



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**La expropiación indirecta en el ordenamiento jurídico  
peruano: ¿Medida inconstitucional o herramienta estatal  
útil a favor del interés público?**

Tesis para optar el Título de  
Abogado

**Santiago Martin Zapatel Salcedo**

**Asesor(es):  
Mgr. Erick Urbina Lovón; Dr. Carlos Hakansson Nieto**

**Piura, diciembre de 2020**



## Aprobación

La tesis titulada “La expropiación indirecta en el ordenamiento jurídico peruano: ¿Medida inconstitucional o herramienta estatal útil a favor del interés público?”, presentada por el bachiller Santiago Martin Zapatel Salcedo en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por los directores de tesis, Mgtr. Erick Urbina Lovón y Dr. Carlos Hakansson Nieto.



Director de Tesis



Director de Tesis



## **Dedicatoria**

A mi madre, mi padre, mi hermano y mis abuelos. A Miguel Ángel y a mi tía Sandra que me cuidan desde el cielo.

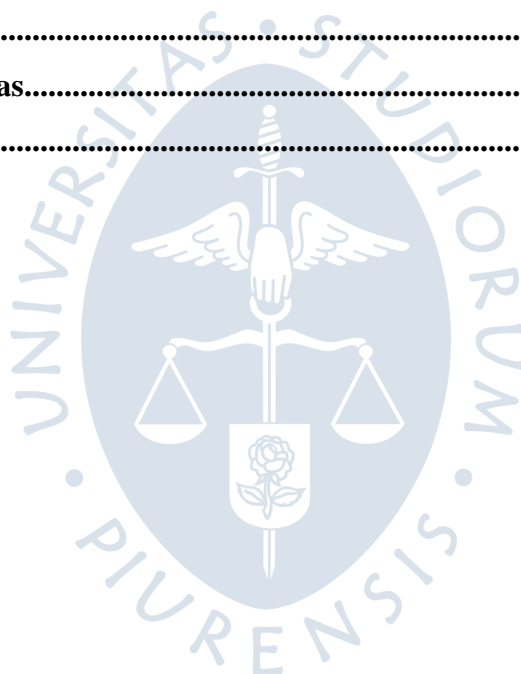




## Tabla de contenido

Introducción .....	1
<b>Capítulo 1 El derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico peruano y los límites de la administración pública .....</b>	<b>3</b>
1.1 La propiedad como derecho fundamental: concepto, alcances y limitaciones .....	3
1.1.1 La propiedad en el derecho civil.....	6
1.1.2 La función social y los límites del derecho de propiedad.....	9
1.2 La actuación administrativa en el Perú: actividad de policía, limitaciones y regulación .	12
1.2.1 La actividad de policía y la actividad ablatoria de la administración pública. ...	13
1.3 La importancia económica y jurídica del derecho propiedad en el Perú .....	15
<b>Capítulo 2 La expropiación forzosa y la expropiación indirecta en el ordenamiento jurídico peruano .....</b>	<b>17</b>
2.1 La expropiación forzosa en el Perú.....	17
2.1.1 El principio de legalidad: la reserva de ley absoluta.....	19
2.1.2 La <i>causa expropriandi</i> : seguridad nacional y necesidad pública.....	21
2.1.3 El debido procedimiento expropiatorio y el justiprecio.....	22
2.2 La expropiación indirecta.....	23
2.2.1 La noción de expropiación indirecta en los tratados internacionales que vinculan al Perú. ....	23
2.2.2 Concepto sobre la expropiación indirecta en la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera.....	26
2.2.3 Los orígenes de la expropiación indirecta: Una mirada a las <i>regulatory takings</i> y a la doctrina norteamericana. ....	29
2.3 Configuración de la expropiación indirecta en el Perú: concepto, naturaleza, y alcances. ....	35
2.3.1 Consideraciones finales sobre diversas teorías para la correcta configuración de la expropiación indirecta en el Perú.....	40
<b>Capítulo 3 La expropiación indirecta: jurisprudencia, constitucionalidad y licitud en nuestro ordenamiento .....</b>	<b>45</b>
3.1 El Tribunal Constitucional sobre la expropiación indirecta.....	45
3.1.1 El caso <i>Shougang</i> . ....	45
3.1.2 El caso <i>Duke Energy Egenor s</i> .....	48
3.1.3 El caso <i>Town House</i> inmobiliaria. ....	50

3.2 Inconstitucionalidad e ilicitud de la expropiación indirecta en el Perú y otros casos de expropiaciones ilegítimas.....	54
3.2.1 La expropiación indirecta como un acto de policía o regulatorio desnaturalizado, y el origen de su ilegitimidad e inconstitucionalidad.....	55
3.2.2 Otras formas ilegítimas o irregulares de la expropiación. ....	57
3.2.3 Responsabilidad y el daño como consecuencia de las expropiaciones indirectas. ....	58
<b>Capítulo 4 Ideas finales sobre la expropiación indirecta.....</b>	<b>63</b>
4.1 Solución a la controversia: ¿proceso de amparo o responsabilidad patrimonial de la administración pública? .....	63
<b>Conclusiones .....</b>	<b>69</b>
<b>Recomendaciones .....</b>	<b>73</b>
<b>Referencias bibliográficas.....</b>	<b>75</b>
<b>Jurisprudencia.....</b>	<b>77</b>



## Abreviaturas

Art.	Artículo
CC	Código Civil
CPC	Código Procesal Constitucional
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
DL	Decreto Legislativo
Exp.	Expediente
LPAG	Ley del Procedimiento Administrativo General
TLC	Tratado de Libre Comercio
TBI	Tratado Bilateral de Inversiones





## Introducción

La expropiación es un mecanismo regulado en el ordenamiento peruano por medio del cual, el Estado, es decir, las entidades administrativas que representan al Estado, adquieren determinado bien inmueble que tiene como presupuesto la necesidad pública o la seguridad nacional. Dicho mecanismo ha sufrido variaciones y cambios a nivel legislativo y legal a lo largo de distintos gobiernos en nuestro país, y ahora, esta institución se encuentra regulada en el DL 1192, Ley de Adquisición, expropiación, Transferencia de Inmuebles Estatales y Liberación de Interferencias.

Sin embargo, ¿qué sucede cuando una entidad administrativa, es decir, el Estado, limita las facultades otorgadas por el derecho de propiedad que un privado tiene sobre determinado bien, al punto de conseguir que dichas facultades sean inexistentes, sin tomar el bien como propiedad suya, es decir, ¿sin ejecutar una expropiación forzosa *per se*? Aquí, el ordenamiento peruano se ve limitado para dar una respuesta, ya que dicha figura no existe en nuestra regulación; sin embargo, ha surgido una cuestión jurídica importante: ¿Es esta situación algo permitido o permisible en el ordenamiento jurídico peruano? ¿Debería encontrarse regulado o debería basarse en regulaciones de otros países?

En efecto, la figura hasta el momento mencionada ha sido parte de pronunciamientos diversos por nuestro Tribunal Constitucional; sin embargo, se debe notar que mucha de la doctrina que ha sido utilizada para poder resolver este tipo de situación que involucra a la expropiación indirecta, viene de fuentes extranjeras, principalmente tratados y acuerdos internacionales. Estamos pues ante una figura que origina del derecho internacional pero que ha encontrado *de facto* una aplicación en nuestro fuero interno y que se le conoce como expropiación indirecta.

En el presente estudio, se realizará un *iter*, en primer lugar, sobre las bases y fundamentos de la propiedad como derecho fundamental en el Perú, puesto que es el derecho que la figura de la expropiación indirecta afectaría. El análisis que debemos realizar sobre la propiedad no solamente debe versar sobre la propiedad en sí misma y las facultades que otorga sino también, el contenido esencial del mismo, y la incidencia que tiene del derecho de propiedad en la economía peruana; es decir, hasta qué punto se puede ejercer el derecho de la propiedad y si desde este primer análisis, algún fundamento que permita la ejecución de la expropiación indirecta como medida limitativa, o, por el contrario, determinar que la propiedad es un derecho cuya restricción no es posible de realizar mediante la figura precitada.

Una vez se haya terminado de analizar el contenido constitucional del derecho de propiedad, es menester analizar la figura de la expropiación, tanto directa como indirecta. ¿Cuál es la diferencia entre ambas figuras jurídicas? Las respuestas que podamos obtener no solo nos ayudarán a tener una definición más clara y más acabada de la expropiación indirecta, sino que, además, señalarán la diferencia esencial del por qué existe una regulación específica para la expropiación directa y no para la expropiación indirecta, determinando así factores importantes para responder la pregunta sobre la legalidad y legitimidad de esta última figura jurídica.

Finalmente, con los conceptos, definiciones y directrices doctrinarias que se hayan obtenido hasta este punto de nuestro estudio, podremos adentrarnos a analizar las sentencias formuladas por el Tribunal Constitucional sobre casos particulares en los cuales se ha llegado a la conclusión que la actuación de la Administración Pública ha usado la figura de la expropiación indirecta. En el análisis a dichas sentencias, verificaremos no solo la decisión tomada por el Tribunal Constitucional, sino también, si la misma se ajusta al ordenamiento jurídico constitucional y si aplica de manera correcta las figuras jurídicas correspondientes.

Como se puede ver, el presente trabajo no solamente hace frente a una problemática ya existente en nuestro país, sino que, aún más, es una problemática que tiene implicancias prácticas sustantivas y, posiblemente, dañinas de aplicarse indiscriminada o erróneamente. En la opinión de quien escribe, toda limitación, ya sea está permitida o pueda permitirse, debe ejercerse con el mayor de los cuidados a los derechos de las personas que afecta, sobre todo si se trata de una relación totalmente asimétrica como lo es la del Estado con sus administrados.

El poder que emana de la Administración Pública, sobre todo cuando se trata de potestades que limitan derechos fundamentales debe estar claramente regulado y reglamentado por el ordenamiento jurídico, a fin de evitar daños ilícitos sobre los derechos de las personas, y, en específico, sobre el derecho de propiedad y las facultades que emanan de este, tal como podría suceder en los casos de expropiación indirecta. Es por ello que también, como materia de la presente investigación, es necesario dar alternativas y soluciones desde la doctrina y normativa vigente en el ordenamiento jurídico peruano, en caso de que la expropiación indirecta importe un daño ilícito al derecho de propiedad de las personas y con la finalidad de que el administrado pueda ver su derecho protegido y amparado no solo por las leyes administrativas, sino también por la Constitución.

## Capítulo 1

### El derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico peruano y los límites de la administración pública

#### 1.1 La propiedad como derecho fundamental: concepto, alcances y limitaciones

Es menester que el presente trabajo de investigación tome su punto de partida en la propiedad como derecho fundamental de las personas. Ineludiblemente, este tema llevará a formular la siguiente importante pregunta: ¿Qué es el derecho de propiedad según el orden constitucional peruano? La Constitución peruana de 1993, no brinda una definición exacta o precisa de que es el derecho de propiedad. El Art. 70 de dicha norma expresa lo siguiente sobre el mismo:

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.

Esta norma constitucional resultará ser esencial para el análisis de las figuras jurídicas que se verán en el presente trabajo de investigación, no solo, por ejemplo, del derecho de propiedad, sino también, y principalmente, de la expropiación (tanto directa como indirecta). Del mismo modo el Art. 70 nos permitirá encontrar soluciones a las diversas preguntas y problemas que surjan a lo largo de este trabajo, así como también poder tomar una postura debidamente fundamentada en lo que será, quizás, la pregunta más importante de esta tesis: ¿Es la expropiación indirecta una figura compatible con el orden constitucional peruano?

Sin embargo, el Art. 70, tal y como se presenta, no nos resulta absolutamente claro, toda vez que dicha norma constitucional no brinda una definición exacta sobre que es el derecho de propiedad, sino que más bien brinda una serie de características sobre el mismo, así como también el alcance de su protección y las limitaciones que pueden recaer sobre este.

Así, de lo leído en dicho artículo, se desprende que el derecho de propiedad: 1) es inviolable, 2) Es garantizado y 3) Solo se puede limitar por causas de seguridad nacional o necesidad pública de acuerdo a ley expropiatoria y a previo pago justipreciado.

Si bien de acuerdo a lo señalado por el Art. 70 se ponen de manifiesto las características del derecho de propiedad antes mencionadas, ¿Sobre qué se predicen estas características, alcances

y limitaciones?; es decir, ¿sobre qué facultades, limitaciones o prestaciones versan dichas características expresadas en nuestra carta magna?

Para responder a esta interrogante, y antes de simplemente otorgar de manera monótona un concepto ya preestablecido, considero necesario hacer dicha aproximación desde el desdoblamiento del contenido del derecho de propiedad, tanto en su dimensión subjetiva y objetiva, de acuerdo a la doctrina de la doble dimensión del contenido esencial de los derechos fundamentales, claramente definido de la siguiente manera:

Todos los derechos fundamentales cuentan con una doble significación en su contenido constitucionalmente protegido, uno subjetivo que contiene todas las facultades de acción que el derecho reserva a su titular y que exige la abstención por parte del poder público; y otro objetivo o institucional que contiene la obligación del poder público de realizar acciones positivas necesaria a fin de lograr el pleno ejercicio y la plena eficacia de los derechos fundamentales en el plano de la realidad. (Castillo Córdova, 2007, pág. 276)

La dimensión subjetiva, tal como lo ha definido el profesor Castillo, es el abanico de opciones y facultades que otorga un derecho a su titular. Respecto a las facultades que otorga el derecho de propiedad, nuestra Constitución, como se ha mencionado antes, no logra definir exactamente este abanico de facultades o poderes que conformarían en su conjunto este derecho, sin embargo, el máximo intérprete de la Carta Magna, el Tribunal Constitucional, en el fundamento no.5 de Exp. N.º 0008-2003-AI/TC, ha realizado la labor de formular un concepto doctrinario sobre el derecho de propiedad, o, más concretamente, sobre su dimensión subjetiva, aclarando así este “vacío”, y lo ha definido, en base a su contenido, como “el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien”, no se trata pues, de una definición *per se* sobre la propiedad, sino una definición basada en las facultades que esta misma le otorga a su titular.

El derecho de propiedad, de acuerdo al Art. 70 de la Constitución, es también un derecho garantizado por el Estado. ¿Qué quiere decir esto? Una vez más, aplicando la doctrina de la doble dimensión de los derechos fundamentales, tenemos que, así como existe una dimensión subjetiva, es decir, una dimensión referente a las facultades que el derecho importa a favor de su titular, también existe una dimensión objetiva o prestacional en los derechos fundamentales. Siendo esto así, y de acuerdo a lo referido por el profesor (Castillo Córdova, 2006)<sup>1</sup>, el derecho

---

<sup>1</sup> Cabe resaltar aquí que el profesor Castillo hace una diferenciación doctrinaria y específica respecto a, lo que él considera, un error de concepto, al señalar que el Tribunal Constitucional le adjudica la protección constitucional al derecho de propiedad a través de la teoría de la garantía institucional, no siendo esto correcto, a su juicio, y argumentando que el derecho de propiedad es un derecho fundamental, y como tal, de necesidad

de propiedad, por ser un derecho fundamental, goza de un reconocimiento institucional y es justamente su dimensión objetiva la que obliga al Estado a actuar en favor de este para así garantizar su efectivo cumplimiento, promoción y realización.

Pero además, es menester señalar que hay una importante y más trascendente garantía sobre el derecho de propiedad que deja entrever lo antes señalado, y es que, de acuerdo al concepto de la doctrina de la doble dimensión del contenido esencial de los derechos fundamentales, en su dimensión subjetiva, el derecho de propiedad no comporta solamente una actividad positiva por parte de quien tiene el derecho, sino también una negativa, es decir, la no intervención o no injerencia del poder público sobre el derecho mismo. Esto significa que el Estado tiene un deber de no perjudicar el derecho de propiedad de los administrados, sin embargo, también es cierto que ningún derecho es absoluto, puesto que si se afirmara lo contrario esto implicaría que los derechos de las personas colisionarían unos con otros eventualmente en algún punto. Los derechos, en definitiva, son limitados incluyendo el derecho de propiedad (y esto se señala expresamente en el Art. 70 de la Constitución). Esto genera las siguientes preguntas: ¿Hasta qué punto el poder público no puede interferir o abstenerse de incidir sobre el derecho de propiedad? ¿Cuál es el alcance de esta abstención? ¿Cuál es la limitación del derecho de propiedad? Estos cuestionamientos ayudarán a desarrollar el presente más adelante.

El Art. 70 de la Constitución, no es la única disposición constitucional referente al derecho de propiedad, sin embargo, es mi opinión, que, para el propósito de este trabajo de investigación, es el artículo cuyo análisis e interpretación será de suma mayor importancia para desarrollar y analizar la institución de la expropiación desde el punto de vista constitucional. Es por ello que se ha empezado por este importante artículo constitucional, para ahora dar cabida a los artículos constitucionales que también reconocen la importancia del derecho de propiedad a nivel de derechos fundamentales.

Así, el Art. 2, inciso 16 de nuestra Constitución consagra el derecho a la propiedad como derecho fundamental de la persona; es decir, que toda persona tiene por el simple hecho de serlo. Sin embargo, tampoco dicho artículo importa una definición sobre la propiedad ni tampoco extiende en ninguna forma como se configura este derecho.

Finalmente, aunque son importantes, existen artículos que inciden sobre el derecho de propiedad, pero no de manera directa, es por ello que considero que los mismos serían materia

---

jurídico política de primer orden, y que por ser o tratarse de derecho fundamental se le debe otorgar una mayor protección y nivel de garantía, siendo así la doctrina de la garantía institucional una doctrina que no aplica por cuestiones de ser una teoría superada y ahora obsoleta.

de un estudio distinto. Estos artículos son, entre otros, el 72 y 73 de la misma Carta Magna, referidos a la restricción que puede imponer por ley en casos de seguridad nacional y a los bienes de dominio y uso público.

Se ve entonces que, a pesar de no encontrar una definición concreta del derecho de propiedad en nuestra constitución, si encontramos características fundamentales y esenciales al mismo en su Art. 70. Además de ello, el Tribunal Constitucional sí ha podido brindar una definición clara sobre el derecho de propiedad, y sobre ella se ha delimitado, a su vez, tanto su ámbito o dimensión subjetiva, así como su dimensión objetiva o prestacional, las cuales ambas forman parte del contenido esencial del derecho fundamental de propiedad. Del mismo modo, hemos de recordar que dicho contenido esencial no solamente faculta al sujeto que ostenta el derecho de propiedad a una serie de posibilidades contenidas dentro del mismo derecho, sino que también prohíbe al Estado a actuar de manera invasiva sobre el mismo. Todo ello es una consideración significativa, ya que, al tratar los límites y las posibilidades del derecho de propiedad, no solamente referimos el contenido del mismo, sino también figuras o instituciones que veremos en adelante, por su relevante injerencia en aquel derecho: la actuación administrativa, la función social de la propiedad, y ultimadamente, la expropiación (directa e indirecta).

**1.1.1 La propiedad en el derecho civil.** La tradición constitucional de los derechos fundamentales, aunque pueda sorprender, no data de hace mucho tiempo atrás, si es que hablamos en términos de la cronología y sucesos histórico-jurídicos que han impactado el mundo. Los derechos fundamentales concebidos en gran medida como se conciben ahora, datan de una transformación y evolución histórica cuyo primer gran momento podría argumentarse que empezó en la época de las grandes revoluciones, como la americana y la francesa, en donde el positivismo jurídico y las libertades individuales se enfatizaron para restringir y limitar los poderes absolutistas monárquicos, realizando diversos textos legales para la promoción y protección de dicha ideología (v.gr. la elaboración de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano) . Las ideas liberales y positivistas verían su mayor crisis durante la Segunda Guerra Mundial y el sistema jurídico nacionalsocialista, en donde los derechos de las personas se verían opacados por los ideales ultranacionalistas, la formalidad de la ley y el positivismo jurídico a ultranza. La norma era imperante, aún si esta fuese contraria a la naturaleza misma del derecho y de la persona, y la Constitución se erigía como un constructo

potenciador de las maquinaciones del gobierno de turno, y no como la norma protectora de los derechos humanos y del control del poder estatal<sup>2</sup>.

Posteriormente, ante las crisis que supusieron regímenes como el nacional socialista alemán, el comunista ruso, o el Partido Nacional Fascista italiano, el mundo occidental tuvo que, una vez más, reconfigurar las ideas sobre los derechos de las personas, y es así como nació lo que se convertiría hoy en día en el Estado Democrático de Derecho, en donde la norma y la ley son herramientas que reconocen los derechos intrínsecos de las personas y se entiende inherentes a ellas solo por el hecho de serlas, siendo así que la norma, aunque en forma incluso pueda ser constitucional, si contraviene la naturaleza humana, es pasible de ser objetada.

¿Cuál es la relación de la cronología histórica antes descrita con el contenido o concepto civil de propiedad? Simple, la propiedad, si bien también se configuró y se entendió como un derecho fundamental de los hombres, es una institución que precede con creces la historia constitucional, y que, de acuerdo a nuestra historia jurídica de carácter romano-germánico, se remonta hasta el Imperio Romano.

Es así que, en nuestra tradición jurídica, la propiedad siempre ha connotado una clara y duradera permanencia, no solo como un derecho absoluto (tal como lo definían los romanos) sino que su contenido siempre ha implicado una utilidad y una función económica en la sociedad.

Del mismo modo que los derechos fundamentales han evolucionado, la evolución histórica del contenido del derecho de propiedad ha evolucionado aún más, y durante más tiempo. A pesar de que esta investigación no es de índole histórica, basta decir que nuestra actual manera de entender y comprender el derecho de propiedad en su ámbito civil, viene dado por la influencia codificadora de la época napoleónica.

Así, el Perú, también ha tenido una evolución en su codificación y entender del derecho de propiedad. Actualmente, en el CC de 1984, el derecho de propiedad se configura como el derecho real por excelencia y en su artículo 923, se define al mismo como “el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien”, además, señala que “debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”. Esta definición, tiene elementos que hemos podido ya analizar a nivel constitucional, y, desde ya, se puede apreciar

---

<sup>2</sup> Así, a modo de ejemplo, existían instituciones como la *Erbhof* cuya noción era vincular la tierra o la propiedad de determinada persona a la familia de la misma, impidiendo cualquier transferencia *inter vivos* que se hiciera de la misma, pues no era acorde a las ideas del partido, ya que la misma solo podía pertenecer a la familia y al pueblo alemán. (Mendoza del Maestro, 2013)

la clara similitud y concordancia entre las disposiciones constitucionales y su interpretación con las del CC, en tanto la historia jurídica y la evolución de la institución son hoy en día una y la misma: La propiedad como derecho inherente al ser humano y como haz de facultades que le permite realizarse en su vida social, económica y cultural.

No solo esto, sino que, el Art. 925 determina que “las restricciones legales de la propiedad establecidas por causa de necesidad y utilidades públicas o de interés social no pueden modificarse ni suprimirse por acto jurídico”. El CC en este artículo, en sintonía con lo descrito en el Art. 923, pretende dejar en claro que las facultades y libertades privadas no pueden sobrepasar en ninguna forma el bien común y los intereses que sean en beneficio de la sociedad. Se puede concluir de manera certera que, de acuerdo al artículo antes mencionado y aún en el Derecho Civil, el derecho de propiedad no es un derecho absoluto, toda vez que se circunscribe en una sociedad que le impone limitaciones puesto que su ejercicio debe enmarcarse en el interés social y bien común de la sociedad.

Extendiendo el concepto de las limitaciones que existen en el código civil y que inciden sobre el derecho de propiedad, el Art. 928 del Código Civil específicamente dice que la expropiación se rige por la legislación de la materia, no estableciendo así restricción, limitación o incompatibilidad con lo dispuesto por la Constitución y el DL 1192.

Como se aprecia, el concepto de derecho propiedad en el Código Civil no contradice lo dispuesto por nuestra Carta Magna o por lo mencionado en el Tribunal Constitucional, sino que, más bien, lo refuerza. La cohesión existente entre ambos conceptos no solo es benéfica para la solidez en cuanto al contenido jurídico del derecho de propiedad (tanto en su ámbito constitucional como civil), sino que también es importante para brindar estabilidad en el aspecto socio-económico, tanto colectivo como individual. La existencia de una doble configuración del derecho de propiedad tanto como derecho fundamental y como derecho civil, no incide en el contenido del mismo, sino que simplemente deja entender que el derecho de propiedad es analizado y protegido desde ángulos distintos. Así, el primero protege la esfera y contenido esencial del haz de posibilidades que este derecho permite, y la segunda incide en las facultades subjetivas que posee quien es titular del derecho, así como su relación con la *res* y con el resto de las personas en el entorno civil, configurándose así en la práctica el contenido no solamente jurídico sino también económico, puesto que del derecho de propiedad surgen todas las actuaciones que una persona puede realizar sobre sus bienes, del tal forma que este moviliza la actividad económica de las personas y de la sociedad: vendiendo, arrendando, usufructuando, etc. Es innegable que el derecho de propiedad a nivel jurídico está íntimamente ligado con sus

efectos e incidencias en la vida económica de un país y de las personas. Es por ello que se sitúa como piedra angular en el capítulo económico de nuestra Constitución y como eje central de la libertad socio económica que el Perú defiende y busca lograr en todos los sectores de la población.

**1.1.2 La función social y los límites del derecho de propiedad.** De acuerdo a las definiciones previamente otorgadas tanto por nuestra Constitución (o por el Tribunal Constitucional, en todo caso) como por el Código Civil, podemos afirmar que el derecho de propiedad importa un haz de facultades para quien es el titular del derecho y ese haz de facultades lo puede ejercer libremente. Ahora bien, los mismos conceptos (o la normativa referente a ellos) también reconocen una clara delimitación al derecho de propiedad. Es entonces importante preguntarse ¿Cuál es el límite del derecho de propiedad?

El Art. 70 de la Constitución de manera literal hace referencia a que la propiedad debe ejercerse acorde al “bien común” y el Art. 923 de nuestro Código Civil, de la misma manera, señala que la propiedad se ejerce en favor del “interés social”. Nuestra Constitución, tanto como nuestro Código Civil, indican claramente que, *a contrario sensu*, el derecho de propiedad no se ejerce de manera absoluta, sino que existen parámetros, llamados “bien común” o “interés social”, los cuales, forman parte de un nuevo concepto nacido a raíz del cambio de los estados liberales que exacerbaban el derecho de propiedad (y los derechos en general), a un Estado Constitucional de Derecho, en donde los derechos comportan también consigo deberes y cargas para con la sociedad. Este es el nacimiento de la “función social” de la propiedad.

Al respecto, en sentencia que ya hemos tenido la oportunidad de anotar, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente respecto a la función social de la propiedad:

Es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Así, en la propiedad no sólo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues sólo de esa manera estará garantizado el bien común. Ello requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la economía. (Exp. N. ° 0008–2003–AI/TC)

Al decir el Tribunal Constitucional que la función social es consustancial a la propiedad, está señalando que, en efecto, el derecho de propiedad se entiende tanto como haz de facultades, pero que también conlleva una carga y deber para con la sociedad, que corresponden a quien es el titular del derecho. En este sentido, señala también el profesor Castillo (2006) que, “la

función social que es intrínseca al derecho de propiedad obliga al propietario a armonizar su interés personal con el interés social, o al menos, a estar dispuesto a que esa armonización se llegue a dar”. (p.13)

En el caso español, la doctrina civilista española, como es lógico concluir, también ha visto históricamente cambios y modificaciones en la noción de propiedad y función social, pero además, gracias al constitucionalismo, ha ido también refinando ambos conceptos, concluyendo que el derecho de propiedad en efecto importa una serie de facultades a favor de quien lo ostenta, y no es en sí mismo la función social, o no debe la totalidad de su fundamento a la función social, sino que esta actúa como delimitante del mismo, para ver realizado su fin último, que es el bien común y la mejoría de la sociedad. En este sentido, y reforzando la doctrina española, el Tribunal Constitucional español ha reconocido que la función social es un elemento estructural de la propiedad, y, al igual que lo descrito en párrafos anteriores, el derecho de propiedad importa una única y sólida unidad de preceptos, que importan tanto el ejercicio de su abanico de facultades, como la delimitación referida a su función social, no siendo este un límite externo, pero algo intrínseco al mismo contenido esencial del derecho de propiedad, el cual, inescindiblemente e indivisiblemente, contiene dos partes de un todo: utilidad individual y finalidad social. (Cobo Olvera & *et. al*, 2011)

Ahora, ¿Existe diferencia entre la terminología de “bien común” e “interés social”?<sup>3</sup> ¿A cuál alude la función social de la propiedad? ¿Al bien común o al interés social?

La función social de la propiedad es un término abstracto que alude, como ya se ha mencionado, a la carga o deber que importa el derecho de propiedad, pues esta, al ser un derecho ejercido en comunidad, no es absoluto, sino que se debe ejercer en armonía en conjunto con la sociedad, al punto no solo de usarla como indica su naturaleza económica, sino también de limitarse, incluso *in extremis*, si es que fuese necesario así hacerlo.<sup>4</sup>

Entonces, ¿Cuál es el principal criterio para determinar la función social? ¿el bien común o el interés social? Considero que ambos términos se usan indistintamente y aluden a lo mismo, porque más allá de cualquier discusión doctrinaria que pueda existir, ambos términos no solo importan en sí mismo el delimitador del derecho de propiedad (en virtud de la función social), sino que también protegen el contenido esencial del mismo, y es que, toda actuación del Estado,

---

<sup>3</sup> Podría hablarse de otra terminología similar, como “interés general” o “bienestar general”, pero referiré solamente la terminología expresamente señalada por nuestras normas a fin de evitar confusiones y no desviar la presente investigación.

<sup>4</sup> Considero que tanto necesidad pública como seguridad nacional, en el caso de expropiación son conceptos obviamente derivados del más genérico: Bien Común o Interés social

si no es razonable, si no es proporcional y si no está amparada en ninguno de estos conceptos, no solo será arbitraria, sino que no obedecerá a la función social de la propiedad, y por tanto, no obedecerá al contenido esencial del derecho de propiedad, causando así una transgresión del mismo y por tanto una lesión en el derecho. Es por ello que Barrón(2013) también señala sobre este punto que “las medidas intervencionistas sobre la propiedad se justifican por el logro del bien común, por lo que este constituye su fundamento, pero también su límite”( p.91), siendo así que los conceptos de bien común e interés social importan no solo las coordenadas de la función social de la propiedad a fin de que esta cumpla su tarea en la colectividad, sino también que importan las coordenadas de la actuación estatal y administrativa, para darle a esta última contenido, razón y finalidad.

Lo cierto es que la función social de la propiedad es un criterio importante, pero indefinido, y como tal, se ha de ver su correcto desempeño y ejercicio a la luz de cada caso en concreto, puesto que “la función social de la propiedad, en estricto, el bien común, ayuda a determinar en cada caso concreto si una concreta pretensión forma o no parte del contenido constitucional del derecho de propiedad”(Castillo, 2006, p.14), y esto es algo que se deberá recordar y tomar en cuenta al momento de analizar los casos que se suscitan sobre toda medida restrictiva o limitativa sobre el derecho de propiedad.

La función social de la propiedad, tal y como se ha explicado en párrafos anteriores, tiene como finalidad limitar el ejercicio de este derecho por parte de quien lo ostente, ya que no es un derecho absoluto, además de que el Estado, como garante del derecho de propiedad, debe velar por la armonización entre el ejercicio del derecho de propiedad y el bien común, no solo ejerciendo sus potestades administrativas de manera positiva, sino también respetando y no interviniendo sobre la misma sin una justificación en las coordenadas de la función social de la propiedad, el bien común y el interés social, por cuanto la propiedad tiene sentido y finalidad no solo en su ejercicio individualista y solipicista, sino que encuentra su esencia en su correcto ejercicio económico, social y formando parte de una colectividad.

En este sentido, es importante recordar lo que el profesor Barrón (2018) afirma al respecto:

La propiedad se justifica no solo para tutelar la libertad personal en el ámbito económico (causa filosófica), sino también por los efectos benéficos que produce en la sociedad (consecuencia pragmática). Por tal motivo, el instituto defiende valores individuales, como el disfrute propio o la eficiencia económica, pero también los sociales, como la generación de riqueza, la promoción de trabajo y el esfuerzo, la mejora

tecnológica, la concatenación con fines sociales como la solidaridad y el reparto en comunidad. (p.80)

Por otro lado, así como existe un límite interno en el derecho de propiedad, también existe un límite externo, un límite derivado de la configuración externa de otros derechos fundamentales, y es pues que, el ejercicio del derecho no puede, en ninguna forma, violentar el contenido esencial de otro derecho, ni afectar a terceros en el ejercicio legítimo de su derecho. A esto la doctrina lo conoce como abuso del derecho. Este límite o prohibición, “excluye de la protección de la ley el ejercicio disfuncional de los derechos, es decir, no relacionado con el fin para el que están reconocidos” (Zegarra, 2009, p.104)<sup>5</sup>

## **1.2 La actuación administrativa en el Perú: actividad de policía, limitaciones y regulación**

Habiendo establecido los alcances de la protección constitucional del derecho de propiedad, y concluir que, si bien cuenta con una protección primordial por tratarse de un derecho fundamental, también se trata de un derecho que viene limitado por su mismo contenido, y que, por lo tanto, debe ejercerse en armonía con la sociedad para alcanzar así el bien común; toca entender ahora en este punto de donde provienen estos límites. Desde luego no nos referimos al fundamento de la limitación *per se*, lo cual ya se ha podido estudiar en acápites anteriores, sino que se trata de quien efectivamente ordena, regula o limita el derecho de propiedad en concreto.

El fundamento de la limitación del derecho de propiedad se condice con otro principio, y este es el del poder estatal para limitar nuestros derechos en favor del bien común. A esta actividad administrativa que se encarga de limitar, regular y proteger el interés social de la colectividad se le conoce como Poder de Policía.

Desde un punto de vista formal, la Administración Pública se puede ver dividida en 3 categorías: Acto administrativo, contratos y reglamentos. Sin embargo, hoy nos ocupa una clasificación distinta, pues no estaremos hablando del acto administrativo *per se*, sino que nos

---

<sup>5</sup> Ciertamente, existen diversas teorías sobre cómo se configuran los límites de la propiedad, dentro de las cuales, las más importantes son aquella que considera que los derechos son irrestrictos y es el Estado quien le impone los límites (visión individualista y liberalista de los derechos) y aquella que considera a los derechos como no absolutos (visión armonizadora). En el presente estudio nos hemos decantado por la teoría que considera a los derechos fundamentales intrínsecamente limitados en su contenido esencial, por cuanto entiendo es mucho más lógica y coherente con el ordenamiento y sistema jurídico peruano, sobre todo en lo respectivo al derecho de propiedad. (Veintimilla Vega, 2016, págs. 19-43)

interesa la actividad estatal que busca imponer ciertos límites a los derechos en busca de una mejora social o del bien común.

De esta manera, la clasificación que de momento nos interesa es la establecida por el profesor Martínez López-Muñiz, mediante la cual la actividad administrativa se ordena de acuerdo a las técnicas usadas para alcanzar el bienestar general (Lección 19, 2015)<sup>6</sup>:

Así, tenemos:

- I) Técnicas de Ordenación y garantía de la libertad y de la propiedad: Que a su vez se subdividen en: a) Actividad Constrictiva y b) Actividad de Fomento.
- II) Directa Satisfacción de las necesidades de los administrados.

En el presente estudio, nos interesara solamente la clasificación correspondiente a las Técnicas de Ordenación y Garantía de la libertad y de la propiedad., y más aun concretamente, su subdivisión en la actividad de policía y la actividad ablatoria.

### **1.2.1 La actividad de policía y la actividad ablatoria de la administración pública.**

“Policía” no se refiere al concepto moderno de los agentes pertenecientes al cuerpo estatal encargados con el orden de la ciudad, sin embargo, sí comparte la misma raíz. “*Polis*” es la palabra griega referida a la ciudad y como tal, la actividad de policía de la Administración Pública también se refiere a la potestad de esta última ejercida sobre la comunidad y colectividad.

La actividad de policía se define como los medios y operaciones típicamente dirigidas a los administrados en forma de limitaciones, sujeciones, en orden al bien común. Además, se caracterizan por ser límites generales, que puedan ser positivos o negativos, de la libertad y/o, derechos de las personas. Se imponen de forma abstracta y responden a la idea de que los derechos de las personas tienen un límite, no son nunca absolutos.

La actividad de policía, pese a diversas clasificaciones conceptos y teorías, se entiende como el poder estatal que limita y restringe los derechos de los administrados en orden al bien común o al interés público. Ahora bien, tampoco es parte de nuestro estudio entablar un tratado sobre la correcta denominación para determinar la actividad de policía, pues hay quien afirma que el termino policía, regulación o limitación importa una visión conflictivista de los derechos.

---

<sup>6</sup> Para más detalle sobre la clasificación Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La publicación de recursos y servicios” en COSCULLUELA MONTANER. (DIR.), Estudios de derecho público. Libro homenaje a Sebastián Martín-Retortillo, Civitas, Madrid, 2003.

Al respecto e independientemente de dicha discusión doctrinaria, es evidente que en el presente trabajo nuestra posición respecto a los derechos de los ciudadanos y los derechos fundamentales no es una propia del liberalismo, debido a que (y como ya se ha mencionado) consideramos que los derechos de las personas no son absolutos y por tanto, no es una cuestión de conflictivizar potestades administrativas contra derechos del administrado, sino de determinar en cada caso cual es la medida adoptada por la Administración Pública, la naturaleza de la limitación y si la misma obedece al contenido esencial del derecho restringido. Esto es, de manera oportuna, lo que ya hemos venido mencionando del derecho de propiedad, y será tema central de la discusión sobre la expropiación indirecta. Es así que el uso de los términos ya acotados anteriormente no lleva carga ideológica alguna, sino que importan más bien una manera directa y propia de definir el actuar administrativo en ciertos casos, ya sea se limite un derecho, se regule o se restrinja.

Cuando hablamos del fundamento de la actividad de policía y hablamos del contenido intrínsecamente delimitado de los derechos, no estamos hablando de dos fundamentos separados, sino de uno solo que vincula ambos extremos y los une de manera sinalagmática: El derecho no es absoluto, es limitado, y en virtud a esa limitación el poder de policía puede ejercer sus facultades para regularlo en cada caso concreto; del mismo modo, el poder de policía solo se puede ejercer en cuanto existe un contenido delimitable, no así interviniendo de manera ilegítima en el contenido esencial del derecho ejercido, cuando la limitación o regulación no sea propicia, acorde a la ley o desproporcionada.

Los principios bajo los cuales se rige la actividad de policía son los siguientes: a) Principio de Legalidad, es decir, que los actos de policía deben regirse y someterse a una ley habilitante b) Proporcionalidad, que el medio limitativo o restrictivo sea acorde al objetivo deseado por parte de la Administración y sea equilibrado en la limitación ejercida c) Participación, fomentando la participación ciudadana y de los administrados en determinadas situaciones, d) Juridicidad, debe existir un acto normativo de la administración que fundamente la actividad, e) No indemnizabilidad, la actividad de policía, al ser genérica y abstracta, no puede ser indemnizable, puesto que se imponen como condiciones generales a los administrados para el ejercicio de determinados derechos, orientado , desde luego, al bien común

Por otro lado, la actividad ablatoria de la administración, justamente se diferencia principalmente de la actividad de policía en cuanto que la limitación supone un sacrificio particular, y no una restricción de manera genérica y abstracta. Ambas actividades persiguen el bien común y el bienestar social, sin embargo, la diferencia radica en la envergadura de la

misma. Mientras que la actividad ablatoria supone una medida privativa impuesta a personas en particular, la actividad de policía es genérica y abstracta. De tal manera que de aquí parte la segunda diferencia; por ser singularizada, la primera requiere una indemnización, mientras que la segunda no, ya que, al ser una medida genérica, una indemnización sería incongruente con la medida misma. La figura más importante de la actividad ablatoria es la expropiación forzosa. (Lección 19, Notas al Curso de Derecho Administrativo, 2015)

### **1.3 La importancia económica y jurídica del derecho propiedad en el Perú**

A manera de concluir el presente capítulo, considero que es necesario entender la importante función que desempeña el derecho de propiedad tanto económica como jurídicamente en nuestro país. De lo visto hasta el momento, se ha expuesto que el capítulo económico de nuestra Constitución, en su título III, consagra el régimen económico del país, y este a su vez, en su capítulo III, consagra el régimen de la propiedad, iniciando el mismo en el Art.70, precepto normativo que ya se ha tenido la oportunidad de analizar.

Justamente, en el análisis realizado se pudo apreciar que el derecho propiedad goza de una protección muy sólida, al punto de calificarla como un derecho “inviolable” es decir, que no se puede transgredir o lesionar salvo los casos que la Constitución considere, que, en efecto, solo son dos: Necesidad Pública y Seguridad Nacional. Sin embargo, también es importante anotar que sí es un derecho pasible de ser limitado (mas no privado de su contenido) bajo el concepto de la función social de la propiedad, que es consustancial al derecho mismo.

Con esto, la Constitución peruana lo que indica es que todas las personas no solo pueden adquirir propiedad, sino que la incentiva de una manera especial: regulando y restringiendo la actuación pública que pueda afectar este derecho, creando así seguridad jurídica en el tráfico económico de nuestra sociedad.

El Perú actualmente, según nuestra Constitución, sigue un modelo de economía social de mercado, en donde no hay un intervencionismo estatal sobre las actividades privadas, pero tampoco hay una economía privatista (*laissez faire*) donde el Estado esté prohibido de accionar sobre el acontecer económico del país, con lo cual podemos armonizar lo ya antes mencionado sobre la función social de la propiedad.

Así, la Constitución actual, que data originalmente de 1993, introdujo conceptos jurídicos que inciden sobre nuestra economía de manera importante como el principio de subsidiariedad,

los contratos ley y, en general, mayores derechos y libertades para atraer la inversión extranjera y nacional. (Abad Yupanqui, 2018)

Tales conceptos jurídicos inciden en la vida económica del país porque de ellos muchas veces depende la intervención que el Estado pueda tener en el devenir económico del país. Así, por ejemplo, bajo el principio de subsidiariedad, el Estado solo puede intervenir en la competencia de mercado, de manera directa o indirecta, cuando haya necesidades que no pueden ser cubiertas por los privados. Como se aprecia, puede existir una intervención estatal, pero solo en la medida en que los privados no vean afectados sus derechos y libertades económicas.

Ahora bien, surgen las siguientes preguntas: ¿Cuál es la relación del capítulo económico con el derecho de propiedad? ¿Cuál es la relación del capítulo económico con el tema de estudio de este trabajo de investigación? Pues, retomando la idea expuesta en los párrafos anteriores, el derecho de propiedad, ha sido reconocido por nuestra actual Constitución, como un derecho irrevocable e inviolable, y que solamente puede ser afectado por las causales previstas en la misma norma constitucional. De una lectura conjunta y sistemática del capítulo económico, es lógico concluir que, toda la dirección de la Constitución al respecto del actuar político-estatal sobre las principales actividades económicas del país, trata de buscar una relación armónica en donde el Estado tiene que cumplir la función de garante y de protector, y solo en cuanto haya una necesidad imperante que signifique un mayor interés en orden al bienestar común o el interés social, el Estado estará facultado a intervenir de manera más directa. Este es el caso no solo de la expropiación forzosa, sino también como hemos visto, el del principio de subsidiariedad.

Tal como se ha vislumbrado en los anteriores acápite del presente capítulo, la relación entre la Administración Pública y los administrados no es una de antagonismo, sino que, los derechos de los últimos son fuente y causa no solo de su sólida protección, sino que también constituyen un fundamento doctrinario para que el Estado pueda actuar en su regulación, en aras de perseguir el bienestar común y, de hecho, ese es parte del fundamento de la existencia del Estado, la realización del bien común e individual de las personas.

## Capítulo 2

### La expropiación forzosa y la expropiación indirecta en el ordenamiento jurídico peruano

#### 2.1 La expropiación forzosa en el Perú

Considero de suma importancia, antes de analizar la figura de la expropiación indirecta, revisar la figura de la expropiación forzosa en el Perú, ya que, como medida privativa del derecho de propiedad que el Estado reconoce y faculta a favor de la Administración Pública, será necesario entenderla en su totalidad para luego realizar una propuesta comparativa a fin de abarcar de manera completa el entendimiento sobre la expropiación indirecta. En definitiva, no es posible empezar a analizar la expropiación indirecta sin tomar anotaciones sobre su contraparte, no solo por la relación que evidentemente se aprecia en la similitud del concepto, sino también porque es necesario entender como el Perú configura y entiende esta importante medida privativa del derecho de propiedad.

La expropiación en el Perú es una figura cuyo arraigo no es novedoso. La expropiación forzosa, a pesar de sus innovaciones y transformaciones a nivel legislativo y doctrinario, siempre ha sido una herramienta estatal para garantizar los fines del Estado. Estas evoluciones, lo que han ocasionado a través de la historia, es que la lesión o perjuicio que finalmente la acarrea una persona o administrado, sea cada vez menor o más justamente recompensada o indemnizada por parte del Estado.

Actualmente, la expropiación forzosa viene regulada en el DL 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.

La norma antes mencionada indica lo siguiente respecto al concepto y definición de lo que se debe entender por expropiación:

4.4 Expropiación : Es la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada sustentada en causa de seguridad nacional o necesidad pública, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso de la República a favor del Estado, a iniciativa del Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio, conforme al Art. 70 de la Constitución Política del Perú y las reglas establecidas en el presente Decreto Legislativo (Artículo 4, Inciso 4 del Decreto Legislativo 1192).

Haciendo una pequeña descomposición de la norma y de acuerdo a Huapaya Tapia y Sánchez Povis (2016) la expropiación tiene los siguientes componentes y características esenciales:

1. Es una transferencia forzosa de propiedad privada: No nace de la libertad contractual o autonomía de la voluntad de las partes, sino que más bien nace del ejercicio de las potestades que tiene el estado y que le vienen dadas por una ley. El administrado sufre una afectación a su derecho que debe ser, definitivamente, resarcido. Este punto será analizado en mayor detalle y cobrará mayor importancia más adelante.
2. Solo responde a causas de seguridad nacional o necesidad pública
3. Debe ser autorizada por ley expresa del Congreso: Como bien lo resume el título y también se verá más adelante en el presente acápite, esto es esencialmente el principio de legalidad hecho una normativa esencial y requisito necesario para ejercer la facultad de expropiación.
4. Se realiza bajo un procedimiento riguroso y taxativo al cual podemos llamar “debido procedimiento expropiatorio”
5. El debido procedimiento expropiatorio incluye la realización de un pago justipreciado previamente al propietario: Todo daño que se realice al administrado en base a una expropiación debe ser indemnizado. Esta indemnización se basa en el justiprecio que se tasa por el inmueble objeto de la expropiación. El administrado tiene el derecho de rebatir o discutir dicho precio, con lo cual, puede hacer valer su derecho para que se le indemnice lo que le corresponde, de ser que el justiprecio *prima facie* establecido resulte ser injusto o insuficiente.

Estas cuatro coordenadas rigen el concepto de la expropiación forzosa, todas son sumamente importantes y serán mencionadas en muchas instancias del presente trabajo, y es por ello que ahora es necesario explicar las mismas para descomponer y analizar de mejor manera esta institución y sus requisitos, ya que a pesar de que legislativamente estos se mencionen, inevitablemente, surgen las siguientes preguntas: ¿Que significan exactamente los conceptos de seguridad nacional y necesidad pública?, ¿qué significa que exista reserva de ley? y ¿qué es el debido proceso expropiatorio? Para responder estas interrogantes, ahora desarrollaremos aquellas cuatro importantes coordenadas que rigen la expropiación forzosa en el Perú.

**2.1.1 El principio de legalidad: la reserva de ley absoluta.** El principio de legalidad rige, virtualmente, todo el actuar administrativo o estatal en lo que es un Estado Constitucional de Derecho. El mundo occidental ya no se encuentra en una época donde el rey, solo por el hecho de ser rey, puede ejercer cualesquiera facultades que desee contra quienes desee; sino que, la ley dictamina y rige que es lo que el Estado puede hacer o no.

El principio de legalidad se configura entonces como una garantía “para establecer un contexto de certeza y seguridad jurídica que permitirá el desarrollo de la libertad civil de los ciudadanos” (Cairo Roldan *et al.*, 2013, p.13), y que, a su vez, impide el accionar arbitrario e indiscriminado de la Administración Pública.<sup>7</sup>

Es importante destacar que el principio de legalidad es imperante en aquellas ramas donde la Administración Pública ejerce un poder que, de hecho, generará cargas negativas al administrado. Dicho esto, para que una sociedad funcione, es importante aceptar estos riesgos y repercusiones; así, por ejemplo, el Derecho Penal sanciona y castiga a quienes cometen un delito privándolos de su libertad, el Derecho Tributario grava con impuestos a los administrados para que así el Estado pueda realizar obras y proyectos públicos, el Derecho Administrativo sanciona con multas a quienes infringen normas y, en el caso que nos compete, a veces, toma forzosamente la propiedad de una persona por ser de urgente necesidad social.

En el caso de la expropiación forzosa, el Art. 70 de nuestra Constitución exige que la misma solo pueda ser realizada por ley, del mismo modo, el Art. 25 del DL 1192, refiere que “en la ley que se expida en cada caso debe señalarse la razón de necesidad pública o seguridad nacional que justifica la expropiación”, dejando en claro que solo mediante ley es que la expropiación puede autorizarse.

El término “ley”, sin embargo, puede ser un tanto genérico, dicho de otra forma, el principio de reserva de ley puede aludir no solo a “ley” en sentido de la norma con rango de ley, sino a “ley” en sentido material, es decir de otras normas que se ajustan a la jerarquía normativa de nuestro país, puesto que el principio de reserva de ley, es pasible de entenderse bidimensionalmente. En sentido estricto este principio supone que todos los actos estatales deben regirse por la Constitución, las leyes y sus reglamentos, y en sentido amplio todos los actos de la autoridad administrativa deben someterse a las normas generales y abstractas, de

---

<sup>7</sup> Diametralmente opuesto a la noción de los derechos civiles en donde lo que la ley no prohíbe, se encuentra permitido. En el caso de la Administración Pública, esta no solo está obligada positivamente a realizar lo que la ley le exige, sino que, además, en su sentido negativo, lo que la ley no le faculta a realizar, se encuentra prohibido.

origen legislativo o no e inclusive a las propias normas que emanen de dicha autoridad administrativa. (Cairo Roldán *et al.*, 2013)

Sin embargo, en el caso de la expropiación forzosa, y más aún en el DL 1192, esto no queda esclarecido del todo, ya que la ley solo hace referencia a “ley autoritativa”, mas no de donde tiene que provenir dicha ley, como si lo hacia la ley 27117 en su Art. 2, en la cual exigía que la expropiación solo podía quedar autorizada mediante ley expresa del Congreso.

Por suerte, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto, y ha referido que, según el artículo 70 de nuestra constitución, el ejercicio de la potestad expropiatoria está sujeto a una reserva de ley absoluta, es decir, ley expedida por el Congreso de la República, negando la posibilidad de que esta pueda ser realizada mediante decretos de urgencia, decretos legislativos u ordenanzas municipales. (Exp. 00031-2004-AI/TC)

El punto anterior es sumamente importante y será determinante para poder confrontar la actuación del Estado en las ocasiones que se ha llevado a cabo la expropiación indirecta, puesto que surge una interrogante importante: Si el principio de legalidad exige que exista una ley para que se pueda llevar a cabo una actuación que afectará negativamente al administrado, ¿La expropiación indirecta comporta una actividad administrativa conforme al principio de legalidad? La respuesta está íntimamente ligada con la naturaleza de la misma. Y es que, en realidad, la figura de la expropiación indirecta, y como también veremos más adelante, no es una figura o institución *per se*. La doctrina ha entendido de manera genérica, a la expropiación indirecta como una actuación o acto administrativo cuyos efectos se asemejan o son similares a los de una expropiación forzosa, y, toda vez que en realidad tratamos en realidad de un acto administrativo, en principio, dicho acto tendría que estar habilitado bajo una ley.

La situación se torna un tanto compleja en tanto que el acto administrativo como tal podría estar habilitado por ley, pero, si lo que realmente acontece es un efecto expropiatorio, ¿Se estaría violando el principio de legalidad que se exige? Soy de la opinión que, cuando se habla de un acto administrativo, este no estaría violentando el principio de legalidad, pero si entendemos el acto administrativo como un acto simulado para dar paso a una expropiación soterrada o encubierta, sería evidentemente contrario a la exigencia, no solo del principio de reserva de ley, sino a los requisitos expresamente demandados tanto por el Art. 70 de la Constitución como de la norma expropiatoria, el DL 1192.

**2.1.2 La causa expropriandi: seguridad nacional y necesidad pública.** La *causa expropriandi* no es otra cosa que “el motivo o finalidad que justifica el apoderamiento o sacrificio de un bien o derecho en favor de la Administración” (Parada Vásquez, 2010, pág. 545). En particular, en el derecho peruano y de acuerdo a las normas antes citadas y que se han podido analizar, las causas devienen en 2 tipos: seguridad nacional y necesidad pública.

Barrón (2013), citando a García Toma, define la seguridad nacional como “el fin primario y elemental del Estado. Alude a una situación en la cual el cuerpo político logra el control de la pluralidad de influencias atentatorias contra los objetos de preservación, desarrollo y continuidad de la nación peruana”, (p. 353). En este sentido, seguridad nacional agrupa todas aquellas situaciones en las cuales se puede tener claro conocimiento de un estado en el cual las fuerzas armadas, el ejército, la policía nacional y en general todas las fuerzas del orden político deben actuar para frenar o detener un atentado contra la integridad del país. Este es uno de los supuestos en el cual el Estado está facultado a expropiar a un administrado, si es que el inmueble objeto de la expropiación resulta ser valioso o importante para la consecución de los fines relacionados a la defensa del país.

La segunda causa expropiatoria es la necesidad pública. Esta causa expropiatoria viene vinculada a lo que el tribunal ya ha señalado anteriormente y lo que se ha podido entender de la función social de la propiedad. Así, el derecho de propiedad no es un derecho absoluto que solo otorgue facultades a su titular y no es tampoco un derecho solo merecedor de garantías y protección, sino que además conlleva una carga y una obligación que, de manera genérica, se puede expresar en el deber de ejercerlo bajo su función social, es decir, bajo la percepción de que se es parte de una comunidad y parte de una sociedad que impone obligaciones, deberes y cargas para que así se pueda alcanzar el bien común. Dicho esto, no hemos de confundir que necesidad pública y función social de la propiedad sean lo mismo. La función social habilita al Estado a limitar, incluso hasta grados extremos, la propiedad, y el concepto de “función social” da un fundamento teórico- jurídico a la expropiación, con lo cual, la expropiación no solo está amparada en el mecanismo estatal y el poder público para realizarse, sino también en el derecho mismo. Claro está, que esta privación de la propiedad, como tal, a pesar de ser posibilitada por la función social, excede la misma y al derecho, es por ello que en la expropiación, el titular del derecho de propiedad ve su bien sustituido por un justiprecio indemnizatorio, a diferencia de otras limitaciones que pueda imponer la Administración Pública, que, si bien puedan ser gravosas, toda vez que no excedan ni comporten una privación absoluta del derecho, solo se ejercen en virtud de la función social de la propiedad, no ameritando así ninguna indemnización.

Podrá parecer contradictorio; sin embargo y, muy por el contrario, esto tiene un sentido sumamente coherente ya que el Estado procura, bajo una determinada circunstancia, la necesidad pública para así lograr el bien común. La anterior idea se puede ejemplificar imaginándose una norma que verse sobre renovación urbana y que, para tal efecto, deba hacerse

una expropiación, esto vendría a ser la “necesidad pública”, y el fin último obtenido, el “bien común”, vendría a ser la mejora intrínseca y consustancial de dicha comunidad al tener esta renovación, que se verá mejorada, más equitativa, más justa, etc. Como se ve no se trata de conceptos contradictorios o excluyentes, sino que más bien ambos conceptos funcionan como una relación de causa efecto, mientras más se mantenga o se procure la necesidad pública de determinada sociedad, se podrá conseguir así el bien común de esa misma colectividad. (Barrón, 2013).

**2.1.3 El debido procedimiento expropiatorio y el justiprecio.** El procedimiento expropiatorio se establece como el conjunto de actos administrativos destinados a que el Estado pueda iniciar la expropiación forzosa y así obtener la propiedad, bajo las garantías que la misma ofrece, una vez que los intentos para adquirir la propiedad de manera consensual hayan resultado infructuosos.

Es decir, que el procedimiento no es una mera formalidad, sino que se entiende como una manera de garantizar los derechos del administrado para que la expropiación no pueda ser realizada de manera arbitraria, desordenada y fuera de ley.

El DL 1192, indica el procedimiento expropiatorio en el Capítulo II del Título IV y abarca desde el Art. 26 hasta el Art. 33.

El Procedimiento para la expropiación se inicia cuando la oferta para la adquisición de un bien, que es de interés para el Estado, ha sido rechazada por el propietario de dicho bien, siempre y cuando ya se haya emitido una ley autoritativa (reserva de ley absoluta) para la misma.

En un plazo máximo de cinco días hábiles de rechazada la oferta por parte del propietario, el sujeto activo (que se define en la ley como el Ministerio competente del sector, el Gobierno Regional y el Gobierno Local responsable de la tramitación de los procedimientos expropiatorios) debe expedir la norma que apruebe la ejecución de expropiación del bien inmueble. Asimismo, dentro de un plazo de cinco días hábiles, se debe realizar el pago

justipreciado a favor de la persona afectada (sujeto pasivo) por la expropiación, bajo responsabilidad del funcionario encargado de efectuarla.

La norma aprobatoria de la expropiación debe tener un contenido mínimo que es exigido por el mismo DL 1192, en su Art. 28. La norma debe estipular claramente : i) Identificación del Sujeto Activo y Sujeto Pasivo así como del Beneficiario (de ser posible), ii) Identificación precisa del inmueble, así como sus medidas perimétricas, linderos, área así como su debida inscripción y verificación de las coordenadas UTP iii) la aprobación del valor tasado y la orden de consignación a favor del Sujeto Pasivo iv) La orden de inscripción del inmueble a favor del Beneficiario ante Registros Públicos y v) la orden de notificar al sujeto pasivo del bien inmueble a expropiarse para que así desocupe el bien en un plazo máximo de treinta (30) días.

Como es visiblemente notorio, la norma procura establecer un procedimiento que no solamente actúe como una mera formalidad para los actos para la expropiación, sino que incluye también situaciones consustanciales a la figura misma como, por ejemplo, la tasación justipreciada del bien, el pago previo y un contenido mínimo que la norma debe tener.

Es evidente que el presente trabajo de investigación no versa sobre la expropiación forzosa en el Perú, o al menos no de manera central, es por ello que este pequeño desarrollo de la norma lo que pretende es establecer con claridad la figura de la expropiación y como se configura en nuestro país, más allá de ahondar en temas doctrinarios ligados a la misma, que, desde luego, resultan ser sumamente interesantes pero que sería menester analizar en otra oportunidad.

## **2.2 La expropiación indirecta**

**2.2.1 La noción de expropiación indirecta en los tratados internacionales que vinculan al Perú.** La expropiación indirecta es una figura que no se origina en ninguna de las leyes, preceptos, principios o normas del orden jurídico peruano. Sin embargo, el Perú sí forma parte de tratados internacionales diversos, los cuales, muchos de ellos, la regulan de manera expresa (y en algunos casos, tácita). Es así necesario remitirnos a los tratados que el Perú ha celebrado con dichos países para ubicar una noción y concepto legal sobre esta figura que es objeto del presente estudio, dado cuenta que nuestro ordenamiento interno no la provee.

Los tratados comerciales que hacen mención de la expropiación indirecta y de los cuales el Perú forma parte son de índole económica y de inversión, así pues, es lógico pensar que en estos tratados la parte extranjera (es decir, el país que busca invertir en nuestro territorio) buscará la

mayor de las seguridades y protecciones a favor de su capital, dando lugar así a cláusulas como la siguiente:

2. Las partes contratantes no adoptarán medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida cuyo efecto sea privar, directa o indirectamente, a los nacionales y sociedades de la otra parte contratante de las inversiones que les pertenecen en su territorio y área marítima, a menos que sea por causa de utilidad pública y a condición que estas medidas no sean discriminatorias, ni contrarias a un compromiso particular de una de las partes contratantes con los nacionales o sociedades de la otra parte contratante. Las medidas de expropiación que podrían ser adoptadas darán lugar al pago de una indemnización pronta y adecuada cuyo monto, equivalente al valor real de las inversiones afectadas, será determinado en base a una situación económica normal y anterior a toda amenaza de expropiación. Esta indemnización, su monto y sus modalidades de pago serán fijados a más tardar en la fecha de la expropiación. Será efectivamente realizable, pagada sin demora y libremente transferible. Ella producirá, hasta la fecha de su pago, intereses calculados a la tasa de interés de mercado aplicable. (TBI entre la República del Perú y la República Francesa, Art.5)

De la norma antes referida, se desprende que, en el tratado bilateral, el Perú ha quedado obligado para con la otra parte contratante a no ejercer ninguna medida limitativa sobre la propiedad de los nacionales o sociedades de dicha parte (en este caso, de Francia). Y solamente se puede ejercer dicha medida en caso de “utilidad pública”<sup>8</sup>.

Para definiciones más específicas sobre el concepto de expropiación indirecta, podemos ubicar los Tratados de Libre Comercio (convenios de índole comercial) entre el Perú y otros países. Entre ellos tenemos el TLC acordado con los Estados Unidos de Norteamérica. El artículo 10. 7 de dicho convenio se titula “Expropiación e Indemnización” y regula lo siguiente sobre la expropiación en su numeral uno:

1. Ninguna de las partes puede expropiar ni nacionalizar una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo que sea:

---

<sup>8</sup> Que, a efectos del presente estudio, y dado cuenta que el tratado no especifica ni desarrolla la idea de “utilidad pública”, es lógico extrapolarla a nuestro más estudiado concepto de *Necesidad Pública*. También es importante destacar que el Tratado Bilateral no solo restringe la misma excepción de “utilidad pública” sino que también no considera la Seguridad Nacional, esto se dará también en otros tratados como el TLC con Chile o en el de México en el cual se usará incluso otra denominación como “propósito público” (art. 11.12 del TLC entre Perú y México)

- (a) por motivos de propósito público
- (b) de una manera no discriminatoria
- (c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización;
- (d) con apego al principio del debido proceso y al Artículo 10.5.

Asimismo, el Anexo 10-B del convenio, en su primer numeral, señala lo que se debe considerar o en que consiste la expropiación, luego explica en más detalle, en su segundo numeral, el concepto de expropiación directa como “la transferencia formal del título de propiedad o del dominio sobre el bien en cuestión realizada de manera forzosa”, en su segundo y tercer punto define la expropiación indirecta como la situación en donde “un acto o una serie de actos de una parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio”

Así como la anterior, existen similares definiciones de expropiación indirecta en otros convenios firmados por nuestro país, como por ejemplo, el TLC entre Perú y la República Popular de China, que, a pesar de solamente mencionar en su Art. 133 que tanto la expropiación directa e indirecta se encuentran prohibidas (a menos que reúnan las condiciones especificadas en el mismo artículo) si brindará un concepto más acabado en su Anexo 9, el cual, es, ciertamente, muy similar al que se ha visto en el TLC entre la República del Perú y los Estados Unidos de América:

Una expropiación indirecta ocurre cuando un estado realiza un acto o serie de actos que tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa, en las que se priva al inversionista sustancialmente del uso de la propiedad del inversionista, salvo que los medios usados no sean los mencionados en el subpárrafo.

Otros TLC, como por ejemplo, el suscrito entre la República del Perú y la República de Chile solo se limitará a indicar que la expropiación, tanto en su forma directa como indirecta se encuentran proscritas salvo se cumplan los requisitos establecidos taxativamente en la misma cláusula<sup>9</sup>; una vez más, mostrando claras similitudes entre uno y otro tratado internacional, toda vez que estos acuerdos son, prácticamente, convenios predefinidos y preestablecidos y los cuales siempre abarcarán los puntos más controvertidos y perjudiciales para el inversionista, a fin de contrarrestarlos y darle más libertad al país inversor en sus actos jurídico-económicos.

Si bien se ha podido encontrar diversas definiciones de la expropiación indirecta en los tratados que el Perú ha celebrado con otros países, lo cierto es que más allá del pacto o convenio

---

<sup>9</sup> Cfr. Artículo 11.10 del Tratado de Libre Comercio entre Perú y Chile

internacional, esta figura (o más bien, su definición y regulación) se ve circunscrita a los ámbitos de aplicación que dichos convenios señalan.

El problema que surge sobre las definiciones y conceptos antes descritos en los diversos tratados internacionales que ha firmado el Perú, de los cuales solo hemos mencionado algunos de los más importantes, tiene dos aristas: En primer lugar, si bien el artículo 55 de la Constitución peruana reconoce a los tratados internacionales como parte del ordenamiento y, tal como se ha mencionado antes, estos tratados deben respetarse considerando que cuentan con fuerza de rango de ley, lo cierto es que, al realizar una simple interpretación teleológica de dichos tratados internacionales, la realidad de su existir no es la de ahondar en los derechos fundamentales de las personas (en concreto el derecho de propiedad) menos aún, de los derechos fundamentales de los ciudadanos peruanos, sino que más bien, se trata de acuerdos que ayudan a la cooperación financiera y de inversión entre países, y que, desde luego, verá necesario abarcar toda posibilidad limitativa que pueda ejercer la Administración Pública peruana en contra del inversionista para así proteger a este último de aquella; esto es, entre otras medidas, la expropiación, tanto directa como indirecta.

En segundo lugar, las definiciones antes abarcadas más parecen estar avocadas al efecto que ocasiona la expropiación indirecta en vez de dar una respuesta concreta sobre la naturaleza de la misma. Así, de lo hasta ahora leído, podemos concluir de manera certera que la definición genérica estandarizada es que la expropiación indirecta es el acto o los actos que afectan a los privados en la misma medida que lo haría una expropiación regular o directa, pero sin el despojo del título sobre el derecho de propiedad, produciéndose así un símil entre ambas figuras de acuerdo a los efectos del daño producido.

**2.2.2 Concepto sobre la expropiación indirecta en la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera.** Como bien se ha mencionado con anterioridad, el Perú no cuenta con una definición legal *per se* sobre la expropiación indirecta y la regulación existente parece ser insatisfactoria para los fines de esta investigación, por ello es necesario recurrir a las definiciones y conceptualizaciones que recaen sobre la figura de la expropiación indirecta suscitada en la doctrina a nivel internacional y en la jurisprudencia peruana, puesto que dicho concepto no solo pertenece al rubro de las inversiones y de los tratados internacionales de índole económica, sino que también importa, sobre todo, serios esfuerzos académicos, doctrinarios, y jurisprudenciales que buscan ahondar sobre la naturaleza de la medida objeto del presente estudio. Y es que la importancia del concepto y definición de la expropiación indirecta, no solo

afecta los intereses de empresas o corporaciones transnacionales, sino también de personas y ciudadanos que pueden ver sus derechos fundamentales mermados si es que se encuentran fuera del ámbito de protección de dichos tratados internacionales (TLC o TBI).

En el Exp. 01735-2008-PA/TC, sobre el caso de Shougang Hierro Perú S.A.A, el cual también se analizará en detalle más adelante, el Magistrado Dr. Landa Arroyo ha definido lo siguiente sobre la expropiación indirecta:

28. En el mismo sentido, conforme a la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y desarrollo (*United Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD*) siguiendo múltiples pronunciamientos a través de resoluciones expedidas por tribunales internacionales ha clasificado a las expropiaciones (*takings*) en dos tipos : directas, es decir, aquellos actos legislativos o administrativos que transfieren el título y la posición física de un bien, e indirectas , es decir, aquellos actos estatales que en la práctica producen una pérdida de la administración, el uso o el control de un recurso o una significativa depreciación en el valor de los bienes.

Nuevamente tenemos que, en este caso, el magistrado del Alto Tribunal, llega a definir a las expropiaciones indirectas en base al efecto que producen, esto es, un efecto similar al de una expropiación directa en cuanto reducen significativamente el valor que el derecho de propiedad otorga a un bien en cuanto a su capacidad de explotarlo y ejercerlo.

Del mismo modo, el profesor Barrón (2013), en su estudio de las Expropiaciones, analiza y describe a la expropiación indirecta de la siguiente forma:

(...) Sin embargo, en algunos casos, la intervención estatal da origen a un sacrificio absoluto del propietario, quien ya no goza de disfrute alguno, por lo que la titularidad se convierte en un simple formalismo (...) La Doctrina denomina a estos casos como “expropiaciones regulatorias”, es decir, una norma anula el disfrute de un bien, pero sin expropiarlo ni indemnizar la privación., (p.384)

La jurisprudencia como fuente del presente estudio, no se agota con las sentencias dadas por nuestro Tribunal Constitucional. Ciertamente es que las decisiones citadas por el alto Tribunal, sí agotarían la jurisprudencia peruana, pero fuera del ámbito judicial interno, se pueden citar laudos arbitrales, que consisten en las decisiones emitidas por un tribunal arbitral cuando dos partes contratantes someten ante dicho ente decisor, una controversia surgida a partir de un desacuerdo contractual. Tal es el caso de los seguidos por René Rose Levy contra la República del Perú controversia en la cual, si bien el tribunal no intentó dar una definición directa y

concreta sobre la expropiación indirecta, si explicó en su fundamento y punto No. 475 lo siguiente, recordando la conclusión sobre otro caso similar sometido a arbitraje: “(...) al evaluar una demanda sobre expropiación es importante reconocer la legítima facultad del estado para regular y ejercer su poder de policía en interés del bienestar común y no confundir dichas medidas limitativas con la expropiación”. (CIADI No.ARB/10/17)

La consideración anterior resulta sumamente interesante toda vez que empezamos a llegar a un término diferenciador entre la expropiación (directa e indirecta) y la legítima facultad que el Estado tiene para ejercer su actividad de policía (o ablatorias) en virtud de la necesidad pública y el bienestar común. No solo ello, sino que, en el caso anterior, y esto será necesario recordar más adelante, el tribunal denegó al demandante el fundamento por el cual él consideraba su afectación como una expropiación indirecta, señalando que lo suscitado tan solo era el ejercicio legítimo del poder estatal en función a una ley habilitante.

Lo curioso es que en el caso anterior, ni el demandante ni el Tribunal hacen referencia alguna a la definición o naturaleza de la expropiación indirecta como tal, sino que, nuevamente, el demandante basó su reclamación en el impacto negativo que recibió por la actividad de la Administración y argumentó que lo que debió suceder era, según la norma del artículo 5 del Convenio entre la República del Perú y la República Francesa sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, un procedimiento expropiatorio regular, con reserva de ley y con motivación en la necesidad pública o seguridad nacional. Sobre esto último, encontramos cuando menos increíble, notar que dicho artículo en ningún momento señala la necesidad del requisito del principio de reserva de ley para efectuar una expropiación (directa o indirecta), y solo se remite a señalar que todo acto expropiatorio o cuya finalidad sea limitar directa o indirectamente al inversionista, debe estar justificada en causas de necesidad pública, que no sean discriminatorias y que indemnicen al afectado.

En definitiva, no considero idóneo tomar como ruta o camino para legitimar ninguna de ambas expropiaciones, ni encontrar sentido en su procedimiento, el uso de estos acuerdos, por lo que, como ya se mencionó anteriormente, la idea que subyace tras estos tratados es la de ampliar dichos conceptos con el fin de beneficiar a los inversionistas y, de alguna manera, blindarlos contra cualquier tipo de afectación que puedan recibir, para que así vean mayor atractivo a la inversión en nuestro país, lo que podría poner en riesgo la idea que la propiedad privada en nuestro ordenamiento tiene una posición de primacía sobre el bien común. (Barrón, 2013)

Por lo demás, en este caso, el tribunal arbitral deja muy en claro la importancia de diferenciar las medidas expropiatorias de aquellas que solo corresponden al poder legítimo del estado para limitar la propiedad, por consiguiente, concluye que no toda limitación sobre la propiedad por el mero hecho de serlo amerita ser calificada como expropiación indirecta, sino que, y según las definiciones hasta el momento otorgadas, será expropiación indirecta solamente aquella que, sin incurrir en el despojo o tradición titular del derecho de propiedad, incide en ella en tal magnitud que sus efectos se pueden comparar al de una expropiación forzosa, volviendo inútil, inutilizable y carente de valor el título que uno posee sobre ese derecho de propiedad.

**2.2.3 Los orígenes de la expropiación indirecta: Una mirada a las regulatory takings y a la doctrina norteamericana.** Entendiendo la variada legislación existente, así como cierta jurisprudencia que realiza labores de conceptualizar, determinar o tan solo configurar una “salida” para casos de expropiación indirecta, llama la atención que en ningún caso se haya visto un tratamiento sistemático y oportuno para determinar la legitimidad de la expropiación indirecta y lo que ella implica.

El sistema jurídico peruano es de larga tradición romano germánica, y como tal, las figuras que nosotros conocemos y aceptamos son figuras con trascendencia a lo largo de la historia jurídica no solo propia, sino también de los países que influenciaron nuestro sistema. Tal es el caso de la expropiación forzosa, sobre cuya figura ya existen amplios y numerosos estudios para entender su legitimidad, uso y aplicación.

El caso de la expropiación indirecta resulta así distinto, puesto que su naturaleza y contenido aún no son del todo claros. Por ello, antes de empezar a hacer el análisis de compatibilidad, es necesario recurrir a la doctrina y jurisprudencia que ha desarrollado de manera más extensiva y profunda esta figura, razón por la cual en este acápite se analizará la figura desde el lente jurídico anglosajón, más específicamente, el norteamericano, ya que es posible argumentar que el tratamiento jurídico, jurisprudencial y doctrinario sobre esta figura nace ahí o se ha desarrollado muy ampliamente en este país.

Primero, es importante entender, al menos de manera fundamental, como se configura, la expropiación en los Estados Unidos. La Quinta Enmienda de la Constitución norteamericana establece que: *“No person shall be (...) deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”*. Del mismo modo, la Décimo Cuarta Enmienda de la Constitución norteamericana establece que: *“No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of*

*citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law”.*

La Constitución norteamericana contiene estas dos enmiendas sumamente protectoras del derecho de propiedad, estableciendo que este derecho no puede ser privado en ninguna forma sin un debido proceso, sin justa compensación, y sin una utilidad pública.

Ahora bien, para poder ahondar aún más en la figura de las expropiaciones indirectas es necesario detenernos sobre la potestad regulatoria del Estado Norteamericano, pues hasta el momento solo hemos podido contemplar la protección que ofrece la Constitución americana sobre la propiedad y es que, para que dichos elementos puedan configurarse, el Estado americano debe ejercer una potestad inherente a sus facultades conocida como *Eminent Domain*, el cual se refiere a “el poder que el gobierno posee para tomar propiedad privada y convertirla para el uso público”<sup>10</sup>(*Legal Information Institute, Cornell Law School, s.f.*, recuperado de: [https://www.law.cornell.edu/wex/eminent\\_domain](https://www.law.cornell.edu/wex/eminent_domain))

Solamente mediante este poder, el Estado Norteamericano puede privar a un administrado de su propiedad, y solo mientras lo realice según los requisitos que su Constitución exige, será considerado un *taking* legítimo. Es notable la similitud entre la figura del *taking* y la figura de la expropiación forzosa peruana.

Sin embargo, sucede que la doctrina norteamericana también identifica otro tipo de poder al momento de regular ciertas actividades de la sociedad con la finalidad de mejorar y facilitar el bienestar común y social, al cual se le denomina *Police Power*, la diferencia entre uno y otro poder radica en la naturaleza del mismo; el poder del *Eminent Domain* es, como se ve, la potestad que el Estado americano tiene para expropiar bienes que sean de relevancia pública, mientras que el *Police Power* es la facultad del Estado para regular la propiedad de los ciudadanos si es que esta puede, en su ejercicio, afectar el interés público, sobre todo en los ámbitos pertinentes al *Police Power* que son: el bienestar general, la seguridad ciudadana, la salud pública, entre otros; o como diría Velázquez Meléndez (2013), “el poder para dictar medidas destinadas a proteger la salud, seguridad, moral o bienestar general”. (pág. 233)

A lo largo de la historia de los Estados Unidos, este poder ha sido ejercido para limitar el derecho de propiedad en favor del interés general. Ahora bien, ¿Qué sucede cuando dicha regulación ejercida en virtud del *Police Power* va hasta tal extremo de anular o restringir el derecho de propiedad al punto de volverlo virtualmente inutilizable? Esta pregunta fue la que

---

<sup>10</sup> Traducción del autor

se hizo la Corte Suprema de Pennsylvania en el año 1922, dando inicio así a la doctrina de los *Regulatory Takings*, mediante el caso de *Pennsylvania Coal Company v. Mahon*.

En el mencionado caso, la empresa *Pennsylvania Coal Company* entablo un contrato con el Sr. *H.J.Mahon* para obtener los derechos sobre el carbón subyacentes a su propiedad. Al mismo tiempo, el estado de Pennsylvania aprobó un acta conocida como *Kohler Act*, que prohibía a las mineras extraer minerales debajo de edificios los cuales estén sostenidos por la estructura de dichas minas. La empresa, aún a pesar de ello, informó al Sr. Mahon que realizaría la actividad de igual manera, notificándole de ello. El Sr. Mahon entabló demanda amparado en la *Kohler Act*, contra *Pennsylvania Coal Company*, argumentando que la excavación de carbón no podría darse de acuerdo a esta acta.

Como ya he tenido la oportunidad de mencionar, este fue uno de los primeros casos en los cuales se analizó el problema de la actividad del poder estatal, preguntándose si el acto privativo del derecho de propiedad constituye un acto propio del *Police Power* y, por tanto, una regulación que no requiere compensación o un acto de *Eminent Domain* (un *Taking*). La conclusión y sentencia de la Corte Suprema en este caso tuvo dos extremos interesantes: El primero fue de acuerdo a lo citado por el famoso *Justice* Oliver Wendell Holmes, quien argumentó que la *Kohler Act* violaba la Quinta Enmienda de la Constitución y se trataba en realidad de un *taking* sin justa compensación, y realizó el siguiente análisis:

*As long recognized, some values are enjoyed under an implied limitation, and must yield to the police power. But obviously the implied limitation must have its limits, or the contract and due process clauses are gone. One fact for consideration in determining such limits is the extent of the diminution. When it reaches a certain magnitude, in most if not in all cases, there must be an exercise of eminent domain and compensation to sustain the act. So the question depends upon the particular fact (...)The general rule, at least, is that, while property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far, it will be recognized as a taking. It may be doubted how far exceptional cases, like the blowing up of a house to stop a conflagration, go -- and, if they go beyond the general rule, whether they do not stand as much upon tradition as upon principle(...)we are in danger of forgetting that a strong public desire to improve the public condition is not enough to warrant achieving the desire by a shorter cut than the constitutional way of paying for the change.[ Se ha reconocido largamente que algunos valores se disfrutan bajo una limitación implícita, y deben someterse al *Police Power*. Sin embargo, es evidente que dichas limitaciones deben tener sus límites, o el contrato y la cláusula del*

debido proceso se extinguirían. Un hecho a considerar para determinar estos límites es la extensión de la disminución (del valor). Cuando alcanza una cierta magnitud, en muchos sino en todos los casos, debe haber un ejercicio de *Eminent Domain* y compensación para sustentar el acto. La pregunta entonces se basa en los hechos particulares (...) La regla general, al menos es que, si bien es cierto que la propiedad puede ser regulada hasta cierto alcance, si dicha regulación va demasiado lejos, deberá ser reconocida como un *taking*. Podrá dudarse de que tan lejos pueden llegar ciertos casos excepcionales, como explotar una casa para detener una conflagración, y si incluso van más allá de la regla general (...) Estamos en peligro de olvidar que la existencia de una fuerte necesidad pública para mejorar la condición de la sociedad no es suficiente para garantizar alcanzar dicha necesidad por una vía más corta que la exigida constitucionalmente pagando por el cambio]<sup>11</sup>(*Justia US Supreme Court Center, Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U.S.393(1922)* p. 260 US 413-416, s.f., recuperado de: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/260/393/>).

Lo mencionado anteriormente resultará de suma importancia para la resolución y mejor entendimiento de la figura conocida como “expropiación indirecta” en nuestro país. Por lo pronto, el caso antes mencionado nos da una idea clara de que, en efecto, en Estados Unidos existió también este problema, sobre el cual se entendió que el derecho de propiedad puede ser limitado, pero dicha limitación también tiene a su vez un límite, y este debe ser considerado y sopesado a través del “test del valor económico del bien”, test que justamente fue la innovación propuesta por el *Justice* Oliver Wendell Holmes.

Así como este test, en la historia de los Estados Unidos existen otros también referidos como formas de determinar si estamos ante una *Regulatory Taking* o no. De manera resumida, aquí mostraré otros casos en los cuales se analiza la gradualidad de la intromisión o intervención del estado sobre el derecho de propiedad, y la posible consecuencia de que estos sean catalogados como una *Regulatory Taking*.

Así, en el caso de *Hadachek vs Sebastian*, la ciudad de Los Ángeles, en el año 1915, pasó una ordenanza (*zoning law*) que prohibía establecer u operar fábricas de ladrillos en cualquier lugar de la ciudad. El dueño de un negocio de fabricación de ladrillos fue sentenciado por desacato a la ley, por violar la ordenanza a pesar que su negocio ya existía antes de que dicha norma se formule. Hadacheck argumentó que, toda vez que la fábrica de ladrillos no se

---

<sup>11</sup> Traducción del autor,

considera una fábrica dañina, se estarían violando sus derechos constitucionales de expropiársele sin justa compensación.

En este caso, *Justice Joseph Mackenna*, se pronunció y al respecto del caso consideró que el Estado y los gobiernos locales tienen amplio rango de autoridad bajo el *Police Power* y están facultados para regular o prohibir actividades que se consideren nocivas para la comunidad. En este caso, se presentó evidencia de que efectivamente, los humos y polvo producido por la elaboración de ladrillo habría causado daño en la salud de las personas sobre esta ciudad, con lo cual, la ordenanza se justificaba.

En el caso *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, esta última inició una actividad dirigida a instalar equipo de cable-televisión en la propiedad del Sr. Jean Loretto, sin el consentimiento de este. Loretto argumentó que este acto por parte de *Teleprompter Manhattan* constituía una transgresión a su propiedad, y exigía una indemnización por ser un *taking*.

La Corte Suprema, utilizó el test de “ocupación física permanente” (*permanent physical occupation*), el cual determinaba que, si un acto constituía una invasión física a la propiedad privada de manera permanente, este en esencia era un acto expropiatorio y como tal, tenía que ser indemnizado de acuerdo a la cláusula quinta y decimocuarta de la Constitución Americana (*Justia US Supreme Court Center, Loretto. v. Teleprompter Manhattan CATV Corp., 458 U.S.419 (1982)* ,s.f, recuperado de : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/458/419/#tab-opinion-1954675>).

De otro lado, en el año 1991, el caso *Lucas vs. South Carolina Council*, entabló otra discusión sobre cómo se puede determinar si se está frente a una regulación administrativa por parte del Estado o un *taking*. El caso versó sobre el “test de negación de utilidad de la propiedad”, el cual estipula que todo acto administrativo que niegue todo beneficio económico del uso de la propiedad, podrá ser considerado como un *taking*, y, por tanto, se estaría frente a una *regulatory taking*.

Lucas había pagado novecientos setenta y cinco mil dólares por dos lotes en *Isle of Palms* en Carolina del Sur, donde tenía la intención de construir casas unifamiliares. Ninguna de las autoridades locales había impuesto ninguna restricción al uso de la propiedad, que, a su vez, se encontraba en un terreno inestable sujeto a inundaciones y erosión. Dos años después, el Estado pasó el *Beachfront Management Act*, diseñado para detener la marcha de la erosión en las playas de Carolina del Sur. Impuso una regla general en contra de la construcción de habitaciones que

estaban más cerca del océano. El área prohibida incluía los lotes que Lucas había comprado, aunque aún este no había construido casa en ellos.

La Corte Suprema, en su mayoría, estimó que efectivamente, toda vez que el acta negó todo uso económicamente viable de dicha propiedad, un *taking* había tomado lugar. Sin embargo, a su vez, la Corte estableció que este test tenía una excepción, y dicha excepción consistía en que, si la propiedad sujeta a la regulación estaba siendo limitada en virtud a un peligro inherente y dañino para el bienestar general, no estaríamos hablando de un *taking*, sino de un acto basado en *nuisance law* (puesto que la propiedad constituiría una *nuisance*<sup>12</sup>)

*Justice Antonin Scalia*, determinó que, si siempre la administración justifica sus actos limitativos en base al bienestar común o combatir la peligrosidad de los bienes, se estaría comprometiendo la propiedad de las personas en un rango infinito de posibilidades, tan solo dependiendo de quién efectuó la evaluación de lo que es “bienestar común” o “peligrosidad del bien”. Es por ello que también sentenció que, casos como el de Lucas, serían merecedores de una compensación por haberse realizado un *taking* sobre su propiedad sin seguir las reglas que determina la Quinta y Décimo Cuarta enmienda norteamericana, a menos que ya existiera una ilegalidad en la propiedad de acuerdo a *Nuisance Law* (*Justia US Supreme Court Center, Lucas v. Carolina Coastal Council, 505 U.S 1003 (1992) Pg. 260 U. S. 413, s.f, rescatado de: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/1003/#tab-opinion-1959055>*).

El desarrollo de la expropiación indirecta (*Regulatory Taking*) en los Estados Unidos en verdad es sumamente amplio y muy importante, toda vez que nos permite acercarnos aún más a esta figura, y así darnos la oportunidad de entender cómo es que se configura en nuestro país. En definitiva, por lo pronto, en los Estados Unidos existen múltiples maneras de determinar si el acto analizado es o no una expropiación indirecta. ¿Cabría analizar esta figura de la misma manera en Estados Unidos que en nuestro país? Sin lugar a dudas la jurisprudencia americana resulta ser una herramienta de gran ayuda para comprender la naturaleza y el alcance de la expropiación indirecta, y a partir de ello, poder extrapolarla a nuestro país, siempre y cuando tengamos en cuenta que nuestro orden constitucional y nuestra tradición jurídica cuenta ya con principios, doctrina y una noción propia de los actos y actuación administrativos, así como de

---

<sup>12</sup> *A nuisance occurs when a landowner engages in an activity that significantly interferes with the use or enjoyment of another's property, or that affects the health, safety, welfare or comfort of the public at large. (Justia, sf, recuperado de: <https://www.justia.com/real-estate/docs/nuisance/>) [Un nuisance ocurre cuando un propietario de un terreno se compromete en una actividad que interfiere significativamente en el uso o disfrute de la propiedad de otra persona, o que afecta la salud, seguridad, bienestar y confort del público en general.*

la expropiación *per se*. Es momento entonces de determinar cuál es la naturaleza, alcance y consideraciones de la expropiación indirecta en el Perú.

### **2.3 Configuración de la expropiación indirecta en el Perú: concepto, naturaleza, y alcances**

Preguntarnos por el concepto y la naturaleza de la expropiación indirecta resulta relevante toda vez que logramos entender que las definiciones y conceptos previamente analizados, ya sea que hayan sido dados por ley, jurisprudencia o doctrina, tanto nacional como extranjera, se refieren o inciden sobre los efectos y no sobre la naturaleza de la misma en sí.

Sin embargo, lo cierto es que la “expropiación indirecta” en sí misma no comporta un acto o actuación con naturaleza propia (como sí lo es por ejemplo la expropiación forzosa), porque desde luego sería una incoherencia y un absurdo, toda vez que hablamos de un efecto indirecto precisamente. En efecto, la figura de la “expropiación indirecta” se predica de un acto o actuación administrativa de carácter limitativo, toda vez que debe emanar de una entidad administrativa, debe afectar o restringir un derecho con la medida tomada, y desde luego, la afectación expropiatoria se realiza no como consecuencia directa del acto o actuación *per se*, sino que, de manera mediata, logra ese cometido.

Considero que la expropiación indirecta se puede definir como aquel efecto producido por un acto o actividad de la administración pública de carácter regulatorio o de policía, que, si bien no afecta la titularidad sobre el derecho de propiedad (lógicamente, puesto que no se trata de transferencia forzosa), sí priva el contenido del mismo, logrando así que el daño efectuado sea, en la realidad, el mismo que se pueda causar mediante una expropiación forzosa, por cuanto el derecho en sí mismo ha quedado inutilizado.

¿A que nos referimos con la “privación del contenido del derecho de propiedad? ¿Cómo es que podemos hacer esta afirmación? Para poder entender esto, es necesario retrotraernos primero al Art. 70 de nuestra constitución, y entender el alcance protector del mismo al derecho de propiedad.

De acuerdo a lo estudiado en el capítulo anterior, hemos establecido que el Alto Tribunal considera que el derecho de propiedad está conformado por un haz de facultades o poderes jurídicos que permiten a su titular, usar, disfrutar, disponer y reivindicar su bien, y que este haz de facultades es parte de su contenido esencial, así como la función social lo es también.

Para ser aún más claros al respecto de la definición dada sobre la expropiación indirecta y sus efectos sobre el derecho de propiedad, en la misma sentencia, el Alto Tribunal refiere lo siguiente:

Dicho derecho (el de propiedad), corresponde, por naturaleza, a todos los seres humanos; quedando estos habilitados para usar y disponer auto determinativamente de sus bienes y de los frutos de los mismos, así como también transmitirlos por donación o herencia. Como tal, deviene en el atributo más completo que se puede tener sobre una cosa. (Exp. 0008-2003-AI/TC, fundamento 5, a)

En definitiva, el Tribunal Constitucional deja en claro que las facultades del uso, disfrute y disposición sobre el bien resultan ser las más esenciales al derecho de propiedad. Considero que esto se debe en gran parte a que dichas facultades importan el aspecto económico que el derecho de propiedad inherentemente posee, siendo que la reivindicación quedaría como una facultad de aseguramiento contra agresiones del derecho de propiedad.

Entonces, si el artículo 70 solamente prohíbe las privaciones ejercidas sobre el derecho de propiedad que no sean de acuerdo y por las causales establecidas en la Constitución misma, y también sabemos que la actividad administrativa puede ejercer limitaciones sobre la propiedad, tanto por fundamento directo (el poder estatal) y por fundamento indirecto (la esencialidad no absoluta del derecho de propiedad) ¿En qué momento se ejerce una limitación y en qué momento se ejerce una expropiación? ¿Cuál es la línea que marca el límite?

Reforzando lo expuesto anteriormente, el Tribunal Constitucional, se volvió a pronunciar al respecto, pero de manera aún más específica, delimitando un “contenido mínimo” respecto al derecho de propiedad, por cuanto ir más allá de este contenido mínimo, supondría desvirtuar y privar el derecho de propiedad como tal:

Por otro lado, este Colegiado considera pertinente puntualizar, en prospectiva de futuras demandas constitucionales referidas al derecho de propiedad, que lo que constitucionalmente resulta amparable de dicho atributo fundamental está constituido esencialmente y como se puso de relieve en la sentencia recaída en el Exp. No. 008-2003-AI/TC (Fundamento 26), por los elementos que la integran en su rol tanto de instituto sobre el que el Estado interviene bajo determinados supuestos, como de derecho individual o libre autodeterminación. Con lo primero se garantiza que el poder estatal o corporativo no invada los ámbitos de propiedad fuera de lo permisiblemente aceptado por la Norma Fundamental. Con lo segundo, que la propiedad pueda responder a los

supuestos mínimos de uso, usufructo y disposición. (Exp. N. ° 3773-2004-AA/TC, fundamento 3.)

Como se aprecia, el contenido mínimo al que se refiere el Alto Tribunal está constituido por las facultades que involucran el desenvolvimiento económico del bien, toda vez que, como lo ha señalado ya el Tribunal en sentencia antes citada, el derecho de propiedad tiene un fuerte componente económico que es necesario para el desarrollo de toda sociedad.

Ahora bien, desde luego que, como ya hemos dicho, el contenido esencial del derecho de propiedad implica límites connaturales al mismo, todo ello posible gracias a la función social que cumple en la colectividad, y es esta función social la que demarca el límite entre lo que es una regulación legítima y una privación del derecho. Toda vez que la administración exceda sus facultades de policía en contra de un administrado y esto origine un efecto expropiatorio, estaremos hablando de una expropiación indirecta.

Retomando la idea anterior, desde luego, para que pueda calificarse un acto o actuación de la administración como expropiación indirecta, el acto tiene que incidir a tal punto que en verdad vulnere el derecho de propiedad y no solo implique una fuerte limitación. Esto dependerá de que facultades o poderes del derecho de propiedad sean los que se están anulando con dicha actuación administrativa.

Toda vez que el derecho de propiedad se trata de un derecho económico y cuya finalidad está destinada a su explotación económica y obtener un provecho y beneficio de este (claro está que, dentro de un marco que favorezca el bien común y cumpla con su función social), coincidimos con el profesor Barrón al concluir que, nuestro sistema jurídico “no asegura un disfrute máximo sobre la cosa(...) sino que protege un contenido de aprovechamiento suficiente para que la explotación del derecho permita lograr una rentabilidad, siquiera mínima” (Barrón, 2013 p. 103)

Así, y en concordancia con lo antes mencionado, considero que, toda vez que la administración actúe en tal forma que el administrado vea negado en su totalidad un ejercicio económico favorable de su propiedad, no dejando lugar siquiera a un mínimo de aprovechamiento, estaremos sin lugar a dudas ante un acto expropiatorio indirecto.

Ahora bien ¿Qué determina ese “mínimo aprovechamiento”? Por suerte la respuesta a ello ya la hemos visto en anteriores párrafos, y, en este punto, respetuosamente, disintimos del profesor Barrón. El, al dividir el derecho de propiedad, lo categoriza en tres dimensiones: “1. Aprovechamiento o contenido intrínseco (libertad de disfrute limitada), 2. Disposición (poder

para decidir sobre modificaciones jurídicas) 3. Aseguramiento (inmunidad frente a agresiones estatales o de terceros)” (Barrón, 2013, p.101)

El profesor Barrón considera que en cuanto la primera de las facultades (lo que él llama, “contenido intrínseco”) quede anulada, se estaría produciendo una vulneración extrema al derecho de propiedad, a la cual llamamos “expropiación indirecta”, puesto que el bien no generaría ningún provecho para la persona.

Por otro lado, he llegado a la consideración de que el poder de disposición importa tanto o más que el poder de goce, puesto que no solo implica modificaciones jurídicas, sino que dichas modificaciones jurídicas también tienen o importan un fuerte contenido económico del cual no es posible olvidarnos, y toda vez que el administrado o el propietario mantenga esta rentabilidad mínima, no podríamos hablar de una afectación vía “expropiación indirecta”<sup>13</sup> Si es que dicha facultad permite aun todavía una rentabilidad del bien, no cabría llamar a la actuación administrativa “expropiación indirecta”

Y es que, el profesor Barrón incluso incide en las posibilidades otorgadas por la facultad de disposición al decir que se tratan de “poderes normativos que posibilitan cambios en el *status* normativo del bien; lo que incluye donar, vender, arrendar, entre otros. Se trata de actos que modifican la situación jurídica de la cosa; ya sea transfiriéndola, constituyendo derechos reales limitados sobre ella, o estableciendo derechos personales de uso y goce.” (Barrón, 2013, pp.114)

Sin lugar a dudas, la disposición de un bien implica un número de acciones que tienen o, como mínimo, pueden tener un contenido económico altamente relevante. Considero que la premisa del profesor Barrón, que entiende como requisito necesario para estar ante una verdadera expropiación indirecta que el accionar de la administración debe ser tal que implique un sacrificio absoluto del propietario, para que así la titularidad se convierta en un simple formalismo, es correcta, toda vez que no se entienda como “sacrificio absoluto” solamente la anulación del disfrute del bien (uso y disfrute), sino también de su disposición, por cuanto para hablar de una expropiación indirecta, es necesario que estemos ante un caso que prive al propietario de la finalidad y ejercicio total de su derecho, no solamente sobre el haz de facultades que le permita tener un disfrute económico, sino que le impida todo tipo de ejercicio económico posible (como la venta, la transferencia, la donación, gravar al bien con una hipoteca, etc.). En definitiva, los efectos que cause la actuación administrativa tienen que ser

---

<sup>13</sup> Desde luego, puesto que la afectación al derecho de propiedad puede ser de otra índole, pero tendrá que calificar bajo otro supuesto, como por ejemplo uno de “medida desproporcionada”.

en todo similares a los de una real expropiación forzosa, para que dicho acto administrativo pueda encajar en la protección otorgada por el Art. 70 de la Constitución y no solo se trate de un límite administrativo legítimo, aun cuando pueda tratarse de uno muy fuerte, sino de una verdadera expropiación material del bien.

Desde luego que la evaluación de si el acto o la actividad administrativa resulta ser expropiatoria o no debe hacerse según cada caso en concreto. Dicha evaluación no solo debe tomar en cuenta meras posibilidades ideales o hipotéticas sobre las facultades otorgadas por el derecho de propiedad, sino que tiene que concluir de manera cierta si dichas facultades son fácticamente posibles y verdaderamente ejecutables. Quiero decir, no basta que la facultad quede como una mera posibilidad formal, sino que en verdad su ejercicio sea acorde al bien y a la realidad de la situación concreta. Por ejemplo, piénsese en una actuación de la administración por una regla de zonificación que impida que una determinada construcción sea usada para fines comerciales por temas de seguridad y mejora del tránsito peatonal y vehicular, uso que se le venía dado regularmente. Ciertamente el bien ha perdido cierta utilidad, pero no es total, puesto que el bien aún podría usarse para vivienda, o alquilarse como tal, dando así aun una rentabilidad económica suficiente.

Es importante tomar nota de estas pautas y estructuras, pues nuestro Tribunal Constitucional, en un caso que analizaremos posteriormente, ha interpretado el alcance de una expropiación indirecta de manera distinta, señalando que se debe entender como expropiación indirecta todo acto que, en efecto, no permita usar, disfrutar y disponer del bien, pero en tanto no permita “extraerle un mayor provecho” (Exp. No. 1735-2008-PA/TC, fundamento 30).

Es mi opinión que la consideración de “extraer un mayor provecho” sobre el bien es una manera restrictiva de entender la función social de los bienes, por cuanto cualquier limitación, según lo que hemos visto anteriormente, importaría siempre y en definitiva un decremento en su utilidad económica, la cuestión a determinar en cada caso concreto es la gradualidad. Pero si consideramos lo dicho por el Alto Tribunal como guía para entender y delimitar expropiaciones indirectas, cualquier afectación podría ser considerada como una expropiación indirecta, algo que ciertamente sería absurdo, considerando que nuestra Constitución reconoce la función social de la propiedad, y no un derecho de propiedad absoluto y de índole liberal como sucede, por ejemplo, en el caso americano.

La doctrina americana responde a una idea de liberalismo que entiende a los derechos como entidades absolutas, esto no es diferente para el derecho de propiedad, que, desde ya, se formula de manera distinta al del caso peruano. En los Estados Unidos, toda afectación que recaiga sobre

un bien, de acuerdo a la interpretación que, del Tribunal de la Corte Suprema, es pasible de ser considerado un *Regulatory Taking*. Claro ejemplo de ello es la sentencia que hemos visto anteriormente del caso *Loretto vs. Teleprompter* en la cual se consideró un acto de expropiación el uso de la propiedad del Sr. Loretto para hacer pasar por ahí cables de señal de televisión. El criterio que uso la corte para determinar la expropiación fue uno de “invasión física permanente”. Esta afectación desde luego no tendría la misma resolución en nuestros tribunales, toda vez que hemos entendido la función social de la propiedad y los límites de la actuación administrativa.

Por lo demás, debemos decir que la jurisprudencia americana al respecto de los *Regulatory Takings* es tan extensa como inconsistente, al punto de tener un sinnúmero de evaluaciones y formas distintas de determinar en qué momento termina la regulación administrativa y empieza una expropiación indirecta, tal como se ha visto en los casos analizados en el acápite anterior. En este sentido, *Justice Stevens*, en el caso, *Nollan vs California Coastal Comission*, señaló que “*even the wisest lawyers would have to acknowledge great uncertainty about the scope of this Court’s takings jurisprudence*” [incluso hasta el más sabio de los abogados tendría que reconocer gran incertidumbre sobre el rango de la jurisprudencia de esta corte en expropiaciones]<sup>14</sup> (*Justia US Supreme Court Center, Nollan v. California Coastal Comm'n, 483 U.S.483 U.S 8253(1987) p. 483 US 866, s.f., recuperado de: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/483/825/#tab-opinion-1957267>*).

Resulta claro que tomar la doctrina americana para resolver casos de expropiación indirecta, incluso ante la opinión de un *Justice*, resulta ser un tanto inconveniente, por cuanto la gran amplitud de variables y de evaluaciones para determinar si se está ante una expropiación indirecta impide una sistematización del mismo, siendo así que cada caso en verdad resulta ser una nueva manera de entender los *Regulatory Takings*.

**2.3.1 Consideraciones finales sobre diversas teorías para la correcta configuración de la expropiación indirecta en el Perú.** Entre otras teorías que versan sobre cómo identificar una expropiación indirecta, y continuando en parte la crítica a la doctrina americana, resulta llamativo el planteamiento realizado por Velásquez (2013), el cual, mediante una serie de comparaciones entre el sistema jurídico norteamericano y el sistema jurídico peruano, así como una interpretación *a contrario sensu* de lo dicho por el magistrado Landa en el caso Shougang,

---

<sup>14</sup> Traducción del autor

en el cual el estableció que toda vez que una expropiación indirecta no comporta “un adecuado procedimiento expropiatorio que incluya un pago en efectivo de indemnización justipreciada para intervenir sobre la propiedad de privados las expropiaciones indirectas se encuentran proscritas” (Exp. 01735-2008-PA/TC), le llevó a la conclusión de idear la figura de “expropiación indirecta legítima”.

En concreto, Velásquez afirma que, si una expropiación indirecta comportaba un debido proceso y una indemnización, estaríamos frente a un caso legítimo de expropiación indirecta. Al respecto, solo es necesario recordar que el artículo 70 de nuestra Carta Magna no solo protege el derecho de propiedad, sino que prohíbe todo acto privativo que no sea una expropiación forzosa con todos los requisitos que esta demanda.

En segundo lugar, la conclusión de Velásquez deriva de una forzada interpretación de lo dicho por el Magistrado Landa, así como de una interpretación del derecho de propiedad sumamente restrictiva. Más aun, el entendimiento de una figura “legítima” de expropiación indirecta basado en que tenga un debido proceso y una indemnización es totalmente incoherente una vez que hemos entendido que la expropiación indirecta *per se* no se trata de un acto individual y con naturaleza propia, sino que es un efecto que se predica de un acto o actuación administrativa regulatoria o de policía.

En efecto, cuando hablamos de una expropiación indirecta estamos hablando de un acto de policía que restringe o limita el derecho de propiedad de una (o varias personas), la limitación o restricción no es indirecta al acto, sino el efecto expropiatorio logrado materialmente.

Por otro lado, Velásquez también llega a dicha conclusión toda vez que entiende que en Estados Unidos existe una figura de “expropiación indirecta legítima”. Ahora bien, dicha conclusión es errada toda vez que no se toma en cuenta la interpretación y contexto de la Constitución americana, diferente a la nuestra y por tanto con una configuración distinta de derechos.

La doctrina de las *Regulatory Takings* se realiza como una suerte de respuesta ante las actuaciones de policía extremas ejercidas en el contexto de la protección de propiedad otorgada por la Quinta y Décimo Cuarta Enmienda Constitucional. Ahora bien, como ya he tenido la oportunidad de mencionar, cada caso en concreto importa un análisis muy diferente a otros, siendo que la jurisprudencia americana, al respecto de este tema, no resulta ser compenetrada y general, sino más bien difusa y casuística.

Sobre ello, por ejemplo, en el caso *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, Justice Brennan, quien emitió la opinión de la corte, afirmó que:

*This Court, quite simply, has been unable to develop any "set formula" for determining when "justice and fairness" require that economic injuries caused by public action be compensated by the government, rather than remain disproportionately concentrated on a few person(...) Indeed, we have frequently observed that whether a particular restriction will be rendered invalid by the government's failure to pay for any losses proximately caused by it depends largely "upon the particular circumstances [in that] case".* [Esta corte simplemente ha sido incapaz de desarrollar una "fórmula determinada" para establecer cuando la justicia y equidad requieren que los daños económicos causados por la acción pública sean compensados por el gobierno en vez de permanecer desproporcionadamente concentrados en algunas personas(...) En verdad hemos observado frecuentemente que ya sea que una restricción en particular vaya a ser declarada como inválida por el fracaso del gobierno para pagar por cualquier pérdida causada directamente por ella, depende ampliamente sobre las circunstancias particulares de ese caso]<sup>15</sup>. (*Justia Supreme Court Center; Penn Central Transportation Co. v. New York City*, recuperado de: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/438/104/#tab-opinion-1952745>)

De otro lado, y como ya tuve la oportunidad de señalar , la configuración de las expropiaciones en la Constitución americana, y bajo el entendimiento de la Corte Suprema según los casos antes notados, no es que regulen una figura de “expropiación indirecta legítima”, como señala Velásquez (2013) ,sino que, toda vez que su Constitución alude a que “(...)nor shall private property be taken for public use without just compensantion”, el remedio a las actuaciones de policía que comportan un efecto expropiatorio bajo una necesidad pública deben ser consideradas como *takings* a efectos de indemnizar a la persona expropiada, toda vez que su Constitución no invalida directamente otro tipo o formas de *takings*, actuando así como un remedio de forma posterior al acto administrativo, pudiendo incluso que, en caso considere que la actuación estatal no se configura como un *taking* no se realice ninguna indemnización(sino como un simple acto bajo el *Police Power*), o si, por el contrario, considera que la actuación no mantiene un fin público y es desproporcionada o no hay forma de indemnizarla, la invalide.

---

<sup>15</sup> Traducción del Autor

El caso peruano resulta ser, a efectos de determinar un remedio, mucho más claro, por cuanto el artículo 70 de nuestra Constitución no da lugar a otro tipo de expropiaciones que no sean realizadas bajo los requisitos ahí mismo expresados, al punto que el mismo DL 1192 refiere en su Art.24, inciso 1 que “La expropiación a que se refiere el Art. 70 de la Constitución del Perú y el Art. 928 del Código Civil, se rigen por la presente ley”

En ese sentido, Muñoz Macado (2011) señala lo siguiente sobre el criterio para diferenciar actividades limitativas de regulación y actividades expropiatorias:

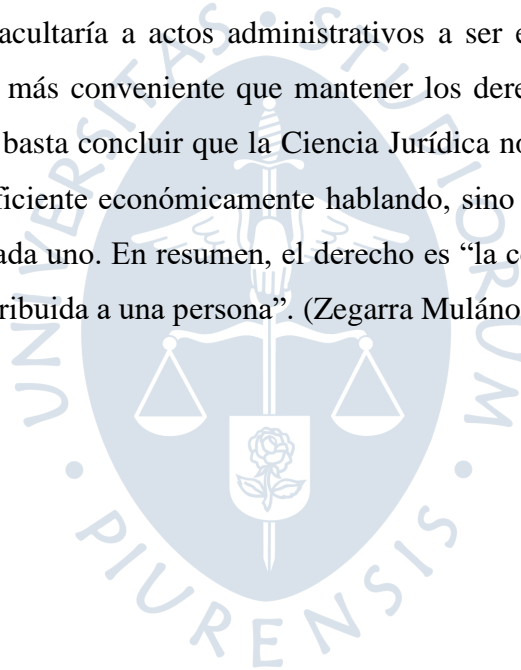
Para salvar esta excepción suele añadirse pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia una última comprobación para diferenciar medidas regulatorias consistentes en la delimitación de un derecho, y, por otro lado, las privaciones singulares de carácter expropiatorio: se trata del criterio del enriquecimiento o beneficio. La privación singular en que consiste la expropiación implica una pérdida de la titularidad del bien o derecho por parte del afectado y un beneficio de otro a quien se atribuye un lucro o enriquecimiento. (pág. 838)

Al respecto, debemos señalar que este criterio no puede ser tan pacíficamente aceptado como señala Muñoz cuando se trata de expropiaciones indirectas. La existencia de un beneficiario y de un lucro a favor de la Administración Pública resulta ser directa en los casos de una expropiación forzosa legítima por cuanto esa es la finalidad de esta herramienta. Sin embargo, señalar que en todos los casos de expropiación indirecta deba existir un lucro resultaría ser bastante cuestionable toda vez que se trataría de una actividad que en principio la Administración no realiza con un objetivo expropiatorio claro, sino que sus efectos terminan siéndolo. Es por el efecto causado por el cual llamamos a esta figura expropiación indirecta, y no tanto por las partes intervinientes ni los beneficios obtenidos de dicha medida; lo que importa es la afectación del derecho y la medida en la que este ha sido afectado, por que como ya se ha tenido la oportunidad de ver, no todo acto administrativo desproporcionado es merecedor de llamarse expropiación indirecta. La calificación del acto administrativo como una expropiación indirecta tiene una distinguida relevancia, por cuanto importa la posibilidad del administrado de, no solo exigir una indemnización por el daño ilícito causado a través de un acto ilegítimo, sino también diversas opciones procesales que no existirían si es que el acto no fuese calificado como tal y que exploraremos más adelante.

Entre otros aportes, (Domenech Pascual, 2012), ha concluido que la mejor manera de diferenciar entre un acto expropiatorio y un acto limitativo es basándonos en la repercusión y efecto económico del mismo, concluyendo así que “La privación o restricción de un derecho

debe considerarse expropiatoria cuando los beneficios sociales de indemnizarla superan a sus costes para la comunidad”. (pág. 46)

Al respecto, considero que la afirmación realizada por Domenech resulta ser más bien una herramienta económica para evaluar que tan necesario o efectivo es realizar una expropiación al respecto de un bien, y no tanto una pauta que precise o determine cuándo se está ante un acto expropiatorio indirecto. En definitiva, Domenech afirma que una expropiación debe entenderse cuando es más favorable indemnizar a la persona que dejarla seguir teniendo su propiedad (para el bienestar público, claro está). Resulta cuando menos cuestionable que esto deba aplicarse a actos de policía que, en primer lugar, resultan ser generales y no específicos, y segundo, esta afirmación resultaría más bien incluso contraria a la Constitución por cuanto no se basa en la afectación de derechos fundamentales sino en la utilidad que puede servir la propiedad, incluso entendiéndose que esta facultaría a actos administrativos a ser expropiatorios si en verdad indemnizarlos resulta ser más conveniente que mantener los derechos de las personas. A lo afirmado por Domenech, basta concluir que la Ciencia Jurídica no trata de determinar que es más beneficioso o más eficiente económicamente hablando, sino que los juristas señalan “lo justo que hay que dar a cada uno. En resumen, el derecho es “la cosa justa” o si se prefiere la cosa misma en cuanto atribuida a una persona”. (Zegarra Mulánovich, 2009, pág. 25)



## Capítulo 3

### La expropiación indirecta: jurisprudencia, constitucionalidad y licitud en nuestro ordenamiento

#### 3.1 El Tribunal Constitucional sobre la expropiación indirecta

Habiendo ya hecho un recorrido importante a través de la figura de la expropiación forzosa, y, del mismo modo, la figura conocida como *Regulatory Taking*, sus orígenes y sus implicancias en nuestro orden constitucional y jurídico, es importante aterrizar dicho *iter* en los casos que nuestro Tribunal Constitucional ha considerado como propios de esta doctrina extranjera.

Es por ello que en este primer acápite se realizará un breve pero puntual análisis de las sentencias más relevantes sobre casos que involucran la figura de la expropiación indirecta y cuales han sido las sentencias dadas por el Alto Tribunal, así como un breve análisis de las mismas.

Es importante notar que analizaremos las sentencias solo en tanto su implicancia, incidencia e importancia respecto a la figura de la expropiación indirecta, no así tratando los temas diversos que puedan discutirse en las mismas, salvo fueran fundamentalmente importantes para el entendimiento de la resolución del tribunal o de la autoridad que haya revisado el caso.

**3.1.1 El caso Shougang.** El Exp. No. 01735-2008-PA/TC es un caso que ya se ha mencionado anteriormente y que tiene especial relevancia en el estudio de la expropiación indirecta, ya que es en esta sentencia en donde el Magistrado, Dr. Landa Arroyo, conceptualizó la figura mencionada.

Sobre el caso, la Municipalidad Provincial de Nazca aplicó la Ordenanza Municipal No. 006-2007-A/MPN, que tuvo como objetivo poner en marcha la “Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la Ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016”, por medio de la cual se restringieron concesiones mineras en tanto y en cuanto se encontrasen dentro del área urbana delimitada por el Plan de Desarrollo, por cuanto ello significaría que las concesiones vulnerarían así las normativas de protección y cuidado medioambiental,

La empresa Shougang Hierro Perú S.A.A fue una de las empresas cuya concesión minera fue afectada y es por ello que recurrió ante el Tribunal Constitucional, una vez que la Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente su demanda.

Al elevarse el caso al Tribunal Constitucional, este procedió a revisar el caso y finalmente declaró fundada la demanda de amparo a favor de Shougang Hierro Perú S.A.A por haberle afectado sus derechos fundamentales al derecho de propiedad, empresa y trabajo.

En el presente caso, y como se ha visto en este estudio, existe un pronunciamiento en particular sobre el cual debemos detenernos y es el del magistrado Landa Arroyo. Resulta especialmente importante porque el Dr. Landa Arroyo tratará directamente y en específico la figura de la expropiación indirecta y cómo es que se relaciona al presente caso.

Es por ello que me gustaría iniciar el análisis del caso por lo que el magistrado Landa Arroyo entendió sobre la figura de la expropiación indirecta, la cual él define de la siguiente forma en el fundamento No.30:

30. A nivel interno, entendemos por expropiación indirecta o expropiación regulatoria aquellas en donde la Administración Pública a través de una sobre regulación priva (total o parcialmente) al propietario de un bien, de uno o todos los atributos del derecho de propiedad (ya sea del uso, del disfrute o de la disposición). El derecho de propiedad sobre bienes tiene sentido en tanto permiten extraerle un mayor provecho a los bienes. Si no se puede disponer, usar o disfrutar los bienes, gozar de su titularidad carece de relevancia.

El Magistrado, al realizar el trabajo importante de conceptualización de la figura, indica en su fundamento 30 que la expropiación indirecta es la privación total o parcial de los atributos del derecho de propiedad, bastando para su configuración que la persona no pueda extraer “el mayor provecho” del bien del cual es propietario.

Ahora bien, se ha de recordar que, en primer lugar, la propiedad en el derecho peruano, tiene una delimitación interna clara, y esta es la función social que la misma cumple en una determinada comunidad; segundo, que dicha función social permite y admite que la Administración Pública ejerza sus facultades y poderes coercitivos sobre la propiedad, limitándola efectivamente, siempre y cuando se ajusten a la función social que cumple dicha propiedad y tengan un fundamento debidamente motivado (el bienestar social materializado de alguna forma a través de un dictamen referente a la salud o a la seguridad pública, por ejemplo); tercero, que de acuerdo al segundo punto, no toda limitación debe ser indemnizada y justipreciada, toda vez que solamente se debe indemnizar aquellas privaciones singulares que exigen en el sacrificio del derecho de propiedad de un particular, tal como el caso de la expropiación forzosa, y no la actividad más genérica y limitativa como lo es la actividad de policía.

El criterio basado en “no obtener el mayor provecho” de un bien sobre el cual uno es propietario para determinar si estamos ante un caso de expropiación indirecta, no solo contradice su finalidad social, sino que además, importa un rango de acción mínimo al Estado, por cuanto cualquier tipo de carga que se le imponga (como una derivada de la actividad de policía) a dicho bien puede ser fácilmente usada para argumentar que el bien no está operando correctamente para obtener ese “mayor provecho” que tendría previsto, llegando a indemnizar cualquier acto administrativo que imponga una limitación, aunque pueda tener un fin público loable y necesario. Esto desde luego, sería un absurdo.

En definitiva, discrepamos del criterio establecido por el Magistrado Landa para determinar en qué casos nos encontramos frente a una expropiación indirecta. Es por ello que ahora, es menester proceder a analizar la cuestión de fondo: ¿Es correcta la sentencia y el voto emitido por el magistrado Landa al respecto de la medida de la ordenanza al considerarla como expropiación indirecta?

Para responder la pregunta es importante recordar y hacer un recuento de lo que se ha venido investigando hasta ahora. La expropiación indirecta es un efecto derivado de un acto administrativo limitativo que incide a tal punto en el haz de facultades inherentes al derecho de propiedad que lo convierte en un derecho prácticamente inutilizable, aun así, exista un título.

Ahora bien, para hablar de que se niegan facultades del derecho de propiedad, es importante determinar, en primer lugar, que existe, en efecto, un derecho de propiedad el cual esté siendo afectado bajo un efecto expropiatorio.

En el presente caso, el derecho sobre el cual se está ejerciendo la medida de zonificación es un derecho de concesión minera. La concesión minera, es un derecho de explotación otorgado por el Estado a favor de un privado. La concesión no otorga un “derecho de propiedad” al administrado, sino tan solo su uso y disfrute, más nunca la disposición.

¿Es posible entonces hablar de una expropiación indirecta en el caso de una concesión minera? La respuesta resulta ser bastante clara. En primer lugar, la propiedad de la mina (objeto de la concesión) siempre será del Estado. Es impensable y contradictorio afirmar algo tan descabellado como que una concesión minera se pueda expropiar, toda vez que la propiedad nunca ha sido transferida cuando se otorga un derecho de concesión, y el Estado no se puede expropiar a el mismo. Dicho esto, por una simple derivación lógica, si no es posible expropiar forzosamente una concesión, no sería posible, entonces, que un acto llegue a los mismos efectos puesto que nunca existiría un efecto expropiatorio ya que la titularidad y disposición del bien siempre estarán en manos de la Administración Pública. Esto se condice si analizamos desde

otra perspectiva el problema planteado y recordamos lo ya estudiado de la figura de la expropiación indirecta. Como señalé anteriormente, considero que el efecto lesivo que se debe causar a un bien para que sea considerado como un efecto expropiatorio, debe versar sobre todo el haz de facultades inherentes al derecho de propiedad para que así este quede efectivamente inutilizado y no produzca ningún beneficio económico en favor de su titular. Entonces, si el derecho de concesión es un derecho que *per se* viene delimitado puesto que solo es posible ejercer las facultades de uso y disfrute sobre la concesión, ya que no se trata de un derecho de propiedad ¿Cómo se podría hablar de una expropiación indirecta si la disposición nunca estará en manos de quien tiene el derecho de concesión, sino solo y únicamente en manos del Estado? Lógicamente, no podemos hablar de una expropiación indirecta en estos casos.

En efecto, no estamos hablando de que no exista una afectación indebida al derecho de concesión otorgado, pero este debería ser enfocado desde el punto de vista de un acto administrativo desproporcional o no idóneo, mas no bajo la doctrina de la “expropiación indirecta”.

**3.1.2 El caso *Duke Energy Egenor s.*** El caso de *Duke Energy Egenor* versa sobre el recurso de agravio constitucional impuesto por parte de la empresa que lleva ese nombre contra la sentencia emitida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente su demanda de amparo.

En los hechos, la empresa contaba con una concesión definitiva para generar electricidad y a su vez, contaba con una licencia de uso de aguas para efectuar el embalse de la Laguna Parón, ubicada en el Departamento de Ancash, otorgadas por Resolución Administrativa No. 2694-RCH/RDR.AG-DRH/AT. En el 2010, se genera un riesgo de desborde en la laguna, por lo cual se emite Decreto Supremo de No. 013-2010-PCM que declaró en Estado de Emergencia la Laguna y dándosele a la Autoridad Nacional del Agua el uso de las instalaciones para la descarga de agua de manera temporal para contener dicha emergencia. Una vez culminó el periodo del Estado de Emergencia, la Autoridad Nacional del Agua se negó a devolver el uso de las instalaciones a *Duke Energy Egenor*.

En el fundamento No.41 de la Sentencia el Tribunal se pronunció de la siguiente forma:

41. De acuerdo con ello, se advierte que el hecho de que la Autoridad Nacional del Agua se mantenga en posesión de los activos de la empresa actora, a pesar de que ya transcurrió el plazo del estado de emergencia que legitimaba para usar tales bienes, genera

que en la práctica dicha empresa haya perdido la administración, el uso y/o control de sus bienes, es decir, que en forma indirecta ha sufrido una expropiación.

Una vez más, debemos empezar el análisis por realizar la pregunta más básica y esencial: ¿Se está realizando la calificación sobre un verdadero derecho de propiedad o está el Tribunal usando de modo análogo el derecho de propiedad concebido en nuestra Constitución a un derecho de uso y disfrute?

En efecto, el artículo 70 protege el haz de facultades que constituyen esencialmente el derecho de propiedad, pero esta protección se extiende toda vez que exista un verdadero derecho de propiedad. ¿Podríamos afirmar sin más que un derecho otorgado a un privado por parte de la Administración Pública, como lo es una concesión, una licencia o un permiso, constituyen “propiedad”? Desde luego, existe un contenido propio y un haz de facultades que derivan del otorgamiento de estos derechos, de tal manera que se proteja al privado de un estado de indefensión consistente en intromisiones arbitrarias o injustas por parte del Estado, pero partir de ahí para afirmar que existe una expropiación cuando el Estado limita o retira un derecho sobre algo que es *per se* suyo, es no solo caer en una incoherencia lógica, sino también igualar el derecho de propiedad a estas concesiones o permisos administrativos.

Al igual que el caso anterior, el presente se trata de uno en el cual es fácil malinterpretar el derecho de propiedad con algunas de las facultades que permiten ciertas daciones administrativas como el caso de las licencias o concesiones. Afirma Barrón (2013) incluso que “en efecto, una licencia pública requiere ser expropiada pues la administración siempre puede revocarla por interés público, con cargo de indemnizar (...) Por ende, la alegación a la “expropiación indirecta” carece de todo sentido, pues el Estado es ya el titular de la actividad (...)” (p. 370)

No se trata de justificar la actuación administrativa que puede, en efecto, haber ocasionado un daño al administrado, sino que no basta simplemente identificar un daño para determinar que existe una expropiación indirecta, por más excesiva que pueda ser esa lesión. Si la naturaleza del daño no se aplica a un derecho de propiedad, es impensable calificarla de “expropiatoria”.

Realizar la valoración del daño como uno de expropiación en el presente caso no solo es incoherente, sino que puede prestarse para malinterpretar a futuro otros casos similares, llegando así a complicar una situación que es factible de solucionar a través del correcto análisis del acto o actuación administrativa, y, ultimadamente, a través del test de proporcionalidad.

**3.1.3 El caso *Town House inmobiliaria*.** La empresa inmobiliaria *Town House S.A.C*, es propietaria de diversos terrenos ubicados en la ciudad de Lima, todos ellos inscritos en Registros Públicos, y los cuales estaban destinados a proyectos de construcción inmobiliarios. En el año 2008, la Municipalidad Metropolitana de Lima emite la Ordenanza No. 1099- MML, por medio de la cual pone en efecto un plan de zonificación denominándolo “Zona de Protección y Tratamiento Paisajista” por medio de cual, ciertas zonas de la ciudad, dentro de las cuales están incluidos los terrenos que son propiedad de la inmobiliaria, no estarían permitidos de edificar por cuanto la finalidad de la ordenanza es evitar riesgos físicos para los asentamientos humanos aledaños, así como la fomentación de la mejora paisajista y la protección medio ambiental.

La inmobiliaria acude, mediante recurso de amparo, al Tribunal Constitucional para dejar sin efecto la ordenanza emitida por la Municipalidad Metropolitana de Lima, y es, mediante Exp. No. 00239-2010-PA/TC que nuestro alto Tribunal resolverá el conflicto de manera favorable a la empresa, por cuanto declarará fundada su petición, dejando así inaplicable la ordenanza antes señalada

En la sentencia antes mencionada, el Tribunal Constitucional, al analizar el derecho de propiedad y la afectación que ha tenido la empresa por efecto de la ordenanza, llega a mencionar que este caso se puede vincular a uno de expropiación indirecta, para lo cual, brinda una definición de la misma y una interpretación respecto a su aplicación.

El fundamento 10 de la sentencia se lee:

Por otro lado, la noción de expropiación indirecta o expropiación regulatoria se aplica tanto en derecho internacional como en derecho interno. Siguiendo múltiples pronunciamientos a través de resoluciones expedidas por tribunales internacionales se ha clasificado a las expropiaciones en dos tipos: directas, es decir, aquellos actos legislativos o administrativos que transfieren el título y la posición física de un bien, e indirectas, es decir, aquellos actos estatales que en la práctica producen una pérdida de la administración, el uso o el control de un recurso o una significativa depreciación en el valor de los bienes.

En el fundamento 11, el Tribunal continúa diciendo que:

Así pues, a nivel interno, debe entenderse por expropiación indirecta o expropiación regulatoria aquella en donde la Administración Pública a través de una sobrerregulación priva (total o parcialmente) al propietario de un bien de uno o todos los atributos del

derecho de propiedad (ya sea del uso, del disfrute o de la disposición). El derecho de propiedad sobre bienes tiene sentido en tanto permite extraer un mayor provecho a los bienes. Si no se puede disponer, usar o disfrutar los bienes, gozar de su titularidad carece de relevancia.

Los fundamentos esgrimidos por el Tribunal sobre los cuales se basa para determinar que es o a que se le puede considerar una expropiación indirecta adolecen de, no solo contravenir el espíritu y la naturaleza verdadera del derecho de propiedad, sino que, además, se condicen, como ya hemos podido ver, con una simple extrapolación del derecho americano al nuestro, sin mediar ningún tipo de juicio o criterio para que dicha asimilación sea acorde a nuestro orden constitucional.

En primer lugar, el Tribunal arguye que una significativa depreciación de un bien sería causa suficiente para clasificar a un acto administrativo o una actuación de la Administración Públicas como una expropiación indirecta. Este criterio no es otro que uno de los que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha aplicado en algunos de sus casos para llegar a la conclusión de que la actuación se trate de una *Regulatory Taking*, y, como ya hemos tenido oportunidad de señalar, la doctrina americana es tan amplia como indecisa y poco sólida al respecto, con lo cual no es un referente del todo confiable para su aplicación en el caso peruano. Por ello es que este criterio en el Perú no puede ser tan felizmente aceptado, toda vez que lo que determina que un bien haya sido expropiado subrepticamente no es su depreciación económica, sino si el haz de facultades otorgado por el derecho de propiedad ha sido vulnerado en su totalidad por dicho acto o actuación administrativa. Desde luego, es una consecuencia lógica que un acto limitativo sobre una propiedad acarree una disminución en su valor, pero jurídicamente esto no es lo que determina si estamos al frente de un acto expropiatorio o no, sin mencionar la clara y lógica pregunta ¿Que tanta depreciación es suficiente para determinar que es o que no es una expropiación indirecta? Lógicamente esta pregunta escapa a la realidad y ponderación jurídica, siendo así un criterio que realmente considero bastante ineficiente como base y fundamento para la clasificación de posibles expropiaciones indirectas.

Por otro lado, el Tribunal, en su valoración, analiza el derecho de propiedad desde un punto de vista jurídico-económico liberal, llegando a determinar que cualquier afectación total o parcial de uno o todos los atributos del derecho de propiedad, constituyen una expropiación. En definitiva, el rango que admite el tribunal para que un acto administrativo sea considerado como expropiatorio es tan amplio, que no da lugar alguno a pensar en un acto administrativo regulatorio legítimo. Afirmar que baste que uno de los atributos sea restringido o privado, o que

la privación sobre el bien sea parcial, es dejar un margen de actuación mínimo a la Administración Pública, aún si los actos o actuaciones de esta importan verdaderos fines legítimos, necesarios y de interés público. Es evidente que tal valoración se aleja diametralmente de la naturaleza y contenido del derecho de propiedad que nuestra Constitución protege, por cuanto lo que se protege es un contenido y rentabilidad mínima, no máxima, siendo así que, siempre que la actuación de la Administración Pública se fundamente en la función social de la propiedad y el bienestar común, este es factible de limitarse, aún en extremo, siendo solamente necesario salvaguardar que el derecho no quede vacío de contenido y sirva únicamente como un mero formalismo.

Sin embargo, considero que el presente caso sí podría entenderse como una expropiación indirecta. En primer lugar, es importante recordar que las expropiaciones indirectas deben ser analizadas según el caso y las circunstancias concretas. En ese sentido, en un primer análisis superficial, podría argumentarse que la ordenanza municipal tan solo ha prohibido la posibilidad de edificar y construir sobre las áreas indicadas en la misma, lo cual no importaría ninguna limitación ni restricción de ningún derecho del administrado. Si bien es correcto señalar que la restricción teórica del derecho no es absoluta, es importante tomar las circunstancias concretas del administrado, el cual, en el presente caso, es una empresa constructora. El uso y disfrute lógico y derivado de una expectativa legítima por parte de la inmobiliaria es el poder construir edificios y venderlos para así obtener una ganancia, por lo que la anulación de estas facultades comportaría sin lugar a dudas una anulación sustancial del derecho legítimamente esperable por parte del administrado. Ahora bien, ¿Qué sucedería con la facultad de disposición? Teóricamente, dicha facultad no ha sido expresamente prohibida, pero se ha de recordar que el efecto expropiatorio debe ser un efecto práctico y subrepticio para que podamos hablar de expropiación indirecta, y la facultad de disposición en el presente caso también debe ser efectiva y real si queremos negar dicha hipótesis. La evaluación debe tomar en cuenta un verdadero y real acercamiento de dichas facultades como fácticamente posibles y verdaderamente ejecutables. En el presente caso, la disposición dependería de tantos factores para materializarse realmente, que podríamos concluir que es virtualmente inexistente.

Considero que, en el presente caso, si la ordenanza hubiera especificado que quedaban prohibidos ciertos tipos de construcción (como viviendas multifamiliares), argumentar un caso de expropiación indirecta hubiera sido más irreal, toda vez que la inmobiliaria podría haber construido otro tipo de edificio y obtener de ello una renta. Probablemente, no la renta esperada o deseada en un primer momento, pero una renta finalmente, con lo cual no se podría

argumentar que el acto administrativo haya anulado el contenido esencial del derecho de propiedad ni las expectativas legítimas sobre ese derecho del administrado.

Por lo demás, en ningún caso, “el mayor provecho del bien” debe ser un criterio para determinar si es que estamos ante un caso de expropiación indirecta. Como ya mencioné antes, es lógico concluir que el acto va a ocasionar un detrimento en el aprovechamiento económico del bien, pero esta no es ni debe ser preocupación de la Administración Pública para realizar actos que tengan un verdadero fin legítimo y de interés público. La Administración solo debe procurar que la medida no sea desproporcionada, siga un interés público, y que el derecho del administrado quede viable, la viabilidad que le del administrado es algo que escapa a las exigencias que se le puede imponer a la Administración.

El análisis que debe realizarse al momento de determinar si un acto o actuación administrativa constituye una expropiación indirecta no debe versar directamente y desde un principio sobre el daño ocasionado. En primer lugar, es importante determinar que estemos ante un caso de una afectación de un verdadero derecho de propiedad, y no un derecho similar o análogo. Segundo, es importante realizar un test de proporcionalidad para determinar si el acto o actuación es desproporcionado y/o desmedido, ya que, si bien no todo acto desproporcionado es una expropiación indirecta, toda expropiación indirecta siempre será un acto desproporcionado. Una vez se tenga que el acto o la actuación por parte de la Administración Pública resulta ser un acto desproporcionado, es recién en este punto que debemos analizar la naturaleza del daño y determinar si efectivamente lo que se ha producido es una efectiva anulación de todo el contenido o haz de facultades del derecho de propiedad. Por qué solo es en este caso que podemos concluir, lejos de imputar alguna suerte de “culpabilidad” o “subjetividad” a los actos administrativos, si objetivamente el daño causado por parte de la Administración Pública corresponde más a un sacrificio singular propio de la actividad ablatoria, que, a una limitación general y abstracta propia de la actividad de policía, y que, por tanto, la Administración en ese caso ha debido realizar un procedimiento expropiatorio y no un acto regulatorio.

### **3.2 Inconstitucionalidad e ilicitud de la expropiación indirecta en el Perú y otros casos de expropiaciones ilegítimas**

Partiendo de la última parte del acápite anterior, y habiendo ya señalado como identificar una expropiación indirecta, tenemos que cerrar este capítulo con una pregunta muy importante: ¿Es una figura constitucional la expropiación indirecta? ¿Es una figura lícita o legítima?

Ciertamente, y respecto a la constitucionalidad de esta figura, a lo largo del capítulo anterior y también de este, hemos mencionado que se trata de una forma de expropiación que contraviene lo dispuesto por el Art. 70 de la Constitución y que, toda vez que la contraviene, se trataría, en principio, de una figura inconstitucional.

Sin embargo, considero necesario profundizar este tema por cuanto no basta simplemente llamar a la expropiación indirecta inconstitucional en base a un primer análisis que parece indicar una inconsistencia entre esta medida y el Art. 70, sino que debemos hallar la causa de la ilegitimidad de dicha medida y, por ende, la causa de su inconstitucionalidad. En otras palabras, en este acápite se buscará dar respuesta a la pregunta de ¿porqué la expropiación indirecta es una medida ilegítima y, por ende, inconstitucional en el Perú?

En efecto, parece ser obvio que la expropiación indirecta entraría en la categoría de una expropiación que no es y no se ajusta a la expropiación que el Art. 70 regula. Aun así, es importante hallar el punto de donde deriva la inconstitucionalidad e ilegitimidad de la expropiación indirecta.

En el capítulo anterior se ha definido a la expropiación indirecta, así como su naturaleza, y sus alcances, es decir, hasta qué punto podemos determinar que un acto o actividad de la administración peruana puede ser factible de ser considerada como expropiación indirecta. En la definición brindada se señaló que se trata de un acto o actividad de la administración pública de carácter regulatorio o de policía, que, si bien no afecta la titularidad sobre el derecho de propiedad, si privaría el contenido del mismo. Es decir, que si bien no ataca físicamente el bien de la misma manera en que lo hace una expropiación forzosa, si agrede el derecho de propiedad *per se*, convirtiendo el derecho de propiedad que recae sobre un bien, a un mero formalismo.

Es importante entonces empezar por la siguiente pregunta: ¿Tiene que ser la expropiación indirecta necesariamente un acto regulatorio o de policía?

**3.2.1 La expropiación indirecta como un acto de policía o regulatorio desnaturalizado, y el origen de su ilegitimidad e inconstitucionalidad.** Como ya he mencionado anteriormente, la naturaleza de la expropiación indirecta es la de un acto administrativo (o una actividad administrativa) de carácter regulatorio o de policía en cuanto que el acto en sí mismo es un acto de ordenamiento, y como tal, su finalidad está destinada a limitar ciertos derechos de los administrados en favor de un beneficio o interés público.

Es importante notar aquí la diferencia de la cual ya se ha hablado antes, y esta es la diferencia entre un acto de policía, cuya finalidad es limitar o regular un derecho, y la actividad ablatoria o actos ablatorios de la administración, pero considero que es importante aterrizar esta diferencia al plano de la expropiación indirecta.

Los actos de policía o regulatorios se refieren a todos aquellos actos que tienen por finalidad el ordenamiento de la ciudad a través de distintas técnicas como técnicas de índole normativa (a través de reglamentaciones, por ejemplo) y también a través de actividad no normativa (ordenes, autorizaciones, licencias, etc.) (Notas al Curso de Derecho Administrativo, Lección 19, Piura, 2015). Todo ello sirve para que la Administración Pública pueda controlar y administrar efectivamente los derechos de las personas, y cuyo efecto y sentido es genérico, especialmente cuando nos referimos a la actividad constrictiva de derechos (órdenes y reglamentos) y no tanto la actividad declarativa de derecho, que si es más bien singular (permisos y licencias). Desde luego, en el presente estudio es de nuestro interés la actividad limitativa de derechos y no tanto la actividad que otorga ciertos beneficios a los administrados.

Ahora bien, estos actos se diferencian principalmente de la actividad ablatoria en cuanto que esta actividad singulariza la afectación y requiere un sacrificio particular de un administrado en favor de un objetivo de interés público. Es por ello que la naturaleza de la expropiación forzosa es, antes que nada, la de un acto administrativo ablatorio. Al respecto de esta importante diferencia con la actividad de policía y, Muñoz Macado (2011) señala lo siguiente sobre la actividad ablatoria de la Administración Pública:

(...) Desde un punto de vista técnico y conceptual, se sitúa justamente en la frontera de la regulación. No tiene nada que ver con la determinación del contenido de los derechos, ni con la supervisión y vigilancia respecto de su ejercicio, ni con la resolución de conflictos, ni implica el ejercicio de potestad de limitación de cualquier clase, sino que se caracteriza por atacar directamente el contenido del derecho y sustraerlo, total o parcialmente, a su titular, mediante una decisión singular, directamente dirigida a producir tal efecto de despojo. No se trata de una medida general, que afecte a todos los

titulares de una misma clase de derechos o que se encuentren en una determinada situación jurídica respecto de los mismos, sino de un sacrificio especial y no exigible de los derechos contra los que la expropiación se dirige. (pág. 837)

En efecto, cuando se habla de actividad de policía o regulación, hablamos de medidas generales que afectan a un conjunto de administrados por igual, limitando sus derechos en la medida que estos son pasibles y factibles de ser limitados, por cuanto ningún derecho es absoluto, y esto aplica especialmente al derecho de propiedad (debido a la función social que cumple).

Surge en la figura de la expropiación indirecta una aparente contradicción. Si la expropiación indirecta se trata de un acto administrativo cuya naturaleza es la de uno de policía o regulatorio, ¿cómo es posible que a su vez este tenga efectos expropiatorios? Y es esta pregunta la clave para precisar el concepto y la naturaleza de la expropiación indirecta que se ha brindado anteriormente, por cuanto no se trata realmente de un acto administrativo de policía con efectos expropiatorios. Sino que se trata de un acto o actuación administrativa que en principio por su formulación es un acto de policía o regulatorio, pero que cuyo efecto ha llevado a cabo una desnaturalización del mismo, en donde se ha llevado a cabo la afectación total o el sacrificio particular del derecho de propiedad de, por lo menos, un administrado, y que, por lo mismo que este es un acto desnaturalizado que no se ha ajustado a las reglas y requisitos de la actividad ablatoria en la forma de la expropiación forzosa, termina siendo ilegítimo.

En efecto, la expropiación forzosa es la actividad ablatoria por excelencia de la Administración Pública, y esta se rige por un procedimiento y por requisitos que ya hemos tenido la oportunidad de señalar anteriormente. La ilegitimidad e inconstitucionalidad de la expropiación indirecta deriva de justamente su inhabilidad de sujetarse al concepto de un verdadero acto de policía, por cuanto no regula o limita, sino que en realidad implica un sacrificio por parte de uno (o quizá varios) administrados; sin embargo, a la vez, tampoco cumple con los requisitos necesarios de la expropiación forzosa listados en el Art. 70 de la Constitución y del DL 1192, siendo así que no se puede equiparar tampoco a una verdadera actuación ablatoria (que requiere siempre un debido procedimiento expropiatorio y un previo pago del justipreciado). La afectación que se genera por medio de una expropiación indirecta constituye pues un daño ilícito, que no es soportable ni debe ser soportado por parte del administrado afectado. Es así que la expropiación indirecta resulta ser un acto de policía o regulatorio desnaturalizado por el mismo efecto que causa, y dicho efecto expropiatorio es el

que genera el daño, que, al no enmarcarse ni en la ley ni en la constitución, es ilegítimo e inconstitucional.

Ahora bien, luego de esta explicación, surge la siguiente pregunta: ¿Porque la expropiación indirecta debe ser, por naturaleza, un acto regulatorio o de policía desnaturalizado, y no simple y llanamente un acto ablatorio sin un debido procedimiento ni justiprecio? La respuesta está en la misma naturaleza del acto administrativo o de la actividad administrativa de donde emana el efecto expropiatorio. En principio siempre será un acto genérico y sin un requerimiento de un sacrificio singular de un derecho. Piénsese por ejemplo en un acto administrativo que tiene como finalidad declarar un determinado barrio comercial como una zona especial protegida porque han descubierto en ese lugar antiguos restos prehispánicos; la medida de zonificación inmoviliza y prohíbe cualquier actividad sobre los inmuebles situados allí de tal forma que así equipos especializados puedan atender el descubrimiento. Dicho acto estaría claramente restringiendo el derecho de propiedad de las personas que se encuentran ahí, o a los propietarios el derecho de alquilar sus inmuebles para obtener una renta. Como se ve, no hay una especificación, sino que la afectación es genérica.

Por otro lado, si hablamos de un acto ablatorio sin un debido procedimiento ya no estaríamos hablando de una expropiación indirecta, sino de una expropiación *de facto* o irregular, la cual analizaremos más a detalle a continuación.

**3.2.2 Otras formas ilegítimas o irregulares de la expropiación.** Como mencioné anteriormente, la expropiación indirecta se diferencia de otras figuras de expropiación ilegítimas en tanto y en cuanto se trata de un acto de policía o regulatorio desnaturalizado por la implicancia de sus efectos. Existen también casos de actividades ablatorias que no se encuentran debidamente sustentadas en el Art. 70 de la Constitución ni en la ley. Se trata de verdaderos actos ablatorios, por cuanto directamente implican el sacrificio singular de un propietario sobre su bien a favor de la Administración Pública, pero por diversas razones, la expropiación no termina ajustándose al marco constitucional permitido, haciendo de estas expropiaciones, ilegítimas y el daño ocasionado en un daño ilícito. Tal es el caso de las expropiaciones *de facto* y las expropiaciones irregulares.

En las primeras, se trata de una expropiación material, en donde el Estado ha actuado sobre la propiedad de un privado sin una ley autoritativa. Sin embargo, y como se observa, a diferencia de la expropiación indirecta, la finalidad de la actuación del Estado es sacrificar el derecho de un privado, solo que lo hace de manera fáctica e inconstitucional. En el caso de las

expropiaciones irregulares, sí existe una ley autoritativa, sin embargo, puede suceder que dicha norma no sea la norma competente, que la causa justificativa (la *causa expropriandi*) no esté debidamente fundamentada, o incluso no se haya cumplido con el pago justipreciado. En estos casos los requisitos que nuestra Constitución exige para que se lleve a cabo una expropiación no se han dado cabalmente, y como tal estamos ante una expropiación defectuosa e inconstitucional. Una vez más, la diferencia con la expropiación indirecta, es que en ambos casos, estamos hablando de actos que directamente y de manera singular atacan el derecho de propiedad de un privado, con la finalidad de sacrificarlo a favor del Estado, mientras que en la expropiación indirecta, el acto en sí mismo es regulatorio por cuanto no busca directamente el daño, sino que lo hace de manera subrepticia, lo cual hace a la expropiación indirecta un caso difícil de determinar a primera vista, por lo que debe ser analizado dentro de las circunstancias que lo rodean y de acuerdo al caso concreto.

**3.2.3 Responsabilidad y el daño como consecuencia de las expropiaciones indirectas.** Ya se ha señalado en varias ocasiones que la expropiación indirecta ocasiona un daño. En verdad, toda expropiación ocasiona un daño, la diferencia está en la licitud para ocasionar el mismo a la propiedad de una persona.

Para poder hacer la diferencia entre un daño derivado de un acto lícito de uno ilícito, debemos primero que nada referirnos al daño como tal. La definición de daño es ajena a nuestro Código Civil, así como a la mayoría de los códigos y tradiciones jurídicas romano germánicas. Como suele suceder, la jurisprudencia es la que tiene que determinar el concepto de este término jurídico tan importante, el cual se define como " el menoscabo que sufre el sujeto dentro de su esfera jurídica patrimonial o extra patrimonial"(Cas. No. 114-2001-Callao). Ahora bien, el daño en el CC peruano ha sido regulado en varios artículos de los cuales llama la atención el Art. 1969, correspondiente a la responsabilidad civil extracontractual, que resulta ser de sumo interés para el presente estudio, por cuanto aquí se estaría reglamentando los daños producidos a partir de conductas y actuaciones fuera de la esfera de contratos y pactos *inter partes*.

El mencionado artículo expresa que "Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo". De acuerdo al CC, el daño ilícito debe reunir como características, en primer lugar, que alguien debe haber causado un daño; es decir, debe existir un nexo causal entre el sujeto activo, el hecho nocivo o dañino, y el efecto materializado en un menoscabo o detrimento del patrimonio del sujeto pasivo. En segundo lugar, el daño debe ser doloso o culposo, esto es, debe ser causado con absoluto conocimiento y voluntad de que esa conducta

producirá un daño (dolo) o, por lo menos, con el conocimiento de que la conducta en si misma comporta un riesgo no tolerable o se está actuando negligentemente (culpa). De acuerdo al esquema peruano, es completamente lógico indicar que existen daños lícitos o, derivados de una actuación legítima, como pueden ser los daños causados a partir de una legítima defensa, por ejemplo.<sup>16</sup>

Ahora bien, ¿en qué ayuda esto sobre el caso de la expropiación indirecta? ¿Cómo sabemos si se trata de un daño lícito o ilícito? A diferencia del entorno civil que exige un grado de culpabilidad (y por tanto, de imputación subjetiva) en el caso de la Administración Pública, la ley y sus principios nos llevan a concluir que existe una suerte de responsabilidad directa y objetiva, es decir, que no es necesario imputar subjetivamente dolo o culpa a la Administración Pública, sino que, si esta ocasiona un daño por un actuar indebido o no amparado en la ley, debe responder e indemnizar por los daños ocasionados al administrado.

La ilicitud del acto administrativo se circunscribe dentro del marco de actuación facultado para el Estado, y como tal, mientras este actúe dentro del marco legal que le es permitido, no estará pues realizando un daño ilícito, caso contrario, si estará incurriendo en una actividad ilegítima que a su vez acarreará un daño ilícito. La diferencia radica en que, en el derecho civil, la conducta humana es variada y no es restringida salvo por excepciones, por lo que es necesario idear sistemas y teorías de responsabilidad para determinar quién se hará cargo por los daños ocasionados, si es que en efecto ha producido un daño a otra persona de manera dolosa o culposa. En el caso de la Administración resulta ser lo contrario, la Administración está solo posibilitada a hacer lo que la norma le permite, y si esta no actúa dentro de ese margen, estará actuando de manera ilegítima.

La conclusión a la que se ha llegado sobre la calidad de la responsabilidad de la Administración Pública deriva de lo estudiado en la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; específicamente, en los siguientes artículos: El Art. IV de la LPAG señala los principios del procedimiento administrativo, dentro de los cuales se encuentra el principio de responsabilidad, el cual señala lo siguiente:

---

<sup>16</sup> Sobre el requisito de “antijuridicidad”, existen criterios y doctrina jurídica sobre si dicho elemento es parte integrante o no de la responsabilidad civil extracontractual. En ese sentido, compartimos la opinión de aquellos autores que no consideran la antijuridicidad como elemento integrante de la teoría de responsabilidad extracontractual, toda vez que esta no se regula normativamente en el Perú y por cuanto parece ser un elemento más bien prestado del Derecho Penal, además de que en el caso peruano admitir este elemento abriría la ya conocida discusión sobre si la antijuridicidad se predica del comportamiento (modelo alemán) o sobre el daño en sí mismo (modelo italiano) (León, 2011)

1.18. Principio de responsabilidad. - La autoridad administrativa está obligada a responder por los daños ocasionados contra los administrados como consecuencia del mal funcionamiento de la actividad administrativa, conforme lo establecido en la presente ley. Las entidades y sus funcionarios o servidores asumen las consecuencias de sus actuaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

De otro lado, también en el Art. 238, inciso 1 de la LPAG, *se indica*:

238.1 Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquellas.

De la lectura de ambos incisos, la interpretación que fluye es que la Administración no responde en base a imputaciones subjetivas, sino por los daños que sus propios actos ocasionen, si es que estos actos han sido llevados a cabo erróneamente o sin sujeción a lo que determina la misma ley<sup>17</sup>.

Asimismo, el Art. 238 inciso 1, hace hincapié en que no se hace perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y leyes especiales, por cuanto cualquier imputación subjetiva que correspondiera, puede ser argumentada y tendrá que ser solucionada en la vía civil correspondiente.

Sobre el daño, el artículo anterior es claro en que este debe ser directo e inmediato, es decir, que entre el daño y el acto administrativo debe haber una relación de causa-efecto, y que, además, el daño debe ser instantáneo. Otra de las condiciones necesarias para que el daño sea indemnizable viene estipulada en el Art. 238, inciso 2 de la misma LPAG, la cual indica que:

238.2 En los casos del numeral anterior, no hay lugar a la reparación por parte de la Administración, cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho, determinante del administrado damnificado o de tercero.

Tampoco hay lugar a reparación cuando la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.

Finalmente, para que el daño sea objeto de una indemnización el Art. 238 inciso 4 determina los requisitos del mismo, señalando que "El daño alegado debe ser efectivo, evaluable

---

<sup>17</sup> Por ejemplo, en el caso que nos atañe, según la norma constitucional y el DL 1192

económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos". Se debe entender por daño efectivo aquel que ya se ha producido y ha tenido un efecto nocivo en el patrimonio del administrado, no es posible argumentar daño con base en especulaciones, futuribles, posibilidades o meras hipótesis. Además, el daño debe ser evaluable económicamente. Sobre ello concordamos con Gonzales (2009) que, a pesar de que su análisis recae en una normativa distinta a la peruana (normativa española), esta presenta una clara similitud en su redacción, por lo que la conclusión es la misma: no es posible descartar ningún tipo de daño, sino que debemos hablar de todo tipo de daño que se pueda evaluar, tanto físico como moral y material.

A manera de resumen, he llegado a las siguientes conclusiones:

- 1) La expropiación indirecta se trata de una actuación ilegítima toda vez que no se circunscribe ni al marco legal ni al marco constitucional de la actuación administrativa, toda vez que se trata de un acto de policía o regulatorio desnaturalizado por sus propios efectos y el cual no obedece los requisitos establecidos para llevar a cabo una expropiación.
- 2) La expropiación indirecta se trata de un acto administrativo ilegítimo, que genera un daño ilícito, y, por tanto, indemnizable, toda vez que, el daño producido por una expropiación indirecta es un daño que el administrado no tiene el deber de soportar, ya que no se sustenta en ningún precepto normativo ni en el procedimiento expropiatorio regular.
- 3) El daño es indemnizable toda vez que el daño causado por una expropiación indirecta resulta ser ilícito e imputable a una Administración Pública (ya que, en esencia, se trata de un acto administrativo). La imputabilidad se refiere a que el acto administrativo (en este caso, el acto expropiatorio) es vinculable a la Administración Pública que lo realizó, y, por tanto, esta debe responder por ello. No es necesaria la culpabilidad en ningún grado o forma en este caso.



## Capítulo 4

### Ideas finales sobre la expropiación indirecta

#### 4.1 Solución a la controversia: ¿proceso de amparo o responsabilidad patrimonial de la administración pública?

Llegados a este capítulo final, la pregunta importante que surge luego de estudiada la expropiación indirecta es ¿qué hacer respecto a un caso de expropiación indirecta?

La respuesta a esta pregunta ha tenido, en definitiva, dos opiniones importantes: Una es la solución a través de la anulación de la medida adoptada por medio de un proceso de amparo, y la otra es la indemnización por el daño ocasionado a través de un proceso de responsabilidad patrimonial del estado.

Ahora bien, aunque ambas soluciones parecen ser satisfactorias, debemos preguntarnos, ¿cuál es el proceso que busca proteger realmente este tipo de afectaciones? Es decir, ¿cuál es el proceso idóneo para repeler una afectación dada en un caso de expropiación indirecta? Para esto es necesario adentrarnos en ambas instituciones como tal y estudiar más a fondo sus requisitos, procedencia y finalidad.

a) El proceso de amparo. El proceso de amparo en el Perú se encuentra regulado en el CPC y se define como “un proceso constitucional autónomo de tutela de urgencia de derechos fundamentales, (...) y cuyo fin es reponer a la persona en el ejercicio del derecho *ius-fundamental* amenazado o vulnerado producto de actos lesivos, perpetrados por alguna autoridad, funcionario o persona.” (Eto, 2013, p.146)

Así, en el Art. 2 del CPC se encuentra regulada la procedencia del amparo, tal como se ha mencionado en el anterior párrafo. Es también importante notar que el proceso de amparo también requiere que la persona haya agotado las vías previas necesarias, y en caso no haya obtenido una defensa satisfactoria sobre su derecho, es recién que puede iniciar este proceso. Dicho esto, el Art. 46 del CPC menciona excepciones a esta regla, que no serán objeto de este estudio.

Así mismo, el proceso de amparo es uno *sui generis* por cuanto no importa una etapa probatoria como en otros procesos, sino que tan solo se enfoca en la protección del derecho afectado por algún acto lesivo. El proceso de amparo como tal solo tiene dos opciones: retornar la situación al estado de cosas anterior a la lesión o hacer cumplir determinada norma si es que esta hubiera sido indebidamente ejercida o ejecutada.

El proceso de amparo, como ya hemos mencionado, tiene por objeto la protección de derechos fundamentales distintos a la libertad individual, por lo que el derecho de propiedad podría considerarse ciertamente como un derecho meritorio de la tutela que este proceso brinda.

b) La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública surge como una garantía patrimonial por medio de la cual los administrados pueden exigir al Estado una indemnización por haber sufrido un daño injusto sobre sus derechos a causa de una actuación o acto propio de la Administración Pública.

A diferencia del proceso de amparo, la responsabilidad patrimonial de la Administración, se configura como una solución que requiere necesariamente imputar una actuación lesiva al Estado, y, a su vez, vincular dicha actuación lesiva al daño que ha sufrido el administrado. No se trata de defender *per se* el derecho vulnerado, sino que, se trata de responsabilizar a la administración por causar un daño injusto.

Ahora bien, para que esta garantía pueda reclamarse efectivamente se deben reunir tres presupuestos: La lesión como daño injusto, la relación de causalidad entre el daño y la actuación o acto administrativo y una imputación, la cual no necesariamente debe ser subjetiva (Sánchez Povis, 2015). No se hará un análisis más profundo sobre estos presupuestos toda vez que los mismos ya han sido analizados pertinentemente en el capítulo precedente.

Entonces, ¿cuál es la herramienta a usar para el caso de la expropiación indirecta? Como ya hemos visto, en efecto, ambos casos son plenamente compatibles para solucionar de alguna forma el daño ocasionado por actos o actuaciones administrativas con efecto expropiatorio. En el caso del amparo, es evidente que se está protegiendo el derecho fundamental de libertad y en el caso de la responsabilidad patrimonial del estado, se está resarcido sobre el daño ocasionado al administrado.

Alguno podrá argumentar que la expropiación indirecta por ser indirecta no constituye una relación de causalidad directa entre el daño y la actuación administrativa. Lo erróneo de este argumento es que la consideración de “indirecta” se predica de la “expropiación”, y no del “daño”. El daño causado por un acto administrativo expropiatorio es directo y se vincula a la desproporción de dicho acto sobre la propiedad de una persona que ve su derecho inutilizado e incapaz de ser económicamente viable, por cuanto resulta ser, en practica y en efecto, expropiatorio. En todo caso, recuérdese que también se puede llamar “expropiación regulatoria” a los supuestos que se ha venido estudiando en esta investigación.

Retomando el punto anterior, existe un supuesto de improcedencia en el caso del proceso de amparo, y está señalado en el Art. 5, inciso 2 del CPC, el cual se lee:

**Artículo 5.- Causales de Improcedencia**

No proceden los procesos constitucionales cuando:

(...)

2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus

¿Constituye la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública una vía igualmente satisfactoria a la del proceso de amparo?

De acuerdo al Decreto Supremo No. 011-2019- JUS, el cual aprueba el Texto Único Ordenado de la ley No.27584, Ley que regula el Procedimiento Contencioso Administrativo, en su artículo 5 establece las pretensiones que pueden ser atendidas a través de este proceso:

**Artículo 5.- Pretensiones**

En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:

1. La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos.
2. El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.
3. La declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo.
4. Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.
5. La indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnada, conforme al Art. 238 de la LPAG, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores.

Llama la atención el inciso 5 de este artículo, pues hace una directa referencia al Art. 238 (e incisos) de la LPAG, artículo que versa sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, así como sus requisitos y consideraciones especiales.

Entendiendo el Art. 5 antes citado, se deja claramente expresa la posibilidad que ante una lesión ocasionada por un acto administrativo que tenga efectos expropiatorios, el administrado podrá iniciar un proceso contencioso administrativo bajo el cual solicite no solo la indemnización por el daño causado, sino también la declaración de nulidad o ineficacia del acto que le perjudica, abarcando de esta forma tanto lo protección ofrecida por el proceso constitucional de amparo, y adicionalmente, una pretensión indemnizatoria, por lo que es lógico concluir que no solo estamos ante una vía igualmente satisfactoria, sino , en todo sentido, una vía mucho más favorable para el administrado, por cuanto el proceso de amparo no versa sobre pretensiones indemnizatorias.

Dar solución a los daños causados por una actuación expropiatoria indirecta a través de una mera indemnización equivaldría a validar el acto administrativo como un acto expropiatorio regular.

En efecto, dar una solución indemnizatoria como la prevista en los casos de la Corte Suprema Norteamericana comportaría una doble vulneración al Art. 70, tanto por el acto administrativo en sí mismo que no ha cumplido con la normativa constitucional y se habría validado tácitamente, como por la “solución” adoptada, ya que dicha indemnización es posterior al acto expropiatorio y no se subsume en el concepto del justiprecio indemnizatorio requerido para llevar a cabo un acto expropiatorio regular.

Sin embargo, cuando se señala que el procedimiento contencioso administrativo permite además de la indemnización por el daño causado, también dejar sin efecto y repeler el acto que ocasiona el injusto, resulta que se está ante un caso de una vía igualmente satisfactoria (o incluso, aún más satisfactoria) por cuanto , a efectos de la protección del derecho agredido, resulta indiferente acudir a la vía de amparo o a la vía contencioso administrativo, en la medida que a través de una u otra el administrado vería igualmente protegido su derecho fundamental, y más específicamente en este caso, del derecho de propiedad (Castillo Córdoba, 2011)

En definitiva, parece ser que el proceso contencioso administrativo cuya pretensión sea la indemnización resulta ser un proceso idóneo para casos como los de expropiación indirecta, por cuanto en estos casos, “si los daños no han sido considerados como expropiatorios al no haber sido expresamente previstos como tales y no haber seguido el procedimiento de expropiación correspondiente, restará al administrado recurrir (...) al régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración” (Sánchez, 2015, p.324)

Ahora bien, si mi derecho no se ve protegido mediante la vía del proceso contencioso administrativo, ¿aún se puede acudir al proceso de amparo? Una lectura coherente y lógica del Código Procesal Constitucional rápidamente nos indicaría que no, por cuanto, por las razones antes explicadas, este resultaría improcedente. Sin embargo, el proceso de amparo no solo admite la opción del rechazo de un acto lesivo y la retrotracción al estado anterior de cosas, sino que el amparo también tiene como finalidad el cumplimiento, o, mejor dicho, la exigencia del cumplimiento de un mandato legal o acto administrativo.

De este modo, la vía igualmente satisfactoria se predica de un proceso que permite repeler y denegar el acto administrativo causante de un efecto expropiatorio ilegítimo, y en ese sentido, la única vía disponible es la vía del proceso contencioso administrativo, pero, aun si esa vía resultase insuficiente, considero que la garantía sobre la propiedad del derecho de la persona también se extiende a la exigencia constitucional de que se realice un debido acto expropiatorio de acuerdo al Art. 70 de la constitución y al DL 1192; toda vez que si el acto administrativo es, como ya ha mencionado Sánchez, un acto expropiatorio que por diversas razones el Estado no ha estimado como tal, es factible considerar que la solución sea corregir la situación de las cosas a través de un correcto procedimiento expropiatorio, que implique la emisión de una ley, la motivación clara de una *causa expropriandi* y el justiprecio indemnizatorio correspondiente, ya que la propiedad de una persona solo puede ser sacrificada bajo la figura de la expropiación forzosa.



## Conclusiones

A través de esta investigación, se ha ido estudiando la figura o doctrina de la expropiación indirecta a través de las leyes, jurisprudencia y doctrina nacional, extranjera e internacional. Al final, se trata de entender esta figura en el contexto de la Constitución Peruana y del orden jurídico peruano, y no solo extrapolar criterios jurídicos foráneos o de tribunales internacionales.

Es cierto que las expropiaciones indirectas han tenido un desarrollo importante en el contexto de las inversiones y tratados comerciales entre países, pero, como ya mencione, esta investigación tiene por objeto analizar jurídicamente la situación de la expropiación indirecta no en un particular caso de inversionistas y de empresas extranjeras en un marco de leyes que las admiten y protegen, sino en un marco general a la luz de la norma constitucional y las leyes peruanas, todo ello para así encontrar garantías y defensas al derecho de propiedad de los administrados y personas que no se encuentran regidos bajo normas especiales como los TBI o TLC.

Como se ha indicado anteriormente, dichos tratados se han analizar en su propio contexto, toda vez que se tratan de acuerdos o pactos que inciden mayormente en temas económicos, y como tal, regularán situaciones que puedan perjudicar al país inversor. Del mismo modo, los criterios para determinar que tanto afecta a un inversor un determinado acto administrativo en un contexto de arbitrajes internacionales, también siempre serán más amplios por cuanto dichos acuerdos ofrecen una protección más amplia que la de las leyes nacionales y no se rigen necesariamente por la configuración que nuestro país tiene sobre los derechos fundamentales, y en específico, el derecho de propiedad.

Así, en primer lugar, es importante concluir que la expropiación indirecta, dentro del marco constitucional peruano y de nuestras leyes, resulta ser una figura ilegítima y contraria al Art. 70 de la Constitución, toda vez que nosotros solo recogemos una forma de expropiación y esta es la expropiación forzosa. Así, la expropiación indirecta no constituye una “forma de expropiación”, sino que se configura como un acto administrativo cuyos efectos, ya sea porque la Administración Pública no lo previo o no lo considero así, son expropiatorios y no se realizó el procedimiento único y necesario para privar la propiedad de una persona, el procedimiento expropiatorio establecido en el DL 1192.

El verdadero desafío para nuestra investigación, y para todas las investigaciones que puedan derivarse de este humilde trabajo y las demás que versen sobre la expropiación indirecta, no es concluir que se trata de una figura ilegítima, sino en determinar en qué momento se trata de un

acto de policía general, abstracto y limitativo y en qué momento este se convierte en un acto expropiatorio. Es por ello que en este presente estudio hemos considerado que para que un acto administrativo sea considerado expropiatorio, tiene que anular toda posibilidad de uso, disfrute y disposición del bien afectado por el acto administrativo para que el bien así no sea pasible de generar ningún beneficio económico a su propietario y solo sirva como una mera titularidad formal. Desde luego, el análisis sobre si dichas facultades han sido anuladas debe realizarse a la luz del caso concreto y según los criterios de proporcionalidad y el principio de primacía de la realidad y no solamente en construcciones hipotéticas o teóricas de si el bien aún tiene la facultad designada. Verdaderamente, solo así podríamos hablar de un efecto expropiatorio indirecto, toda vez que, en cuanto a sus efectos, se asemejaría a la expropiación forzosa. Basta que el bien genere algún tipo de beneficio económico o rentabilidad para su propietario y ya no podríamos hablar de un efecto expropiatorio. Es importante recordar en este punto que la protección constitucional de la propiedad y la función social de la propiedad no garantizan un máximo disfrute de la propiedad, sino tan solo el mínimo, toda vez que la propiedad puede ser limitada en favor del interés y bienestar común, y es en este punto donde los actos administrativos, aunque restrinjan fuertemente la propiedad privada, no son pasibles de ser llamados expropiatorios si sus efectos no deniegan el contenido esencial del derecho de propiedad.

Siempre que estemos ante un caso de expropiación indirecta, es importante recordar que la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración, así como la configuración del proceso contencioso administrativo, ofrecen una solución al problema que resulta ser tan (o incluso más) satisfactoria que el proceso de amparo, ya que a través de este proceso el administrado no solo vea que el acto lesivo pueda ser rechazado y anulado, sino también que pueda obtener una indemnización por dicha lesión que no debió ocurrir.

Por otro lado, el amparo siempre podrá funcionar para exigir el debido cumplimiento de la norma constitucional y la norma expropiatoria, toda vez que, si los efectos llevados a cabo por un acto administrativo son expropiatorios, esto implicaría una actividad ablativa por parte del Estado, y como tal, un sacrificio singular de la propiedad que solamente se puede dar si es que se ha seguido un debido proceso expropiatorio tal como lo determina la Constitución y el DL 1192.

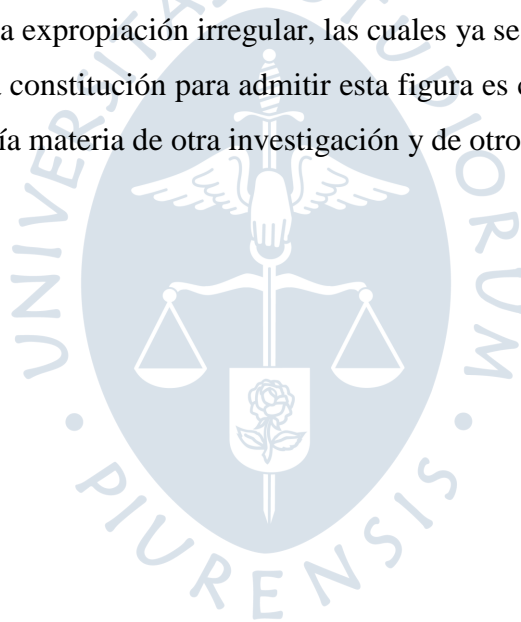
Con todo, la expropiación indirecta se configura como un efecto que deriva de un acto administrativo y que, por la protección brindada por parte de la Constitución y por la configuración de la expropiación en nuestro país, es imposible de configurarse legítimamente.

Es evidente que nos distanciamos de opiniones como la de Velásquez (2013) que considera una expropiación indirecta legítima, toda vez que su lógica deriva de una extrapolación errónea de la figura de los *regulatory takings* americanos y una interpretación errónea y restrictiva de lo mencionado por el Tribunal Constitucional en el caso Shougang, especialmente de lo dicho por el Magistrado Landa, al interpretar *a contrario sensu* uno de sus fundamentos y llegar a una errónea conclusión de que una expropiación indirecta puede ser legítima si cuenta con una indemnización justipreciada.

Llegar a dicha conclusión implica desconocer del todo el Art. 70 de nuestra Constitución, y no solo ello, sino que, abríamos paso a actos administrativos expropiatorios cuya legitimidad depende de una indemnización *ex post*, lo cual sería una desvirtualización de todo el ordenamiento administrativo-constitucional sobre esta figura privativa del derecho de propiedad, por cuanto legitimaría algo que en principio es ilegítimo. Es importante recordar que el artículo 70 y el principio de legalidad existen, en su fundamento filosófico, para que, precisamente, limiten el poder estatal y libertad de actuación de la Administración Pública; en este sentido, es lógico concluir que nuestro sistema se ha configurado de tal forma para que solo pueda existir la expropiación forzosa o directa como una herramienta estatal que priva el derecho de propiedad a favor de un proyecto que es menester realizar por su necesidad pública. La redacción de la norma constitucional, a su vez, previene la existencia de cualesquiera otras formas de sacrificio del derecho de propiedad. La “legitimación” de la que habla Velásquez, de actos que constituyan expropiaciones indirectas, implicaría formas alternas de expropiación que no solo serían menos garantistas y protectoras, sino que, además, serían más rápidas de ejecutar y cuya indemnización *ex post* dependería de que la misma entidad administrativa reconozca su acto como expropiatorio, de lo contrario, esto solo se conseguiría a través de un proceso contencioso. Por lo demás, considero que, si Velásquez se refiere a “legitimar” actos que impliquen un debido proceso, un justiprecio y una indemnización, se cae en una redundancia lógica, por cuanto en sí mismo ya está hablando de la figura de la expropiación forzosa.

La expropiación indirecta es una figura digna de mayor estudio, análisis y escrutinio académico. La actuación administrativa siempre configurará escenarios que ningún legislador ni jurista podrá prever de manera absoluta, y este es uno de esos escenarios en los cuales la actuación administrativa, en cada caso concreto, será objeto de debate y de diferentes interpretaciones.

El objetivo principal de este estudio es haber aportado de una manera objetiva y lógica una opinión válida sobre cómo entender esta figura en nuestro ordenamiento interno y como es factible de solucionar los efectos negativos que genera. Al final, la expropiación indirecta se trata de un efecto expropiatorio producido por un acto administrativo regulatorio desnaturalizado, y cuya configuración y efectos se deben necesariamente analizarse a la luz del Art. 70 de nuestra Constitución. No se trata de una figura con una naturaleza propia, o de una doctrina para salvaguardar ciertas actuaciones administrativas, como como es el caso de los Estados Unidos (en la cual se trata de una herramienta para solucionar aquellas regulaciones que constituyendo un real *taking* no han previsto su indemnización), sino simple y llanamente de un efecto que, si logra concretarse en nuestro derecho, afecta en demasía el derecho de propiedad y, por tanto, no es lícito ni legítimo. Nuestro orden constitucional no admite una figura de esta índole, así como tampoco admite otras figuras expropiatorias como la expropiación de hecho o la expropiación irregular, las cuales ya se ha tenido la oportunidad de revisar. Modificar nuestra constitución para admitir esta figura es cuando menos cuestionable, pero, desde luego, eso sería materia de otra investigación y de otro análisis.



## Recomendaciones

Es necesario cerrar esta investigación con las recomendaciones propias del caso, teniendo en cuenta todos y cada uno de los temas que se han analizado y estudiado hasta este punto. No haré ninguna recomendación del tipo *lex ferenda*, por cuanto considero que eso no compete a nosotros juristas, sino a un estudiante de politología.

Sin embargo, sí pienso que es necesaria una modificación para abarcar mejor estas situaciones de afectación al derecho de propiedad mediante expropiaciones indirectas. Una modificación viable podría ser señalar en el DL 1192, que es la ley que desarrolla constitucionalmente la expropiación forzosa, la prohibición de las expropiaciones indirectas, a la vez que se conceptualicen las mismas como medidas administrativas que tengan efectos expropiatorios sobre la propiedad sin la transferencia del título. Desde luego, será labor de la doctrina, de los jueces y de los juristas determinar cuándo se está realmente frente a una expropiación indirecta en cada caso concreto. De todas formas, sí considero necesario que la norma peruana defina el concepto de las expropiaciones indirectas en la norma y del mismo modo señale la aproximación que el ordenamiento debe tener en estos casos.

Por otro lado, sería importante ampliar los estudios y los análisis respecto a esta figura tan interesante, puesto que el análisis jurídico de la misma es más bien escaso. Como se ha visto, las sentencias del Tribunal Constitucional, simple y llanamente han extrapolado los conceptos de tribunales arbitrales, internacionales o de otros países y lo han encajado forzosamente en el sistema peruano. A pesar de que la conclusión a la que llegaron coincide con la expuesta en este trabajo, aún a un nivel jurisprudencial y doctrinario, esta figura aún no se ha entendido completamente, y sería muy fortuito y aprovechable que se pudiera hacer mayor escrutinio de la expropiación indirecta, por cuanto no solo incide en el entendimiento de esta figura *per se* sino en más grandes y más importantes instituciones, como el poder de la Administración Pública, el derecho fundamental de la propiedad, el concepto de la función social y la actividad expropiatoria del Estado.

Finalmente, y ya a modo de un deseo más que de una recomendación, las administraciones públicas deben tener siempre en cuenta que el poder que se les es otorgado no puede nunca sobrepasar el derecho fundamental de las personas, y si se le permite, es solamente en la forma y oportunidad que la Constitución y la ley avala. Es importante que nuestros funcionarios públicos entiendan que efectos pueden causar en los administrados los actos, actuaciones, ordenanzas, reglamentos, y toda normativa que pueda provenir de ellos, pues de ellos depende mucho el desenvolvimiento correcto de la sociedad y de los derechos de las personas. Solía

decir un profesor en clase, que el derecho administrativo no es otra cosa que el derecho constitucional ejercido en la práctica, en el caso concreto, frase con la que estoy totalmente de acuerdo, y es por ello que los funcionarios deben siempre tener presente los lineamientos constitucionales, los límites de la actuación pública y el alcance de los derechos fundamentales, porque es su actuar el que, día a día, pueda en concreto fortalecer una sociedad de derecho, o llevar a cabo actos y actuaciones desmedidas que la desprotejan, como es el caso de la expropiación indirecta.



## Referencias bibliográficas

- Abad Yupanqui, S. B. (2018). *Constitución y Procesos Constitucionales*. Lima: Palestra Editores.
- Cairo Roldán, O., Huamán Ordoñez, L., Barco Lecussan, O., Benavente Chorres, H., Álvarez Pérez, V., & Picón Gonzales, J. (2013). *El Principio Constitucional de Legalidad y su aplicación en el Derecho Administrativo, Penal y Tributario*. Lima.
- Castillo Córdova, L. (2006). El derecho de propiedad como objeto de protección del proceso de amparo, *En: Normas legales: Análisis jurídico: doctrina, jurisprudencia, consultas, documentos*, 2 (360), p. 165-180.
- Castillo Córdova, L. (2007). *Los Derechos Constitucionales: Elementos para una teoría General*. Lima: Palestra Editores.
- Castillo Córdova, L. (2011). Sobre la esencia del amparo. En particular sobre su excepcionalidad, *En: Pensamiento Constitucional* (15), p. 51-83
- Cobo Olvera, T., & et. al. (2011). *Los Procedimientos administrativos expropiatorios: tutela frente a las actuaciones de la Administración*. Barcelona: Bosch.
- Diez-Picaso, Luis (2011). *Fundamentos del Derecho Civil V: La Responsabilidad Civil Extracontractual*, Madrid, Civitas.
- Domenech Pascual, G. (2012). *Como distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable*. (R. InDret, Editor) Recuperado de: [http://www.indret.com/pdf/877\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/877_es.pdf)
- Gonzales Barrón, Gunther. (2018). *Amparo Constitucional en Defensa de la Propiedad*, Lima, Gaceta Jurídica.
- Gonzales Barrón, Gunther. (2018). *Teoría general de la propiedad y del derecho real*, Lima, Gaceta Jurídica.
- Gonzales Barrón, Gunther (2013). *Derecho Urbanístico*. Lima, Jurista Editores.
- Gonzales Pérez, Jesús (2010) *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas.
- Huapaya Tapia, R., & Sánchez Povis, L. (2016). El Régimen Jurídico de la Expropiación Forzosa en el Ordenamiento Peruano. Evolución Normativa y Perspectivas Actuales, *En: THEMIS Revista de Derecho* (69), p. 87-113.
- Lección 19. (2015). *Notas al curso de Derecho Administrativo*. Piura.
- León Leysser, Hilario (2011) *La Responsabilidad Civil: Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas*, Lima, El Jurista Editores.
- Mendoza del Maestro, G. (2013). Apuntes sobre el derecho de propiedad a partir de sus Contornos Constitucionales, *En : Foro Jurídico*, (12), p. 97-108.

- Muñoz Macado, S. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General IV: La Actividad Administrativa*. Madrid: Iustel.
- Parada Vásquez, R. (2010). *Derecho administrativo. I*. Marcial Pons, Madrid.
- Sánchez Povis, L. (2015). La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en el Ordenamiento Peruano: Aproximaciones a una Institución Pendiente de Reforma *En: Revista Derecho & Sociedad (45)*, p. 321-332
- Veintimilla Vega, J. (2016). Tesis de pregrado en Derecho. *La expropiación forzosa e impuestos a la renta en el ordenamiento peruano*. Piura, Perú: Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Recuperado de [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2485/DER\\_059.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2485/DER_059.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Velásquez Meléndez, R. (2013). Expropiación indirecta: justificación, regímenes, caso, criterios y usos, *En: Revista Ius et Veritas (46)* , p. 228-256
- Zegarra Mulánovich, Álvaro. (2009). *Descubrir el Derecho: Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática*. Lima: Palestra Editores.



## **Jurisprudencia**

### **1. Nacional**

Expediente N° 0008–2003–AI/TC

Expediente N° 00031-2004-AI/TC

Expediente N° 01735-2008-PA/TC

Expediente N° 3773-2004-AA/TC

Expediente N° 00239-2010-PA/TC

Cas. No. 114-2001-Callao

### **2. Extranjera**

CIADI No.ARB/10/17

*Pennsylvania Coal Company v. Mahon*, 260 U.S. 393

*Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, 458 U.S. 419

*Penn Central Transportation Co. v. New York City*, 438 U.S. 104

*Nollan vs California Coastal Comission*, 483 U.S. 825

*Hadachek vs Sebastian* 239 U.S. 394

*Lucas vs. South Carolina* 505 U.S. 1003

