

VI. LA EXPROPIACIÓN EN LA JURISDICCIÓN PERUANA

PIERINO STUCCHI *

Sumario: 1. Introducción. 2. Reconocimiento constitucional del derecho de propiedad. 3 Reconocimiento y protección internacional del derecho de propiedad. 3.1 Desde el ámbito interamericano de derechos humanos. 3.2 Desde la protección bilateral de inversiones. 4. La expropiación desde el plano constitucional. 4.1 Requisitos constitucionales. 4.2 Contraste con los requisitos de fuente internacional. 4.3 La expropiación frente a la confiscación. 5. La expropiación directa desde el plano legal. 5.1 Procedimiento para la expropiación. 5.2 Control arbitral o judicial. 6. Mecanismo administrativo de corrección sobre la expropiación indirecta. 7 Conclusiones. 8. Bibliografía. A. Libros y artículos. B. Tratados Internacionales. C. Actos de Cortes y Tribunales Internacionales. D. Instrumentos normativos nacionales. Normas con rango constitucional. Normas con rango legal. E. Actos de Cortes y Tribunales Nacionales. F. Actos y documentos de la Administración Pública Nacional.

1. INTRODUCCIÓN

EN la presente entrega abordamos el régimen actual de la expropiación en la jurisdicción peruana, considerando los contornos de esta excepcional institución frente al contenido del derecho a la propiedad o del derecho de propiedad. Realizamos el análisis desde una perspectiva constitucional y teniendo en cuenta los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como los compromisos de carácter internacional asumidos por el Perú en materia de promoción y protección recíproca de inversiones.

En esta entrega analizamos la institución de la expropiación, como máxima limitación al derecho de propiedad, abordando su modalidad directa, es decir aquella que genera una transferencia forzosa de la propiedad; y, su modalidad indirecta, capaz de afectar el valor de la propiedad privada en un caso específico, por causa

* Postdoctorado por la Universidad de Salamanca. Doctor en Derecho por la Universidad de La Coruña. Master en Derecho por la Universidad de Valencia. Es socio director de Stucchi Abogados. Ha sido gerente legal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi del Perú; funcionario internacional de la Comunidad Andina; superintendente adjunto y defensor del inversionista de la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) del Perú; entre otros. Ex director de la facultad de derecho y ciencias sociales de la Universidad ESAN.

de un acto u omisión de poder público. Adicionalmente, describimos los requisitos esenciales para que se pueda llevar a cabo una expropiación, analizando la legislación peruana que da concreción a las reglas constitucionales de expropiación y, por último, describimos el procedimiento administrativo, tanto para la realización de la expropiación directa de bienes inmuebles como para la corrección de ciertas modalidades de expropiación indirecta.

2. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD

El actual régimen económico establecido por la Constitución Política de 1993, que lleva treinta (30) años en vigor, asegura el derecho a la propiedad como derecho fundamental de toda persona⁽¹⁾. Asimismo, prevé garantías para el respeto de este derecho. En este acápite, analizamos los contornos del derecho a la propiedad establecidos por el capítulo específico que aborda este derecho en la Constitución, así como la institución constitucional de la libertad contractual que lo complementa.

El derecho de propiedad en concreto se reconoce como inviolable y es garantizado por el Estado. Se especifica que este derecho debe ejercerse en armonía con el bien común, conforme a ley. Constitucionalmente, este derecho se reconoce en favor de personas humanas (naturales) o personas jurídicas (morales), nacionales o extranjeras, en la misma condición. Al respecto, la vigente Constitución Política reconoce expresamente:

«CAPÍTULO III

De la propiedad

Artículo 70. 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 (2). [...].

Artículo 71. En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos,

(1) Cfr. Numeral 16 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

(2) «El surgimiento de disfunciones en el proceso productivo (contaminación, degradación ambiental, pérdida de identidad de valores culturales) ha determinado la aparición de una nueva faceta de la función social de la propiedad: la conservación de los valores naturales de los bienes. [...] El principio de la función social de la propiedad puede admitir en sus múltiples concreciones configuraciones muy diversas. La función social es, como lo ha destacado la doctrina italiana, la causa principal de ese pluralismo porque opera con variedad de técnicas y sobre una pluralidad de bienes. De allí que pueda hablarse de una variedad de “estatutos propietarios”. Esto, a su vez, presupone una pluralidad de “contenidos esenciales”. Hay que atender a la naturaleza del bien objeto del derecho para precisar el contenido esencial del derecho mismo. La armonización en cada caso del derecho de propiedad con el interés social queda librada a la ley y los reglamentos. Sin embargo, en el caso peruano la propia Constitución (me refiero a la actual) no ha perdido la oportunidad de hacerlo. Así, el Estado protege los yacimientos y restos arqueológicos, las construcciones, monumentos, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico (artículo 21) y el Estado determina la política nacional del ambiente, promoviendo el uso sostenido de sus recursos naturales (artículo 67)» (Avendaño, 1994, p. 119).

sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática.

[... (3)].

Artículo 72. La ley puede, solo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes.»

Debe notarse que el derecho a la propiedad, como derecho fundamental, incluye, asimismo la propiedad sobre la «creación intelectual, artística, técnica y científica» y sus productos (4), que pueden configurar propiedad intelectual sobre determinados signos distintivos, invenciones u obras, entre otros, considerados como bienes muebles por la legislación civil (5).

En este contexto, en la jurisdicción peruana el Tribunal Constitucional ha sido enfático al remarcar el carácter fundamental del derecho a la propiedad:

«a) El derecho a la propiedad.

Establecido en los incisos 8) y 16) del artículo 2.º de la Constitución, es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno.

[...]

La propiedad no solo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. [...]. Así, en la propiedad no solo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues solo de esa manera estará garantizado el bien común. [...].

La doctrina del reconocimiento de la propiedad como una garantía institucional, ha sido también defendida [...] “el derecho a la propiedad no solo adquiere la categoría constitucional de derecho fundamental, sino que su defensa y promoción se constituyen en garantía institucional para el desarrollo económico [...]. Empero, para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución le reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer su titularidad frente a terceros y generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consustanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree las garantías que permitan institucionalizar el derecho” [...]» (Tribunal Constitucional del Perú, 2003).

Apreciamos que no es posible entender constitucionalmente el contenido esencial del derecho a la propiedad o del derecho de propiedad sin reconocer que se

(3) Existe una excepción a este tratamiento igualitario en la Constitución Política peruana, establecido en este mismo artículo 71 que prescribe que, dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras del territorio nacional, los extranjeros no pueden adquirir propiedad ni posesión de minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía; salvo declaración de necesidad pública mediante decreto supremo.

(4) Cfr. Numeral 16 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

(5) Cfr. Numeral 6 del artículo 886 del Código Civil.

VI. LA EXPROPIACIÓN EN LA JURISDICCIÓN PERUANA

trata de un derecho que otorga el poder de excluir legítimamente a otros del uso y el disfrute del bien objeto de la propiedad (6); y, sin reconocer su estrecha relación con el derecho de libertad contractual (7), pues este, entre otros, permite la disposición y el disfrute del derecho de propiedad en toda su amplitud, sea para realizar una venta, un arrendamiento o para constituir una garantía crediticia con respaldo en determinada propiedad. Ello puede ocurrir en el plano privado patrimonial de un ciudadano o en el plano corporativo o empresarial.

El derecho de propiedad es un derecho constitucional que se ejerce en la jurisdicción peruana, en el marco de una economía social de mercado donde se garantizan amplias libertades empresariales, comerciales y económicas en general, sin discriminación (8). El desarrollo legislativo del derecho de propiedad en el Código Civil, vigente desde 1984, precisa que: «[l]a propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien» y que tal derecho «[d]ebe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley (9)». En todo caso, debe entenderse que el término «interés social» alude y se encuentra restringido al «bien común», como indica el artículo 70 de la Constitución Política de 1993, al señalar que «[e]l derecho de propiedad [...] [s]e ejerce en armonía con el bien común [...]». El Código Civil es previo y ha sido modificado tácitamente por la Constitución Política en este extremo (10).

Como analizaremos a lo largo de este capítulo, la privación del derecho de la propiedad, por parte del Estado, se encuentra prohibida, salvo que se cumpla, de manera concurrente, con todos los requisitos para una expropiación. Así, esta pro-

(6) Precisamos que el poder de excluir legítimamente a otros del uso y el disfrute de un bien objeto de propiedad, como se ha indicado, produce un efecto complementariamente inclusivo. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el derecho de propiedad es la expresión del esfuerzo de las personas que, al haber desarrollado actividad laboral, adquieren –con el dinero recibido como remuneración a cambio de su tiempo de vida entregado al trabajo– la propiedad de determinados bienes para satisfacer necesidades de su familia e incluirla en un plano de bienestar y vida digna. Es el caso de la adquisición de la propiedad de un inmueble para su utilización como vivienda exclusiva de un grupo familiar o la adquisición de la propiedad de un vehículo para su utilización como medio de transporte exclusivo para dicho grupo. La propiedad refleja también la dignidad de las personas humanas y no es privativa de ciudadanos con ingresos medios o altos, sino que puede corresponder a cualquier persona o sujeto de derecho.

(7) La Constitución Política del Perú garantiza que «los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase». El ejercicio del derecho de libertad contractual exige que la contratación se realice con fines lícitos. El derecho de libertad contractual se encuentra expresamente garantizado en los artículos 2, 62 y 63 de la Constitución Política.

(8) Respecto de las características principales de una economía social de mercado, la doctrina peruana reconoce que esta «[s]e basa en dos principios de liberalismo económico: el individualismo que postula la libertad del hombre y comprende el derecho de disponer libremente de su propiedad, y el principio de que la competencia es un instrumento rector. (...) el mercado está organizado de manera consciente bajo un sistema de reglas o instituciones, con un objetivo determinado sin desconocer que la libertad es la que rige las decisiones económicas» (Kresalja y Ochoa, 2009, p. 352).

(9) Cita textual del artículo 923 del Código Civil.

(10) El Código Civil seguía en el uso de este término a la Constitución Política de 1979 (derogada), que establecía:

«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.»

(Subrayado añadido).

cede solamente «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 (11)».

3 RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD

De conformidad con la Constitución Política del Perú, los compromisos internacionales contenidos en los diferentes tratados en vigor, de los que el Perú es parte, se integran al derecho interno (12), como regla general, con rango de ley (13). Sin embargo, específicamente, los tratados en materia de derechos humanos tienen reconocida una relevancia mayor en el propio instrumento constitucional, pues este señala que «[l]as normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú (14)». Ello engloba a los derechos y libertades reconocidos, comprendidos y derivados por la Constitución en favor de personas humanas (naturales), como es el caso del derecho de propiedad. Su interpretación se realiza con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación de este tratado.

De otro lado, los compromisos internacionales contenidos en otros tratados en vigor en los que el Perú es parte, como es el caso de los denominados Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) o en los capítulos relacionados con la protección de inversiones en los acuerdos comerciales regionales, denominados usualmente tratados de libre comercio (TLC), se integran al derecho interno con rango de ley.

(11) Cita textual del artículo 70 de la Constitución Política del Perú.

(12) La Constitución Política del Perú prevé la incorporación directa a la legislación interna de los tratados en vigor, sin procedimiento de incorporación, constituyéndose como un sistema legal monista:

«Artículo 55. Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.»

(13) Este entendimiento se deriva de la siguiente disposición constitucional que determina a los tratados dentro del conjunto de instrumentos normativos, con rango de ley, contra los cuáles procede de una específica acción de control de jerarquía:

«Artículo 200. Acciones de Garantía Constitucional.

Son garantías constitucionales:

[...]

4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

[...].»

Sin embargo, debe entenderse que la relación entre el tratado y la ley u otros instrumentos con rango legal es de prevalencia, pues –en caso de conflicto normativo– leyes posteriores no pueden derogar válidamente tratados anteriores; y, tratados posteriores dejan en aplicación leyes anteriores en todo aquello que no sea el ámbito de aplicación del tratado.

(14) Cita textual de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

VI. LA EXPROPIACIÓN EN LA JURISDICCIÓN PERUANA

Estos tratados también respaldan algunos derechos comprendidos y derivados del régimen económico reconocidos por la Constitución Política del Perú en favor de personas humanas (naturales) y de personas jurídicas (morales), como es el caso del derecho de propiedad.

3.1 DESDE EL ÁMBITO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de propiedad, bajo la denominación de derecho a la propiedad privada, en los siguientes términos:

«Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada.

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por ley.»

Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce expresamente el derecho de propiedad (15), que permite la disposición, el uso y el disfrute de este derecho en toda su amplitud, sea que ello ocurra en el plano privado patrimonial o empresarial de una persona humana (natural).

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

«120. El artículo 21 de la Convención Americana reconoce el derecho a la propiedad privada. A este respecto establece: a) que “[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”; b) que tales uso y goce se pueden subordinar, por mandato de una ley, al “interés social”; c) que se puede privar a una persona de sus bienes por razones de “utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”; y d) que dicha privación se hará mediante el pago de una justa indemnización.

[...]

122. Los “bienes” pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor (16).» (CIDH, 2001, p. 53).

(15) Por su parte, el Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Paris, 20 de marzo de 1952) reconoce:

«Artículo 1. Protección de la propiedad.

Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas.»

(16) Este mismo entendimiento amplio sobre qué constituye un bien objeto del derecho de propiedad privada ha sido reiterado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en

Es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma que el derecho a la propiedad privada sobre bienes debe entenderse ampliamente, pues considera que los bienes no solamente son materiales como los inmuebles o los muebles (mercancías que califican como corporales), sino también los incorporeales (como sería la información) y los inmateriales (como las marcas, las patentes o los derechos de autor, que son titularidades de propiedad intelectual). Afirma, además, que el derecho a la propiedad privada puede recaer también sobre «todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona» (como son las acciones y las participaciones sobre una empresa) y «todo objeto inmaterial susceptible de valor», siendo esto una referencia inequívoca al derecho a la propiedad privada sobre medios o recursos empresariales y, sin dudas, sobre la empresa misma (17).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha pronunciado sobre lo que constituye una privación o una expropiación indirecta. Dicha institución indica que, en tal circunstancia, debiera aplicarse el principio de primacía de la realidad, procurando descubrir los efectos expropiatorios de ciertas medidas, no limitándose exclusivamente a las expropiaciones directas o formales, esto con el fin de proteger debidamente el derecho a la propiedad privada:

«336. [...] resulta necesario reiterar que el derecho a la propiedad no es absoluto y, en ese sentido, puede ser objeto de restricciones y limitaciones, siempre y cuando éstas se realicen por la vía legal adecuada y de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21. [...] el segundo inciso refiere a la expropiación de bienes y los requisitos para que tal actuar del Estado pueda considerarse justificado. Al respecto, esta Corte ha establecido que no debe limitarse a examinar únicamente si se produjo una desposesión o una expropiación formal, sino que debe además comprobar, más allá de la apariencia, cuál fue la situación real detrás de la situación denunciada.» (CIDH, 2015, p. 102).

Este entendimiento defiende el derecho de propiedad y se relaciona íntimamente con lo que se analiza en el siguiente numeral en relación con la protec-

otras sentencias:

«335. Respecto a la alegada violación del artículo 21 de la Convención, este Tribunal ha entendido en su jurisprudencia que la propiedad es un concepto amplio que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor.»

Adicionalmente, la Corte ha considerado protegidos a los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas.» (CIDH, 2015, p. 102).

(17) Este entendimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre aquello que puede encontrarse bajo el alcance de la propiedad privada incluye, naturalmente, el capital destinado a una actividad empresarial y a los bienes materiales e inmateriales que corresponden a la actividad que expresa la libertad de empresa, que es voluntariamente desarrollada por una persona humana (natural). Además, se extiende, como se ha indicado, el derecho a la propiedad privada sobre acciones o participaciones en organizaciones asociativas, con o sin fines de lucro, establecidas para desarrollar actividad económica o empresarial, así como las utilidades que reciba o tenga derecho a recibir (CIDH, 2001, p.53).

ción de inversiones que beneficia a personas humanas (naturales) y personas jurídicas (morales).

3.2 DESDE LA PROTECCIÓN BILATERAL DE INVERSIONES

La República del Perú ha asumido compromisos de carácter internacional como parte de tratados celebrados con otros Estados, cuyos propósitos son la promoción y protección recíproca de inversiones. Como hemos señalado previamente, los tratados en vigor, conforme al artículo 55 de la Constitución Política, además de vincular al país en el escenario internacional, forman parte del Derecho interno. Así, ante la falta de un acuerdo multilateral, en materia de promoción y protección de inversiones extranjeras, los compromisos internacionales del Perú pueden encontrarse contenidos en los denominados Tratados Bilaterales de Inversión (TBI); o, en capítulos relacionados a la inversión en los acuerdos comerciales regionales, denominados usualmente tratados de libre comercio (TLC).

Debe remarcarse que la existencia y la aplicación de estos tratados inciden directamente en la protección del derecho de propiedad que recae sobre bienes muebles o inmuebles, así como sobre bienes inmateriales, entre los que se consideran las titularidades bajo propiedad intelectual y titularidades de otros derechos obligacionales y crediticios generados por vía contractual o no. Es claro, además, que la existencia y la aplicación de estos tratados tiene como finalidad también la protección del ejercicio de la libertad de empresa en la jurisdicción peruana.

Así, para mostrar lo antes señalado, presentamos a continuación la definición de inversión contenida en el Tratado de Libre Comercio entre China y Perú:

«CAPÍTULO 10

Inversión

Artículo 126. Definiciones.

Para efectos de este Capítulo: inversión significa todo tipo de activo invertido por inversionistas de una Parte de conformidad con las leyes y regulaciones de la otra Parte en el territorio de esta última, y en particular, aunque no exclusivamente, incluye:

- (a) bienes muebles, inmuebles y otros derechos reales tales como hipotecas y prendas, y derechos similares;
- (b) acciones, obligaciones, capital y cualquier otra clase de participación en compañías;
- (c) derechos sobre dinero o cualquier otra obligación que tenga valor económico asociado con una inversión (18);
- (d) derechos de propiedad intelectual, en particular derechos de autor, patentes, marcas registradas, nombres comerciales, know-how y procesos tecnológicos, así como good-will;

(18) «Para mayor certeza, inversión no incluye los préstamos otorgado [sic] por una Parte a la otra Parte.» [nota original procedente del texto citado]

(e) concesiones conferidas mediante ley o bajo contrato, incluyendo concesiones para la búsqueda, el cultivo, la extracción o la explotación de recursos naturales.»

Ocurre lo propio, con diferentes precisiones y mediante la utilización de otro lenguaje, en el caso del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica:

«CAPÍTULO DIEZ

Inversión

[...]

Artículo 10.28. Definiciones.

[...]

inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

- (a) una empresa;
 - (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;
 - (b) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos; (19)(20)
 - (d) futuros, opciones y otros derivados;
 - (e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;
 - (f) derechos de propiedad intelectual;
 - (g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna (21) (22); y
 - (h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda;
- [...].»

(19) «Es más probable que algunas formas de deuda, como bonos, obligaciones y pagarés a largo plazo, tengan las características de una inversión, mientras que es menos probable que otras formas de deuda, tales como reclamos de pago de vencimiento inmediato y como resultado de la venta de bienes o servicios, tengan estas características.» [nota original precedente del texto citado].

(20) «Los préstamos otorgados por una Parte a otra Parte no son considerados inversiones.» [nota original precedente del texto citado].

(21) «El hecho de que un tipo de licencia, autorización, permiso o un instrumento similar (incluida una concesión, en la medida que ésta tenga la naturaleza de este tipo de instrumento) tenga las características de una inversión, depende de factores tales como la naturaleza y el alcance de los derechos del tenedor de conformidad con la legislación de la Parte. Entre las licencias, autorizaciones, permisos o instrumentos similares que no tienen las características de una inversión están aquellos que no generan derechos protegidos mediante la legislación interna. Para mayor certeza, lo anterior es sin perjuicio de que un activo asociado con dicha licencia, autorización, permiso o instrumento similar tenga las características de una inversión.» [nota original precedente del texto citado].

(22) «El término de “inversión” no incluye una orden o sentencia presentada en una acción judicial o administrativa.» [nota original precedente del texto citado].

VI. LA EXPROPIACIÓN EN LA JURISDICCIÓN PERUANA

Entre los principales compromisos internacionales sustantivos y típicos dirigidos a la protección de la inversión extranjera, que inciden en la protección del derecho de propiedad y –qué duda cabe– en la protección del consecuente ejercicio de la libertad de empresa, se encuentran las reglas sobre expropiación del Estado, con el fin de limitar la utilización de esta institución excepcional y de equilibrarla cuando su uso se encuentra justificado sobre propiedad privada.

El alcance preciso de los compromisos internacionales dirigidos a la protección de la inversión extranjera puede variar dependiendo del contenido de cada tratado que resulte aplicable debido al origen de la inversión extranjera (Stucchi, Arias y Llerena, 2022, pp. 496-498). Sin embargo, podemos estimar que las reglas sobre expropiación, en el marco de estos tratados, obligan al Estado peruano a no expropiar ni nacionalizar inversiones extranjeras protegidas, sea directa o indirectamente, salvo que sea, fundamentalmente: a) por motivos de propósito público; b) de una manera no discriminatoria; y, c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización (como por ejemplo lo prevé el artículo 10.7 del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica).

Comúnmente, este tipo de compromisos protege a la inversión extranjera de una expropiación directa, que suele implicar el retiro del dominio sobre una propiedad; y, también de una expropiación indirecta, que puede ser causada por un acto o conjunto de actos provenientes del poder estatal (nacional, regional o local), o por una omisión, que sean capaces de privar o afectar sustancialmente un derecho de propiedad sobre un bien tangible o intangible que califique como inversión, aun cuando no se afecte formalmente el derecho mismo de propiedad. Surge aquí, nuevamente, la necesaria aplicación del principio de primacía de la realidad, procurando descubrir los efectos expropiatorios de determinadas medidas, con el fin de proteger debidamente el derecho a la propiedad privada vinculado al ejercicio de la libertad de empresa. A fin de que se pueda apreciar con mayor claridad un supuesto de expropiación indirecta, aplicando el principio de primacía de la realidad, referimos, como ejemplo, el caso de un retiro injustificado de una licencia o autorización necesaria para dar utilidad económica a determinada infraestructura o un inmueble adaptado o construido especialmente para los fines que permitían tal licencia o autorización.

Como se advertirá con mayor detalle en el siguiente acápite, lo esencial de las reglas sobre expropiación contenidas en los compromisos internacionales típicos se encuentra, en buena medida, también contemplado por la Constitución Política de 1993 con el fin de garantizar el derecho de propiedad. Sin embargo, la diferencia relevante en cuanto a su eficacia y exigibilidad reside en que usualmente los compromisos internacionales pueden ser reclamados en la vía del arbitraje de inversión –como foro externo– según lo previsto en un Tratado Bilateral de Inversión (TBI) o un acuerdo comercial regional, sin importar si las normas nacionales –incluidas las constitucionales– son modificadas posteriormente en perjuicio de la inversión extranjera. Ello es así siempre que el inversionista y la inversión extranjera califiquen como cubiertos en los términos del tratado aplicable (23).

(23) Cabe señalar que, a la fecha, el Estado peruano tiene compromisos internacionales en materia de promoción y protección de inversiones, contenidos en 29 Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y en 9 acuerdos comerciales regionales.

4. LA EXPROPIACIÓN DESDE EL PLANO CONSTITUCIONAL

El fundamento de la prohibición general de expropiación en la jurisdicción peruana se encuentra en el capítulo especial sobre derecho de propiedad, establecido en la vigente Constitución Política:

«CAPÍTULO III

De la propiedad

Artículo 70. 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 (24).»

(Subrayado añadido).

La expropiación es la máxima expresión de la limitación del derecho de propiedad pues es forzosa e «importa al acabamiento del derecho de propiedad privada, al adquirir el Estado, de modo obligatorio, bienes pertenecientes a los particulares, que son necesarios para la realización de los fines del Estado (25)» (Avenidaño, 1994, p. 120).

Así, las reglas constitucionales sobre expropiación regulan una situación excepcional pues la regla general es que «[a] nadie puede privarse de su propiedad». Solamente el Estado puede expropiar, directa o indirectamente, si es que ello: a) se fundamenta en causa de seguridad nacional o necesidad pública debidamente fundamentada y declarada por ley; y, b) se realiza el pago de la indemnización equivalente al precio del bien expropiado, así como el pago del daño emergente y/o del lucro cesante que pudiera corresponder. Específicamente, sobre este último aspecto, la Constitución Política remarca que, ante desacuerdo del propietario sobre el valor pagado por la propiedad expropiada que haya atribuido el Estado

(24) Como antecedente, la Constitución Política de 1933 (derogada) establecía:

«Artículo 29. La propiedad es inviolable, sea material, intelectual, literaria o artística. A nadie se puede privar de la suya sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada».

A su turno, la Constitución Política de 1979 (derogada) establecía:

«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.»

(25) El Tribunal Constitucional ha enfatizado que la excepcional circunstancia de una restricción a la propiedad requiere la observancia de requisitos determinados por la propia Constitución Política:

«[E]l goce y ejercicio del derecho de propiedad solo puede verse restringido en los siguientes supuestos: a) estar establecidas por ley; b) ser necesarias; c) ser proporcionales, y d) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. En conclusión, el derecho de propiedad solamente puede ser materia de restricciones por las causas y finalidades señaladas en la propia Constitución.» (Tribunal Constitucional del Perú, 2007).

VI. LA EXPROPIACIÓN EN LA JURISDICCIÓN PERUANA

en el procedimiento correspondiente, el propietario puede demandar en sede jurisdiccional para contestar dicho valor.

4.1 REQUISITOS CONSTITUCIONALES

Conforme al artículo 70 de la Constitución Política del Perú, los requisitos para que el Estado efectúe una expropiación son los siguientes:

i) Declaración habilitante de ley para efectuar la expropiación, que debe ser entendida como ley en sentido formal, es decir, emitida por el Congreso de la República (26). No es admisible que la habilitación se realice mediante norma con rango de ley emitida por el Poder Ejecutivo, como un Decreto Legislativo o un Decreto de Urgencia. No es admisible que la habilitación se realice mediante norma de inferior jerarquía.

ii) Fundamento en una finalidad legítima de interés general, que debe ser la seguridad nacional o la necesidad pública. Ello debe encontrarse señalado expresamente en la ley del Congreso de la República, con base en sustento material real. No es admisible que la ley se sustente en motivos de interés general distintos o en motivos de oportunidad o necesidad de otra índole.

iii) Pago de indemnización que represente adecuadamente el valor del bien expropiado, así como cualquier perjuicio razonablemente causado por la expropiación. Este pago debe ser previo a la privación o la afectación del derecho de propiedad.

4.2 CONTRASTE CON LOS REQUISITOS DE FUENTE INTERNACIONAL

En este punto conviene retomar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos remarca que debe producirse una «indemnización justa», aunque no señale que es obligatorio su pago antes de la expropiación. Ante ello, las reglas constitucionales peruanas son más garantistas respecto que la Convención Americana. Asimismo, estas reglas constitucionales imponen restricciones aún más limitativas que la Convención Americana, al establecer en la Constitución Política que los fundamentos de la expropiación solamente serán finalidades legítimas la seguridad nacional o la necesidad pública, excluyendo cualquier otra razón.

Asimismo, conviene recordar que el alcance preciso de los compromisos internacionales dirigidos a la protección de la inversión extranjera puede variar dependiendo del contenido de cada tratado. Sin embargo, conforme a la estimación que hemos realizado sobre las reglas sobre expropiación, en el marco de estos tratados, se podría afirmar, de modo general, que las reglas constitucionales peruanas resultarían también más garantistas. Ello pues restringen los propósitos públicos de una

(26) Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado:

«[...] este Tribunal también considera que el artículo 410 del Decreto Legislativo núm. 556 en la práctica constituye una norma de confiscación pues tiene como finalidad el apoderamiento de la totalidad o de parte considerable de los bienes de una persona, por parte del Estado, sin que exista Ley del Congreso de la República, sin que se presenten algunos de los motivos contemplados en la Constitución para que proceda la expropiación, y sin indemnización» Constitucional del Perú, 2007).

expropiación a las finalidades legítimas antes indicadas y exigen el pago previo de la indemnización correspondiente, lo que contrasta con algunos compromisos internacionales que exigen solamente un pago pronto más no un pago previo.

4.3 LA EXPROPIACIÓN FRENTE A LA CONFISCACIÓN

La expropiación no es, en modo alguno, una confiscación entendida usualmente esta como el «acto de incautar o privar de posesiones o bienes para su incorporación al erario público sin compensación» (Real Academia Española, 2023). Es decir que, mientras la expropiación exige constitucionalmente una finalidad legítima de interés general como la seguridad nacional o la necesidad pública, previo pago en efectivo de la indemnización y la compensación; la confiscación realizada por el Estado, pudiendo tener diferentes finalidades, prescinde del elemento del pago.

En un desarrollo más preciso se puede afirmar que, entre otros, una confiscación puede derivarse de: i) una expropiación carente de uno de los requisitos exigidos constitucionalmente; ii) un tributo que resulte inconstitucional (27); o, iii) una legítima medida correctiva o sancionadora frente a quien se reputa propietario, mediante la declaración de una extinción de dominio proveniente de conductas delictivas, previa incautación en determinados casos previstos por ley (28).

(27) La Constitución Política del Perú establece:

«CAPÍTULO IV

Del régimen tributario y presupuestal

Artículo 74. Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.

[...] Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.
[...]

No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo.

(28) El Decreto Legislativo 1373 – Ley sobre extinción de dominio establece:

«Artículo II. Principios y criterios aplicables para la declaración de extinción de dominio.

[...]

2.4 Dominio de los bienes: la protección del derecho de propiedad u otros derechos que recaigan sobre los bienes patrimoniales, se extiende únicamente a aquéllos que recaigan sobre bienes obtenidos con justo título o estén destinados a fines compatibles con el ordenamiento jurídico.

[...]

Artículo III. Definiciones.

[...]

3.10 Extinción de dominio: consecuencia jurídico-patrimonial que traslada a la esfera del Estado la titularidad de los bienes que constituyen objeto, instrumento o efectos o ganancias de actividades ilícitas, mediante sentencia emitida respetando el debido proceso, sin indemnización ni contraprestación alguna a favor del requerido o terceros.

Artículo 32. Alcances de la sentencia.

La sentencia que declara fundada la demanda debe sustentarse en indicios concurrentes y razonables, o en las pruebas pertinentes, legales y oportunamente incorporadas al proceso. Debe declarar la extinción de todos los derechos reales, principales o accesorios así como la nulidad de todo acto recaído sobre el bien objeto del proceso o el decomiso de los bienes previamente incautados a favor del Estado.

[...]»

VI. LA EXPROPIACIÓN EN LA JURISDICCIÓN PERUANA

Esta distinción cobra relevancia debido a que el Tribunal Constitucional ha evidenciado diferencias entre la expropiación y la confiscación:

«[E]l acto de confiscación afecta en forma continuada el derecho a la propiedad privada, pues el propietario es privado para siempre del uso y goce de sus bienes sin que exista una ley del Congreso de la República que declare la expropiación; o existiendo la ley del Congreso de la República que declare la expropiación, ésta no tiene como justificación alguna de las causas contempladas en la Constitución; o existiendo la ley del Congreso de la República que se justifica en alguna de las causas de expropiación contempladas en la Constitución, ésta se produce sin el pago de una justa indemnización» (Tribunal Constitucional del Perú, 2011).

Es decir, el máximo intérprete constitucional peruano afirma que, entre otros supuestos, una pretendida expropiación no resulta tal y se convierte en una indebida confiscación en tanto se produzca sin:

- i) declaración habilitante de ley para la expropiación;
- ii) fundamento en una finalidad legítima de interés general como la seguridad nacional o la necesidad pública, aun cuando exista una ley habilitante; o,
- iii) pago previo en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio, aun cuando exista una ley habilitante y el indicado fundamento constitucional.

Estas consideraciones del Tribunal Constitucional peruano son en extremo relevantes pues son capaces de implicar que, ante una privación continuada del derecho a la propiedad privada mediante una pretendida expropiación que –en la realidad– califique como confiscación, no corren los plazos de prescripción ni de caducidad. Ello, según corresponda, para formular una demanda judicial dirigida a reponer el derecho de propiedad o una acción de amparo como vía constitucional para corregir la afectación a este derecho fundamental.

5. LA EXPROPIACIÓN DIRECTA DESDE EL PLANO LEGAL

En la jurisdicción peruana se emitió en el año 2015 el Decreto Legislativo 1192(29), que aprobó la Ley marco de adquisición y expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de interferencias y otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura.

Esta ley marco tiene por objeto, entre otros, como su denominación indica, establecer el régimen aplicable a los procesos de adquisición y expropiación de inmuebles, conforme a lo dispuesto en la Constitución Política; y, determina que ello es de interés público primordial para la ejecución de obras de infraestructura(30). Este cuerpo normativo es aplicable a todas las entidades públicas en

(29) Esta ley marco ha recibido diferentes modificaciones en los años recientes, a través de Decreto Legislativo 1210, Decreto Legislativo 1330 y Decreto Legislativo 1366, entre otros.

(30) Cfr. Artículo 1 del Decreto Legislativo 1192.

todos los niveles de gobierno, es decir, central, regional y local (provincial y distrital), así como a todo tipo de personas humanas (naturales) o personas jurídicas (morales (31)).

Esta ley marco establece un sistema que procura eficiencia, privilegiando la adquisición por parte del Estado de los inmuebles (32) necesarios para la ejecución de una obra de infraestructura, mediante su transferencia voluntaria. En caso ello no sea posible, se procede a la expropiación, que se define como «la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada sustentada en causa de seguridad nacional o necesidad pública, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso de la República a favor del Estado, a iniciativa del Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio, conforme al artículo 70 de la Constitución Política del Perú [...]» (33).

La clave de privilegiar la adquisición (34) del inmueble que el Estado requiere es dar la oportunidad al propietario o poseedor de este (sujeto pasivo) de recibir un incentivo si decide transferir voluntariamente su derecho, ello considerando que una adquisición permite al Estado el ahorro de recursos económicos y de tiempo. Este incentivo, como regla general, es equivalente al veinte por ciento (20%) del valor comercial del inmueble, el cual se obtiene producto de una tasación. Este incentivo es un pago adicional al valor de tasación, el cual tiene por finalidad determinar: «i) el valor comercial del inmueble; y, ii) una indemnización

(31) Cfr. Artículo 2 del Decreto Legislativo 1192.

(32) El Decreto Legislativo 1192 establece lo siguiente:

«Artículo 9. Bienes objeto de Adquisición y Expropiación.

9.1 Son objeto de Adquisición y Expropiación todos los bienes inmuebles de dominio privado.

[...].»

(33) Cfr. Artículo 4 del Decreto Legislativo 1192.

(34) El Decreto Legislativo 1192 establece lo siguiente:

«Artículo 19. Trato directo.

La Adquisición de inmuebles necesarios para la ejecución de Obras de Infraestructura se realizará por trato directo entre el Sujeto Activo y Sujeto Pasivo, en forma previa o posterior a la ley que autorice su Expropiación, aplicándose únicamente el procedimiento establecido en el presente Decreto Legislativo.

Artículo 20. Procedimiento

20.1 Las gestiones para el trato directo se inician con la comunicación [...]. Dichas gestiones son responsabilidad del Sujeto Activo quien puede realizarlas a través de una entidad del Estado o contratar a personas naturales o jurídicas.

20.2 Recibida la Tasación, el Sujeto Activo envía al Sujeto Pasivo en el plazo máximo de veinte días hábiles Carta de Intención de Adquisición.

[...]

20.3 El Sujeto Pasivo cuenta con un plazo de diez días hábiles, para comunicar su aceptación a la oferta de Adquisición efectuada por el Sujeto Activo.

[...]

20.5 Transcurrido el plazo a que se refiere el numeral 20.3, sin que el Sujeto Pasivo haya aceptado la oferta de Adquisición, esta última se considera rechazada y se da inicio al proceso de Expropiación regulado en el Título IV del presente Decreto Legislativo.»

VI. LA EXPROPIACIÓN EN LA JURISDICCIÓN PERUANA

por el eventual perjuicio que incluya, en caso corresponda, el daño emergente y lucro cesante». En caso no se produzca una adquisición por efectos voluntarios, el incentivo no resulta aplicable al procedimiento de expropiación (35).

Esta ley marco, en clave constitucional, en relación con la expropiación de inmuebles de la que se hace cargo, especifica lo siguiente:

«Artículo 24. Ámbito de aplicación.

24.1 La Expropiación a que se refiere el Artículo 70 de la Constitución Política del Perú, el Artículo 928 del Código Civil (36), se rigen por la presente Ley.

24.2 La Expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, de inmuebles que se requieren para la ejecución de Obras de Infraestructura o por otras razones de necesidad pública o seguridad nacional declaradas por ley (37); y previo pago de la indemnización justificada que incluye compensación por el eventual perjuicio al Sujeto Pasivo.»

5.1 PROCEDIMIENTO PARA LA EXPROPIACIÓN

Como se ha indicado, en caso no se logre la adquisición del inmueble que el Estado requiere (38), resulta aplicable al procedimiento administrativo de expropiación, siempre que se haya emitido y se encuentre en vigencia la ley habilitante para la expropiación. Este procedimiento administrativo presenta las siguientes particularidades:

- i) Se inicia en caso el propietario o poseedor no haya aceptado o haya rechazado la oferta de adquisición formulada a nombre del Estado (39).
- ii) El Ministerio competente del sector, el Gobierno Regional o el Gobierno Local responsable de la tramitación de la expropiación (sujeto activo) (40) debe

(35) Cfr. Artículo 4 del Decreto Legislativo 1192.

(36) El Código Civil peruano señala: «Artículo 928. La expropiación se rige por la legislación de la materia».

(37) El Decreto Legislativo 1192 establece lo siguiente:

«Artículo 25. Ley autoritativa de Expropiación.

En la ley que se expida en cada caso debe señalarse la razón de necesidad pública o seguridad nacional que justifica la Expropiación.»

(38) El Decreto Legislativo 1192 prescribe:

«Artículo 11. Adquisición o Expropiación total.

El Sujeto Pasivo podrá solicitar la Adquisición o Expropiación total, cuando el remanente del bien inmueble que no es afectado sufre una desvalorización significativa o resultare inútil para los fines a que estaba destinado con anterioridad a la Adquisición o Expropiación parcial.

[...]».

(39) Cfr. Artículo 26 del Decreto Legislativo 1192.

(40) Cfr. Artículo 4 del Decreto Legislativo 1192.

expedir el acto(41) que apruebe la ejecución de expropiación del bien inmueble y el valor de la tasación (42). En este acto debe precisarse, entre otros:

- a. La entidad pública beneficiaria de la expropiación y al sujeto pasivo de la expropiación.
- b. La identificación precisa del bien inmueble a ser expropiado.
- c. Aprobación del valor de la tasación correspondiente al inmueble objeto de expropiación.
- d. La orden de consignar en el banco el pago por el monto total señalado por la tasación en favor del sujeto pasivo (ante la autoridad que dirime la propiedad del inmueble en caso esta se encuentre discutida).
- e. La orden de inscribir el inmueble expropiado a favor del Estado el correspondiente Registro Público.
- f. La orden de notificación del requerimiento de desocupación y entrega del inmueble expropiado, bajo apercibimiento ejecución coactiva(43).

iii) El Ministerio competente del sector, el Gobierno Regional o el Gobierno Local responsable de la tramitación de la expropiación (sujeto activo) debe realizar el pago por el monto total señalado en la tasación, bajo responsabilidad del funcionario encargado de efectuarlo(44). Debe asegurarse, de modo previo a la emisión del acto que apruebe la ejecución de expropiación del bien inmueble y el valor de la tasación, contar con los recursos necesarios en su presupuesto institucional aprobado para financiar dicho pago mediante consignación(45).

iv) En caso de no haberse iniciado el procedimiento de expropiación en el plazo de sesenta (60) meses, desde la vigencia de la ley habilitante, caduca la posibilidad de iniciarlo. Sin embargo, «[e]n los casos que sea necesario expropiar más de un inmueble para una Obra de Infraestructura, el plazo de caducidad [...] comienza a computarse desde que se autorice o inicie la última Expropiación». Ello, sin perjuicio de que, una vez producida la caducidad, el Congreso de la República pueda emitir una nueva ley habilitante(46).

5.2 CONTROL ARBITRAL O JUDICIAL

El Decreto Legislativo 1192, que aprobó la Ley marco de adquisición y expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación

(41) El Decreto Legislativo 1192 establece lo siguiente:

«Artículo 28. Sobre la norma que aprueba la ejecución de la Expropiación

28.1 La norma que apruebe la ejecución de la Expropiación será a través de la resolución ministerial; acuerdo de consejo regional en el caso de Gobiernos Regionales; o mediante acuerdo de concejo en caso de los Gobiernos Locales. [...]».

Sin embargo, apreciamos que no se trata de normas de aplicación general, sino de actos de efecto y aplicación individualizada, lo que evidencia su naturaleza de acto administrativo.

(42) Cfr. Artículo 27 del Decreto Legislativo 1192.

(43) Cfr. Numeral 1 del artículo 28 del Decreto Legislativo 1192.

(44) Cfr. Numeral 3 del artículo 28 del Decreto Legislativo 1192.

(45) Cfr. Numeral 2 del artículo 28 del Decreto Legislativo 1192.

(46) Cfr. Numeral artículo 33 del Decreto Legislativo 1192.

de interferencias y otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura, establece que el acto que apruebe la ejecución de expropiación del bien inmueble y el valor de la tasación, detallado en el numeral precedente, es inimpugnable, lo que debe entenderse únicamente en el ámbito de la vía administrativa.

Esta ley marco precisa que procede la vía arbitral en tanto la entidad pública que es sujeto activo de la expropiación no se oponga y se efectúe la entrega anticipada de la posesión del inmueble (47). Asimismo, indica que los cuestionamientos en vía arbitral o judicial sobre el acto que apruebe la ejecución de expropiación no suspenderán el procedimiento administrativo de expropiación, la inscripción del dominio del correspondiente inmueble a favor del Estado, el pago por consignación, la entrega del certificado correspondiente, ni la ejecución coactiva para materializar el desalojo que resultase necesario (48).

Se precisa, además, que serían causales de cuestionamiento en vía judicial o arbitral, entre otros, únicamente: i) la revisión del valor de tasación; ii) la solicitud de expropiación total del inmueble, en caso el remanente del inmueble sufra real desvalorización o inutilidad para sus fines previos a la expropiación; y, iii) determinados asuntos sobre duplicidades de partidas registrales de propiedad inmueble. Se señala específicamente que en ningún caso se debiera admitir el cuestionamiento del acto que aprueba la ejecución de la expropiación a favor del Sujeto Activo, bajo responsabilidad (49).

6. MECANISMO ADMINISTRATIVO DE CORRECCIÓN SOBRE EXPROPIACIÓN INDIRECTA

En la jurisdicción peruana existe un sistema de prevención y eliminación de barreras burocráticas. Actualmente, mediante la vigente Ley de prevención y eliminación de barreras burocráticas – Decreto Legislativo 1256, emitida en 2016, se controlan y eliminan barreras burocráticas establecidas a través de las regulaciones o actos que emiten las entidades de la administración pública, que impiden, dificultan o encarecen el ejercicio de la libertad de empresa en una economía social de mercado, lo que incluye el ejercicio del libre comercio interior.

Conforme a este instrumento legal, una Comisión, en primera instancia administrativa; y, el Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi, en segunda y definitiva instancia administrativa, eliminan las barreras burocráticas que resultan injustificadas, ordenando su inaplicación, mediante la tramitación de un procedimiento administrativo. Ello ocurre cuando una regulación o acto de fuente pública hace concreta una barrera al ejercicio de la libertad de empresa que resulta contraria a una ley o no cuenta con un fundamento razonable (50), pese a

(47) Cfr. Artículo 35 del Decreto Legislativo 1192.

(48) Cfr. Artículo 27 del Decreto Legislativo 1192.

(49) Cfr. Artículo 27 del Decreto Legislativo 1192.

(50) En aplicación del artículo 18 de la Ley de prevención y eliminación de barreras burocráticas – Decreto Legislativo 1256– Decreto Legislativo 1256, el Tribunal del Indecopi ha señalado claramente que:

«106. De acuerdo con la metodología prevista (...), en el análisis de razonabilidad se debe analizar la razonabilidad de las medidas denunciadas verificando el cumplimiento de los dos elementos: en

que condiciona, restringe u obstaculiza el desarrollo de actividades empresariales en los diferentes sectores económicos; o, afecta la debida tramitación de procedimientos administrativos.

Bajo este marco conceptual, en el año 2010, aplicando legislación previa sobre esta materia, pero sustancialmente equivalente al Decreto Legislativo 1256, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi, estableció un precedente administrativo dirigido a corregir determinadas formas de expropiación indirecta en la jurisdicción peruana. Ello a propósito de un caso concreto donde un gobierno local provincial revocó indirectamente una licencia de funcionamiento otorgada a una empresa para operar en un inmueble un terminal terrestre para el transporte de personas. Ello sucedió mediante la emisión de una ordenanza que prohibió el funcionamiento de terminales terrestres en la zona de la provincia donde la empresa tenía su terminal, desconociéndose los efectos de su licencia de funcionamiento. Asimismo, dicha ordenanza prohibió la circulación del ingreso y salida de vehículos para el transporte de personas precisamente en la misma zona.

Así, las prohibiciones que generaba dicha ordenanza implicaban la revocatoria silenciosa de una licencia de funcionamiento. A decir del Indecopi, ello exigía que tal revocatoria cumpliera con lo prescrito en la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444 vigente al momento del caso y que a la fecha establece lo siguiente:

«Artículo 214. Revocación.

214.1 Cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:

[...]

214.1.3 Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.

[...]

214.2 Los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

[...].

primer lugar, que las medidas no son arbitrarias y, en segundo lugar, que las medidas son proporcionales a sus fines. El primer elemento implica que la entidad acredite que, de forma previa a la imposición de la medida, (1) identificó un interés público, dentro del ámbito de atribuciones legales de la entidad, que sustenta la barrera burocrática; (2) el problema que se pretendía solucionar con la regulación existente; y (3) que la medida cuestionada resulta idónea o adecuada para lograr la solución del problema y/o para alcanzar el objetivo de la medida.

107. El segundo elemento implica que la entidad acredite haber desarrollado (1) una evaluación de los beneficios y/o el impacto positivo que generaría la medida y de los costos y/o el impacto negativo de la misma para los agentes económicos obligados a cumplirla, para otros agentes afectados y/o para la competencia en el mercado; (2) que dicha evaluación permite concluir que la medida genera mayores beneficios que costos y (3) que otras medidas alternativas no resultarían menos costosas o no serían igualmente efectivas. Dentro de estas medidas alternativas debe considerarse la posibilidad de no emitir una nueva regulación». (Indecopi, 2021).

VI. LA EXPROPIACIÓN EN LA JURISDICCIÓN PERUANA

Artículo 216. Indemnización por revocación.

216.1 Cuando la revocación origine perjuicio económico al administrado, la resolución que la decida deberá contemplar lo conveniente para efectuar la indemnización correspondiente en sede administrativa.

216.2 Los actos incurridos en causal para su revocación o nulidad de oficio, pero cuyos efectos hayan caducado o agotado, serán materia de indemnización en sede judicial, dispuesta cuando quede firme administrativamente su revocación o anulación.»

Ante ello, en este caso, el Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi consideró:

«11. Cuando la administración desconoce derechos que anteriormente reconoció a particulares suele privarlos de su propiedad privada, afectando sus inversiones. La Constitución Política del Perú impone restricciones generales a la privación de la propiedad, estableciendo que ninguna persona puede ser privada de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justificada que incluya compensación por el eventual perjuicio.

12. Esta protección fue diseñada específicamente para las expropiaciones tradicionales, pero hoy se admite en el derecho internacional y en la jurisprudencia extranjera que también alcanza a las denominadas «expropiaciones regulatorias o indirectas». Es decir, a actos gubernamentales que afectan el valor de la propiedad, sin despojar formalmente al propietario de su título. Por eso, dicha protección ha sido recogida en los [...] Convenios Bilaterales de Inversión celebrados por el Perú, por el Tribunal Constitucional y defendida por autores nacionales.

13. Esta lógica ha sido trasladada a la Ley 27444 para el caso específico del procedimiento de revocación de los actos administrativos que confieren derechos o intereses a los particulares. Ello, debido a que a través de un procedimiento de revocación se puede privar parcial o totalmente a los particulares de sus derechos de propiedad (protegidos a través de distintos títulos habilitantes, como por ejemplo licencias de funcionamiento)» (Indecopi, 2010).

En este caso concreto, el Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi constató que la ordenanza que implicó la revocatoria de la licencia de funcionamiento antes indicada no había cumplido con lo prescrito, para tal fin, en la Ley del Procedimiento Administrativo General. En consecuencia, determinó la inaplicación de tal ordenanza al caso concreto de la empresa afectada que se dedicaba al transporte de personas, por constituir una barrera burocrática ilegal. A propósito de ello, el Indecopi aprobó, asimismo, como precedente de observancia obligatoria administrativo el siguiente criterio:

a) El desconocimiento de derechos o intereses conferidos por un acto administrativo debe respetar los requisitos para efectuar la revocación establecidos en la [...] la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General. La omisión de cualquiera de dichos requisitos constituye barrera burocrática ilegal.

b) Constituyen revocaciones indirectas el impedimento o restricción del ejercicio de los derechos o intereses conferidos por un acto administrativo, sin que exista un pronunciamiento expreso desconociendo tales prerrogativas. Todas

las revocaciones indirectas son ilegales, porque ello implica que la administración no siguió el procedimiento establecido en [...] la Ley 27444.

c) Cuando el cambio de circunstancias que origina la revocación es atribuible al propio administrado, no resulta aplicable el procedimiento de revocación regulado [...].

d) En los casos que corresponda otorgar indemnización, ésta debe compensar los perjuicios económicos originados hasta la notificación al administrado de la resolución de revocación. Las inversiones efectuadas posteriormente no deben ser contempladas en la resolución de revocación como parte de la indemnización.

e) Cuando se origine perjuicios económicos indemnizables, la resolución de revocación deberá señalar como mínimo la cuantía de la compensación y la autoridad encargada de efectuar el pago. La indemnización se paga de manera integral, en dinero en efectivo y es exigible a partir de la emisión de la resolución de revocación» (Indecopi, 2010).»

Esta decisión, por su efecto general, clarificó la existencia de un camino en vía administrativa para corregir las expropiaciones de naturaleza indirecta que no cumplan con la legalidad y con el debido procedimiento administrativo para ello; y, que no cumplan con indemnizar, con pago previo, como exige el ordenamiento constitucional al propietario agraviado. Ello considerando que las expropiaciones de naturaleza indirecta son capaces de afectar la propiedad privada en un caso concreto.

7 CONCLUSIONES

En la jurisdicción peruana, el derecho de propiedad se reconoce como inviolable y es garantizado por el Estado. Se especifica que este derecho debe ejercerse en armonía con el bien común, conforme a ley. Constitucionalmente, este derecho se reconoce en favor de personas humanas (naturales) o personas jurídicas (morales), nacionales o extranjeras, en la misma condición.

El régimen actual de la expropiación en la jurisdicción peruana posee una regulación constitucional que atribuyen a esta institución un ejercicio excepcional, que debe ser entendido en clave de los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como tomando en consideración los compromisos de carácter internacional asumidos por el Perú en materia de promoción y protección recíproca de inversiones.

Conforme al Tribunal Constitucional peruano, en aplicación de la carta magna, entre otros supuestos, una pretendida expropiación no resulta tal y se convierte en una indebida confiscación en tanto se produzca: i) sin declaración habilitante de ley para la expropiación; ii) sin fundamento en una finalidad legítima de interés general como la seguridad nacional o la necesidad pública, aun cuando exista una ley habilitante; o, iii) sin pago previo en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio, aun cuando exista una ley habilitante y el indicado fundamento constitucional.

En la jurisdicción peruana, la Ley marco de adquisición y expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de interferencias y otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura tiene por

VI. LA EXPROPIACIÓN EN LA JURISDICCIÓN PERUANA

objeto, entre otros, establecer el régimen aplicable a los procesos de adquisición y expropiación de inmuebles, conforme a lo dispuesto en la Constitución Política. Esta ley marco establece un sistema que procura eficiencia, privilegiando la adquisición por parte del Estado de los inmuebles necesarios para la ejecución de una obra de infraestructura, mediante su transferencia voluntaria. En caso ello no sea posible, se procede al inicio del procedimiento expropiatorio.

Asimismo, en la jurisdicción peruana, mediante la vigente Ley de prevención y eliminación de barreras burocráticas, se controlan y eliminan barreras burocráticas establecidas a través de las regulaciones o actos que emiten las entidades de la administración pública, que impiden, dificultan o encarecen el ejercicio de la libertad de empresa en una economía social de mercado. Mediante un procedimiento administrativo, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi puede corregir determinado tipo de expropiaciones de naturaleza indirecta que no cumplan con la legalidad y con el debido procedimiento administrativo para ello; y, que no cumplan con indemnizar, con pago previo, como exige el ordenamiento constitucional al propietario agraviado.

8. BIBLIOGRAFÍA

A. LIBROS Y ARTÍCULOS

AVENDAÑO, J.: *El Derecho de propiedad en la constitución. Themis Revista de Derecho*, (30), 1994, pp. 117-122.

KRESALJA, B., y OCHOA, C.: *Derecho Constitucional Económico*. Tomo I, 2.^a ed., Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2020.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2023).

STUCCHI, P.; ARIAS, B., y AMPUERO, R.: *Inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones en Perú*. En: C. Esplugues y P. Stucchi (Eds.), *Derecho del comercio internacional peruano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 491-522.

B. TRATADOS INTERNACIONALES

Acuerdo de Promoción Comercial Perú – EEUU (2006).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (1950).

Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1952).

Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China (TLC China – Perú) (2009).

C. ACTOS DE CORTES Y TRIBUNALES INTERNACIONALES

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001). Sentencia de 6 de febrero de 2001, Ivcher Bronstein vs. Perú, Serie C, núm. 74.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). Sentencia de 22 de junio de 2015, Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, Serie C, núm. 293.

D. INSTRUMENTOS NORMATIVOS NACIONALES

Normas con rango constitucional

Constitución Política de 1933 de la República del Perú (derogada).

Constitución Política de 1979 de la República del Perú (derogada).

Constitución Política de 1993 de la República del Perú.

Normas con rango legal

Decreto Legislativo 295 (1984). Código Civil.

Decreto Legislativo núm. 1192 (2015). Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de Interferencias y otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura.

Decreto Legislativo 1210 (2015).

Decreto Legislativo 1256 (2016). Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas.

Decreto Legislativo 1330 (2017).

Decreto Legislativo 1366 (2018).

Decreto Legislativo 1373 (2018). Ley sobre extinción de dominio.

Ley 27117 (2020). Ley general de expropiaciones (derogada).

Ley 27444 (2001). Ley del Procedimiento Administrativo General.

E. ACTOS DE CORTES Y TRIBUNALES NACIONALES

Tribunal Constitucional del Perú (2003). Sentencia recaída en el expediente 0008-2003-AI/TC. (Perú).

Tribunal Constitucional del Perú (2007). Sentencia recaída en el expediente 05614-2007-PA/TC. (Perú).

Tribunal Constitucional del Perú (2011). Sentencia recaída en el expediente 02330-2011-PA/TC. (Perú).

F. ACTOS Y DOCUMENTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL

Indecopi (2010). Resolución 1525-2010/SC1-INDECOPI. Caso contra la Municipalidad Provincial de Huaral. (Perú).

