodo, en un 15%¹²².

10. CASO PROMOTORA E INMOBILIARIA TOWN HOUSE S.A.C. (Exp. Nro. 00239-2010-PA/TC)

El presente caso trata de la demanda de amparo interpuesta por la empresa Promotora e Inmobiliaria Town House S.A.C. (en adelante, la demandante), contra la Municipalidad metropolitana de Lima, a fin de que se le inaplique la Ordenanza Nro. 1099-MML, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de diciembre de 2007, la cual aprobaba el Reajuste integral de la Zonificación de los Usos del Suelo del Distrito de Chaclacayo. Sosteniendo que dicho dispositivo vulnera sus derechos constitucionales de propiedad, al trabajo y a la libertad de empresa.

La demandante argumentaba que a pesar de que es propietaria de los terrenos inscritos en las Partidas Electrónicas Nro. 11049950, 11204004, 11204005, 11204007 y 11801181 del Registro de Predios de Lima, y de haber obtenido la autorización municipal correspondiente para la edificación en dichos predios a través del Certificado de Zonificación y Vías Nro. 635-2007-MML-GDU-SPHU, y hasta el 7 de junio del año 2008, la entrada en vigor de la referida ordenanza le había impedido realizar cualquier tipo de edificación inicialmente autorizada puesto que ha modificado la zonificación del área donde se ubican sus terrenos denominándola “Zona de Protección y Tratamiento paisajista”, área donde estaban prohibidas tales obras. Además, advertía que dicho

¹²² PAEZ, Marisol, Óp. Cit., p. 10

cambio, al establecer una clasificación menor al tipo de zona que en aquel entonces tenían los predios, colisionaba con el artículo 35 de la Ordenanza Nro. 620-MML, que aprobaba el Plan metropolitano de Acondicionamiento territorial y Desarrollo urbano de Lima, de los Planes urbanos Distritales y Actualización de la Zonificación de los Usos del suelo de Lima.

El Tribunal Constitucional señaló que la controversia se centraba en determinar si la decisión municipal expresada en la Ordenanza Municipal Nro. 1099-MML, había afectado los derechos fundamentales de propiedad, a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa, y si esta medida adoptada se convierte en expropiatoria en contra del demandante, tal como se alega.

Se indicó que si bien la Constitución no hace mención expresa relativa a la proscripción de las expropiaciones indirectas, lo que no significa que la Constitución las tolere, una interpretación constitucional válida llevaría a concluir que toda vez que la Constitución reconoce, respeta y protege el derecho de propiedad de los privados como parte del modelo de economía social de mercado al que se adscribe y al establecer la exigencia de un adecuado procedimiento expropiatorio que incluya un pago en efectivo de indemnización justipreciada para intervenir sobre la propiedad de privados, las expropiaciones indirectas se encontrarían proscritas.

Por ello, el Tribunal Constitucional determinó que era válido afirmar sobre la norma en cuestión que, a pesar de no estar dirigida directamente al demandante, ya que es de aplicación *erga omnes*, en la práctica se produce una amenaza indirecta vulneratoria de su derecho al uso y disfrute de su propiedad al validar el cambio de zonificación impuesto por la Ordenanza Municipal 1099-MML, zonificación que ya estaba dispuesta en la Ordenanza Municipal 620-MML, y que a la luz de la teoría de los hechos cumplidos, establecidos en la Constitución Política del Perú en su artículo 103, y reiterada en distinta jurisprudencia por el Tribunal Constitucional, la norma en cuestión no podía recortar los derechos que en el tiempo se habían establecido de acuerdo a la normativa vigente en aquel entonces (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes en el tiempo determinado. Por ello, el Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda; en consecuencia se declaró inaplicable la Ordenanza 1099-MML para el caso en concreto, debiéndose respetar lo señalado en el artículo 35 de la Ordenanza Municipal Nro. 620-MML.

Por otro lado, se tiene el Voto del Magistrado Álvarez Miranda, el cual señala que desde la perspectiva constitucional, el derecho fundamental a la propiedad, como los demás derechos, posee un doble carácter: de derecho subjetivo y, a su vez, de institución objetiva valorativa. Es decir, en nuestra Constitución se reconocía a la propiedad no solo como un derecho subjetivo o individual, sino también como una institución objetiva portadora de valores y funciones.

La función social es, pues, consustancial al derecho de propiedad y su goce no puede ser realizado al margen del bien común, el cual constituye, en nuestro ordenamiento constitucional, un principio y un valor constitucional. Sin embargo, el Magistrado Álvarez Miranda, indico en su voto que, en efecto, si la Constitución reconoce, respeta y protege el derecho de propiedad de los privados como parte del modelo de economía social de mercado al que se adscribe y establece la exigencia de un adecuado procedimiento expropiatorio que incluya un pago en efectivo de indemnización justipreciada para hacerse de la propiedad de los privados, negar que las expropiaciones regulatorias o indirectas se encuentren proscritas implicaría interpretar el derecho fundamental a la propiedad de manera sumamente restrictiva. Sin embargo, tal interpretación, para el Magistrado Álvarez Miranda, no resultaba constitucionalmente admisible.

También se tiene el Voto Singular del Magistrado Calle Hayen, el cual señala que la noción de expropiación indirecta o expropiación regulatoria se utiliza tanto en derecho internacional como en derecho interno. Siguiendo múltiples pronunciamientos a través de resoluciones expedidas por tribunales internacionales se ha clasificado a las expropiaciones en dos tipos: directas, es decir, aquellos actos legislativos o administrativos que transfieren el título y la posición física de un bien, e indirectas, es decir, 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 bienes.

En ese sentido, el Magistrado Calle Hayen indicó que es menester señalar que si bien está acreditada la amenaza de vulneración al derecho de propiedad, específicamente al uso y disfrute de la misma por parte de la Municipalidad al haber dispuesto el cambio de zonificación, también era necesario precisar que toda zonificación o cambio de esta debe ir en concordancia con los derechos fundamentales y las políticas ambientales que el Estado disponga; así pues el ejercicio de este derecho –de propiedad- importa limitaciones que tienen por finalidad armonizar el derecho de propiedad individual con el orden público y el bien común.

Asimismo, se cuenta con el Voto Dirimente del Magistrado Mesia Ramírez, el cual señala que la propiedad, como derecho fundamental, se encuentra reconocido en el artículo 2.16 de la Constitución. Dicho derecho, desde una perspectiva iusprivatista, se concibe como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, el propietario puede servirse directamente del bien, percibir sus frutos y productos, y darle sentido o condición conveniente a sus intereses patrimoniales.

El Magistrado Mesía Ramírez también indicó que en efecto, la dimensión objetiva del derecho de propiedad nos obliga a concebirla ya no solo de una manera unidireccional, atributo subjetivo y absoluto a su titular, sino a considerarla teniendo en cuenta diversos derechos, bienes y atribuciones constitucionales, entre estas últimas, las concedidas a los Gobiernos locales a través del artículo 195.6 de la Constitución, que establece su competencia para planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial.

En el caso de la Municipalidad Metropolitana de Lima –que tiene asignada por el artículo 198° de la Constitución competencias y funciones específicas irrestrictas de carácter local metropolitano y regional- a través del artículo 161°, incisos 1, 2, 6 y 7, de la Ley orgánica de Municipalidades, tiene funciones especiales como las de: mantener y ampliar la infraestructura metropolitana, controlar el uso del suelo y determinar las zonas de expansión, construir sistemas metropolitanos de parques, planificar y definir la red vial metropolitana, promover la ejecución de programas de vivienda para familias de bajos recursos, diseñar y ejecutar programas de renovación urbana, promover servicios en caso de desastres, fomentar la inversión privada.

En consecuencia, la Municipalidad Metropolitana de Lima tiene como competencia constitucional planificar el desarrollo urbano incluyendo el establecimiento y modificación de los planes de zonificación, de acuerdo a las necesidades sociales económicas y físicas, así como teniendo presente la ampliación territorial de Lima, crisis ambiental, servicios y usos de tierras urbanas acorde con el bien común, información que se tendrá que tomar en cuenta al momento de emitir las licencias municipales correspondientes.

Finalmente se tiene el Voto Dirimente del Magistrado Vergara Gotelli, el cual señala que el derecho de propiedad le otorga a su titular el ejercicio pleno de las facultades jurídicas más amplias que el ordenamiento jurídico concede sobre un bien, esto es el derecho de uso, disfrute y disposición del bien. Se reconoce por ello que el derecho de propiedad como institución cumple una función social, pudiendo, claro está, encontrarse sujeta a limitaciones.

El Magistrado Vergara Gotelli indica que en el caso encontramos que a través de la emisión de la Ordenanza Nro. 1099-MML, se estableció como “Zona de Protección y Tratamiento Paisajista” la zona en la que se encuentra la propiedad de la demandante, recortando así sus facultades de uso, disfrute y disposición.

Se observó que la demandante adquirió la propiedad en el año 1998, de acuerdo a la Resolución Nro. 127-92-MML-AM-SMDU, del 30 de junio de 1992 (norma que aprobó el plano distrital de Chaclacayo), estableciendo la zona en la que tenía los terrenos la demandante, como Zona especial de Habilitación restringida (ZEHR), condición en la que se permitía efectuar habilitaciones recreacionales, restaurantes, huertas, granjas industria elemental y complementaria así como usos especiales.

En tal sentido, el Magistrado Vergara Gotelli señala que se advierte que el ente emplazado afectó el derecho de propiedad de la demandante, puesto que esta se encontraba impedida de disponer del inmueble, a través de la ordenanza cuestionada, razón por la que considerando que el ente edil tenía otros mecanismos más armónicos para dar solución al problema suscitado, correspondía estimar la demanda, debiéndose inaplicar la ordenanza cuestionada al caso de la demandante.

Ahora, sin perjuicio de las diversas opiniones que se han podido observar por parte de los Magistrados en la resolución del presente caso, si lo enfocamos desde el punto de vista de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, debemos señalar que dicha responsabilidad ha sido un tema recurrente en el ámbito del Derecho público, del Derecho Constitucional, la teoría política y, de cierta forma, también para la teoría del Derecho.

Por lo que, bajo el concepto de Responsabilidad del Estado Legislador se albergan aquellos diversos supuestos cuyo común denominador se encuentra en los daños económicamente evaluables generados por la actividad legislativa y que, en consecuencia, debieran ser indemnizados por el Estado. Siendo sus elementos los siguientes¹²³:

- La fuente directa de la Responsabilidad, la cual está compuesta por leyes formales y no reglamentos o actos de ejecución de la ley. En un Estado de Derecho en el cual sus fuentes formales se organizan bajo una estructura estratificada y en la cual la validez de las normas inferiores depende de su conformidad y adecuación sustantiva y procedimental a las superiores, constituyendo la actividad del legislador un hecho respecto de las normas contenidas en la Constitución, aquello que determinaría que los actos del legislador, son a la vez normativas y fácticas, es decir, que crea normas, pero bajo el marco de otras normas de rango superior.
- La Responsabilidad Patrimonial surge a partir de la intervención estatal limitativa o ablatoria de derechos, normalmente fundamentales – constitucionales. Como toda hipótesis de responsabilidad, ella deriva de la afectación de un derecho.
- Concurren, respecto del daño producido, circunstancias que lo hacen susceptible de ser considerado antijurídico. Como es sabido, si bien no existen derechos absolutos, sin embargo, toda facultad subjetiva admite restricción. Dado que, si bien el legislador puede limitar el ejercicio de ciertos derechos, tales límites no pueden significar en la práctica, la privación en el ejercicio de estos. Por lo que, la actuación del legislador se encontraría sometida a límites sustantivos o de contenido y a límites procedimentales. En ese sentido, aquella intervención limitativa de un derecho fundamental respecto del cual se reclama una reparación, debe ubicarse dentro de las limitaciones al ejercicio de un derecho, calificable como antijurídica.

¹²³ NUNEZ LEIVA, Ignacio. *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador y Sentencia de Inconstitucionalidad. Análisis del Caso chileno*. Ponencia para el VIII congreso Mundial de la Asociación internacional de Derecho constitucional, en la mesa temática XIII: Nuevas tendencias del Derecho constitucional en América latina, p. 1.

En ese sentido, aplicando los requisitos mencionados al interior del ordenamiento jurídico peruano, habría que determinar de acuerdo a lo dispuesto por la Ley del Procedimiento Administrativo General que los administrados tendrán el derecho a ser indemnizados por las entidades de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en casos de fuerza mayor, siempre que el perjuicio sea consecuencia del funcionamiento de la administración.

Lo señalado en el párrafo anterior, se habría cumplido en el presente caso, en la medida que la entrada en vigor de la Ordenanza Nro. 1099-MML, le habría impedido al administrado realizar cualquier tipo de edificación inicialmente autorizada puesto que había modificado la zonificación del área donde se ubican los terrenos del administrado, denominándola “Zona de Protección y Tratamiento paisajista”, área donde estarían prohibidas tales obras.

Además, se advirtió que dicho cambio, al establecer una clasificación menor al tipo de zona que en aquel entonces tenían los predios, colisionaba con el artículo 35° de la Ordenanza Nro. 620-MML, que aprobaba el Plan Metropolitano de Acondicionamiento territorial y Desarrollo urbano de Lima, de los planes urbanos distritales y actualización de la zonificación de los usos del suelo de Lima.

Por otro lado, si enfocamos el caso desde el punto de vista de la ocurrencia de una expropiación indirecta, tal como también fue analizado por alguno de los Magistrados al momento de resolver este, debemos señalar de forma preliminar, que dicho tipo de expropiaciones ha surgido de forma general, producto de la constante presión a que se ven sometidos los gobiernos por proteger su industria nacional, el medio ambiente y la salud. Por su parte, los inversionistas extranjeros han siempre buscado que los Estados receptores de la inversión no interfieran en sus derechos e intereses.

Ahora, por lo general, los Tribunales Arbitrales de Inversión, como el CIADI, se han inclinado hacia un concepto amplio de expropiación¹²⁴, es decir, han considerado que el concepto de expropiación no implica necesariamente la transferencia del derecho de propiedad, ya que bastaría con la sola privación en el ejercicio de tal derecho. Lo cual, se habría cumplido en el presente caso, en la medida que la Administración Pública a través de una sobrerregulación privó al propietario de los terrenos del ejercicio de su derecho de propiedad.

¹²⁴ PAEZ, Marisol, Óp. Cit., p. 21

Dado que, el derecho de propiedad sobre bienes tiene sentido en tanto permite extraer un mayor provecho a los bienes, ya que si no se puede disponer, usar o disfrutar los bienes, gozar de su titularidad, este carece de relevancia.

Si bien la Constitución Peruana no hace mención expresa relativa a la proscripción de las expropiaciones indirectas, no significa que la Constitución las tolere, ya que una interpretación constitucional válida lleva a concluir que toda vez que la Constitución reconoce, respeta y protege el derecho de propiedad de los privados como parte del modelo de economía social de mercado al que se adscribe y al establecer la exigencia de un adecuado procedimiento expropiatorio que incluya un pago en efectivo de indemnización justipreciada para intervenir sobre la propiedad de privados, las expropiaciones indirectas se encuentran proscribas. Al respecto, las bases constitucionales que fundamentan la protección contra las expropiaciones regulatorias o indirectas se encuentran en los artículos 70, 2, inciso 2 del artículo 63, 71 y 61 de la Constitución¹²⁵.

2.3 Análisis comparativo entre las Expropiaciones Indirectas y la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública

En el presente punto, teniendo en consideración el análisis de los casos realizados en el punto anterior, se procederá a desarrollar cada una de las características principales que identifican y diferencian a las Expropiaciones Indirectas con la figura jurídica de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, a fin de poder determinar el grado de protección, con relación al ejercicio del derecho de propiedad, y sus repercusiones jurídicas al interior del ordenamiento jurídico peruano. Para lo cual, se procederá primero con enunciar y desarrollar aquellas características que se considera tienen en común ambas figuras jurídicas, para luego pasar a desarrollar aquellas que se considera son las que marcan notoriamente sus diferencias¹²⁶:

¹²⁵ Párrafo 12 de la sentencia dada por el Tribunal Constitucional en el expediente Nro. 00239-2010-PA/TC.

¹²⁶ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 20

- **Características que tienen en común:**

- **Responsabilidad Directa**

El problema de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, producto de la actuación ilícita, así como ilícita de sus funcionarios públicos, conjuntamente con la protección administrativa y jurisdiccional de los administrados, ha constituido uno de los problemas principales del derecho administrativo. Dado que, cuando el Estado dicta un acto antijurídico, el administrado tendría la posibilidad de poder recurrir ante la sede administrativa a fin de poder contrarrestar los efectos nocivos del acto antijurídico por parte del Estado; pero, además, será necesario indemnizar el perjuicio ocasionado, por parte del o de los funcionarios implicados en la emisión del acto antijurídico, así como del propio Estado.

Es por ello que la responsabilidad civil extracontractual de la administración pública¹²⁷, consagra un régimen de responsabilidad directa, en la medida que son las entidades públicas las llamadas a indemnizar a los administrados por los daños causados por sus funcionarios o servidores públicos durante el desempeño regular, así como irregular de sus funciones, sin perjuicio de la potestad que tiene el Estado de poder repetir contra aquellos funcionarios que fueron los que directamente ocasionaron el daño, tal cual lo establece el artículo 238.6 de la LPAG¹²⁸.

En el caso de las Expropiaciones Indirectas se debe señalar que las controversias entre inversionistas extranjeros y los Estados receptores de la inversión, ha sido un tema de constante análisis por los tribunales de arbitraje internacionales, y que al igual que en la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, estos problemas suelen suceder producto de la afectación al derecho de propiedad de los inversionistas, a raíz de la actuación de entidades de la administración pública.

¹²⁷ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 12

¹²⁸ "238.6 Cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio. Sin embargo, la entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución."

Dado que el Derecho Internacional de las Inversiones ha tenido un enfoque basado básicamente en la protección brindada a los inversionistas extranjeros. Es así que la determinación de responsabilidad por parte de los Estados ante los actos que terminen perjudicando de forma sustancial alguno de los atributos del derecho de propiedad de los inversionistas, ha suscitado varias controversias internacionales, que en la actualidad son cada vez más analizadas en el marco de controversias internacionales así como por parte de la doctrina¹²⁹.

Es por ello, que el Perú ha suscrito Tratados Bilaterales de Inversión, en los cuales se protege las inversiones extranjeras dentro del territorio nacional¹³⁰. Por ejemplo, el Convenio entre la República del Perú y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, establece lo siguiente:

“Artículo 2

- (1) *Cada una de las Partes Contratantes promoverá dentro de su territorio las inversiones de nacionales y sociedades de la otra parte contratante y las admitirá de conformidad con sus leyes y reglamentaciones. Cada parte contratante asegurará un tratamiento justo y equitativo para las inversiones de los nacionales o sociedades de la otra parte contratante.*
- (2) *Ninguna de las partes contratantes perjudicará en su territorio la administración, la utilización, el uso, o el aprovechamiento de las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, a través de medidas arbitrarias o discriminatorias.”*

En ese sentido, se puede observar que al igual que en la Responsabilidad Patrimonial del Estado, los Tratados Bilaterales de Inversión también aplicarían la responsabilidad directa de los Estados, al violentar alguna de las obligaciones asumidas por estos en los referidos instrumentos internacionales, como es el otorgamiento de un trato justo y equitativo, lo cual podría también coadyuvar a la ocurrencia de una expropiación indirecta. Por lo que la responsabilidad de los funcionarios públicos conllevará a que también se plantee la responsabilidad por parte del propio Estado.

¹²⁹ ROSABAL LABRADA, Carlos Miguel. *Polémicas acerca de la Expropiación Indirecta en los Acuerdos en Materia de Inversión y la Responsabilidad Internacional del Estado*. En: Siete Tópicos sobre Derecho Internacional. Colectivo de Autores. Universidad de Granma. Cuba. 2011, p. 38.

¹³⁰ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. *Óp. Cit.*, p. 20

○ **Indemnización por Daños**

El término “responsabilidad civil” puede entenderse, como la obligación de indemnizar el daño material ilegítimamente causado por culpa o negligencia. Teniendo tres elementos clásicos: daño material, que haya sido realizado de forma ilegítima, y que sea cometido con dolo, culpa o negligencia de la persona que lo cometió.

Lo anterior se basa en la idea de que todo daño que no reconoce una conducta culpable no debe ser indemnizado porque se trataría de un daño sin intencionalidad, que podría estar eximido de responsabilidad en las causales de “caso fortuito” o “fuerza mayor”; pudiendo sostenerse que no todo daño económico, sería un daño indemnizable.

Con respecto a la Responsabilidad Patrimonial del Estado, se reconoce el derecho a ser indemnizado por el daño sufrido, tanto directo como inmediato, y las demás consecuencias que se deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral¹³¹. Ello, en la medida que los daños ocasionados en el patrimonio de los administrados, haya sido producto de la actuación del Estado, aun cuando la finalidad buscada por dichos actos, se presume que haya estado basada en el interés público.

En el caso de las Expropiaciones Indirectas, se debe partir de la premisa que esta no es per se, considerada como ilegal bajo el Derecho Internacional. Ello en la medida que un Estado tiene el poder emanado de su soberanía de expropiar los bienes de particulares, independientemente de la nacionalidad de los titulares de dichos bienes; basta que se cumplan determinados requisitos que buscarán determinar la ilicitud o no de la expropiación cometida por el Estado, como son:

- Que exista un interés público.
- Que se realice de forma no discriminatoria.
- Acorde con el debido proceso.
- Debe mediar una compensación pronta, adecuada y efectiva.

¹³¹ 238.6 Cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio. Sin embargo, la entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución.

Asimismo, se debe señalar que como producto del proceso de globalización de las relaciones económicas a nivel internacional entre los inversionistas, sus países de origen y los países receptores de inversión, se ha buscado a través de los diversos tratados bilaterales de inversión, el poder proteger y promover las referidas inversiones¹³².

Los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII), como son los APPRI y los TLC, han sido los instrumentos internacionales en donde se han plasmado una serie de estándares de protección a los inversionistas extranjeros, que si bien ya existían en el Derecho Internacional, se podría decir, que dichos estándares han gozado de una mayor relevancia a partir de su inclusión en los referidos acuerdos. Por ejemplo, el Convenio entre la República del Perú y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, con relación al trato que deben de prestar a los inversionistas extranjeros así como a sus inversiones, establece lo siguiente:

“Artículo 3°

- (1) *Ninguna de las partes contratantes someterá en su territorio a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra parte contratante o a las inversiones en las que mantengan participaciones los nacionales o sociedades de la otra parte contratante, a un trato menos favorable que el que conceda a las inversiones de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de nacionales y sociedades de terceros estados.*

- (2) *Ninguna de las Partes Contratantes someterá, en su territorio, a los nacionales o sociedades de la otra parte contratante, en cuanto se refiere a sus actividades relacionadas con inversiones, a un trato menos favorable que a sus propios nacionales y sociedades, o a los nacionales y sociedades de terceros estados.”*

Asimismo, con relación a las expropiaciones indirectas, el referido Convenio celebrado con Alemania, señala lo siguiente:

¹³² CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 22

“Artículo 4

- (1) *Las inversiones de los nacionales o sociedades de una de las partes contratantes gozarán de plena protección y seguridad jurídica en el territorio de la otra parte contratante.*
- (2) *Las inversiones de nacionales o sociedades de una parte contratante efectuadas de conformidad con el presente convenio, no podrán, en el territorio de la otra parte contratante, ser expropiadas, nacionalizadas o sometidas a otras medidas que en sus efectos equivalgan a expropiación o nacionalización, salvo por causa de necesidad pública y, en tal caso, deberán ser indemnizadas.”*

En ese sentido, de acuerdo a lo expuesto, se puede expresar que al igual que lo que sucede en la Responsabilidad Patrimonial del Estado, en las Expropiaciones Indirectas también las personas afectadas de forma sustancial en su derecho de propiedad, pueden solicitar al Estado el pago de una indemnización, la cual debe gozar de las características de ser pronta, adecuada y efectiva.

○ **Responsabilidad objetiva**

La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, parte de la premisa que el Estado es un sujeto jurídico de derechos y obligaciones frente a los administrados. Esta responsabilidad es considerada como objetiva y directa, esto es, que es el Estado quien responde de forma directa por los daños y perjuicios ocasionados a los particulares producto de la actuación administrativa de alguna de las entidades que la conforman, generalmente considerada como una actuación irregular por parte de estas¹³³.

¹³³ CASTREJÓN GARCÍA, Gabino Eduardo. *La responsabilidad patrimonial del Estado*, p. 12. Se puede acceder al referido artículo a través del siguiente link: http://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0ahUKÉwjho6Tk7OTMAhUF1B4KHZrUCRwQfFggmMAI&url=http%3A%2Fwww.acatlan.unam.mx%2Fmultidisciplina%2Ffile_download%2F122%2Fmulti-2012-01-01.pdf&usq=AFQjCNF4aiCX7SSW6B5q8fxyxnr5b4IOQA

Se debe tener en cuenta que para que exista la indemnización por Responsabilidad Patrimonial del Estado, se presume que los daños ocasionados sean de aquellos que el particular no tenga la obligación jurídica de soportar, ya que pueden haber daños que expresamente deban ser soportados por el administrado sin posibilidad de reclamo al Estado, como podrían ser los derivados de multas o sanciones en general, que si bien generan una afectación patrimonial al particular, deben ser soportados por mandato de la ley¹³⁴.

Con respecto a la responsabilidad objetiva, la Responsabilidad Patrimonial del Estado prescinde de la exigencia a la víctima de demostrar la existencia de culpa o negligencia alguna por parte de los agentes públicos para que la pretensión de resarcimiento deba estimarse, siendo suficiente que el administrado acredite la ocurrencia de un daño, producto de la actuación administrativa del Estado¹³⁵.

En el caso de las expropiaciones indirectas, se debe tener en cuenta que el concepto de expropiación ha sido siempre controversial, dado que la expropiación representa tanto la más seria vulneración de alguno de los atributos del derecho de propiedad, así como el manifiesto ejercicio de la soberanía del Estado. En el derecho internacional de las inversiones, se ha definido como la vulneración formal del derecho de propiedad en beneficio del Estado o en beneficio de privados designados por el Estado¹³⁶.

Con relación a la demostración de la ocurrencia de un daño en el caso de las expropiaciones indirectas, se puede señalar que se tiene una corriente doctrinaria “objetiva”, conocido como la doctrina del “sole effect”, que ha sido descrita como hacer que el efecto adverso del Estado en el derecho de propiedad de un inversionista, sea el principal factor, o incluso el único factor, en la determinación de si una expropiación ha ocurrido¹³⁷. En ese sentido, los términos medida equivalente a una expropiación o medida con efectos similares a una expropiación simplemente significaría medidas que tienen los mismos efectos nocivos que una expropiación en la inversión¹³⁸.

¹³⁴ CASTRO ESTRADA, Álvaro. *Responsabilidad patrimonial del Estado*, p. 66. Se puede acceder al referido artículo a través del siguiente link: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/27/pr/pr6.pdf>

¹³⁵ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 13

¹³⁶ Para definiciones de expropiaciones indirectas, se puede consultar los laudos dictados en los siguientes casos: *Sempra Energy International v. Argentina* (ARB/02/13) Laudo de Septiembre 28, 2007, para. 280; *Enron Corporation And Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina* (ARB/01/3), laudo de Mayo 22, 2007, para. 243. Disponible en: www.worldbank/icsid.org

¹³⁷ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 28

¹³⁸ Ver R. Dolzer, “Indirect Expropriation, New Developments?” *Environmental Law Journal*, vol. 11, 2002, p. 65. Esta doctrina ha sido descrita como “ortodoxa” por A. Newcombe, “The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law,” en P. Kahn, T. W. Wälde (Eds.), *New Aspects of International Investment Law*. Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 392–449.

La doctrina del “*sole effect*” ha sido aplicada en numerosos casos. Ha sido incluso conocida como la “línea Tippetts – Biloune – Metalclad”, como los tres principales casos a menudo citados en apoyo a dicha corriente doctrinaria¹³⁹.

El caso Tippetts v. Irán claramente ilustra la doctrina del *sole effect*. De hecho, los árbitros expresamente rechazaron otros criterios antes de concluir que el daño sufrido por el inversionista en sí mismo fue relevante, al señalar que la intención del gobierno es menos importante que los efectos de las medidas en los activos del inversionista, y la forma de las medidas de control o interferencia es menos importante que la realidad de su impacto¹⁴⁰.

El tribunal en el caso Biloune v. Ghana solo tomó en consideración el hecho de que la medida tuvo el efecto de causar la irreparable cesación del trabajo en el proyecto debido a la orden de parar de trabajar, la demolición de los trabajos, y el arresto y posterior deportación del señor Biloune¹⁴¹.

Finalmente, en el caso Metalclad v. México, el tribunal expresamente defendió la doctrina del “*sole effect*” señalando que el Tribunal no necesita decidir o considerar la motivación o intención de la adopción del Decreto Ecológico, asimismo añadió que la expropiación indirecta podría ocurrir incluso no siendo necesario el beneficio obvio para el estado anfitrión¹⁴².

Por tanto, la doctrina del “*sole effect*” es entonces un criterio exclusivo que rechaza cualquier tipo de análisis, en lo que respecta a los motivos por el cual el Estado adoptó una determinada medida, en el proceso de determinar si una expropiación indirecta ha ocurrido, particularmente se rechaza dicho análisis de intencionalidad del gobierno en dañar al inversionista, así como el interés público que es perseguido por la medida y el efecto beneficioso que la medida pudo haber tenido para el Estado. Por lo que es solo el daño sufrido por el inversionista el que cuenta, al momento de decidir si la medida del Estado o no, constituye una expropiación indirecta¹⁴³.

¹³⁹ R. Dolzer, “Indirect Expropriation, New Developments?” p. 78.

¹⁴⁰ Tippetts, Abbet, McCarthy, Stratton (Tams) v. Tams-Affa Consulting Engineers of Iran v. Iran, y otros, laudo de June 29, 1984, *Iran-U.S. CTR*, 6, 1986, pp. 225–226.

¹⁴¹ Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, ad hoc award of October 27, 1989, *ILR*, vol. 95, 1990, p. 209.

¹⁴² Metalclad Corporation v. Mexico (ARB (AF)/97/1), award of August 30, 2000, para. 111. Disponible en <http://italaw.com>.

¹⁴³ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 22

Cabe señalar, que el incumplimiento por parte del estado anfitrión del tratamiento que se haya comprometido a otorgar a los inversionistas, podría determinar la ocurrencia de un daño en el patrimonio de estos, que daría lugar a la ocurrencia de una expropiación indirecta, como por ejemplo, el tratamiento contenido en el Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República del Perú para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones:

“Artículo 2: Promoción y Protección de Inversiones

- 1. Cada Parte Contratante promoverá en su territorio, las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, y las admitirá de conformidad con sus leyes y reglamentaciones.*
- 2. Las inversiones realizadas por inversores de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante de conformidad con las leyes y reglamentaciones de esta última gozarán de la plena protección de este Convenio.*
- 3. Cada Parte Contratante asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias.”*

De acuerdo a lo señalado, se puede observar que la protección a las expropiaciones indirectas comparte el mismo criterio de objetividad que la Responsabilidad Patrimonial del Estado, en el sentido de que no es necesario demostrar los motivos por los cuales se emitió el acto administrativo que ocasionó el daño al administrado, sino solamente la ocurrencia de un perjuicio en su patrimonio.

○ **Criterio de Causalidad e imputación a la administración**

La indemnización reclamada al Estado por el particular exige la acreditación de la relación causa – efecto entre la actividad del Estado y los daños y perjuicios efectivamente producidos por ella¹⁴⁴. Sin embargo, podría no resultar ser sencilla la demostración de causalidad, dado que, por el contrario, ello ameritaría demostrar de una forma técnico – jurídica el actuar del Estado con el daño producido. Ello en la medida que una posición no muy rigurosa de causalidad con la actividad del Estado, podría conllevar a consecuencias económicas inaceptables para este¹⁴⁵.

Con relación a las expropiaciones indirectas, se puede señalar que casi todo respondería a la actividad del Estado, en el sentido de que este tipo de expropiación puede resultar de medidas que un Estado adopta para regular determinadas actividades económicas al interior de su territorio, inclusive si tal regulación no tiene como propósito el regular una inversión en particular¹⁴⁶.

Las condiciones bajo las cuales un Estado podría legalmente expropiar la propiedad de un inversionista extranjero se encuentran ahora respaldadas en diversos tratados bilaterales de inversión. Al amparo de dichos tratados de inversión, un Estado tiene el poder soberano de expropiar a inversionistas dentro de su territorio, debiendo cumplir con los siguientes tres requisitos: la expropiación se realice con un determinado propósito público, la medida no sea discriminatoria y el inversionista sea compensado por el daño sufrido.

A diferencia de la definición generalizada de la expropiación física o directa, la definición de expropiación indirecta permanece aún problemática. El problema crucial es el poder determinar claramente las condiciones bajo las cuales, las medidas del Estado pueden ser consideradas como equivalentes a una expropiación indirecta y, si tales requisitos, requieren que el Estado compense al inversionista por el daño causado.

¹⁴⁴ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 23

¹⁴⁵ CASTRO ESTRADA, Álvaro, Óp. Cit., p. 67.

¹⁴⁶ Como fue señalado por el Tribunal en el caso *Tippets v. Iran*, expropiación indirecta “may occur under international law through interference by a state in the use of that property or with the enjoyment of its benefits, even where legal title to the property is not affected.” *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc., Starrett Housing International, Inc., v. Iran, Bank Oman, Bank Mellat, Bank Markazi*, laudo de December 19, 1983, *Iran–US CTR*, vol. 4, p.225.

La expropiación indirecta puede darse ante la vulneración del trato ofrecido a los inversionistas directamente causado por un acto administrativo proveniente de cualquier entidad del Estado, como figura en el Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República del Perú para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones:

“Artículo 4: Expropiaciones

1. *Las inversiones de inversores de una de las Partes Contratantes gozarán de plena protección y seguridad jurídica en el territorio de la otra Parte Contratante.*
2. *Ninguna de las Partes Contratantes tomará medidas de nacionalización o expropiación, ni ninguna otra medida que tenga el mismo efecto, contra inversiones que se encuentran en su territorio y que pertenezcan a inversores de la otra Parte Contratante, a menos que dichas medidas sean tomadas por razones de seguridad nacional o utilidad pública, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal. Las medidas serán acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva.”*

Por lo que, en las expropiaciones indirectas, al igual que en el caso de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, se puede señalar que siempre se va a buscar identificar al Estado como el causante del perjuicio sufrido por el administrado o inversionista, es decir, se busca determinar el vínculo entre el daño y la acción estatal, a fin de demostrar que el acto administrativo en sí mismo, es el idóneo para producir el daño reputado por el inversionista desde un punto de vista racional y objetivo.

o **Carácter unitario**

En la Responsabilidad Patrimonial del Estado, este responde en sus tres niveles de Gobierno (Central, Regional y Local). Por ejemplo, en Colombia, su Constitución Política de 1991 consagra en su artículo 90° el régimen de responsabilidad del Estado, estableciendo que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la emisión de las autoridades públicas.

Asimismo, se establece que en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial por el daño causado al patrimonio de sus administrados, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario público, aquel deberá repetir contra este.

El referido artículo 90° surge del proyecto elaborado por el constituyente Juan Carlos Esguerra, quien en su informe señalaba que las autoridades públicas serían responsables por infracción de la Constitución y de las leyes y por aquella extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones, por lo que cualquier persona podría solicitar a la autoridad competente la aplicación de las correspondientes sanciones penales o disciplinarias. Cuando sea procedente, también se podría demandar ante el juez competente que se ordene a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.

Por lo que, como se puede apreciar claramente en el caso colombiano, cualquier autoridad del Estado, cuya actividad pública termine afectando a cualquier administrado o inversionista, puede generar que su acto culposo o no, termine afectando económicamente al Estado, al tener este que indemnizar a los administrados por el daño sufrido en su patrimonio.

En el caso de las expropiaciones indirectas, también se puede argumentar lo referente a la unidad del Estado en cuanto a la responsabilidad ocasionada por el actuar de cualquiera de sus funcionarios, sin importar el nivel de gobierno en el que se encuentren. Dado que las normas que regulan la expropiación indirecta son diseñadas para proteger a los inversionistas que son perjudicados en cualquiera de los atributos de su derecho de propiedad.

Los árbitros, por lo tanto, son requeridos en analizar la naturaleza de la medida y no solamente respecto a su forma, como fue explicado por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso de *Sporrong & Lönnroth v. Sweden*¹⁴⁷. En tanto que un Estado podría intentar esconder su intención de dañar una inversión detrás de una determinada medida, o superficialmente, buscar legitimar su medida.

¹⁴⁷ *Sporrong & Lönnroth v. Sweden*, September 23, 1982, ECHR, Series A, No. 52, para. 63.

Sin embargo, debido al hecho que los actuales tratados bilaterales de inversiones ofrecen protección sustancial a los inversionistas extranjeros, la principal incertidumbre sobre la definición de expropiación indirecta descansaría sobre la habilidad de los Estados anfitriones en mantener las inversiones pero quizás reteniendo su poder regulatorio y de policía. Lo cual, responde a que cualquier autoridad del Estado, a través del ejercicio de su labor pública, podría terminar siendo la causa de imputación de responsabilidad al Estado respecto a los efectos nocivos de sus actos en el patrimonio de los inversionistas, sin importar las razones, de propósito público o no, que tuvo la administración de afectar su propiedad, como se puede ver en el Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República del Perú para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones:

“Artículo 5: Compensaciones por pérdidas

Los inversores de una Parte Contratante, que sufrieran pérdidas en sus inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante, debido a guerra u otro conflicto armado, estado de emergencia nacional, revuelta, insurrección o motín, recibirán, en lo que se refiere a restitución, indemnización, compensación u otro resarcimiento, un tratamiento no menos favorable que el acordado a sus propios inversores o a los inversores de un tercer estado. Los pagos que resulten serán libremente transferibles.”

En ese sentido, tanto en las expropiaciones indirectas como en la Responsabilidad Patrimonial del Estado se configura un régimen sustantivo de carácter unitario, que puede ser aplicable a todas las entidades públicas de los tres niveles de Gobierno¹⁴⁸. Siendo más resaltante en el caso de las expropiaciones indirectas, en la medida que los inversionistas extranjeros se encuentran protegidos por una vasta variedad de tratados de inversiones que garantizan sus derechos, incluyendo el derecho a ser compensados en el evento de una expropiación indirecta.

Al mismo tiempo, un Estado podría adoptar regulaciones de interés público que podrían dañar los intereses económicos de los inversionistas al interior de su territorio, y que ameritarían el pago de una indemnización por parte del Estado, independientemente del nivel de gobierno en el cual la autoridad causante del daño, se encuentre.

¹⁴⁸ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 24

- **Características que no tienen en común:**

- **Con relación al interés público**

La Responsabilidad Patrimonial del Estado parte del principio de igualdad frente a las cargas públicas, el cual se puede observar de forma clara en los casos de expropiaciones directas, indemnizando a aquellas personas que hayan sufrido un daño en su patrimonio como producto de un acto legítimo o actividad normal por parte de la administración pública.

Con base en la indemnización y que una parte de los habitantes, no deberían de soportar de manera aislada la carga de un determinado proyecto de interés público, por lo que deberían de tener el derecho a una indemnización cierta, lo cual no sólo debería darse en los casos de las expropiaciones clásicas o directas, sino también en otras circunstancias o condiciones que denoten una afectación en su patrimonio; por ejemplo, limitaciones a la propiedad o a alguno de sus atributos¹⁴⁹.

Sin embargo, dentro del ordenamiento jurídico peruano, el Estado podría eximirse de realizar el pago de una indemnización, en determinados casos, que podría englobarse bajo el término genérico de interés público, como son los señalados en el numeral 238.2 de la LPAG, en donde se determina que no habrá lugar a reparación cuando la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar.

Con relación a las expropiaciones indirectas se debe señalar en primer lugar, que el derecho internacional se internaliza en el derecho domestico de cada uno de los Estados, dado que estos deben adaptarse a lo normado por el derecho internacional a fin de no violentarlo y así poder cumplir con lo pactado a nivel internacional. Sin embargo, el Estado podría tener formas particulares de adaptación del derecho internacional a su derecho interno¹⁵⁰.

¹⁴⁹ ROJAS FRANCO, Enrique. *La responsabilidad patrimonial del Estado, de las demás entidades, de la administración pública y de los funcionarios públicos*, p. 410. Se puede acceder al referido artículo a través del siguiente link: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1626/18.pdf>

¹⁵⁰ HIGA, Cesar y SACO, Víctor. *Constitucionalización del Derecho Internacional de las Inversiones: Los casos de la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo*. En: Revista de Derecho PUCP, Nro. 71, 2013, p. 232.

Dado que, la forma de cómo los Estados adaptan los compromisos asumidos a nivel internacional en su derecho interno, dependerán de una serie de factores, que básicamente podrían ser coyunturales, y que responderían al interés público de cada uno de los Estados. Sin embargo, se debe tener en cuenta que el derecho doméstico no le es oponible al derecho internacional, por lo que, los motivos que haya tenido el Estado para emitir o aplicar una determinada norma, no lo eximirá de responsabilidad frente al incumplimiento de una disposición de carácter internacional. Es por ello, que incluso en circunstancias especiales, que podrían ampararse bajo caso fortuito o fuerza mayor, el Estado aun tendría la obligación de indemnizar a los inversionistas, como sucede en el Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República del Perú para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones:

“Artículo 5: Compensaciones por pérdidas

Los inversores de una Parte Contratante, que sufrieran pérdidas en sus inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante, debido a guerra u otro conflicto armado, estado de emergencia nacional, revuelta, insurrección o motín, recibirán, en lo que se refiere a restitución, indemnización, compensación u otro resarcimiento, un tratamiento no menos favorable que el acordado a sus propios inversores o a los inversores de un tercer estado.”

Es por ello, que como podemos apreciar, que a pesar de que existen ciertas circunstancias que naturalmente podrían motivar a que el Estado actúe rápidamente, pudiendo en una gran probabilidad terminar afectando el derecho de propiedad de los inversionistas, sin importar que sean nacionales o no, vemos que en el caso del derecho internacional de las inversiones, no importaran los motivos bajo los cuales el Estado termino afectando el derecho de propiedad, ya que lo único que importa son los efectos de su actuación, como se vio con la doctrina del “sole effect”¹⁵¹.

En ese sentido, al interior de un ordenamiento jurídico no se puede aceptar que existan dos realidades distintas, por ejemplo, la igualdad de los inversionistas, sean estos nacionales o extranjeros, pero que, por otro lado, existan otro tipo de normas al interior del mismo ordenamiento jurídico que toleren o permitan la existencia de un trato desigual entre las personas a pesar de encontrarse en la misma situación¹⁵².

¹⁵¹ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 25

¹⁵² Ibíd. p. 233.

- **Con relación a la responsabilidad contractual y extra contractual**

Se debe señalar que en la antigüedad no existía ningún precepto constitucional que estipulara la responsabilidad civil del Estado producto de la actuación lícita o ilícita de sus funcionarios, lo que no debe producir extrañeza en tanto que a inicios del siglo XIX permanecía aún latente la idea de incompatibilidad entre los conceptos de soberanía y responsabilidad. Por lo que, debido a la ausencia de un principio de responsabilidad del Estado y de otros entes públicos en la norma constitucional, es que la doctrina y también la jurisprudencia, en algunos países, tuvieron la tarea de incorporar dicho principio al ordenamiento de los Estados, mediante un esforzado trabajo de adaptación a la esfera pública del régimen general de responsabilidad civil establecido en los Códigos Civiles¹⁵³.

Ahora, si bien el Estado puede ser pasible de ser responsable de los actos que realicen las entidades que lo conforman, se debe indicar que dicha responsabilidad solo abarcará a los actos de naturaleza extra contractual, en la medida que los contractuales tendrán todo un régimen interno de responsabilidades contenido en lo regulado por el Estado con los administrados o inversionistas, por ejemplo, en las cláusulas de responsabilidad contenidas en los Contratos de Concesión.

En el caso de las expropiaciones indirectas, el Estado no resultará pasible de ser demandado por el inversionista, frente a los actos de naturaleza extra contractual, sino también frente a los actos de naturaleza contractual, dado que por ejemplo, se tiene la Cláusula Paraguas, mediante la cual el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión, pueden ser consideradas como incumplimiento de los estándares contenidos en los Tratados Bilaterales de Inversión, como es el caso de las expropiaciones indirectas. Por ejemplo, en el Tratado Bilateral de Inversiones entre Peru y Australia se estipula lo siguiente:

“Article 7: Expropriation and Nationalisation

- 1. Neither Party shall nationalise, expropriate or subject to measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as “expropriation”) the investments of investors of the other Part unless the following conditions are complied with:*

¹⁵³ LEGUINA VILLA, Jesús, Óp. Cit., p. 34

- (a) *The expropriation is for a public purpose and under due process of law;*
- (b) *The expropriation is non-discriminatory; and*
- (c) *The expropriation is accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation.*

2. *The compensation referred to in paragraph 1 (c) of this Article shall be compute on the basis of the market value of the investment immediately before the expropriation or impending expropriation became public knowledge. Where that value cannot be readily ascertained, the compensation shall be determined in accordance with generally recognised principles of valuation and equitable principles, making reference to factors such as the capital invested, depreciation, capital already repatriated, replacement value currency Exchange rate movements.”*

Por lo que, como se puede apreciar, el ámbito de protección de las expropiaciones indirectas, sería mucho más amplio que el de responsabilidad patrimonial del Estado, en la medida que en la primera no se señala que esta solo cubra el incumplimiento de obligaciones contractuales o extra contractuales, sino que solo establece la responsabilidad del Estado en los casos que se pueda demostrar los efectos de actos administrativos equivalentes al de una expropiación directa¹⁵⁴. Ello, en tanto, que lo que busca resolver el estándar de expropiaciones indirectas es la tensión que surge entre el ejercicio del derecho de propiedad de los inversionistas y el ejercicio del poder de regulación legítimo de los Estados, dado que no toda interferencia gubernamental puede ser considerado como una expropiación indirecta, lo cual se determinara caso por caso, en donde los tribunales arbitrales de inversiones consideraran el propósito y efecto de la medida, el grado y duración de la interferencia, así como las legítimas expectativas del inversionista.

¹⁵⁴ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 25

▪ **Con relación a las actuaciones lícitas e ilícitas del Estado**

Al respecto, en Italia por ejemplo, se solía afirmar de forma insistente y pacífica que la responsabilidad del Estado con respecto a los daños causados como consecuencia de los actos ilícitos de sus funcionarios tenía carácter directo, debido a la aplicación de la llamada teoría orgánica, según la cual el acto dañoso originado de un órgano del Estado debe ser considerado como un acto del propio Estado, en virtud de la relación de identificación orgánica (*immedesimazione organica*) que vincula al órgano con la entidad¹⁵⁵.

Igual concepción de la responsabilidad civil estatal era considerada como un verdadero *ius receptium*, que fue el resultado acabado de un esfuerzo dogmático, por lo que se descartaba cualquier supuesto de responsabilidad indirecta del Estado o de otras entidades públicas, en base a dos principios importantes¹⁵⁶:

- En primer lugar, porque la admisión de una hipotética responsabilidad indirecta de los entes públicos hubiese implicado aceptar la existencia de una dualidad de sujetos jurídicos –a la manera del comitente y el comisionista–, dualidad que, de acuerdo con la opinión unánime en la doctrina, no podía darse en la relación existente entre el órgano y el ente público.
- En segundo lugar, porque la llamada responsabilidad indirecta de los entes administrativos venía a entrar en contradicción con un elemento esencial en la responsabilidad por los actos de un tercero, cual es la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, que, en el caso de la Administración pública, nunca hubiera podido ser determinada por el órgano jurisdiccional, dado el minucioso y reglamentado sistema de selección de los funcionarios públicos, así como el vasto conjunto de controles y medidas de vigilancia que disciplinan la actividad administrativa.

¹⁵⁵ *Ibíd.* p. 34.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, p. 35.

En el caso de las expropiaciones indirectas, a diferencia de la responsabilidad patrimonial del Estado se puede indicar que la primera guarda un nivel de protección mayor que la segunda, en tanto que en la responsabilidad patrimonial del Estado, en la práctica solo se indemnizaran en mayor medida, los actos ilícitos de los funcionarios públicos, en la medida que los actos lícitos de estos, responderían a actos con un respaldo de interés público, los cuales no serían objeto de responsabilidad de los Estados¹⁵⁷.

Ello, a diferencia de las expropiaciones indirectas, en que por ejemplo, se considera que los Gobiernos son libres de actuar en aras de salvaguardar el interés público, ya sea para la protección del medio ambiente, la emisión de un nuevo régimen tributario, el otorgamiento o el retiro de subsidios, reducción o incremento de tarifas, o la imposición de zonas urbanas o similares, los cuales, son actos lícitos del Estado, pero que podrían denotar una afectación sustancial de alguno de los atributos del derecho de propiedad de los inversionistas. Por lo que, la razonable regulación del gobierno podría no ser aplicada si cualquier inversionista se ve sustancialmente afectado y no ha obtenido una compensación al respecto.

▪ **Con relación a los eximentes de responsabilidad por parte del Estado**

Se debe empezar por señalar que de conformidad con el postulado de la responsabilidad directa de la Administración Pública, se excluía cualquier tipo de responsabilidad del funcionario público, tanto frente al ciudadano lesionado en sus derechos como frente al propio Estado, la cual no podía repetir sobre aquél la parte de la deuda resarcitoria que le correspondiese en proporción a su participación culposa en la producción del daño¹⁵⁸.

En el caso de la responsabilidad patrimonial del Estado, también no solo podría haber eximente del funcionario con respecto al Estado, sino que también podría haber una exención del propio Estado. Dado que, la indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado supone que los daños reparables sean de aquellos que el particular no tenga la obligación jurídica de soportar, ya que podrían darse daños que expresamente deben asumirse sin posibilidad de reclamo al Estado, como aquellos que se produzcan por actos de fuerza mayor, que no pueden ser imputados al Estado¹⁵⁹.

¹⁵⁷ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 26

¹⁵⁸ *Ibíd.*, p.36

¹⁵⁹ CASTRO ESTRADA, Álvaro. Óp. Cit., p. 66.

Por lo que, a diferencia de la responsabilidad patrimonial del Estado se puede observar que en el caso de las expropiaciones indirectas, no existe causal de exclusión de responsabilidad del Estado, por ejemplo, en aplicación de la doctrina del “sole effect”, en donde solamente se debe probar la privación sustancial de alguno de los atributos del derecho de propiedad de los inversionistas, la cual debe ser permanente e irreversible, representando un persistente o irreparable obstáculo¹⁶⁰. Lo cual se puede observar en el Tratado Bilateral de Inversiones entre Perú y Australia:

“Article 8: Compensation for losses

Investors of one Party whose investments in the territory of other Party suffer losses owing to war or other armed conflict, revolution, a state of national emergency, civil disturbance or other similar events, shall be accorded by the latter Party treatment, as regards compensation, restitution, indemnification, or other forms of settlement, no less favourable than that which the latter Party accords to its own investors or investors of any third State.”

Por lo que podemos apreciar que las expropiaciones indirectas tienen un ámbito de protección mayor que el de la responsabilidad patrimonial del Estado en tanto que se encuentra reconocido como norma en el derecho internacional que la propiedad de los extranjeros no puede ser expropiada, ya sea en aras de protección del interés público o no, sin una adecuada compensación. Dado que, desde décadas atrás, las disputas ante las cortes y tribunales arbitrales, así como la discusión en la doctrina, se enfocaba principalmente en el estándar de compensación del bien expropiado.

Las disputas con relación a las expropiaciones directas –principalmente relacionadas a las nacionalizaciones ocurridas en los años 70s y 80s- habían sido reemplazadas por las disputas relacionadas con la regulación de inversión extranjera y sobre “expropiaciones indirectas”. Lo cual fue visto prontamente por los primeros casos presentados bajo el NAFTA, por lo que había una constante preocupación que los conceptos de expropiación indirecta podría ser aplicable a medidas regulatorias enfocadas en proteger el medio ambiente, la salud y otros temas de interés público para la sociedad¹⁶¹.

¹⁶⁰ Con relación al grado y duración de la medida, se han tenido varios criterios, por ejemplo en el caso Middle East Cement v Egypt se estableció que 4 meses había sido considerado como tiempo suficiente para demostrar la ocurrencia de una expropiación indirecta. Sin embargo, en el caso de SD Myers v Canadá, se señaló que 18 meses había sido establecido como suficiente para la ocurrencia de una expropiación indirecta.

¹⁶¹ OECD. *Indirect expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law*. September, 2004, p. 2.

- **Con relación a las medidas de alcance general**

La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública lo que busca es generar una eficaz garantía a las nuevas libertades democráticas de los ciudadanos frente a potenciales abusos o violaciones por parte de los servidores del Estado en el ejercicio de sus actividades públicas¹⁶². Asimismo, con relación al alcance de su objeto, por ejemplo, en Italia se consideró que no existían razones fundadas para limitar el ámbito objetivo de la garantía constitucional a los derechos de libertad, ya que así se estaría introduciendo una discriminación con relación a otros derechos constitucionales y debilitándose al mismo tiempo la inmunidad del administrado en el ejercicio de estos últimos.

Por lo que en Italia, se promovió la Responsabilidad Patrimonial del Estado a nivel constitucional, introduciendo un principio de responsabilidad penal de rango constitucional a la que estarían sujetos todos los funcionarios públicos como sanción de un eventual comportamiento culpable y lesivo de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Sin embargo, en un inicio, su formulación hizo que se plantearan los siguientes problemas¹⁶³:

- La extensa fórmula de “derechos sancionados por la Constitución” venía a ampliar en la práctica la garantía constitucional a cualquier tipo de derecho subjetivo, puesto que, directa o indirectamente todos los derechos subjetivos pueden ser reconducidos a la Constitución.
- La garantía civil (responsabilidad civil), establecida en el texto constitucional junto a la garantía penal (responsabilidad penal), se articulaba defectuosamente en el sentido de que un funcionario podía vulnerar dolosa o culposamente un derecho sancionado por la Constitución sin que ello causase necesariamente un daño patrimonial generador de responsabilidad, dado que la obligación de resarcimiento solo se genera en presencia de daños injustos (“cualquier hecho doloso o culposo que causa a otro un daño injusto obliga a quien ha cometido el hecho a resarcir el daño”).

¹⁶² CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 28

¹⁶³ LEGUINA VILLA, Jesús, Óp. Cit., p. 40.

- La responsabilidad patrimonial del Estado podía generar la duda acerca de si la solidaridad del Estado y de los demás entes públicos cubría no solo la responsabilidad civil del funcionario, sino también su eventual responsabilidad penal.

Es debido a dichos problemas, que en Italia, en lo que respecta a la responsabilidad civil de los entes públicos, se manifestó que el configurar aquella como una responsabilidad meramente subsidiaria, colocaba de hecho al tercero dañado en una posición sumamente desguarnecida en cuanto a las posibilidades concretas de hacer efectivo el resarcimiento del daño¹⁶⁴. Además, un planteamiento semejante de la responsabilidad civil del Estado y demás entes públicos ignoraba absolutamente los casos en que la obligación de resarcimiento resultaba atribuida directamente al ente y no al funcionario, según se admitía pacíficamente en la doctrina y en la jurisprudencia¹⁶⁵.

Con relación a los actos que generarían la Responsabilidad Patrimonial del Estado, se debe tener en cuenta que este solo se activara con relación a los daños individualizados, en la medida que la obligación del Estado al pago de los daños y perjuicios que con su actuar produzca, tiene como origen y justificación el derecho que se le reconoce al particular de ser indemnizado de todas aquellas lesiones antijurídicas que se le ocasionen con motivo de la actividad del Estado, entendiéndose por ellas, las afectaciones patrimoniales que el particular no tenga expresamente el deber jurídico de soportar y que se consagrarían expresamente en una nueva garantía constitucional sobre “la integridad patrimonial de los individuos”.

Se han planteado algunas respuestas para imputar la responsabilidad patrimonial del Estado solo a los daños individualizados de los particulares, y no con respecto a los actos del Estado que podrían causar daños de forma general. Una de las razones es de orden económico, ya que pudiera considerarse que el monto económico de las reparaciones sería muy altos, teniendo en cuenta que muchos servicios públicos que presta el Estado podrían ser considerados como deficiente.

¹⁶⁴ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 29

¹⁶⁵ LEGUINA VILLA, Jesús, Óp. Cit., p. 41.

A lo cual, algunos responden que no se toma en cuenta que una de las finalidades de la adopción del Instituto Jurídico que se sugiere, es la elevación en la calidad de la prestación de los servicios públicos, toda vez que asumir la responsabilidad de reparación de los daños y perjuicios que se causen con su prestación, producirá que necesariamente se tenga un mayor control en la prestación de los referidos servicios y así poder evitar los daños en la mayor cantidad posible.

Ahora, en el caso de las expropiaciones indirectas el derecho internacional consuetudinario no prohíbe que los estados anfitriones puedan expropiar la inversión extranjera, si previamente se han cumplido ciertos requisitos. Dichos requisitos son: la expropiación de la inversión haya sido realizada bajo la protección del interés público, con respeto al debido proceso, que haya sido realizado de forma no discriminatoria y con una previa compensación.

Sin embargo, la expropiación o la deprivación de la riqueza puede tomar diferentes formas, ya que puede ser directa cuando una inversión es nacionalizada o de otra forma directamente expropiada a través de la transferencia formal del título de propiedad o de la directa posesión física¹⁶⁶. En adición al término de expropiación, se han usado los términos como desposesión, deprivación o privación. En el derecho internacional está claro que tomar el título de propiedad de un bien constituye una expropiación compensable¹⁶⁷.

La expropiación o deprivación de la propiedad puede además ocurrir a través de la interferencia realizada por un Estado en el uso de la propiedad o en el disfrute de los beneficios, incluso cuando la propiedad no ha sido tomada físicamente y el título legal de la propiedad no ha sido afectado. Las medidas tomadas por el Estado tienen por lo tanto, un efecto similar a la expropiación o nacionalización y los términos generalmente usados son el de indirecto, creeping, o expropiación de facto, o medidas equivalentes al de una expropiación directa o física.

¹⁶⁶ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 29

¹⁶⁷ OECD, Óp. Cit., p. 3.

Sin perjuicio de ello, bajo el derecho internacional, se ha considerado sin embargo, que no todas las medidas que interfieren con el derecho de propiedad son una expropiación. Como lo señala Brownlie¹⁶⁸, que las medidas del Estado, *prima facie* son un ejercicio legítimo de su poder de regulación, que podría afectar los intereses de los inversionistas extranjeros considerablemente sin que ello sea equivalente a una expropiación. De esta forma, los activos extranjeros y lo relativo a su uso podría ser objeto de impuestos, restricciones al comercio en lo concerniente al otorgamiento de licencias y cuotas, o medidas de devaluación.

Por ejemplo, en el Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y la Unión Económica Belga – Luxemburguesa sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, se ha establecido lo siguiente:

“Artículo 7: Privación y Limitación de la Propiedad

1. *Cada Parte Contratante se compromete a no adoptar ninguna medida de expropiación ni nacionalización ni cualquier otra medida que tenga efecto, directa o indirectamente de privar a los inversionistas de la otra Parte Contratante de sus inversiones en su territorio.*
2. *Si por razones de utilidad pública, necesidad, seguridad o interés nacional de requiriese de una derogación de lo estipulado en el párrafo 1, se deberán cumplir las siguientes condiciones:*
 - a) *Se tomaran las medidas conforme al debido proceso legal;*
 - b) *Las medidas no serán discriminatorias, ni contrarias a ningún compromiso específico;*
 - c) *Las medidas estarán acompañadas de estipulaciones para el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva.*
3. *Tal compensación ascenderá al real valor de las inversiones, un día antes de la toma de dichas medidas.*

Tal compensación se pagara e cualquier divisa convertible. Se pagara sin demora y será libremente transferible. Mantendrá la tasa de interés comercial normal desde la fecha de expropiación hasta la fecha de su pago.

¹⁶⁸ Ian Brownlie, “Public International Law”, Oxford University Press, 6th Edition, 2003 at 509.

4. *A los inversionistas de una Parte Contratante, cuyas inversiones sufrieren perdidas en guerra u otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia o rebelión nacional en el territorio de la otra Parte Contratante, esta les otorgara un tratamiento que considera como consideraciones en cuanto a restitución, indemnización, compensación u otro arreglo, no menor que el que la última Parte Contratante otorgue a su nacional y/o inversionistas de la nación más favorecida, cualquier tratamiento es el más beneficioso para el inversionista.”*

En ese sentido, podemos observar que en el caso de expropiaciones indirectas no se tiene un ámbito restringido de compensación, en el sentido de que solo se pueda solicitar una indemnización en aquellos casos que el acto administrativo haya causado perjuicio en el patrimonio de un particular en específico, sino que en el caso de las expropiaciones indirectas, inclusive se puede solicitar la indemnización por aquellos actos que tienen repercusiones generales en la economía e inversiones de los inversionistas, y no solo a unos cuantos, como podría suceder en los casos de una nacionalización¹⁶⁹.

Sin embargo, como se ha señalado, no hay una definición que sea clara y generalmente aceptada del concepto de expropiación indirecta y que la distinga de una regulación no compensable, aunque dicha definición sea de gran importancia tanto para los inversionistas como para los gobiernos. Como Dolzer y Stevens señalan¹⁷⁰, que para el inversionista, la línea de demarcación entre medidas para las cuales no hay compensación y las acciones que califican como expropiaciones indirectas (que requieren compensación) puede hacer la diferencia entre la carga de operar (o abandonar) una empresa que se ha vuelto no rentable y el derecho a recibir una adecuada compensación (ya sea por parte del Estado o a través de la ejecución de un contrato de seguro).

Para el Estado, la definición determinara el ámbito de aplicación del poder del Estado para emitir legislación que regule los derechos y obligaciones de los propietarios en casos donde la compensación deba ser otorgada. Incluso, podría ser argumentado que el Estado estaría impedido de adoptar cualquier medida que no pueda ser cubierta por recursos públicos.

¹⁶⁹ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 30

¹⁷⁰ Dolzer and Stevens, *Bilateral Investment Treaties*. ICSID, 1995 at 98.

Finalmente, de acuerdo a la comparación realizada entre la Responsabilidad Patrimonial del Estado y las Expropiaciones Indirectas, se puede llegar a la conclusión que las Expropiaciones Indirectas poseen un ámbito de protección mayor que el de la Responsabilidad Patrimonial del Estado.

Es por ello que la protección en contra de las expropiaciones indirectas ha sido incluida en diversos instrumentos internacionales. Literalmente todos los tratados bilaterales de inversiones proveen protección para las expropiaciones indirectas o medidas equivalentes a una expropiación. Sin embargo, en la mayoría de ellos no existe regulación sobre el tratamiento de medidas regulatorias que no sean compensables, con excepción de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, los Acuerdos de Libre Comercio celebrados por Estados Unidos y el nuevo modelo de Tratados Bilaterales de Inversiones de Estados Unidos y Canadá.

El Proyecto de Convención de la OECD para la protección de la propiedad extranjera y el proyecto de Acuerdo Multilateral de Inversiones de la OECD, si bien no tienen regulación con relación a las medidas no compensables, se encuentran acompañadas por comentarios que abordan dicha materia. También se tienen otros textos internacionales como Harvard Draft Convention on International Responsibility, y el Third Restatement of Foreign Relations of the United States que, si bien son el trabajo de estudiosos en la materia, y no de la práctica estatal, constituyen una importante influencia por parte de la doctrina¹⁷¹.

¹⁷¹ OECD, Op. Cit., p. 6.

CAPITULO III

NECESIDAD DE REGULAR LAS EXPROPIACIONES INDIRECTAS O FORTALECER LA FIGURA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En este Capítulo, luego de haber estudiado en el Capítulo anterior lo referente a la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública y su relación con la Expropiación Indirecta, se procederá a analizar, la necesidad de regular las Expropiaciones Indirectas o fortalecer la figura jurídica de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública establecida en el ordenamiento jurídico peruano. Ello, a fin de poder determinar cuál sería el medio legal adecuado, mediante el cual una persona podría proteger su derecho de propiedad, frente a los actos que el Estado podría realizar, directa o indirectamente, en contra de dicho derecho.

III.1 Nivel de protección de los inversionistas frente a la afectación sustancial de su derecho de propiedad

El derecho de propiedad es entendido como un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo. Dado que, la propiedad es considerado como el derecho real por excelencia, estableciendo una relación directa entre el titular y el bien, en donde el propietario puede ejercer sus atributos sin la mediación de otra persona. Además, se debe señalar que el derecho de propiedad, es un derecho *erga omnes*, lo cual significa que se ejercita contra todos, a lo que se le suele conocer como “oponibilidad”¹⁷², que caracteriza a todos los derechos reales y en particular a la propiedad¹⁷³.

En ese sentido, teniendo en consideración los atributos que son parte del derecho de propiedad, se debe señalar que una de las principales afectaciones a este derecho, es el acto de expropiación que puede realizar el Estado en contra de un determinado bien, trasladando el título de propiedad del propietario hacia el Estado¹⁷⁴.

¹⁷² CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 4

¹⁷³ AVENDANO VALDEZ, Jorge. *La propiedad en el Código Civil*. En: Estudios sobre la Propiedad. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, p. 111

¹⁷⁴ Se debe tener en consideración que es bien reconocido a nivel del derecho internacional que la propiedad de los extranjeros no puede ser tomado, ya sea alegando el propósito público o no, sin el pago previo de una adecuada compensación. Dos décadas atrás, las disputas ante los tribunales y las discusiones en la literatura académica se enfoca principalmente en el estándar de compensación y la medida del valor expropiado. De acuerdo a lo expresado en el paper: OECD. “*Indirect Expropriation*” and the “*Right to Regulate*” in *International Investment Law*”. September 2004. Al cual se puede acceder a través del siguiente link: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf

Ahora, si bien la expropiación de un bien inmueble, es una de las formas menos complejas de poder entender la afectación al derecho de propiedad, se debe señalar que ello no suele ser siempre así de simple, en el caso de las expropiaciones indirectas, en donde el Estado, representado a través de uno de sus órganos administrativos o entidades, en el marco de sus competencias normativas, modifica de manera sustancial el marco regulatorio vigente, hasta el momento, de un determinado sector económico, afectando, también de manera sustancial, la inversión o el derecho de propiedad de las personas que venían actuando bajo el marco regulatorio previo a la modificación.

Dicho cambio normativo, también denominado como “cambio de las reglas de juego”, genera una afectación al derecho de propiedad de los inversores de manera indirecta, dado que si bien, en los hechos, no se da una transferencia del título de propiedad del propietario al Estado, si se ven perjudicados los atributos del derecho de propiedad, anteriormente señalados. Este perjuicio de cualquiera de dichos atributos, lo que ocasiona es que se termine afectando, de forma sustancial, el derecho de propiedad de los inversionistas, ya sean estos nacionales o extranjeros¹⁷⁵.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que, respecto a la protección del derecho de propiedad, se tienen, al interior del ordenamiento jurídico, dos formas de proteger este derecho frente a la ocurrencia de una expropiación indirecta, lo cual depende, básicamente de la nacionalidad de la persona que busca proteger tal derecho.

Dado que, los inversionistas extranjeros, a diferencia de lo que sucede con los nacionales, tienen un campo de acción mucho más amplio de poder hacer respetar su derecho de propiedad, frente a aquellas actuaciones del Estado que terminen perjudicando de manera sustancial el referido derecho, ya que, como se verá en los siguientes puntos, estos no solo pueden recurrir a las cortes nacionales, sino que también tienen el derecho de poder recurrir a cortes internacionales, como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en donde la controversia no solo se resolverá tomando en cuenta lo regulado al interior del Estado peruano, sino que se le dará una mayor relevancia a lo pactado por el Estado con el País de origen del inversionista, en los Tratados Bilaterales de Inversiones (BIT). A

¹⁷⁵ Si uno se pregunta si la interferencia del Gobierno de un país en la actividad económica de un extranjero podría constituir una expropiación que amerite el pago de una compensación, la respuesta sería que ello tendría que ser determinado en cada caso en particular, y ello se encuentra reforzado en el hecho de que hasta la actualidad no exista una precisa definición de lo que debe entenderse por una expropiación indirecta. Estas afirmaciones pueden ser consultadas en el siguiente paper del Profesor Jan Paulson: Indirect Expropriation: Is the right to regulate at risk?. Symposium Co-Organised by ICSID, OECD and UNCTAD. Se puede acceder a este paper a través del siguiente link: <https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/36055332.pdf>

diferencia, de los nacionales, que, frente a los mismos supuestos de vulneración del derecho de propiedad, solo pueden recurrir a las cortes nacionales, sometiéndose solamente a las leyes peruanas.

- **Protección del derecho de propiedad en el caso de los inversionistas extranjeros**

Tanto en el ámbito nacional como internacional, una de las áreas que suele suscitar mayores controversias, en el derecho internacional de las inversiones, es el poder determinar cuándo nos encontramos frente ante lo que se conoce como una expropiación indirecta. Dado que, a diferencia de la expropiación directa, en la indirecta no se observa a simple vista un ánimo de poseer por parte del Estado un determinado bien, lo que, si se da en el caso de las expropiaciones físicas, en donde basta que se cumplan los requisitos descritos por el derecho doméstico y se produzca la transferencia del título de propiedad hacia el Estado¹⁷⁶.

Una expropiación indirecta, solo se podrá realizar en cuanto se pueda demostrar el nexo causal directo entre la decisión formal de uno de los órganos administrativo del Estado, con la afectación sufrida en una de los atributos del derecho de propiedad del inversionista. Es por ello, que en el derecho internacional se proteger el derecho de propiedad del extranjero, en tanto que a pesar de la soberanía que el Estado puede ejercer, esta podría encontrarse restringida, pudiendo ser el Estado responsable de aquellos actos u omisiones que pudieran connotar una violación a los compromisos asumidos por el Estado a nivel internacional.

Es así que, frente aquellos actos del Estado que pudieran potencialmente afectar el derecho de propiedad de los inversionistas, ya sea de forma directa o indirecta, es que los inversionistas extranjeros buscan que los Estados no interfieran, o lo hagan lo menos posible, en el ejercicio de su actividad económica. Asimismo, los inversionistas procuran que no se les imponga ninguna restricción en el acceso a los mercados, así como en el establecimiento y protección de su inversión. Lo cual, también va acompañado por la necesidad que tienen los Estados de promover las inversiones extranjeras al interior de sus territorios.

¹⁷⁶ Jan Paulson: Indirect Expropriation: Is the right to regulate at risk?. Symposium Co-Organised by ICSID, OECD and UNCTAD. Se puede acceder a este paper a través del siguiente link: <https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/36055332.pdf>

Es basado en dicha necesidad de atraer la mayor cantidad de inversiones extranjeras, que los Estados celebran Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), así como regulan temas de inversiones en los Tratados de Libre Comercio (TLC), protegiendo de esta manera a la inversión extranjera, ofreciendo a los inversionistas, todo un conjunto de garantías sustantivas, así como procesales.

Dichas garantías tienen como objetivo el crear certeza en el inversionista, eliminando todo factor de riesgo, que suelen acompañar a una inversión extranjera, dando a través de estos acuerdos internacionales en materia de inversiones, un marco regulatorio que permita ofrecer un nivel mínimo de seguridad jurídica, que son derechos básicos para los inversionistas.

El derecho internacional de las inversiones lo que ha hecho, es el poder otorgar a los inversionistas extranjeros, estándares de protección para con sus inversiones, como ante la ocurrencia de una expropiación, estipulando el derecho de recibir una indemnización por parte del inversionista, y a cargo del Estado, que compense el valor de la propiedad que ha sido afectada. Lo cual, se encuentra regulado en la mayoría de los acuerdos sobre inversión, en donde se contempla el pago de una compensación por la expropiación de una inversión extranjera¹⁷⁷.

Estos acuerdos internacionales en materia de inversión, lo que buscan es precisar los términos y condiciones, bajo los cuales se puede realizar una expropiación, que generalmente son cuatro (4) requisitos: utilidad pública, no discriminación, indemnización y necesidad de un debido proceso. Sin embargo, a pesar de que ello se encuentre regulado en los BITs, las controversias sobre expropiación siguen presentándose ante los tribunales internacionales.

¹⁷⁷ El concepto de expropiación ha estado siempre en controversia, dado que la expropiación representa la más seria vulneración del derecho de propiedad, y a su vez representa la manifestación del ejercicio de la Soberanía del Estado. En el derecho internacional de las inversiones, la expropiación es definida como una vulneración formal del derecho de propiedad para el beneficio del Estado o de personas privadas designadas por el Estado. Dichas afirmaciones se encuentran desarrolladas en el paper publicado por el International Institute for Sustainable Development: NIKIEMA, Suzy. *Best Practices in Indirect Expropriation*, al cual se puede acceder a través del siguiente link: http://www.iisd.org/pdf/2012/best_practice_indirect_expropriation.pdf

Las controversias entre los inversionistas extranjeros, a fin de poder proteger su inversión, y los Estados, que buscan ejercer su poder de policía sin ningún tipo de restricción, no son un tema que haya aparecido de forma reciente, ya que, en la década de 1920, surgieron controversias sobre expropiación indirecta de inversiones extranjeras¹⁷⁸.

La expropiación indirecta cobra importancia debido a la constante presión a que suelen ser sometidos los gobiernos por proteger a sus inversionistas nacionales, así como temas de medio ambiente y la salud. Por su parte, los inversionistas extranjeros buscan que los Estados receptores de su inversión no interfieran en el ejercicio de su actividad económica.

En 1922 se generó la controversia conocida como Norwegian Shipowners, que trató sobre el monto, por concepto de indemnización, que debía pagarse a los dueños astilleros noruegos que habían celebrado contratos de construcción de barcos con empresas norteamericanas, dado que cuando Estados Unidos entro en la Primera Guerra Mundial, se apropió de barcos en construcción, materiales y equipamiento.

En 1934 se produjo el caso de Oscar Chinn, una controversia entre Bélgica y el Reino Unido, respecto a si la pérdida de competitividad de un negocio debido a la adopción de un acto gubernamental constituía o no una expropiación indirecta. Un naviero británico debió finalizar su negocio de transporte desde el Congo debido a que el gobierno belga, que era dueño de la mayoría de las acciones de su único competidor, UNATRA, otorgó subsidios a esta y redujo el valor de los fletes por un periodo determinado, a fin de favorecer la economía del Congo.

Cabe señalar que también hay una muy profunda jurisprudencia sobre expropiación en las controversias generadas entre Estados Unidos e Irán, a raíz de las medidas de política económicas aplicadas por el gobierno revolucionario iraní a partir de 1979. Donde, de las aproximadamente sesenta decisiones disputas sobre expropiación, la mayoría son por expropiación indirecta.

¹⁷⁸ NIKIEMA, Suzy. *Best Practices in Indirect Expropriation*, al cual se puede acceder a través del siguiente link: http://www.iisd.org/pdf/2012/best_practice_indirect_expropriation.pdf

Es en base a los casos que se suscitaron respecto a la ocurrencia de expropiaciones indirectas, que en 1961, la Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, incluyó la prohibición de la expropiación indirecta reconociéndose por primera vez en su artículo 10(3)(a) el principio de interferencia no razonable en el uso de la propiedad privada: “taking of property includes not only an outright taking of property but also any such unreasonable interference with the use, enjoyment, or disposal of property as to justify an interference that the owner thereof will not be able to use, enjoy, or dispose of the property within a reasonable period of time after the inception of such interference.”

Ahora, en el marco de las controversias llevadas ante tribunales internacionales, como el CIADI, en materia de expropiación indirecta, generalmente, los laudos están orientados hacia un concepto amplio de expropiación, es decir, consideran que la expropiación no implica necesariamente la transferencia del derecho de propiedad, y que bastaría con la afectación a alguno de los atributos de dicho derecho.

Una de las consideraciones que algunos tribunales internacionales han tenido en consideración para poder establecer la procedencia de una expropiación indirecta es el rol que desempeña un acto administrativo por parte del Estado, ya que en la actualidad se puede decir que existen dos posiciones: una posición basada en el poder de policía, que considera el interés que lleva envuelto el acto administrativo, y la otra posición se encuentra basada en la doctrina del único efecto o “sole effect”, que se refiere a la expropiación basada solo en el efecto que el acto administrativo provoca en la posición de los intereses del inversionista.

Algunos de los laudos emitidos por el CIADI acogieron la doctrina del único efecto, que fueron dados en el marco de los casos Santa Elena y Metalclad. En este último, el tribunal sostuvo: “*where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state’s obligation to pay compensation remains*”.

Asimismo, algunas decisiones del CIADI se han referido al momento en que se produjo la expropiación a efectos de establecer el monto de la indemnización, argumentando que el momento de la expropiación indirecta se produce cuando la interferencia o el conjunto de interferencias se traducen en una total y permanente privación del derecho de propiedad. Los casos que sostuvieron dicha postura son el de Santa Elena, Tecmed y Middle East.

Los tribunales de los casos Metalclad y Tecmed sostuvieron que la imposibilidad de continuar ejerciendo una determinada actividad económica por la no renovación de una licencia o el rechazo al otorgamiento de un permiso fueron actos constitutivos de una expropiación indirecta. El segundo de ellos señaló: “the reasons that prevailed in INE’s decisión to deny the renewal of the Permit were reasons related to the social or political circumstances and the pressure exerted on municipal and state authorities and even on INE itself created by such circumstances. The Arbitral Tribunal finds and resolves that the Resolution and its effects amount to an expropriation in violation of Article 5 of the Agreement and International Law”.

Por lo que, el derecho internacional vela por la protección del derecho de propiedad de los extranjeros. En consecuencia, el acto del Estado de tomar posesión de una propiedad privada no puede considerarse acto legítimo. En el caso Middle East el tribunal concluyó que la toma del barco Poseidón y su posterior subasta fueron constitutivos de un acto expropiatorio: “It is undisputed that the ship Poseidon was subjected to an administrative seizure by the Red Sea Port Authority on October 13, 1999 and then auctioned on November 2, 1999, the Tribunal concludes that the Poseidon was taken by a ‘measure the effects of which would be tantamount to expropriation’ and that the Claimant is entitled to a compensation”.

Por otro lado, pese a que en el caso Feldman no se acogió la demanda, se individualizaron actos que según el derecho internacional han sido expropiatorios: “El Tribunal observa que son muchas las formas en que las autoridades gubernamentales pueden dejar a una empresa fuera del negocio o reducir significativamente los beneficios económicos de su actividad comercial. Antiguamente, los impuestos confiscatorios, la denegación del acceso a la infraestructura o a las materias primas necesarias o a la imposición de regímenes regulatorios arbitrarios, entre otros, han sido considerados medidas expropiatorias”.

- **Protección del Derecho de Propiedad en el caso de los inversionistas nacionales**

A nivel del derecho domestico peruano se tiene que el artículo 70° de la Constitución Política del Perú garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada, no distinguiendo entre inversionistas nacionales e inversionistas extranjeros, salvo algunas excepciones con respecto a restricciones en el ejercicio del derecho de propiedad, contenido en el artículo 71° de la Constitución, en cuanto establece que los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática.

Lo establecido a nivel constitucional peruano, respecto a la defensa del derecho de propiedad, tiene coherencia con lo regulado desde la óptica del sistema interamericano de derechos humanos, dado que, como indica Perez Luño, incluso la historia misma del surgimiento de los derechos humanos está relacionada con la propiedad, como se deriva de la opinión de Karl Marx, según la cual, los derechos fundamentales se deben a la pretensión de la burguesía de garantizar el ejercicio del derecho de propiedad; y de la obra de Max Weber, en la que se afirma la existencia de una relación entre la ética individualista, base de los derechos humanos, y el nacimiento del capitalismo moderno¹⁷⁹.

El artículo 70° de la Constitución establece que el Estado solo puede expropiar mediante un proceso judicial, previo mandato de la Ley y previo pago de la correspondiente indemnización, la misma que podría incluir una compensación por el potencial perjuicio que podría originar el acto expropiatorio, pudiendo ser contestado dentro del mismo proceso judicial de expropiación.

Esta protección del derecho de propiedad, ha sido estudiada por la doctrina desde tres perspectivas¹⁸⁰:

¹⁷⁹ PEREZ LUNO, Antonio Enrique (2005). *Derechos humanos, estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, p. 26.

¹⁸⁰ Organización de las Naciones Unidas (ONU). Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos (1993). *El derecho de toda persona a la propiedad individual y colectiva. Informe completo y definitivo presentado por el Sr. Luis Valencia Rodríguez*.

- La primera es lo que se conoce como la “aproximación restringida”, que limita a la no interferencia en el ejercicio de los atributos de la propiedad. Por consiguiente, desde esta perspectiva, solo pueden ejercer este derecho, quienes poseen propiedades.
- El segundo planteamiento, que se conoce como “aproximación moderada”, expande dicho derecho a todos aquellos que desean acceder a la propiedad.
- El tercer planteamiento, que se conoce como “aproximación amplia”, implica que el Estado asegure que toda persona tenga el mínimo de bienes indispensables para su subsistencia.

Con respecto al tratamiento que debe dársele a los inversionistas nacionales, la Constitución Política del Perú en su artículo 63°, así como el Decreto Legislativo Nro. 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada y la Ley de Fomento y Garantías para la Inversión (en adelante, D.L. 757), prohíben expresamente el trato diferenciado entre capital nacional y extranjero. Dado que, los inversionistas extranjeros y las empresas en las que estos participan tienen los mismos derechos y obligaciones que los inversionistas y empresas nacionales.

Con respecto al D.L. 757, este fue elaborado con la finalidad de eliminar todas las trabas y distorsiones legales y administrativas que entorpecían el desarrollo de las actividades económicas, y que por lo tanto restringían la libre iniciativa privada, que dentro de la economía peruana, no hacían más que restarle competitividad a las empresas privadas.

Es por ello que, el artículo 6° del D.L. 757 establece la derogación de toda reserva a favor del Estado, para la realización de actividades económicas o la explotación de recursos naturales, con excepción de las áreas naturales protegidas.

Un tema importante a tratar dentro del D.L. 757 es el de la Seguridad Jurídica de las Inversiones en Materia Tributaria, en donde se hace énfasis al Principio constitucional de la legalidad en materia tributaria; el principio de publicidad en materia tributaria, respecto a la publicación de todas las normas tributarias; el derecho de poder impugnar las decisiones que se tomen en materia tributaria, ante el Tribunal Fiscal o Tribunal de Aduanas, constituyéndose estos Tribunales como la última instancia administrativa, estableciéndose cuales son los derechos de los inversionistas en materia tributaria.

Asimismo, con el fin de solo citar los principales cambios planteados por el D.L. 757, tenemos lo referente a la Estabilidad Jurídica de las Inversiones, en donde se hace referencia a los Convenios de Estabilidad Jurídica, otorgando a los inversionistas nacionales, así como a las empresas en la que estos participan, el mismo tratamiento dado a los inversionistas extranjeros en materia de Estabilidad Jurídica.

Por lo que, en aplicación del artículo 39° del D.L. 757, los Convenios de Estabilidad Jurídica se celebran al amparo del artículo 1357° del Código Civil Peruano y tienen la calidad de contratos con fuerza de ley, de tal manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y solo podrían modificarse o dejarse sin efecto, por acuerdo entre las partes.

Además, también se debe resaltar el hecho, de que toda inversión, a pesar de tener celebrado un Convenio de Estabilidad Jurídica con el Estado, necesita asegurarse de cualquier potencial contingencia durante el tiempo que ejecute su inversión. Es por ello que, el D.L. 757 ha facultado a todo inversionista para contratar, dentro y fuera del país, seguros que cubran sus inversiones contra riesgos comerciales y no comerciales.

III.2 Análisis de las expropiaciones al interior del ordenamiento jurídico peruano

La propiedad, como derecho fundamental, se encuentra prevista en el artículo 2°, incisos 8° y 16° de la Constitución. Dicho derecho, desde una perspectiva iusprivatista, es entendido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, el propietario puede servirse directamente del bien, percibir sus frutos y productos, y darle el destino o condición que mejor se adecue a sus intereses patrimoniales¹⁸¹.

Por tanto, la propiedad garantiza la existencia e integridad de la propiedad (corporal e incorporal) para el propietario, así como la participación del propietario en la organización y desarrollo de un sistema económico-social. Por ello, no solo es un derecho subjetivo (artículo 2, incisos 8 y 16 de la Constitución), sino también una garantía institucional (artículo 70 de la Constitución), razón por la cual el Estado, al garantizar la inviolabilidad de la propiedad, establece que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley.

¹⁸¹ Expediente Nro. 0030-2004-AI/TC.

Por lo que, con relación a las finalidades del Estado social y democrático, se reconoce la función social de la propiedad, que se basa en la doble dimensión de este derecho. Las actuaciones legítimas que de ella se deriven, puede exigir también una gama de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos del Estado.

En dicho contexto normativo, el derecho de propiedad faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando a través de su uso se realice la función social que le es propia. Sin embargo, existen restricciones admisibles para el goce y ejercicio de este derecho: (i) estar establecidas por ley; (ii) ser necesarias; (iii) ser proporcionales; y, (iv) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. Así, el derecho de propiedad solamente podría ser materia de restricciones por las causas y finalidades señaladas en la propia Constitución.

Del derecho a la propiedad se deriva la garantía provista por la Constitución para impedir que se le prive arbitrariamente de la misma, sino solo por causa de seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley, previo pago en efectivo de indemnización justipreciada. Esto es lo que se llama una expropiación física, la cual consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso a 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 (artículo 24 del Decreto Legislativo N° 1192). Así, se le debe entender como una potestad del Estado de la privación de la titularidad de ese derecho contra la voluntad de su titular.

Con respecto a lo señalado en el párrafo anterior, se debe indicar que los actos de expropiación, se encuentran enmarcados en la emisión previa de una Ley Autoritativa de Expropiación, debiendo señalarse la razón de necesidad pública o seguridad nacional que justifica la Expropiación, y en caso de que se cuestione el acto de expropiación del Estado, se puede recurrir a la vía arbitral o judicial en los siguientes casos:

- Revisión del valor de Tasación del bien inmueble objeto de Expropiación.

- La solicitud de Expropiación total del inmueble, en los casos que el Sujeto Activo realice una Expropiación Parcial, solo cuando el remanente del bien inmueble que no es afectado por el acto expropiatorio sufre una real desvalorización o resultare inútil para los fines a que estaba destinado con anterioridad a la Expropiación Parcial.
- Las duplicidades de partidas, siempre que la controversia no se relacione con la impugnación de actos administrativos.

Sin embargo, en ningún caso se admite cuestionamiento en sede arbitral o judicial de la norma que aprueba la ejecución de la Expropiación a favor del Sujeto Activo, bajo responsabilidad. Además, el cobro del monto consignado a favor del Sujeto Pasivo, implica su consentimiento y conformidad sobre el valor de la Tasación aprobado por el Sujeto Activo, salvo pacto en contrario a efectos de obtener la posesión del bien inmueble.

En caso que el Sujeto Pasivo decida ejercer su derecho en vía arbitral, son de aplicación las reglas del arbitraje del Decreto Legislativo N° 1192, siendo de aplicación supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

Ahora, de conformidad con lo establecido en el artículo 70 de la Constitución, 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. Por lo que, así como cualquier otro derecho fundamental, el derecho de propiedad no es absoluto, toda vez que se encuentra limitado por disposiciones constitucionales expresas o tacitas. Sin embargo, la privación de la propiedad, consecuencia de la potestad expropiatoria del Estado, tiene que cumplir ciertos requisitos, como su condicionamiento al pago previo en efectivo. Si bien nadie puede ser privado de su propiedad, se podrá sacrificar a su titular de la propiedad cuando media causa de seguridad nacional o necesidad pública.

Interpretando el artículo 70° de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha venido señalando con relación a la validez de la expropiación que para ser considerada como acto legítimo, debe observarse, en primer término, el principio de legalidad, en virtud del cual la actividad de todas las personas y la Administración Pública está sometida, primero, a la Constitución Política, y segundo, al ordenamiento jurídico positivo.

En segundo término, para que la expropiación como procedimiento sea legítima, tiene que respetarse el derecho al debido proceso del titular del derecho de propiedad (fundamento 10 de la STC 5614-2007-PA/TC).

El Tribunal Constitucional también ha señalado en su jurisprudencia (fundamentos 11.b y 12 de la STC 5614-2007-PA/TC), que el Estado se encuentra obligado a pagar previamente una indemnización justipreciada que incluya el precio del bien expropiado y la compensación por el eventual perjuicio, que, a su vez, debe ser establecida en el procedimiento expropiatorio. Solo a través del mencionado desembolso, la expropiación podrá considerarse como válida en tanto límite del derecho a la propiedad.

El Estado está en la obligación de indemnizar en forma plena y completa al titular del derecho de propiedad privada, por el daño que no tenía el deber de soportar, toda vez que las entidades de la Administración Pública tienen el deber constitucional de respetar el derecho de propiedad. Esto viene a significar que cuando el Estado requiera bienes inmuebles deben obrar con sujeción al principio de legalidad y al derecho al debido procedimiento para que pueda expropiarse, caso contrario, no será constitucional.

Sobre la forma en que debe realizarse el pago del justiprecio lo importante es el respeto por el valor urbanístico de la propiedad. Ello fue recogido por el artículo 15° de la Ley General de Expropiaciones, Ley Nro. 27117¹⁸², que establece que la indemnización justipreciada comprende el valor de tasación comercial debidamente actualizado del bien que se expropia y la compensación que el sujeto activo de la expropiación debe abonar en caso de acreditarse fehacientemente daños y perjuicios para el sujeto pasivo originados inmediata, directa y exclusivamente por la naturaleza forzosa de la transferencia. Asimismo, se establece que la entrega efectiva y total del monto de la indemnización justipreciada, se efectuara en dinero, una vez transcurrido el plazo para la contestación de la demanda o de la contestación de la reconvención, según corresponda.

¹⁸² Al respecto, se debe señalar que la actual Ley de Expropiaciones, emitida por el Decreto Legislativo N° 1192, establece en su artículo 41° que para la aplicación del referido Decreto Legislativo, los predios y/o edificaciones de propiedad estatal y de las empresas del Estado, requeridos para la ejecución de Obras de Infraestructura declaradas de necesidad pública, interés nacional, seguridad nacional y/o de gran envergadura, son transferidos a título gratuito y automáticamente al sector, gobierno regional o gobierno local o titular del proyecto al cual pertenece el proyecto, en la oportunidad que estos lo señalan y por el sólo mérito de la resolución administrativa que emita la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales (SBN), en un plazo máximo de cuarenta y cinco días hábiles contados desde la fecha de presentación de la solicitud. Esta resolución es recurrible en vía administrativa o judicial.

Por lo que, una limitación al ejercicio de un derecho a la propiedad solo tiene sentido si el destinatario en su tutela, como es el Estado, cumple escrupulosamente la forma en que la expropiación sea realizada. No tiene sentido, en este marco, que se restrinja un derecho fundamental si es que va a abusarse de las potestades públicas con una inacción¹⁸³.

III.3 ¿Existe la necesidad de regular expresamente las Expropiaciones Indirectas en el Perú?

El derecho internacional, en la actualidad, ha tenido un gran impacto en el derecho domestico de los países, dado que no solo el ordenamiento jurídico de los países debe adaptarse a lo regulado a nivel internacional, a fin de que el Estado no viole los compromisos asumidos a nivel internacional, ya que, incluso en el supuesto de que la normativa interna se encuentre en contradicción con alguna disposición comprendida en un tratado internacional, la primera no le podrá ser oponible a lo regulado internacionalmente¹⁸⁴. En ese sentido, podemos observar que lo regulado a nivel del derecho domestico peruano, en materia de expropiaciones, no puede encontrarse muy alejado de lo que se extiende sobre dicha materia a nivel internacional¹⁸⁵.

Al respecto, en lo que se refiere a compromisos internacionales en materia de inversiones, se puede decir, que estos se encuentran comprendidos en diversos instrumentos internacionales, como son los Capítulos de Inversión de los Tratados de Libre Comercio, Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, o los Tratados Bilaterales de Inversión (conocidos como BITs, por sus siglas en ingles). Estas normas que protegen a los inversionistas, regulan como es que el Estado, a nivel de su derecho interno, debe regular determinadas actividades económicas, a fin de evitar que la regulación emitida por los Estados receptos de inversiones (Host States), terminen afectando el ejercicio del derecho de propiedad de los inversionistas extranjeros.

¹⁸³ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente 0864-2009-PA/TC.

¹⁸⁴ Numeral 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: "27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado."

¹⁸⁵ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 32

En ese sentido, como hemos podido observar en el capítulo anterior, respecto al análisis de casos que se han desarrollado dentro del Estado Peruano y que, en su desarrollo, se ha abordado, por lo menos tangencialmente, la ocurrencia de una expropiación indirecta, se ha podido determinar que en el Perú aún no se encuentra internalizado, por lo menos a nivel interno, que el Estado debería de indemnizar a toda aquella persona, que se ha visto afectada en el ejercicio de alguno o todos los atributos del derecho de propiedad, producto de una medida directamente imputable al Estado, aun cuando este alegue el ejercicio de su poder de policía, con el propósito de alcanzar un determinado propósito público.

Es por ello que, se debe tener en cuenta que la conexión entre inversionista y Estado, sean estos nacionales o extranjeros, debe ser considerada como fundamental. Dado que, siempre que el Estado receptor de la inversión interfiera, de alguna manera, en el desarrollo habitual de las actividades de estos, afectando sustancialmente el ejercicio de su derecho de propiedad, generará automáticamente una controversia.

Cabe señalar además que en el derecho domestico de los países en vías de desarrollo como el peruano se ha mantenido cierto recelo, respecto a defender la protección constitucional de los derechos de propiedad vs. la necesidad del Gobierno de poder interferir legítimamente en el ejercicio del referido derecho, a diferencia del caso norteamericano, en donde si bien, cuyo precepto constitucional consideramos que no resulta muy distinto al caso peruano, en su Quinta y Décimo Cuarta Enmienda de la Constitución Norteamericana, se ha reconocido que la propiedad privada puede ser expropiada por el Estado, previo pago de la compensación al propietario original debido al perjuicio ocasionado por el acto expropiatorio, sin que en el contexto norteamericano, se haya interpretado dicha disposición constitucional, solo a las expropiaciones directas o físicas.

En ese sentido, en primer lugar, teniendo en cuenta de cómo en la jurisprudencia norteamericana, se han resuelto los casos de expropiaciones indirectas, considero que lo regulado a nivel del ordenamiento jurídico peruano, en lo que respecta a expropiaciones, y más específicamente, en lo regulado en nuestra Constitución Política, no ameritaría en sí mismo, una nueva regulación en temas de expropiaciones indirectas, ya que de una interpretación de los siguientes artículos de nuestra Constitución, podríamos llegar a establecer una interpretación valida, respecto a las expropiaciones en general, pudiendo determinar que si bien no encontramos una mención expresa en

la Constitución relativa a la proscripción de las expropiaciones indirectas, ello no significa que esta las tolere¹⁸⁶.

Sin embargo, teniendo en cuenta que, lamentablemente nuestros operadores judiciales, no suelen interpretar las normas, teniendo como marco a la Constitución, sino que generalmente buscan que la solución al caso concreto se encuentre establecido en la misma norma, y es por ello que en el Perú, al ser muy literales en la aplicación de las normas, se suele emitir regulación para todo aquello suceso, que nuestros legisladores consideran necesario regular, aun cuando sea solo un tema circunstancial.

Por lo que, pensando en el escenario jurídico real peruano, podría quizás considerarse la posibilidad de modificar nuestra Ley General de Expropiaciones, a fin de que en ella se haga referencia de forma expresa, no solo a las expropiaciones directas o físicas, sino también a las indirectas o regulatorias, ya que, ha sido y siempre será un objetivo a largo plazo, en cuanto se refiere a inversionistas nacionales, el poder hacer prevalecer su derecho de propiedad¹⁸⁷.

Lo cual, no busca interferir en la potestad regulatoria por parte de los Estados, dado que éstos son totalmente libres para regular en aras de velar por el interés nacional, sino que dicha protección se haga efectiva en el establecimiento de la obligación de compensar por parte de los Estados, todo aquel acto gubernamental que traiga como consecuencia un disminución total o casi total del valor de mercado de las inversiones, afectando notablemente el derecho de propiedad, originándose en la práctica un acto expropiatorio, a pesar de que dicho acto gubernamental no traiga consigo una transferencia del título de propiedad hacia el Estado o hacia un tercero.

III.4 ¿Se debería fortalecer la aplicación de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública al interior del ordenamiento jurídico peruano?

Al interior de la doctrina, tanto nacional como internacional, uno puede observar cierto nivel de consenso sobre la forma como ha evolucionado el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración pública, aunque ello varíe dependiendo de las circunstancias propias del desarrollo histórico en cada país.

¹⁸⁶ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 32

¹⁸⁷ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 32

Respecto a lo regulado al interior del ordenamiento jurídico peruano, con relación a la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, es posible sintetizar las características generales de dicha responsabilidad, en sus aspectos legislativos en el contexto de la Ley de Procedimientos Administrativos General:

- Se configura un régimen sustantivo de carácter unitario.
- Se consagra un régimen de responsabilidad directa, de modo que serán los entes públicos quienes tienen la obligación de indemnizar de manera directa por los daños causados por sus funcionarios o servidores en el desempeño de sus cargos.
- El régimen tiene un alcance general.
- Se consagra un régimen de carácter esencialmente objetivo que, por tanto prescinde de la exigencia a la víctima de demostrar la existencia de culpa o negligencia alguna por parte de los agentes públicos para que la pretensión de resarcimiento deba estimarse, siendo suficiente acreditar la realidad de una lesión imputable a una entidad administrativa¹⁸⁸.
- Para hacer efectiva la responsabilidad de la administración pública es indispensable la existencia de un daño causado por su actuación lícita o ilícita. Sin embargo, se exonera a la Administración Pública de responsabilidad exclusivamente en los siguientes casos:
 - Cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o de fuerza mayor;
 - Cuando el daño fuera consecuencia de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero;
 - Cuando la entidad haya actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos; o
 - Cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.

¹⁸⁸ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 13

Por lo que, como se puede apreciar, en el ordenamiento jurídico administrativo peruano el origen del régimen de responsabilidad patrimonial es de carácter netamente legislativo consagrado en la Ley del Procedimiento Administrativo General, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos como Argentina, Francia, Italia y en Alemania, países en los que nace esencialmente impulsado por la jurisprudencia de los tribunales, para los cuales no ha sido un impedimento la falta de disposiciones constitucionales específicas ni tampoco la carencia de dispositivos legales que regulen la responsabilidad del Estado, para que se sienten las bases de una sólida doctrina judicial que con fundamento en principios y derechos constitucionales prácticamente universales como el de propiedad, igualdad y el propio Estado de Derecho, han sentado las reglas para el resarcimiento de lesiones causadas a los particulares por las actuaciones u omisiones de la administración pública¹⁸⁹.

En ese sentido, consideramos que, para primero poder reforzar un determinado contexto normativo, como es lo referente a lo regulado en Responsabilidad Patrimonial del Estado, a nivel del derecho domestico peruano, los operadores jurídicos deben internalizar la idea de que dichos problemas existen, han existido, y pueden seguir dándose no solo a nivel internacional, sino que también a nivel de la realidad peruana.

Por lo que, no podemos reforzar lo que “no existe”, ello en la medida que nuestros operadores jurídicos sigan pensando que el Estado, puede afectar válidamente las esferas jurídicas de sus administrados, sin necesidad de resarcir por ello. Dado que, si bien tenemos redactado lo referente a Responsabilidad Patrimonial de la Administración Publica, dentro de nuestra legislación administrativa, esta “no existe” a la luz de los ojos de nuestros operadores jurídicos.

Asimismo, se debe señalar que todo sistema económico que pretenda ofrecer las garantías necesarias, para una mayor recepción, así como generación de inversiones dentro de su territorio, requiere fortalecer las instituciones jurídicas que sostienen al mismo. Es por ello que, necesitamos reforzar primero a nuestras instituciones, a fin de que en el contexto de las expropiaciones indirectas, puedan utilizar lo regulado al respecto en nuestro derecho administrativo, así como interpretar lo dispuesto en nuestra Constitución Política, en defensa del ejercicio del derecho de propiedad de todas las personas, ya que es a través de la defensa de dicho derecho que se puede generar un

¹⁸⁹ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. *Fundamentos de la Responsabilidad Patrimonial Extracontractual de la Administración Pública en el Perú*, p. 2. Documento elaborado como parte de una ponencia realizada en el marco del XIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

mejor y eficiente desarrollo del mercado, así como poder trasladar los estándares de protección a las inversiones extranjeras, a los inversionistas nacionales.

III.5 Posibilidad de igualar el nivel de protección otorgado a los inversionistas nacionales respecto a los extranjeros en el caso de expropiaciones indirectas

Se ha podido observar, no solo a nivel de la jurisprudencia y legislación internacional, sino también nacional, que el derecho de propiedad, es uno de los derechos fundamentales que por su relevancia, merece una adecuada protección. Una protección que no solo debe darse frente a los actos de los particulares o administrados, sino también frente aquellos actos que nacen del Estado, como hemos podido analizar en el caso de las expropiaciones indirectas.

Ahora, se ha reconocido que, las interferencias en el ejercicio de uno o de todos los atributos del derecho de propiedad, producto del ejercicio de la potestad regulatoria del Estado, se han vuelto cada vez más comunes, y se espera que ello suceda en algún momento:

“In a modern regulatory state, interferences with private property are legion and are expected. Within the United States legal system, constitutional amendments and judicial structures have established a flexible system that compensates property holders whose rights have been seriously affected by government regulation”¹⁹⁰. (Resaltado agregado)

Ese tipo de interferencias que suelen darse en el ejercicio libre del derecho de propiedad, lo podemos observar en los temas de zonificación, cuando se impide construir en una determinada área, prohibiendo la realización de determinados actos comerciales, o la prohibición de alterar un determinado inmueble o lugar por temas de carácter cultural. Por lo que, con estas medidas, lo que el Estado busca es proteger determinados intereses públicos, como por ejemplo, el medio ambiente, la ordenación territorial y la protección de bienes históricos¹⁹¹.

¹⁹⁰ APPLETON, Barry. Regulatory Takings: The international law perspective. Colloquium Articles. University of Yale, p. 35

¹⁹¹ VELASQUEZ MELENDEZ, Raffo. *Expropiación Indirecta. Justificación, Regímenes, Casos, Criterios y Usos*. En: Revista Ius Et Veritas, Nro. 46, Julio 2013, p. 228.

Respecto a este tipo de interferencias en el ejercicio del derecho de propiedad, que resultan ser válidamente realizadas por el Estado, a fin de resguardar determinados bienes públicos, que se consideran importantes para la sociedad en su conjunto, lo que se discute, en el caso de las expropiaciones indirectas, es cuando la afectación sufrida en el ejercicio del derecho de propiedad, se ve impuesta a uno o unos pocos particulares, que en la práctica tienen que asumir todo el sacrificio impuesto por el Estado, a fin de que el resto de la población pueda disfrutar de un medio ambiente adecuado, o pueda visitar ciertos lugares, con un gran trasfondo cultural.

Esta afectación sobre unos pocos administrados, o sobre uno solo, resulta mucho más perjudicial, cuando se observa que dependiendo del origen (nacionalidad) de la persona afectada, se activaran aquellos mecanismos de protección (unos más protectores que otros) que permitan que los administrados puedan resguardar el ejercicio de su derecho de propiedad, quizás no impidiendo que el Estado pueda afectar el ejercicio de los atributos de dicho derecho, pero si solicitando una adecuada compensación, que indemnice el perjuicio sufrido.

En el caso de los países en vías de desarrollo, como el Perú, se ha mantenido siempre una constante lucha entre defender la protección constitucional del derecho de propiedad vs. la necesidad del Gobierno de interferir legítimamente en el ejercicio de dicho derecho. A diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en Estados Unidos, en cuya Quinta y Décimo Cuarta Enmienda de su Constitución se reconoce que la propiedad privada puede ser expropiada por el Estado previo pago de la compensación al propietario original debido al perjuicio ocasionado por el acto expropiatorio.

Cabe señalar que, consideramos que la referida disposición constitucional norteamericana, no resulta muy distante a la redacción que tenemos en la Constitución Peruana respecto a los actos de expropiación del Estado. Pero que, a diferencia de lo que ha venido sucediendo en el caso peruano, se puede observar que en el caso norteamericano se ha dado toda una jurisprudencia en lo que a expropiaciones indirectas se refiere. Dado que este es uno de los pocos países, por no decir el único, en los cuales se han dado casos, que en la práctica han creado, al interior del derecho norteamericano, toda una fuente de consulta para el estudio de este tipo de expropiaciones, como por ejemplo, el estudio del caso de Penn Central Transportation Co. V. New York City:

“U.S. regulatory takings jurisprudence took form in the often-cited U.S. Supreme Court decisión un Penn Central Transportation Co. v. New York. In this decisión over the effect of New York City zoning regulations, the U.S. Supreme Court found that a pre-existing regulatory framework meant that citizens have no reasonable expectation of freedom from government regulation. The Supreme Court found that where a regulation places limitations on land that fall short of eliminating all economically beneficial use, a taking may nonetheless occur, dependent on a number of factors, including the regulation’s economic effect on the landowner, the extent to which the regulation interferes with reasonable investment-backed expectations, and the character of the government action”¹⁹².

Este tipo de compensaciones, en los casos de expropiaciones indirectas, vistas a nivel de la jurisprudencia norteamericana, se puede también observar a nivel del derecho internacional de las inversiones, en aplicación de las garantías contenidas en los BITs celebrados por la gran mayoría de Estados por los Tribunales Arbitrales Internacionales, siendo la Formula Hull, la más conocida en temas de compensación, haciendo referencia al Secretario de Estado Norteamericano, Cordel Hull, cuando tuvo que tratar con las expropiaciones de nacionales americanos en territorio Mexicano, estableciendo en dicho contexto una formula referida a compensación de expropiaciones, usada hasta nuestros días.

Ahora, este tipo de compensaciones a las expropiaciones indirectas que se puede observar a nivel del Derecho Internacional de las Inversiones, debe verse reflejado no solo en los Tratados en los cuales los Estados han asumido compromisos con otros países, de proteger a las inversiones de los inversionistas de los países con los cuales han suscrito dichos instrumentos internacionales, sino que ello también debe verse reflejado a nivel del derecho domestico de dichos Estados, como se puede apreciar en el caso norteamericano, donde no resulta necesario la proscripción expresa a la realización de expropiaciones indirectas por parte de la administración pública, y su consecuente compensación, sino que ello debe darse, a partir de la internalización de los operadores jurídicos del deber de protección del contenido esencial, que hace posible la existencia de un derecho fundamental, como lo es el derecho de propiedad.

¹⁹² APPLETON, Barry. Op. Cit., p. 37

En ese sentido, creemos (como ya se mencionó anteriormente), que más que la necesidad de emisión de normas que busquen establecer expresamente la proscripción de las expropiaciones indirectas, como podría ocurrir a través de la modificación de nuestra Ley General de Expropiaciones, lo que se necesita es que al interior del ordenamiento jurídico peruano, se empiece a desarrollar la idea de que nuestras normas vigentes en materia de defensa de la propiedad, si bien puede argumentarse de que se encuentran enfocadas más a la protección del derecho de propiedad frente a los actos de expropiación directa o física, deban también interpretarse de una forma que no solo compense los actos de expropiación visibles y objetivamente fáciles de detectar, sino que también busquen compensar a los inversionistas, ya sean estos nacionales o extranjeros, que en la práctica han sufrido una expropiación de su propiedad, producto del perjuicio sustancial proveniente de los efectos de uno o varios actos de gobierno.

Dicha interpretación de nuestros operadores jurídicos, frente a los actos de expropiación (directa o indirecta), aplicado conjuntamente con los estándares internacionales de protección a los inversionistas extranjeros, vendría a constituir “un piso” a nivel derecho domestico peruano, a través del cual se logre proveer la protección otorgada a todo tipo de inversionista, independientemente de su origen o nacionalidad, que busque impedir que sea uno solo o unos pocos, los que tengan que cargar con una determinada pretensión publica, en beneficio de la sociedad en su conjunto.

Por lo que, debido al poco desarrollo que se ha tenido a nivel del derecho domestico peruano, respecto a la Responsabilidad Patrimonial del Estado, resulta indispensable tener en cuenta no solo lo que sucede en otros Estados, como el norteamericano, sino también a nivel del Derecho Internacional, en este caso del Derecho Internacional de las Inversiones, en donde se viene desarrollando todo un tratamiento a las inversiones extranjeras, de la cual el Perú es parte, y que no debería ser tomado en cuenta, solo cuando se tiene enfrente a un inversionista extranjero, sino que el Estado debería primero, en la medida de lo posible, trasladar los compromisos asumidos a internacional en materia de tratamiento a las inversiones extranjeras, a sus nacionales, evitando de esta manera dos tipos de realidades en lo que se refiere a compensación de expropiaciones indirectas.

Es por ello que, debe ser una meta de la política peruana, al interior de su tratamiento a las inversiones, el llegar a establecer dentro del derecho domestico peruano, el mismo nivel de compromiso asumido por el Perú en el marco del Derecho Internacional de las Inversiones. Lo cual, se encontraría traducido a través de la aplicación a los inversionistas nacionales, los mismos estándares de protección que se viene aplicando a los inversionistas extranjeros, ya sea a través de una correcta interpretación de los preceptos constitucionales, que actualmente tenemos en materia de defensa del derecho de propiedad, o a través de un mayor desarrollo de lo regulado a nivel del derecho administrativo, con relación a la Responsabilidad Patrimonial del Estado, otorgando de esta manera a los inversionistas nacionales la seguridad de que, en el caso de que aleguen ante los tribunales nacionales la ocurrencia de una expropiación indirecta, si bien no se les asegure la compensación que ellos buscan, por lo menos si se procederá a discutir a nivel del ordenamiento jurídico peruano, si estamos o no en presencia de un acto de expropiación regulatoria o indirecta, sin necesidad de descalificar dicha pretensión desde un inicio, por el simple hecho de alegar que no estamos ante una expropiación directa; que las expropiaciones indirectas no se encuentran prohibidas expresamente al interior del ordenamiento jurídico peruano, o que los actos emanados en ejercicio del Poder de Policía del Estado no deben permitir el pago de una compensación.

Si bien, ello es una meta que no pueda ser cumplida en un corto plazo, debido a una serie de factores, como la falta de institucionalidad de los actores gubernamentales que intervendrían en su ejecución, como lo es el Poder Judicial, el Congreso de la Republica, Autoridades Locales, Regionales, entre otros, debería ser puesto en Agenda de los Gobiernos, y así propiciar su discusión, como sucede en el caso norteamericano:

“Under the United States Constitution, the takings clause applies to government seizure or expropriation of physical property. The allocation of the costs imposed by government regulatory activity **is subject to much vexed and heated debate**, no less so where the state has sought to deregulate infrastructure industries. In the extreme, some argue that any action by government that negatively affects private property rights should count as a taking, but others would exclude regulatory and deregulatory actions from the reach of the clause except in rare cases, such as when the state completely destroys the owner’s use of his or her property”¹⁹³. (Resaltado agregado)

Por ello, resulta imprescindible iniciar el debate a nivel interno peruano, a fin de otorgar a los inversionistas nacionales, un tratamiento que permita respetar y proteger el ejercicio de los atributos de su derecho de propiedad. Lo cual permitirá unificar el tratamiento que el Estado Peruano viene dando a las inversiones, promoviendo de esta manera, no solo un mejor tratamiento a los inversionistas peruanos, sino que también permitirá reforzar el contenido esencial del derecho de propiedad, que es lo que principalmente se busca en las discusiones llevadas a cabo en el contexto de las expropiaciones indirectas.

¹⁹³ ROSE-ACKERMAN, Susan and ROSSI, Jim. Takings law and Infrastructure investment: certainty, flexibility and compensation. Executive Summary.

CONCLUSIONES

1. Se debe tener en cuenta que, es casi imposible establecer un marco normativo que satisfaga los intereses de todos¹⁹⁴. Ello, en la medida que, al emitirse una determinada regulación, unos saldrán beneficiados con dicho marco normativo, mientras que otros sentirán que sus intereses no han sido atendidos por completo. Por lo que, la dificultad está en determinar aquel marco normativo, para cada caso en concreto, que promueva un determinado fin público, pero sin perjudicar gravemente a otros, es decir, es poder encontrar el “punto medio” en términos regulatorios, lo cual se podría lograr, de realizar un adecuado Análisis del Impacto Regulatorio de nuestras normas, tanto de forma ex ante como ex post.
2. Con respecto a emitir regulación que termine afectando el ejercicio legítimo del derecho de propiedad, se debe tener en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales¹⁹⁵. En ese sentido, la función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, pero siempre respetando los supuestos contenidos tanto a nivel constitucional como en los principios generales del derecho internacional.

¹⁹⁴ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 30

¹⁹⁵ Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C N° 179.

3. Con respecto a las expropiaciones indirectas, como supuesto de afectación sustancial al ejercicio del derecho de propiedad, se ha reconocido a nivel del derecho internacional de las inversiones, que alegar la ocurrencia de una expropiación indirecta, suele ser un área del derecho, cuya discusión no ha sido pacífica, y que la aceptación del mismo, por parte de los Estados, generalmente de aquellos considerados como en vías de desarrollo, han sido muy reticentes en aceptar la ocurrencia de dicho tipo de expropiación¹⁹⁶. Lo cual, ha conllevado que el análisis de este tipo de expropiaciones, sea realizado caso por caso, no pudiendo generalizarse su tratamiento, dado que el poder determinar si nos encontramos ante una expropiación regulatoria o indirecta, dependerá de los hechos específicos y de la circunstancia de cada caso en concreto.
4. Asimismo, en el caso de las Expropiaciones Indirectas, resulta fundamental el argumento de la igualdad ante la Ley, en el sentido de que resultaría discriminatorio ofrecer niveles de protección distintos a los inversionistas, cuando estos son perjudicados en alguno de los atributos de su derecho de propiedad, producto de la actuación directa o indirecta del Estado¹⁹⁷. Más aún, si consideramos al derecho a la igualdad, no solo como un derecho fundamental, sino también como un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable¹⁹⁸.
5. Cabe señalar que, de una interpretación válida de lo dispuesto en nuestra Constitución respecto a cómo el Estado reacciona frente a la ocurrencia de una expropiación indirecta, debemos indicar, que si bien no existe una disposición expresa en la Constitución Peruana que prohíba la realización de dicho tipo de expropiaciones, ello no quiere que el Estado las tolere o avale¹⁹⁹. Lo cual, podemos llegar a determinar a partir de una interpretación a las disposiciones constitucionales referentes al ejercicio del derecho de propiedad, así como a su protección. Estas disposiciones constitucionales serían: el artículo 70°, el artículo 2°, inciso 2, el artículo 63°, el artículo 71.° y el artículo 61.° de la Constitución.

¹⁹⁶ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 31

¹⁹⁷ *Ibíd.*

¹⁹⁸ Fundamento 40 del EXP. N.° 02835-2010-PA/TC

¹⁹⁹ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 31

6. Sin perjuicio, de lo señalado en el punto anterior, debemos indicar que, en el derecho doméstico peruano, la Responsabilidad Patrimonial del Estado se encuentra regulado en el artículo 238° de la Ley 27444²⁰⁰, Ley del Procedimiento Administrativo General²⁰¹. Lo cual, marcó un punto de inicio importante al interior de nuestro ordenamiento jurídico, dado que antes de la promulgación de la referida Ley, no existía en el derecho administrativo peruano una regulación que se haya dedicado de forma específica a tratar el Principio de Responsabilidad Patrimonial del Estado. Ello sin perjuicio de que pudieran encontrarse normas aisladas en algunas regulaciones sectoriales, pero de alcance restringido y que no hacían referencia de forma expresa al referido Principio²⁰².
7. Sin embargo, como se ha podido apreciar en el Capítulo II, si aplicáramos lo dispuesto en el artículo 238° de la Ley 27444, a algunos casos en los cuales se ha discutido la vulneración al derecho de propiedad, podemos observar que resulta muy probable que en ninguno de ellos, se reconozca la vulneración del derecho de propiedad del particular por parte de un acto administrativo del Estado. Lo cual, en cierta manera podría explicar o tener una aproximación válida de porqué hasta la actualidad no se ha tenido algún caso en el cual se haya discutido la Responsabilidad Patrimonial del Estado.

²⁰⁰ Se establece que sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas. Asimismo, se señala que no habrá lugar a la reparación por parte de la Administración, cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero. Tampoco hay lugar a reparación cuando la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.

²⁰¹ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 31

²⁰² DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, Óp. Cit., p. 4

8. Respecto, a la necesidad de si debería o no regularse las expropiaciones indirectas al interior del ordenamiento jurídico peruano, señalamos que, teniendo como referencia la forma en cómo la jurisprudencia norteamericana ha resuelto los casos de expropiaciones indirectas, consideramos que lo regulado a nivel del ordenamiento jurídico peruano, en lo que respecta a expropiaciones, y más específicamente, en lo regulado a nivel de nuestra Constitución Política, no ameritaría en sí mismo, una nueva regulación en temas de expropiaciones indirectas, ya que de una interpretación de los artículos anteriormente señalados de nuestra Constitución, podríamos llegar a establecer una interpretación válida, respecto a las expropiaciones en general, pudiendo determinar que si bien no encontramos una mención expresa en la Constitución relativa a la proscripción de las expropiaciones indirectas, ello no significa que esta las apruebe.
9. Sin embargo, pensando en el escenario jurídico real peruano, recomendamos la posibilidad de modificar nuestra Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles, a fin de que en ella se haga referencia de forma expresa, no solo a las expropiaciones directas o físicas, sino también a las indirectas o regulatorias, ya que, ha sido y siempre será un objetivo a largo plazo, en cuanto se refiere a inversionistas nacionales, el poder hacer prevalecer su derecho de propiedad²⁰³.
10. Finalmente, se debe dejar en claro, que lo que se propone en este trabajo, no es interferir en la potestad regulatoria por parte de los Estados en defensa del ejercicio del derecho de propiedad, dado que éstos son totalmente libres para regular en aras de velar por el interés nacional, sino que dicha protección se haga efectiva en el establecimiento de la obligación de compensar por parte del Estado Peruano, todo aquel acto gubernamental que tenga como consecuencia una disminución total o casi total del valor de mercado de las inversiones, afectando notablemente el derecho de propiedad, originándose en la práctica un acto expropiatorio, a pesar de que dicho acto gubernamental no traiga consigo una transferencia del título de propiedad hacia el Estado o hacia un tercero.

²⁰³ CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. Óp. Cit., p. 32

BIBLIOGRAFIA

- ABDALA, Manuel and SPILLER, Pablo. *Article: Damage valuation of indirect expropriation in international arbitration cases*. Juris publishing, Inc. The American review of International Arbitration. 2003

- APPLETON, Barry. *Regulatory Takings: the International law perspective*. Colloquium Articles. University of Yale.

- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *CAPITULO III: De la propiedad*. En: La constitución Comentada: Análisis artículo por Artículo. TOMO I. Primera edición. Diciembre 2005

- AVENDANO VALDEZ, Jorge. *Artículo 70: Derecho de propiedad. Expropiación*. La Constitución comentada. TOMO I. Gaceta jurídica.

- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Artículo 71° de la Constitución Política del Perú: Igualdad y límites a Extranjeros en cuanto a la Propiedad*. En: La constitución comentada: análisis artículo por artículo. Tomo I. Primera edición. Gaceta Jurídica S.A.

- AVILA CABRERA, Víctor. *Artículo 63° de la Constitución Política del Perú: Igualdad de trato entre Inversión Extranjera y Nacional*. Solución de Controversias. En: La constitución comentada: análisis artículo por artículo. Tomo I. Primera edición. Gaceta Jurídica S.A.

- BIANCHI, Alberto. *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*. Estudio sobre los efectos jurídico – patrimoniales de los actos normativos lícitos. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires 1999.
- BRYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Harvard University Press. 1982
- BRUNETTI, Maurizio. *ESSAY: NAFTA CHAPTER 11: The Iran – United States Claims Tribunal, NAFTA Chapter 11, and the Doctrine of Indirect Expropriation*. Lexis Nexis TM Academic. University of Chicago. 2001
- BRUNETTI, Amoyo y otros. *Institutional obstacles to doing business: Region by Region results from a worldwide survey of the Private sector*. En: World Bank Policy research Working paper number 1759.
- CABRERA GÓMEZ, Enrique Jesús. *El Derecho Internacional de las Inversiones y el Derecho Peruano: Entre la necesidad de regular las Expropiaciones Indirectas o fortalecer la figura jurídica de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*. Paper presentado y expuesto durante la 21° Conferencia Anual de la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDE). 2017
- CARRANO, Ítalo y BONIFAZ, Gonzalo. *La protección de inversiones del Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos*. Ara Editores. ESAN. 2011
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, séptima edición, Buenos Aires 2004, Tomo I.

- CIADI. *Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados*. 1965
- Charles N. Brower and Jason D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal 669* (Martinus Nijhoff 1998).
- CONGRESO DE LA REPUBLICA. “*Diario de los Debates-Debate constitucional Pleno 1993*”. Tomo I, Publicación oficial 1998
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. *Trato de la Nación Más Favorecida. Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales en materia de inversión*.
- Declaración Universal de Derechos Humanos
- DE LA CERDA OLIVOS, Cristóbal y GOLDENBERG PEÑAFIEL, Mónica. *TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN MATERIA DE INVERSION EXTRANJERA*. Santiago, Chile, Octubre 2007
- DIEZ, Manuel Maria. *Derecho Administrativo*. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1971, Tomo V.
- DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, 2008

- ECHAIZ MORENO, Daniel. *“La expropiación y la confiscación”*. En: Gaceta constitucional -- Tomo 43 (Jul. 2011)
- EPSTEIN, Richard. *Takings: Private property and the Power of Eminent Domain*. Harvard University Press.
- FISCHER, William. *Takings and Public Choice: The persuasion of price*. Publicado en The encyclopedia of Public Choice. Charles Rowley, editor, June 2002.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y RAMON FERNANDEZ, Tomas. *Curso de Derecho Administrativo*. Palestra - Temis. Lima , 2006 , Tomo II.
- GONZALES BARRON, Gunther Hernán. *Crítica a la tendencia neoliberal del Tribunal Constitucional en Materia de Propiedad y Expropiación*. En: Gaceta constitucional -- Tomo 43 (Jul. 2011)
- GREGORY, Sidak and SPULBER, Daniel. *Deregulatory takings and the Regulatory Contract*. Cambridge University Press
- GUTIERREZ CAMACHO, Walter. *Artículo 58° de la Constitución Política del Perú: Iniciativa Privada y Economía Social de Mercado*. En: La constitución comentada: análisis artículo por artículo. Tomo I. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A.

- GUTIERREZ CAMACHO, Walter. *Artículo 60° de la Constitución Política del Perú: Principio de Subsidiariedad*. En: La constitución comentada: análisis artículo por artículo. Tomo I. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A.
- HUAPAYA TAPIA, Ramón. *“Algunos apuntes sobre las relaciones entre el derecho administrativo económico y el concepto anglosajón de la regulación”*. En: *Ius et Veritas* -- No. 40 (Jul. 2010)
- Informe del Presidente del Consejo Directivo del CIADI sobre cuestiones planteadas y sugerencias hechas respecto al Proyecto preliminar de Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.
- LEGUINA VILLA, Jesus. *“El fundamento de la responsabilidad de la administración”*, publicado como Apéndice II de su libro: *La responsabilidad civil de la administración pública*, Edit. Tecnos, Madrid, 2da edic. 1983.
- LOAYZA V., Norman. *El Crecimiento Económico en el Perú*. En: *Revista Economía*. Vol. XXXI, Nro. 61, semestre enero-junio 2008.
- North America Free Trade Agreement - NAFTA
- OECD. *Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law*. OECD Working Papers on International Investment 2004/04.
- OGUS, Anthony. *Regulation: Legal form and Economic theory*. Clarendon Law series.

- PASQUEL RODRIGUEZ, Enrique. *Tomando la Propiedad en serio: las Expropiaciones regulatorias o indirectas*. En: *Ius Et Veritas*, Año 15, Nro. 31
- Ponencia del profesor Jorge Danos Ordoñez, en el marco de la realización del XIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, titulado “Fundamentos de la Responsabilidad Patrimonial Extracontractual de la Administración Pública en el Perú”
- ROSE-ACKERMAN, Susan and ROSSI, Jim. *Takings law and Infrastructure investment: certainty, flexibility and compensation*. Executive Summary
- SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1999, Tomo II.
- SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Artículo 58 de la Constitución Política del Perú: Estado orientador y promotor*. En: *La constitución comentada: análisis artículo por artículo*. Tomo I. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A.
- SCHREUER, Cristoph. *Commentary on the ICSID Convention*. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 11, 1996.
- SHEAHAN, John. *La economía Peruana desde 1950: buscando una Sociedad mejor*. Lima: IEP, 2001.
- TOVAR GIL, Javier. *Régimen Aplicable a las Inversiones*. En: *TLC Perú-Estados Unidos: Contenido y Aplicación*

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – PLENO JURISDICCIONAL 00034-2004-PI/TC
- UNCTAD, Dispute Settlement (requirements Ratione Materiae), UNCTAD, Ginebra, 2003.
- United Nations Conference on Trade and Development. National Treatment. Unctad Series on Issues in International investment Agreements.
- UNCTAD, Scope and Definitions. New York and Geneva, 2011
- YEPES DEL CASTILLO, Ernesto. *Economía y Política: La modernización en el Perú del Siglo XX: Ilusión y Realidad*. Lima: Mosca Azul, 1992.
- ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El contrato-ley: los Contratos de Estabilidad jurídica*. Lima: Gaceta jurídica, 1997.
- **CASOS ESTUDIADOS:**
 - Birnbaum v Iran, Award No 549-967-2, (July 6, 1993); Payne v Iran, Award No 245-335-2, (Aug 8, 1986); Phelps Dodge Corp v Iran, Award No 217-99-2, (Mar 19, 1986).
 - Case Concerning Elettronica Sicula SpA (ELSI) (United States of America v. Italy), 1989. ICJ Rep 15.76:84 ILR 311.382
 - Fedax N.V. v. Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/96/3)

- Fedax N. V. v. República de Venezuela. Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso ARB/96/3, decisión sobre jurisdicción, 11 de julio de 1997.
- Lochner v, New York. 198 U.S. 45, 53 (1905)
- Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia (ICSID Case No. ARB/05/10)
- Malaysian Historical Salvors SDN, BHD vs. Malaysia, Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso ARB/05/10, decisión sobre jurisdicción, 10 de mayo de 2007.
- Malaysian Historical Salvors SDN, BHD vs. Malaysia, Centro Internacional para el Arreglo de Diferencia Relativas a Inversiones, Caso ARB/05/10, Decisión sobre Solicitud de Anulación
- Pope & Talbot, Inc v Canadá, Interim Award (June 26, 2000) en <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/nafta-e.asp>
- Resolución N° 1535-2010/SC1-INDECOPI
- Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. v. Reino de Marruecos. Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso ARB/00/4, decisión sobre jurisdicción.

- Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan (ICSID Case No. ARB/02/13)
- STC Exp. N° 005-2006-PI/TC, sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por Jorge Santisteban de Noriega, en representación de 5000 ciudadanos, contra los artículos 2 a 7 de la Ley N° 28476 y los artículos 5 y 10 del Decreto de Urgencia N° 122-2001.
- STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC, de 11 de noviembre de 2003, sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por Roberto Nesta Brero, en representación de más de 5000 ciudadanos, contra el artículo 4 del Decreto de Urgencia N° 140-2001.
- Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v TAMS-AFFA, Award No 141-7-2 (June 29, 1984), reprinted in 6 Iran-US CTR 219, 225
- EXP. Nro. 0008-2003-AI/TC – Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero.
- EXP. Nro. 0031-2004-AI/TC – Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por don Máximo Yauri Salazar.
- EXP. Nro. 03258-2010-PA/TC – Recurso de agravio constitucional Interpuesto por don Conrado Mori Tuesta.
- Exp. Nro. 18-95-AA/TC – Recurso de Casación entendido como extraordinario interpuesto por Arturo Vidal Layseca.

- Exp. 203-96-AA/TC – Recurso extraordinario interpuesto por la Compañía Minera Agregados Calcáreos S.A.
- Exp. 1497-2001-AA/TC – Recursos extraordinario interpuesto por Expreso Cruz del Sur S.A. contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad.
- Exp. 1535-2006-AA – Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Empresa de Transportes Turismo Imperial S.A.
- EXPEDIENTE 00037-2009/CEB – Caso Turismo Huaral.
- EXP. N° 01735-2008-PA/TC – Recurso de agravio constitucional interpuesto por Shougang Hierro Perú S.A.A.

▪ **PAGINAS WEB VISITADAS**

- http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lcp/chavez_l_dd/capitulo1.pdf
- <http://laeconomiadelleopoldo.blogspot.com/2011/03/el-sistema-de-planificacion-central-o.html>
- http://economia.unmsm.edu.pe/Docentes/JLeonM/Publicaciones/Ensayos_Articulos/CualEsRolDelEstado.pdf
- <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/nafta-e.asp>

- <http://www.politicas.unam.mx/sae/portalestudiantil/politica-administracion/teoria-filosofia/pdf/EnsayoLocke.pdf>
- <http://www.diariojuridico.com/opinion/expropiacion-y-nacionalizacion.html>
- <http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/916/801>
- http://www.sice.oas.org/ctyindex/PER/PERBITS_e.asp
- <http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/916/801>
- http://www.sice.oas.org/ctyindex/PER/PERBITS_e.asp
- http://cdfloorycanto-oax.org/Administrador/imagenes_editor/files/SESION%20-America%20Latina%20y%20el%20consenso%20de%20Washington.pdf
- <http://web.worldbank.org/WBSITE/>
- http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/eloss_m_fc/capitulo2.pdf