

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**EVALUACIÓN DE LA EXTINCIÓN DE LA PROPIEDAD EN LA ACTUAL
LEGISLACIÓN DE EXPROPIACIONES Y SU ADECUACIÓN AL MARCO
CONSTITUCIONAL**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAGÍSTER EN DERECHO DE LA EMPRESA**

AUTOR

Alan Carlos Alarcón Canchari

ASESOR TEMÁTICO

Hernando Montoya Alberti

LIMA – PERÚ

Noviembre, 2020

A Dios, por el cuidado de mi familia en tiempos de cuarentena. A Fabiola, por su amor de cada día y a mis hijos, Leandro y Adriano, por su paciencia y comprensión durante este trabajo de investigación.

Alan Alarcón



RESUMEN EJECUTIVO

Esta investigación académica tiene como propósito efectuar una evaluación, desde una perspectiva constitucional, a la ejecución de las expropiaciones en la actual legislación peruana, teniendo como parámetro el nivel de protección que se concede al derecho de propiedad.

Para este propósito, en el primer capítulo denominado *Propiedad y Expropiación en el Perú*, se efectúa una revisión conceptual del derecho de propiedad en la Constitución Política, así como un análisis de la legislación de la expropiación hasta antes del actual marco normativo vigente consistente en el TUO del Decreto Legislativo N° 1192. Además, se ha revisado cómo se afecta el derecho de propiedad con la normativa de expropiaciones y se culmina con una evaluación crítica.

En el segundo capítulo, titulado *Expropiación Jurisdiccional y Expropiación Administrativa*, se ha efectuado una comparación entre ambos modelos de expropiación, siendo que el primero supone una traslación de propiedad por mandato de una autoridad jurisdiccional, sea un juez o árbitro, mientras que el segundo conlleva a una afectación de la propiedad de manera directa por parte de la Administración Pública. Asimismo, se han considerado los eventuales riesgos económicos, operacionales y hasta contractuales a los que se encuentra sometido el sujeto pasivo en una expropiación.

Seguidamente, en el tercer capítulo de este trabajo de investigación, al que se ha denominado *Análisis Constitucional de la Transferencia de Propiedad en la Expropiación*, se ha efectuado una revisión del tema en evaluación desde la perspectiva de la Constitución Económica. En este capítulo, la aplicación del test de proporcionalidad a determinados artículos de la normativa de expropiaciones es un punto medular en esta investigación, concluyéndose con una propuesta de necesaria adecuación normativa de la legislación al marco constitucional, así como a los criterios que emanan de las sentencias del Tribunal Constitucional, que resguardan el derecho de propiedad.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	4
I.1.	Tema y problema de la investigación	5
I.2.	Planteamiento de la hipótesis	7
I.3.	Objetivo principal del trabajo	8
I.4.	Enfoque metodológico	9
II.	CAPÍTULO 1: PROPIEDAD Y EXPROPIACIÓN EN EL PERÚ	10
II.1.	El derecho de propiedad en la Constitución Política	10
II.2.	La protección constitucional del derecho de propiedad y la expropiación	13
II.3.	Una evaluación de la legislación sobre expropiación y su aplicación antes de su modificación	17
II.4.	La afectación del derecho de propiedad en la normativa actual de expropiaciones	26
II.5.	Una evaluación crítica	32
III.	CAPÍTULO 2: EXPROPIACION JURISDICCIONAL y EXPROPIACIÓN ADMINISTRATIVA	33
III.1.	La expropiación jurisdiccional y sus problemas	33
III.2.	La expropiación administrativa y su eficiencia	40
III.3.	Los riesgos económicos, operacionales y contractuales del propietario afectado en una expropiación	47
III.4.	Una crítica al sistema actual de expropiaciones	52
IV.	CAPÍTULO 3: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD EN LA EXPROPIACIÓN	55
IV.1.	Un análisis del problema desde la Constitución Económica	55
IV.2.	Aplicación del test de proporcionalidad a la normativa de expropiaciones	58
IV.2.1.	Los condicionamientos a la liberación de la consignación en el Banco de la Nación a favor del sujeto pasivo	61

IV.2.2. Las restricciones de acceso al arbitraje.....	66
IV.2.3. La transferencia de propiedad en el modelo de <i>expropiación administrativa</i>	72
IV.3. La necesaria adecuación de la normativa actual de expropiaciones al marco constitucional	76
IV.4. Una propuesta de solución constitucional	80
V. CONCLUSIONES	83
VI. BIBLIOGRAFÍA	86



EVALUACIÓN DE LA EXTINCIÓN DE LA PROPIEDAD EN LA ACTUAL LEGISLACIÓN DE EXPROPIACIONES Y SU ADECUACIÓN AL MARCO CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

Una de las principales complicaciones en la implementación de políticas públicas encaminadas al cierre de la brecha en infraestructura en nuestro país, es el vinculado a la ejecución oportuna de las expropiaciones. Para abordar su solución, nuestra legislación ha variado de modelo de expropiación, pasando de una afectación de la propiedad con intervención jurisdiccional, a una transferencia forzosa de la propiedad únicamente con intervención administrativa, en aras de procurar la obtención de la posesión con premura, precisamente para disponer de los predios necesarios para la ejecución de los diversos proyectos de inversión.

El problema con la variación de este modelo de expropiación es que, desde nuestra perspectiva, la protección del derecho de propiedad ha quedado relativizada por la actual normativa que regula las expropiaciones, en abierta contradicción con el marco constitucional vigente y los criterios emanados del Tribunal Constitucional. De ahí que el análisis que proponemos está encaminado a compatibilizar la regulación legal de las expropiaciones, con los preceptos del artículo 70 de la Constitución Política, manteniendo la eficacia buscada por el Estado, pero garantizando un adecuado resguardo del derecho de propiedad, enfocando las soluciones propuestas desde una perspectiva constitucional.

De esta manera, en el presente trabajo de investigación, propondremos modificaciones al marco legal vigente de las expropiaciones en el Perú, utilizando para este propósito como enfoque metodológico un análisis constitucional, revisando los criterios emanados del Tribunal Constitucional, laudos arbitrales y sentencias del Poder Judicial, con la finalidad de esbozar una adecuación de la actual normativa sobre expropiaciones, para que sea compatible con la función garantista que resulta del derecho de propiedad.

I.1. Tema y problema de la investigación

Este análisis legal aborda cómo y en qué oportunidad es que actualmente se configura la transferencia de propiedad en el Perú dentro de un proceso expropiatorio, conforme a la regulación de la materia, prevista en el actual TUO del Decreto Legislativo N° 1192, “Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles, Transferencia de Inmuebles de Propiedad del Estado, Liberación de Interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura”, aprobado por Decreto Supremo N° 011-2019-VIVIENDA¹, publicado en el diario oficial El Peruano con fecha 12 de marzo de 2019, contrastándola con la anterior normativa Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, el Código Civil y nuestra Constitución Política, para a partir de esta revisión, advertir los riesgos y problemas que se presentan, principalmente para el expropiado.

Para estos efectos, debemos resaltar que el inciso 3 del artículo 968 del Código Civil, señala que la propiedad se extingue por expropiación, disposición que resulta consistente con una *expropiación jurisdiccional* de acuerdo al mandato constitucional del artículo 70 de la carta magna, configurándose con la verificación del pago previo de la indemnización justipreciada. Sin embargo, la actual legislación de la materia a la que nos remite el artículo 928 del Código Civil, cuando define la expropiación, nos deriva a una transferencia de propiedad en favor del Estado, solamente con la emisión de la norma administrativa que autoriza la ejecución de la expropiación, tal como se desprende del acápite d) del inciso 1 del artículo 28 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, sin que se hubiera verificado previamente el pago de la indemnización justipreciada entendida en términos constitucionales, sino solamente con una disposición de consignación posterior en el Banco de la Nación de la valorización

¹ Esta normativa en adelante se constituye en la **legislación de la materia** a la que alude el artículo 928 del Código Civil. Recientemente este marco normativo ha sido objeto de modificación parcial con el Decreto de Urgencia N° 003-2020, publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 8 de enero de 2020, sin mayor incidencia en el presente análisis legal, salvo la modificación del artículo 24 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, en la parte referida al ámbito de aplicación de la expropiación, habiéndose eliminado la referencia a que esta transferencia forzosa de la propiedad se podía configurar “únicamente por ley expresa del Congreso”, refiriéndose ahora que se concreta “únicamente por ley en favor del Estado”. Además, se ha eliminado la referencia al concepto de “previo pago en efectivo”, indicándose en esta modificatoria solamente la alusión al “previo pago”. Actualmente, con fecha 26 de octubre de 2020, con Decreto Supremo N° 015-2020-VIVIENDA se ha aprobado el Nuevo TUO del Decreto Legislativo N° 1192, con los cambios introducidos con el referido Decreto de Urgencia N° 003-2020, reiterando nuestra parte que dichos cambios no inciden en el presente trabajo de investigación.

unilateralmente efectuada por el Estado, estando en este supuesto ante una *expropiación administrativa*².

En adelante, en el presente trabajo de investigación y para efectos diferenciadores, se hará referencia a los términos de *expropiación jurisdiccional*, diferenciándola de una *expropiación administrativa*. Así tenemos que, en el primer modelo, apreciamos una transferencia forzosa de la propiedad en favor del sujeto activo, mediante una sentencia judicial o laudo arbitral, que ordenaba y verificaba previamente el cumplimiento del pago de la indemnización justipreciada. En contraposición, en la actual *expropiación administrativa*, encontramos una traslación de propiedad en favor del Estado, únicamente con la emisión de un acto administrativo por parte del sujeto activo, en el cual se ordena el inicio de la ejecución de la expropiación, con la disposición de inscripción registral de la transferencia de propiedad y el pago de la valorización unilateralmente efectuada por el Estado, quedando pendiente la reclamación del sujeto pasivo respecto a la indemnización justipreciada.

Estamos, entonces, ante una aparente inconsistencia normativa, que genera inseguridad jurídica al encontrarnos ante dos escenarios posibles sobre cómo y cuándo se extinguiría actualmente la propiedad en un procedimiento expropiatorio, que serían: (i) la propiedad se extinguiría y pasaría a titularidad del Estado, cuando se hubiera verificado el pago de la indemnización justipreciada al propietario de manera previa, completa y en efectivo, tal como se desprende del tenor del artículo 70 de la Constitución Política; es decir, con una *expropiación jurisdiccional*; o, (ii) la propiedad se extinguiría y se trasladaría en favor del Estado, solamente cuando la entidad pública beneficiaria hubiera emitido la norma administrativa que apruebe la ejecución de la expropiación, de acuerdo a lo regulado en el acápite d) del artículo 1 del artículo 28 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, sin que se hubiera verificado el pago previo, completo y en efectivo de la indemnización justipreciada, estando en este supuesto ante una *expropiación administrativa*.

² Para efectos diferenciadores, en este trabajo estamos proponiendo las denominaciones de *expropiación jurisdiccional* contrastándola de una *expropiación administrativa*.

Siendo así, el tema a tratarse en este trabajo jurídico es cómo compatibilizar el derecho del expropiado, actualmente previsto en la legislación de la materia consignada en el TUO del Decreto Legislativo N° 1192, con el marco protector vigente del artículo 70 de la Constitución Política y los criterios del Tribunal Constitucional sobre esta materia, que garantizan una transferencia de propiedad en la expropiación con el pago previo, completo y en efectivo de la indemnización justipreciada al sujeto pasivo, para de esta manera además mantener la congruencia del artículo 928 del Código Civil referido a la definición de expropiación y su remisión a la legislación de la materia, con el supuesto de extinción de la propiedad del inciso 3 del artículo 968 de la referida norma sustantiva.

Además, este análisis jurídico servirá para abordar el problema sobre cómo esta actual inconsistencia normativa, entre la legislación de la materia y la Constitución Política, afecta al propietario o empresario, pudiendo tener efectos económicos no solamente en la titularidad propiamente dicha, sino inclusive en otros aspectos vinculados como los alcances de la hipoteca del bien expropiado, incidencia sobre garantías reales e inclusive en los contratos de arrendamiento, de ser el caso que la actividad económica se desarrollase en bienes inmuebles que no son de propiedad del ocupante. En estricto, se trata de darle una solución a los problemas que actualmente emanan de adoptar una expropiación en uno u otro sentido, proponiendo una solución legislativa acorde con el marco constitucional vigente.

I.2. Planteamiento de la hipótesis

Estando al problema planteado, resulta relevante determinar dentro del procedimiento expropiatorio vigente, cómo y en qué momento se produce la traslación de propiedad a favor del Estado, pues a partir de esta definición se generarán puntuales consecuencias legales y económicas, no solamente para el expropiado respecto a la afectación de su propiedad, sino además en cuanto temas de índole civil con relevancia patrimonial.

Nuestra hipótesis es que toda respuesta siempre debe enfocarse desde una perspectiva constitucional, respetando lo dispuesto en el artículo 70 de la Constitución Política, de tal manera que - en principio - la propuesta de modificación normativa debería ser respecto del TUO del

Decreto Legislativo N° 1192, en la parte correspondiente a la transferencia de propiedad. De ahí la necesidad de explicar la diferencia entre una *expropiación jurisdiccional* con raigambre constitucional, de la actual *expropiación administrativa* en la que nos encontramos con la legislación de la materia, porque entendiendo cómo se ha planteado el marco normativo vigente de las expropiaciones y sus consecuencias, es que se aprecia la necesidad de una modificación como se viene proponiendo, que debería respecto del acápite d) del inciso 1 del artículo 28 del mencionado TUO del Decreto Legislativo N° 1192, relacionado a la oportunidad en que ocurre una transferencia de propiedad en una expropiación.

En tanto esta adecuación al marco constitucional no sea implementada, conforme al artículo 928 del Código Civil que nos remite en la definición de la expropiación a la legislación de la materia, actualmente en nuestra normativa civil la propiedad se extingue, entre otras causales, solamente con la norma administrativa que ordena la ejecución de la expropiación, generando esta situación inseguridad jurídica y problemas económicos, por lo que nuestra posición es que debería entenderse a la expropiación como netamente jurisdiccional y solamente así se garantizaría una adecuada protección al derecho de propiedad.

I.3. Objetivo principal del trabajo

Uno de los aspectos iniciales a evaluar en este trabajo jurídico es *determinar, empleando para ello un enfoque constitucional, la manera y oportunidad en que concretamente debería entenderse que se transfiere la propiedad inmueble en un procedimiento expropiatorio*. Para a partir de esta respuesta, evaluar los riesgos económicos a los que actualmente puede quedar sometido cualquier propietario, que puede ser una empresa, en el supuesto en que se implementara una *expropiación administrativa* con la actual legislación de la materia.

El *objetivo final* es proponer una adecuación de la norma actual de expropiaciones al marco constitucional vigente, para realmente darle contenido a la función garantista que tiene el derecho de propiedad, verificándose que solamente exista una transferencia de propiedad en favor del Estado, cuando se hubiera comprobado el pago de la indemnización justipreciada de manera previa, completa y en efectivo, quedando de esta manera absolutamente indemne el

sujeto pasivo, evitando de esta manera riesgos no solamente económicos, sino operacionales a los sujetos pasivos sometidos a una expropiación.

I.4 Enfoque metodológico

Para este trabajo *se utilizará como enfoque metodológico un análisis constitucional de manera prevalente, dado que la propiedad es una garantía que emana de la Constitución Política*. Estimamos pertinente que esta evaluación deba enmarcarse dentro de los preceptos constitucionales, contrastando los alcances de estos con los criterios que a su vez emanan de las sentencias del Tribunal Constitucional que se han emitido en materia de expropiaciones y que tienen incidencia en la materia de este análisis jurídico. El fundamento de aplicar este enfoque metodológico, es darle sustento a la propuesta de modificación normativa resultante al final de esta evaluación, siempre con una perspectiva de protección de la propiedad desde la Constitución Política.

Asimismo, *un enfoque metodológico complementario aplicable a este análisis, será el jurisprudencial en el sentido amplio del término, utilizando principalmente laudos que denoten por un lado la aplicación de una expropiación jurisdiccional como se regulaba con la normativa anterior, contrastado con una expropiación administrativa contenida en laudos expedidos con la normativa actual que regula una expropiación administrativa*. Así, evidenciando los distintos niveles de protección constitucional, es que tendremos un panorama claramente diferenciado en términos prácticos entre ambos modelos, para encontrar justificación en la propuesta de modificación normativa que proponemos, siempre prevaleciendo una perspectiva constitucional.

II. CAPÍTULO 1: PROPIEDAD Y EXPROPIACIÓN EN EL PERÚ

En este primer capítulo expondremos cómo se regula el derecho de propiedad en nuestra Constitución Política, para seguidamente revisar el nivel de protección que brinda nuestra carta magna ante una expropiación. Habiendo brindado este marco conceptual, se explicará en términos prácticos cómo se daba una *expropiación jurisdiccional* con la normativa inmediatamente anterior a la legislación de la materia que actualmente se encuentra vigente, con el propósito de efectuar una contrastación y se pueda observar la diferencia con una *expropiación administrativa*. De esta manera, tendremos enfocados los niveles de protección que tiene el sujeto pasivo ante una expropiación y quedará expedito el análisis de la problemática que deriva de la actual *expropiación administrativa* y que sustentará oportunamente la propuesta de modificación normativa que proponemos en el presente trabajo.

II.1. El derecho de propiedad en la Constitución Política

Respecto a la propiedad, empecemos explicando que no solamente constituye un derecho subjetivo reconocido en el inciso 16 del artículo 2 de nuestra Constitución Política, sino que también es una garantía tal como se prevé en el artículo 70° de nuestra carta magna. Debido a esta doble percepción, el Estado debe garantizar la inviolabilidad del derecho de propiedad, sin dejar de exigir al titular para que sea ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley.

Sobre este derecho, el artículo 70 de nuestra actual Constitución Política señala lo siguiente:

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

contestar el **valor de la propiedad** que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio. (El resaltado es nuestro)

Adviértase en este punto cómo es que el texto constitucional diferencia entre el término *previo pago en efectivo de indemnización justipreciada* del *valor de la propiedad*, no solamente en cuanto a la oportunidad de determinación de cada concepto, sino además también respecto de los alcances económicos que cada término supone. La posibilidad de cuestionar judicialmente el valor de la propiedad unilateralmente señalada por el Estado, presupone que existe disconformidad por parte del sujeto pasivo respecto a su monto y que finalmente el valor de la misma será determinado en instancias jurisdiccionales, pero además denota que en tanto aún no se ha definido un valor final, no podría sostenerse que se haya configurado una traslación de propiedad en la expropiación, pues esta implica un pago previo, completo y en efectivo al afectado, que justamente se desprende del tenor de la exigencia constitucional respecto a la indemnización justipreciada, tal como se desprende de las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes Nros. 0864-2009-PA/TC y 00319-2013-PA/TC.

Ahora bien, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional (Expediente N° 0864-2009-PA/TC, 2009), de acuerdo a una de las finalidades del Estado de Derecho, debe reconocerse una función social en el derecho de propiedad, que ciertamente implica la asignación de una serie de derechos al propietario, pero también en contraposición la imposición de deberes, dándose así una doble dimensión a este derecho constitucional, siempre en función al interés público y beneficio de la sociedad, dado que el individuo se encuentra inserto en esta y teniendo por tanto una función social el ejercicio de este derecho. En la misma línea de análisis, sostiene Mejorada que “En consecuencia, la expropiación solo es necesaria y se justifica si su realización interesa positivamente a la sociedad toda” (2014, p. 205).

De esta manera, el derecho de propiedad concede a su titular la facultad para usar, gozar, explotar y disponer de este derecho subjetivo, en tanto este ejercicio se encuentre acorde con la función social que conlleva intrínsecamente. Tal como se ha precisado en la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente N° 0864-2009-PA/TC), existen restricciones aceptables para que el propietario pueda ejercer este derecho en la sociedad, que de acuerdo con

el máximo intérprete de la Constitución son: (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. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha determinado que el derecho de propiedad únicamente es susceptible de restricciones por las causas y finalidades señaladas en la misma carta magna, debiendo en consecuencia la normativa infra constitucional supeditarse a este nivel de protección y sus condiciones, tal como expondremos oportunamente.

Es por esto que el artículo 70° de la Constitución Política señala que el derecho de propiedad debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley, siendo que en principio a nadie debería privarse arbitrariamente de su propiedad, sino solamente por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley y precisaríamos además debidamente justificada, añadiéndose que la afectación en el supuesto de una expropiación debe ser previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada, la que a su vez debe incluir la compensación por el eventual perjuicio económico en el sujeto pasivo.

Es decir, para el ordenamiento constitucional no basta con el pago del valor del predio materia de expropiación, sino que además este debe comprender el daño emergente y el lucro cesante, entendiéndose esto como una integridad y desprendiéndose un concepto de indemnidad en favor del expropiado que resulta sumamente relevante para este análisis, pero agregando además que este reconocimiento económico debe ser previo a la afectación de la propiedad y por ende a su traslación en favor del Estado.

En similar sentido, respecto al pago previo y en efectivo, también se expresaba nuestra Constitución Política de 1979, en cuyo artículo 125 se establecía que:

Artículo 125.- La propiedad es inviolable. El Estado la garantiza. A nadie puede privarse de la suya sino por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social, declarada conforme a ley, y **previo el pago en dinero de una indemnización que debe pagarse necesariamente en dinero y en forma previa.**

II.2. La protección constitucional del derecho de propiedad y la expropiación

Como se ha venido explicando, el derecho a la propiedad es una garantía dada por nuestra Constitución Política para impedir que se prive al titular arbitrariamente del mismo, sino solamente por causa de seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley y previo pago, completo y en efectivo de la indemnización justipreciada, conforme se desprende de los considerandos 21 y 27 de la sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente N° 0864-2009-PA/TC, 2009). Este énfasis constitucional es sumamente relevante para determinar el momento preciso en que ocurre la afectación al derecho en cuestión, porque solamente puede ser conculcado en tanto haya un pago previo de acuerdo al análisis constitucional; expresado de otra manera, en tanto no se haya verificado un pago previo, completo³ y en efectivo de la indemnización justipreciada, no habría una afectación válida al derecho de propiedad y por ende tampoco de la configuración de una traslación de propiedad en favor del Estado.

Para sustentar adecuadamente los alcances de esta garantía, debemos referir que si bien la expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso de la República en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, las regiones o los gobiernos locales, el mandato constitucional exige un pago previo y en efectivo de la indemnización justipreciada, precisando que este debe incluir la compensación por el perjuicio ocasionado al sujeto pasivo.

La exigencia que este concepto sea además completo, si bien no se encuentra expresamente redactado en el artículo 70 de la carta magna, emana de los criterios del Tribunal Constitucional sobre la materia, tal como puede advertirse de la sentencia emitida por el máximo intérprete (Expediente N° 00319-2013-PA/TC), al señalar lo siguiente:

Que el Estado pague previamente, en efectivo, una indemnización justipreciada que incluya el precio del bien expropiado y la compensación por el eventual perjuicio el que a su vez debe ser establecida en el procedimiento expropiatorio.

³ El artículo 1220 del Código Civil estipula que se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación.

Es decir, que el Estado tiene el deber de indemnizar **en forma plena y completa** al titular del derecho de propiedad privada, por el daño que no tenía el deber de soportar. (el resaltado es agregado).

De esta manera, si bien el derecho de propiedad no es absoluto, debido a que se encuentra supeditado a la seguridad nacional o necesidad pública, el nivel de protección concedido por la propia Constitución Política es la verificación concreta que el sujeto pasivo haya quedado absolutamente indemne, para que solamente en ese supuesto, es que se entienda que ha habido una traslación de propiedad. En otros términos, la afectación al derecho de propiedad en una expropiación solamente podría configurarse, de acuerdo al marco constitucional, en tanto se hubiera constatado el pago previo. En sentido contrario, en el supuesto que el sujeto pasivo no hubiera obtenido el pago completo, previo y en efectivo de la indemnización justipreciada, como presupuestos para la configuración de una expropiación, no se podría -al menos a nivel constitucional- hacerse alusión a una efectiva traslación de propiedad.

Sobre la expropiación, como una garantía económica, se ha enunciado además que:

Se concreta en el derecho a la indemnización que tienen los afectados en la expropiación, el cual se traduce como la conversión de un derecho real patrimonial (propiedad) por un derecho de crédito sobre una cantidad de dinero, de manera que se convierte el derecho perdido en un crédito pecuniario a favor del afectado. (Ghazzaoui, 2014, p. 368)

La doctrina ha referido que el problema en una expropiación se centra en la oportunidad del pago completo, porque el monto de la inicial valorización supone solamente un ofrecimiento efectuado por el Estado, siendo que el pago total, completo y definitivo será dado con la sentencia que se expida con autoridad de cosa juzgada formal. Además, que la determinación de dicho monto en instancias judiciales, ha tenido como criterio que sea a una fecha cercana a la sentencia, a efectos de evitar una desactualización económica del valor determinado para mantener el equilibrio económico entre las partes involucradas (Zamora, 2013, pp. 21 - 24). En el mismo sentido se ha pronunciado Sarmiento, al enunciar que la indemnización como un

requisito previo a la expropiación denota un “proporcional equilibrio” entre la afectación de la propiedad y la reparación que esta supone (2013, p. 103).

Este análisis tiene respaldo en los criterios que el propio Tribunal Constitucional (Expediente N° 5614-2007-PA/TC, 2007) ha expuesto en esta materia, en donde ha precisado enfáticamente que el Estado se encuentra compelido a reconocer económicamente una indemnización justipreciada, que comprende el valor del inmueble materia de expropiación y la compensación económica por el daño emergente y el lucro cesante, puntualizando un aspecto sumamente relevante, que la determinación de esta garantía constitucional debe darse en el mismo procedimiento expropiatorio.

De esta forma, se ha expresado el Tribunal Constitucional, que solamente con la constatación del pago previo en esos términos de indemnidad respecto del sujeto pasivo, la expropiación podría considerarse como válida. En sentido similar acerca de la indemnidad opina Dromi (2005), al sostener que “Equivale a dar al expropiado en dinero, el mismo valor de la propiedad que se le priva. La expropiación no debe empobrecer ni enriquecer al expropiado, sino dejarlo en igual situación económica. La indemnización, para ser justa, debe ser objetiva, actual e integral” (p. 826).

Siendo así, la garantía de protección emanada del derecho de propiedad supone una expropiación conforme a los parámetros constitucionales. Para entender los niveles de alcance de esta protección estimamos pertinente explicar qué se entiende por expropiación. Para este propósito, sobre los tipos de expropiación según Cabrera (2016, pp. 75-97) tenemos la expropiación clásica, que tiene como presupuesto el interés público, así como la garantía del pago previo de la indemnización justipreciada. Esta acepción, manifiesta dicho autor, la podemos diferenciar de una expropiación indirecta, entendida como acciones restrictivas al desarrollo de actividades económicas, con una “medida equivalente a una expropiación”.

Asimismo, Cabrera también evalúa conceptualmente la denominada *creeping expropriation* (2016, pp. 85), como una forma de expropiación, en un sentido más amplio y no solamente vinculada a la propiedad inmueble. En este supuesto, soslayada bajo la aplicación de la potestad

regulatoria del Estado, se emiten normas perjudicando indirectamente al inversionista; en este punto, entra en relieve la doctrina del “*sole effect*” (efecto único) en los Tribunales Arbitrales, relacionada al entendimiento de que en estricto poco importa la intencionalidad del Estado cuando expropia, sino los efectos de esta afectación en detrimento de la inversión privada.

Por otro lado, explica Cabrera (2016, pp. 75-97) que tenemos a la expropiación tributaria vinculada a las confiscaciones como afectación al derecho de propiedad. Finalmente, expone este autor desde criterios del *civil law*, la denominada teoría del *deregulatory expropriation*, respecto de la cual se explica que esta sucede cuando en un escenario de traspaso de un mercado monopólico u oligopólico a uno de libre competencia, el Estado mantiene en el inversionista regulado las altas exigencias que dicho mercado exige, en beneficio de los otros inversionistas que han encontrado menos barreras de entrada y permanencia, afectándose de esta manera la propiedad del primer inversionista.

En conclusión, habiendo revisado qué es la expropiación y las distintas modalidades que podemos encontrar de la misma, entendemos que esta adecuadamente aplicada de acuerdo al marco constitucional, implica también una garantía de protección en el afectado, esto en tanto el Estado asuma que la afectación al derecho de propiedad, supone a su vez la obligación de indemnizar en forma previa, completa y en efectivo al titular del derecho de propiedad privada, de forma tal que quede absolutamente indemne de todos los daños que la expropiación pudiera haberle infligido.

Esto además implica que, cumplido con el pago previo de la indemnización justipreciada, no solamente se traslada la propiedad al Estado, sino que además el sujeto pasivo, al haber quedado absolutamente indemne, se encuentre imposibilitado de efectuar cualquier otro tipo de reclamo ulterior al sujeto activo. Solamente de esta manera es que podría entenderse que el Estado ha respetado el derecho de propiedad desde una perspectiva constitucional, habiendo efectivizado su rol garantista. Siguiendo el análisis de García de Enterría (1976, p. 29), hay en este análisis un concepto altamente relevante que es la verificación de un “*equilibrio patrimonial*” que subyace a la ley y que finalmente sustenta aquello que en nuestra legislación hemos denominado como *indemnización justipreciada*.

II.3. Una evaluación de la legislación sobre expropiación y su aplicación antes de su modificación

Tal como ha sido descrito en detalle por Huapaya & Sánchez (2016, pp. 90-103), en nuestra legislación hemos contado con diversas normas sobre expropiación que, en las últimas versiones, principalmente se ha estado propendiendo a una visión instrumentalizada en la obtención de la posesión para la ejecución de los proyectos de inversión y cerrar así la brecha de infraestructura en nuestro país. Desde nuestra perspectiva, el objetivo de una norma de esta naturaleza ciertamente supone la regulación de la transferencia forzosa de la propiedad en favor del Estado, respetando el marco constitucional vigente, pero principalmente consideramos que un marco normativo de esta naturaleza debería enfocarse en la obtención legítima de la posesión, porque conseguida la disposición de predios es que se habría superado el principal escollo en la ejecución de las obras públicas, de ahí la necesidad de regular la obtención de la posesión, que como veremos, en el supuesto de la normativa de la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, se reguló infructuosamente con la denominada posesión provisoria.

El marco normativo principal antes del TUO del Decreto Legislativo N° 1192 fue la Ley N° 27117, Ley de General de Expropiaciones y sus diversas modificatorias, que fue la última en esbozar una *expropiación jurisdiccional*, tal como se puede apreciar de su artículo 17, en donde se señalaba que, si el sujeto pasivo objetaba la compensación planteada por el Estado en la demanda de expropiación, esta finalmente debía ser fijada por el Poder Judicial o Tribunal Arbitral, sobre la base de las pruebas que se actúen, de los fundamentos que expresen las partes y de las reglas de la crítica. En esa misma línea opinaba Martín cuando analizaba la mencionada Ley N° 27117, al señalar que “Como se puede apreciar, se mantiene la tesis judicialista del procedimiento expropiatorio, a la cual debemos agregar la exigencia del pago en efectivo del justiprecio correspondiente” (1999, p. 150). De esta manera, la determinación final de la indemnización justipreciada quedaba en instancias jurisdiccionales y solamente cuando se hubiera verificado el cumplimiento del pago previo, completo y en efectivo, finalmente se concretaba la traslación de propiedad en favor del Estado.

El artículo 2 de la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, estipulaba que la expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio, pero además en el inciso 2 del artículo 6 de la misma norma se estipulaba que la norma que autorizaba la ejecución de la expropiación debía ser una Resolución Suprema y que de acuerdo al artículo 8 solamente debía contener la identificación del sujeto activo, del sujeto pasivo, la identificación precisa del bien a expropiar y el valor de tasación comercial actualizado. Sin embargo, adviértase que en ningún extremo se hacía alusión a la transferencia de propiedad como veremos que ocurre con la *expropiación administrativa*.

Este sistema de expropiaciones previsto en la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, regulaba en el artículo 17 no solamente la objeción de la compensación efectuada por el Estado en instancias jurisdiccionales, sino que además esto suponía la interposición de una pretensión para obtener que la traslación de propiedad, sea con la sentencia judicial o laudo arbitral correspondiente. La vía jurisdiccional en donde se discutiría la indemnización justipreciada, de acuerdo a los artículos 9.4 y 25.1 de la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, dependía del sujeto pasivo y concedía a este la posibilidad de comunicar su decisión de recurrir a la vía arbitral y solamente ante su omisión el sujeto activo podía recurrir a la vía judicial; es decir, a diferencia de la normativa actual y que revisaremos oportunamente, este marco normativo concedía al expropiado la posibilidad de que quedara en su decisión optar por la vía arbitral y solamente de manera residual por la judicial. Este modelo de *expropiación jurisdiccional*, tiene referentes foráneos como en Francia⁴, tal como señala Bon (1998, p. 538) “(...) el juez judicial es el único competente, en caso de litigio, para conocer de la transferencia forzosa de la propiedad (...) lo es, asimismo, para determinar la indemnización procedente”.

Asimismo, la diferencia en este sistema de *expropiación jurisdiccional* es que el Estado era quien demandaba esbozando como pretensión principal que se le declarara como propietario,

⁴ Bon incluso resalta que, “para la transferencia de la propiedad y para la determinación de la indemnización es únicamente el juez judicial”. (1998, p. 538)

ofreciendo una consignación de la valorización efectuada, tal como se desprendía de la modificación del artículo 520 del Código Procesal Civil previsto en la Única Disposición Modificatoria de la mencionada Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, aplicable supletoriamente a la materia arbitral, siendo que en la contestación de demanda el sujeto pasivo expresaba su disconformidad con la valorización presentada en la demanda, tal como se preveía en el inciso 2 del artículo 522 de la norma procesal mencionada.

Ahora bien, en esta parte del análisis legal, la parte más relevante se encuentra en la modificación del artículo 528 del Código Procesal Civil previsto en la Única Disposición Modificatoria de la mencionada Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, referente a la ejecución de sentencia, entiéndase también del laudo, debido a que en su inciso 2 señalaba que en ejecución de sentencia debía requerirse al sujeto activo, para que bajo apercibimiento de caducidad de la expropiación dentro de 10 (diez) días útiles consigne en el Banco de la Nación, la indemnización justipreciada finalmente determinada. Además, en el inciso 3 de la misma norma, se indicaba que, habiéndose verificado el cumplimiento de la consignación de la indemnización justipreciada, debía ordenarse al sujeto pasivo que cumpla dentro de un plazo que no debía exceder de 5 (cinco) días de haber sido requerido, con suscribir los documentos traslativos de propiedad, según la naturaleza del bien expropiado y formalidades correspondientes. Es decir, recién en este momento era que se configuraba la traslación de propiedad en favor del Estado y de ahí nuestra denominación de *expropiación jurisdiccional*.

Sobre la entrega de la posesión, tenemos que esta se podía materializar de dos maneras: sea a través de una medida de posesión provisoria o en ejecución de la decisión jurisdiccional. Si fuera de manera anticipada, esta debía ejecutarse con una solicitud de posesión provisoria conforme al artículo 24 de la referida Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, en donde se preceptuaba que de manera excepcional y solamente en los casos en que sean estrictamente necesarios en los casos de proyectos de gran envergadura, podía otorgarse la posesión provisoria del bien a expropiarse a favor del beneficiario, siempre que se haya cumplido los siguientes requisitos: a) el sujeto activo hubiera solicitado expresamente; b) se hubiera acreditado la petición adjuntando el certificado de consignación en dinero del monto resultante de indemnización justipreciada; c) que la posesión provisoria sea estrictamente necesaria para los

finde de la ejecución de la obra; y, d) que se hubiera notificado perentoriamente a los ocupantes o posesionarios del bien a expropiarse, para la desocupación inmediata y conforme a los términos que establece el procedimiento expropiatorio.

Sin embargo, pese a su intencionalidad, esta solicitud de posesión provisoria fue mayormente relativizada por los Tribunales Arbitrales que conocieron de requerimientos de esta naturaleza, tal como aconteció en las expropiaciones efectuadas para la ampliación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, objetando la entrega de la posesión principalmente por el supuesto incumplimiento de la exigencia de necesidad del predio para los fines de la expropiación, pues se alegaba que no habría tal peligro en la demora en tanto no se había acreditado que los proyectos de inversión hubieran efectivamente iniciado la ejecución de obras, sin advertir que para la iniciación de obras, en principio, resultaba imprescindible contar con la totalidad de los predios afectados y que requerir el cumplimiento de iniciación de actividades constructivas implicaba un exigencia perniciosa, en tanto si no se iniciaba con la posesión de los predios resultaba sumamente complicado empezar actividades. Esta falta de entendimiento de cómo se inicia la ejecución de un proyecto de inversión, normalmente fue un inconveniente sumamente complicado de superar y de ahí la ocurrencia de una serie de retrasos en los proyectos de inversión pública.

Esta situación referida a la posesión provisoria motivó que, a propósito de la problemática de obtención de los predios a través de esta medida cautelar para la ampliación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, cuya necesidad venía de larga data con la emisión de la Ley N° 27329 publicada en el diario oficial El Peruano el 25 de julio del 2000, se impulsara la modificación de la normativa vigente en aquel momento. En efecto, la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones establecía en su artículo 24° la medida de posesión provisoria de inmuebles a favor del sujeto activo de la expropiación, entre otros supuestos, en los casos de proyectos de gran envergadura.

Sin embargo, tal como se ha mencionado, en la práctica litigiosa los Tribunales Arbitrales consideraban para el otorgamiento de la medida de posesión provisoria, que el sujeto activo debía demostrar la urgencia y la necesidad inmediata de contar con el predio materia de

expropiación, situación que se daba porque el primer párrafo del artículo 24 de la Ley N° 27117 establecía respecto a la posesión provisoria que “de manera excepcional y solamente en los casos en que sean estrictamente necesarios” esta sería concedida al sujeto activo. Así, en las decisiones arbitrales en las medidas cautelares se relativizaba la urgencia de los predios y la expropiación en sí misma.

Ante esta situación, se impulsó una propuesta legislativa que buscaba hacer más expeditivo el otorgamiento de la posesión provisoria de los predios a favor del Estado, para lo cual se requería modificar el artículo 24° de la Ley N° 27117, de tal manera que se eliminara el fraseo “de manera excepcional y solamente en los casos en que sean estrictamente necesarios”, para que fuera sustituido con “por el solo mérito de la solicitud presentada por el sujeto activo de la expropiación”. Asimismo, se propuso modificar el texto “puede otorgar la posesión provisoria” consignada en el primer párrafo del precitado artículo 24° de la Ley N° 27117, por asignar una obligatoriedad con la frase “debe otorgar de manera cautelar y para los fines de la expropiación, la posesión provisoria”, advirtiéndose de este tenor una intención de obtener la posesión de manera imperativa a través de una medida cautelar.

Se añadió a esta propuesta de modificación, que esta exigencia de la posesión debía darse con la previa verificación de la consignación del justiprecio calculado por el Estado, como una manera de respetar el derecho de propiedad de los sujetos en esta todavía *expropiación jurisdiccional*. Este planteamiento fue plasmado finalmente en el artículo 11 de la Ley N° 30025 del 21 de mayo del 2013, Ley que facilita la adquisición, expropiación y posesión de bienes inmuebles para obras de infraestructura y declara de necesidad pública la adquisición o expropiación de bienes inmuebles afectados para la ejecución de diversas obras de infraestructura. Sin embargo, esta imposición a las instancias jurisdiccionales tampoco tuvo el efecto deseado para obtener la posesión de los predios, porque los Tribunales Arbitrales alegaron que finalmente al tratarse de una decisión jurisdiccional sustentada en la Ley de Arbitraje, la potestad de una decisión final quedaba en dicha instancia.

Ahora bien, con esta normativa que regulaba la *expropiación jurisdiccional* lo normal era que la entrega de la posesión se diera una vez que la autoridad jurisdiccional hubiera constatado el

cumplimiento del pago de la indemnización justipreciada. Así se puede apreciar en el inciso 6 del artículo 528 del Código Procesal Civil (aplicable a los arbitrajes), previsto en la Única Disposición Modificatoria de la mencionada Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, en donde se señalaba que, verificado el cumplimiento de este pago, debía ordenarse la entrega de la posesión precisando que cuando se trataba de predios rústicos el plazo de desocupación y entrega que no debía ser menor de 90 (noventa) ni mayor de 180 (ciento ochenta) días. Si se trataba de predios urbanos el plazo no debía ser menor de 60 (sesenta) ni mayor de 90 (noventa) días contados a partir del requerimiento.

Como se puede advertir, en este modelo de expropiación, la entrega de la posesión recién se daba en una etapa de ejecución de la decisión jurisdiccional de traslación de propiedad y en plazos aparentemente holgados, pero que en la práctica mucho dependía de la actividad comercial efectivamente realizada por el sujeto pasivo y sus propias vicisitudes, por lo que la posesión con este marco normativo, pese a la respetable opinión de García Calderón (2016, p. 190) en casos como los de la expropiación de los predios para la ampliación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez fue más complicada por las explicaciones precedentes.

Los problemas de implementación de la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, relacionados a la premura para obtener la posesión cuando fue aplicada para la expropiación de predios destinados a la ampliación del primer terminal aeroportuario del país, inclusive ha sido analizada desde la sociología. En ese sentido, De la Puente ha resaltado que:

En tercer lugar, la ley de expropiaciones dificultó el proceso de expropiación. La ley establece un plazo que el Estado tiene que cumplir para pagar el valor del terreno expropiado al dueño. Si en cuarenta días no se realiza el pago, la propiedad regresa al ex propietario y el proceso regresa a foja cero. Adicionalmente, la ley dificulta la negociación con los dueños de los terrenos (...) Así, el valor que el Estado quería pagar a los dueños de los terrenos adyacentes resultó insuficiente. Esto desembocó en «una batalla campal contra grandes estudios de abogados en tribunales» que alargó el proceso de expropiación hasta

2011, cuando cerraron el año con el 97% de los terrenos expropiados. (De la Puente, 2015, p. 39).

Para explicar en términos prácticos la implementación de una *expropiación jurisdiccional*, podemos revisar el laudo expedido con fecha 5 de junio del 2014, en los seguidos por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones con la señora Rosa Mercedes Ramírez Díaz y otros (Tribunal Arbitral, Resolución N° 101, 2014), relacionado a la expropiación del inmueble de su propiedad para la construcción de la Línea 1 del Metro de Lima. En la parte de pretensiones planteadas ante dicha instancia jurisdiccional, el sujeto activo requirió como primera pretensión principal que se le declarara propietario por expropiación de los inmuebles de titularidad privada y como segunda pretensión principal que la decisión que se emitiera fuera título suficiente para la inscripción de la titularidad en favor del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Además, el sujeto activo solicitó como pretensión accesoria a la segunda pretensión principal que, previa verificación del pago de la indemnización justipreciada, se oficiara al Registro de Propiedad Inmueble de Lima para que se inscribiera la titularidad de los inmuebles en favor del Estado.

En el laudo el Tribunal Arbitral finalmente amparó la demanda presentada, declarando al Estado como propietario por expropiación de los inmuebles afectados para la construcción de la Línea 1 del Metro de Lima, ordenando que pagaran las valorizaciones aprobadas en instancia arbitral, descontando las consignaciones que se habían efectuado preliminarmente con la demanda en favor de los expropiados. Asimismo, el Tribunal Arbitral declaró que el laudo era efectivamente título suficiente para la inscripción registral de la traslación de propiedad, pero seguidamente agregó que esta posibilidad se daría “previa verificación del pago total de la indemnización justipreciada, debiendo officiar al Registro para la anotación de ley. Para este efecto se entenderá cumplido el mandato con la sola consignación del íntegro del pago” (Tribunal Arbitral, Resolución N° 101, 2014). Esta es la parte más relevante en este análisis, porque claramente nos encontrábamos ante una *expropiación jurisdiccional*, con la garantía que inclusive el propio Tribunal Arbitral revisaría el cumplimiento de su decisión para que se recién se diera la traslación de propiedad en favor del Estado.

Efectivamente, hasta este punto podemos hacer alusión a una *expropiación jurisdiccional*, porque debido a la problemática en la obtención de la disponibilidad de los predios para las obras de infraestructura, como hemos explicado precedentemente, el Estado impulsó modificaciones legislativas como la Ley N° 30025 del 21 de mayo del 2013, Ley que facilita la adquisición, expropiación y posesión de bienes inmuebles para obras de infraestructura y declara de necesidad pública la adquisición o expropiación de bienes inmuebles afectados para la ejecución de diversas obras de infraestructura, en la cual como se ha señalado se intentó agilizar las expropiaciones y principalmente la posesión de los predios para las obras, pero además se consignaron una serie de 69 obras de infraestructura de interés nacional y de gran envergadura (que ha sido objeto de sucesivas ampliaciones), autorizándose la expropiación de los inmuebles que resultaran necesarios para tales fines, esto con el propósito de reducir la brecha de infraestructura.

Sin embargo, la problemática de disponibilidad de áreas persistía por lo que se expidió la Ley N° 30327 del 21 de mayo del 2015, Ley de promoción de las inversiones para el crecimiento económico y el desarrollo sostenible, para implementar una expropiación más ágil solamente para los 69 proyectos previstos en la antes mencionada Ley N° 30025, introduciéndose la *expropiación administrativa* en el inciso d) del inciso 4 del artículo 30, referido al procedimiento de expropiación, en donde se señalaba que la resolución ministerial que aprobara la expropiación debía contener la orden de inscribir el bien a favor del sujeto activo ante el Registro de Predios de la Oficina Registral correspondiente de la SUNARP. Esta norma es el antecedente del posterior Decreto Legislativo N° 1192 del 23 de agosto del 2015 y del Decreto Legislativo N° 1330, que finalmente nos conduce a la dación del actual TUO del Decreto Legislativo N° 1192 del 12 de marzo del 2019, en donde finalmente se asienta definitivamente esta modalidad de *expropiación administrativa* y que se materia de análisis en este análisis jurídico.

Ahora bien, durante este trasvase normativo se llevaron adelante expropiaciones que se iniciaron con un marco normativo encuadrado en la anterior Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, pero que terminaron laudándose con la vigencia del Decreto Legislativo N° 1192, norma a la que debían adecuarse. Una muestra de la ejecución de una *expropiación jurisdiccional* con la normativa de la materia anterior, la tenemos en la ejecución de una obra de

infraestructura como la Carretera Lima – Canta, con el laudo expedido con fecha 24 de febrero del 2016, en los seguidos por Provias Nacional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones con la sociedad conyugal conformada por Javier Huamán Abregú y Jessica Aliaga Ruíz (Tribunal Arbitral, Resolución N° 25, 2016), en donde se puede apreciar que la pretensión del Estado fue que, a propósito de un acuerdo arbitral suscrito entre las partes el 13 de abril del 2015, se declarara al Estado como propietario por expropiación de una parte del predio de los afectados, estableciéndose el valor de la indemnización de acuerdo a la tasación efectuada y que el laudo que se emitiera sea título suficiente para la inscripción del área objeto de expropiación a nombre del sujeto activo.

El Tribunal Arbitral, pese a expedir el laudo con fecha 24 de febrero del 2016, cuando se había derogado la Ley N° 27117 y en parte la Ley N° 30327 del 21 de mayo del 2015, estando en vigencia el Decreto Legislativo N° 1192 del 23 de agosto del 2015 y al que debía adecuar su decisión en el estado en que se encontrara el proceso, emitió su laudo principalmente en función al acuerdo de las partes, resolviendo que se declaraba al Estado como propietario por expropiación de un área determinada dentro de la propiedad de los afectados y ordenando que el laudo fuera título suficiente para la inscripción de la propiedad, siendo la parte relevante el sétimo punto resolutivo en donde ordenó “DISPONER, que para dar cumplimiento a lo laudado, el MTC – Provias Nacional debe emitir y presentar al Tribunal Arbitral un cheque no negociable a favor de los señores Javier Huamán Abregú y Jessica Aliaga Ruíz” (Tribunal Arbitral, Resolución N° 25, 2016). De esta manera, para que el Estado concretara su intención de ser declarado como propietario, previamente debía cumplir con el pago de la indemnización justipreciada.

Esta decisión arbitral es importante en su evaluación porque fue emitida en plena etapa de traspase entre la *expropiación jurisdiccional* de la Ley N° 27117, Nueva Ley General de Arbitraje y la modelo de *expropiación administrativa* que fue introducida con la Ley N° 30327 del 21 de mayo del 2015 y ratificado con el Decreto Legislativo N° 1192, pero también es relevante en este análisis, porque evidencia en particular, las intenciones del Estado para hacerse de la posesión de los predios necesarios para una carretera perteneciente a la Red Vial Nacional, pero también en general de obtener disposición de áreas para obras de gran envergadura.

Es menester resaltar que si bien en esta expropiación, como en otros casos, se emitió una resolución ministerial en la que se ordenaba la traslación de propiedad, finalmente se emitió el laudo en esos términos, no solamente porque se sustentaba en un acuerdo arbitral previo al marco normativo de la Ley N° 30327, sino porque en la práctica los registradores públicos fueron renuentes a inscribir la transferencia de propiedad bajo el requerimiento de un acto administrativo pese a que se encontraba sustentado en una ley, debido a que sus reglamentos y formatos no estaban adecuados a tal posibilidad, pero principalmente por contravenir la Constitución Política, tachando los títulos presentados por el propio Estado y haciendo respetar el marco constitucional. Es por esta razón que en las posteriores modificaciones normativas se agregó que la inscripción del traslado de propiedad en una *expropiación administrativa*, debía darse bajo responsabilidad del registrador público.

En este contexto fue que en el Estado hubo discrepancias por la emisión de la Ley 30327 del 21 de mayo del 2015, principalmente en el punto relacionado a la transferencia de propiedad con la sola emisión de una resolución administrativa, habiéndose advertido el riesgo de interposiciones de demandas de amparo por parte de los expropiados en obras de gran envergadura, que hubieran paralizado su ejecución y propiciado un efecto adverso. Finalmente, este riesgo nunca se concretó; por el contrario, como veremos seguidamente, esta modalidad de *expropiación administrativa* se consolidó normativamente, pese a las objeciones jurídicas que se plantearon respecto a su dudosa constitucionalidad.

II.4. La afectación del derecho de propiedad en la normativa actual de expropiaciones

El artículo 70 de la Constitución Política concede al afectado por una expropiación, el derecho y la garantía para que pueda cuestionar el monto de una valorización unilateralmente efectuada por el Estado. Puntualmente en la parte final de dicho artículo se señala que “Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio” (el resaltado es nuestro). Debe advertirse que se hace alusión solamente al *valor de la propiedad* y a la posibilidad de objetar esta valorización, porque el término indemnización justipreciada es más amplio e involucra los daños que se hubieran

causado como consecuencia de la expropiación, constituyéndose en presupuesto para la transferencia de propiedad. En ese criterio, la sola valorización no implica indemnidad absoluta en el sujeto pasivo, porque se trata de la determinación unilateral del valor efectuada por el Estado, que no necesariamente conlleva a una aceptación por parte del sujeto pasivo.

Habiendo quedado claramente precisado el marco constitucional como enfoque metodológico de este análisis, es menester mencionar siempre desde una perspectiva constitucional, que existen presupuestos para la traslación de la propiedad afectada en una expropiación, como son el pago previo e indemnidad total del sujeto pasivo. Sin embargo, como veremos al analizar la normativa infra constitucional, esta se aparta de este marco conceptual, por lo que seguidamente veremos cómo se regula la expropiación en el actual TUO del Decreto Legislativo N° 1192, Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles, Transferencia de Inmuebles de Propiedad del Estado, Liberación de Interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura, aprobado por Decreto Supremo N° 011-2019-VIVIENDA, publicado en el diario oficial El Peruano con fecha 12 de marzo del 2019, que como se ha explicado tuvo como precedente la Ley N° 30327 del 21 de mayo del 2015 y el primigenio Decreto Legislativo N° 1192, introduciendo la *expropiación administrativa* en nuestro sistema normativo.

Tal como se ha señalado precedentemente, constituye derecho del expropiado el cuestionamiento en la vía judicial -entiéndase también arbitral- para obtener la revisión del valor de tasación del inmueble objeto de expropiación. Sin embargo, debe apreciarse que en los incisos c, d) y e) del inciso 1 del artículo 28° del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, respecto al traslado de la propiedad y la posesión a favor del Estado en la expropiación, que se sigue manteniendo la lógica del artículo 30.4 incisos c), d) y e) de la anterior Ley N° 30327 del 21 de mayo del 2015, se señala que la resolución ministerial que autoriza la ejecución de la expropiación del bien debe contener además de la aprobación del valor total de la tasación, entre otros aspectos, la orden de consignar en el Banco de la Nación el referido valor total de la tasación a favor del sujeto pasivo, la orden de inscribir ante SUNARP la titularidad del predio en beneficio del Estado y la entrega de la posesión del bien expropiado.

Se puede apreciar que se trata de una forma de expropiación recientemente introducida al sistema normativo peruano, que difiere sustantivamente del procedimiento que se había venido siguiendo con la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones; y que implica solamente efectuar una consignación de la tasación, que en estricto constituye una determinación unilateral del valor del predio a expropiar, para simultáneamente ordenarse a nivel administrativo el traslado de propiedad a favor del Estado. Además, en el acápite e) del inciso 1 del artículo 28 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192 se dispone que, en la resolución ministerial, debe ordenarse al sujeto pasivo que proceda con la desocupación y entrega del bien expropiado dentro de un plazo de treinta (30) días hábiles, bajo apercibimiento de iniciarse el procedimiento de ejecución coactiva, para obtener el lanzamiento o toma de posesión del inmueble materia de expropiación.

De esta manera, estamos ante un traslado de la propiedad solamente con la determinación unilateral del valor de la propiedad, siendo que la misma no necesariamente tendría que ser aceptada por el sujeto pasivo, quien constitucionalmente tiene derecho a objetarla tal como hemos advertido en líneas anteriores. De esta manera, estamos ante un nuevo procedimiento de afectación de la propiedad que denominamos como *expropiación administrativa*, a diferencia de una *expropiación jurisdiccional*. Esto porque la emisión de la resolución ministerial como norma administrativa implica: (i) la consignación de la tasación ante el Banco de la Nación; (ii) el traslado de propiedad en Registros Públicos de manera inmediata en favor del Estado; y, (iii) el mandato administrativo de entrega del predio en un plazo de 30 días hábiles.

Ahora bien, como se ha mencionado en acápites anteriores, la entrega de la posesión en una *expropiación jurisdiccional* se daba con la verificación del pago de la indemnización justipreciada, pero en este modelo de *expropiación administrativa* el derecho al disfrute del bien también queda relativizado, al ordenarse la entrega de la posesión únicamente con la emisión de la norma administrativa que ordena la ejecución de la expropiación. Así advertía Martín respecto a la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, cuando señalaba que hasta antes de la dación de dicho marco legal debía apreciarse que:

En nuestro ordenamiento jurídico, la posesión provisoria sólo opera por mandato judicial. No se encuentra expresamente regulado un procedimiento expropiatorio de urgencia o administrativo que permita al sujeto activo de la expropiación asumir la posesión material del bien afectado antes del pago del justiprecio. En tal sentido, el artículo 24 de la Ley establece, como facultad excepcional de los jueces, la posibilidad de otorgar la posesión provisoria del bien a expropiar a favor del beneficiario. (1999, p. 150).

De ahí que con la Ley N° 30327 y el Decreto Legislativo N° 1192, esta situación ha variado radicalmente, al habilitarse la exigencia de entrega de la posesión con la sola emisión de un acto administrativo y ante la omisión del sujeto pasivo, posibilitar la intervención de un ejecutor coactivo, dando muestras inequívocas de una reticencia por parte del Estado a la intervención jurisdiccional para obtener la posesión. Es por esta apreciación, que Huapaya & Sánchez han referido que con la dación del Decreto Legislativo N° 1192 se está “desviando al propietario de la jurisdicción” (2016, p. 113).

Para ejemplificar una *expropiación administrativa*, evaluemos cómo se procedió con la expropiación de parte del predio de la empresa Confecciones Lancaster S.A. para la Línea 2 del Metro de Lima, para cuyo propósito se emitió en primer término la Resolución Ministerial N° 1204-2017 MTC/01.02 de fecha 20 de diciembre del 2017 y publicada en el diario oficial El Peruano el 21 de diciembre del mismo año. En dicha resolución administrativa, sustentada de acuerdo a sus considerandos en la Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30025, así como en el Decreto Legislativo N° 1192 y alegando que se encuentra de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política del Perú, dispuso en su primer punto resolutivo aprobar la ejecución de la expropiación del área del inmueble afectado por el proyecto denominado “Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao” y el valor de su tasación del mismo.

Además, en el segundo punto resolutivo de la decisión administrativa antes referida, se dispuso que la Autoridad Autónoma del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao - AATE, consignara en el Banco de la Nación el monto del valor de la tasación a favor de

Confecciones Lancaster S.A. en el plazo de diez (10) días hábiles siguientes de emitida dicha resolución. Ahora bien, para los efectos de este análisis legal, el cuarto punto resolutivo resulta sumamente relevante porque denota el momento exacto en que con esta nueva normativa ocurre la transferencia de propiedad en favor del Estado, al ordenarse que:

Artículo 4.- Inscripción Registral del Bien Inmueble a Favor del Beneficiario

Disponer que la Oficina Registral correspondiente de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) **inscriba a favor del Sujeto Activo o Beneficiario el inmueble expropiado**, bajo responsabilidad y sanción de destitución. (el resaltado es agregado)

Asimismo, en cuanto a la posesión del predio objeto de expropiación, en la mencionada Resolución Ministerial N° 1204-2017 MTC/01.02 de fecha 20 de diciembre del 2017 se ordenó al sujeto pasivo lo siguiente:

Artículo 5.- Notificación al Sujeto Pasivo

Disponer que la Autoridad Autónoma del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao - AATE, notifique la presente Resolución al Sujeto Pasivo de la expropiación, conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1192, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles, Transferencia de Inmuebles de Propiedad del Estado, Liberación de Interferencias y dicta otras medidas para la Ejecución de Obras de Infraestructura, requiriéndole la desocupación y entrega del bien inmueble expropiado dentro de un plazo máximo de diez (10) días hábiles siguientes de notificada la presente Resolución, de encontrarse el área del inmueble desocupada o treinta (30) días hábiles de estar ocupada o en uso, **bajo apercibimiento de iniciar el procedimiento de ejecución coactiva para el lanzamiento o toma de posesión del bien inmueble materia de expropiación.** (negritas agregadas)

Tal como puede apreciarse, básicamente con esta resolución administrativa el Estado ha logrado obtener la propiedad de la empresa Confecciones Lancaster S.A. y ordenado la entrega

de la posesión, que independientemente de la factibilidad de su ejecución en términos prácticos por las implicancias de su envergadura, implica el alineamiento de los objetivos para la ejecución de la obra de infraestructura consistente en la Línea 2 del Metro de Lima.

Debido a esta *expropiación administrativa* ante el desacuerdo de Confecciones Lancaster S.A., fue que en el laudo que se emitió en el proceso (Tribunal Arbitral, Resolución N° 44, 2019), únicamente se discutió el monto de la indemnización justipreciada, siendo esta vez la empresa afectada la que presentó tanto la solicitud como la demanda arbitral, ordenándose en el laudo que el Estado cumpliera con pagar una suma mayor a la inicialmente valorizada a nivel administrativo, comprendiendo el valor del terreno, edificaciones y obras complementarias, así como daño emergente y lucro cesante. De esta manera, dicho proceso arbitral únicamente se avocó a discutir el monto de la indemnización justipreciada, pero con la propiedad y la posesión previamente en disposición del Estado.

Para tener un panorama crítico en la actualidad respecto a los lineamientos dados por el Decreto Legislativo N° 1192, basta por reseñar la clara apreciación de Mejorada (2018a) al respecto, cuando sostiene que:

En los últimos años, ante la preocupación por acelerar las expropiaciones, se han expedido diversas normas sobre la materia, como el Decreto Legislativo 1192 y sus modificatorias, que creen que el problema está en la larga espera a la solución de las controversias sobre el valor el pagar, y por ello enfrentan el asunto anticipando el traspaso de la propiedad a favor del Estado, por más que haya disputa. Esto es un error ya que una ley no puede modificar el clarísimo condicionamiento que señala la Constitución. La propiedad solo se pierde después del abono correcto del valor de bien, más la indemnización (lucro cesante y daño emergente). Si el monto se discute, lo que el Estado consigne no es pago y por tanto no hay transferencia de propiedad.

II.5. Una evaluación crítica

De esta manera, en función al enfoque metodológico aplicado para este análisis, en este primer capítulo hemos efectuado una evaluación de la propiedad a nivel constitucional y la protección que como garantía se la asigna en la carta magna, para seguidamente revisar la normativa que contempla dos modelos de expropiación claramente diferenciados y que como veremos en el siguiente capítulo tienen implicancias prácticas distintas, que ameritan ser evaluadas aplicando métodos principalmente constitucionales, pero también económicos; y determinar si efectivamente este cambio de regulación tiene no solamente sustento legal, sino sentido práctico para la satisfacción de un interés público.

Desde nuestra perspectiva, el análisis no solamente debería agotarse en la justificación constitucional o legal, sino en la prontitud que se requiere en la obtención de la disponibilidad de predios para la ejecución de obras de infraestructura. Como se ha mencionado, la brecha de infraestructura es altísima de acuerdo al Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad (2019), y entre los muchos inconvenientes que mantienen esa deficiencia, uno de los principales es la falta de disponibilidad oportuna de los predios. De ahí que este análisis no solamente debería agotarse en la constitucionalidad que obviamente es el marco preponderante, pero la finalidad pública exige normas que instrumentalicen el cumplimiento de los objetivos en la ejecución de las obras de infraestructura.

Este cambio de modelo, pasando de una *expropiación jurisdiccional* a una *expropiación administrativa*, se ha sustentado principalmente en la consecución de un interés público y no ha devenido de una manera imprevista, sino que ha sido la consecuencia de sucesivos intentos legislativos por principalmente obtener precisamente la posesión de los predios necesarios. Siendo así, este trabajo jurídico esbozará una propuesta que concilie estos intereses, siempre desde una perspectiva constitucional.

III. CAPÍTULO 2: EXPROPIACION JURISDICCIONAL y EXPROPIACIÓN ADMINISTRATIVA

III.1. La expropiación jurisdiccional y sus problemas

Uno de los principales problemas en la ejecución de los proyectos de inversión pública en infraestructura ha sido y viene siendo aún en la actualidad, la disposición física por parte del Estado de los predios para la ejecución de los proyectos en los distintos niveles de gobierno. Esta disponibilidad no se agota en la sola posesión física de la propiedad inmueble, porque contractualmente también se hace imprescindible su saneamiento físico - legal como presupuesto para la iniciación de obras. Si obtener la sola posesión física resulta complicado, el saneamiento es una arista que forma parte de una exigencia más amplia para los proyectos, que supone la puesta a disposición al contratista o concesionario. La dilación en la obtención de una solución integral a esta problemática, supone finalmente costos adicionales que deberá asumir el Estado y que restringe aún más el cierre de la brecha de infraestructura.

En su momento, durante los gobiernos militares que nuestro país tuvo en décadas pasadas, se dispuso de la propiedad privada sin mayor respeto de los derechos de los afectados, actuaciones arbitrarias que finalmente tuvieron que pagarse con montos actualizados mucho años después o sencillamente los propietarios afectados nunca vieron resarcidos sus derechos. Tal fue el caso de los predios necesarios para la construcción de la Panamericana Sur en la ciudad de Lima, de propiedad de Inversiones Mamacona S.A.C., respecto de la expropiación de sus terrenos en 1968 y que ameritaron una sentencia del Tribunal Constitucional recién el 2009 (Expediente N° 0864-2009-PA/TC), 41 años después por mandato jurisdiccional se dispuso que un proceso expropiatorio culminara en favor del sujeto pasivo.

Evidentemente esta manera de actuación por parte del Estado es diametralmente opuesta a un Estado de Derecho; y, aun cuando pudiera alegarse que recurrir a esta manera de posesión directa diera una aparente eficiencia, en términos jurídicos toda actuación estatal inexcusablemente debería enmarcarse en la proscripción de la arbitrariedad. Esto nos lleva a analizar si realmente la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, solucionó estos problemas de disposición de la propiedad privada en favor del Estado. La respuesta es que dicho marco normativo estuvo

diseñado para la ejecución de expropiaciones en un contexto de adecuada planificación en el Sector Público, en donde los predios fueran sometidos a transferencia forzosa, con un cronograma previo que garantizara su disponibilidad oportuna cuando menos una vez iniciadas las obras y que la posesión provisoria, como medida cautelar, realmente fuera excepcional.

Sin embargo, la realidad en la ejecución de obras de infraestructura dista mucho de una adecuada proyección de la disponibilidad de los predios. En efecto, como parte del expediente de una obra como una carretera, en nuestra realidad y en principio es materialmente imposible contar con la disponibilidad absoluta de predios por la magnitud de las áreas afectadas, de forma tal que solamente se requiere un informe técnico sobre la proyección de la disposición de áreas en una línea de tiempo, de forma tal que conforme se va dando el avance de obras, los predios son liberados progresivamente, de tal manera que en principio debería existir una sincronización entre el avance real y la liberación con puesta a disposición de los predios necesarios. Sin embargo, esta proyección ideal en términos prácticos casi nunca se cumple y propicia una mayor erogación de inversión pública.

Así, tenemos que hubo obras como el Tramo 1 de la Línea 1 del Metro de Lima (Desde el Patio Taller en el distrito de Villa El Salvador hasta la Avenida Grau en el distrito de La Victoria), que pese a haberse iniciado en el periodo gubernamental 1985-1990, para el año 2009 aún no se había terminado de expropiar los predios necesarios para las estaciones del Metro de Lima en el distrito de La Victoria (Andina, 2009). Ciertamente hubo desidia en los sucesivos gobiernos para la continuación de dicha obra, pero los procesos judiciales sobre expropiación iniciados para liberar dicha zona siguieron en trámite y pese a los años transcurridos, cuando se reiniciaron las obras en la segunda parte del periodo 2006-2011, aún la totalidad de los predios no estaban en disposición del Estado (Andina, 2009), generando incertidumbre en cuanto a la culminación de dicha obra de infraestructura. En la actualidad, queda claro que la premura para culminar dicha obra fue esencial, no solamente en el ahorro hora/hombre en la ciudad de Lima, sino como punto de partida para la continuidad de este medio de transporte con el Tramo 2 de la mencionada Línea 1 del Metro de Lima.

Los problemas en la disponibilidad de áreas, no tienen como causa exclusiva la insuficiencia de un marco normativo que haga expeditiva la posesión de las áreas; aquel ciertamente es un factor preponderante, pero que se correlaciona con otros como la proyección de las obras en el tiempo y la ejecución de las expropiaciones de manera oportuna. Lamentablemente en nuestra experiencia nacional, las proyecciones de liberación son bastante más que optimistas y teóricas, encontrando en la realidad una serie de eventos que no necesariamente son imponderables, pero que ciertamente carecen de una adecuada evaluación y proyección temporal en cuanto a su ejecución, que no solamente retrasan, sino que además encarecen las obras de infraestructura. Tal es el supuesto de la Autopista del Sol y los problemas encontrados en el Informe de Auditoría N° 247-2017-CG/MPROY-AC, Ejecución del Contrato de Concesión de la Autopista del Sol, Trujillo-Sullana, en el cual la Contraloría General de la República ha destacado los riesgos y perjuicios ocasionados por la falta de liberación de áreas para que la ejecución de esta obra de infraestructura.

Ese es el escenario que avizoraba e intentaba solucionar la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones de 1999, con la regulación en su artículo 24 de la posesión provisoria, como una figura excepcional para que el Estado obtuviera la disponibilidad de los predios necesarios para la ejecución de una obra de infraestructura. En dicho articulado se prescribía la excepcionalidad de dicha disposición, manteniendo la naturaleza de una medida cautelar. El problema en su aplicación se encontraba en los incisos c) y d), pues en dichos extremos se señalaba que la posesión provisoria debía ser estrictamente necesaria para los fines de la expropiación y que se hubiera comunicado a los ocupantes o posesionarios para que cumplieran con su desocupación inmediata. Si a esto se agregaba que, en la redacción de dicho articulado se iniciaba concediendo una discrecionalidad a la autoridad jurisdiccional⁵, en los términos de “puede otorgar la posesión provisoria”, finalmente dicha medida cautelar terminó siendo efectivamente excepcional, pero deviniendo en tan engorrosa como si no hubiera un marco legal que efectivamente facilitara la posesión en beneficio de la celeridad en los proyectos de inversión pública.

⁵ Entiéndase por autoridad jurisdiccional, tanto a la judicial como la arbitral.

Esta excepcionalidad produjo retrasos en las obras de infraestructura porque principalmente los tribunales arbitrales denegaron la concesión de la posesión provisoria, sustentando su decisión en que las obras no estaban en la etapa en que realmente se necesitase la inmediata posesión y entrega al contratista o concesionario. De esta manera, la norma consistente en la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, no brindaba una solución a esta problemática. Empero, este asunto no estaba exclusivamente asociado a un tema normativo, sino también a la programación en la liberación de predios como parte del planteamiento de un proyecto de inversión pública. Sin embargo, se ha insistido en que la solución sería casi exclusivamente normativa, cuando en estricto la solución se encuentra en el planteamiento del proyecto mismo, la antelación con la cual debe trabajarse la liberación de áreas y evitar alegaciones posteriores pretendiendo argumentar que todo sería urgente y de necesidad inmediata.

Este problema inclusive ha sido objeto de análisis por la Contraloría General de la República, la que advirtiendo principalmente las deficiencias en el planeamiento de liberación de áreas para la ejecución de proyectos, así como las implicancias económicas que eso supone para el Estado, ha imputado responsabilidad en los funcionarios públicos y reclamado indemnización de daños y perjuicios por los mayores gastos generales⁶ que se terminan pagando por la demora en la puesta a disposición de los predios necesarios. En este escenario de imputación de responsabilidad, la excusa normalmente ha sido que las expropiaciones han demorado y tal aseveración es parcialmente correcta, porque en realidad es la programación en la liberación de predios la que no ha sido antelada y oportunamente proyectada en el tiempo. Tal como se ha puntualizado (Alarcón, Manco & Velásquez, 2018, p. 24), “el Estado está incumpliendo con los cronogramas de la liberación de predios proporcionados por las propias entidades. Esta situación genera preocupación porque no se puede determinar una fecha cierta de entrega de terrenos”.

Ciertamente el problema además ha sido que la posesión provisoria tampoco ha funcionado adecuadamente. En este punto, debe resaltarse que además el Estado en su afán de intentar impulsar normativamente los proyectos de inversión pública, ha emitido la Ley N° 30025 del 21

⁶ Gastos Generales: Son aquellos costos indirectos que el contratista efectúa para la ejecución de la prestación a su cargo, derivados de su propia actividad empresarial, por lo que no pueden ser incluidos dentro de las partidas de las obras o de los costos directos del servicio. En: Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-PCM del 31 de diciembre de 2018.

de mayo del 2013, norma que a nivel doctrinario ha sido calificada como una “norma ómnibus” (Huapaya & Sánchez, 2016, p. 101), al declarar de necesidad pública la ejecución de una diversidad de obras de infraestructura de interés nacional y de gran envergadura, inicialmente de hasta 69 proyectos y que en el tiempo legislativamente ha ido aumentando, autorizando la expropiación de los bienes inmuebles que resulten necesarios para tales fines, justificándose en la exigencia de reducción de la brecha de infraestructura.

De esta relación de proyectos inicialmente previstos, tenemos que la Autopista del Sol Trujillo – Chiclayo – Piura – Sullana, la Vía de Evitamiento de Chimbote, el Proyecto Vía Expresa Sur, el Sistema Integrado de Transportes SIT – Arequipa, así como la Línea 2 del Metro de Lima entre otras, no han empezado o se encuentran en plena ejecución pese al tiempo transcurrido y no se han culminado con las expropiaciones pertinentes. Han transcurrido 7 años desde la dación de dicha norma con la cual se priorizaron los grandes proyectos nacionales y si se advierte, es un periodo bastante largo para mantener en suspenso a los propietarios que podrían verse afectados, quienes ven detenidos en el tiempo los precios de sus inmuebles de acuerdo a los valores del mercado y además restringidas las posibilidades de inversión privada en sus propiedades debido a la posibilidad de una expropiación, generando un estado de incertidumbre que ocasiona un detrimento económico en su patrimonio.

En la misma línea de análisis se encuentra el Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad (PNIC), aprobado con Decreto Supremo N° 238-2019-EF, publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 28 de julio de 2019, en el cual se detalla que la brecha de acceso básico de infraestructura bordea la suma de 363 mil millones de soles, precisando que estamos una cifra subestimada porque no se ha considerado aspecto como calidad del agua, cantidad de horas de electricidad, infraestructura natural o el estado actual de las estructuras de los colegios. En este plan se consignan los proyectos remitidos por los diversos sectores para el proceso de construcción de la cartera del Plan Nacional de Infraestructura, insertándose *nuevamente* la Autopista del Sol, la Vía de Evitamiento de Chimbote, el Proyecto de Transporte Masivo en la Troncal 1 del Sistema Integrado de Transporte de Arequipa "Tm T1 SIT Arequipa y la Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Avenida Néstor Gambeta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao.

Como se podrá apreciar, la Ley N° 30025 del 21 de mayo del 2013 y el Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad (PNIC), aprobado con Decreto Supremo N° 238-2019-EF del 28 de julio de 2019, pese al transcurso del tiempo y en algunos supuestos, siguen manteniendo en cartera los mismos proyectos. Esto supone que los propietarios de los predios que estarían afectados, vienen manteniendo una situación de incertidumbre respecto al avelinamiento de una expropiación, quedando sometidos a un escenario de perjuicio constante en su patrimonio, pese a que el Estado debería garantizar una adecuada protección al derecho de propiedad. En efecto, sobre este punto se ha resaltado la necesidad de garantizar que el Estado cuente con una actuación económicamente responsable, garantizando que los particulares se encuentren en condiciones de desplegar sus inversiones, respetándose su esfera patrimonial y concediendo estímulos para que puedan dinamizar su capital, a efectos que puedan “hacerse titulares de actividades socialmente valiosas (Sánchez, 2014, 405 – 406)”.

No obstante, mantener en permanente estado de afectación al propietario supone la disminución del valor de su propiedad, porque comercialmente desincentiva la transferencia a otros sujetos económicos que eventualmente hubiesen estado interesados en obtener su titularidad, principalmente porque resulta complicado efectuar una inversión para que seguidamente el Estado decida expropiar y someter a complicaciones económicas y operacionales al adquirente. De hecho, una vez culminada las expropiaciones de los predios afectados y la verificación del inicio de ejecución del proyecto, sucede un efecto económico inmediato, consistente en la actualización de los valores en los predios colindantes, cuyos precios se habían mantenido rezagados en el tiempo como consecuencia de las expropiaciones pendientes. De ahí que mantener por varios años en expectativa de afectación a los propietarios, supone un perjuicio no solamente a las inversiones postergadas, sino también al valor de sus predios.

Ahora bien, el problema de la posesión no termina con la obtención de la disposición física de la propiedad inmueble necesaria para la obra de infraestructura, porque seguidamente se requieren ejecutar dos actividades esenciales para iniciar un proyecto de inversión pública: la liberación de áreas eventualmente en posesión de terceros y su saneamiento físico legal, para entregar los predios al contratista o concesionario. Tal como hemos venido explicando, la

expropiación se constituye en una transferencia forzosa de la propiedad, pero esta disposición de la propiedad privada en sí misma es insuficiente para ejecutar una obra de infraestructura, dado que adicionalmente se requiere un predio liberado de terceros y debidamente saneado.

Desde una perspectiva estrictamente utilitaria, un problema adicional en la aplicación de la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, fue que solamente habiéndose cumplido con el pago de la indemnización justipreciada de manera previa, completa y en efectivo, es que se entendía producida la transferencia de propiedad y por ende seguidamente la entrega o puesta a disposición de la posesión en favor del Estado. Sin embargo, esto no garantizaba que efectivamente la puesta a disposición se cumpliera, sea porque había terceros y/o precarios a quienes seguidamente había que retirar a través de una demanda de desalojo, retrasando la iniciación del proyecto y abriendo un nuevo frente de litigio, en perjuicio de la ejecución oportuna de la obra de infraestructura.

Esta problemática se acentuó en los arbitrajes, porque los tribunales arbitrales si bien dispusieron la transferencia de propiedad previa comprobación del pago de la indemnización justipreciada, cuando el Estado requería que dicho laudo se ejecutara contra terceros para ordenar su retiro del predio, los colegiados alegaron que tal potestad escapaba al ámbito arbitral, dado que esta solamente se circunscribía a la transferencia forzosa de la propiedad inmueble contra el sujeto pasivo y sin la intervención de terceros. Se trataba de una excusa inequitativa, porque si por un lado el Estado no pagaba en un plazo de 40 días la indemnización justipreciada en ejecución del laudo, la expropiación incurría en caducidad; mientras que, si el sujeto pasivo no entregaba la posesión, sea porque estaba ocupada por arrendatarios renuentes a retirarse o simplemente por precarios, aquello debía dilucidarse en otra instancia judicial. De esta manera, no eran pocos los problemas que se presentaban en la aplicación de la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones.

Luego de haber cumplido con el pago de la indemnización justipreciada, seguidamente había que efectuar el saneamiento físico – legal del predio y si bien la Primera Disposición Final de la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, señalaba que la adquisición de la propiedad de manera forzosa extinguía todos los derechos reales y personales que resultaran incompatibles con

los fines de la expropiación, tal disposición normativa resultaba insuficiente para el saneamiento, porque los registradores públicos se oponían al levantamiento de cargas al no quedar del todo definido si efectivamente tales registros eran incompatibles con la expropiación.

No obstante, el principal problema devenía por los alcances de lo que implicaba el saneamiento, porque de acuerdo a la posición que en su momento esbozó el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN; inclusive este alcanzaba el saneamiento ambiental. Tal fue el supuesto del saneamiento de los predios para la ampliación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, circunstancia que no solucionaba la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones.

De ahí la necesidad de impulsar reformas normativas que propendieran a solucionar los problemas que enfrentaba el Estado al obtener la disposición de áreas para la ejecución de las obras de infraestructura, que es un ámbito mayor a la sola expropiación, siendo que esta forma parte de un ámbito de gestión pública más amplio y que supone contar con los predios en propiedad del Estado, liberados y saneados, propósito que luego de diversos intentos modificatorios con resultados relativamente infructuosos, se consiguió primero con la Ley N° 30327 del 21 de mayo del 2015 y luego con el Decreto Legislativo N° 1192, cambiando el sistema a una *expropiación administrativa*.

III.2. La expropiación administrativa y su eficiencia

Tal como se ha explicado anteriormente, existe una incompatibilidad entre la protección prevista en el artículo 70 de nuestra Constitución Política, con el actual TUO del Decreto Legislativo N° 1192, respecto a la forma y oportunidad de la transferencia de la propiedad del sujeto pasivo en favor del Estado. Sin embargo, este nuevo sistema de *expropiación administrativa* viene resultando en parte eficiente en la gestión de los procedimientos de expropiación que se han venido dando desde su implementación, pese a los cuestionamientos que pudieran darse respecto a su constitucionalidad, pues el problema no solamente es legislativo, sino además de programación y planeamiento en la obtención de los predios en los proyectos de inversión pública.

Esta aparente eficacia sucede porque la traslación forzosa de propiedad a favor del Estado, en una etapa que, como se ha señalado, es anterior al pago completo y previo de la indemnización justipreciada, reduce significativamente la oposición de los sujetos pasivos a la actuación de *ius imperium* por parte del sujeto activo. Esta circunstancia favorece a la ejecución de los proyectos de inversión en infraestructura, al contarse con uno de los factores más relevantes de su implementación, que es contar con la posesión de los predios necesarios para este propósito. Sin embargo, hacemos alusión a una aparente eficacia, porque en términos prácticos, es la posesión del predio el factor preponderante para obtener oportunamente una obra de infraestructura.

La importancia de la posesión se ha resaltado en la doctrina nacional, tal como se desprende de la evaluación efectuada por Velásquez, quien resalta la relevancia de la expropiación solamente como un instrumento, dejando la traslación de propiedad en un segundo plano, siendo la esencia la finalidad pública del predio materia de expropiación.

La expropiación no es un mero fenómeno de traslación de bienes, primero, porque suele ocurrir que el bien no sea adquirido por la entidad estatal que será la beneficiaria del mismo y, segundo, porque lo relevante no es la traslación, sino la finalidad pública que ésta persigue. En efecto, el despojo de bienes sólo se justifica cuando es necesario remover el *status quo* para alcanzar una finalidad pública. La expropiación es sólo un medio. Es la finalidad perseguida lo trascendente, pues ella legitima la existencia y ejercicio de la expropiación. Si aquella no existe, no hay razón para imponer la traslación de bienes. (Velásquez, 2012, p. 40)

Sin perjuicio de las objeciones que pudieran darse respecto a su constitucionalidad, al estar ordenada la entrega de la posesión a cargo del sujeto pasivo en un plazo de 30 días, contados desde la emisión de la resolución administrativa que ordena la ejecución de la expropiación, el expropiado asume que inexorablemente debe concretarse esta entrega de la posesión al Estado, predisposición que favorece nuevamente a la disponibilidad de los predios para la ejecución de la obra de infraestructura. Este mandato legal es el eje esencial del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, porque como se ha venido sosteniendo, es la posesión el factor preponderante para la

ejecución de obras. Tal como se ha observado (Alarcón, Manco & Velásquez, 2018, p. 37), “(...) el Decreto Legislativo N° 1192 (...) es de gran importancia, toda vez que aportó a la sistematización de la normativa antecedente con el fin de promover marcos legales claros y actualizados, que faciliten la inversión y contribuyan con su desarrollo, mediante la entrega oportuna de terrenos”.

La posibilidad legalmente normada de intervención del ejecutor coactivo, recientemente incorporada a este sistema de *expropiación administrativa*, prevista en el acápite e) del inciso 1 del artículo 28 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, para obtener la posesión en los supuestos de denegatoria del sujeto pasivo e inclusive de terceros o precarios de entregar la posesión en favor del Estado, ha sido en la práctica no solamente viable sino además exitosa cuando ha sido correctamente implementada. Sin embargo, el mayor efecto de la posibilidad de intervención del ejecutor coactivo, ha sido disuadir a los demás sujetos pasivos del área de influencia del proyecto de inversión pública, que eventualmente mantuvieran una actitud renuente a la entrega de la posesión del predio materia de expropiación en favor del Estado. Esta intervención coactiva también ha sido cuestionada, porque supone un desalojo por vía administrativa y la concesión de una potestad privilegiada al Estado, pero que en todo caso viene teniendo efectividad.

Una actuación administrativa que ha tenido un efecto persuasivo en la actitud del sujeto pasivo, más allá de sus cuestionamientos desde la constitucionalidad de la norma expropiatoria prevista en el TUO del Decreto Legislativo N° 1192, viene siendo la traslación de propiedad en Registros Públicos, al pasarse la titularidad registral del sujeto pasivo a la entidad que ejecuta la expropiación, con la sola emisión de la norma administrativa que autoriza la ejecución de la expropiación. Este traslado de propiedad registral, que es probablemente la mayor objeción a las disposiciones del actual TUO del Decreto Legislativo N° 1192, viene constituyéndose en un elemento que ha terminado convenciendo a los sujetos pasivos de entregar la posesión en favor del Estado. La materialización de la transferencia de propiedad en estos términos, es una imposición que persuade al sujeto pasivo para que desista de adoptar una actitud renuente a la entrega de la posesión.

Como podrá advertirse, sin perjuicio de los cuestionamientos que pudieran hacerse desde la Constitución Política al referido TUO del Decreto Legislativo N° 1192, en cuanto a la exigencia del pago previo de la indemnización justipreciada, el Estado se ha asegurado un mecanismo normativo más eficiente en la gestión no solamente de las expropiaciones, sino de lo que aquello implica, como la identificación de inmuebles afectados, gestión de inscripción registral y liberación de áreas para los proyectos de infraestructura. Además, el Estado se ha asegurado una posición privilegiada procesalmente, porque no debe recurrir más al proceso judicial de desalojo, sino directamente a través del ejecutor coactivo accionar contra la renuencia de quien fuera propietario e inclusive contra terceros o precarios.

Ciertamente el marco de protección constitucional del derecho de propiedad supone no solamente la proscripción de la arbitrariedad en los procedimientos de expropiación, sino además y principalmente verificar el cumplimiento del mandato constitucional referido al pago previo de la indemnización justipreciada; sin embargo, se advierte que el marco legal previsto en el actual TUO del Decreto Legislativo N° 1192, en este puntual extremo de la forma y oportunidad en la transferencia de propiedad, precisamente va en contra del ordenamiento constitucional.

No obstante, estamos ante un marco normativo que propende a la eficiencia en la gestión de adquisición de predios, aunque el déficit de infraestructura a nivel nacional, la deficiente proyección de liberación de áreas y la excesiva carga que supone afrontar aquello, constituyan elementos que retrasen los objetivos institucionales; pese a ello, esta norma denota una clara intencionalidad de preferir la posesión inmediata del inmueble en favor de los proyectos de inversión pública. Esta actitud por parte del Estado, deviene porque como se ha advertido “La liberación de los terrenos donde se llevará a cabo la obra es una de las etapas previas más conflictivas cuando para ella se exige la expropiación o el desalojo de tierras o edificios ocupados por particulares” (Mairal, 2013, p. 211).

Siendo así, este marco normativo actual de las expropiaciones considera que la relevancia se encuentra en la disposición de la posesión y busca acelerar su traslado al contratista o concesionario encargado de la ejecución de la obra, regulando de una manera más amplia este objetivo y no quedándose solo en la expropiación, sino inclusive integrando la adquisición

directa y hasta la transferencia entre entidades públicas, ofreciendo un marco normativo instrumental más amplio y por consiguiente más efectivo.

En efecto, aspectos como el ofrecimiento del 20% adicional al valor de tasación para una adquisición directa, es una oferta que ha sido mejorada en favor ciertamente del sujeto pasivo, pues con el anterior marco legal solamente ascendía al 10% adicional; en ambos casos, siempre en el supuesto que el afectado aceptase una oferta de adquisición vía trato directo con el Estado; es decir, antes de una expropiación propiamente dicha. Sin embargo, frente a la tentación de aceptar una oferta de esa naturaleza, comparada con el verdadero valor comercial, estamos ante una situación en la que no necesariamente se verifica el cumplimiento de la exigencia de indemnidad absoluta en el propietario, que emana de la protección constitucional que debería tener su conculcado derecho de propiedad.

Esta relativa protección constitucional finalmente se concreta en las relaciones entre los sujetos pasivos y el Estado, cuando en una evaluación de los costos no solamente económicos sino además de oportunidad, necesarios e imprescindibles para la obtención de protección de su constitucional derecho de propiedad, el sujeto pasivo termina aceptando la propuesta del Estado. De ahí que solamente una parte menor de los afectados terminan optando por discutir el valor de la tasación en otras instancias distintas a la administrativa, pasando a la jurisdiccional, no sin antes haber evaluado los costos que este nivel de protección efectivamente requiere.

Precisamente en este nivel de protección del derecho de propiedad, es que el sujeto pasivo se encuentra con dos alternativas excluyentes: la vía judicial o arbitral. Cada una de estas alternativas cuenta con puntos adversos y ventajas propias, las cuales son evaluadas económica y legalmente no solo por el sujeto pasivo, sino también en determinadas ocasiones por el Estado, dependiendo del interés que cada una de las partes pueda detentar en el procedimiento expropiatorio.

Decidirse por recurrir a la vía judicial es una alternativa que queda en potestad del sujeto pasivo, quien podría optar por la misma debido a los costos más asequibles que supone un litigio judicial comparado con los gastos arbitrales que resultan ostensiblemente mayores; es decir,

principalmente el análisis estará en el aspecto económico, para hacer respetar su derecho de propiedad y la exigencia de quedar absolutamente indemne. Sin embargo, será el Estado quien también podría propiciar que sea esta la vía más adecuada para discutir el valor de la tasación, dependiendo de sus intereses, esto cuando efectivamente cuenta con la posesión de la propiedad y pierda entonces todo interés en culminar el procedimiento expropiatorio al tener disposición del predio, rechazando el arbitraje que eventualmente podría efectuarse sin esbozar una causa justificada para tal decisión, tal como ha se analizado en la doctrina nacional.

La norma no indica porqué el Estado podría rechazar el camino arbitral, lo que implica un enorme poder para la entidad y hasta cierta arbitrariedad. Pese a ello, es evidente que toda decisión estatal tiene que estar motivada en la ley y en hechos objetivos, especialmente si se trata de una medida extrema como la expropiación. ¿Qué podría explicar que la vía judicial resulte mejor para el Estado que el arbitraje? Obviamente sería impresentable una causa como: “hay que ir al Poder Judicial para dilatar la solución del reclamo o para ahorrar en gastos” (Mejorada, 2018b).

Además, a nivel judicial existe la tendencia a que el monto de la indemnización justipreciada sea muy similar a la tasación efectuada por el Estado, porque también se evalúa la formalidad de la tasación como si se tratase de un contencioso administrativo (Expediente N° 07030-2010-0-1801-JR-CI-30, 2018), de ahí que el aspecto económico vinculado a una menor inversión final en el pago de la indemnización justipreciada sea también un punto a considerar por el Estado, para inducir al sujeto pasivo para que sea en instancias judiciales en donde se discuta la tasación, esto siempre que se cuente con la posesión del predio, pues en el supuesto que la posesión sea esquivada al proyecto de inversión, siempre será óptimo que se recurra al mecanismo más eficiente para conseguir la posesión del predio, que es el interés principal en la ejecución de los proyectos de inversión pública, dado el costo social que implicaría postergar la puesta a disposición del servicio que conlleva una obra de infraestructura.

Sin embargo, recurrir a la vía judicial tiene un desincentivo enorme para el sujeto pasivo, debido al factor tiempo en la decisión final que emita el Poder Judicial respecto a la

determinación de la indemnización justipreciada que deberá pagar el Estado en favor del expropiado, luego de un proceso que podría demandar unos 5 años aproximadamente, solo para la obtención de una sentencia estimatoria. Seguidamente el sujeto pasivo debe enfrentarse a una habilitación presupuestaria en ejecución de sentencia, circunstancia que aunada al desgaste emocional que implica un litigio extendido, termina normalmente desincentivando esta vía de reclamación y dejando sin una adecuada protección al sujeto pasivo en un procedimiento expropiatorio.

Por otro lado, decidirse por encaminar la discusión en la vía arbitral implica principalmente una evaluación económica para el sujeto pasivo, por los altos costos que suponen los gastos arbitrales, pero además como ordena el tercer párrafo del artículo 35 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, supone además que previamente debe haberse entregado la posesión del predio. En todo caso, estos costos arbitrales suponen una barrera de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva de quien no ha buscado ni propiciado esta controversia, pero como analizaremos oportunamente, la mayor restricción al derecho de acción en defensa de la propiedad, proviene de la exigencia previa de la entrega de la posesión en favor del Estado para recurrir a instancias arbitrales.

De cualquier manera, este análisis debe efectuarse en función a la indemnidad que debe respetarse en el sujeto pasivo, porque debido a que quien tiene el interés en la expropiación es el Estado, normalmente los tribunales arbitrales ordenarán que sea este quien asuma los costos totales del arbitraje, haciendo respetar de esta manera el concepto de indemnidad en el que debe quedar el sujeto pasivo. Así se han pronunciado los colegiados arbitrales, sosteniendo el concepto de indemnidad en los términos siguientes “Este Tribunal Arbitral advierte que la compensación justipreciada es, finalmente, una obligación del Estado que nace de la Constitución y surge de la acción expropiatoria y considere en mantener exento o libre de toda pérdida, detrimento o daño al individuo que sufre la expropiación” (Tribunal Arbitral, 2016, Resolución N° 19).

Así las cosas, el nivel de protección del derecho de propiedad pasa por un aspecto económico para el sujeto pasivo que desincentiva recurrir al arbitraje, pese a ofrecer una duración mucho

menor que la vía judicial. De esta manera, se advierte que pese a ser más efectiva en cuanto a tutela, el arbitraje es una vía onerosa para el sujeto pasivo, pero sin cuya efectividad en la protección de su derecho se vería postergada, de ahí la necesidad de reformular su acceso, en aras de procurar el equilibrio en este escenario expropiatorio, como garantía de protección al derecho de propiedad.

III.3. Los riesgos económicos, operacionales y contractuales del propietario afectado en una expropiación

Con este nuevo marco normativo al que se enfrentan los propietarios afectados por la intervención del Estado, avalado con este nuevo modelo de *expropiación administrativa*, se generan una serie de riesgos económicos entendidos como una afectación subrepticia respecto a la integridad de su patrimonio, circunstancia que además conlleva a asumir costos imprevistos, que en buena cuenta y como ha señalado la doctrina, resultan cuestionables al trasladarse al sujeto pasivo, cuando este no ha buscado ni propiciado la expropiación.

Tal como se ha venido explicando, en este nuevo modelo de *expropiación administrativa*, una vez que se ha emitido la resolución administrativa que ordena la ejecución de la expropiación, conforme se ordena en el acápite c) del artículo 28.1 de del TUO del Decreto Legislativo N 1192, el Estado debe cumplir con efectuar una consignación en el Banco de la Nación del valor de la tasación que se ha aprobado, siendo el plazo para cumplir con dicha consignación de 10 días hábiles siguientes a la emisión de esta norma administrativa, conforme se desprende del artículo 28.3 de la norma mencionada.

Como se puede advertir de esta normativa, el sujeto pasivo no tiene disposición inmediata de la tasación que unilateralmente ha efectuado el Estado y respecto de la cual, según sus propios intereses, eventualmente podría encontrarse en desacuerdo; no obstante, tendrá la obligación de entregar la posesión del predio en un plazo también de 10 días hábiles de emitido el acto administrativo para inmuebles desocupados y 30 días hábiles para inmuebles ocupados, siendo que excepcionalmente y en tanto se requiera de autorizaciones especiales, necesitase un plazo mayor que no podría exceder de 60 días hábiles.

Es decir, el sujeto pasivo que se encuentra en desacuerdo con la valorización debe enfrentarse a un escenario en donde debe entregar la posesión en un plazo de 10 o 30 días hábiles y ser beneficiario de una consignación del valor de la tasación en el Banco de la Nación, la cual en principio no puede retirar para apalancarse financieramente y afrontar el litigio judicial o arbitral que hubiera decidido en defensa de sus derechos, pues el artículo 34.3 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192 estipula que “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”. De esta manera, la única posibilidad de llevar a instancias jurisdiccionales teniendo la posibilidad de retirar la consignación es entregando la posesión en favor del Estado; de ahí que como explicábamos anteriormente, estamos ante un marco normativo que obliga al sujeto pasivo a la entrega de su propiedad, previamente inclusive al retiro de la valorización.

Sin embargo, entregar la posesión tampoco es un asunto que se pueda implementar tan fácilmente en un plazo de hasta 30 días hábiles. Valga la precisión que el plazo excepcional de hasta 60 días hábiles, para cuando se requiera de trámites administrativos, estuvo pensado sobre la experiencia de expropiar estaciones de expendio de combustible y el retiro de los tanques ubicados en el subsuelo, que necesitan autorización de la entidad especializada en energía – OSINERMIN – para su retiro. Ahora bien, en el supuesto que el sujeto pasivo no pudiera desocupar el predio en un plazo máximo de 30 días hábiles, se encontraría imposibilitado de retirar la consignación de la valorización pese a que, estando depositada en el Banco de la Nación, corresponde a su patrimonio y por ende de su libre disponibilidad; sin embargo, de forma cuestionable se ha agregado la sanción de que si el sujeto pasivo dispusiera de dicho depósito, terminaría aceptando la valorización y perdiendo la oportunidad de reclamar la indemnización justipreciada a la que constitucionalmente tiene derecho.

Este escenario evidentemente implica para el sujeto pasivo un serio problema económico, porque no solamente ve restringido su derecho a acceder directamente y sin restricciones a la valorización unilateralmente efectuada por el Estado y depositada en el Banco de la Nación a su nombre; sino que además, en el supuesto que no se desprendiese con prontitud de la posesión del inmueble de su propiedad y la pusiera a disposición del Estado, perdería la posibilidad de discutir

en instancias jurisdiccionales la determinación del valor de la indemnización justipreciada. Todo esto sin perjuicio que adicionalmente, en caso decidiese llevar a instancias arbitrales esta controversia, tendría que asumir con su propio capital el costo de proteger su derecho de propiedad, pese a que la parte interesada es el Estado.

Así expuesto el panorama, el riesgo económico es evidente para el sujeto pasivo que enfrenta una expropiación, principalmente porque no tiene disponibilidad inmediata de la indemnización justipreciada y para reclamar una adecuada protección a su derecho de propiedad, salvo que llegue a un acuerdo previo con el propio Estado entregando la posesión, tendría que asumir los elevados e imprevistos costos arbitrales, dejando de operar en la actividad económica en la que se estuvo desempeñando hasta antes de la intervención del sujeto activo, incurriendo así en serios problemas operacionales.

En efecto, ante una *expropiación administrativa* los riesgos operacionales son inclusive más graves para el sujeto pasivo, entendidos estos como la problemática que debe afrontar el expropiado ante la inminente circunstancia de dejar de operar comercialmente y las implicancias que aquello supone no solamente en su patrimonio, sino en las obligaciones y responsabilidades que debe asumir a propósito de la expropiación a la que está siendo sometido. Este riesgo operacional evidentemente es indeseado y tendrá que ser resarcido económicamente en la determinación final de la indemnización justipreciada, pero sus efectos pueden trascender en el tiempo y causar un perjuicio de tal magnitud que puede colocar a una empresa en una etapa de cierre de actividades.

Para empezar una evaluación de este panorama, ante la imposición de la obligación de entregar la posesión al Estado, el expropiado en el supuesto de una empresa simplemente debe cerrar sus instalaciones y dar por terminadas sus actividades comerciales. Esta imposición ciertamente es propia de una expropiación, pero adviértase que, en el caso de una *expropiación jurisdiccional*, la entrega de la posesión recién se configuraría una vez verificado el cumplimiento del pago de la indemnización justipreciada; en cambio, en este modelo de *expropiación administrativa* la posesión es una exigencia imperiosa del Estado, relativizando la protección del derecho de propiedad que emana del artículo 70 de nuestra Constitución Política.

Inclusive en el mismo supuesto de una actividad empresarial, uno de los principales problemas al que se enfrenta el sujeto pasivo ante el cese de actividades en una expropiación, es evaluar las medidas laborales más adecuadas respecto a la continuidad de sus trabajadores. Desde la suspensión perfecta de labores, adelanto de vacaciones y hasta el despido plenamente justificado por una *expropiación administrativa*, son riesgos operacionales que inclusive acarrearán una eventual contingencia económica derivada de las acciones judiciales en las que podría terminar inmerso el sujeto pasivo ante la actuación estatal. Así, los riesgos operacionales inclusive trascienden al ámbito laboral.

Un riesgo operacional para la actividad comercial sujeta a una *expropiación administrativa*, que evidentemente también debería ser materia de resarcimiento, es el referido a la pérdida de contratos y clientes del sujeto pasivo. Esta circunstancia adversa para el expropiado es en determinados supuestos, inclusive más gravosa que la propia transferencia forzosa de la propiedad inmueble. La pérdida del costo de oportunidad comercial, para una empresa en plena actividad, supone dejar de percibir las legítimas ganancias que esperaba hasta que pueda reponerse y quedar en similares condiciones operacionales en las que se encontraba hasta antes de la ocurrencia de la pérdida de la propiedad inmueble, tal sería el límite económico de este resarcimiento.

Este reinicio de actividades supone para el expropiado la búsqueda de un nuevo inmueble que pueda tener condiciones similares en las que se encontraba hasta antes de la expropiación, siempre que aquello sea materialmente factible. Durante la ejecución de las expropiaciones para la ampliación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, tal alternativa fue imposible para la empresa Aeroinversiones, que brindaba servicios de mantenimiento a las aeronaves de dicho terminal aéreo, pero que luego de su expropiación materialmente fue imposible que encontrara un inmueble de esas dimensiones en una ubicación tan privilegiada como en la que se encontraba para desempeñar la misma actividad comercial. Finalmente, el tribunal arbitral tuvo que ordenar el reconocimiento económico de la pérdida total de la empresa, pues funcionaba en tanto se encontraba adyacente al terminal aéreo, pero en otra ubicación tal actividad resultaba inviable.

Desde nuestra perspectiva, adicionalmente encontramos riesgos contractuales en el sujeto pasivo sometido a una expropiación, entendidos como problemas que suponen la culminación abrupta de relaciones obligacionales que mantenía el sujeto pasivo y que como consecuencia de la intervención del Estado deben terminar, sea porque en términos prácticos se hace inviable su continuidad como el supuesto de la hipoteca; o porque por mandato legal deben darse por terminados. De una u otra manera, se constituyen en contingencias cuya ocurrencia debe evaluar el expropiado.

El artículo 1101 del Código Civil establece que la hipoteca se extiende a todas las partes integrantes del bien hipotecado, a sus accesorios, y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación. Es decir, en el supuesto que el bien inmueble estuviera hipotecado, este gravamen se extendería sobre la indemnización justipreciada. El problema es que para el sujeto pasivo contar con un bien inmueble hipotecado obedece a que adquirió dicha propiedad con esta forma de financiamiento bancario o porque ha necesitado apalancamiento financiero para invertir en su actividad empresarial.

Sin embargo, la Quinta Disposición Final del TUO del Decreto Legislativo N° 1192 estipula que, con la inscripción de la expropiación, el registrador, bajo responsabilidad, debe levantar las cargas y gravámenes que existan sobre el bien inmueble, precisando que los acreedores pueden cobrar su acreencia con el valor de la tasación pagado directamente o vía consignación al sujeto pasivo. Esta disposición en términos prácticos supone la extinción de la hipoteca, principalmente por la evidente falta de operatividad y la pérdida de flujo de ingresos. Así, no solamente es factible que se pierda la propiedad, sino el financiamiento que se había procurado el expropiado sobre la base justamente de dicha propiedad.

Un segundo riesgo contractual es el vinculado a la extinción de los contratos de arrendamiento, porque el inciso 4 del artículo 1705 del Código Civil, referente a las causales de conclusión extrajudicial del contrato de arrendamiento, señala que este contrato culmina sin necesidad de declaración judicial, cuando ocurre una expropiación del inmueble objeto de arrendamiento. Este dispositivo es sumamente importante en materia de liberación de predios para obras de infraestructura, porque dada la aún insuficiente cobertura de la demanda

inmobiliaria en las ciudades de nuestro país, las probabilidades de encontrar inmuebles sujetos a arrendamiento en el ámbito de influencia o intervención de un proyecto de inversión pública son altas; en el mismo sentido, en la zona rural es frecuente encontrar poseedores de campos de cultivo en predios sobre los que no detentan propiedad sino solamente arrendamientos.

De esta manera, es relevante para afectar un predio vía expropiación, tener por culminados todos los contratos de arrendamiento que estén involucrados, principalmente para conseguir la desocupación completa de los predios y obtener la posesión inmediata en favor del proyecto de infraestructura pública, dado que los propietarios únicamente estarán a la espera de la determinación del valor de la indemnización justipreciada, dejando en términos prácticos la labor de gestionar la desocupación al Estado. Sin embargo, esta culminación del contrato de arrendamiento se constituye en un riesgo contractual que debe afrontar el sujeto pasivo, con la consiguiente pérdida de los ingresos provenientes de los extintos contratos de arrendamiento, que en su momento mantuvo como fuente de ingresos.

III.4. Una crítica al sistema actual de expropiaciones

Este modelo de *expropiación administrativa*, pese a su efectividad y así planteado, evidentemente *resulta contrario al mandato expreso del artículo 70 de la Constitución Política*, que ordena el pago previo, completo y en efectivo de la indemnización justipreciada. En efecto, ante el desacuerdo del sujeto pasivo frente a la propuesta de trato directo planteada por el Estado, hasta antes de la emisión de la Ley N° 30327 y el TUO del Decreto Legislativo N° 1192, la expropiación era entendida como el traslado de propiedad forzosa que necesariamente se daba ante la autoridad judicial o arbitral, a la que hemos denominado como una *expropiación jurisdiccional*. En cambio, con la anterior Ley N° 30327 y el actual TUO del Decreto Legislativo N° 1192, se ha pasado a una *expropiación administrativa*, con todos los cuestionamientos sobre su constitucionalidad y las ventajas en su aplicación desde una perspectiva de Estado.

Los cuestionamientos devienen porque la consignación ante el Banco de la Nación, solamente implica una determinación unilateral de aquello que el Estado considera debería ser el valor del predio a expropiar. En ese sentido, no puede tratarse de un pago previo como exige el artículo 70

de la Constitución Política, sino solamente de un ofrecimiento de pago, si eventualmente fuera aceptado por el sujeto pasivo; o un pago parcial respecto del que finalmente se determinase como indemnización justipreciada.

La expropiación solamente implica la imposición para que el propietario se vea compelido a trasladar su propiedad a favor del Estado. De ninguna manera aquello supone imponer administrativamente un valor unilateralmente determinado por el sujeto activo para el traslado de la propiedad en su favor; de ser así, estaríamos ante un supuesto de confiscación indirecta y no propiamente de una expropiación, pues nuestra Constitución Política exige un pago previo, completo y en efectivo de la indemnización justipreciada.

Frente a la inexistencia de un pago previo como exige la Constitución Política, que sea aceptado por el propietario, no puede sostenerse jurídicamente un supuesto de traslación de la propiedad. Por ende, si la resolución administrativa que autoriza la ejecución de la expropiación dispone que la Oficina de Registros Públicos inscriba la transferencia de propiedad directamente en favor del Estado, se estaría incurriendo en una clara contravención constitucional.

El asunto se agrava cuando además se dispone la desposesión por mandato administrativo del predio al sujeto pasivo en un plazo de hasta 30 días hábiles, quien estando en desacuerdo con una valorización unilateralmente efectuada por el Estado, además debe entregar su propiedad en favor del sujeto activo. Ciertamente con posterioridad el sujeto pasivo tendrá derecho a reclamar el pago de la indemnización justipreciada, pero en un escenario en donde habría sido desposeído de su propiedad.

En consecuencia, dadas estas observaciones, queda en evidencia que existe una disonancia entre el artículo 70 de la Constitución Política y el actual TUO del Decreto Legislativo N° 1192, que es la actual legislación de la materia expropiatoria, por lo que resulta necesario adecuar este marco normativo de expropiaciones al bloque de constitucionalidad, en aras de hacer respetar adecuadamente el derecho de propiedad y hacer efectiva su condición garantista, pero al mismo tiempo manteniendo la eficacia en la obtención de la posesión para la ejecución de las obras de

infraestructura y cerrar la brecha de infraestructura. Compatibilizar ambos intereses, será materia del análisis que seguidamente efectuaremos en el presente trabajo.



IV. CAPÍTULO 3: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD EN LA EXPROPIACIÓN

Habiendo expuesto precedentemente los alcances de la protección constitucional del derecho de propiedad, así como los problemas que en su momento tuvo la aplicación de la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones y las implicancias en la implementación del actual TUO del Decreto Legislativo N° 1192⁷, corresponde ahora compatibilizar el actual marco normativo de las expropiaciones con los preceptos constitucionales, a efectos de plantear una alternativa normativa que principalmente mantenga la eficacia en la obtención de la posesión, *que como se ha explicado en acápites anteriores, es el eje fundamental en la ejecución de proyectos de inversión pública, pero respetando adecuadamente el derecho de propiedad*.

IV.1. Un análisis del problema desde la Constitución Económica

Luego de haber analizado en detalle las normas de expropiación y su afectación al derecho de propiedad, desde nuestra perspectiva son tres los aspectos que ameritan una revisión respecto a su constitucionalidad: (i) los condicionamientos a la liberación de la consignación en el Banco de la Nación a favor del sujeto pasivo; (ii) las restricciones al acceso al arbitraje como medio adecuado a la solución de controversias; y, (iii) la oportunidad y forma de la traslación de propiedad en el modelo de *expropiación administrativa* que en la actualidad se impone legalmente. Como veremos oportunamente, los dos primeros acápites son aspectos que adecuadamente interpretados propenden a la defensa de la propiedad, que es básicamente el derecho que buscamos resguardar en el tercer acápite, constituyéndose de esta manera en pilares sobre los que descansa esta garantía.

En este análisis principalmente nos hemos enfocado en el cuestionamiento a la traslación de propiedad en favor del Estado en una *expropiación administrativa*, pero seguidamente

⁷ Recientemente modificado con el Decreto de Urgencia N° 003-2020 publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 8 de enero de 2020, sin mayor incidencia en el presente análisis, salvo la modificación del artículo 24 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, en la parte referida al ámbito de aplicación de la expropiación, habiéndose eliminado la referencia a que esta transferencia forzosa de la propiedad se podía configurar “únicamente por ley expresa del Congreso”, refiriéndose ahora que se concreta “únicamente por ley en favor del Estado”. Además, se ha eliminado la referencia al concepto de “previo pago en efectivo”, indicándose en esta modificatoria solamente la alusión al “previo pago”.

evidenciaremos cómo es que el condicionamiento a la liberación de la valorización efectuada en favor del sujeto pasivo y las restricciones de acceso al arbitraje que se imponen, también inciden perniciosamente en esta transferencia forzosa de la propiedad al punto de sustentar jurídicamente su inconstitucionalidad, debido a que impiden al sujeto pasivo efectivizar adecuada y oportunamente la garantía de protección que emana del artículo 70 de la Constitución Política. Para este propósito, es menester analizar previamente cómo se insertan estos aspectos y los derechos que de ellos emanan, en el ámbito de la Constitución Económica que tenemos en nuestra legislación, para a partir de ahí revisar su contenido esencial y evaluar cómo este puede ser vulnerado con una legislación como el TUO del Decreto Legislativo N° 1192.

El concepto de Constitución Económica ha sido definido por el Tribunal Constitucional como “las pautas básicas sobre las que debe fundarse el régimen económico de una sociedad” (Expediente N° 0008-2003-AI/TC, 2003). Estas pautas a las que hace alusión el máximo intérprete de la constitucionalidad, evidencian el sustento que subyace a nuestro marco constitucional, entendido como una economía libre de mercado para el desarrollo de los individuos, en una sociedad que busca su libre desarrollo. A su vez, tal como se ha señalado doctrinariamente, una de las características de la economía social de mercado, es el respeto a la propiedad (Chanamé, 2013, p. 58).

Desde de una evaluación de la Constitución Económica, Landa ha sostenido que un análisis individualista de los derechos esenciales, no permite una afectación o vulneración del derecho de propiedad (2002, p. 223). Es más, Landa también ha resaltado que el derecho de propiedad es unos de los cimientos en los cuales descansa un sistema económico moderno, siendo que el Estado debe asegurar los presupuestos para que este derecho pueda ser realizado, dada su condición de garante (2002, p. 224). Desde nuestra perspectiva, esta garantía se materializa con el otorgamiento de vías procesales específicas para reclamar la indemnización justipreciada, siendo que, a nuestro entender la vía más óptima es la del arbitraje.

Un criterio pertinente en este análisis, ha sido esbozado por Sumar, quien ha resaltado que la evaluación constitucional de la razonabilidad de una norma, implica una fiscalización respecto a la protección de derechos que esta brinda, tal como sucede con la expropiación, que proscribe la

apropiación de la propiedad sin el reconocimiento de la indemnización justipreciada. (2017, p. 108). Es así que se advierte la necesidad de otorgar una adecuada protección al derecho de propiedad desde la Constitución Económica, habiéndose resaltado que, en nuestra carta magna de 1993, se aprecia la existencia de una elevación del estándar de protección al derecho de propiedad, porque este reforzamiento se materializa con el reconocimiento previo de la indemnización justipreciada (Kresalja & Ochoa, 2016, p. 34).

Tal como señalan Kresalja & Ochoa, la expropiación entendida como la excepción al derecho de propiedad no vulnera este derecho, debido a que la indemnización justipreciada se constituye en la garantía constitucional de la protección de su contenido esencial (2002, p. 41). En el mismo sentido, se ha sostenido que las normas constitucionales son una garantía de protección del derecho de propiedad. (Sumar, 2017, p. 94). Son por estas razones que estimamos pertinente sostener que la protección del derecho de propiedad, no solamente supone un resguardo estrictamente declarativo, sino que implica el otorgamiento de mecanismos de protección constitucionales, como una vía procesal adecuada en donde el propietario pueda materializar la protección de este derecho.

De esta manera, el libre desarrollo económico de la persona y la protección de su patrimonio son aspectos que emanan de la Constitución Económica, como preceptos pasibles de garantía, pero no solamente desde una perspectiva declarativa, sino con el aseguramiento de mecanismos legales que permitan su adecuado resguardo en un Estado de Derecho. Justamente para alcanzar este objetivo, emana de la Constitución Económica una serie de derechos, como la protección del derecho de propiedad y el reconocimiento del arbitraje como mecanismo de tutela adecuada en la solución de conflictos, siendo que estos a su vez se encuentran basados en principios como libertad y justicia. Es entonces donde resalta el derecho de propiedad, previsto en el inciso 16 del artículo 2 de la Constitución Política, como parte de la Constitución Económica; por ende, pasible de una necesaria protección legislativa.

En ese sentido, seguidamente veremos cómo es que imponer condicionamientos a la liberación de la consignación en el Banco de la Nación a favor del sujeto pasivo, implica restringir su libre acceso a una cuenta bancaria de su titularidad y de esta manera afectar su

derecho de propiedad y restarle posibilidades financieras para sufragar los costos que implica defender su derecho de propiedad. En la misma línea de análisis, condicionar injustificadamente recurrir al arbitraje como medio adecuado a la solución de controversias, supone dificultar el acceso a un medio eficaz al expropiado para que pueda alcanzar una indemnización justipreciada en resguardo de su derecho de propiedad. En conclusión, estos aspectos inciden directamente y se constituyen como restricciones en la defensa del expropiado en procura de su derecho a una indemnización justipreciada, al imponerse un modelo de *expropiación administrativa* que actualmente consideramos pertinente debe ser revisado en estos extremos.

IV.2. Aplicación del test de proporcionalidad a la normativa de expropiaciones

La doctrina nacional (Rubio, 2018, p. 33) ha explicado que, para el estudio y evaluación de un caso, una metodología es la aplicación del *test de proporcionalidad*, precisando que el Tribunal Constitucional “califica al test como un mecanismo de aseguramiento de la justicia y control de la actuación de los poderes del Estado” (Rubio, p. 31), el cual ha sido aplicado en diversos pronunciamientos del máximo intérprete, como en las sentencias recaídas en los Expedientes Nros. 579-2008-PA/TC y 0050-2004-AI/TC. De esta manera, podemos determinar la constitucionalidad de una medida estatal en la esfera de los derechos subjetivos, analizando progresivamente la razonabilidad y proporcionalidad en las restricciones o imposiciones en las personas en su esfera de derechos; para que, en el supuesto de encontrar conflictos, podamos aseverar válidamente que estamos ante una medida inconstitucional.

En una expropiación hay una afectación a los niveles de protección del derecho de propiedad. Para comprender esta limitación, Bernal ha expresado que “La justificación subyacente del principio de proporcionalidad es que las limitaciones de los derechos fundamentales no pueden ser excesivas. Las limitaciones no pueden ir más allá de lo que es estrictamente necesario” (2015, p. 243). Estando a esta apreciación conceptual, es que se hace imprescindible evaluar si las restricciones previstas en el marco del TUO del Decreto Legislativo N° 1192 resultan excesivas. Para tal propósito resulta pertinente traer a colación el planteamiento de Barak respecto al test de proporcionalidad (2012, p. 342), dado que este autor señala que este es pertinente en tanto sea aplicado a leyes que restringen o afectan derechos constitucionales, tal

como sucede con el TUO del Decreto Legislativo N° 1192, porque el propósito de dicho marco normativo es justamente satisfacer el interés público.

Para determinar si la afectación del derecho de propiedad con este marco normativo es efectivamente constitucional, debe evaluarse la medida menos gravosa para el sujeto pasivo de una expropiación. En el análisis de Prieto, “Ello significa que si la satisfacción de un bien constitucional puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, resulta exigible escoger aquella que menos perjuicios cause desde la óptica del otro principio o derecho en pugna” (2002, p. 221). En la línea de análisis que venimos efectuando, Prieto sostiene además que un análisis del principio de proporcionalidad supone “evitar la inutilidad, necesidad, desequilibrio o desproporción de una medida empleada” (2002, p. 194).

Aplicando la metodología explicada por el Tribunal Constitucional (Expediente N° 579-2008-PA/TC, 2008), tenemos que para la aplicación del *test de proporcionalidad* este supone la aplicación desde tres niveles de análisis: *idoneidad*, *necesidad* y *ponderación* o *proporcionalidad* en sentido estricto⁸.

Para López, el subprincipio de idoneidad, implica que “toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo, excluyéndose la adopción de medios que no contribuyan a la realización de los fines para los cuales han sido adoptados” (2017, p. 195). Según este mismo autor, el subprincipio de necesidad “se refiere a que toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido entre aquellas que revisten la misma idoneidad para alcanzar el objetivo buscado”. (López, 2017, p. 196).

Finalmente, de acuerdo a la posición teórica explicada por López, el subprincipio de proporcionalidad “es aquel que se orienta a guardar una adecuada relación entre el derecho intervenido y el derecho satisfecho. En otras palabras, las ventajas que se obtengan con la

⁸ Para Barak, en realidad son cuatro los componentes en una evaluación de proporcionalidad como herramienta metodológica: propósito adecuado, conexión racional, medios necesarios y una relación apropiada entre el beneficio público procurado y el menoscabo ocasionado al derecho constitucional. (2012, p. 131)

medida deben compensar los sacrificios que aquella comporta para algún derecho”. (2017, p.197). Siguiendo el análisis de Barak (2012, p. 340), la aplicación del subprincipio de proporcionalidad en una expropiación, supone una congruencia adecuada entre los beneficios públicos de tal medida y el daño ocasionado al derecho constitucional del propietario.

De esta manera, analizaremos los tres ámbitos normativos contenidos en el TUO del Decreto Legislativo N° 1192 que nos hemos planteado: (i) los condicionamientos a la liberación de la consignación en el Banco de la Nación a favor del sujeto pasivo; (ii) las restricciones al acceso al arbitraje como medio adecuado a la solución de controversias; y, (iii) la oportunidad y forma de la traslación de propiedad en el modelo de *expropiación administrativa*. Planteamos esta secuencia con el propósito de advertir cómo es que los dos primeros acápites inciden en la redefinición del tercero, justificando el cambio de modelo de expropiación.

Para este propósito, empecemos señalando que de acuerdo al fundamento 25 de la sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente N° 579-2008-PA/TC, 2008), el *análisis de idoneidad* supone evaluar la norma bajo cuestionamiento y determinar “si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar”. Es decir, conforme al planteamiento de esta instancia jurisdiccional, se procura analizar el objetivo de la disposición normativa y revisar si efectivamente resulta adecuada para dicho propósito.

Por otro lado, solamente habiéndose superado este primer nivel, pues de otra manera la aplicación del test se daría por culminada, debe proseguirse con el *análisis de necesidad*, mediante la cual debemos determinar si existía la posibilidad de una regulación distinta o alternativa y obviamente menos gravosa. De acuerdo al mismo fundamento 25 de la sentencia antes mencionada: “Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin” (Expediente N° 579-2008-PA/TC, 2008).

Finalmente, debe aplicarse un *análisis de proporcionalidad*, en tanto se hubieran superado los dos subprincipios anteriores, sopesando los principios constitucionales que supuestamente

estarían en conflicto. En este punto, de acuerdo a la sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente N° 579-2008-PA/TC, 2008), se aplica la *ley de la ponderación*, la cual denota como criterio que “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

IV.2.1. Los condicionamientos a la liberación de la consignación en el Banco de la Nación a favor del sujeto pasivo

De acuerdo a Barak, la interrelación que debe darse intrínsecamente en la estructura de un derecho, supone el equilibrio entre los alcances de su nivel de protección y la justificación de sus límites (2012, p. 131). Entendido así, podemos corroborar que el derecho de propiedad no podría ser absoluto, siendo que sus límites están dados por el interés público.

Siendo así, tenemos que el artículo 34.3 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, señala que “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”. Verificando los términos de este dispositivo legal, apreciamos claramente la imposición de un condicionamiento al sujeto pasivo, en la operación bancaria tendente a la disposición de los fondos consignados a su favor por parte del Estado, como consecuencia de la expropiación a la cual se encuentra sujeto y que está basada en el interés público.

La presunción de consentimiento y conformidad del sujeto pasivo, respecto a la valorización consignada en el Banco de la Nación preceptuada en el mencionado artículo 34.3 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, derivada a su vez como consecuencia de haber procedido a su retiro, desde nuestra evaluación supone un exceso en cuanto a la interpretación de la voluntad del sujeto pasivo. La razón es que una vez efectuada dicha consignación, el sujeto pasivo pasa a adquirir adicionalmente la condición de cliente financiero por mandato legal, siendo que, en principio, su voluntad únicamente podría estar vinculada al retiro o disposición de los fondos de su exclusiva titularidad, esto porque al haberse efectuado el depósito, el Estado ha perdido absoluta disposición sobre dicha consignación y su titularidad ha pasado al expropiado, quien de

acuerdo al inciso 4 del artículo 229 de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, puede proceder a su retiro a su solo requerimiento, sin mayor condicionamiento.

Sin embargo, la normativa de esta *expropiación administrativa* prevista en el artículo 34.3 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, impone una consecuencia legal al retiro, que es presumir la aceptación del sujeto pasivo a la tasación efectuada por el Estado, si es que previamente no hubiese procedido a la entrega de la posesión. Ante esta presunción legal, además de su análisis con el *test de proporcionalidad* en esta investigación, cabe un cuestionamiento desde la perspectiva de la voluntad del acto jurídico, dado que se impone más que una consecuencia legal, una sanción, con el propósito de propiciar la entrega de la posesión.

Si la expropiación conceptualmente supone alejarse de la voluntad del sujeto pasivo para la transferencia de la propiedad, resulta que la garantía de protección de ese derecho de propiedad afectado, materializada parcialmente en la consignación bancaria, conllevaría a su vez un nuevo desconocimiento de la voluntad del sujeto pasivo, pese a que el Estado ha perdido la titularidad de tales fondos y, por ende, desde nuestra apreciación, también la posibilidad de condicionar su disposición.

Si estamos ante un supuesto de manifestación de la voluntad tácita del sujeto pasivo, en los términos del artículo 141 del Código Civil, respecto a la aceptación y conformidad de la consignación efectuada en el Banco de la Nación, sustentada además en el interés público, nuestra posición es que la buena fe en el acto jurídico que exige el artículo 168 del Código Civil también resulta aplicable a la interpretación de dicha aceptación tácita del sujeto pasivo, por lo que desconocer el derecho de acción y la habilitación del sujeto pasivo para recurrir al arbitraje, pese a haber efectuado el retiro de la consignación, nos lleva a cuestionar la constitucionalidad del artículo 34.3 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192.

En ese sentido, la primera disposición normativa sometida al *test de proporcionalidad* está referida al condicionamiento para la liberación de la consignación en el Banco de la Nación a favor del sujeto pasivo, prevista en el mencionado artículo 34.3 del TUO del Decreto Legislativo

Nº 1192, en donde como hemos mencionado se señala expresamente que “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”. Esta norma supone que, pese a encontrarse depositada en el Banco de la Nación una suma determinada en una valorización efectuada por el Estado, si el sujeto pasivo procede a retirarla como para apalancarse financieramente y afrontar un litigio para hacer valer sus derechos como propietario, sea en la vía judicial o arbitral, inmediatamente estaría imposibilitado de exigir una indemnización justipreciada, pues el cobro implica su consentimiento y conformidad con dicha valorización.

El conflicto que subyace a la disposición contenida en el artículo 34.2 del TUO del Decreto Legislativo Nº 1192, es el condicionamiento que se impone al expropiado para que pueda reclamar el derecho que tiene a obtener una indemnización justipreciada en los términos del artículo 70 de la Constitución Política, pues solamente podrá objetar la valorización efectuada unilateralmente por el Estado, siempre que previamente hubiera entregado la posesión del predio de su titularidad, pese a que todavía no habría recibido una indemnización justipreciada de manera previa, completa y en efectivo, tal como se ha revisado anteriormente de los criterios emanados del Tribunal Constitucional.

Aplicando un *análisis de idoneidad* tenemos que, esta norma así restrictiva está diseñada principalmente para obligar al sujeto pasivo a la entrega de su propiedad al Estado de manera expeditiva, habilitando la posibilidad de buscar un acuerdo, mediante el cual el expropiado efectivamente entregaba la posesión para poder retirar la consignación sin que esta disposición económica de su parte significase su asentimiento con la valorización unilateralmente efectuada por el Estado. En otros términos, legalmente el derecho de acción del sujeto pasivo está condicionado a la entrega de la posesión del bien inmueble en favor del sujeto pasivo.

Esta normativa ha sido muy efectiva, principalmente para sujetos pasivos con un alto poder económico, quiénes con la finalidad de no tener inconvenientes para iniciar una demanda contra el sujeto activo, procedieron con la entrega de sus predios y así tener habilitada la vía del reclamo jurisdiccional de la indemnización justipreciada. Siendo así, esta disposición normativa

viene siendo idónea para la consecución del objetivo en una expropiación, que es obtener la posesión del predio para las obras de infraestructura.

Un *análisis de necesidad* del artículo 34.3 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, supone traer a colación los serios problemas que hubo anteriormente en la aplicación de una *expropiación jurisdiccional*, para la obtención de la posesión de los predios afectados. Esta problemática se acentuaba principalmente cuando el sujeto pasivo, dada sus condiciones económicas o los mayores problemas operacionales que podía enfrentar como consecuencia de la expropiación, se negaba a cualquier posibilidad de negociación e inclusive solicitando el cambio de ubicación del proyecto para que su predio fuera desafectado.

Este poder de negociación, hasta esos niveles, se sustentaba principalmente en que el expropiado detentaba la posesión y aun cuando pudiera existir una sentencia o laudo, seguía condicionando la entrega de la posesión al pago completo. Esta norma si bien ha sido efectiva en la obtención de la posesión, desde nuestra perspectiva condiciona el libre acceso a una cuenta bancaria de titularidad del sujeto pasivo, pese a que en el mismo marco normativo se ha impuesto una obligación de entrega de la posesión del inmueble inclusive con la posibilidad de intervención del ejecutor coactivo. De ahí nuestra posición que su objeto no solamente deviene en reiterativo, sino además con una evidente carga inconstitucional.

En efecto, si bien el artículo 34.3 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192 impone un condicionamiento al acceso a la valorización inicialmente efectuada por el Estado y depositada en el Banco de la Nación, salvo que hubiera un acuerdo para la entrega de la posesión al sujeto pasivo, tal disposición conlleva un propósito redundante, porque el acápite e) del inciso 1 del artículo 28 del mismo TUO del Decreto Legislativo N° 1192, dispone que la resolución administrativa que ordena la ejecución de la expropiación debe contener la orden de notificar al sujeto pasivo del bien inmueble materia de expropiación, para que cumpla con desocupar y entregar el predio dentro de un plazo máximo de diez días hábiles de emitida la norma para los inmuebles desocupados y treinta días hábiles para los inmuebles ocupados o en uso. Es más, el incumplimiento de este mandato administrativo cuenta con una medida de coacción bastante efectiva, que es el apercibimiento de iniciar el procedimiento de ejecución coactiva para el

lanzamiento o toma de posesión del bien inmueble que es materia de expropiación, inclusive con la posibilidad de intervención del Poder Judicial para autorizar el descerraje.

Como se podrá apreciar entonces, bajo un *análisis de necesidad* en aplicación del *test de proporcionalidad*, el mencionado artículo 34.3 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, que impone un condicionamiento a la liberación de la consignación en el Banco de la Nación al sujeto pasivo para obtener la posesión del inmueble materia de expropiación, es a nuestro entender una norma inconstitucional, no solamente porque tiene un objetivo que se encuentra asegurado en otro articulado, sino además porque colisiona con la titularidad de una cuenta bancaria registrada a nombre del expropiado en el Banco de la Nación, que es en principio la concreción de la garantía de su derecho de propiedad inmueble afectado con la expropiación.

En otros términos, el artículo 34.3 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, que impone un condicionamiento a la libre disposición de fondos bancarios, implica una restricción al derecho de acción del sujeto pasivo, porque solamente podrá objetar la valorización unilateralmente efectuada por el Estado y por ende rechazado su consentimiento sobre la misma, siempre que hubiera cumplido con entregar la posesión, satisfaciendo de esta manera una necesidad pública, pero sin que se hubiera verificado el correlato económico constituido por la indemnización justipreciada de manera previa, completa y en efectivo, de tal manera que se hubiera verificado un adecuado equilibrio entre un interés público y un derecho subjetivo.

Tal como ha referido Alexy, “los derechos fundamentales son mandatos de optimización” (2010, p. 8), de tal manera que los alcances de protección del derecho de propiedad, implican desde nuestra apreciación, que el Estado deba proveer los mecanismos más adecuados para que el expropiado puede ejercer su defensa, a fin de optimizar la realización de este derecho, y esto se materializa respetando su derecho de acción, ante la afectación de la titularidad justamente de su derecho de propiedad en una expropiación.

De esta manera, desde nuestra perspectiva dicha disposición contraviene el artículo 70 de la Constitución Política doblemente, porque reitera una exigencia de entrega de la posesión y afecta simultáneamente la titularidad del sujeto pasivo, respecto a una valorización que se encuentra en

su esfera personal de dominio y que le ha sido asignada precisamente por la afectación a su derecho de propiedad, sobre el inmueble que fue materia de expropiación. Siendo así, resulta innecesaria la aplicación del *análisis de proporcionalidad* sobre esta disposición normativa, al no haber superado el *análisis de necesidad*, dándose por culminada la aplicación del *test de proporcionalidad* al artículo 34.3 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192.

IV.2.2.Las restricciones de acceso al arbitraje

La segunda disposición normativa sometida al *test de proporcionalidad*, que desde nuestro criterio debe ser objeto de análisis en función a su incidencia en la defensa final del derecho de propiedad, materializada en la indemnización justipreciada, tal como reconoce Velásquez (2012, p. 64), es el relacionado a las restricciones legales de acceso al arbitraje como medio adecuado a la solución de controversias; entendida como un medio idóneo para que el sujeto pasivo obtenga una solución en plazos razonables, dada la afectación subrepticia de la que ha sido objeto por parte del Estado. Sobre el particular, se ha referido que el derecho de propiedad, entre otras prerrogativas que asigna a su titular, supone que este cuente con mecanismos de aseguramiento para la protección precisamente de este derecho frente al Estado y/o particulares (Terrazos & Cabrera, 2014, p. 258).

Desde el lado del sujeto activo, tenemos una norma como el artículo 3.2 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, el cual dispone que “Quienes participan en los procesos regulados en el presente Decreto Legislativo deben ajustar su actuación a fin de lograr la obtención oportuna de los inmuebles, evitando actuaciones que constituyan meros formalismos, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido proceso o vulnere el ordenamiento jurídico”. En consecuencia, del lado del Estado hay una imposición de actuación célere en procura de la obtención de la posesión del bien sujeto a expropiación; por lo que, a efectos de mantener un adecuado equilibrio en esta situación, debería buscarse un correlato similar para quien ha sido afectado y esta solución definitivamente es el arbitraje, que como ha señalado el Tribunal Constitucional efectivamente constituye jurisdicción (Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, 2005). En el mismo sentido, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Casación N° 2880-2015-LIMA, 2016), ha ratificado la teoría jurisdiccional del arbitraje, al referir que

“establece una similitud entre los jueces con los árbitros, y el laudo con la sentencia, por la cual comprende al arbitraje como la manifestación de una función jurisdiccional desempeñada por los árbitros”.

Si bien el acápite a) del artículo 34.1 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192 preceptúa que es causal de cuestionamiento en la vía arbitral o judicial, la revisión del valor de tasación del bien inmueble objeto de expropiación, esta disposición no asegura necesariamente que el sujeto pasivo pueda recurrir al arbitraje, porque pese a que el artículo 35 de la misma norma estipula que queda en decisión del sujeto pasivo ejercer su derecho de contradicción en la vía arbitral, seguidamente también precisa que el sujeto activo puede oponerse a recurrir al arbitraje, dentro del plazo de 10 días hábiles contados desde recibida la comunicación del expropiado respecto a su decisión de recurrir al arbitraje. En este punto la norma bajo análisis obvia mencionar cuáles serían las causales para que el Estado rechace el arbitraje como medio de solución de conflictos, habiéndose cuestionado los términos de esta normativa (Mejorada, 2018b), alegándose que al carecer de causales, resultaría arbitraria cualquier objeción al arbitraje sin una debida justificación o que esta resultase irrazonable.

En realidad, el cuarto párrafo del mencionado artículo 35 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192 exhibe la verdadera intencionalidad del legislador, al referir que “El Sujeto Activo y el Sujeto Pasivo pueden acordar someterse al arbitraje siempre que el Sujeto Pasivo efectúe la entrega anticipada de la posesión del inmueble”. Puede apreciarse de esta redacción, que el arbitraje es solamente una posibilidad, que para materializarse requiere inexcusablemente el acuerdo de ambas partes. Esto a diferencia del anterior inciso 1 del artículo 25 de la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, en donde se estipulaba que el sujeto pasivo quedaba facultado a manifestar ante el Estado su decisión de acudir al arbitraje, siendo que en el inciso 2 de dicho artículo 25 se prescribía que el sujeto pasivo, solamente podía negarse a acudir al arbitraje, cuando el sujeto pasivo tuviera domicilio legal fuera del territorio de la República. En cambio, con la legislación actual, el referido artículo 35 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, condiciona el ejercicio de este derecho de acción a que previamente el sujeto pasivo hubiera entregado anticipadamente al Estado la posesión del predio sujeto a expropiación.

Se evidencia entonces una clara intencionalidad en esta supuesta habilitación al sujeto pasivo para el ejercicio de su derecho de acción, que en principio debería ser autónomo y ajeno a condicionamientos. Entendemos de esta legislación su intencionalidad u objetivo, que es denodadamente obtener la posesión de los predios para la ejecución de las obras para cerrar la brecha de infraestructura. Desde un inicio en este análisis hemos expresado que, si bien la expropiación es una forma de extinción de la propiedad que impone su transferencia forzosa al sujeto pasivo y que por ende la regulación debería estar enfocada principalmente en la traslación de la propiedad, debido a los serios problemas que se habían tenido con la legislación anterior, este marco normativo vigente priorizaba que el Estado obtuviera la posesión de los predios necesarios en la ejecución de proyectos de inversión, porque tal era la deficiencia que postergaba el cierre de la brecha de infraestructura.

Una posición similar se ha expresado sobre esta problemática (Lazo & Reyes, 2015, p. 234), reconociéndose en los términos siguientes:

La falta de saneamiento predial y el trance de liberar áreas e interferencias u obstáculos físicos destinados a los proyectos de infraestructura pública, son algunas de las potentes causas de renegociación de los contratos de concesión y hasta la razón de suspensión de asociaciones pública privadas en ciertos casos. Para muchos, esto responde a un mal diseño del contrato y para otros a la deficiencia normativa para liberar áreas, e incluso hasta hace poco se podía decir, a la falta de regulación para la liberación de interferencias en plazos razonables.

Es así que, a nuestro entender, esta intencionalidad en la procura de la obtención de la posesión, en determinados puntos como el previsto en el cuarto párrafo del artículo 35 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, vulnera derechos constitucionales y esta circunstancia nos lleva finalmente a demostrar cómo es que esta actuación estatal colisiona con la protección que debería darse al derecho de propiedad en una expropiación, porque la garantía concedida en el artículo 70 de la carta magna que tiene el sujeto pasivo, no solamente está expresada en el otorgamiento de la indemnización justipreciada, sino además en la forma o procedimiento que la norma habilita al sujeto pasivo para materializar tal derecho, porque de restringirse la vía para

acceder a la satisfacción adecuada de sus legítimos intereses, entendemos supone también una afectación constitucional, dado que se imposibilita o dificulta el acceso a mecanismos idóneos para que el expropiado precisamente haga valer este derecho.

Tal como se ha señalado a nivel procesal en la doctrina, el derecho de acción supone la potestad de los sujetos de acudir a instancias jurisdiccionales para plantear una pretensión y así no solamente ver realizada su personalidad como sujeto de derecho, sino que además “Mediante la acción se cumple la jurisdicción”, de tal manera que “los derechos que aseguren a toda persona la oportunidad de exigir la eficacia de sus derechos materiales tienen una importancia esencial, por tanto, deben tener un reconocimiento constitucional” (Monroy, 1996, 221 – 224). De esta posición procesal, se aprecia que la potestad del sujeto pasivo de acudir a instancias arbitrales, a hacer respetar su derecho de propiedad materializado en la búsqueda de una indemnización justipreciada, amerita una evaluación desde una perspectiva constitucional.

Siendo así, estimamos pertinente someter al *test de proporcionalidad* el cuarto párrafo del artículo 35 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, en donde como se ha detallado precedentemente, se estipula que el Estado y el expropiado, efectivamente pueden acordar someterse al arbitraje para discutir el monto de la indemnización justipreciada, pero condicionando la viabilidad de este pacto arbitral a la entrega anticipada de la posesión del inmueble materia de expropiación. De otra manera, en tanto no hubiera una entrega previa en favor del sujeto activo, la vía del arbitraje estaría completamente vedada para el expropiado, viendo restringido su derecho de acción, pero también su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, porque solamente quedará de manera residual la vía judicial y los problemas que ella acarrea para quien ha perdido su propiedad.

Aplicando un *análisis de idoneidad* al referido cuarto párrafo del artículo 35 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, tenemos que este supone evaluar la norma en cuestión y determinar “si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar” en términos de los criterios del Tribunal Constitucional (Expediente N° 579-2008-PA/TC, 2008). Así tenemos que, si la intención del legislador era inducir al sujeto pasivo para

que entregara la posesión como exigencia previa para que pudiera acudir a la vía arbitral, en términos prácticos actualmente esta disposición viene siendo efectiva, porque ciertamente propicia que el sujeto pasivo decida entregar la posesión, porque de otra manera se vería impedido de poder acceder a la vía arbitral y quedaría sometido como alternativa residual a la vía judicial, con los contratiempos de demora en la obtención de una decisión con la condición de cosa juzgada y la postergación a la que estaría sometida su pretensión de obtención de una indemnización justipreciada.

Tal como hemos expuesto precedentemente, con la anterior normativa los sujetos pasivos propendían a mantener la posesión y se negaban a su entrega como mecanismo de negociación, con la intención de intentar modificar los proyectos de inversión y la desafectación de sus predios, así como solicitar nuevas valorizaciones por supuestas omisiones en las que a su entender se había incurrido, básicamente para intentar discutir la valorización a nivel administrativo. En cualquier escenario, esta norma en la actualidad efectivamente disuade a quien pretenda seguir discutiendo el monto de la valorización unilateralmente efectuada por el Estado, en tanto estime pertinente recurrir a la vía arbitral para obtener una indemnización justipreciada en los términos del artículo 70 de la Constitución Política, porque la única manera que posibilita tal proceder es que previamente hubiera entregado la posesión. Así expuesto este condicionamiento legal, entendemos que en principio estamos ante un articulado idóneo, dado que justamente se alinea al objetivo esencial de la norma de la cual forma parte, por lo que este *análisis de idoneidad* queda superado.

Siguiendo con la metodología del *test de proporcionalidad*, corresponde el *análisis de necesidad*, entendido como la comparación entre medios utilizados por el legislador para la obtención de la finalidad de la norma, que implica una evaluación sobre una regulación distinta o alternativa para alcanzar la misma finalidad. En este caso, si bien el cuarto párrafo del artículo 35 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192 impone un condicionamiento al sujeto pasivo para acudir a un mecanismo de solución de controversias adecuado, exigiendo la entrega previa de la posesión al Estado, nuevamente apreciamos una exigencia reiterada porque como se ha venido explicando anteriormente, el acápite e) del inciso 1 del artículo 28 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192 impone al sujeto pasivo la obligación de entregar la posesión en favor del

sujeto activo, incluso bajo apercibimiento de intervención del ejecutor coactivo para que proceda con el lanzamiento del expropiado e inclusive contra terceros y de ser el caso recurriendo al descerraje con autorización judicial.

Como hemos descrito anteriormente, en la actualidad la intervención del ejecutor coactivo viene siendo bastante efectiva. Ciertamente existen circunstancias en las que por sus implicancias sociales tal actuación se ha complicado, pero básicamente la solución en esos supuestos pasa por una intervención previa por parte del Estado, mediante mecanismos de reducción de conflictividad social. En todo caso, cuando el ejecutor coactivo ha estado ante propietarios individuales, su mayor problema ha sido de índole material, pero respaldado adecuadamente con las facilidades logísticas, su intervención normalmente ha sido satisfactoria. De esta manera, la exigencia del cuarto párrafo del mencionado artículo 35 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192 resulta innecesaria, porque una solución previa y efectiva proviene del acápite e) del inciso 1 del artículo 28 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192.

La intervención del ejecutor coactivo en estas circunstancias, con la posibilidad inclusive del descerraje autorizado por el Poder Judicial, es bastante severa y como hemos descrito, debería ser efectiva dada la imposición al sujeto pasivo en el acto administrativo que autoriza la ejecución de la expropiación, para que el sujeto pasivo entregue la posesión al Estado. Siendo así, la necesidad de restringir el derecho de acción del expropiado, tiene la exigencia legal de entrega bajo apercibimiento del inicio de un procedimiento de ejecución coactiva y descerraje con autorización judicial, contraviene el *subprincipio de necesidad* que subyace al cuarto párrafo del mencionado artículo 35 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, por lo que deviene en contraria al marco constitucional vigente, al tratarse de una restricción inconstitucional.

El nivel de afectación al sujeto pasivo debería tener como correlato un alto nivel de protección legal a su disposición, para que pueda efectivizar la protección de su derecho de propiedad de manera adecuada y expeditiva, en el mismo sentido como fue despojado de su titularidad. De esta manera, estando a estas explicaciones, resulta inoficioso aplicar el *análisis de proporcionalidad*, al incumplirse el *subprincipio de necesidad*.

IV.2.3. La transferencia de propiedad en el modelo de *expropiación administrativa*

Una de las causales de extinción de la propiedad es la prevista en el inciso 3 del artículo 968 del Código Civil, en donde se señala que la propiedad se extingue por expropiación, disposición que resulta consistente con una *expropiación jurisdiccional* acorde con el mandato constitucional del artículo 70 de la carta magna y que como hemos revisado, era el modelo seguido en la anterior Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, hasta antes de sus diversas modificaciones y posterior cambio normativo al de un modelo que hemos denominado como *expropiación administrativa*.

La expropiación como forma de extinción de la propiedad, queda clara en cuanto a su causa tal como hemos estudiado precedentemente, pero con el actual marco normativo o legislación de la materia a la que nos remite el precitado artículo 928 del Código Civil, no necesariamente en cuanto a la oportunidad, porque siguiendo el análisis que venimos desarrollando, podría entenderse que esta extinción del derecho de propiedad se configuraría hasta en dos momentos diferentes en el tiempo, que serían: (i) la propiedad se extinguiría cuando se hubiera verificado el pago de la indemnización justipreciada al propietario de manera previa, completa y en efectivo, tal como se desprende del tenor del artículo 70 de la Constitución Política y de los criterios antes enunciados del Tribunal Constitucional; es decir, con una *expropiación jurisdiccional*; o, (ii) la propiedad se extinguiría desde que el Estado emitiera la norma administrativa que aprueba la ejecución de la expropiación y se dispusiera la orden de inscripción registral del bien inmueble en favor del Estado, de acuerdo a lo regulado en el acápite d) del artículo 28.1 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, estando en este supuesto ante una *expropiación administrativa*.

Es importante determinar el momento en que se concreta una expropiación de acuerdo a la legislación de la materia. En este extremo del análisis, es pertinente resaltar que pareciera que esta diferenciación pudiera ser innecesaria, porque bastaría con insistir en que la propiedad se extingue con la expropiación, como doctrinariamente y sin mayor discusión se ha mantenido normalmente en nuestra legislación; y coincidimos en que efectivamente el asunto debiera ser así, en principio sin mayor discusión, pero el problema aquí es nuestra reciente legislación en materia de expropiaciones consistente en el TUO del Decreto Legislativo N° 1192, a la que

inexorablemente nos remite el referido artículo 928 del Código Civil y que prescribe una transferencia de propiedad directamente con el mandato contenido en una resolución administrativa.

Nuestra apreciación es que la respuesta siempre debe enfocarse desde una perspectiva constitucional, de tal manera que en principio la norma por modificarse debiera ser el TUO del Decreto Legislativo N° 1192, tal como hemos adelantado precedentemente. De ahí la razón de nuestra inicial explicación de la *expropiación jurisdiccional* a la que hemos hecho referencia y la cual hemos diferenciado de la actual *expropiación administrativa* en la que nos encontramos con la legislación de la materia, porque entendiendo cómo se ha planteado el marco normativo vigente de las expropiaciones, es que se aprecia la necesidad de una modificación, que preferentemente debería ser del acápite d) del inciso 1 del artículo 28 del referido Decreto Legislativo N° 1192, respecto a la oportunidad en la traslación de la propiedad inmueble en una expropiación.

En tanto esta adecuación al marco constitucional no sea implementada, conforme al artículo 928 del Código Civil que remite la regulación de la expropiación a la legislación de la materia, actualmente en nuestra normativa civil la propiedad se extingue, entre otras causales, solamente con la norma administrativa que aprueba la ejecución de la expropiación; y, si hay que ser rigurosos, en principio actualmente habría que precisar en esos términos dicha causal en el Código Civil, que desde nuestra apreciación, es muy distinta a la expropiación propiamente dicha, que entendemos y nos ratificamos en ese concepto, es netamente jurisdiccional. En el mismo sentido Velásquez manifestaba que, “El ordenamiento jurídico nacional es bastante garantista del derecho de propiedad, pues prevé que la transferencia de propiedad sólo se realice mediante la aceptación voluntaria (directa o tácita) del afectado o mediante mandato de un Juez, y nunca mediante una decisión administrativa” (2012, p. 83).

En efecto, de acuerdo al artículo 70 de nuestra Constitución Política y los criterios antes referidos del Tribunal Constitucional, para que se configure una expropiación y por ende exista traslación de propiedad a favor del Estado, debe verificarse el pago de la indemnización justipreciada de manera previa, completa y en efectivo al sujeto pasivo. De otra manera

únicamente estaríamos ante un pago parcial, efectuado en función a una valorización unilateral, respecto de la cual existe conforme a los términos de la norma constitucional el derecho de objeción. Por ende, la regulación legal de la expropiación debe adecuarse al marco constitucional y a la normativa relacionada a esta afectación a la propiedad consistente en el artículo 968 del Código Civil, en cuanto respecta a la oportunidad en que se concreta la traslación de la propiedad, para contar así con un marco normativo acorde con la Constitución Política.

De ahí que estimamos pertinente efectuar un *análisis de constitucionalidad* a través del *test de proporcionalidad* al acápite d) del artículo 28.1 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, en el cual se señala que la norma que aprueba la ejecución de la expropiación, debe contener la orden de inscribir el bien inmueble a favor del beneficiario ante el Registro de Predios de la Oficinas Registral correspondiente de la SUNARP, bajo responsabilidad y sanción de destitución. Este análisis se justifica porque tal como está previsto en esta norma, la traslación de propiedad se configura directamente con la inscripción registral del predio en favor del Estado, autorizado solamente con una resolución administrativa, sin que se hubieran observado los términos del artículo 70 de la carta magna, de la cual se desprende que, para la traslación de propiedad, previamente debería haberse verificado el pago previo, completo y en efectivo de la indemnización justipreciada.

Así planteado el asunto, empecemos aplicando el *análisis de idoneidad* conforme a la posición del Tribunal Constitucional (Expediente N° 579-2008-PA/TC, 2008), implica evaluar el dispositivo normativo bajo cuestionamiento y verificar “si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar”. En este caso, la finalidad del dispositivo normativo en particular ciertamente es implementar la expropiación; sin embargo, el objeto preponderante que subyace de manera transversal a todo el TUO del Decreto Legislativo N° 1192 en el cual se inserta esta norma, entendida como una norma utilitaria que regula la adquisición vía trato directo, la *expropiación administrativa*, el saneamiento y hasta la transferencia entre entidades pública, es principalmente la posesión y disposición de áreas para la ejecución de los proyectos de inversión pública. Expuesto así, entre detentar la posesión o la propiedad, este marco normativo incide enfática e insistentemente en la disposición de áreas o predios, entendiendo que tal circunstancia propicia el cierre de la brecha de infraestructura.

Es menester precisar que de ninguna manera pretendemos relativizar la traslación de propiedad en una expropiación, sino únicamente cuestionar su oportunidad en la legislación infra constitucional. Desde nuestra apreciación, la única intención que subyace al aceleramiento de la traslación de la propiedad con el mandato de inscripción registral, con la sola emisión del acto administrativo que autoriza la ejecución de la expropiación, es intentar obtener la disposición de áreas para iniciar las obras de infraestructura. No obstante, este mismo objetivo se alcanza con la posesión para los fines de la expropiación; es decir, con la aplicación del inciso e) del artículo 28.1 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192.

De esta manera, si el Estado ya cuenta con una norma que ordena la entrega de la posesión y este traspaso se materializa inclusive con la intervención del ejecutor coactivo, entonces esta anticipada traslación de propiedad no es que sea innecesaria, pero puede esperar oportunamente para adecuarse al mandato constitucional que exige la verificación previa, completa y en efectivo del pago de la indemnización justipreciada. Desde nuestra evaluación, el *análisis de idoneidad* no solamente debe restringirse a una perspectiva de efectividad, sino también de oportunidad, porque la pertinencia implica revisar si la norma bajo análisis afecta un derecho subjetivo en el momento adecuado.

Siendo así, esta restricción al derecho de propiedad en los términos del acápite d) del inciso 1 del artículo 28 del Decreto Legislativo N° 1192, que ordena una *expropiación administrativa* y a nuestro entender una traslación anticipada de la propiedad, resulta reiterada para la finalidad de ejecución de una obra de infraestructura, porque en el mismo acto administrativo que ordena la ejecución de la expropiación, también se dispone que el sujeto pasivo entregue la posesión inclusive bajo apercibimiento. Esta era la lógica de la anterior posesión provisoria del anterior artículo 24 de la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, cuando regulaba la posesión provisoria y precisaba en su inciso c) que esta debía darse siempre que “sea estrictamente necesaria para los fines de la ejecución de la obra”; y además, es el objeto final que también subyace al TUO del Decreto Legislativo N° 1192.

De esta manera, resulta innecesario aplicar los *subprincipios de necesidad y proporcionalidad* propiamente dichos, porque el acápite d) del artículo 28.1 del TUO del Decreto Legislativo N°

1192, a nuestro criterio deviene en inconstitucional al no superar el *test de proporcionalidad*, no solamente porque traslada la propiedad en favor del Estado en abierta contravención al artículo 70 de la Constitución Política y los criterios antes expuestos que emanan de las sentencias del Tribunal Constitucional, al no haberse verificado el pago previo, completo y en efectivo de la indemnización justipreciada, sino porque aplicando el *test de proporcionalidad* en el subprincipio de idoneidad, para conseguir el fin que busca la norma en cuestión, basta con la posesión para los fines de expropiación dictada en el acto administrativo que ordena la expropiación, situando la disposición normativa de traslación de propiedad en el momento oportuno y de acuerdo al marco constitucional vigente, cuando se hubiera verificado los requisitos de una *expropiación jurisdiccional*.

Ahora bien, tal como habíamos explicado iniciando este apartado, hay una evidente vinculación entre el condicionamiento a la liberación de la consignación en el Banco de la Nación a favor del sujeto pasivo y las dificultades de acceso al arbitraje como medio adecuado a la solución de controversias, pues ambas restricciones inconstitucionales redundan en una imposibilidad para que el expropiado pueda ejercer y materializar su derecho a la indemnización justipreciada. No obstante, pese a estos cuestionamientos, nuestra intención es mantener la eficacia de la *expropiación administrativa* en la obtención de la posesión, pero adecuándola al marco constitucional vigente.

IV.3. La necesaria adecuación de la normativa actual de expropiaciones al marco constitucional

El TUO del Decreto Legislativo N° 1192 se ha constituido en un marco normativo altamente eficiente para la labor de los funcionarios públicos en su objetivo de llevar adelante la ejecución de los proyectos de inversión pública, no solamente en la implementación de expropiaciones, sino además en la adquisición directa de predios e inclusive en la transferencia de bienes inmuebles entre entidades públicas, así como en la liberación de interferencias y saneamiento predial.

Esto responde a que cuando se expidió el primigenio Decreto Legislativo N° 1192, la intención del Estado fue consolidar un solo marco normativo instrumental, pues aun cuando se

evaluó en un primer momento la expedición de una Nueva Ley General de Expropiaciones que reemplazara a la antigua Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, se advirtió que en estricto este marco normativo así propuesto no solucionaba completamente el tema de fondo, que era contar con la disposición expeditiva de las áreas necesarias para la implementación de los proyectos de inversión pública, de forma tal que se apreció la necesidad de contar con un marco legal instrumental más amplio y que sirviera a los intereses del Estado y por ende de la sociedad, lo que conllevó a finalmente consolidar en una sola norma, tal como se ha mencionado anteriormente, la adquisición directa de predios, la expropiación, la transferencia entre entidades públicas, saneamiento e inclusive la liberación de interferencias, entre otras disposiciones tendentes a la ejecución de las obras de infraestructura. En sentido similar se expresaba la ex presidenta de OSITRAN al señalar que, “es recién en agosto de 2015, con la aprobación del DL 1192, cuando, por fin, se consolidó en una sola norma toda la regulación para la obtención de inmuebles (Benavente, 2015).

De esta manera, luego de sucesivas modificaciones el TUO del Decreto Legislativo N° 1192 es el resultado de esta necesidad pública de implementar mecanismos expeditivos para la obtención, principalmente de la posesión de los predios, no solamente de propiedad privada sino también inclusive de titularidad del sector público, habiendo sido recientemente modificado por el Decreto de Urgencia N° 003-2020 publicado en el Diario Oficial El Peruano el 8 de enero de 2020, en aspectos principalmente procedimentales y en cuanto respecta a este análisis, modificando el artículo 24, en la parte referida al ámbito de aplicación de la expropiación, habiéndose eliminado la referencia a que esta transferencia forzosa de la propiedad se podía configurar “únicamente por ley expresa del Congreso” señalándose ahora que se concreta “únicamente por ley en favor del Estado”⁹, entendemos porque a la fecha de su dación el actual Congreso aún no entraba en funciones pues este recién se ha instalado el 16 de marzo de 2020, habiendo estado interrumpida la labor legislativa por la disolución parlamentaria acaecida el 30 de setiembre de 2019; asimismo, en esta modificación del mencionado artículo 24 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, se ha eliminado la referencia al concepto de “previo pago en efectivo”, indicándose en esta modificatoria solamente la alusión al “previo pago”.

⁹ Escapa al análisis de este trabajo de investigación, las objeciones que pudieran darse a esta derogación expresa a la necesaria autorización por ley emanada del Congreso de la República, basada en la reserva de ley, tal como destaca Velásquez (2012, p. 45)

Esta norma privilegia la obtención expeditiva de la posesión, pues como se ha señalado anteriormente, uno de los principales inconvenientes en la ejecución de los proyectos de inversión pública es la disponibilidad de áreas, que ciertamente tampoco es que se hayan solucionado completamente porque el problema también se encuentra en el adecuado y oportuno planeamiento de las obras, pero cuyo objetivo tiene en este marco normativo una herramienta altamente eficiente, por lo que corresponde mantenerla, no sin antes adecuarla al marco constitucional, para utilizarla en un Estado de Derecho respetando adecuadamente el derecho de propiedad y justificando esta intervención en el desarrollo de la infraestructura en el país. En este punto, es menester traer a colación una apreciación desde la sociología “El discurso del desarrollo es una poderosa herramienta para legitimar el avance transformador”. (De la Puente, 2015, p. 43).

Sin embargo, pese a este nivel de protección constitucional al derecho de propiedad, el acápite d) del inciso 1 del artículo 28 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, señala que la norma que aprueba la ejecución de la expropiación deberá contener la orden de inscribir el bien inmueble a favor del beneficiario ante el Registro de Predios de la Oficina Registral correspondiente de la SUNARP, bajo responsabilidad y sanción de destitución. Como se puede advertir de esta disposición legal, basta con la sola emisión de la resolución administrativa que aprueba la ejecución de la expropiación, para que seguidamente se inscriba la propiedad materia de afectación en favor del Estado, configurándose de esta manera una traslación de propiedad, pese a que en este escenario aún no se ha concretado el presupuesto constitucional que hemos venido evaluando precedentemente para la existencia de la indemnización justipreciada.

En aquel momento, con la emisión de la norma administrativa que autoriza la ejecución de la expropiación, aún no se han verificado las condiciones constitucionales para que se configure la indemnización justipreciada, sino que inclusive la consignación de la valorización en el Banco de la Nación es posterior, tal como se aprecia en el inciso 3 del artículo 28 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, en donde se prescribe que la consignación a favor del sujeto pasivo por el monto de la indemnización justipreciada debe efectuarse dentro de los diez días hábiles

siguientes de emitida la norma que aprueba la expropiación, bajo responsabilidad del funcionario encargado de efectuarla.

En ese sentido, pese a que la norma administrativa que aprueba la ejecución de la expropiación ordena la inscripción de la traslación de propiedad en Registros Públicos, la valorización unilateralmente efectuada por el Estado recién debería producirse días después, quedando demostrado así que, en estricto, al momento de la transferencia de propiedad aún no ha habido pago alguno en favor del sujeto pasivo. De esta forma, para que este marco normativo no solamente sea viable, sino constitucional es imprescindible que se mantenga la eficacia en la obtención de la posesión, pero retornando a una *expropiación jurisdiccional*, de tal forma que la traslación registral de propiedad se constituya únicamente cuando el sujeto activo hubiera cumplido con el pago de la indemnización justipreciada en los términos antes expuestos, para que así sea respetado el artículo 70 de la Constitución Política en el extremo que condiciona la expropiación precisamente al pago previo.

Para terminar, estimamos pertinente apuntar que, para acelerar la obtención de predios, actualmente queda en agenda la creación legal e implementación del Proyecto Especial de Acceso a Predios para Proyectos de Inversión Priorizados (APIP), que estaría adscrita a PROINVERSIÓN, justificándose que esta entidad posibilitaría que, al centralizar la actuación de funcionarios encargados con alta especialización en la obtención de predios para obras de infraestructura, se optimizaría la intervención del Estado. Es más, se ha explicado que, conforme a las metas del Marco Macroeconómico Multianual, se calcula la reducción del promedio de tiempo en la adquisición de predios de 739 días como está actualmente, a 280 días con la intervención de la APIP. Este es el objetivo del Ministerio de Economía y Finanzas, al haber advertido que uno de los principales problemas que causan el retraso en las obras de infraestructura y concesiones, es justamente la posesión a la que tantas veces hemos hecho alusión en esta investigación. Compartimos esta visión y creemos que, efectivamente, estamos ante una materia altamente especializada y que amerita el impulso que sea necesario para su implementación en beneficio del interés público

IV.4. Una propuesta de solución constitucional

En ese sentido, dentro de una perspectiva garantista del derecho de propiedad, correspondería la adecuación del precitado acápite d) del inciso 1 del artículo 28 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, para entender que la traslación de propiedad en favor del Estado se configura con el pago previo, completo y en efectivo de la indemnización justipreciada, tal como se desprende del artículo 70 de nuestra Constitución Política y de los criterios del Tribunal Constitucional antes estudiados, de forma tal que debería modificarse este extremo de la norma señalada, para que se entienda que la expropiación propiamente dicha se configura con la verificación objetiva de estas exigencias constitucionales.

De esta manera, el mencionado acápite d) del inciso 1 del artículo 28 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, debería quedar redactado en el sentido que la orden de inscribir el predio en favor del Estado, debe darse con la declaración judicial o arbitral en ese sentido, en tanto la autoridad jurisdiccional hubiera verificado la efectiva condición de indemnidad a la que hemos venido haciendo alusión, constatando el pago previo, completo y en efectivo de la indemnización justipreciada, para que cumplida la exigencia constitucional, se pueda entender que efectivamente se ha producido la traslación de propiedad en favor del Estado.

Así, el TUO del Decreto Legislativo N° 1192 quedaría acorde con el mandato constitucional; y, si la preocupación principal del Estado es la pronta disposición de las áreas para la ejecución de los proyectos de inversión pública, bastaría con mantener la obligación de entrega de la posesión a cargo del sujeto pasivo, prevista en el acápite d) del inciso 1 del artículo 28 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, en donde se señala que en la norma administrativa que dispone la ejecución de la expropiación, debe constar la orden de notificar al sujeto pasivo requiriéndole la desocupación y entrega del bien inmueble expropiado dentro de un plazo máximo de diez días hábiles siguientes de notificada la norma para los inmuebles desocupados y treinta días hábiles para los inmuebles ocupados o en uso, bajo apercibimiento de iniciar el procedimiento de ejecución coactiva para el lanzamiento o toma de posesión del bien inmueble materia de expropiación.

Habiendo obtenido la posesión del predio, que es un asunto distinto al de la propiedad, con las mismas exigencias y plazos impuestos al sujeto pasivo, con cargo a su ulterior reconocimiento económico, la disposición de traslación registral de propiedad prevista actualmente en el acápite d) del inciso 1 del artículo 28 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, quedaría sin sustento sino hasta cuando se hubiera verificado el efectivo pago completo de la indemnización justipreciada. Es decir, manteniendo la imposición legal en el sujeto pasivo de entregar la posesión al Estado, pero garantizando que esta disposición de su parte será reconocida económicamente como corresponde y en su oportunidad, sea judicial o arbitralmente, para de esta manera constitucionalizar las expropiaciones en el Perú, garantizando la protección adecuada del derecho de propiedad y sin afectar mayormente el marco normativo vigente, cuyo único propósito es agilizar la ejecución de obras de infraestructura en el Perú.

Además, este respeto al derecho de propiedad también pasa por derogar del sistema jurídico el condicionamiento a la liberación de la consignación en el Banco de la Nación a favor del sujeto pasivo y las dificultades de acceso al arbitraje que hemos revisado anteriormente, pues manteniéndose estas disposiciones normativas, se dificulta el ejercicio del derecho a la protección de la propiedad del sujeto pasivo, no en el sentido de evitar la expropiación, sino de materializar la obtención de la indemnización justipreciada. Estamos ante factores que restringen el ejercicio de este derecho y que incumplen un abordaje desde el *test de proporcionalidad*, justificándose de esta manera su prescindencia en un marco normativo constitucional de expropiaciones.

Es por estas razones que adicionalmente postulamos la derogatoria del artículo 34.3 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, en donde se señala expresamente que “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”. Asimismo, estimamos pertinente para una adecuación constitucional de este marco normativo, la derogatoria del cuarto párrafo del artículo 35 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, en donde se refiere que “El Sujeto Activo y el Sujeto Pasivo pueden acordar someterse al arbitraje siempre que el Sujeto Pasivo efectúe la entrega

anticipada de la posesión del inmueble”, en ambos supuestos por constituirse en restricciones inconstitucionales impuestas al sujeto pasivo de una expropiación y que inciden en la adecuada protección que el Estado debe brindar al derecho de propiedad.



V. CONCLUSIONES

1. Nuestro marco constitucional vigente y los criterios del Tribunal Constitucional, respecto a la función garantista del derecho de propiedad previsto en el artículo 70 de nuestra carta magna, exigen que la expropiación implique como contrapartida para la transferencia de propiedad, el pago previo, completo y en efectivo de una indemnización justipreciada en favor del sujeto pasivo.
2. La *expropiación jurisdiccional* prevista anteriormente en la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, si bien implicaba una determinación final de la indemnización justipreciada sea ante el Poder Judicial o un Tribunal Arbitral, adolecía de una dilación en la obtención de la posesión en favor del Estado, necesaria para la ejecución de las obras de infraestructura, sea por la demora en la adopción de la decisión final que suponía el pago de la indemnización justipreciada y la entrega de la posesión en favor del Estado; o porque la medida precautoria denominada posesión provisoria, fue relativizada principalmente por instancias arbitrales, al punto que convertían en igual de engorrosa la obtención de la posesión.
3. Para cerrar la brecha de infraestructura con incidencia principalmente en la posesión, el Estado ha optado por una normativa utilitaria, con un espectro más amplio de actuación porque regula no solamente la adquisición vía trato directo, la *expropiación administrativa*, el saneamiento, liberación de interferencias y hasta la transferencia entre entidades pública, emitiendo el actual TUO del Decreto Legislativo N° 1192 y su reciente modificatoria dada con Decreto de Urgencia N° 03-2020, proveyendo de un marco normativo que propende eficaz y principalmente a la obtención de la posesión para la ejecución de los proyectos de infraestructura.
4. Sin embargo, en tanto nuestra actual legislación en materia de expropiaciones no se adecue a las condiciones del artículo 70 de nuestra Constitución Política, la traslación de la propiedad inmueble se configura, de acuerdo a los términos del acápite d) del inciso 1 del artículo 28 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, solamente con la emisión de la

norma administrativa que ordena la ejecución de la expropiación; es decir, con la orden de inscribir el bien inmueble a favor del Estado ante el Registro de Predios de la Oficina Registral correspondiente de la SUNARP como acto traslativo de propiedad, modelo al que hemos denominado como una *expropiación administrativa*.

5. En aplicación del *test de proporcionalidad* a la actual normativa de expropiaciones, en las partes referentes a los condicionamientos a la liberación de la consignación en el Banco de la Nación a favor del sujeto pasivo, las restricciones de acceso al arbitraje como medio adecuado de resolución de conflictos y a la transferencia de propiedad en el modelo de *expropiación administrativa*, advertimos que estos aspectos contenidos en el actual TUO del Decreto Legislativo N° 1192, devienen en inconstitucionales por su afectación o su incidencia en la defensa del derecho de propiedad.
6. En tal sentido, postulamos la adecuación del acápite d) del inciso 1 del artículo 28 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, para entender que la traslación de propiedad en favor del Estado se configura con el pago previo, completo y en efectivo de la indemnización justipreciada en favor del sujeto pasivo, tal como se desprende del artículo 70 de nuestra Constitución Política y de los criterios del Tribunal Constitucional. Esta propuesta modificatoria, de ninguna manera afecta la utilidad de la actual normativa de expropiaciones, que propende a la obtención de la posesión en beneficio de la ejecución de los proyectos de infraestructura, porque se mantiene vigente el acápite e) del inciso 1 del artículo 28 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, en el cual se ordena al sujeto pasivo la desocupación y entrega del bien inmueble, bajo apercibimiento del inicio de un proceso de ejecución coactiva, inclusive con intervención del Poder Judicial autorizando el descerraje en el supuesto de renuencia.
7. Asimismo, proponemos la derogatoria del artículo 34.3 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, en donde se establecen condicionamientos a la liberación de la consignación en el Banco de la Nación a favor del sujeto pasivo, restringiendo su derecho de propiedad; así como del cuarto párrafo del artículo 35 del TUO del Decreto Legislativo N° 1192, debido que a nuestro entender se han consignado inconstitucionales restricciones de

acceso al arbitraje al expropiado. Siendo que estas limitaciones así enunciadas legislativamente, inciden en la adecuada protección que el Estado debería brindar al derecho de propiedad.

8. Finalmente, debemos manifestar que nuestra posición en cuanto a las expropiaciones es funcional, pues reafirmamos que la normatividad de la materia, debería enfocarse fundamentalmente en procura de obtención de la posesión de las áreas afectadas para la ejecución de los proyectos de infraestructura; sin embargo, creemos también que esta normativa debe encuadrarse en el marco constitucional vigente que emana del artículo 70 de la Constitución Política y los criterios que emanan de las sentencias del Tribunal Constitucional.



VI. BIBLIOGRAFÍA

- Alarcón J., Manco S. & Velásquez P. (2018) *Demora en la Entrega de Terrenos y Ausencia de Incentivos en La Red Vial N° 6*. Trabajo de Investigación. Universidad del Pacífico. 2018. Recuperado de http://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/2080/Julissa_Tesis_Maestria_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Alexy R. (2010). *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>
- Andina. Agencia Peruana de Noticias. (2009) *Obras de segunda etapa del Tren Eléctrico culminarían en junio o julio del 2011*. Recuperado de <https://andina.pe/agencia/noticia-obras-segunda-etapa-del-tren-electrico-culminarian-junio-o-julio-del-2011-268215.aspx>
- Barak A. (2012). *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*.
- Benavente, P. (2019) *Una reforma en bandeja que puede servir para acelerar las obras*. Diario El Comercio. Recuperado de <https://elcomercio.pe/opinion/infraestructura-una-reforma-en-bandeja-que-puede-servir-para-acelerar-las-obras-proinversion-noticia/>
- Bernal C. (2015). *La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa*. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5308128>
- Bon, P. (1998) *El estatuto constitucional del derecho de propiedad en Francia*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 25 N° 3, pp. 533 – 457.
- Cabrera E. (2014). *Hacia una uniformización del trato que recibe el inversionista nacional frente al inversionista extranjero en los casos de expropiaciones indirectas: una aproximación desde el derecho internacional de las inversiones*. Tesis. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Chanamé R. (2013). *Constitución Económica. Derecho & Sociedad*, (40), 43-63. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12788>

Casación N° 2880-2015-LIMA. (2016) Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

De la Puente L. (2015). *Un avance transformador: la ampliación del aeropuerto internacional Jorge Chávez y el reasentamiento del asentamiento humano «El Ayllu»*, Callao. Debates en Sociología N° 41, 2015, pp. 25-52. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/debatesensociologia/article/view/14624>

Dromi, R. (2005). *Derecho Administrativo*. Tomo II, Editorial Gaceta Jurídica, I Edición peruana. Recuperado de [https://pucp.ent.sirsi.net/client/es_ES/campus/search/detailnonmodal/ent:\\$002f\\$002fSD_ILS\\$002f0\\$002fSD_ILS:394837/one](https://pucp.ent.sirsi.net/client/es_ES/campus/search/detailnonmodal/ent:$002f$002fSD_ILS$002f0$002fSD_ILS:394837/one)

García de Enterría, E. (1976). *Expropiación forzosa y devaluación monetaria*. Revista de Administración Pública. N° 80, 9-38. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autorExterno/BNE/925506>

García Calderón G. (2013). *La experiencia arbitral en la expropiación de los terrenos aledaños al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez*. *Ius Et Veritas*, N° 23 (47), 182-190. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11941>

Ghazzaoui, R. (2014). *Consideraciones en torno a la garantía constitucional de la expropiación y el derecho de propiedad*. Revista del Círculo de Derecho Administrativo, N° 14. P. 363 - 381. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/13457/14084/>

- Huapaya R. & Sánchez L. (2016). *El régimen jurídico de la expropiación forzosa en el ordenamiento administrativo peruano. Evolución normativa y perspectivas actuales. THEMIS*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 69, 87-113. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16753>
- Informe de Auditoría N° 247-2017-CG/MPROY-AC. Ejecución del Contrato de Concesión de la Autopista del Sol, Trujillo-Sullana, en el cual la Contraloría General de la República. Recuperado de http://lfweb.contraloria.gob.pe/BuscadorInformes/0/edoc/3927793/Informe_Control_247-2017-CG-MPROY-AC.pdf
- Kresalja B. & Ochoa C. *Derecho Constitucional Económico*. 2016. Recuperado de: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170678/08%20Derecho%20constitucional%20econ%C3%B3mico%20con%20sello.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Landa, César. 2002. *Reforma de la Constitución Económica: Desde una Perspectiva del Estado Social de Derecho*. Revista de la Academia Nacional de la Magistratura. (p. 213 - 243). Recuperado de: <file:///C:/Users/user/Downloads/reforma-constitucion-economica-desde-perspectiva-estado-social-derecho.pdf>
- Lazo M. & Reyes M. (2016). *Régimen Legal de Adquisición y Expropiación de Inmuebles*. Revista del Círculo de Derecho Administrativo, N° 16, 233–252. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16302>
- Liendo, C. (2018) *Perspectivas de la economía peruana al 2018 – Productividad y Crecimiento*. CIES. Economía & Sociedad. p. 14 – 15. Recuperado de http://www.cies.org.pe/sites/all/modules/pubdlnet/pubdlnet.php?file=http://www.cies.org.pe/sites/default/files/files/articulos/economiaysociedad/evento_publico_perspectivas_de_la_economia_peruana_al_2018.pdf&nid=3432

- López S. (2017). *El Principio de Proporcionalidad como canon de constitucionalidad: Una aproximación al caso ecuatoriano*. (p. 185 – 217). Recuperado de: <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1319>
- Mairal, H. (2013). *Los riesgos en la financiación privada de proyectos públicos*. Revista del Circulo de Derecho Administrativo. N° 13. 201 – 222. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13477>
- Martin R. (1999). *Aplicación de la nueva Ley General de Expropiaciones al régimen de concesiones sobre obras públicas de infraestructura y de servicios públicos*. THĒMIS Revista de Derecho, N° 39, 133-155. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10429>
- Mejorada M. (2014) *La decisión de expropiar*. Ius Et Veritas Revista de Derecho, N° 49, 202 – 206. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/13625/14248/>
- Mejorada M. (2018a). *La justa expropiación*. Enfoque Derecho. Recuperado de <https://www.enfoquederecho.com/2018/05/09/la-justa-expropiacion/>
- Mejorada M. (2018b). *¿Quién decide el arbitraje de expropiación?* La Ley. Recuperado de <https://laley.pe/art/6206/quien-decide-el-arbitraje-de-expropiacion>
- Monroy J. *Introducción al Proceso Civil*. Tomo I. Temis. (1996). Recuperado de <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wpcontent/uploads/2015/03/material2014.pdf>
- Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad (PNIC), aprobado con Decreto Supremo N° 238-2019-EF. Publicado en el diario oficial El Peruano el 28 de julio de 2019.
- Prieto L. (2002). *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. (p. 201 – 227) Recuperado de: [http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/5/6900111\(201-228\).pdf](http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/5/6900111(201-228).pdf)

Primer Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2018). Sentencia del 9 de julio del 2018. Expediente N° 07030-2010-0-1801-JR-CI-30.

Rubio, M. (2018). *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Sánchez L. (2014). *La garantía patrimonial del administrado en el ordenamiento peruano y la necesidad de un régimen eficaz de responsabilidad del Estado en el marco de un derecho público globalizado*. Revista del Círculo de Derecho Administrativo. p. 383 – 406.

Sarmiento X. (2013). *Expropiación forzosa, previsiones constitucionales y Comunidades Autónomas*. Anuario de Derecho Parlamentario. N° 27, 95-109. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5481507.pdf>

Sumar O. (2017) *Economía y Constitución Las libertades económicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. THEMIS Revista de Derecho.

Terrazos J. & Cabrera E. (2014) *Las expropiaciones indirectas en materia de inversiones como consecuencia del ejercicio de la potestad regulatoria y su relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Derecho & Sociedad. N° 42. p. 251 – 268. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/12481/13043/>

Tribunal Arbitral. (2014). Proceso seguido entre Provias Nacional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones con Rosa Mercedes Ramírez Días y otros. Laudo contenido en la Resolución N° 101 del 2 de junio de 2014. Recuperado de http://transparencia.mtc.gob.pe/idm_docs/Inf_Personal/7431.pdf

Tribunal Arbitral. (2019) Proceso seguido entre la Autoridad Autónoma del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao – AATE con Confecciones Lancaster S.A. Laudo

contenido en la Resolución N° 44 del 13 de junio de 2019. Recuperado de http://transparencia.mtc.gob.pe/idm_docs/Inf_Personal/13596.pdf

Tribunal Arbitral. (2016) Proceso seguido entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones con Javier Huamán Abregú y Jessica Aliaga Ruíz. Laudo contenido en la Resolución N° 25 del 24 de febrero del 2016.

Tribunal Arbitral. (2016). Proceso seguido entre Alimentos Finos del Pacífico S.A. (ALFIPASA) y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Laudo contenido en la Resolución N° 19 del 15 de julio del 2016.

Tribunal Constitucional. (2009). Expediente N° 0864-2009-PA/TC. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00864-2009-AA.html>

Tribunal Constitucional. (2013). Expediente N° 00319-2013-PA/TC. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00319-2013-AA.pdf>

Tribunal Constitucional. (2009). Expediente N° 05614-2007-PA/TC. Recuperado de <http://bonosagrarios.pe/wp-content/uploads/2015/03/TC-Exp.-5614-2007-Sentencia-el-20-de-marzo-de-2009.pdf>

Tribunal Constitucional. (2006). Expediente N° 6167-2005-PHC/TC. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf>

Velásquez R. (2012) *Notas para una teoría general de garantías en la expropiación forzosa*. En: Revista Peruana de Derecho Constitucional. N° 5. p. 35 – 83. Recuperado de https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/revista_peruana-_der_consti_5.pdf

Zamora V. (2013). *Conceptos jurídicos indeterminados: justiprecio o precio justo*. Derecho en Sociedad. Revista Electrónica de la Facultad de Derecho, ULACIT - Costa Rica. N° 5, 1-33. Recuperado de

http://www.ulacit.ac.cr/files/revista/articulos/esp/resumen/78_art.vanessazamoralistoenmahote.pdf

