



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
**PIRHUA**

# LA EXPROPIACIÓN FORZOSA E IMPUESTO A LA RENTA EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

Jorge Veintimilla-Vega

Piura, junio de 2016

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Veintimilla, J. (2016). *La expropiación forzosa e impuesto a la renta en el ordenamiento peruano*. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo [una licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

**JORGE MARTÍN VEINTIMILLA VEGA**

**LA EXPROPIACIÓN FORZOSA E IMPUESTO A LA RENTA EN EL  
ORDENAMIENTO PERUANO.**



**UNIVERSIDAD DE PIURA  
FACULTAD DE DERECHO  
Tesis para optar el título de abogado**

**2016**



## **APROBACIÓN**

Tesis titulada “*La Expropiación Forzosa e Impuesto a la Renta en el Ordenamiento Peruano.*”, presentada por el bachiller Jorge Martín Veintimilla Vega en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por el Director Dr. Antonio Abruña Puyol y Mgtr. Guillermo Chang Chuyes.

---

Director de Tesis



## **DEDICATORIA**

A Dios, por guiarme en esta aventura.

A mi madre, pilar fundamental de mi vida, por su ejemplo y valentía constante.

A mi padre y hermana por su aliento para continuar.

A Kelly, por su amor, apoyo y comprensión incondicional.



## **AGRADECIMIENTO**

Un agradecimiento especial a mis asesores de Tesis, Dr. Antonio Abruña Puyol y Mgtr. Guillermo Chang Chuyes, por brindarme su conocimiento, dedicación e inagotable paciencia.



## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>CAPÍTULO I: LA PROPIEDAD PRIVADA Y SU FUNCIÓN SOCIAL</b> .....	3
1.1. Evolución histórica de la propiedad.....	3
1.2. La propiedad en el ordenamiento jurídico peruano. ....	9
1.2.1. Nivel constitucional.....	9
1.2.1.1. El contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad. ....	11
a) Sobre el “contenido esencial” de los Derechos Fundamentales.....	11
b) El contenido esencial del Derecho de propiedad: Delimitación positiva. ....	15
c) Delimitación negativa del contenido esencial del derecho de propiedad. ....	17
1.2.1.2. Los límites de la propiedad. ....	18
a) Teorías sobre los límites de los derechos. ....	19
b) La Función social de la propiedad como límite. ....	32
c) Toma de postura: La función social como límite interno del derecho de propiedad. ....	40
1.3. Nivel legislativo: El Código Civil Peruano. ....	43
1.3.1. El derecho subjetivo de propiedad. ....	43
a) Noción de Derecho subjetivo.....	43
b) La propiedad como Derecho subjetivo. ....	46
1.3.2. La propiedad como “DOMINIUM PLENUS”. ....	52
1.3.3. Caracteres y atributos de la propiedad. ....	57

a)	Caracteres de la propiedad.....	57
b)	Atributos de la propiedad.....	59
1.3.4.	Pérdida y Extinción de la propiedad.....	61
a)	Cuestión previa: la diferencia entre pérdida y extinción de la propiedad.....	61
b)	Causales de extinción o pérdida de la propiedad.....	62

**CAPÍTULO II. ....67**

**SUBCAPITULO 1: LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL  
ORDENAMIENTO PERUANO .....67**

2.1.	Nota introductoria.....	67
2.2.	Evolución histórica de la expropiación forzosa.....	68
2.3.	Conceptualización de la expropiación forzosa. ....	72
2.3.1.	Noción de expropiación forzosa.....	72
2.3.2.	Expropiación forzosa: diferencia con otras figuras jurídicas. ....	79
2.4.	Expropiación forzosa: fundamentos .....	83
2.5.	La expropiación forzosa: potestades que conjuga y efectos.....	85
2.6.	Objeto de la expropiación forzosa. ....	88
2.6.1.	Bienes objeto de la expropiación forzosa.....	88
2.6.2.	De la expropiación parcial. ....	92
2.7.	Los sujetos que intervienen en la expropiación forzosa. ....	95
2.7.1.	El sujeto expropiante. ....	95
2.7.1.1.	Sujetos que pueden solicitar la expropiación .....	95
2.7.1.2.	El sujeto activo .....	97
2.7.1.3.	El Beneficiario .....	98
2.7.2.	El sujeto expropiado. ....	102
2.8.	La causa expropriandi. ....	105
2.9.	Los efectos de la expropiación forzosa.....	114
2.9.1.	La transferencia forzosa del bien.....	114
2.9.2.	El pago que el Estado debe efectuar a favor del sujeto expropiado.....	117
2.10.	El procedimiento expropriatorio. ....	121
2.10.1.	La etapa legislativa. ....	122
2.10.2.	La etapa administrativa.....	125
2.10.2.1.	De los actos administrativos para ejecutar la expropiación forzosa.....	125
2.10.2.2.	Del trato directo.....	126
2.10.3.	De la vía judicial o arbitral. ....	128
2.10.3.1.	Del procedimiento judicial.....	129

2.10.3.2. Del procedimiento arbitral. ....	133
2.11. El pago del justiprecio. ....	134
2.12. La caducidad del procedimiento expropiatorio. ....	135
2.13. El derecho de reversión. ....	136

**SUBCAPITULO 2: EL JUSTIPRECIO** ..... 143

2.14. Nota preliminar. ....	143
2.15. El justiprecio: definición. ....	143
2.16. La fundamentación del justiprecio: su consideración como garantía de integridad. ....	145
2.17. Naturaleza jurídica del justo precio. ....	146
2.18. ¿justiprecio o indemnización justipreciada? ....	148
2.19. El carácter necesariamente previo del pago del justiprecio. ....	153
2.20. El justiprecio: ¿supone una simple conversión de valores? ....	155
2.21. Caracteres del justiprecio. ....	156
2.21.1. El justum pretium debe ser justo. ....	156
2.21.2. El justum pretium debe ser previo. ....	160
2.21.3. El justum pretium debe cancelarse en dinero. ....	161
2.22. Elementos que integran el justiprecio. ....	161
2.22.1. El justiprecio stricto sensu. ....	162
2.22.2. La eventual indemnización. ....	166
2.23. Conceptos excluidos de integrar la tasación. ....	171
2.23.1. Valor de las mejoras o cultivos realizados en el inmueble con posteridad a la fecha establecida en el numeral 20.2 de la LMAE. ....	171
2.23.2. El daño extrapatrimonial. ....	173
2.23.3. Las ganancias hipotéticas. ....	173
2.24. Momento de la valoración. ....	174

**CAPÍTULO III: EL JUSTIPRECIO Y SU RÉGIMEN  
TRIBUTARIO A EFECTOS DE LA LIR.** ..... 177

3.1. Marco teórico: los tributos en el ordenamiento peruano. ....	177
3.1.1. La potestad tributaria: definición y naturaleza. ....	177
3.1.2. El Tributo: definición y características. ....	180
3.1.3. Clasificación y principios que fundamentan las especies tributarias. ....	182
3.2. El impuesto. ....	185
3.2.1. Definición. ....	185
3.2.2. El aspecto material del Impuesto. ....	186
3.3. El impuesto a la renta. ....	188

3.3.1. Definición y características generales del IR. ....	188
3.3.2. Hipótesis de incidencia del IR. ....	190
3.3.2.1. Norma tributaria, hipótesis de incidencia y hecho imponible. ....	190
3.3.2.2. Los aspectos de la hipótesis de incidencia del IR. ....	191
3.3.3. El aspecto material de la hipótesis de incidencia del IR. ....	195
3.3.3.1. Aspecto material del IR. ....	196
3.4. El justiprecio ¿hecho imponible del IR? un análisis desde el aspecto material de la hipótesis de incidencia del IR. ....	204
3.4.1. Enfoque de la controversia. ....	204
3.4.2. Justiprecio e IR previo a la vigencia de la LMAE. ....	206
4.4.2.1. La afectación del justiprecio al IR: El justiprecio como hecho generador de renta. ....	206
4.4.2.2. La no sujeción del justiprecio al IR. ....	207
3.4.3. Justiprecio e IR bajo la vigencia de la LMAE. ....	211
4.4.3.1. La afectación del justiprecio al IR: El justiprecio como hecho generador de renta. ....	211
4.4.3.2. Toma de postura: La inafectación del justiprecio al IR. ....	215
<b>CONCLUSIONES</b> .....	241
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	247

## ABREVIATURAS

Art.	Artículo.
CC	Código Civil (peruano).
Cfr.	Confrontar.
CIDH	Corte Internacional de Derechos Humanos.
Coord.	Coordinador.
CP	Constitución Peruana.
CPC	Código Procesal Civil.
CT	Código Tributario.
DA	Documentación Administrativa
DCD	Disposición Complementaria y Derogatoria.
DFC	Disposición Final y Complementaria.
DFT	Disposición Final y Transitoria.
Dir.	Director.
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española.
Ed.	Editor.
EUNSA	Ediciones Universidad de Navarra S.A.
IPDT	Instituto Peruano de Derecho Tributario.
IR	Impuesto a la Renta.
ISC	Impuesto Selectivo al Consumo.
LAEPOE	Ley que facilita la adquisición, expropiación y posesión de bienes inmuebles para obras de infraestructura y declara de necesidad pública la adquisición o expropiación de bienes inmuebles afectados para la ejecución de diversas obras de infraestructura.

LEF	Ley de Expropiación Forzosa (española).
LEOP	Ley que facilita la ejecución de obras públicas viales, Ley N° 27628.
LGE	Ley General de Expropiaciones, Ley N° 27117.
LIR	Ley del Impuesto a la Renta, Decreto Legislativo N° 774.
LMAE	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, Decreto Legislativo N° 1192.
LOPE	Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158.
op. cit.	Obra citada.
RAP	Revista de Administración Pública.
REDUP	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura.
RLIR	Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, Decreto Supremo N°122-94-EF.
RNT	Reglamento Nacional de Tasaciones, Resolución Ministerial 126-2007-VIVIENDA.
RTF	Resolución del Tribunal Fiscal.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional (español).
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (español).
SUNARP	Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.
T.U.O	Texto Único Ordenado.
T.U.O de la LIR	Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, Decreto Supremo N° 179-2004-EF.
TC	Tribunal Constitucional (peruano).
TCE	Tribunal Constitucional Español.
TSE	Tribunal Supremo Español.
URP	Unidad de Referencia Procesal.
Vid.	Véase.

## INTRODUCCIÓN

El derecho de propiedad, al igual que todos los derechos fundamentales, no es un derecho absoluto sino que el mismo posee una serie de límites que delimitan su contenido constitucionalmente protegido. En ese sentido, en doctrina se han reconocido una serie de límites al derecho de propiedad, concretamente dentro de aquellos límites instaurados en base al orden público hemos centrado nuestra atención en la función social de la propiedad.

La función social de la propiedad cumple el rol de delimitar el interés del titular en base a las exigencias de orden social de forma que aquel deberá hacer un aprovechamiento socialmente útil de sus bienes.

Precisamente, es en la función social que está llamada a desempeñar la propiedad donde, a nuestro parecer, subyace el fundamento de la expropiación forzosa. Para explicar esto que venimos comentando, se argumenta que es la función social de la propiedad la que ordena que el ejercicio de esta, esté vinculado de manera positiva y negativa al bien común.

Ahora bien, es evidente que el texto constitucional tutela el derecho de propiedad, no pudiendo ser la expropiación forzosa un acto del Poder Público contrario a aquel. Y no lo es, porque la salvaguarda del derecho de propiedad cuando se opta por expropiar un bien se materializa con el previo pago del justiprecio al expropiado. Así, el justiprecio se erige como una garantía de integridad ínsita en todo procedimiento expropiatorio.

Pero, ¿qué sucede cuando aquel monto se ve sometido al pago de un impuesto? Al respecto, en su momento, la Administración Tributaria estableció que la LIR no gravaba el justiprecio como tal, sino que tal tributo gravaba la posible utilidad que podía resultar de comparar el monto del justiprecio con el valor de adquisición actualizado del inmueble, precisando que tal valor representativo de la diferencia monetaria debía sujetarse al tratamiento fiscal de las ganancias de capital.

En la presente investigación, se podrá advertir no sólo el cambio normativo que ha operado sobre el cuestionamiento que estamos desarrollando, sino también se podrá apreciar distintas razones abonadas tanto desde el Derecho Constitucional como desde el Derecho Administrativo tendentes a fundamentar la no sujeción del justiprecio al IR.

No obstante ello, y sin perjuicio de la validez de aquellos argumentos, existen sólidas razones dadas desde el Derecho Tributario que permiten llegar a la misma conclusión las cuales, a pesar de haber sido obviadas por la SUNAT, han sido objeto de un reflexivo análisis por parte del autor en el epílogo del presente estudio.

# **CAPÍTULO I:**

## **LA PROPIEDAD PRIVADA Y SU FUNCIÓN SOCIAL**

### **1.1. Evolución histórica de la propiedad.**

El dominio del hombre sobre las cosas constituye un punto central en la formación de nuestra historia. Ese afán de dominio se ha manifestado desde los primeros tiempos de la presencia del hombre en el mundo siendo consustancial a la naturaleza humana. Así, el hombre intentó apoderarse de aquellos objetos que vislumbraba le eran útiles, para satisfacer sus necesidades más prioritarias. Luego, ese rasgo no perdió fuerza pero se ha visto redimensionado por intermedio de un valor supremo presente siempre en el hombre: su dignidad<sup>1</sup>. Es precisamente la dignidad, el fundamento sobre el cual debe interpretarse la propiedad.

Ahora bien, dentro de las fases a través de las cuales ha evolucionado la propiedad se pueden distinguir claramente tres: en un primer momento se erige la propiedad colectiva de los pueblos primitivos, pasando por la propiedad familiar en un segundo periodo, contemplando en último término la propiedad individual<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. GONZALES BARRÓN, G. *Curso de Derechos Reales*, Jurista Editores, Lima, 2003, p. 33.

<sup>2</sup> Cfr. RAMÍREZ CRUZ, E. *Tratado de derechos reales*, Volumen 2, 3ª edición, Rhodas, Lima, 2007, pp. 17 y ss.

En ese sentido, la “propiedad” que conocieron los pueblos primitivos fue una propiedad colectiva, y se ejercía sobre los bienes muebles (herramientas, vestimentas) y luego sobre los predios (bosques, aéreas de pastoreo)<sup>3</sup>.

Con la ulterior evolución y la aparición de la civilización, se dio paso a la propiedad familiar. Este periodo puede ser identificado en la civilización romana y posteriormente en la germana. En Roma la propiedad familiar estaba “concentrada materialmente en un lindero territorial corto (huerto familiar) y circunscrita a los bienes muebles (*familia pecuniaque*, esclavos y ganado). El resto de la tierra seguía la estructura colectivista de la época más antigua y podía ser, por ende, utilizada por todos”<sup>4</sup>. Entre los germanos, era el príncipe y los magistrados quienes estaban a cargo de distribuir de manera anual las tierras a las familias. Culminado ese lapso de tiempo debían trasladarse a otro lugar<sup>5</sup>.

Para la doctrina es bastante discutido establecer cómo fue la propiedad en Roma en la época pre-clásica debido fundamentalmente a la falta de fuentes que permitan arribar hacia una posición unitaria<sup>6</sup>. Sin embargo, como ha sostenido D’ORS, desde antiguo la propiedad en Roma se organizó bajo el concepto de “*dominium ex iure Quiritium*”, propiedad de la cual únicamente podían gozar los ciudadanos romanos (*quirites*)<sup>7</sup>.

El periodo clásico sirvió de escenario para que la propiedad romana tome un nuevo giro, consolidándose de esta forma la propiedad individual. En aquella época, la propiedad se concebía como el poder más extenso que

---

<sup>3</sup> Ibídem, pp. 18 y ss.

<sup>4</sup> PUIG PEÑA, F. *Compendio de Derecho Civil Español*, Tomo II, Ediciones Nauta, Barcelona, 1966, p. 57.

<sup>5</sup> Cfr. RAMÍREZ CRUZ, E. op. cit., p. 21.

<sup>6</sup> Las razones de aquella falta de unidad pueden verse en DE LOS MOZOS, J. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Edersa, Madrid, 1993, p. 6. No obstante ello, es posible afirmar con D’ORS que los romanos identificaban a la propiedad con la cosa misma, como bien lo ha manifestado el ilustre maestro español D’ORS. En ese sentido, Cfr. D’ORS, Á. *Derecho privado romano*, 10ª edición, EUNSA, Pamplona, 2004, pp. 191 y ss.

<sup>7</sup> “*Quirities*” es el nombre antiguo con el cual se designaba a los ciudadanos, y bajo el término “*Ius Quiritium*” se designaba al Derecho Civil, con especial referencia a lo relativo a la ciudadanía y a la propiedad. Cfr. Ibídem, p. 203.

podía ejercitarse sobre una cosa, lo cual implicaba “una dominación exclusiva y, en principio, ilimitada sobre el objeto que recae el derecho”<sup>8</sup>.

De acuerdo a ello, la propiedad en Roma era concebida como un derecho absoluto. Así, se ha dicho que la propiedad romana de aquella época era una propiedad que no tenía límites (ilimitada)<sup>9</sup>. Sin embargo ello no era así. Si bien es cierto “la cosa se hallaba sometida a su dueño en todos sus aspectos (totalidad de la propiedad), pudiendo proceder con respecto a ella a su arbitrio y hallándose facultado para repeler cualquier perturbación procedente de terceros (exclusividad de la propiedad)”<sup>10</sup>; esto en modo alguno significó que los romanos no fijaran ciertos límites a la propiedad<sup>11</sup>.

No obstante ello, los límites a la propiedad se consideraban “perjuicios de procedencia puramente externa contra un poder dominical fundamentalmente libre”<sup>12</sup>. Aquí surge la presunción de libertad sobre la propiedad. Esta consistía en probar los límites que operaban sobre la propiedad, mas no el carácter libre de la misma. Otra nota característica de la propiedad romana de aquella época, es la flexibilidad del dominio. Esto implicaba que se podían establecer gravámenes sobre la propiedad o reducir proporcionalmente los atributos de la misma, sin afectar su esencia. Una vez desaparecidos estos, la propiedad recobraba de modo inmediato su plenitud.

En la Edad Media, es el Feudalismo el sistema político predominante el cual influyó de manera notable en el desarrollo histórico y jurídico de la propiedad. Así, como advierte CASTÁN TOBEÑAS “durante la Edad Media se registró un proceso de desintegración del concepto unitario de propiedad forjado por la jurisprudencia romana con desdoblamiento de

---

<sup>8</sup> DE LOS MOZOS, J. op. cit., p. 8.

<sup>9</sup> MAZEUD, H., MAZEUD, L., MAZEUD, J. *Lecciones de Derecho Civil*, Tomo IV, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959, p. 14.

<sup>10</sup> DE LOS MOZOS, J. op. cit., p. 8.

<sup>11</sup> Ya la Ley de las XII Tablas reconocía algunos límites a la propiedad. Así la Tabla VII.1 establecía que debía existir un espacio de dos pies y medio que rodee los edificios. De igual modo, el numeral 6 de esta misma Tabla establecía que el ancho que debía observar una servidumbre de paso. *Cfr.* DOMINGO, R. (Coord.), *Textos de Derecho Romano*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 27 y 28.

<sup>12</sup> DE LOS MOZOS, J. op. cit., p. 9.

facultades entre el titular del dominio y el efectivo poseedor y usufructuario (...)”<sup>13</sup>.

En efecto, en el Feudalismo se “confunden el dominio de la tierra y la jurisdicción sobre los súbditos, y uno y otra se conceden por el monarca a los señores, a cambio de la prestación de homenaje y servicios”<sup>14</sup>. Asimismo, el señor feudal traslada los beneficios obtenidos a otros señores de menor jerarquía, y este proceso se repite hasta llegar al labrador de las tierras, el mismo que como retribución por el uso de aquellas debía mantener esa estructura abonando una suma de dinero u otros objetos de valor. Ciertamente es también que en el Feudalismo se sujeta a la propiedad a una serie de cargas y gravámenes de contenido muy complejo<sup>15</sup>, y es con la influencia de este sistema político, económico y social en donde se asienta la división del dominio, o mejor aún, en la forma en cómo se concedían las tierras.

Así pues, producto de esta forma en que eran concedidas las tierras, es que se fragmenta la unidad que los romanos predicaban de la propiedad. Surge –entonces– como consecuencia inmediata y directa, el dominio útil y el dominio eminente<sup>16</sup>. Para poder entender el significado al que refieren los términos aludidos es necesario centrarnos en la propiedad feudal o señorial.

En ese sentido, cuando el señor feudal entrega la tierra al cultivador, aquel se reservaba el dominio eminente el cual “era, pues, una mezcla de propiedad y soberanía, y las facultades retenidas por él en parte se identificaban con la jurisdicción, así como la percepción de rentas con el impuesto”<sup>17</sup>. Por otro lado, le correspondía al cultivador el dominio útil por intermedio del cual se le permitía cultivar la tierra y recoger los frutos que esta produjese. Esto llevó a PLANIOL a considerar que “inicialmente el colono (o concesionario) no era propietario. La propiedad permanecía en

---

<sup>13</sup> CASTÁN TOBEÑAS cit. por RAMÍREZ CRUZ, E. op. cit., p. 31.

<sup>14</sup> LACRUZ BERDEJO, J. ET AL. *Elementos de Derecho Civil*, Tomo III, Volumen I, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2008, p. 229.

<sup>15</sup> Así, dentro de las restricciones y cargas a las cuales se hallaba sometida la propiedad del cultivador se encontraban: “el derecho de caza que el señor solía reservarse en exclusiva sobre su territorio; la obligación de, por ejemplo, hacer leña para el señor, o cocer el pan en su horno mediante un canon, o moler el trigo en su molino, comprarle la sal, o arreglar los caminos o la acequias, etc (...)”. *Ibidem*, p. 230.

<sup>16</sup> RAMÍREZ CRUZ, E. op. cit., pp. 31 y ss.

<sup>17</sup> LACRUZ BERDEJO, J. ET AL. op. cit., p. 229.

manos del concedente, y aquel no tenía más que un derecho de goce sobre las cosas de otro. Pero poco a poco, a causa de la amplitud y perpetuidad de su derecho, se llegó a considerarlo como propietario a su manera, y se da a su posición el nombre de propiedad o dominio. Y como esto creaba dos propietarios para una misma cosa, sin indivisión entre ellos, para distinguirlos se llamó a la propiedad del señor, dominio directo, y a la del vasallo, dominio útil”<sup>18</sup>.

Con el paso del tiempo el dominio útil paulatinamente se fue equiparando con el dominio eminente. Ya entrado el S. XVIII ciertos juristas terminan por “considerar que el concesionario es el verdadero y único propietario del fundo”<sup>19</sup>. Esta preferencia se debió principalmente a que era el cultivador quien efectivamente ostentaba el dominio útil sobre los predios, porque “tenía la posesión unida al trabajo inherente al cultivo de las tierras”<sup>20</sup>. Este argumento “constituyó una avasalladora atracción que, lenta pero seguramente, determinó la prevalencia de aquel sobre el dominio directo”<sup>21</sup>.

La propiedad feudal –como se advirtió– se encontraba fuertemente sometida a tributos, cargas y gravámenes los cuales a la larga terminaron por sofocarla. Esta problemática, junto con otros acontecimientos, fue preparando el camino para la Revolución Francesa (1789)<sup>22</sup>. Las consecuencias que la misma ocasionó sobrepasan el objeto de nuestro estudio, debiéndonos limitar a decir que aquella significó la caída del *Ancien Régime* y el establecimiento de la burguesía como clase social dominante.

El Tercer Estado advirtió que resultaba de imperiosa necesidad poner fin a todo este conjunto de gravosas situaciones que enmarcaban aquel contexto. El tan ansiado momento finalmente había llegado, y tuvo lugar el 04 de agosto de 1789 donde la Asamblea Constituyente decidió, dentro de

---

<sup>18</sup> PLANIOL cit. por RAMÍREZ CRUZ, E. op. cit. p. 32.

<sup>19</sup> LACRUZ BERDEJO, J. ET AL. op. cit. p. 229.

<sup>20</sup> BRUNED cit. por RAMÍREZ CRUZ, E. op. cit., p. 32.

<sup>21</sup> Ídem.

<sup>22</sup> Así, en el plano ideológico se presentan tanto las ideas proclamadas por los pensadores ilustrados del S. XVIII, como las ideas propuestas por los “enciclopedistas” de la época. A ello, también se le debe agregar también la influencia ejerció la Independencia de la Trece Colonias Norteamericanas. *Cfr.* Ibídem, pp. 35 y ss.

otras importantes medidas, suprimir el sistema feudal<sup>23</sup> y por consiguiente liberar a la propiedad de tan profundas ataduras que aquel régimen le había infundido<sup>24</sup>.

En la Edad Contemporánea, se dio “un impulso favorable de nuevo a la propiedad de tipo unitario, individual y libre, acentuándose su fundamentación iusnaturalista como 'derecho humano' y su inviolabilidad y permanencia frente a la sociedad y el Estado”<sup>25</sup>. Este nuevo sentir de la propiedad fue rápidamente plasmado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), la cual en su artículo XVII elevaba a la propiedad a la categoría de derecho del hombre siendo la misma sagrada e inviolable<sup>26</sup>.

Acorde a ello, el ordenamiento francés reconoció en el artículo 544 del *Code Civil* que la propiedad privada es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la forma más absoluta, con tal que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o los reglamentos<sup>27</sup>.

El dispositivo legal citado “declara la absoluta libertad de actuación del propietario”<sup>28</sup>. En ese sentido, “[e]ra, pues, un precioso exponente de la coetánea situación económico-social”<sup>29</sup> de la época. Así, la propiedad quedaba configurada como un poder absoluto (ilimitado) que ostenta la persona sobre la cosa, y que se concreta sobre la base de las facultades de gozar y disponer. De esta manera, únicamente de forma anormal se podrá privar del contenido normal del derecho de propiedad a través de las

---

<sup>23</sup> Correlato necesario de ello fue la supresión del denominado *dúplex dominium*, con lo cual la concepción que opera en aquella época respecto de la propiedad hizo voltear la mirada hacia la regulación que sobre la misma operaba en el Derecho Romano, continuando así con esa tradición jurídica. *Cfr.* *Ibidem*, pp. 36 y ss.

<sup>24</sup> *Ídem*.

<sup>25</sup> CASTÁN TOBEÑAS cit. por RAMÍREZ CRUZ, E. op. cit., p. 35.

<sup>26</sup> “Artículo XVII.- “Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una justa y previa indemnización”.

<sup>27</sup> *Cfr.* DOMINGO, R. (Coord.), *Código Civil Francés*, Traducción de NÚÑEZ, Á., Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 319. La definición previamente citada se vio fuertemente influenciada por el Iusnaturalismo Racionalista de los siglos XVII y XVIII. Esta doctrina pregonaba, dentro de otros postulados, el individualismo razón por la cual proclamaba el carácter ilimitado de la libertad y de la propiedad.

<sup>28</sup> LASARTE, C. *Principios de derecho civil*. Volumen IV, 10ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 37.

<sup>29</sup> *Ídem*.

limitaciones, que se concebían como algo puramente externo y ajeno al contenido de la propiedad.

No obstante ello, tal carácter ilimitado que se intentó atribuir a la propiedad no tuvo mayor acogida, y es que “una concepción absoluta y totalitaria de la propiedad no existió ni siquiera al día siguiente de la revolución liberal, al igual que no existe hoy día ni ha existido nunca”<sup>30</sup>. Esto porque “[l]os derechos fundamentales son ontológicamente realidades limitadas por lo que nacen limitados, sólo abarcan una esfera jurídica limitada, de modo que el derecho faculta a su titular a la realización de determinados actos, no a todos”<sup>31</sup>.

En igual sentido es posible afirmar que “la ilimitación plena del dominio no se puede encontrar a lo largo de la historia en ningún ordenamiento jurídico que haya superado fases arcaicas o primitivas”<sup>32</sup>. De modo que “la propiedad, como todo derecho subjetivo, aunque se trata del 'dominio pleno', no puede concebirse sin limitaciones, como ha afirmado siempre la doctrina civilista desde la época del Derecho Común”<sup>33</sup>.

Finalmente, resta decir que conforme se ha podido apreciar de los párrafos precedentes, la regulación de la propiedad ha experimentado con el transcurrir del tiempo una serie de transformaciones como natural reflejo de las circunstancias sobre las cuales se ha ido formando su definición y contenido. En efecto, si bien la propiedad otorga un poder pleno al titular del bien, esto en modo alguno significa que aquella puede ser tenida como un derecho ilimitado conforme se argumentará posteriormente.

## **1.2. La propiedad en el ordenamiento jurídico peruano.**

### **1.2.1. Nivel constitucional.**

El artículo 2.16 de la CP establece que toda persona tiene derecho a la propiedad, y el artículo 70 de la CP señala que “[e]l derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley”.

---

<sup>30</sup> *Ibíd.*, p. 40.

<sup>31</sup> CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. 3ª edición, Palestra, Lima, 2007, p. 236.

<sup>32</sup> LASARTE, C. *op. cit.*, p. 40.

<sup>33</sup> DE LOS MOZOS, J. *op. cit.*, p. 219.

En ambos textos, puede reconocerse la garantía que otorga el Estado a favor de la propiedad. Además, se observa que nuestra Constitución no reconoce un carácter absolutista de la propiedad, sino que más bien la reconoce como un derecho de contenido limitado. Así, para su correcto ejercicio, debe desplegarse de conformidad con el bien común y dentro de los límites que la ley establecerá.

La CP no solo se ha preocupado por reconocer el derecho de propiedad, sino también ha previsto un mecanismo constitucional para hacer frente a las futuras agresiones que este derecho podría sufrir, habilitando para ello la interposición de la acción de amparo<sup>34</sup>.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que la propiedad es “uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución Económica”<sup>35</sup>; siendo por ello que “[l]a economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa”<sup>36</sup>.

Así, la intrínseca importancia que representa la propiedad en el ordenamiento jurídico peruano, viene dada desde dos frentes: por un lado, se erige como un derecho constitucional que como tal sitúa su fundamento en la dignidad de la persona<sup>37</sup>; y por otro, significa un componente primordial sobre el cual se construye el modelo económico adoptado por nuestro constituyente.

Como se habrá podido observar, el ordenamiento jurídico ha dispuesto que el derecho de propiedad debe ejercerse en armonía con el bien común y de acuerdo a los límites que la ley establezca. De ahí, que resulte imperativo estudiar el contenido y los límites de la propiedad.

---

<sup>34</sup> Artículo 200 inciso 2 de la CP.

<sup>35</sup> Expediente N° 3591-2004-AA/TC, F.J. 2; Expediente N° 01854-2009-PA/TC, F.J. 1; Expediente N° 01282-2006-AA/TC, F.J. 2.

<sup>36</sup> Artículo 60 de la CP.

<sup>37</sup> *Cfr.* CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales...*, op. cit., pp. 46 y ss.

### **1.2.1.1. El contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad.**

#### **a) Sobre el “contenido esencial” de los Derechos Fundamentales.**

Como cuestión previa, es necesario entender ciertos conceptos en orden a evitar futuras interpretaciones erróneas de alguno u otro término. En ese sentido, siguiendo a CASTILLO CÓRDOVA, cuando nos referimos al contenido esencial<sup>38</sup> del derecho de propiedad cabe precisar que con la expresión “esencial” no debemos entender que hay un contenido “no esencial”, ya que el contenido de un derecho es uno solo y todo el obliga tanto al Poder Público como a los particulares<sup>39</sup>.

El objeto de esta salvedad viene dado por ciertas teorías que intentan ver en el contenido de un derecho una parte esencial y una no esencial. Con esto último, nos referimos a la teoría absoluta y a la relativa. La primera postula que el contenido de un derecho se encuentra dividido en dos partes.

La primera parte “sería el núcleo duro del derecho y vincularía de modo absoluto al legislador, de manera que en ningún supuesto ni bajo ninguna circunstancia éste podría afectarlo o restringirlo”<sup>40</sup>; mientras que la segunda parte se encuentra “en forma de círculo alrededor del núcleo duro, no vincularía al legislador más que de manera débil y relativa”<sup>41</sup>. Así, el legislador se encuentra habilitado para disponer de esta parte pudiendo sacrificarla siempre y cuando tal medida supere el juicio de proporcionalidad.

En cuanto a la teoría relativa, aquella niega la división del contenido del derecho y por el contrario postula que existe

---

<sup>38</sup> El primer reconocimiento constitucional de esta garantía se encuentra en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn (1949), la cual aludiendo a la posibilidad de restringir los derechos por ley establece que “[e]n ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”.

<sup>39</sup> Vid. CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales...*, op. cit., pp. 232 y ss.

<sup>40</sup> *Ibíd.*, p. 226.

<sup>41</sup> *Ibíd.*, p. 227.

un único contenido del derecho, no obstante este único contenido no vincula de manera efectiva al Poder Público estando este habilitado para restringirlo siempre y cuando exista una actuación proporcional que así lo requiera<sup>42</sup>.

No obstante las críticas<sup>43</sup> que se pueden formular a estas teorías, nosotros concebimos –conforme ya hemos precisado– que el contenido del derecho es uno solo y todo él vincula de manera efectiva tanto a los particulares como al Poder Público.

Así, los derechos nacen ajustados unos con otros armonizando de esta forma su coexistencia con otros derechos y bienes constitucionalmente tutelados, de manera que en aquel ámbito intrínsecamente limitado son ilimitables restando hacer sobre ellos solo una labor de delimitación y no de limitación<sup>44</sup>.

Ahora bien, determinar cuál es el contenido esencial de un derecho constitucional es un proceso complejo. Aquella labor como señala CASTILLO CÓRDOVA, debe estar guiada por criterios hermenéuticos tendentes a establecer el mencionado contenido<sup>45</sup>.

En ese orden de ideas, es lógico pensar que si se quiere determinar el contenido constitucional de un derecho humano, esta labor debe tener su punto de partida en la Constitución. Pero, no debemos mirar solo el dispositivo constitucional que recoge el derecho del cual queremos determinar su contenido, pues aquella labor debe ser resultado de una interpretación sistemática y teleológica.

Asimismo, la labor interpretativa del operador jurídico no puede estar al margen de las concretas circunstancias que rodean el caso concreto, puesto que ellas también contribuyen a delimitar el contenido esencial de un derecho.

---

<sup>42</sup> Ídem.

<sup>43</sup> Ibídem, pp. 229 y ss.

<sup>44</sup> Ibídem, p. 237.

<sup>45</sup> En los párrafos siguientes se hace un breve resumen respecto de los citados criterios, los cuales pueden encontrarse en Ibídem, pp. 238 y ss.

Por último, y en congruencia con lo hasta aquí expuesto, el papel que dentro de esta labor desempeña el principio de razonabilidad es simplemente capital, pues a través de él podremos determinar si una concreta pretensión forma o no parte del contenido esencial del derecho que se está alegando<sup>46</sup>.

Recapitulando, hemos dicho que el contenido esencial es uno solo y todo él vincula; asimismo, hemos tratado de exponer de manera muy sucinta los criterios hermenéuticos que deberá seguir el operador jurídico cuando su concreta labor le lleve al determinar el contenido esencial de un derecho fundamental. Sin embargo, aun no hemos definido qué debe entenderse cuando se recurre al uso de tal expresión por demás muy utilizada en la literatura constitucional.

En buena cuenta, y considerando que desarrollar toda una teoría general sobre aquel concepto sobrepasaría el objeto de nuestro trabajo, habrá que estar a lo que la doctrina ha establecido sobre el particular.

Así, se ha dicho que “delimitar el contenido de un derecho fundamental constituye una actividad hermenéutica tendente a precisar cuáles son las facultades o posibilidades de actuación que cada derecho fundamental ofrece a su titular o, dicho en otros términos, cuál es su ámbito jurídicamente protegido”<sup>47</sup>.

Del mismo modo se ha afirmado que el contenido esencial “implica el amplio ámbito de ejercicio razonable de un derecho”<sup>48</sup> y para poder determinar su contenido se necesita volver la mirada “hacia el bien que protegen, hacia su finalidad y su ejercicio funcional”<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> *Ibíd.*, p. 258.

<sup>47</sup> DE DOMINGO, T. *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 95.

<sup>48</sup> SERNA, P. y TOLLER, F. *La interpretación constitucional de los Derechos Fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 47.

<sup>49</sup> *Ibíd.*, p. 42.

En conclusión, se puede afirmar con CASTILLO CÓRDOVA que el contenido esencial de un derecho es “aquel conjunto de facultades o atribuciones que hacen que el derecho humano sea ese y no otro diferente”<sup>50</sup> siendo que las mismas vinculan de manera efectiva tanto al Poder Público como a los particulares. Justamente, ahí es donde el principio de razonabilidad despliega su total eficacia, estableciendo qué facultades son las que componen el contenido esencial de un derecho y cuáles quedan excluidas del mismo, contribuyendo de esta forma a perfilar su contenido<sup>51</sup>.

Ahora, si bien hemos reconocido que todo derecho fundamental cuenta con un contenido esencial, lo cierto es que de la misma manera que hemos aceptado ello, es imperativo reconocer que el contenido de todo derecho se encuentra configurado por una dimensión subjetiva y otra objetiva.

Por la primera, el contenido de todo derecho fundamental está conformado por un haz de facultades de acción que cada derecho concede a su titular, lo cual proscribire una intervención por parte del Poder Público que pueda vulnerar su contenido; mientras el ámbito objetivo se exige a aquel la promoción de determinadas actuaciones tendentes a promover la plena y real eficacia de los derechos<sup>52</sup>.

De acuerdo a ello, la intrínseca conexidad existente entre la garantía del contenido esencial de los derechos y el principio de doble dimensión de los mismos, se hace patente cuando se sostiene que ese haz de facultades, actos de promoción y de salvaguarda conforma el contenido de los derechos fundamentales.

---

<sup>50</sup> CASTILLO CÓRDOVA, L. *El contenido constitucional...*, op. cit., p. 95.

<sup>51</sup> *Ibíd.*, p. 258.

<sup>52</sup> *Ibíd.*, p. 276.

**b) El contenido esencial del Derecho de propiedad: Delimitación positiva.**

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha desarrollado y explicitado, el contenido esencial del derecho de propiedad. Por ello, en este apartado tomaremos esa jurisprudencia y ayudados por la doctrina, analizaremos el contenido esencial del citado derecho fundamental.

En ese sentido, y aplicando los conceptos que anteriormente hemos expuesto al derecho de propiedad, el Supremo Intérprete de la Constitución ha afirmado en relación con el contenido constitucional de aquel derecho lo siguiente:

*“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 (...) 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 de libre autodeterminación. Con lo primero se garantiza que el poder estatal o corporativo no invada los ámbitos de la 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. Por otra parte y vista la existencia de una variada e ilimitada gama de bienes sobre los que puede configurarse la propiedad (urbanos, rurales, muebles inmuebles, materiales, inmateriales, públicos, privados, etc.), puede hablarse de diversos estatutos de la misma, los que, no obstante asumir matices particulares para cada caso, no significan que la propiedad deje de ser una sola y que, por tanto, no pueda predicarse respecto de la misma elementos de común configuración. Corresponderá, en todo caso, a la magistratura constitucional, la construcción de los perfiles correspondientes a un contenido esencial del derecho a la propiedad que, de cara a lo postulado por nuestro ordenamiento fundamental, pueda predicarse como*

*común denominador de las diversas clases o manifestaciones de la misma (...)*<sup>53</sup>.

Del texto transcrito, se puede advertir las siguientes notas características que delimitan el contenido esencial del derecho de propiedad<sup>54</sup>:

- (i) En primer término, el Tribunal Constitucional reconoce tanto la dimensión subjetiva como la dimensión objetiva del derecho de propiedad. No obstante, equivoca los conceptos al referirse a la dimensión objetiva como garantía institucional del derecho de propiedad<sup>55</sup>.
- (ii) En ese sentido, se admite que el contenido constitucional de este derecho viene dado tanto por el conjunto de facultades que permitan el uso, usufructo y disposición; como por el deber del Estado de promoción y no interferencia respecto de aquellas.
- (iii) Asimismo, se deja sentado que si bien existe una variada gama de bienes sobre los que puede recaer la propiedad, esta es una sola y por tanto puede establecerse respecto de la misma, elementos de común configuración.
- (iv) Finalmente, la citada resolución señala como labor del Tribunal Constitucional la delimitación del contenido constitucionalmente tutelado del derecho de propiedad.

En conclusión, el derecho de propiedad presenta una doble vertiente en su contenido constitucional. La primera está conformada por el haz de facultades de acción reconocidas a su titular, las cuales reclaman la abstención del Estado, y con ello la proscripción de toda intervención arbitraria sobre los bienes.

La segunda, exige al Poder Público ejecutar determinadas acciones ordenadas a favorecer su real y plena vigencia. En esa línea de pensamiento deberá el Tribunal Constitucional seguir

---

<sup>53</sup> Expediente N° 3773-2004-AA/TC, F.J. 3 (cursiva y resaltado añadidos).

<sup>54</sup> En igual sentido *Cfr.* ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V. *Notas al Curso de Derecho Administrativo, Lección 20, pro manuscrito*, Piura, 2015, p. 4.

<sup>55</sup> Una crítica a tal razonamiento puede encontrarse en CASTILLO CÓRDOVA, L. *El contenido constitucional...*, op. cit., pp. 302 y ss.

desplegando su actividad delimitadora cuando enjuicie en un caso concreto si una determinada pretensión, resulta siendo amparable o no por el contenido constitucional del derecho de propiedad.

**c) Delimitación negativa del contenido esencial del derecho de propiedad.**

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de indicar determinadas pretensiones que no forman parte del contenido constitucionalmente tutelado del derecho de propiedad.

Así, una primera pretensión que no forma parte del contenido constitucional del derecho de propiedad es aquella que pretende acreditar la propia existencia de este derecho. Así, el TC ha dejado sentado que esta “cuestión no corresponde ser discutida en el proceso constitucional de amparo en la medida que, (...), supone centrar la controversia en cuestiones de hecho que requieren de actividad probatoria”<sup>56</sup>.

Un segundo supuesto lo encontramos cuando la parte actora pretende discutir en el proceso de amparo la posesión de los bienes, ya que esta pretensión “no pertenece al núcleo duro o contenido esencial de la misma, careciendo consecuentemente de protección en sede constitucional, limitándose su reconocimiento y eventual tutela a los supuestos y mecanismos que la ley contemplada a través de los procesos ordinarios”<sup>57</sup>.

De igual manera no procede la acción de amparo para discutir el reconocimiento del crédito fiscal por parte de la SUNAT, ya que el uso del mismo “constituye un derecho de configuración legal, el cual se origina una vez que el contribuyente ha cumplido los requisitos formales y sustanciales establecidos en los artículos 18 y 19 de la Ley del

---

<sup>56</sup> Expediente N° 7196-2005-PA/TC, F.J. 5.

<sup>57</sup> Expediente N° 04374-2008-PA/TC, F. J. 2.

Impuesto General a las Ventas”<sup>58</sup>. De modo que las pretensiones referidas al “reconocimiento o la determinación del crédito fiscal (...), no pueden ser atendidas en esta vía por no guardar relación directa con el contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad o a la igualdad”<sup>59</sup>. Esto porque “los procesos constitucionales sólo están habilitados para proteger derechos de origen constitucional, mas no de origen legal”<sup>60</sup>.

#### **1.2.1.2. Los límites de la propiedad.**

Nuestro ordenamiento, como muchos otros, reconoce que el derecho de propiedad está sujeto a ciertos límites. Así lo ha establecido nuestra Carta Magna que sobre el particular ha señalado que el derecho de propiedad “[s]e ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley”<sup>61</sup>. De modo congruente con lo indicado por la Constitución, nuestro Código Civil ha destacado que la propiedad “[d]ebe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”<sup>62</sup>.

No es difícil de inferir que ambos dispositivos expresan que el ejercicio de la propiedad debe realizarse dentro de los límites que la ley señale. Sin embargo, saltan a la vista una serie de cuestionamientos como son: ¿los límites vienen a restringir un derecho o solamente lo delimitan?, ¿son permutables los términos limitar y restringir? entre otras interrogantes.

En los siguientes párrafos se expondrán las distintas teorías que han abordado el tema de los límites de los derechos. Analizadas estas, se presentará una postura al respecto.

---

<sup>58</sup> Expediente N° 03171-2007-PA/TC, F.J. 4.

<sup>59</sup> *Ibíd.*, F.J. 3.

<sup>60</sup> *Ibíd.*, F.J. 4.

<sup>61</sup> Artículo 70 de la CP.

<sup>62</sup> Artículo 923 del CC.

**a) Teorías sobre los límites de los derechos.**

**1) Teoría externa de los límites: Los límites como restricciones de los derechos.**

Esta teoría entiende que los límites operan sobre los derechos como una serie de restricciones que vienen impuestos desde el exterior. Así, desde esta postura se concibe a los derechos como realidades carentes de límites por naturaleza, que tienden a expandirse ilimitadamente, y sobre los cuales es necesario establecer restricciones en orden a procurar su armonización<sup>63</sup>.

Entendidos de esta forma, los límites externos serían un conjunto de restricciones que vienen exigidos por la necesidad de hacer compatible un determinado derecho con sus análogos o con los bienes tutelados constitucionalmente<sup>64</sup>. En ese sentido, esta teoría reconoce que resulta necesario “recortar los derechos fundamentales para hacerlos operativos”<sup>65</sup>.

Este modo de entender los derechos nos reconduce necesariamente a la filosofía Kantiana; concretamente al individualismo jurídico, que postulaba la idea que la libertad es el único derecho primario siendo que todos los demás derechos del hombre derivan de aquel<sup>66</sup>.

Esta tesis tuvo una amplia repercusión en la literatura jurídica. Así SCHMITT, entrado el siglo XX, pudo decir que los

---

<sup>63</sup> Cfr. CIANCIARDO, J. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona, 2000, p. 227.

<sup>64</sup> De semejante opinión es PRIETO SANCHÍS, quien argumenta que los derechos fundamentales pueden restringirse en orden a tutelar bienes constitucionalmente tutelados. En ese sentido, Cfr. PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

<sup>65</sup> CIANCIARDO, J. op. cit., p. 244.

<sup>66</sup> La labor del Estado desde esta concepción no es otra que “la de proteger la libertad y la propiedad privada del individuo. No sin razón calificó Lasalle a un Estado de tales características de 'Estado –vigilante nocturno'. Tal Estado conoce sólo la finalidad de la protección jurídica, no la finalidad de su actuación social”. MESSNER, J. *La cuestión social*, 2ª edición, Rialp, Madrid, 1976, p. 62. A mayores Cfr. FAZIO, M. *Historia de las ideas contemporáneas*, Rialp, Madrid, 2011, pp. 161 y ss.

derechos de libertad “no reciben su contenido de ningunas leyes, no con arreglo a las leyes o dentro de los límites de las leyes; [pues estos] describen el ámbito, incontrolable en principio, de la libertad individual”<sup>67</sup> (sic.). De modo que los derechos son considerados como realidades absolutas que no poseen en su génesis ningún tipo de límite y por ende suponen una “libertad *prima facie* irrestricta”<sup>68</sup>.

Como se ha expuesto, este entendimiento individualista e ilimitado de los derechos es propio del Liberalismo, puesto que “[s]i para formular los derechos de la persona se partiera de una concepción del hombre como ser exclusivamente individual, entonces no habría inconveniente para que la formulación se realice en términos ilimitados”<sup>69</sup>.

En ese orden de ideas, y concibiendo a los derechos como realidades ilimitadas, no es de extrañar que esta teoría arribe al conflictivismo de los derechos. Siendo que a su vez, esto último conducirá a la inevitable anulación de derechos fundamentales y la consiguiente vulneración de la dignidad de la persona así como de la propia Constitución.

En atención a esto último, juzgamos necesario detenernos a explicar esta última problemática. Así, debido a la notable influencia del Liberalismo, se “contempla la realidad jurídica entera desde el sujeto individual, lo cual conduce a que sus prerrogativas resulten ilimitadas y sus libertades desencajadas y desordenadas”<sup>70</sup>.

Si debido a esto, los derechos de los sujetos son ilimitados es coherente pensar que la primera consecuencia que se obtiene de aquello, es que inevitablemente se producirán sendos conflictos de derechos. Tal colisión de derechos fundamentales, deberá ser resuelta por el operador jurídico

---

<sup>67</sup> SCHMITT, C. cit. por DE DOMINGO, T. op. cit., p. 366. En igual sentido *Cfr.* FAZIO, M. op. cit. pp. 162 y ss.

<sup>68</sup> DE DOMINGO, T. op. cit., p. 367 (cursiva en el original). Esta misma idea puede encontrarse en FAZIO, M. op. cit. pp. 168.

<sup>69</sup> CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales...*, op. cit., p. 349.

<sup>70</sup> SERNA, P. y TOLLER, F. op. cit., p. 96.

utilizando para ello uno de los métodos de solución de conflictos dados por la teoría conflictivista de los derechos. Así, se utilizará como mecanismo de solución la jerarquía abstracta de derechos o la ponderación concreta de los mismos<sup>71</sup>.

Veamos como sucede esto en la práctica. CIANCIARDO, siguiendo a MÜLLER, ha expuesto el siguiente ejemplo: un día cualquiera un artista de la calle no tiene mejor idea que situarse a pintar en la intersección de dos avenidas muy transitadas ocasionando una serie de molestias a los conductores<sup>72</sup>.

Nuestro pintor sustentará su comportamiento en que su libertad le ampara para proceder de tal manera, ya que la misma es en principio irrestricta. Los defensores de la teoría externa dirán que efectivamente su libertad *prima facie* es irrestricta, pero dada la necesidad de convivencia social, el legislador –por ejemplo– tendría que limitarla para hacerla plenamente compatible con los derechos de las demás personas.

Ahora bien, cuando desde esta teoría se habla de limitar un derecho, no se entiende que hay que delimitarlo (porque para delimitar algo, previamente aquello debe estar ya limitado), sino que tal limitación significa una restricción – desde el exterior– al contenido de un derecho, evitando así su expansión y con ello, futuros conflictos sociales.

En ese sentido, dirán los defensores de esta teoría que “[e]l derecho nace con un contenido que es ilimitado y que necesita de limitaciones y –eventualmente– de restricciones”<sup>73</sup>. De modo que los límites que viene a imponer el legislador al contenido del derecho de libertad de nuestro artista son “compresiones y (...) restricciones externas”<sup>74</sup> que resultan siendo exigidos por la imperiosa necesidad de armonizar su

---

<sup>71</sup> CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales...*, op. cit., pp. 325 y ss.

<sup>72</sup> CIANCIARDO, J. op. cit., p. 245.

<sup>73</sup> CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales...*, op. cit., p. 358.

<sup>74</sup> Ídem.

derecho con el de los otros sujetos o, como sucede en este caso, con el orden público.

La solución atendiendo al interés general puede ser factible, pero nuestro pintor podrá ciertamente objetar ¿en base a qué se restringió su derecho? ¿por qué en este caso concreto, su derecho se vio postergado si la propia Constitución lo reconoce?.

Algunos sagaces juristas opinarán gratuitamente que resulta plenamente válida semejante restricción, porque el orden público –que es indispensable para la consecución del bien común– así lo requiere debiendo prevalecer este sobre su derecho<sup>75</sup>.

Finalmente, resta decir que esta noción de límites de los derechos fundamentales ha sido adoptada en algunas sentencias emitidas por nuestro TC. Así, el Alto Tribunal ha admitido las limitaciones al contenido de los derechos fundamentales afirmando que “para que una limitación del derecho no sea incompatible con los derechos constitucionales a los que restringe, ésta debe respetar su contenido esencial”<sup>76</sup>.

Asimismo, ha aceptado las restricciones sobre el contenido de los derechos señalando que este “podrá restringirse: a) cuando no se afecte su contenido esencial, esto es, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho de toda funcionalidad en el esquema de valores constitucionales; y, b) cuando la limitación del elemento 'no esencial' del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad)”<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Así, en la doctrina civil nacional entienden que resulta lícito sacrificar los intereses privados en salvaguarda del interés público: RAMÍREZ CRUZ, E. op. cit., p. 41 y GONZALES BARRÓN, G. *Propiedad y Derechos Humanos. Superación del modelo liberal y codificado de la propiedad*, Jurista Editores, Lima, 2011, p. 176.

<sup>76</sup> Expediente N° 010-2002-AI/TC, F.J. 128.

<sup>77</sup> Expediente N° 0004-2004-AI/TC, F.J. 7.

## 2) Teoría interna de los límites: Los límites como fronteras naturales de los derechos.

Esta teoría parte de entender que los derechos nacen ajustados unos con otros, compatibilizando su contenido con el de los restantes derechos y bienes constitucionalmente tutelados. Así, los derechos fundamentales “tienen un contenido limitado; pero, dentro de su limitación, dicho contenido es ilimitable”<sup>78</sup>.

De acuerdo a ello, el fundamento que sirve de base para afirmar que los derechos nacen ajustados entre sí, subyace en comprender que “[t]odo derecho fundamental otorga protección a un bien jurídico determinado que constituye la razón de su reconocimiento”<sup>79</sup>.

Así, siendo limitado su contenido, la labor del operador jurídico no será la de restringir el mismo –desde que aquel es ilimitable–, pues no existe razón alguna que habilite al Poder Público a restringir el contenido de un derecho fundamental. Por tanto, la labor que le corresponderá a este, será más bien una labor de delimitación de los perfiles que conforman ese contenido<sup>80</sup>.

En ese sentido, la presente teoría postula que los límites a los derechos fundamentales no son barreras que operan desde fuera para evitar su expansión, sino que tales límites serán “fronteras que delimitan su mismo *contenido*, de suerte que fuera de ellas ni hay ni nunca hubo derecho”<sup>81</sup>. Por ello, los límites para la teoría interna serán aquellas fronteras que derivan de su propia naturaleza, no siendo por lo tanto algo exterior u agregado, sino algo intrínseco al contenido propio de cada derecho fundamental<sup>82</sup>.

---

<sup>78</sup> CIANCIARDO, J. op. cit., p. 250.

<sup>79</sup> DE DOMINGO, T. op. cit., p. 96.

<sup>80</sup> CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales...*, op. cit., p. 236.

<sup>81</sup> RODRIGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J. cit. por CIANCIARDO, J. op. cit., p. 227 (cursiva en el original).

<sup>82</sup> SERNA, P. y TOLLER, F. op. cit., p. 71.

Por otro lado, siendo los derechos limitados en su origen, estos no tienden a expandirse de manera indefinida, de forma que con ello no hay necesidad de restringir el derecho. Esto último, porque “[f]rente a una realidad que es en sí misma limitada lo que queda por hacer es delimitarla”<sup>83</sup>.

En buena cuenta, desde esta teoría, los límites de los derechos son entendidos no como restricciones o limitaciones, sino más bien como aquellas fronteras internas predicables de su propia naturaleza que contribuyen a delimitar el contenido de los derechos fundamentales<sup>84</sup>.

Finalmente, resta decir que al parecer esta noción de límites de los derechos fundamentales también ha sido compartida por nuestro Tribunal Constitucional en alguna de sus sentencias. Así, para el Supremo Intérprete de la Constitución los límites internos a los derechos serían aquellos “límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho”<sup>85</sup>.

### 3) **¿Limitación o delimitación?: Toma de postura.**

Conforme hemos advertido, la teoría externa está fuertemente influenciada por el Liberalismo. En su afán de dotar de la mayor y arbitraria libertad a los individuos, este movimiento no solo olvida sino también niega el hecho que el hombre es un ser social, resaltando en su contra su

---

<sup>83</sup> CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales...*, op. cit., p. 353.

<sup>84</sup> Con lo que llevamos dicho, el lector ya habrá podido notar que los términos límites y limitación o limitar y restringir, al menos en cuanto al asunto que nos ocupa, no resultando siendo plenamente intercambiables. Esto porque para la teoría interna, el término límite es entendido como una frontera natural al contenido de derecho y por tanto la labor de los operadores jurídicos será la de delimitar una realidad previamente ya limitado. Mientras que para la teoría externa, limitación al contenido del derecho significa, pues, restringir (recortar) el mismo. Sobre la diferencia entre límite y limitación en la doctrina civil *Cfr.* BARASSI, L. *Instituciones del derecho civil*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1955, p. 11; ALBALADEJO, M. *Derecho Civil*, Volumen III, 11ª edición, Edisofer, Madrid, 2010, p. 244; LASARTE, C. op. cit., pp. 41 y ss. y LACRUZ BERDEJO, J. ET AL. op. cit. p. 269.

<sup>85</sup> Expediente N° 010-2002-AI/TC, F.J. 149.

individualidad<sup>86</sup>. De modo que el ser humano es “básicamente autosuficiente pero vive en sociedad movido únicamente por el interés”<sup>87</sup>.

De acuerdo a ello, el fundamento de los límites de índole social no se encuentra en la dimensión social del hombre, sino en el derecho de ilimitada libertad reconocido a la persona. Así, por medio de este derecho, el sujeto decide aceptar los límites de orden social solo en cuanto favorezcan a su propio interés<sup>88</sup>.

Lo realmente problemático de esto –y hay que decirlo– es que a través de esta visión del hombre y de sus derechos, el individuo ve a sus semejantes no como seres iguales a él, sino que lamentablemente ve en ellos una “fuente de limitación”<sup>89</sup>. Es esta idea, la que sirvió de base para conceptualizar a los límites de los derechos como algo netamente externo que viene a recortar un derecho para hacerlo compatible con el de otro.

No obstante las críticas que merecen semejantes postulados<sup>90</sup>, lo cierto es que quienes defienden esta teoría no advierten las fatídicas consecuencias que conlleva este modo de concebir los límites a los derechos, tanto para las personas como para el orden jurídico en general.

Así, y siempre desde esta teoría, restringir un derecho para “salvar” otro, es un proceder que supone de un lado, postergar los derechos de la persona cuyo derecho se restringe; y de otro, implica vulnerar tanto el principio de unidad como el normatividad de la Constitución<sup>91</sup>.

El primer principio, es transgredido debido a que sacrificar un derecho en orden a salvar otro, solo puede suponer que el contenido de uno se contraponen diametralmente

---

<sup>86</sup> Cfr. MESSNER, J. op. cit., p. 57.

<sup>87</sup> GARCÍA CUADRADO, J. *Antropología filosófica: una introducción a la filosofía del hombre*, 5ª edición, EUNSA, Madrid, 2010, p. 169.

<sup>88</sup> Cfr. MESSNER, J. op. cit., p. 54.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 170.

<sup>90</sup> Cfr. MESSNER, J. op. cit., pp. 333 y ss. y GARCÍA CUADRADO, J. op. cit., pp. 155 y ss.

<sup>91</sup> Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales...*, op. cit., pp. 329 y ss.

al del otro. Así, se concluiría que la Carta Magna ha reconocido contenidos de derechos que son opuestos entre sí, de modo que la Constitución no podrá interpretarse como un sistema unitario. En cuanto al segundo principio, este se ve ha visto infringido desde que la limitación en el contenido de un determinado derecho lleva implícita la idea de que aquella parte no será normativa, limitándose de esta forma también la plena vigencia de la Constitución.

Vistos, aunque de manera muy somera, los mayúsculos problemas que acarrea la teoría externa de los límites, creemos que la solución no pasa definitivamente por lo expuesto en estas líneas. Para encontrar una solución más respetuosa de los derechos fundamentales, es preciso caminar otro sendero en el que la noción de límites de los derechos no sea como la hasta aquí expuesta. Este sendero no es otro que el camino trazado por los postulados a los que arriba la teoría interna de los límites a los derechos fundamentales.

En ese sentido, el principal problema que afecta a la teoría externa es precisamente su punto de partida, esto es, concebir a los derechos como realidades ilimitadas que tienden a expandirse indeterminadamente. Y lo es, porque como ha sostenido CIANCIARDO los derechos fundamentales “protegen aquello que protegen y nada más”<sup>92</sup> no está, pues, en su modo de ser dar protección a una realidad ilimitada cuando ellos mismos son *per se* limitados.

En buena cuenta, si los derechos nacen –y en consecuencia son– limitados en su contenido, es posible concluir que los límites no son externos a los derechos “sino que son consustanciales al derecho mismo”<sup>93</sup>. Por ello, su función no consistirá en restringir o sacrificar el contenido de otros derechos, sino que la misma consistirá en delimitarles desde su interior.

---

<sup>92</sup> CIANCIARDO, J. op. cit., p. 249.

<sup>93</sup> SERNA, P. y TOLLER, F. op. cit., p. 71.

En ese orden de ideas, la teoría interna de los límites concibe al hombre como un ser social por naturaleza<sup>94</sup>, o mejor aún, entiende que “la sociabilidad no constituye para la persona humana algo sobreañadido extrínsecamente sino una exigencia de su [propia] naturaleza”<sup>95</sup>.

Por ello, estamos de acuerdo cuando se afirma que “el hombre únicamente mediante la cooperación social puede ser plenamente hombre”<sup>96</sup>, ya que el individuo para poder lograr su plenitud necesita vivir en una constante y armoniosa relación con sus semejantes<sup>97</sup>, o como afirma GARCÍA CUADRADO “el hombre es un ser naturalmente social porque todo individuo humano necesita la ayuda de otros individuos de su propia especie para vivir, no de cualquier manera, sino como hombre”<sup>98</sup>.

Ahora bien, cuando decimos que la teoría interna concibe que la propia naturaleza del hombre le exige una cierta sociabilidad, de ningún modo nos adscribimos a aquella corriente que sostiene que “cada hombre está en función de la *sociedad* y no la sociedad en función de cada persona”<sup>99</sup> denominada socialismo<sup>100</sup>.

---

<sup>94</sup> MESSNER al respecto ha escrito que “[e]l principio de la naturaleza social esencial del hombre está cimentado en su multiforme vinculación a la sociedad en orden a la consecución de sus fines vitales esenciales”. MESSNER, J. op. cit., p. 342.

<sup>95</sup> GARCÍA CUADRADO, J, op. cit., p. 168.

<sup>96</sup> MESSNER, J. *Ética general y aplicada: una ética para el hombre de hoy*, Rialp, Madrid, 1969, p. 223.

<sup>97</sup> Así también lo tiene dicho el Tribunal Constitucional para quien “individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro”. Expediente N° 0048-2004-PI/TC, F.J. 1.

<sup>98</sup> GARCÍA CUADRADO, J., op. cit., p. 168.

<sup>99</sup> SELLÉS, J. *Antropología para inconformes: una antropología abierta al futuro*, Rialp, Madrid, 2006, p. 415 (cursiva en el original).

<sup>100</sup> En definitiva para el Socialismo “[l]a sociedad, en cuanto totalidad, ocupa el lugar preeminente en la concepción socialista de la sociedad: personalidad del hombre es entendida a partir de su naturaleza social, y no la sociedad y sus fines desde la naturaleza personal del hombre”. MESSNER, Johannes. *La Cuestión...*, op. cit., p. 260.

Debemos desterrar tal concepción, porque el hecho que el hombre sea un ser social<sup>101</sup> supone en el plano de los derechos fundamentales que “[c]ada derecho no es anti-social, ni puede ser reconocido prescindiendo de las exigencias –básicas, en el caso de los derechos fundamentales– de las demás personas”<sup>102</sup>, supuesto que por demás es diametralmente opuesto con los postulados del socialismo<sup>103</sup>.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, si para el hombre sus semejantes no están situados en la periferia de su vida sino que su propia naturaleza reclama una recíproca y constante interacción entre ellos, es posible afirmar –en común unión con esta teoría– que los límites de orden social no son barreras externas puestas a los derechos para hacerlos compatibles con los derechos de los demás, sino que pertenecen a la esencia del contenido de los derechos de manera que son inmanentes a ellos.

Es decir, los límites que surgen a consecuencia de la naturaleza social del hombre se encuentran en el interior del contenido de los derechos, siendo por tanto límites internos de estos. Desde la simpleza de estas páginas podemos decir que esto es así por las razones que a continuación se argumentan.

La primera razón que reclama reconocer a los límites de orden social como fronteras naturales de los derechos es la

---

<sup>101</sup> Debemos reiterar que cuando afirmamos esto, estamos dando por sentado que el hombre antes de entrar en contacto con la sociedad posee *per se* un valor inconmensurable fundado en su dignidad humana. Antes bien, cuando afirmamos que el hombre posee una naturaleza social no es únicamente que aquella “le obliga a existir y a actuar junto con otros, sino que su actuación y existencia junto con otros hombres le permite conseguir su propio desarrollo”. WOJTYLA, K. *Persona y acción*, La Editorial Católica, Madrid, 1982, p. 322.

<sup>102</sup> CIANCIARDO, J. op. cit., p. 370.

<sup>103</sup> MESSNER entiende que el Liberalismo “impone al hombre un orden de libertad en contradicción con su naturaleza social, [mientras que el Socialismo] (...) le fuerza a aceptar un orden de libertad opuesto a su naturaleza individual”. MESSNER, J. *La Cuestión...*, op. cit., p. 60. A nuestro parecer, el problema que subyace en ambas concepciones es exagerar solo una de las dimensiones de la naturaleza humana en contra de las otras, sin darse cuenta que todas armonizan en una única unidad: la naturaleza humana. A mayores *Cfr.* RODRÍGUEZ, V. *Orígenes del Capitalismo y del socialismo contemporáneo*, Espasa-Calpe, Madrid, 1981.

propia naturaleza humana, porque “siendo [esta] una realidad individual tiene a la vez una vocación vital relacional o de convivencia”<sup>104</sup>.

Evidentemente esto ya podrá haber sido advertido por el lector cuando –líneas arriba– argumentábamos que la propia naturaleza humana reclama la sociabilidad del individuo. Esto es así porque “los hombres son iguales en su naturaleza esencial con los fines existenciales trazados en ella (...) [pero también] son desiguales en su naturaleza individual, por estar diversamente dotados de disposiciones y facultades”<sup>105</sup>.

Además, “[p]recisamente esa desigualdad de los hombres y sus necesidades de perfeccionarse es lo que les obliga a tratar de alcanzar su plenitud humana con ayuda de la cooperación social”<sup>106</sup> quedando con ello demostrado que “la razón de ser de la naturaleza social del hombre se encuentra en la propia esencia de su naturaleza”<sup>107</sup>.

Siendo esto así, es posible concluir que los límites de orden social perfilan desde dentro el propio contenido del derecho, porque así lo exige la propia naturaleza de su titular que rechaza ver a su semejantes como una constante fuente de limitación a sus derechos, viendo más bien en ellos, la recíproca ayuda que necesita para alcanzar su plena realización.

De manera congruente con esto, y como segundo argumento, es imposible pensar que la naturaleza humana del individuo no se configure –desde dentro– tomando en consideración a los demás miembros de la comunidad y sus correspondientes derechos, desde que aquella entiende no solamente que el hombre existe y actúa junto con sus semejantes “sino que [además] su actuación y existencia junto

---

<sup>104</sup> CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales...*, op. cit., p. 32.

<sup>105</sup> MESSNER, J. *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Rialp, Madrid, 1967, p. 157.

<sup>106</sup> MESSNER, J. *Ética general...*, op. cit., p. 241.

<sup>107</sup> MESSNER, J. *Ética social, política...*, op. cit., p. 158.

con otros hombres le permite conseguir su propio desarrollo, es decir, el desarrollo intrínseco de la persona”<sup>108</sup>.

Hasta el momento hemos tenido oportunidad de argumentar que la propia naturaleza humana exige que los límites que surgen a consecuencia de la dimensión social del hombre sean considerados como límites internos. Sin embargo, esto no solo viene exigido por la naturaleza del hombre, sino también por la propia delimitación del contenido de los derechos fundamentales.

Así, al ser los derechos realidades limitadas, estos “nacén, pues, ajustados entre sí y en armonía con los elementos que integran el bien de la comunidad política en que viven los titulares de los mismos”<sup>109</sup>. Ello, en la medida que los derechos “se tienen *con* los demás y *en* la comunidad que cada titular de derechos habita”<sup>110</sup>.

Por tanto, el contenido de los derechos se configura desde su génesis en atención a los restantes derechos y demás bienes tutelados, erigiéndose estos como contornos internos que concretan el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.

Es en base a estas consideraciones, que somos de la opinión que los límites que se reconozcan a los derechos fundamentales son fronteras inmanentes a los mismos, los cuales yacen en su interior desde su origen, siendo posteriormente delimitados por los operadores jurídicos.

Es importante resaltar, que no es impreciso usar los términos limitar y restringir siempre y cuando se entiendan como delimitación; es más en este trabajo se usan con ese sentido<sup>111</sup>. El término limitación mantiene un lastre liberal y no es propio mantener su uso.

---

<sup>108</sup> WOJTYLA, K. op. cit., p. 322.

<sup>109</sup> SERNA, P. y TOLLER, F. op. cit., p. 39.

<sup>110</sup> Ídem (cursiva en el original).

<sup>111</sup> En igual sentido Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales...*, op. cit., p. 272.

Asimismo, y en contra de las aporías que supone la teoría externa, la postura que aquí se reconoce, permite superar los aparentes conflictos de derechos. De forma que no puede hablarse propiamente de una verdadera colisión de derechos al menos por las siguientes razones.

En primer lugar, la propia naturaleza humana que constituye el fundamento de los derechos es una realidad unitaria y complementaria, en consecuencia tales caracteres son igualmente predicables de los derechos fundamentales que lejos de ser contradictorios entre sí, se han reconocido y se fomentan porque se entiende que ellos permiten la plena realización de la persona<sup>112</sup>.

Además, es posible sostener que si detrás de los derechos fundamentales hay bienes humanos cuya consecución nos perfecciona, los mismos no pueden ser contradictorios entre sí, y exigir la supresión de otro bien humano ya que desde el preciso instante en que se tienda a ver a un bien contradictorio con otro, aquel dejaría de ser tal para ser solo uno aparente<sup>113</sup>.

Asimismo, es posible negar la real existencia del citado conflicto desde lo dispuesto por el principio de unidad de la Constitución. Este señala que hay que interpretar sistemáticamente las disposiciones constitucionales como parte de un todo, haciéndolas compatibles entre sí. Así, suponer lo contrario nos llevaría a concluir que existen disposiciones constitucionales contrarias unas con otras, debiéndose sacrificar unos derechos en salvaguarda de otros, aceptando implícitamente que aquel derecho restringido carece de normatividad y por ende, también la propia Constitución<sup>114</sup>.

En ese sentido, lo que verdaderamente hay es un conflicto de intereses entre los titulares de los derechos pero nunca entre los propios derechos fundamentales<sup>115</sup>.

---

<sup>112</sup> Vid. SERNA, P. y TOLLER, F. op. cit., pp. 91 y ss.

<sup>113</sup> Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales...*, op. cit., p. 55.

<sup>114</sup> Vulnerándose, a su vez, de esta forma el principio de normatividad de la Constitución.

<sup>115</sup> Vid. CIANCIARDO, J. op. cit., p. 250; SERNA, P. y TOLLER, F. op. cit., p. 37 y CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales...*, op. cit., p. 337.

Finalmente, trayendo a colación el ejemplo del artista expuesto líneas arriba, se puede concluir que en definitiva, ni el bien común ni ningún otro bien constitucionalmente tutelado prevalecen sobre un derecho fundamental. Esto, desde que el primer requerimiento del bien común es precisamente velar por la plena vigencia de los derechos fundamentales<sup>116</sup>.

Lo que realmente sucede en nuestro caso, es que la pretensión que invoca el artista no forma parte del contenido esencial de su derecho de libertad, porque la misma al ser un verdadero bien no le está permitido obstruir otro bien, que en este caso es el orden público.

#### **b) La Función social de la propiedad como límite.**

Hasta el momento hemos reconocido que los derechos fundamentales poseen límites que delimitan su contenido. Así, concretamente el derecho de propiedad también posee una serie de límites que van perfilando su contenido.

Un sector de la doctrina nacional, se ha dedicado a estudiar los citados límites que operan sobre la propiedad. En ese sentido, se ha establecido que existen límites en orden al interés público y al interés privado<sup>117</sup>.

Así, respecto de los límites en orden al interés público puede citarse a título de ejemplo el supuesto contemplado en el artículo 71 de nuestra Constitución el cual hace alusión a la propiedad de los extranjeros. O aquel otro caso regulado en el artículo 957 del Código civil referido a la zonificación urbana<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> Cfr. DE DOMINGO, T. op. cit., p. 24.

<sup>117</sup> Cfr. GONZALES BARRÓN, G. *Curso de...*, op. cit., p. 415 y ss.; RAMÍREZ CRUZ, E. op. cit., pp. 137-139 y 321 y ss.; ARIAS SCHREIBER PEZET, M. ET AL. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo III, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, pp. 193 y 194, 324 y ss.

<sup>118</sup> Cfr. ECHAIZ MORENO, D. "La expropiación y la confiscación" en *Revista Gaceta Constitucional*, N° 43, Julio, 2011, p. 45.

Por otro lado, respecto de los límites reconocidos en base a un interés particular puede mencionarse aquellos límites fijados por razón de vecindad reconocidos también en el Código Civil, como son por ejemplo los límites por actividades industriales, por paso de aguas, entre otros<sup>119</sup>.

Ahora bien, concretamente dentro de los límites reconocidos al ejercicio del derecho de propiedad en base al orden público, centraremos nuestra atención en la función social de la propiedad. Esto porque a nuestro parecer es sobre aquella función social que se fundamenta la expropiación, la cual será objeto de estudio en el segundo capítulo del presente trabajo.

En ese sentido, en los párrafos anteriores nos hemos ocupado de exponer las dos principales teorías que se han estructurado sobre los límites de los derechos. Tal vez hasta el momento aquellos párrafos no revestían mayor relevancia para el lector que quizás podría haber argumentado que tal estudio no era propio de este trabajo. Pues bien, nada más alejado de la realidad y es que con aquella exposición hemos intentado preparar el camino hacia un fin mayor, que se entenderá –ahora– cuando procedamos a analizar la función social de la propiedad.

Trataremos, pues, en las siguientes líneas de concretar aquellos conceptos a fin dar respuesta a una interrogante que ha ocupado, con gran importancia, la atención de no pocos autores que han abordado el estudio de la función social de la propiedad, y es la siguiente: ¿es la función social un límite o externo de la propiedad? En nuestro afán de intentar dar respuesta a esta interrogante expondremos ambas posturas a la luz de las dos teorías ya analizadas, para posteriormente adoptar una posición al respecto.

---

<sup>119</sup> Ídem.

## 1) La función social como límite externo del derecho de propiedad.

Para entender el planteamiento al que arriba esta postura, primero hay que dar un breve repaso al contexto histórico del cual la función social recibe determinada influencia por parte de esta teoría. Así, corre el S. XIX y en Francia la burguesía había logrado derrotar al *Ancien Régime*, exaltando con ello la primacía del individuo. La exaltación del individuo es a consecuencia del Iusnaturalismo Racionalista de los S. XVII y XVIII que propugnaba el individualismo y como consecuencia de ello afirmaba el carácter ilimitado tanto de la libertad como de la propiedad<sup>120</sup>.

El resultado de la mencionada influencia en el ámbito de la propiedad no se hizo esperar y se vio rápidamente plasmado en la definición de corte extremadamente liberal que adoptó el Código Civil francés de 1804. Así, se lee que la propiedad “es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto (...)”<sup>121</sup>. En ese mismo orden liberal, el derecho de propiedad es concebido como un poder tendencialmente ilimitado que es otorgado a su titular en orden a satisfacer de manera exclusiva sus intereses individuales, de modo que en su contenido no tienen cabida “ni vínculos ni obligaciones, y su extensión se determina únicamente por la voluntad del propietario”<sup>122</sup>.

Siendo ello así, se teoriza que el poder concedido al titular del derecho de propiedad se encuentra sujeto a su extrema voluntad resultando ajeno cualquier otro tipo de condicionamiento, a excepción de aquel conjunto de

---

<sup>120</sup> Vid. LASARTE, C. op. cit., p. 38.

<sup>121</sup> Y es que “[a]l proclamar la libertad individual, al afirmar los derechos del hombre, tenían que hacer con toda naturalidad del derecho de propiedad un derecho individual y absoluto”, o mejor aun, propusieron la titularidad individual del derecho de propiedad, pero su consiguiente ejercicio estuvo marcado por un aprovechamiento exclusivamente individual. MAZEUD, H., MAZEUD, L., MAZEUD, J. op. cit., p. 16.

<sup>122</sup> COLINA GAREA, R. “La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978”. [en línea]. [Consulta 10.01.2016]. Disponible en <http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/1164>, p. 247.

limitaciones que le impone el respeto por el derecho de los demás<sup>123</sup>.

Explicado esto, es momento de analizar el postulado de esta teoría. En ese sentido, quienes entienden que la función social es un límite externo al ejercicio del derecho de propiedad lo hacen fundamentando aquello desde dos frentes.

El primer frente parte del Liberalismo<sup>124</sup>. Así, se ve en el derecho de propiedad un derecho subjetivo que otorga a su titular un poder de libre disposición destinado únicamente a satisfacer sus intereses individuales. De ahí, que las exigencias de orden social, dado que restringen esa inicial libertad, devienen en contradictorias e indisolubles en su interior, operando por ello, solamente en el ámbito externo del derecho<sup>125</sup>.

En efecto, se argumenta que no es posible concebir a la función social de la propiedad como un límite interno si “el más intrínseco de los límites de un derecho subjetivo siempre tiene su origen externo: (...) [el] ámbito social”<sup>126</sup>. Así, la función social que impone un conjunto de límites y deberes destinados a tutelar exigencias de orden social para toda la comunidad, operará *ad extra* del contenido del derecho de propiedad<sup>127</sup> restringiendo y por ello comprimiendo desde el

---

<sup>123</sup> Desde aquella postura liberal, el contenido del derecho de propiedad es absoluto resultando el mismo eventualmente *restringido* por razones de orden social.

<sup>124</sup> Ya previamente hemos sostenido que “[p]ara el liberalismo, es preferible que el Estado no intervenga, pues los individuos en sus relaciones particulares son los que mejor pueden guiarse hacia la felicidad personal, y con ello a la prosperidad general. Las reglas contrarias a la libertad del dominio sólo desaniman la iniciativa privada, paralizan los negocios y entran la propiedad. Es la doctrina liberal del ‘dejar hacer, dejar pasar’ que predomina en esa época, ya sea en la legislación o en la filosofía que inspira a ésta”. GONZALES BARRÓN, G. *Propiedad y...*, op. cit., p. 96.

<sup>125</sup> *Ibíd.*, pp. 171 y 172.

<sup>126</sup> VELASCO CABALLERO, F. cit. por CIANCIARDO, J. op. cit., p. 240.

<sup>127</sup> En palabras de ANNA DE VITA, la función social de la propiedad es una “camisa de fuerza impuesta al derecho subjetivo” dado que comprime desde el exterior el ámbito de poder ilimitado atribuido al titular del mismo. ANNA DE VITA cit. por COLINA GAREA, R. op. cit., p. 276.

exterior aquel ámbito de omnímoda disposición otorgado al titular del derecho<sup>128</sup>.

El segundo de aquellos frentes, pone de manifiesto que la función social de la propiedad es externa desde que la recepción de la misma no afecta en lo absoluto la configuración del derecho de propiedad como derecho subjetivo. Por el contrario de aceptarse que la función social es interna, la propiedad habría dejado de ser un derecho subjetivo. Ello porque la función social al imponer deberes y obligaciones para el titular del derecho, asemejaría más su estructura a la categoría jurídica de función que a la de derecho subjetivo sobre la cual tradicionalmente se ha erigido la propiedad<sup>129</sup>.

En buena cuenta, y tomando en consideración estos dos argumentos, la función social de la propiedad como límite externo puede ser gráficamente representada de la siguiente manera: el contenido del derecho de propiedad se encontraría dividido en dos círculos concéntricos.

---

<sup>128</sup> Uno de los autores que defiende la función social de la propiedad como mero límite externo es el profesor español DE LOS MOZOS quien entiende que “función social de la propiedad, en relación con la misma, no pertenece al concepto de propiedad, sino únicamente a la ley que actúa o define esa función social en cada caso, como criterio de la política legislativa”. DE LOS MOZOS, J. op. cit., p. 177.

<sup>129</sup> De análoga opinión es GONZÁLES BARRÓN para quien “si la teoría de la “función social” de la propiedad se reduce a consagrar el carácter limitado del derecho de propiedad, no parece que puedan existir demasiadas objeciones a su reconocimiento. Sin embargo, la cuestión se complica con las llamadas interpretaciones “intrínsecas” de la función social, esto es, aquellas en donde el propietario no sólo tiene un derecho, sino también está sometido a un deber incierto e indeterminado (...), [por ello, –sigue diciendo nuestro autor– que en su opinión esas] “interpretaciones “intrínsecas” deben descartarse, por cuanto conllevan una incoherencia lógica insalvable. En efecto, es falsa toda concepción que admita la existencia de situaciones jurídicas compuestas por “derechos-deberes”, en cuanto resulta imposible que puedan coexistir una situación de libertad y, al mismo tiempo, una situación de necesidad. Esta conclusión no significa que los derechos subjetivos sean ilimitados, sino que los derechos subjetivos sólo contienen dentro de sí un ámbito de libertad. (...) Por lo tanto, la propiedad es siempre derecho subjetivo, la síntesis de todos los poderes sobre un bien; la función social es siempre una cuestión externa al derecho, una guía programática para que el legislador pueda intervenir en la vida económica (...)”. GONZALES BARRÓN, G. *Curso de...*, op. cit., pp. 397 y ss.

El primero –el núcleo duro– estaría formado por aquel poder de plena y absoluta libertad destinado únicamente a satisfacer los intereses individuales de su titular, en tanto que el segundo círculo situado externamente a aquel núcleo duro, estaría formado por el conjunto de deberes y obligaciones que vienen exigidos por la función social del derecho de propiedad<sup>130</sup>.

## 2) La función social como límite interno del derecho de propiedad.

En orden a comprender el planteamiento al cual arriba esta teoría, es preciso primero analizar el contexto histórico del cual se vio influenciada.

En efecto, esta teoría señala que ha surgido una nueva visión sobre la propiedad influenciada por las transformaciones de orden económico, social y político originadas en los siglos XIX y XX. Así, “la industrialización, el surgimiento de la clase obrera, el déficit de vivienda y de campos cultivables (...)”<sup>131</sup> sentaron las bases para una nueva visión del derecho de propiedad.

Las citadas transformaciones supusieron en el ámbito jurídico, la dación de una extensa legislación especial destinada a regularlos, la cual también habría operado sobre aquella visión individualista de la propiedad<sup>132</sup>. De forma que se imponían un mayor número de límites, dejando de concebirse a la propiedad como un poder absoluto<sup>133</sup>. Así, hay que convenir

---

<sup>130</sup> Cfr. COLINA GAREA, R. op. cit., p. 278.

<sup>131</sup> GONZALES BARRÓN, G. *Curso de...*, op. cit., p. 396.

<sup>132</sup> Cfr. MESSINEO, F. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Volumen III, 8ª edición, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979, p. 249.

<sup>133</sup> Es claro MESSINEO cuando afirma que “[e]l concepto de propiedad –tal como había salido de la abolición del sistema político-social anterior a la revolución francesa de 1789 y de la instauración del régimen liberal, en la política y en la economía, que era el triunfo del ‘tercer estado’ y la derrota de las oligarquías feudales– está ya debilitado en su base por el indicado conjunto de leyes, las cuales tienden, todas ellas, en diversa dirección y de maneras diversas, a la *restricción* de aquel ‘*poder de dominio*’ que se había convertido en principio tradicional e indiscutido en el siglo diecinueve”. *Ibidem*, p. 250 (cursiva en el original).

con LACRUZ BERDEJO cuando afirma que “[f]rente al supuesto sentido absoluto de la propiedad de los Códigos del siglo XIX, presentan los críticos una nueva imagen de la propiedad”<sup>134</sup>: la de su función social. Con ello, intentan cambiar la visión individualista de la propiedad que se tenía hasta ese momento hacia una nueva concepción que incorpore también las exigencias de orden social<sup>135</sup>.

Explicado esto, conviene advertir que quienes entienden que la función social es un límite interno al ejercicio del derecho de propiedad lo hacen fundamentando aquello sobre la base del siguiente razonamiento.

El punto de partida de este nuevo entendimiento viene exigido por la propia naturaleza humana que siendo –en su esencia– una realidad individual posee también una dimensión social, y por ello al configurarse no lo hace a espaldas de la existencia de los demás individuos y sus correspondientes derechos, sino que les mira *ab initio* delimitando su esencia<sup>136</sup>.

Trasladado ello, al ámbito de los derechos humanos, es posible sostener que si la naturaleza humana que les fundamenta es una unidad que contempla en su interior tanto una dimensión individual como social y siendo estas expresiones de aquella naturaleza humana, entonces no es posible sostener que los límites de orden social –y con ello evidentemente la función social de la propiedad– sean *a priori* externos porque para la naturaleza humana en la cual hallan su fundamento, se constituyen como límites internos<sup>137</sup>.

---

<sup>134</sup> LACRUZ BERDEJO, J. ET AL. op. cit. p. 250.

<sup>135</sup> Esta nueva visión social de la propiedad, fue plasmada por el constituyente alemán en la Constitución de Weimar (1919) la cual en su artículo 153 sancionaba que “[l]a propiedad obliga. Su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general”.

<sup>136</sup> Y es que “la naturaleza social no se puede eliminar como el uso de la razón sin que el hombre sea privado al mismo tiempo de su ser plenamente humano. La esencia individual y social de la naturaleza humana tienen metafísica y ontológicamente el mismo carácter originario”. MESSNER, J. *Ética social, política...*, op. cit., p. 171.

<sup>137</sup> Así, por ejemplo MESSNER es claro en afirmar que “[e]l principio de la propiedad privada y su función social (...) [s]e sustenta tanto en la naturaleza individual como en la social del hombre”. MESSNER, J. *La Cuestión...*, op. cit., p. 347.

Así, lleva algo de razón y de exageración la afirmación de que el límite más intrínseco de los derechos fundamentales viene dado desde el exterior, esto es, el ámbito social. Sí, uno de los límites más intrínsecos de todos los derechos fundamentales viene dado por el ámbito social, pero el error está en no ver que ese ámbito social es una manifestación externa del carácter social interno de la naturaleza humana.

De manera coherente con ello, y desde el punto de vista de la formulación de los derechos humanos, se ha sostenido también que la función social es un límite interno al ejercicio del derecho de propiedad desde que este ha dejado de ser un derecho que concede a su titular un omnímodo poder limitable únicamente *a posteriori* y externamente, para entender que el mismo se encuentra *ab initio* e internamente delimitado<sup>138</sup> por las exigencias de orden social<sup>139</sup>.

Esto último, porque carecería de toda lógica conceder originariamente al titular del derecho unas facultades ilimitadas de goce y disposición para posteriormente restringírselas por unas exigencias de orden social haciendo así –y recién en ese momento– compatible su derecho con los de los restantes individuos<sup>140</sup>.

En buena cuenta, y tomando en consideración estos dos argumentos, la función social de la propiedad como límite interno puede ser gráficamente representada de la siguiente manera: el contenido del derecho de propiedad es uno solo. Este único contenido está conformado sobre la base de dos

---

<sup>138</sup> BARNÉS al abordar el tema de la función social de la propiedad manifiesta que aquella no es “un principio general del Derecho, que atempera, desde el exterior, sus manifestaciones originariamente ilimitadas, sino que constituye, por el contrario, un elemento intrínseco e interior, el espíritu interno de la propiedad”. BARNÉS, J. *La propiedad constitucional: el estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Madrid, 1988, p. 47.

<sup>139</sup> MESSINEO entiende que “al igual que cualquier otro derecho subjetivo, también la propiedad nace *limitada* por necesidad intrínseca, y que el *propietario* es siempre *parte de una comunidad social*”. MESSINEO, F. op. cit., p. 268 (cursiva en el original).

<sup>140</sup> Comparte esta postura el jurista alemán MESSNER para quien los derechos “están por su misma esencia referidos al orden social, siendo, en consecuencia, limitados por su misma esencia”. MESSNER, J. *La Cuestión...*, op. cit., p. 350.

elementos que se entrelazan inescindiblemente: uno de orden individual, dado el aprovechamiento y posterior beneficio que revista para el titular el ejercicio de su derecho de propiedad; y otro de orden social, exigido por la función social de la propiedad que reclama aprovechar el bien en consonancia con el bienestar de la comunidad<sup>141</sup>.

Así, si bien con el ejercicio del derecho de propiedad el titular satisfecerá en primer orden sus necesidades, también tal ejercicio debe redundar en beneficio de la comunidad enriqueciendo de esta forma la vida colectiva.

En ese orden de ideas, y a modo de conclusión, se puede decir que en base a aquellos dos elementos, el contenido del derecho subjetivo de propiedad comprenderá tanto un conjunto de facultades de acción provenientes del poder que concede el mismo, como un conjunto de deberes y obligaciones derivadas de la función social que está llamada a cumplir la propiedad<sup>142</sup>.

**c) Toma de postura: La función social como límite interno del derecho de propiedad.**

Para poder entender el reconocimiento de un derecho, es preciso conocer el contexto en el cual surgió. Asimismo, debe tener presente que con el devenir del tiempo, estos puede que hayan sufrido modificaciones en su formulación, y por ende en su ámbito de aplicación.

Ahora bien, parece que esto último se presenta como un dato extraño y hasta cierto punto ajeno para algunos autores, pues aun intentan definir a la propiedad desde la configuración que le dotó la doctrina y los legisladores marcados por un claro tinte liberal posterior a la Revolución Francesa<sup>143</sup>. Así, definen la propiedad como aquel derecho subjetivo que concede a su titular un poder omnímodo y casi irrestricto, otorgado para satisfacer exclusivamente sus intereses personales siendo por

---

<sup>141</sup> *Cfr.* COLINA GAREA, R. op. cit., pp. 296-298.

<sup>142</sup> A mayores *Cfr.* El apartado, de este mismo capítulo, referido al nivel legislativo de la propiedad.

<sup>143</sup> *Cfr.* COLINA GAREA, R. op. cit., pp. 247 y ss.

ello vistos los límites a la propiedad como excepcionales y operando *ad extra* del derecho mismo conforme ya lo hemos expuesto.

No obstante ello, tal modo de concebir a la propiedad resulta no solo inoperante hoy en día debido a las nefastas consecuencias que su recepción acarrearía, sino que además es de imposible materialización en el orden democrático y social que adopta nuestra Constitución<sup>144</sup>.

Acorde con esto, no cabe la menor duda de que el ejercicio del derecho de propiedad debe revestir determinado beneficio a su titular; sin embargo –y ahí radica el giro que ha operado en la configuración del derecho de propiedad– desde hace tiempo se ha rechazado que aquel interés de corte extremadamente individualista –sobre el cual estructura la teoría externa el derecho subjetivo de propiedad– sea el único que debe tutelarse cuando se protege el derecho de propiedad privada<sup>145</sup>.

Esto es así, porque los derechos no son asociales y hablando concretamente del derecho de propiedad, este si bien es un derecho cuya titularidad es individual ello en modo alguno faculta a realizar un ejercicio individualista del mismo, o mejor aún, “[e]l derecho de propiedad, concebido como un derecho puramente egoísta, no puede ser sino condenado”<sup>146</sup> desde que “[s]i el derecho de propiedad debe ser individual, su ejercicio deber ser social”<sup>147</sup>.

Así, el Tribunal Constitucional ha dejado sentado que “el ejercicio del derecho de propiedad se desenvuelva de manera acorde con la función social que es parte del contenido esencial

---

<sup>144</sup> Y esto es así porque “si los derechos fundamentales se interpretan únicamente como ámbitos reservados al libre arbitrio individual (...) ¿qué sentido tendría fomentar su ejercicio?” DE DOMINGO, T. op. cit., p. 328.

<sup>145</sup> Similar opinión ha sido expuesta por el profesor GONZÁLES BARRÓN para quien “la propiedad hace mucho tiempo dejó de ser el reino de la arbitrariedad del propietario”. GONZALES BARRÓN, G. *La propiedad...*, op. cit., p. 162.

<sup>146</sup> MAZEUD, H., MAZEUD, L., MAZEUD, J. op. cit., p. 22.

<sup>147</sup> Ídem.

del derecho”<sup>148</sup>. Que el Alto Tribunal reconozca que la función social pertenezca al contenido esencial del derecho de propiedad no puede sino suponer que la misma lejos de ser un límite externo que viene a recortar el citado derecho, se constituye como un límite interno que perfila *ad intra* el contenido constitucionalmente tutelado del derecho de propiedad.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el constituyente nacional ha dispuesto expresamente en el artículo 70 de nuestra Constitución, que el derecho de propiedad “[s]e ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley.”

Ahora, como bien sostiene el TC, cuando el texto constitucional establece que la propiedad “debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, no hace más que referirse a la función social que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial”<sup>149</sup>.

En ese orden de ideas, puede decirse que la función social al ser un límite de la propiedad, delimita el interés del titular a través de las exigencias de orden social. Así, el reconocimiento de la función social de la propiedad no supone que la misma venga a suprimir el interés personal del propietario en contra y a costa del bienestar social. Por el contrario, la propiedad posee siempre un elemento personal destinado a satisfacer los intereses de su titular cuando este ejerza su derecho, siendo aquel elemento el que se ve delimitado –y no suprimido– por obra de la función social de la propiedad.

Ahora bien, lo cierto es que ese interés no debe ser el único interés tutelado en el derecho de propiedad, sino que cuando el titular del derecho decida ejercerlo haciendo uso de las facultades que el ordenamiento jurídico le depara, haga con ellas un aprovechamiento que de un lado satisfaga directamente

---

<sup>148</sup> Expediente N° 00011-2010-PI/TC, F.J. 6.

<sup>149</sup> Expediente N° 03347-2009-PA/TC, F.J. 15.

sus intereses personales; y de otro, que tal aprovechamiento se cohoneste con la exigencias de orden social.

En una palabra, tal y como lo ha expuesto magistralmente el profesor BARNÉS, la función social de la propiedad supone hacer un “aprovechamiento socialmente útil” de los bienes que se posee<sup>150</sup>. Así, este aprovechamiento viene representado por las facultades de acciones que el ordenamiento depara al propietario; mientras que el adjetivo socialmente útil, viene representado por las obligaciones que aquel debe cumplir en pro del bienestar general.

Por tanto, la función social de una parte no viene a recortar ni mucho menos a sustituir ese aprovechamiento individual sino que el mismo se ve delimitado por obra de aquella; y por otra, como consecuencia de su reconocimiento, el contenido del derecho de propiedad quedará conformado tanto por un conjunto de facultades como por un conjunto de deberes y obligaciones.

Es en base a estas consideraciones, que somos de la opinión que la función social de la propiedad funge como un límite interno de aquel derecho. Esto, toda vez que al no ser los derechos antisociales –dada la dimensión social de la naturaleza humana–, su contenido se delimita *ad initio* en armonía con las exigencias de orden social. Exigencias que en el derecho de propiedad vienen representadas por la función social.

### **1.3. Nivel legislativo: El Código Civil Peruano.**

#### **1.3.1. El derecho subjetivo de propiedad.**

##### **a) Noción de Derecho subjetivo.**

Al abordar este epígrafe, debemos tener en cuenta que no es este el lugar para sentar una aguda discusión sobre el concepto y la naturaleza de los derechos subjetivos. Por ello, nos limitaremos en

---

<sup>150</sup> BARNÉS, J. op. cit., p. 134.

los párrafos sucesivos a esbozar una amplia definición de los citados derechos, apoyados en la autoridad del maestro español DE CASTRO.

Así, la doctrina del S. XIX trató de identificar el concepto del derecho subjetivo a través de su contenido. Una primera posición que se dio fue la de identificar al derecho subjetivo con la libertad. Esta corriente doctrinaria, influenciada en gran medida por la filosofía del individualismo, definió el derecho subjetivo como una facultad del querer concedida por el ordenamiento jurídico. En contraposición a aquella definición, surgió posteriormente otra corriente doctrinaria que identificó la esencia del derecho subjetivo en la utilidad que los bienes conceden a la persona, así se definió al derecho subjetivo como el interés jurídicamente relevante<sup>151</sup>.

Los defensores de cada una de estas posturas creyeron ver reflejadas en ellas la esencia del derecho subjetivo; sin embargo lo cierto es que ambas teorías recondujeron con sus falencias a conceptualizar al derecho subjetivo desde una visión fuertemente marcada por el individualismo, todo lo cual condujo posteriormente la negación de este derecho. Se argumentó, pues, que si el Derecho se encuentra sobre la base de una solidaridad social, ello en modo alguno puede permitir la existencia de poderes de la persona, negándose de esta forma la existencia de derechos subjetivos, y con ello a la persona misma<sup>152</sup>.

Conviene ahora poner de manifiesto la definición decimonónica del derecho subjetivo. Así, en aquella época marcada notoriamente por con un corriente liberal, el derecho subjetivo se identificó con “un poder de libre disposición, totalmente sometido a la voluntad de su titular y exclusivamente constituido por facultades, ya que en su interior no tienen cabida obligaciones, deberes o, en general cualquier tipo de limitación que restrinja ese señorío de la voluntad otorgado por el ordenamiento jurídico”<sup>153</sup>.

Según esta postura, la propiedad sería aquel poder jurídico tendencialmente ilimitado que es concedido a su titular en orden a

---

<sup>151</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 568 y ss.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 570.

<sup>153</sup> COLINA GAREA, R. *op. cit.*, p. 248.

satisfacer única y exclusivamente sus propios intereses siendo los límites impuestos a aquel poder, excepcionales y externos. En buena cuenta, el derecho se configuraría mirando únicamente al individuo – y su interés personal– en cuanto tal, y no como miembro de una comunidad dando por ello la espalda al bienestar de los demás.

Ahora bien, en la actualidad una concepción individualista de tales magnitudes no tiene asidero desde ninguna óptica, desde que los derechos subjetivos no se tienen solo en cuanto individuo, a quien se le reconoce un ámbito de libre actuación para la realización de un fin lícito, sino también en y con la propia comunidad en la cual este se desenvuelve<sup>154</sup>. Esto, porque “[c]ada derecho subjetivo supone la participación activa de una persona en la organización jurídica, aportándole así un nuevo elemento de fuerza y seguridad social”<sup>155</sup>.

Visto el rechazo que merece la definición decimonónica del derecho subjetivo, optamos por definirlo –apoyados en la autorizada opinión del maestro DE CASTRO– como “la situación de poder concreto concedida a la persona como miembro activo de la comunidad jurídica, y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa”<sup>156</sup>. Los caracteres que componen la presente definición<sup>157</sup> deben ser objeto de explicación a fin de poder, posteriormente, mostrar la intrínseca relación subyacente entre derecho subjetivo y propiedad.

En ese sentido, como primer carácter hemos considerado que el derecho subjetivo comprende *un poder confiado a un miembro de la comunidad*. Esto implica que se le ha concedido al titular del derecho un ámbito de libre actuación (*agere licere*), el cual de una parte supone que ese poder debe ser ejercido lícitamente teniendo en cuenta que el mismo se tiene en y con la comunidad en la cual convive; y por otra parte, ese ámbito de libre actuación faculta a su

---

<sup>154</sup> Así BARNÉS afirma que si bien la propiedad confiere un poder que tiene por objeto el uso de los bienes “[e]llo implica disciplinar su utilización en armonía con el resto de los bienes y de sus eventuales titulares y, en última instancia, con la colectividad”. BARNÉS, J. op. cit., p. 76.

<sup>155</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. op. cit., p. 572.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 573.

<sup>157</sup> Tanto los caracteres que se describen como el análisis de los mismos ha sido tomado de DE CASTRO Y BRAVO, F. op. cit., pp. 573 y ss.

titular a realizar sobre el objeto del derecho subjetivo, las modificaciones que él estime convenientes siempre y cuando no alteren su sustancia.

Además, y como segundo carácter, no de olvidarse que ese poder de obrar libremente se encuentra *circunscrito a determinados límites*, y es que el poder que el Ordenamiento Jurídico ha conferido a su titular ha sido entregado para cumplir determinada finalidad que se estima lícita y beneficiosa. De modo que, aquel fin que posee *per se* el derecho subjetivo le marca su propio límite.

Asimismo, y como tercer carácter, se puede sostener que el poder conferido al titular del derecho subjetivo hace que en su contenido se manifiesten *determinadas obligaciones* de forma que por ejemplo la falta de su uso puede determinar la pérdida del mismo. (v.g. prescripción).

Por último, se predica del derecho subjetivo una nota de *unidad*, lo cual alude a que aun cuando el contenido de las facultades del propietario se haya reducido o se hayan desmembrado, ello no altera su valor jurídico, porque una vez que cesa la causa que limita o desmembrana la facultad, el derecho subjetivo recupera automáticamente su plenitud.

#### **b) La propiedad como Derecho subjetivo.**

Vistos los caracteres del derecho subjetivo, procederemos a explicar cómo los mismos se encuentran implícitamente presentes en la propiedad.

Pues bien, y en cuanto al derecho subjetivo se refiere, hemos afirmado que este otorga un poder que ha sido confiado a un miembro de la comunidad, lo cual implica que se ha concedido al titular del derecho un ámbito de libre y lícita actuación. Esta nota característica se encuentra presente en el derecho de propiedad, toda vez que aquel concede a su titular un poder jurídico que supone un ámbito de libre y lícita actuación representado por las facultades de uso, disfrute y disposición tal y como ha sido reconocido por nuestro Código Civil.

Asimismo, previamente se señaló que el titular del derecho puede realizar diversas modificaciones sobre su objeto. Esto, se ve perfectamente plasmado en el derecho de propiedad cuando su titular decide, por ejemplo, constituir sobre su derecho una garantía o arrendar su propiedad.

El segundo carácter del derecho subjetivo, esto es, que el mismo se encuentra circunscripto a determinados límites también se encuentra presente en el derecho de propiedad, y es que –conforme ya hemos expresado– el contenido de los derechos es limitado, de modo que los “derechos nacen, pues, ajustados entre sí y en armonía con los elementos que integran el bien de la comunidad política en que viven los titulares de los mismos”<sup>158</sup>. De ahí que el derecho de propiedad deba ser ejercido en conformidad con el bien común.

En cuanto al tercer carácter, hemos afirmado que ese poder que otorga el derecho subjetivo hace nacer determinadas obligaciones para su titular, las cuales también pueden ser apreciadas en el contenido del derecho de propiedad, y es que por ejemplo el incumplimiento en la obligación de su ejercicio –junto con la adquisición por un tercero de ese bien– puede conllevar a la pérdida de la propiedad (v.g. prescripción adquisitiva de dominio).

La última nota, creemos que no requiere mayor explicación en cuanto la misma puede ser plenamente verificada en lo que comúnmente la doctrina ha denominado elasticidad del contenido del derecho de propiedad.

En cuanto a la estructura del derecho subjetivo, cabe precisar que la misma está conformada por los siguientes tres componentes: sujeto, objeto y contenido.

El sujeto de los derechos subjetivos es la persona a quien se le atribuye y se le confiere aquel poder concreto, en lo que a nosotros refiere el sujeto del derecho subjetivo de propiedad es el propietario. El objeto de los derechos subjetivos pueden ser las distintas realidades del mundo externo sobre las que recae ese poder concreto, en nuestro caso son los bienes tanto materiales como los

---

<sup>158</sup> SERNA, P. y TOLLER, F. op. cit., p. 39.

inmateriales. Respecto a su contenido, este está dado en función al conjunto de facultades que son atribuidas a la persona en relación al objeto sobre el cual recae esa actuación libre (que no arbitraria) y lícita (y por ello, no asocial)<sup>159</sup>.

Ahora bien, basados en el hecho de que el contenido del derecho de propiedad está conformado no solo por un conjunto de facultades, sino también por un conjunto de deberes y obligaciones, algunos autores han defendido la teoría de que la propiedad no tiene una función social sino más bien que la misma es función social<sup>160</sup>.

Para argumentar esto, quienes defienden que la propiedad se ha convertido en una función exaltan de manera extrema la función social en contra del interés individual del propietario, quien ha dejado de ser tal para convertirse en un funcionario abocado exclusivamente –con su actuación– a la consecución del interés general. Es por ello que entienden que el derecho de propiedad ha dejado de ser un derecho subjetivo para convertirse en una situación jurídica activa denominada “función”<sup>161</sup>.

Ahora bien, semejante doctrina debe ser dejada de lado desde que el reconocimiento de la función social de la propiedad en nada cambia la configuración de aquel derecho como un derecho subjetivo<sup>162</sup>. La argumentación para sostener esto es la siguiente.

---

<sup>159</sup> En atención a ello, y a que el ejercicio del derecho debe de armonizar con el bien común; es que sostenemos que el derecho de propiedad no tutela la consecución de un interés meramente individualista de su titular.

<sup>160</sup> Partidario de este planteamiento es el profesor francés DUGUIT, quien sostiene que “la propiedad ya no es, en el Derecho moderno, el derecho intangible, absoluto que el hombre que posee riqueza tiene sobre ella. La propiedad no es un derecho; es una función social”. DUGUIT cit. por COLINA GAREA, R. op. cit., p. 253. Comparte esta postura CASTAÑEDA para quien “[l]a propiedad es hoy un derecho esencialmente relativo; sus limitaciones son numerosas y profundas. El propietario no es ya el señor de la cosa; no tiene sobre ella ni siquiera el poder que tenía el dominus romano. El Estado interviene tanto en la propiedad que es un condómino. La propiedad es función social, o sea que ella no sólo no sólo concede derechos sino que impone también obligaciones”. CASTAÑEDA cit. por GONZALES BARRÓN, G. *La propiedad...*, op. cit., p. 165.

<sup>161</sup> Cfr. COLINA GAREA, R. op. cit., pp. 250 y ss.

<sup>162</sup> El rechazo a la misma y consecuente cambio de postura puede ser visto en GONZÁLES BARRÓN. El citado autor en su – ya citada– obra *Curso de derechos Reales (2003)* opta por entender que la función social de la propiedad es un límite externo a la misma argumentado que “no es admisible un derecho de propiedad que contenga

Primero debemos dejar en claro que los citados deberes y obligaciones existen y forman parte del contenido del derecho de propiedad, lo cual ha sido expresamente reconocido por nuestro Tribunal Constitucional. Y es que no otra cosa se puede concluir de aquella afirmación en la cual el Alto Tribunal expresa que “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”<sup>163</sup>.

O de aquella otra afirmación en la cual el TC deja sentado que “[e]sta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación”<sup>164</sup>.

Asimismo, y acorde con lo expuesto por el Tribunal Constitucional, es posible sostener la existencia de auténticas obligaciones derivadas del derecho de propiedad. Así, un ejemplo de ello viene dado con lo dispuesto por el Código Civil en su artículo 956, el cual señala que “[s]i alguna obra amenaza ruina, quien tenga

---

simultáneamente un deber jurídico impuesto en virtud de una función social. Por ello, la propiedad es siempre derecho subjetivo, la síntesis de todos los poderes sobre un bien; la función social es siempre una cuestión externa al derecho, una guía programática para que el legislador pueda intervenir en la vida económica”. GONZÁLES BARRÓN, G. *Curso de...*, op. cit., pp. 398 y ss. Sin embargo, el cambio de postura puede ser apreciado en su obra *Propiedad y Derechos Humanos (2011)*. Allí, nuestro autor escribe que “[l]a adopción de esta tesis [la teoría interna de la función social] produce consecuencias prácticas de indudable importancia, pues con ella se elimina la difundida idea que las restricciones al dominio son excepcionales o anomalías del sistema, que deben ser objeto de interpretación restringida porque constituyen un perjuicio para el titular. Por el contrario, con la tesis intrínseca la propiedad viene delimitada *ab initio*, por lo que las restricciones o deberes impuestos al propietario integran el contenido natural del derecho, sin que se le interprete como norma excepcional, pues su interés es el bien común o los intereses generales, por lo que jamás puede entenderse como un mal social”. GONZALES BARRÓN, G. *La propiedad...*, op. cit., p. 174.

<sup>163</sup> Expediente N° 0008-2003-AI/TC, F.J. 26.

<sup>164</sup> Expediente N° 0048-2004-PI/TC, F.J. 79.

legítimo interés puede pedir la reparación, la demolición o la adopción de medidas preventivas”.

Del citado precepto es posible concluir que dentro de ese grupo de personas legitimadas para efectuar las actuaciones que ahí se describen, corresponderá cumplirlas en primer lugar al propietario de la edificación quien estará obligado a realizarlas a fin de evitar la materialización de un evento dañoso. En ese sentido, el propietario está obligado a llevarlas a cabo cuando la obra se encuentra en situación ruinosa –o, sin estarlo aquella pueda causar daño– so pena de la correspondiente responsabilidad<sup>165</sup>.

Ahora, bien vistas las cosas ese conjunto de deberes y obligaciones –conforme ya hemos expuesto– no suponen detraer el interés privado del titular en orden a la satisfacción del interés social ni mucho menos el reconocimiento de tales obligaciones supone convertir a la propiedad en función<sup>166</sup>.

Esto es así, porque de un lado mientras la función se ejercita “no por un interés propio (...), sino por un interés *ajeno*, o por un interés *objetivo*”<sup>167</sup>, como sería el interés general<sup>168</sup>; en el derecho subjetivo de propiedad, el poder que se otorga a su titular no es concedido única y exclusivamente para satisfacer un bienestar colectivo sino que el mismo es reconocido al titular para que de manera inmediata –que no exclusiva y excluyente– satisfaga su

---

<sup>165</sup> Apoya la conclusión que el primer obligado a cumplir esas actuaciones es el propietario de la edificación, lo dispuesto por el Código Civil en el artículo 1980 el cual dispone que “[e]l dueño de un edificio es responsable del daño que origine su caída, si ésta ha provenido por falta de conservación o de construcción”.

<sup>166</sup> ROUAST refiriéndose tanto al aspecto individual como social que compone el derecho de propiedad escribe “[e]l error está, a mi juicio, en olvidar uno de estos aspectos para no ver sino el otro. El error de los comentaristas del Código Civil ha consistido en llevar hasta el extremo la tendencia individualista que había inspirado a sus redactores y olvidar el carácter social del derecho de propiedad. El error de muchos de nuestros contemporáneos está en no considerar sino la función social, con olvido de que el derecho de propiedad posee también un valor de prerrogativa individual”. ROUAST cit. por MAZEUD, H., MAZEUD, L., MAZEUD, J. op. cit., p. 28.

<sup>167</sup> MESSINEO, F. op. cit., p. 254 (cursiva en el original).

<sup>168</sup> Ídem.

interés particular ejercitando el mismo de una manera socialmente útil que redunde en beneficio de la comunidad<sup>169</sup>.

De esta forma, el reconocimiento de la función social en el contenido del derecho de propiedad no puede suponer satisfacer únicamente el bienestar social en contra del interés del titular del derecho. Lo que verdaderamente ordena el reconocimiento de la función social es hacer un aprovechamiento socialmente útil de los bienes de forma que tal aprovechamiento influya en beneficio de la colectividad, de modo que ejercitando de esta manera el derecho de propiedad, su titular –mediatamente– satisficará también un interés público<sup>170</sup>.

Asimismo, dado que el contenido del derecho de propiedad se encuentra conformado tanto por un haz de facultades de acción como por un conjunto de deberes y obligaciones, se ha intentado fundamentar también en base a este argumento, que su estructura se asemeja a la de la función, situación jurídica formada por el binomio “derecho-deber”<sup>171</sup>. Sin embargo, no es posible sostener aquello desde que la forma en la que actúa tanto el poder como el deber es marcadamente distinta respecto de cada una de estas situaciones jurídicas.

Así, siguiendo a MESSINEO, en la función el elemento central es el deber. De ahí, que solo se otorgue un poder como medio para el cumplimiento de aquel, estando por ello el funcionario obligado

---

<sup>169</sup> De modo que es válido que el propietario intente satisfacer primero sus propios intereses no olvidando que tal actuación debe también generar un bienestar colectivo. Esta postura es compartida por MESSNER para quien “es lícito que los individuos, al cooperar socialmente, piensen ante todo en su propio bien, en sus propios fines y en sus propios intereses, con tal que esas actividades y esfuerzos vayan de acuerdo con el interés común”. MESSNER, J. *Ética general...*, op. cit., p. 224.

<sup>170</sup> Para ALBALADEJO “la propiedad no es una *función social*, en el sentido de que se otorgue el poder sobre la cosa *para* que mediante su adecuado uso se desempeñe dicha función en beneficio de la Comunidad. La propiedad (...) es un derecho subjetivo privado, otorgado a su titular para satisfacción de intereses suyos dignos de protección jurídica. Y otra cosa es que esta satisfacción se cohoneste con las conveniencias de la Comunidad, mediante el establecimiento de límites a las facultades del propietario y de deberes a cargo del mismo”. ALBALADEJO, M. op. cit., p. 235 (cursiva en el original).

<sup>171</sup> COLINA GAREA, R. op. cit., pp. 147 y ss.

exclusivamente a actuar tal poder en orden a la satisfacción del interés público subyacente en la labor asignada. Mientras que en el derecho subjetivo de propiedad, el elemento central es el poder, siendo el deber una consecuencia. De modo que en la propiedad ese conjunto de deberes y obligaciones son únicamente un reflejo de aquel poder concedido a su titular<sup>172</sup>. Por tanto, el propietario sigue siendo tal y no un funcionario como lo intenta ver la citada teoría<sup>173</sup>.

### 1.3.2. La propiedad como “*DOMINIUM PLENUS*”.

Desde antiguo existió una constante preocupación de los pueblos romanos, germanos, etc., por establecer tanto una definición de la propiedad como por determinar los alcances de la misma. Esta preocupación sigue latente hasta nuestros días en la literatura jurídica<sup>174</sup>.

En ese sentido, tratar tan siquiera de esbozar una mínima definición de propiedad que sea unitariamente adoptada tanto por la doctrina como la jurisprudencia nacional e internacional, es una empresa de tamañas proporciones imposible de edificar desde aquí.

---

<sup>172</sup> Cfr. MESSINEO, F. op. cit., p. 263.

<sup>173</sup> Según esta teoría, si el reconocimiento de la función social de la propiedad ha trastocado su configuración hasta convertirla en función, sería lógico entender que el propietario debe ser dejado de tener como tal para convertirse en un funcionario; y por ser tal, el poder que le ha sido conferido única y exclusivamente debe de estar ordenado a la consecución del correspondiente interés público exigido en cada actividad asignada. Pues bien, si esto es así ¿cómo explicar aquellas situaciones en las cuáles el propietario actúa su poder de manera exclusiva a la consecución de un interés personal? Como por ejemplo cuando el propietario de un inmueble decide habitarlo, o arrendarlo y percibir por ello la correspondiente merced conductiva. Los citados ejemplos se dan muy cotidianamente en la realidad, y creemos que en ella está el punto de inicio no solo para contradecir aquella postura, sino también para formular –con y desde ella– una postura que cohesione con la realidad misma. Esto, toda vez que no se puede construir el Derecho alejado y mucho menos contrario a la realidad destinada a regular. Así, las actuaciones descritas en los ejemplos citados son perfectamente válidas cuando se entiende de un lado que la propiedad, conforme hemos expuesto, es un derecho subjetivo en el cual lo fundamental es el poder siendo el deber una consecuencia del mismo; y de otro, que el reconocimiento de la función social como elemento que integra el contenido del derecho no elimina el interés del propietario sino que a través de él se busca que haga un uso socialmente útil del mismo.

<sup>174</sup> Un análisis pormenorizado al respecto véase la obra del profesor DE LOS MOZOS, quien en un significativo y loable trabajo ha puesto de manifiesto tal intención. Cfr. DE LOS MOZOS, J. op. cit., pp. 3-104.

Conscientes de ello, intentaremos desde estas páginas presentar ciertas definiciones que sobre el particular han sido ensayadas a través de los años por significativos juristas y por diversas legislaciones, para finalmente dar una postura al respecto.

Desde un primer estadio, ya el Derecho Romano intentó dotar de un concepto a la propiedad. Así, en la época clásica la propiedad aparece conceptualizada como el señorío más amplio que podía ostentar el titular sobre las cosas, siendo ello así se hablaba de un dominio exclusivo y absoluto sobre el bien<sup>175</sup>.

Las Siete Partidas, cuerpo normativo redactado durante el reinado de Alfonso X, no permaneció al margen de tal movimiento conceptualizador. Así, la Partida III establecía en su Título XVIII que el “Señorío es poder que hombre tienen en su casa de hacer de ella e en ella lo que quisiere, según Dios e según fuero”<sup>176</sup>.

Por lo demás, fue el *Code Civil*, directamente influenciado por el Iusnaturalismo Racionalista, quien ensayó una definición de propiedad marcada –como sostienen algunos<sup>177</sup>– por un profundo individualismo. Así, en su artículo 544 el citado cuerpo normativo señaló que la propiedad “es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por la ley o por los reglamentos”. Tal postulado, encuentra su fuente directa de inspiración en lo ya establecido años atrás por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), la cual consideraba el derecho a la propiedad como inviolable y sagrado.

---

<sup>175</sup> La noción dada por los romanos calza dentro de lo que la doctrina ha denominado definiciones analíticas, que concebían a la propiedad como el derecho de usar, disfrutar, disponer y reivindicar de la cosa sin más límites que las impuestas por la ley. Dentro de las definiciones que podemos calificar como sintéticas encontramos la dada por ULPIANO quien la define como *plena in re potestas quatenus iuris ratio patitur*. Cfr. RAMÍREZ CRUZ, E. op. cit., p. 97.

<sup>176</sup> SÁNCHEZ-ARCILLA, J. *Las Siete Partidas*, Reus, Madrid, 2004, p. 567.

<sup>177</sup> Si bien es posible concluir que el *Code* continuó la tradición jurídica romana en cuanto a la regulación de la propiedad se refiere, también es posible afirmar que aquel adoptó un individualismo que excedió al de los juristas romanos. Vid. RAMÍREZ CRUZ, E. op. cit., p. 98.

Posteriormente, el Código Alemán de 1896 también reguló propiedad. Así, estableció en su artículo 903 que “[e]l propietario de una cosa puede, en tanto y no sea contrario a la ley o los derechos de terceras personas, proceder con las cosas como le plazca y excluir a otros de cualquier intromisión”<sup>178</sup>.

Nuestro Ordenamiento Jurídico no permaneció extraño a tal labor. Así, el Código Civil de 1852 ya recogía el derecho de propiedad definiéndolo como el derecho gozar y disponer de las cosas<sup>179</sup>. Posteriormente, el Código Civil de 1936 no contempló, como si lo hacía su predecesor, definición alguna de la propiedad; limitándose –dentro de otros aspectos– a establecer los atributos aquella concedía al propietario.

El actual Código Civil, contrariamente al Código de 1936, sí toma partida en cuanto a la noción de propiedad se refiere, estableciendo que “[l]a propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”<sup>180</sup>.

Llegados a este punto, se torna de imperiosa necesidad revisar las definiciones expuestas por la doctrina. Así, para ALBALADEJO, insigne jurista español, el término propiedad alude a dos acepciones.

La primera, de carácter general, identifica a la propiedad con “los bienes y derechos patrimoniales”<sup>181</sup>. La segunda, de carácter más estricto, equipara a la propiedad como “uno de los derechos patrimoniales sobre los bienes: el máximo posible”<sup>182</sup>, concibiendo a la propiedad como “el poder jurídico pleno sobre una cosa”<sup>183</sup>.

Por otro lado, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN refiriéndose al concepto de propiedad han expuesto que la misma ha sido definida doctrinalmente como “el señorío más pleno que se puede tener sobre

---

<sup>178</sup> EIRANOVA ENCINAS, E. *Código civil alemán comentado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 309.

<sup>179</sup> Artículo 460 y siguientes del CC de 1852.

<sup>180</sup> Artículo 923 del CC.

<sup>181</sup> ALBALADEJO, M. op. cit., p. 231.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 232.

<sup>183</sup> *Ídem*.

una cosa”<sup>184</sup>. Por su parte, MESSINEO definió a la propiedad como aquel “*poder complejo omnicomprendivo, de alcance genérico e indeterminado*; es el máximo poder jurídico patrimonial, considerado desde el punto de vista *cualitativo*”<sup>185</sup>.

En cuanto a la doctrina nacional se refiere, el profesor AVENDAÑO ha señalado que la propiedad es “un poder jurídico (...) que [r]ecae sobre un bien o sobre un conjunto de bienes, ya sean corporales (cosas) o incorporales (derechos)”<sup>186</sup>. Por su parte GONZALES BARRÓN define a la propiedad como “el derecho real cuyo ámbito de poder comprende, en principio, todas las facultades posibles sobre la cosa”<sup>187</sup>.

Expuestas, pues, aunque de manera somera las diferentes nociones de propiedad que con el transcurrir del tiempo se han ensayado, es momento de adoptar una postura al respecto.

En primer lugar, debemos recordar la inherente dificultad que ha significado para todos aquellos que han intentado construir una noción general de la propiedad. Y es que cuando se intenta definir la propiedad sucede –como nos recuerda Díez-PICAZO– “algo muy parecido a lo que ocurre con muchas otras ideas o palabras que reflejan instituciones: es muy fácil tener una idea intuitiva de ellas, pero no es muy fácil reducir esa idea a una unidad conceptual y sistemática”<sup>188</sup>.

Así, el legislador nacional al haber definido la propiedad como aquel poder que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un

---

<sup>184</sup> Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*, Volumen III, 7ª edición, Tecnos, Madrid, 2005, p. 140.

<sup>185</sup> MESSINEO, F. op. cit., p. 258 (cursiva en el original). Aquel poder es omnicomprendivo que no ilimitado, ya que deber ser ejercido dentro de ciertos límites dados por el propio bien humano que tutela el derecho.

<sup>186</sup> AVENDAÑO VALDÉZ, J. “Definición de propiedad” en GUTIÉRREZ, W. ET. AL. *Código Civil Comentado*, Tomo V, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 137.

<sup>187</sup> Definición que es tomada prestada de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. cit. por GONZALES BARRÓN, G. op. cit., p. 389.

<sup>188</sup> Díez-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, Volumen VI, Civitas, Navarra, 2012, p. 33.

bien<sup>189</sup>, ha reconocido que la propiedad comprende un poder omnicompreensivo que es ejercido por el titular del derecho sobre un concreto bien. Dicho de otro modo “*la propiedad es todo*”<sup>190</sup>. Por tanto, es un “derecho subjetivo que permite cumplir sobre un objeto cualquier actividad lícita”<sup>191</sup>.

En ese sentido, se ha de convenir con el profesor ALBALADEJO, al señalar que la propiedad es un *dominium plenus* que faculta al titular a realizar sobre el bien todos aquellos actos lícitos para la satisfacción de un fin, siendo que además tal poder debe ser ejercido en armonía con el bien común.

De acuerdo a ello, la plenitud del dominio viene representada sobre la base de las facultades que el Ordenamiento Jurídico ha reconocido al propietario del bien. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha dispuesto que “el derecho de propiedad se caracteriza, entre otras cosas, por ser: **a**) un derecho pleno, en el sentido de que le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos (...)”<sup>192</sup>.

Cabe señalar, que las facultades reconocidas al titular del derecho deben ejercerse lícitamente en orden a realizar un aprovechamiento socialmente útil del bien. Así, conforme lo ha dispuesto el Alto Tribunal, “[e]l propietario dispondrá, simultáneamente del poder de emplear su bien en procura de lograr la satisfacción de sus expectativas e intereses propios y los de su entorno familiar; y el deber de encauzar el uso y disfrute del mismo

---

<sup>189</sup> En doctrina, se discute mucho la adopción de esta postura siendo que una parte de aquella ha criticado la posición asumida por el legislador. En ese sentido puede consultarse a GONZALES BARRÓN, G. op. cit., p. 389; RAMÍREZ CRUZ, E. op. cit., p. 121; ESCOBAR ROZAS, F. “Mitos en torno al contenido del derecho de propiedad” en *Revista Ius et Veritas*, N° 22, Año XI, Lima, 2001 y AVENDAÑO VALDÉZ, J. “La propiedad en el Código Civil” en PRIORI POSADA, G. (Ed.). *Estudios sobre la propiedad*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, p. 113.

<sup>190</sup> CH. ATIAS cit. por DE LOS MOZOS, J. op. cit., p. 234 (cursiva añadida).

<sup>191</sup> ESCOBAR ROZAS, F. op. cit., p. 116.

<sup>192</sup> Expediente N° 03258-2010-PA/TC, F.J. 4 (resaltado en el original).

en armonía y en consonancia con el bien común de la colectividad a la que pertenece”<sup>193</sup>.

Finalmente, debemos advertir que es justamente esa plenitud que hemos predicado de la propiedad la que por un lado, le diferenciará de los restantes derechos reales denominados comúnmente “en cosa ajena” o “limitados”<sup>194</sup>; y que por otro, explicará el carácter elástico atribuible al contenido del citado derecho.

### 1.3.3. Caracteres y atributos de la propiedad.

#### a) Caracteres de la propiedad.

- 1) Su carácter *real*. La doctrina ha establecido que, por intermedio de este carácter, la propiedad alude a aquel poder que recae de modo directo sobre el bien, esto es, sin la participación de otros sujetos<sup>195</sup>. Justamente “[p]or ser un derecho real, la propiedad confiere a su titular las facultades de persecución y preferencia”<sup>196</sup>, a lo que se debe añadir la facultad de oponibilidad igualmente predicable de todo derecho real<sup>197</sup>.
- 2) *Exclusividad*, a través de este carácter se afirma que sobre un mismo bien no pueden recaer al mismo tiempo dos o más derechos de propiedad ya que ello lo desnaturalizaría. En cuanto a la copropiedad, se debe decir que no es que existan

---

<sup>193</sup> Expediente N° 00239-2010-PA/TC, F.J. 13.

<sup>194</sup> Ahora bien, cuando se expresa que estos derechos son limitados, no se quiere decir con ello que la propiedad es ilimitada, ambos presentan límites conforme ya se ha detallado. Se reserva entonces aquella frase para indicar que tales derechos no otorgan a su titular aquel poder pleno que sí concede la propiedad, otorgando más bien un poder parcial sobre el bien.

<sup>195</sup> Cfr. GONZÁLES BARRÓN, G. *Curso de...*, op. cit., p. 411 y ZEGARRA MULÁNOVICH, Á. *Descubrir el Derecho. Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática*, Palestra, Lima, 2009, p. 103.

<sup>196</sup> AVENDAÑO VALDÉZ, J. “Atributos y caracteres del derecho de propiedad” en RUBIO CORREA, M. ET AL. *Para leer el Código Civil*, Volumen I, 10ª edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, p. 95.

<sup>197</sup> Cfr. AVENDAÑO VALDÉZ, J. *Definición de...*, op. cit., p. 138.

varias propiedades sobre un mismo bien, lo que sucede es que existe un único dominio repartido entre varias personas<sup>198</sup>.

Consecuencia de este carácter, es que todo propietario se halla válidamente legitimado para preservar su propiedad, tanto desde de un modo previo como de un modo represivo. Con base en el primer supuesto, el propietario puede por ejemplo cerrar sus fincas; y si se produce alguna intromisión en ellas, se encuentra facultado para actuar todas aquellas medidas conducentes a poner fin a tal agresión (modo represivo)<sup>199</sup>.

- 3) *Perpetuidad*, este tercer carácter nos permite evidenciar una diferencia entre la propiedad y los restantes derechos reales. Así, estos últimos son por naturaleza temporales, mientras que la propiedad es tendencialmente perpetua.

Tradicionalmente, se ha dicho que la propiedad no tiene límite en el tiempo, pues incluso aquella se mantiene aun cuando su titular ha fallecido. En efecto, los bienes siguen perteneciendo a alguien, aunque el titular de los mismos cambie<sup>200</sup>.

Es, pues, una clara manifestación de este carácter tendencialmente perpetuo de la propiedad el reconocimiento de la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria. Así, se manifiesta la perpetuidad en que la propiedad no se extingue por el no uso, ya que para que pueda operar la prescripción adquisitiva de dominio se requiere, además del no uso del propietario, el hecho de que otra persona pueda adquirir ese determinado bien<sup>201</sup>.

- 4) *Absoluta*, por el cual es posible ejercer sobre el bien todas las facultades posibles<sup>202</sup>. Alguna doctrina ha propuesto acuñar a tal carácter otra denominación, así algunos prefieren usar el término “abstracción”<sup>203</sup> en contraposición del término “absoluto”, porque entienden que esta última expresión alude a aquello que no tienen límites. Entendiendo así lo absoluto como ilimitado.

---

<sup>198</sup> Cfr. ZEGARRA MULÁNOVICH, Á. op. cit., p. 103.

<sup>199</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. op. cit., p. 50.

<sup>200</sup> Cfr. ZEGARRA MULÁNOVICH, Á. op. cit., p. 103.

<sup>201</sup> Cfr. AVENDAÑO VALDÉZ, J. *Definición de...*, op. cit., p. 138.

<sup>202</sup> Ídem.

<sup>203</sup> RAMÍREZ CRUZ, E. op. cit., p. 126.

Semejante concepción no tiene cabida en primer lugar porque, conforme ya hemos indicado, todos los derechos tienen un contenido limitado. Además, de forma congruente con lo que hemos expuesto respecto del derecho subjetivo, este se otorga por y para un fin determinado, erigiéndose este como su primer y natural límite, de modo que no se puede afirmar gratuitamente que el término absoluto es fácilmente intercambiable con el de ilimitado.

#### **b) Atributos de la propiedad.**

Al abordar el apartado referido a la regulación de la propiedad desde el Código Civil, hemos tenido de pronunciarnos brevemente respecto de los atributos de la propiedad. Así, tradicionalmente se ha establecido que los atributos de la propiedad son tres: el uso, el disfrute y la disposición<sup>204</sup>.

- 1) El *uso*, que es aquella facultad que permite servirse del bien atendiendo a la naturaleza de este. Así, por ejemplo, se usa un auto para trasladarse en él al destino que uno quiere llegar, se usa una casa habitando la misma, o se usa el dinero, dentro de otros fines, destinándolo a satisfacer las necesidades que uno cree conveniente adquiriendo bienes o extinguiendo una obligación. La facultad de uso también permite, dentro de ciertos márgenes impuestos por la razonabilidad y la propia sustancia del bien, modificar el uso de los bienes. En ese sentido, en el ejemplo puesto sobre el automóvil, el propietario de este se encuentra facultado para poder coleccionarlo en vez de usarlo como medio de transporte.
- 2) El *disfrute*, que consiste en la facultad de aprovechar el bien pudiendo adquirir los frutos que este genere. Ahora bien, la generación de estos frutos no puede alterar la sustancia del bien

---

<sup>204</sup> El presente apartado ha sido elaborado sobre la base los conceptos esbozados por RAMÍREZ CRUZ, E. op. cit., p. 118 y ss.; ZEGARRA MULÁNOVICH, Á. op. cit., p. 102; GONZALES BARRÓN, G. *Propiedad y...*, op. cit., pp. 191 y ss.; AVENDAÑO VALDÉZ, J. *Definición de...*, op. cit., pp. 137 y 138 y ARIAS SCHREIBER PEZET, M. ET AL. op. cit., p. 190.

original. En doctrina, usualmente se ha distinguido que los frutos que un bien produce pueden ser de tres tipos<sup>205</sup>.

En primer lugar, están los frutos naturales, que son aquellos que obtienen como resultado de un procedimiento natural con o sin la intervención humana (v.g. las crías de los animales o la lana que algunos de estos producen). Asimismo, están los frutos industriales los cuales se obtienen bajo el predominio de la intervención del hombre (v.g. las cosechas que obtienen los agricultores por la siembra de determinados bienes). Finalmente, están los frutos civiles, que serán aquellos que se adquieren como consecuencia de una concreta relación jurídica (v.g. la renta que se obtiene por el arrendamiento de un inmueble).

- 3) La facultad de *disposición* se encuentra –al igual que las otras dos expuestas anteriormente– contemplada de manera expresa en el artículo 923 del Código Civil. Por la disposición se está en la facultad de dotarle de un destino definitivo al bien. En ese sentido, se está entonces en la posibilidad de transferir el bien, gravarlo, abandonarlo o destruirlo.

Respecto de la *reivindicatio*, debemos precisar lo siguiente. Si bien esta “facultad” se encuentra expresamente prevista en el CC, aquella es ejercida por el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario para recuperar el bien del cual se ha visto privado ilegítimamente<sup>206</sup>. En atención a ello, la *reivindicatio* se configura no como una facultad sino como una acción, tal y como nos lo recuerda el maestro D’ORS cuando nos habla del propietario desposeído, entendiendo que “[l]a acción que debe ejercitar este poseedor que pretende ser el propietario por derecho civil, contra el poseedor de la cosa que reclama, es la acción reivindicatoria (*rei vindicatio*)”<sup>207</sup>. En ese sentido, la reivindicación puede entenderse como la “capacidad de fundar un pretensión jurídicamente amparable en la vía

---

<sup>205</sup> Cfr. ARIAS SCHREIBER PEZET, M. ET AL. op. cit., pp. 75 y ss.

<sup>206</sup> Por ello es que no cabe ejercerla contra aquel que adquirió el bien por prescripción adquisitiva de dominio.

<sup>207</sup> D’ORS, Á. op. cit., p. 214 (cursiva en el original).

judicial”<sup>208</sup>, y es por ello justamente que la misma “no es algo exclusivo de la propiedad, sino de todo derecho real, e incluso de todo derecho”<sup>209</sup>.

### **1.3.4. Pérdida y Extinción de la propiedad.**

#### **a) Cuestión previa: la diferencia entre pérdida y extinción de la propiedad.**

Actualmente, los modos a través de los cuales un bien deja de estar atribuido a una persona se encuentran regulados en el artículo 968 del CC. Así, legislador nacional ha entendido que el dominio se extingue por la adquisición del bien por otra persona, por destrucción o pérdida total o consumo del bien, por operar la expropiación o por abandonar el bien durante veinte años. En este último supuesto el predio pasa al dominio del Estado.

Antes de proceder a analizar cada uno de estos modos “extintivos” de la propiedad, conviene hacer una precisión. Así, la doctrina ha realizado respecto de aquellos una interesante distinción entre extinción y pérdida del dominio<sup>210</sup>.

De esta manera, la extinción implica que la propiedad deja de existir no solo para el titular del bien, sino para todas las demás personas<sup>211</sup>. Un ejemplo de ello se da cuando el propietario de un buque mercante pierde el dominio que hasta ese momento tenía sobre aquella embarcación a consecuencia de que la misma naufraga en altamar producto de un tsunami.

---

<sup>208</sup> ZEGARRA MULÁNOVICH, Á. op. cit., p.102.

<sup>209</sup> Ídem.

<sup>210</sup> Hay otros autores que al abordar el mismo punto prefieren utilizar los términos “pérdida absoluta y relativa” como lo hace LACRUZ BERDEJO, J. ET AL. op. cit., p. 219. Otros en cambio, optan por utilizar la expresión “causales absolutas y relativas”. En ese sentido, Cfr. GONZALES BARRÓN, G. *Curso de...*, op. cit., p. 645.

<sup>211</sup> Cfr. LASARTE, C. op. cit., p. 379 y GONZALES BARRÓN, G. *Curso de...*, op. cit., pp. 645 y ss.

En contraposición a ello, se encuentra la pérdida de la propiedad la cual opera solo respecto de su titular, subsistiendo la misma en otro sujeto<sup>212</sup>. Un supuesto en el que opera la pérdida de la propiedad, se da cuando el bien es enajenado a otra persona convirtiéndose esta en el nuevo propietario, subsistiendo así la propiedad.

En suma, se puede concluir que es distinta la pérdida a la extinción del dominio, de modo que al extinguirse un derecho real, este se extingue no solo respecto de su titular, sino también respecto de las demás personas; mientras que cuando el propietario transmite su propiedad, habrá pérdida pero no extinción de la misma<sup>213</sup>.

## **b) Causales de extinción o pérdida de la propiedad.**

### **1.- Destrucción, pérdida total o consumo del bien.**

Si se llega a destruir totalmente un determinado bien, habrá cesado el poder jurídico que el titular ostentaba sobre el mismo. Si la destrucción se debe al hecho de un tercero, este deberá resarcir el daño producido al titular del bien. Cabe advertir que la destrucción debe ser total, pues si solo es parcial perdura el derecho de propiedad sobre aquellas partes que subsisten<sup>214</sup>. Por lo demás, esta causal constituye un modo de extinción de la propiedad.

Ahora bien, la pérdida o destrucción total no solo puede ser física sino también jurídica, y esto último sucede por ejemplo cuando el bien sale del comercio de los hombres; esto puede suceder cuando el bien pasa a ser del dominio público por encontrarse afecto al interés público<sup>215</sup>. Volveremos sobre esto cuando veamos la expropiación como causal de extinción del dominio.

---

<sup>212</sup> *Ibíd.*

<sup>213</sup> *Cfr.* ALBALADEJO, M. *op. cit.*, p. 209.

<sup>214</sup> *Cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. ET AL. *op. cit.* p. 222.

<sup>215</sup> *Ídem.*

## 2.- Adquisición del bien por otra persona.

Por esta causal se pierde el dominio sobre un bien, pero a su vez otra persona lo adquiere subsistiendo de esta forma la propiedad<sup>216</sup>. Cabe precisar que la presente causal opera respecto de bienes muebles o inmuebles transferidos a título gratuito u oneroso. Así, pierde su propiedad quien la transfiere a otra persona a través de un contrato de compraventa.

## 3.- Abandono del bien.

En doctrina se ha planteado la diferencia entre renuncia y abandono. Así, el abandono –dirá PUIG BRUTAU– “es un acto material de desposesión de un bien unido a la abdicación de la titularidad jurídica. En cambio la renuncia sería una declaración formal de voluntad por la que se abdica de la titularidad de un derecho”<sup>217</sup>. De acuerdo a ello, en la renuncia el elemento principal es la voluntad formal, en tanto que en el abandono el componente central no es la declaración formal del hasta entonces titular, sino un acto material de desposesión produciéndose en ese momento la pérdida del bien.

En buena cuenta, para perder la propiedad a través de esta causal se requiere en primer lugar de “una declaración de voluntad de renuncia, [seguidamente de] un acto de desposesión (en Derecho Romano la pérdida de la propiedad por abandono se llamaba *derelectio*, y de ahí que se califiquen estos dos requisitos de *animus derelinquendi*, y de *corpus derelictionis*), que constituye un plus respecto a la renuncia normal. Aunque ciertamente no es preciso que ambos se realicen mediante dos actos materiales diferentes, sino que basta (y suele ser lo corriente) con que la forma de desposeerse ponga de relieve que existe voluntad de renuncia”<sup>218</sup>. Esto último suele suceder cuando una persona arroja en plena vía pública una botella, configurándose mediante este acto los dos elementos anteriormente indicados.

---

<sup>216</sup> Cfr. GONZALES BARRÓN, G. *Curso de...*, op. cit., pp. 648 y 649.

<sup>217</sup> PUIG BRUTAU cit. por GONZALES BARRÓN, G. *Curso de...*, op. cit., p. 658.

<sup>218</sup> ALBALADEJO, M. op. cit., p. 213 (cursiva en el original).

Ahora bien, vista la diferencia que la doctrina sostiene respecto al abandono y la renuncia debemos aplicar aquello al momento de analizar el inciso 4 del artículo 968 de nuestro actual Código Civil. En ese sentido, el legislador nacional ha contemplado expresamente la figura del abandono como causal de extinción de la propiedad, disponiendo que el abandono del bien durante veinte años, extingue la propiedad en cuyo caso pasa el predio al dominio del Estado.

Una atenta mirada al dispositivo legal nos advertirá que lo dispuesto en el artículo precitado difiere diametralmente de lo hasta ahora expuesto sobre el abandono, y es que definitiva si el abandono se configura por la conjunción de la voluntad de renunciar unida a la efectiva desposesión del bien, la figura regulada en el art. 968.4 del CC no es la que acabamos de describir desde que el abandono no actúa “mediante el no-uso por un determinado periodo de tiempo, sino a través de una declaración expresa o tácita en la que se abdica al derecho, acompañado del acto material de desposesión”<sup>219</sup>. En ese sentido, se puede abandonar una cosa al instante siguiente de haberla adquirido ya que el elemento temporal no es constitutivo del abandono, lo esencial en él es la desposesión material (*corpus*) y la declaración de renunciar al bien (*animus*).

En resumen, el supuesto contemplado en el artículo 968.4 del CC es el de prescripción adquisitiva de dominio<sup>220</sup> y no el abandono, ya que en dicho dispositivo legal “no se produce una dimisión de la propiedad con el 'cuerpo' y con el 'ánimo', materializada en un instante único; por el contrario, estamos en presencia de una figura legal que requiere el no-uso del bien por el espacio de veinte años”<sup>221</sup>, después de esto se considera extinto el dominio sobre ese concreto bien.

#### **4.- Expropiación.**

Respecto de esta concreta causal, nos limitaremos a estudiarla como modo de “extinguir” el poder jurídico sobre la propiedad ya

---

<sup>219</sup> GONZALES BARRÓN, G. *Curso de...*, op. cit., p. 651.

<sup>220</sup> Sobre las implicancias jurídicas de esta figura con la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria y el correspondiente carácter perpetuo de la propiedad *Cfr.* *Ibíd.*, pp. 653 y ss.

<sup>221</sup> *Ibíd.*, p. 652.

que su definición, procedimiento y elementos serán estudiados ampliamente en el siguiente capítulo. Así, en doctrina hay autores que consideran que la expropiación es una causal que ya se encuentra comprendida en el supuesto de adquisición del bien por otra persona<sup>222</sup> (Art. 968.1 del CC). No obstante ello, consideramos que debemos realizar una precisión respecto de esta figura.

Sucede que la expropiación –en contra de lo que la mayoría de la doctrina postula– puede ser causal de pérdida como de extinción de la propiedad<sup>223</sup>.

En ese sentido, la expropiación puede ser causal de extinción del dominio cuando la misma pasa al dominio público por encontrarse afecta a un interés público. Allí, efectivamente se extingue el poder jurídico sobre aquel concreto bien porque este sale fuera del comercio de los hombres.

No obstante ello, la expropiación también puede ser causal de pérdida del dominio; y ello sucede cuando la propiedad se expropia, pero esta se transfiere ulteriormente a un particular. Un acucioso lector, objetará rápidamente que esto último es imposible jurídicamente desde que el propio artículo 4.2 de la LMAE<sup>224</sup> sanciona que el único sujeto beneficiario de la expropiación puede ser el Estado.

Este argumento efectivamente es cierto, sin embargo debe tenerse en cuenta también lo dispuesto por la LFPI<sup>225</sup>, modificada por la Ley N° 29320<sup>226</sup>, la cual al regular a los sujetos beneficiarios de esa concreta expropiación dispone expresamente en su artículo 21.3 “que tienen la calidad de beneficiarios los ocupantes de las posesiones informales comprendidas en los terrenos materia de expropiación”.

---

<sup>222</sup> Vid. ZEGARRA MULÁNOVICH, Á. op. cit., p.107.

<sup>223</sup> GONZALES BARRÓN, G. *Curso de...*, op. cit., p. 649.

<sup>224</sup> Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 23 de agosto del 2015.

<sup>225</sup> Ley N° 28687 publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 17 de marzo de 2006.

<sup>226</sup> Ley que modifica el artículo 21 de la Ley N° 28687 publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 11 de febrero del 2009.

La forma de compatibilizar los dispositivos legales citados, pasa por comprender –conforme se expondrá en el capítulo siguiente– que el procedimiento para realizar esta transferencia es indirecto, porque de manera previa el inmueble a expropiar pasará a ser propiedad del Estado (único beneficiario), quien posteriormente lo transferirá a título oneroso a los poseedores informales<sup>227</sup>.

De acuerdo a ello, se producirá la pérdida de la propiedad para los antiguos propietarios de aquellos bienes pero en estricto la propiedad no se extingue, pues esta subsiste y será objeto del derecho de propiedad de los nuevos propietarios.

---

<sup>227</sup> A mayores *Cfr.* El segundo capítulo de esta obra.

## **CAPÍTULO II**

### **SUBCAPÍTULO 1:**

# **LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL ORDENAMIENTO PERUANO**

#### **2.1. Nota introductoria.**

En el presente capítulo se abordará el régimen de la expropiación forzosa en el ordenamiento jurídico peruano. Así, las siguientes secciones estarán avocadas a examinar la noción, el fundamento, los sujetos y el procedimiento de la expropiación forzosa.

Es evidente, que dentro del marco de estudio de esta figura jurídica se analizará el tema del justiprecio, sin embargo dada la vital importancia que aquel representa en nuestra investigación, se ha optado por dividir el presente apartado en dos subcapítulos.

En el primero se analizará el régimen de la expropiación forzosa abordando temas como los mencionados precedentemente, mientras que el segundo estará dedicado a examinar el justiprecio comprendiendo temas como: su concepto, naturaleza, elementos que lo componen, entre otros.

## 2.2. Evolución histórica de la Expropiación Forzosa.

La Expropiación Forzosa tal y como es entendida en la actualidad nace con el surgimiento del Estado Constitucional<sup>228</sup>, ya que hasta el siglo XIX las actuaciones ablativas realizadas por el Poder Público se circunscribían a la potestad tributaria presente en todo Estado y a la denominada pena de confiscación de bienes<sup>229</sup>.

Progresivamente, tales actuaciones obtuvieron un mayor alcance; lo cual conllevó a una férrea reacción de la burguesía del siglo XIX. Así, el Tercer Estado decidió conceder a la propiedad una posición privilegiada, la cual se hizo notar en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. En aquella declaración, la propiedad fue elevada a la categoría de derecho inviolable y sagrado, y por ello nadie podía ser privado de ella salvo cuando así lo exigiera de modo evidente una necesidad pública y a condición de una justa y previa indemnización.

Aquella referencia a la expropiación forzosa contenida en el dispositivo legal precitado se hizo más patente –según refiere RAMÓN PARADA– con la Ley del 8 de marzo de 1810, ya que es allí donde la expropiación forzosa encuentra sus orígenes más inmediatos toda vez que en aquella norma Napoleón “precisó las formulas procesales de defensa de la propiedad inmueble frente a los desapoderamientos que originaban las obras públicas, diseñando por vez primera la expropiación forzosa”<sup>230</sup>.

En aquel contexto marcado por constantes atentados contra la propiedad, la expropiación forzosa fue concebida como un límite negativo al absoluto derecho de propiedad, razón por la cual se preveía –tanto a nivel legal como constitucional– que la expropiación llevaba ínsita en su ejercicio una garantía de defensa frente a los constantes abusos cometidos por el Poder Público en la desposesión de los bienes<sup>231</sup>.

---

<sup>228</sup> Vid. PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de derecho administrativo*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 770.

<sup>229</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. *Principios de derecho administrativo general*, Tomo II, 2ª edición, Iustel, Madrid, 2009, p. 434.

<sup>230</sup> PARADA VÁZQUEZ, J. *Derecho administrativo*, Tomo I, 11ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 544.

<sup>231</sup> De este modo “la expropiación se considera una medida (y un *mal*) inevitable con el fin, básicamente, de obtener la titularidad pública de bienes inmuebles necesarios para construir las obras públicas”. SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho administrativo. Parte general*, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 2012, p. 733 (cursiva en el original).

Así, es posible señalar que la configuración de la expropiación forzosa decimonónica giró en torno a las siguientes características<sup>232</sup>: a) la expropiación forzosa solo abarcaba lo que se ha denominado expropiaciones totales, esto es, la ablación completa del derecho de propiedad; b) el objeto de la expropiación forzosa se limitó a los bienes inmuebles, la razón de ello se encontraba –quizás– en que la economía estaba sustentada principalmente en la actividad agrícola en donde únicamente los inmuebles representaban verdadera fuente de riqueza; c) toda expropiación debía estar legitimada en una ley, a la cual correspondía además establecer la *causa expropriandi* y la finalidad de los bienes expropiados; d) la *causa expropriandi* se sustentaba únicamente en la necesidad pública la cual a su vez se identificó plenamente con la realización de obras públicas; e) el justiprecio debía ser pagado al sujeto expropiado antes de la ocupación de los bienes, erigiéndose así el carácter previo del *justum pretium*; y, f) en cuanto al procedimiento expropiatorio se refiere, la tramitación del mismo correspondía en sus primeras fases a la Administración Pública, la cual llevaba a cabo tanto la declaración de necesidad pública como la declaración de necesidad de ocupación, para posteriormente llevar el expediente al Juez Civil, el mismo que fijaba el importe del justiprecio y ordenaba, si así correspondía, la transferencia de la propiedad<sup>233</sup>.

El camino que ha seguido la expropiación forzosa en el siglo XX ha modificado la visión negativa que sobre aquella imperaba en el siglo pasado. De esta manera, resulta significativo lo expuesto por el TCE para quien “[l]a expropiación forzosa se concibe en los orígenes del Estado liberal como último límite del derecho natural, sagrado e inviolable, a la propiedad privada y se reduce, inicialmente, a operar sobre los bienes inmuebles con fines de construcción de obras públicas. La transformación que la idea del Estado social introduce en el concepto del derecho de propiedad privada al asignarle una función social con efectos delimitadores de su contenido y la complicación cada vez más intensa de la vida

---

<sup>232</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. op. cit., pp. 435 y 436.

<sup>233</sup> Desde esta perspectiva, la configuración inicial del procedimiento expropiatorio estuvo marcado por un tinte judicialista. Así, Napoleón forzó “al Consejo de Estado a que preparase una ley cuyas ideas centrales habían de ser la máxima desconfianza hacia la Administración, tanto activa como contenciosa, y el otorgamiento de garantías eficaces a los propietarios. Para ello, no vio otra solución que la de no permitir la cesión forzosa de la propiedad, sino por sentencia judicial recaída en un proceso de naturaleza civil”. PARADA VÁZQUEZ, J. op. cit., p. 545.

moderna, especialmente notable en el sector económico, determinan una esencial revisión del instituto de la expropiación forzosa, que se convierte, de límite negativo del derecho absoluto de propiedad, en instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social, frente al cual el derecho de propiedad privada, tan sólo garantiza a su titular, ante el interés general, el contenido económico de su propiedad”<sup>234</sup>.

La idea central que subyace detrás del texto anteriormente citado es evidenciar el paso de límite negativo a instrumento positivo que ha operado sobre la expropiación forzosa respecto del derecho de propiedad. Tal cambio de visión –que ha obrado paulatinamente– se puede entender desde dos ejes que han influido decididamente sobre el derecho de propiedad.

El primero de ellos, es posible encontrarlo en la cláusula “social” con la cual se define nuestro Estado. Así, “en un Estado social la tutela de los derechos fundamentales no se traduce en que los poderes públicos se abstengan de interferir en la esfera privada delimitada por tales derechos – que era la pretensión del Estado liberal–, sino en que los poderes públicos deben actuar positivamente para promover de manera activa el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales por los particulares”<sup>235</sup> contribuyendo de esta forma a la promoción del bien común. Y es justamente en el deber de favorecimiento del bien común asumido por nuestro Estado, en donde se engarza la expropiación forzosa que no puede ser tenida como un fin en sí misma sino como un medio del cual se sirve el Estado para el cumplimiento de su fin primordial: la tutela y promoción del bien común<sup>236</sup>.

---

<sup>234</sup> STC 166/1986, F.J. 13.

<sup>235</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE cit. por CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales...*, op. cit., p. 282.

<sup>236</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. *Curso de derecho administrativo*, Tomo II, 12ª edición, Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 243. En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo Español para quien “[l]a potestad expropiatoria es una potestad instrumental al servicio de determinados fines públicos que autoriza a imponer sacrificios patrimoniales siempre que exista una causa precisa que la legitime, que es lo que la Ley de Expropiación Forzosa denomina utilidad pública o el interés social. Su ejercicio exige, por tanto, la existencia de la llamada *causa expropriandi*”. STS 4092/2011, F. J. 5 (cursiva en el original).

El segundo eje que permite explicar este cambio de visión que ha actuado sobre la expropiación forzosa, se sustenta –conforme se expondrá más adelante– en la función social de la propiedad.

Ahora bien, en la actualidad la regulación de la expropiación forzosa ha variado en función a la distinta valoración jurídica que los ordenamientos han dispuesto respecto de esta figura.

Así, y solo por citar un ejemplo, NIETO poniendo de manifiesto el desarrollo expansivo que ha operado en España respecto del concepto original de expropiación forzosa, ha dejado sentado que la configuración de la misma se ha apartado de lo que se ha denominado expropiación “clásica”<sup>237</sup>. Esto, porque en la moderna estructura de la expropiación se han efectuado, dentro de otros, los siguientes cambios: “1. Ya no es imprescindible el acto administrativo; la intervención puede ser realizada directamente mediante una Ley. 2. Tampoco es necesario que se refiera a propiedades inmuebles, sino que su objeto puede ser cualquier derecho patrimonial. 3. Sin llegar a la transmisión de la propiedad, basta con que se trate de una mutilación de la misma que no sea simple delimitación del dominio”<sup>238</sup>.

En cuanto al ordenamiento peruano se refiere, el marco normativo vigente que regula la expropiación forzosa se encuentra en el artículo 70 de la CP, en la LMAE<sup>239</sup>, en la LFPI<sup>240</sup>, y en los artículos 519 al 532 del CPC.

Del análisis conjunto de la normativa citada, es posible concluir que la regulación que ha operado sobre la expropiación en nuestro ordenamiento aun comparte ciertos componentes con la regulación decimonónica. Esto, porque: a) toda actuación expropiatoria requiere estar previamente legitimada por una Ley, la cual declara la *causa expropriandi*; b) el objeto de la expropiación se limita a los bienes inmuebles; y c) se exige el previo pago del justiprecio.

---

<sup>237</sup> En palabras de NIETO la expropiación así denominada reviste los siguiente caracteres: “1. Ha de hacerse por medio de una acto administrativo. 2. Se refiere a bienes inmuebles. 3. Supone la transmisión de la propiedad. 4. En beneficio de un ente o empresa pública concreta”. NIETO, A., “Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa” en *RAP*, N° 38, Mayo-Agosto, Madrid, 1962, p. 95.

<sup>238</sup> Ídem.

<sup>239</sup> Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 23 de agosto de 2015.

<sup>240</sup> Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 17 de marzo de 2006.

Sin embargo, no es menos cierto que nuestra actual legislación también se ha apartado en algunos aspectos de aquella regulación. Así, la expropiación forzosa en nuestro ordenamiento ha ampliado las causas que le sustentan a la de seguridad nacional, y respecto de la necesidad pública – la cual comparte con aquella regulación– cabe decir que la misma ha visto redimensionado el alcance que se le atribuía en la legislación decimonónica; pudiéndose asimismo hoy cuestionar también la declaración de necesidad pública o de seguridad nacional en sede constitucional, aspectos que trataremos en detalle más adelante.

La actual regulación de la expropiación forzosa en nuestro ordenamiento jurídico le dota –y sin perjuicios de otras características que sobre la marcha de nuestra exposición se manifiesten– de las siguientes notas características: a) la exigencia de una Ley emanada del Congreso de la República que contenga la causa que motiva la expropiación; b) el acto expropiatorio es a nuestro entender el ejercicio de una potestad pública; c) supone la transferencia forzosa y plena de la propiedad; d) el objeto sigue recayendo sobre bienes inmuebles; e) las causas que motivan la expropiación son la necesidad pública y la seguridad nacional; f) la expropiación supone una garantía patrimonial para el expropiado que tras la ejecución de la expropiación debe mantener la integridad del valor de su patrimonio; g) en nuestro ordenamiento sigue vigente la exigencia del previo pago del justiprecio; y, h) es posible cuestionar tanto el valor del justiprecio como la declaración de necesidad pública o de seguridad nacional.

### **2.3. Conceptualización de la Expropiación Forzosa.**

#### **2.3.1. Noción de Expropiación Forzosa.**

La expropiación forzosa, se ha caracterizado por comprender una doble faz. Así, en primer lugar la expropiación forzosa importa una “[g]arantía constitucional del derecho de propiedad”,<sup>241</sup> debiéndose mantener íntegro el valor económico del patrimonio del sujeto expropiado; y de otro lado, la misma se erige como un “[i]nstrumento positivo puesto a disposición del poder público para

---

<sup>241</sup> PAREJO ALFONSO, L. “Expropiación forzosa y supuestos expropiatorios en la Ley 8/1990, de 25 de julio, de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo” en *DA*, N° 222, Abril-Junio, Madrid, 1990, p. 109.

el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social”<sup>242</sup>.

Antes de adoptar una definición respecto de la expropiación forzosa, conviene recordar en este momento, un tema que ya ha sido objeto de análisis en el primer capítulo de este trabajo, y que refiere a las dos formas de concebir los derechos fundamentales.

La primera, concibe a los derechos fundamentales como realidades que tienden a expandirse ilimitadamente siendo necesaria la intervención del Poder Público para hacerles –recién con tal intervención– plenamente compatibles con los restantes derechos y bienes jurídicos tutelados. Desde esta óptica –que hay que decirlo es la más extendida en la literatura jurídica– dada la amplitud del contenido de los derechos resulta previsible que en determinado momento los derechos de dos sujetos se pueden ver enfrentados, debiéndose sacrificar uno en orden a la tutela del otro. Situación similar ocurre si un derecho fundamental se encuentra en conflicto con un bien jurídico tutelado constitucionalmente, como puede ser el caso del derecho de propiedad con el bien común. Desde los postulados a los que arriba esta teoría, será posible comprender el argumento consistente en que en la expropiación forzosa se sacrificará el derecho de propiedad del sujeto expropiado<sup>243</sup>, porque así lo exige el bien común concretado en nuestra Constitución por la necesidad pública o la seguridad nacional.

Siempre dentro de esta óptica, será posible entender también posturas como aquellas que intentado dar una definición de la expropiación forzosa señalan que esta es la manifestación más extrema de la actividad ablatoria reconocida a la Administración Pública<sup>244</sup>, de forma que en atención a ello y vista la insuficiencia del criterio de la singularidad<sup>245</sup> para caracterizar a la expropiación

---

<sup>242</sup> Ídem.

<sup>243</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. op. cit., p. 252; SANTAMARÍA PASTOR, J. op. cit., p. 437; PARADA VÁZQUEZ, R. op. cit., p. 555; SÁNCHEZ MORÓN, M. op. cit., p. 735 entre otros autores.

<sup>244</sup> Cfr. PARADA VÁZQUEZ, R, op. cit., p. 535.

<sup>245</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Civitas, Madrid, 1989, p. 69; NIETO, A, op. cit., pp. 75 y ss. y VILLAR PALASÍ, J. “Justo

forzosa, se ha dicho que la misma importa la destrucción, o el desconocimiento o la afectación del contenido esencial del derecho de propiedad<sup>246</sup>.

El citado criterio ha sido seguido regularmente no solo por una parte de la doctrina administrativista española<sup>247</sup> sino también por un sector de la doctrina administrativista peruana. En ese sentido, MARTÍN TIRADO comentando la definición de expropiación forzosa señala que aquella es “[l]a limitación más grave que afecta el propio contenido esencial del derecho de propiedad”<sup>248</sup>. En igual sentido se ha pronunciado un sector de nuestra doctrina civilista. Así, para RAMÍREZ CRUZ “[l]a expropiación es mucho más que una mera limitación del derecho de propiedad; ella es una medida objetiva que afecta efectivamente el núcleo interno de la propiedad, en la medida que destruye la facultad de disposición del titular originario, extinguiéndose su derecho”<sup>249</sup>.

Sin embargo, y como ya hemos comentado previamente, existe otro modo de entender los derechos fundamentales, ya no como realidades tendencialmente ilimitadas, enfrentadas entre sí y acogiéndose uno en detrimento del otro, sino como realidades que tanto en su existencia como en su ejercicio son limitadas, ya que ostentan fronteras naturales que encontrándose ínsitas en su contenido, le delimitan<sup>250</sup>.

---

precio y transferencias coactivas” en *RAP*, N° 18, Setiembre-Diciembre, Madrid, 1955, pp. 14 y ss.

<sup>246</sup> Cfr. BARNÉS, J. op. cit., p. 370; ESCUIN PALOP, V. *Comentarios a la Ley de expropiación forzosa*, 3ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 61. En la doctrina nacional puede consultarse ABRUÑA PUYOL, A. *El régimen de las expropiaciones en el Perú, pro manuscripto*, Piura, 2014, p. 19; RAMÍREZ CRUZ, E. op. cit., p. 442 y MARTÍN TIRADO, R. “Aplicación de la nueva ley general de expropiaciones al régimen de las concesiones sobre obras públicas de infraestructura y de servicios públicos” en *Revista Themis*, N° 39, Lima, 1999, p. 138.

<sup>247</sup> Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, M. op. cit., p. 730.

<sup>248</sup> MARTÍN TIRADO, R. op. cit., p.138.

<sup>249</sup> RAMÍREZ CRUZ, E. “El problema del justiprecio en la expropiación” en *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 137, Febrero, Lima, 2010, p. 139.

<sup>250</sup> Y es que “[d]esde luego, armonizar las pretensiones enfrentadas es siempre más difícil, y exige un mayor grado de imaginación y de sabiduría jurídica, que declarar un vencido y un vencedor (...) lo que significa, siempre, asegurar el más pleno respeto de todos los derechos fundamentales”. DE DOMINGO, T. op. cit., p. 23.

Desde esta perspectiva, al ser los derechos fundamentales realidades inicialmente limitadas, dando por ello derecho solo a un conjunto de facultades y no a todas ellas, no sucederá –como sí ocurre en la anterior teoría– que dos derechos o bienes jurídicos tutelados se encuentren en conflicto. Desde esta teoría, el contenido esencial de un derecho fundamental únicamente podrá estar compuesto por aquellas pretensiones que cumplan las dos siguientes condiciones: “[l]a primera, que la obtención de la pretensión signifique la satisfacción de una necesidad humana; y segundo, que la obtención de la pretensión no signifique obstruir o impedir la satisfacción de otra necesidad humana”<sup>251</sup>.

Así, es posible explicar que la expropiación forzosa no supone la trasgresión del contenido esencial del derecho de propiedad en base a los siguientes argumentos.

En primer lugar, el contenido constitucionalmente tutelado del derecho de propiedad –al igual que cualquier otro– se formula en consideración no solo de los restantes derechos sino también en función de los bienes jurídicos tutelados por nuestro Ordenamiento. Bienes jurídicos como es el caso del bien común, el cual vincula de manera efectiva el ejercicio del derecho de propiedad.

En ese sentido, si el contenido esencial del derecho de propiedad ordena que el ejercicio de la propiedad deba armonizarse con el bien común, la expropiación no es otra cosa que un instrumento que permite hacer posible aquella vinculación de la propiedad al bien común. De ahí, que aquella actuación del Poder Público sea una manifestación concreta del contenido esencial del derecho de propiedad<sup>252</sup>.

---

<sup>251</sup> CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales...*, op. cit., p. 61.

<sup>252</sup> Así CASTILLO CÓRDOVA tiene dicho que “[e]n la medida que la vinculación al bien común hace a la esencia del derecho a la propiedad, y en que la expropiación es una manifestación directa de esta vinculación, se ha de sostener que la previsión constitucional de la expropiación forma parte del contenido esencial del derecho a la propiedad”. CASTILLO CÓRDOVA, L. “La inconstitucionalidad de gravar la indemnización justipreciada entregada por la expropiación de un bien” en *Revista Gaceta Constitucional*, N° 47, Noviembre, 2011, p. 169.

En consecuencia, de acuerdo a ello, será posible explicar que la expropiación forzosa no supone la mutilación o aniquilamiento del contenido esencial del derecho de propiedad<sup>253</sup> sino que la misma es una concreción de aquel<sup>254</sup>. Por tanto, la expropiación forzosa no es un anti-bien del derecho de propiedad, sino que aquella brota de su propio contenido tal y como lo hemos indicado.

El segundo argumento es el siguiente. Resulta a todas luces coherente que el derecho de propiedad se manifiesta sobre un bien que será sobre el cual se ejercitarán las distintas facultades concedidas por el Derecho. Ahora, cierto es que este bien es pasible de ser representado de dos maneras: la primera, como la entidad

---

<sup>253</sup> Llama poderosamente la atención la *contradictio in terminis* en la que incurren algunos autores al manifestar que la expropiación forzosa es ante todo una garantía del derecho de propiedad, para acto seguido expresar que la misma supone el sacrificio o afectación del contenido esencial de ese derecho. En ese sentido Cfr. BARNÉS, J. op. cit., p. 234; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. op. cit., pp. 221-222, 252 y 278; SÁNCHEZ MORÓN, M. op. cit., pp. 719-732 y 734-737; BERMEJO VERA, J. “Análisis previo de la expropiación forzosa” en *DA*, N° 222, Abril-Junio, Madrid, 1990, pp. 7 y ss; PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de...*, op. cit., pp. 773 y 778 y GARRIDO FALLA, F. ET AL. *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I, 15ª edición, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 279- 281.

<sup>254</sup> No han faltado voces en doctrina que han argumentado que la expropiación supone el sacrificio del derecho de propiedad. Así, RUBIO BERNUY tiene dicho que “[l]a expropiación forzosa no constituye un supuesto de limitación del derecho de propiedad, sino de sacrificio de este”. RUBIO BERNUY, D. “Protección registral del derecho de propiedad. A propósito del primer precedente aprobado en el LXII Pleno del Tribunal de la SUNARP” en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 203, Octubre, Lima, 2010, p. 16 (negrita en el original). Similar pronunciamiento ha tenido nuestro TC al establecer que “la privación del derecho de propiedad como consecuencia del ejercicio de la potestad expropiatoria del Estado no es una limitación en el ejercicio de éste, sino su sacrificio, su anulación”. Expediente N° 02130-2009-PA/TC, F. J. 4.

Ante ello, solo nos resta decir que es evidente que no compartimos tal postura en base a los argumentos que hasta aquí hemos venido desarrollando; y es que, sin ánimo de ser reiterativos, no hay razón –que pueda ser sostenida desde la Constitución– que permita la anulación de un derecho fundamental como lo es la propiedad. Partiendo de la base dogmática que hemos desarrollado tanto en el primer capítulo de esta tesis como de los argumentos empleados hasta este punto del debate, es posible indicar que la expropiación forzosa no supone la afectación al contenido esencial del derecho de propiedad sino que la misma brota de aquel conforme lo hemos señalado.

Asimismo, no resulta ocioso manifestar que no se puede selañar que el derecho de propiedad se sacrifica ante un interés general prevalente. Esto, porque no se puede defender tan presurosamente la satisfacción del bien común *a costa* del derecho de un particular, puesto que la principal obligación del bien común es velar por la salvaguarda de los derechos de todos y cada uno de los ciudadanos.

material (física) por la cual se exterioriza aquel en la realidad; y la segunda, por el valor económico que el mismo representa en la economía de un país.

Así, por ejemplo el derecho de propiedad que ostenta el propietario de un apartamento recae tanto sobre el bien en sí mismo considerado (entidad material) como en el valor económico que el mismo representa en el mercado (\$ 50,000 por ejemplo). Por tanto, es evidente que el contenido esencial del derecho a la propiedad se delimita en función de ese bien, pero ¿qué dimensión se debe tomar en cuenta para ello? ¿la dimensión material o la dimensión económica?.

A nuestro juicio, preguntarse por el contenido esencial de un derecho, es cuestionarse por el bien humano respecto del cual se predica<sup>255</sup>. Asimismo, el bien humano que subyace detrás de un derecho, se ha reconocido y garantizado entendiendo que el mismo está ordenado a satisfacer una concreta necesidad humana. De modo que, para intentar dar respuesta a la pregunta antes mencionada, será necesario comprender previamente si la necesidad humana que subyace detrás del bien humano propiedad, es la tenencia de un bien físico concreto o su valor monetario.

En ese sentido, siguiendo a SERNA y TOLLER, la necesidad humana tendente a ser satisfecha con el derecho de propiedad no es la tenencia de un determinado bien sino su rendimiento económico, y esto se explica porque “no existiendo por naturaleza para ningún sujeto la necesidad de poseer un bien en concreto y singular, el reflejo subjetivo de la institución de la propiedad privada quedará satisfecho con la compensación del patrimonio llevada a cabo mediante el justiprecio”<sup>256</sup>. De la mano de ello, también es permisible apelar al carácter prevalentemente económico del bien humano detrás de la propiedad porque a través de ese valor económico instrumental, es posible satisfacer otro tipo necesidades;

---

<sup>255</sup> Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales...*, op. cit., pp. 33 y ss.

<sup>256</sup> SERNA, P. y TOLLER, F. op. cit., p. 88.

con lo cual se permitirá, posteriormente, ejercitar otros derechos fundamentales<sup>257</sup>.

En base a estas consideraciones, es posible concluir que el contenido esencial del derecho de propiedad antes que mirar al bien exteriorizado materialmente apela preferentemente al valor económico de ese mismo bien<sup>258</sup>.

En conclusión, siendo un natural efecto de la expropiación forzosa la transferencia coactiva del bien será válido argumentar que la misma no supone la afectación al contenido esencial del derecho de propiedad desde que este no reclama la necesidad de la tenencia de un concreto bien inmueble. Lo que sí exige ese contenido constitucionalmente tutelado, es la salvaguarda del valor económico del patrimonio del sujeto expropiado, y es que –como bien ha dicho el Tribunal Constitucional– “el derecho de propiedad garantiza la conservación de la integridad del patrimonio de la persona y, por consiguiente, prohíbe la indebida detracción del mismo”<sup>259</sup>.

De modo coherente con los argumentos esgrimidos hasta el momento, podemos definir la expropiación forzosa como aquel procedimiento que conjugando la potestad legislativa y administrativa conlleva –cuando así lo requiera el bien común singularizado en una concreta casusa de necesidad pública o seguridad nacional– la transferencia coactiva de un bien inmueble previo pago del justiprecio al sujeto expropiado.

---

<sup>257</sup> Debe quedar claro que el respectivo valor económico que representa la materialidad del bien, es igualmente instrumental para cumplir los fines sociales que está llamada a cumplir la propiedad.

<sup>258</sup> Similar pero no idéntica conclusión puede verse en BALDO KRESALJA, C. *Derecho constitucional económico*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, p. 270.

<sup>259</sup> Expediente N° 00228-2009-PA/TC, F. J. 35.

### **2.3.2. Expropiación Forzosa: diferencia con otras figuras jurídicas.**

#### **a) Expropiación Forzosa y Decomiso.**

En primer lugar, conceptualmente la diferencia radica en que en nuestro ordenamiento jurídico el decomiso de bienes es una consecuencia accesoria que el Juez penal determinará con la cual se procederá a la privación tanto de aquellos bienes utilizados para la comisión del delito como de aquellos que resulten de la comisión del mismo (efectos o ganancias), en tanto que en el procedimiento de expropiación forzosa el desapoderamiento de los bienes está avocado a satisfacer una legítima causa de necesidad pública o de seguridad nacional.

Asimismo, y en relación con los bienes sobre los cuales recaerá una y otra figura, la diferencia subyace en que los bienes pasibles de ser expropiados serán únicamente los bienes inmuebles, mientras que los bienes objeto del decomiso no se reducen a estos, ya que pueden ser perfectamente decomisados bienes muebles (v.g. dinero).

En el caso del decomiso, el Estado no se obliga a cancelar una suma de dinero por el desapoderamiento de los bienes, pues aquel ha sido dictado como una sanción por la comisión de un delito; mientras que en el caso de la expropiación forzosa, el Estado sí se obliga a pagar previamente al expropiado el respectivo justiprecio tal y como lo ordenada la Constitución.

Por último, en cuanto al aspecto procedimental hay que decir que el dictado del decomiso deriva de un procedimiento penal, en tanto que en la expropiación forzosa el procedimiento a seguir involucrará necesariamente una fase legislativa, administrativa y, de ser el caso, judicial o arbitral conforme expondremos más adelante.

#### **b) Expropiación Forzosa y Ejecución Forzada.**

Ciertamente la expropiación forzosa y la ejecución forzada comparten el desapoderamiento y posterior transferencia coactiva de un bien, no obstante ello se trata de figuras distintas. Así, siguiendo a LEDESMA, la ejecución forzada es aquella etapa procesal que tiene

como finalidad conseguir la satisfacción del crédito del acreedor ejecutante afectando para ello determinados bienes del patrimonio del deudor<sup>260</sup>; mientras que la expropiación forzosa se articula como aquel procedimiento tendente a satisfacer una necesidad pública, mediante la transferencia de la propiedad privada y previo pago del justiprecio.

Asimismo, el objeto sobre el cual recae cada una de las figuras bajo comentario también permite distinguirlos, puesto que siendo perfectamente concebible la ejecución forzada de bienes muebles, estos no son susceptibles de ser objeto de expropiación forzosa conforme lo ha dispuesto el artículo 24 de la LMAE.

En cuanto a la transferencia forzosa, es innegable que esta se encuentra presente en ambas figuras; sin embargo el fundamento de la misma difiere en uno y otro caso. Así, mientras en la ejecución forzada la transferencia coactiva se da en orden a satisfacer el cumplimiento de una obligación al acreedor ejecutante, en la expropiación forzosa la transferencia coactiva opera porque se estima que ese bien deviene en necesario para satisfacer una necesidad pública.

### **c) Expropiación Forzosa y Servidumbre administrativa.**

Conceptualmente, mientras la servidumbre administrativa es un gravamen que recaerá sobre un bien inmueble, la expropiación forzosa es un procedimiento que coordinando potestades legislativas y administrativas conllevará la transferencia forzosa de un bien inmueble al Estado por razón de necesidad pública, y previo pago del justiprecio.

En cuanto a los bienes susceptibles de ser objeto de cada figura jurídica, hay que decir que en la normativa administrativa sectorial se

---

<sup>260</sup> LEDESMA NARVÁEZ, M. *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, pp. 369 y ss. Es preciso recordar, como señala ARIANO, que la ejecución forzada tendrá lugar únicamente “frente al incumplimiento del obligado dentro del plazo señalado por el juez en su mandato”. Este requisito, como puede verse, también diferencia esta figura de la expropiación forzosa. ARIANO DEHO, E. *El proceso de ejecución: la tutela ejecutiva en el Código Procesal Civil Peruano*, Rhodas, Lima, 1996, p. 298.

ha previsto la imposición de servidumbres legales<sup>261</sup> las cuales pueden recaer tanto sobre bienes del Estado como sobre bienes pertenecientes a sujetos particulares, en tanto que la expropiación forzosa, según nuestra legislación, solo puede recaer sobre bienes inmuebles privados.

Finalmente, resta decir que como gravamen que es, la servidumbre administrativa no supone el despojo del bien sobre el cual esta recaerá, como si lo hace la expropiación forzosa, de modo que en esta última sí opera la transferencia coactiva de la propiedad mientras que en la servidumbre tal situación no acontece.

**d) Expropiación Forzosa y Compraventa.**

- a) *Por su conceptualización:* Por el contrato de compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien a una persona denominada comprador quien se obliga a su vez a pagar el precio de ese bien en dinero, en tanto que por el procedimiento de expropiación forzosa se llevará a cabo la transferencia coactiva de un bien inmueble previo pago del justiprecio cuando así lo requiera el bien común singularizado en una concreta casusa de necesidad pública o seguridad nacional. Así, en buena cuenta la expropiación se configura como un acto derivado del *ius imperium* del Estado y por tanto unilateral, mientras que la compraventa es esencialmente bilateral presuponiendo un acuerdo de voluntades entre las partes, acuerdo que no se da en la expropiación forzosa.
- b) *Por el carácter de la enajenación:* El contrato de compraventa, lleva ínsito en su estructura como elemento esencial la correspondiente manifestación de voluntad de los sujetos intervinientes, de forma que siendo esta común a todos ellos se producirá el consentimiento. Por ello, la enajenación que efectúa el vendedor es manifestación tanto de su libertad de contratar, esto es, “*la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata*”<sup>262</sup>, como de su libertad contractual “*que es*

---

<sup>261</sup> A título de ejemplo puede verse la servidumbre prevista en el artículo 17 de la Ley 28749, Ley General de Electrificación Rural.

<sup>262</sup> Expediente N° 02175-2011-PA/TC, F. J. 7 (cursiva en el original).

*la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato*<sup>263</sup>. Pues bien, en la expropiación forzosa la enajenación que efectúa el sujeto expropiado no deviene como consecuencia de su libertad de contratar, porque el expropiado no decide el cómo, ni el cuándo, ni mucho menos decide a su co-celebrante, y tampoco resulta por ejercicio de su libertad contractual porque el sujeto expropiado no decide –por común acuerdo– con el Estado, el contenido de la expropiación forzosa. Y esto sucede así, porque en la expropiación la transferencia del bien es forzosa porque se entiende que ese concreto bien sirve para poder satisfacer una legítima causa de necesidad pública o de seguridad nacional<sup>264</sup>.

- c) *Por el número de declaraciones necesarias para formar el acto o el negocio:* El contrato de compraventa es un negocio jurídico bilateral, de forma que el mismo se origina por el concierto de ambas voluntades, mientras que la expropiación forzosa al ser un acto emitido en el ejercicio de potestades públicas, es pues unilateral. Por tanto, no puede decirse que en la expropiación forzosa concurren para la emisión del acto administrativo tanto la voluntad de la Administración como la del sujeto expropiado existiendo por ello el respectivo consentimiento. Ello, porque aquel consentimiento que es predicable de los actos bilaterales, no concurre en la expropiación forzosa ya que esta –como dijimos– es un acto administrativo dictado en el ejercicio de potestades públicas, que como tal es unilateral.
- d) *Por el objeto del acto o del negocio:* Asimismo, debemos indicar que el objeto a contratar en la compraventa no se limita a los bienes inmuebles privados como sí lo hace la expropiación forzosa, siendo posibles del contrato de

---

<sup>263</sup> Ídem (cursiva en el original).

<sup>264</sup> El carácter forzoso que reviste la expropiación no habilita para decir que se ha visto vulnerado con ello el contenido esencial del derecho a la libre contratación, pues entendemos que este derecho no contempla como pretensión la posibilidad de poder oponerse a una expropiación, ya que la autonomía de la voluntad que funda el derecho de libre contratación como bien que es no puede oponerse –sin dejar de ser tal– a la consecución de otro bien tutelado constitucionalmente como es el bien común al cual tiende la expropiación forzosa.

compraventa tanto bienes corporales como los incorporales (v.g. propiedad intelectual) que según nuestra legislación vigente no son objeto de expropiación.

- e) *Precio y Justum Pretium*: En igual sentido, se debe indicar que la sustitución del término precio por el de justiprecio no responde a una simple cuestión terminológica. Esto, porque el justiprecio es una garantía constitucional del derecho de propiedad reconocida por el texto constitucional que tiende justamente a mantener íntegro el patrimonio del sujeto expropiado, esto es, que el valor económico de su patrimonio antes y después de la expropiación sea idéntico, mientras que el precio no goza de aquella caracterización siendo además su tratamiento meramente legal. Además, cabe indicar que en la expropiación forzosa el justiprecio “no se entrega a cambio de la cosa (como en la compraventa), sino como *conductio iuris* (requisito objetivo) que legitima la ocupación unilateral del bien”<sup>265</sup>.
- f) *En atención al elemento teleológico*: Es evidente que detrás del acto de compraventa subyace un interés prevalentemente privado dirigido a satisfacer una concreta necesidad humana, mientras que la expropiación forzosa se ordena a la satisfacción del bien común, estando por ello configurada como “una técnica destinada, (...), a la consecución de los intereses públicos”<sup>266</sup>.

#### **2.4. Expropiación Forzosa: Fundamentos**

En el primer capítulo, ya habíamos mencionado sutilmente que el fundamento de la expropiación forzosa subyace en la función social de la propiedad. Pues bien, en las siguientes líneas se analizará detalladamente el fundamento de la expropiación forzosa, y se expondrán razones para justificar aquella conclusión.

---

<sup>265</sup> LÓPEZ MENUDO, F., CARRILLO DONAIRE, J. y GUICHOT REINA, E. *La expropiación forzosa*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 25 (cursiva en el original).

<sup>266</sup> GARRIDO FALLA, F. ET AL. op. cit., p. 281.

Así, y para situar conceptualmente la afirmación vertida precedentemente, es preciso advertir que la potestad expropiatoria, se sustenta sobre dos ejes: uno formal y otro material. Este último se divide a su vez en uno inmediato y otro mediato.

El fundamento formal de la potestad expropiatoria se encuentra en el artículo 70 de la CP, así como en las demás normas que abordan su regulación en nuestro ordenamiento jurídico<sup>267</sup>.

Ahora bien, para explicar el fundamento material de la expropiación es preciso recordar los argumentos que sustentan a la función social como límite interno del derecho de propiedad.

Así, en las secciones anteriores ha quedado claro que junto a la dimensión individual de la naturaleza humana, se encuentra presente la dimensión social. Esta dimensión, supone en el plano de los derechos fundamentales, que su contenido no se configura a espaldas de la existencia de los demás individuos y sus correspondientes derechos y necesidades, sino que les mira *ab initio* delimitando su esencia<sup>268</sup>. De ahí, que se diga que tal dimensión sustenta los límites de orden social. Asimismo, ha quedado claro que la función social de la propiedad es un límite interno de orden social.

Por tanto, y toda vez que los derechos no son realidades antisociales –dada la dimensión social de la naturaleza humana–, su contenido se delimita *ad initio* en armonía con las exigencias de orden social (límites de orden social). Exigencias que en el derecho de propiedad vienen representadas por la función social, la cual reclama hacer un aprovechamiento de los bienes en consonancia con el bien común de la comunidad a la que el titular pertenece.

Pues bien, de acuerdo a ello, el fundamento material inmediato de la expropiación es la función social de la propiedad. Esto, toda vez que, como sostiene CASTILLO CÓRDOVA, es la función social de la propiedad la que ordena que el ejercicio de esta, esté vinculado de manera positiva y

---

<sup>267</sup> Cfr. ABRUÑA PUYOL, A. op. cit., p. 7.

<sup>268</sup> Y es que “la naturaleza social no se puede eliminar como el uso de la razón sin que el hombre sea privado al mismo tiempo de su ser plenamente humano. La esencia individual y social de la naturaleza humana tienen metafísica y ontológicamente el mismo carácter originario”. MESSNER, J. *Ética social, política...*, op. cit., p. 171.

negativa al bien común. Por la primera, el ejercicio de la propiedad deberá favorecer la realización del bien común y, por la segunda, se asegura que su ejercicio no se oponga a las exigencias que en el caso concreto impone aquel<sup>269</sup>. Ambas vinculaciones al estar exigidas por la función social de la propiedad (límite interno) fluyen de su contenido esencial.

Así, aplicando estas vinculaciones al supuesto de la expropiación, se tiene que en base a la vinculación positiva, se requiere que el titular de la propiedad la transfiera al Estado porque así lo exige el bien común; y en cuanto a la vinculación negativa, esta impide que el titular de la propiedad se oponga a la expropiación cuando una concreta y legítima causa de necesidad pública o de seguridad nacional así lo exija.

En cuanto al fundamento mediato de la expropiación forzosa, se tiene que este se engarza en los fines que está llamado a cumplir el Estado Social. Así, como expone MARTÍNEZ-PUJALTE, “[q]ue el Estado sea social significa, en cuanto a los derechos fundamentales se refiere, que el individuo no está sólo ante la realidad social en su intento de ejercer libre y plenamente sus distintos derechos fundamentales, sino que le acompaña también el Estado, es decir, el poder público, el que se obliga a actuar –en su dimensión ejecutiva, judicial y legislativa– en la dirección de ayuda a solventar la distintas dificultades que la realidad le presente y que entorpece o imposibilita un pleno ejercicio de los derechos fundamentales”<sup>270</sup>.

Por tanto, la actual configuración del Estado como social no hace sino justificar la idea de que la expropiación sirve como instrumento eficaz para que el Estado pueda llevar a cabo de manera efectiva sus fines de orden social.

## **2.5. La Expropiación Forzosa: Potestades que conjuga y efectos.**

Conforme lo expuesto en los párrafos previos, la expropiación forzosa es un procedimiento que conjuga determinadas potestades en orden a satisfacer una necesidad pública mediante la transferencia de la propiedad privada y el previo pago del justiprecio.

---

<sup>269</sup> Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, L. *La inconstitucionalidad de...*, op. cit., p. 169.

<sup>270</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE cit. por CASTILLO CÓRDOVA. L. *Los derechos constitucionales...*, op. cit., pp. 281 y 282.

De esta forma, y en relación con las potestades que compatibiliza la expropiación, será preciso en primer lugar entender el concepto de potestad, para luego poder especificar las potestades que se ven inmersas en todo procedimiento expropiatorio.

Así, la potestad puede ser definida en términos generales como “la capacidad de producir unilateralmente 'un cambio en la esfera jurídica de sujetos', creando, modificando o extinguiendo derechos y deberes, aún sin el consentimiento de los afectados, y o reduciendo o ampliando sus posibilidades de acción”<sup>271</sup>.

Tradicionalmente se le ha atribuido las siguientes características<sup>272</sup>: a) su origen se encuentra en el ordenamiento jurídico; b) posee un objeto genérico consistente en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos sobre la esfera de los sujetos; c) estos sujetos sobre los cuales recaerá el ejercicio de la potestad no se encuentran individualizados sino que solo se encuentran genéricamente determinados; d) son inalienables, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles; e) comúnmente se les ha caracterizado como un poder “fiduciario” puesto que el beneficiario es un sujeto distinto del titular de la misma dando nombre a la “potestad-función”.

Realizada la conceptualización de las potestades, es posible concluir que efectivamente en el procedimiento expropiatorio tanto el Congreso como la Administración, ejercen –respectivamente– una potestad legal y una administrativa. Y esto es así, porque ambos poderes armonizan tanto con la definición de potestad, como con sus características expuestas precedentemente.

Cabe precisar, que la potestad legislativa en materia expropiatoria puede ser tenida, en términos generales, como aquella situación de poder otorgada por el ordenamiento jurídico para autorizar la expropiación forzosa, a través de la respectiva ley del Congreso que a tal efecto se emita. La importancia de esta potestad es capital, puesto que de no mediar aquella ley, la expropiación devendría en inválida y en consecuencia en nula.

---

<sup>271</sup> ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V. *Notas al Curso de Derecho Administrativo, Lección 9, pro manuscripto*, Piura, 2013, p. 6.

<sup>272</sup> Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. *Principios de derecho administrativo*, Tomo I, 4ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, pp. 397 y 398 y GARRIDO FALLA, F. ET AL. op. cit., pp. 548 y ss.

Así lo ha expuesto el TC, quien sobre el particular tiene dicho que la expropiación forzosa devendrá en inconstitucional cuando “[n]o exista la ley del Congreso de la República que declare la expropiación sino otra norma con rango de ley”<sup>273</sup>.

Por otro lado, la potestad administrativa puede ser definida como “una parte de poder público que el ordenamiento atribuye a la Administración Pública, que al juridificarse se denomina potestad y que estará sometida al principio de legalidad”<sup>274</sup>. Tal potestad, en la expropiación forzosa está destinada a concretar lo dispuesto por el Congreso en orden a satisfacer una necesidad pública.

Ahora, el reconocimiento de la expropiación forzosa como una potestad también ha sido objeto de reconocimiento por parte del TC, el mismo que refiriéndose a la expropiación ha sostenido que la misma “consiste en una potestad que se concretiza en un acto de derecho público por el cual el Estado priva”<sup>275</sup> de su propiedad al sujeto expropiado cuando así lo exijan una concreta causa de necesidad pública o de seguridad nacional. En igual sentido se ha pronunciado el TSE reconociendo a “la expropiación forzosa, como potestad administrativa, ordenada a un fin de utilidad pública o interés social previamente delimitado”<sup>276</sup>.

Por último, tradicionalmente se ha dicho que los efectos producidos a consecuencia de la expropiación forzosa son dos<sup>277</sup>: a) transferencia coactiva de la propiedad de la que emana el cambio en la titularidad del bien; y, b) el pago que el Estado debe efectuar a favor del sujeto expropiado<sup>278</sup>.

El primero de los citados efectos ha sido objeto de reconocimiento expreso por parte del Tribunal Constitucional el cual comentando la definición sobre expropiación forzosa tiene dicho que “[d]ado que la expropiación compromete seriamente la titularidad de la propiedad del bien, la Constitución ha establecido una serie de garantías para que se lleve

---

<sup>273</sup> Expediente N° 01360-2012-PA/TC, F. J. 11.

<sup>274</sup> ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V. *Lección 9...*, op. cit., p. 6.

<sup>275</sup> Expediente N° 00031-2004-AI/TC, F. J. 3 (cursiva añadida).

<sup>276</sup> STS 4092/2011, F. J. 5.

<sup>277</sup> *Cfr.* PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de...*, op. cit., pp.777 y ss.

<sup>278</sup> Posteriormente, se analizará la naturaleza de este segundo “efecto” de la expropiación forzosa.

a cabo el ejercicio de esta potestad”<sup>279</sup>. Tal incidencia en la titularidad del bien se da puesto que tras la transferencia forzosa del bien, este pasa del dominio privado a ser titularidad del Estado.

En cuanto al segundo efecto apuntado, el Alto Tribunal ha dejado sentado al respecto que “sólo se configura un procedimiento expropiatorio [válido] si existe el pago previo del justiprecio por el bien expropiado, tal como lo dispone el artículo 70º de la Constitución”<sup>280</sup>.

## **2.6. Objeto de la Expropiación Forzosa.**

### **2.6.1. Bienes objeto de la Expropiación Forzosa.**

Es evidente que la regulación de los bienes susceptibles de ser expropiados se encuentra en directa relación con la configuración que cada Ordenamiento Jurídico ha adoptado respecto de la expropiación forzosa.

Así, por ejemplo en el Ordenamiento Español la LEF es absolutamente clara en establecer que el objeto de la expropiación forzosa regulada en ese país comprenderá “cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio”<sup>281</sup>. La doctrina española pronunciándose respecto de la ampliación del objeto expropiatorio ha sostenido que la misma se ha producido debido a que “la principal finalidad de la LEF de 1954 fue conferir a la expropiación un contenido máximo, dando así cobertura al mayor número posible de actuaciones administrativas de carácter ablatorio”<sup>282</sup>.

En buena cuenta, en el Ordenamiento Español es pasible de ser objeto de expropiación forzosa cualquier derecho de naturaleza

---

<sup>279</sup> Expediente N° 03576-2011-PA/TC, F. J. 13.

<sup>280</sup> Expediente N° 0864-2009-PA/TC, F. J. 11.

<sup>281</sup> Artículo 1 de la LEF, del 16 de diciembre de 1954.

<sup>282</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. *Principios de derecho administrativo general...*, op. cit., p. 448.

patrimonial<sup>283</sup> quedando por ello incluidos tanto los bienes muebles como los intangibles, mas no siendo susceptibles de ser expropiados “los derechos de la personalidad y todos aquellos que por su naturaleza se encuentran *extra commercium*”<sup>284</sup>.

Similar situación sucede en el Ordenamiento Argentino. Así, el profesor MARIENHOFF comentando el objeto expropiable tiene dicho que el mismo comprende “[t]odo aquello que tenga un valor patrimonial o económico, todo aquello que constitucionalmente integre el concepto de “propiedad”, teóricamente puede ser objeto de expropiación”<sup>285</sup>. En igual sentido se ha pronunciado DROMI para quien “[e]l objeto de la expropiación es la propiedad, vale decir, todos los derechos patrimoniales”<sup>286</sup> quedando excluidos “los bienes o valores innatos al ser humano, los llamados derechos a la personalidad: derecho a la vida, al honor, a la libertad”<sup>287</sup> entre otros.

En nuestro Ordenamiento Jurídico<sup>288</sup>, conforme hemos descrito líneas, uno de los efectos que se producen a consecuencia del ejercicio de la potestad expropiatoria es el despojo de la titularidad de una determinada propiedad. De ahí, se infiere que en líneas generales el objeto de la expropiación es la propiedad, pero ¿qué se debe entender por esta?

Tradicionalmente el alcance del concepto de propiedad en sede civil se limita a los bienes tal y como lo dispone el artículo 923 del CC. A mayores, el citado cuerpo normativo establece en los artículos 885 y 886, una relación enunciativa de qué tipos de bienes deben entenderse como bienes inmuebles y muebles respectivamente.

---

<sup>283</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. op. cit., p. 51.

<sup>284</sup> ESCUIN PALOP, V. *Elementos de derecho público*, 7ª edición, Tecnos, Madrid, 2011, p. 777.

<sup>285</sup> MARIENHOFF, M. op. cit., p. 193.

<sup>286</sup> DROMI, J. *Derecho administrativo*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 208.

<sup>287</sup> Ídem.

<sup>288</sup> El sentido amplio que acogen tanto el Ordenamiento Argentino como el Español respecto del objeto expropiable, fue igualmente predicable de nuestro Ordenamiento jurídico bajo la vigencia de la derogada LGE aprobada mediante el Decreto Legislativo 313, la cual establecía en su artículo 8 que podían ser objeto de expropiación todos los bienes de dominio privado, no limitándose a los bienes inmuebles como lo hace la actual legislación.

Ahora bien, un sector de la doctrina ha sostenido que en sede constitucional el alcance del concepto de propiedad se ha visto redimensionado desde que “la mayor protección de la persona conlleva que todos los derechos patrimoniales, incluso cuando no recaigan sobre “bienes” en estricto, gozan de la protección ínsita de la propiedad privada”<sup>289</sup>. Situación que ha sido corroborada tanto por la jurisprudencia de la CIDH<sup>290</sup> como por la jurisprudencia de nuestro TC, el mismo que sobre el particular tiene sustentado que “el concepto constitucional de propiedad difiere y, más aún, amplía los contenidos que le confiere el derecho civil. Así, mientras que en este último el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no queda 'enclaustrada' en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad *in totum* de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica”<sup>291</sup>.

En consecuencia se puede afirmar, con ABRUÑA PUYOL que “los derechos amparados por el derecho de propiedad en nuestra constitución alcanzan a todo bien susceptible de formar parte del patrimonio de una persona: muebles, inmuebles créditos,

---

<sup>289</sup> GONZALES BARRÓN, G. “De la propiedad” en *La Constitución comentada*, Tomo II, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 222.

<sup>290</sup> La CIDH parte, en primer lugar, de entender un concepto amplio de bienes de modo que estos “pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”. Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 6 de febrero de 2001, Serie C 74, párrafo 122. En base a la amplia noción de bienes adoptada por la Corte, este colegiado ha podido incluir bajo la tutela que dispensa el derecho a la propiedad privada al: derecho a la pensión (Caso *Cinco pensionistas vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 de febrero de 2003, Serie C 98, párrafo 102) y a la propiedad intelectual (Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 22 de noviembre de 2005, Serie C 135, párrafo 64 y ss.) Un estudio más detallado respecto del amplio sentido que ha adquirido el término “bien” en la CIDH puede encontrarse en SALMÓN GÁRATE, G. y BLANCO VIZARRETA, V. “El derecho a la propiedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un ejemplo de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos” en PRIORI POSADA, G. (Ed.). *Estudios sobre la propiedad*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012.

<sup>291</sup> Expediente N° 00228-2009-PA/TC, F. J. 35 (cursiva en el original).

remuneraciones y otros”<sup>292</sup> pudiendo ser por tanto, en principio, todos ellos objeto de expropiación.

Sin embargo, esta primera impresión debe ser rápidamente rechazada cuando se observa que la LMAE en su artículo 9, establece que son objeto de expropiación “[t]odos los bienes inmuebles de dominio privado”. Dos precisiones conviene hacer en este momento respecto del citado dispositivo legal.

La primera será que constituye una excepción a aquella disposición, lo establecido en la Novena Disposición Complementaria Final de la LMAE, puesto que la misma establece que no son susceptibles de ser objeto de expropiación forzosa las tierras y territorios de pueblos indígenas u originarios, así como derechos de propiedad o de posesión de las comunidades campesinas y nativas.

Por la segunda, entendemos que el objeto de la expropiación forzosa tal y como está regulado actualmente en nuestro Ordenamiento excluye a la propiedad del Estado de dominio público<sup>293</sup> ya que expresamente se contempla el carácter privado de los bienes inmuebles. No obstante ello, cabe cuestionarse si la propiedad del Estado de dominio privado podría efectivamente ser pasible de expropiación forzosa.

El citado cuestionamiento debe ser resuelto en sentido negativo desde que la LMAE lo prohíbe. En efecto, el artículo 41 de la citada Ley establece que si los bienes de propiedad estatal – independientemente de si se trata de bienes de dominio privado o público– resultan necesarios para la ejecución de Obras de Infraestructura, estos serán transferidos al sector correspondiente para su posterior afectación al respectivo proyecto.

Por tanto, es posible sostener que tanto los bienes estatales de dominio público como los bienes estatales de dominio privado cuando serán requeridos para la ejecución de Obras de

---

<sup>292</sup> ABRUÑA PUYOL, A. op. cit., p. 3.

<sup>293</sup> La cual es por demás inalienable conforme lo dispuesto por el artículo 73 de la CP: “[l]os bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles”.

Infraestructura no serán objeto de expropiación, sino que su transferencia se realizará a través de *un cambio de afectación* cuando sean bienes de propiedad estatal de dominio público (mutación demanial), o *para su afectación* al proyecto correspondiente, cuando se trate de bienes de propiedad estatal de dominio privado.

### **2.6.2. De la Expropiación parcial.**

Al abordar el tema de las expropiaciones parciales conviene hacer una precisión sustentada en la diferencia con la denominada expropiación no plena. Así, atendiendo a la transferencia de todas o de algunas de las facultades que concede la propiedad la expropiación puede ser plena o no.

La expropiación será *plena*, cuando el acto expropiatorio extingue, por efecto de la transferencia coactiva, la titularidad sobre determinada propiedad y por ello todas las facultades que el sujeto expropiado ostenta sobre la misma como sucede en nuestro ordenamiento, mientras que la expropiación *no plena*, será aquella en la cual el acto expropiatorio afecta solamente a determinadas facultades parciales que componen el dominio, de forma que el sujeto expropiado mantiene aún, tras la ejecución de la expropiación, una propiedad nuda<sup>294</sup>.

De igual modo atendiendo a si la expropiación abarca la totalidad o no de la extensión del bien, la expropiación puede ser parcial o total. En la expropiación *parcial*, no se expropia todo el bien inmueble sino solo una parte de aquel pero sí todas las facultades que recaían sobre aquella parte expropiada, mientras que en la expropiación *total*, sí se transfiere la totalidad del terreno conjuntamente con la totalidad de las facultades<sup>295</sup>.

De esta forma, en nuestro ordenamiento a diferencia de otros<sup>296</sup> la regulación de la expropiación a partir de lo dispuesto en la Constitución (artículo 70) y en la LMAE (artículo 24), ha incluido expresamente a la expropiación plena: parcial y total; no estando por

---

<sup>294</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. op. cit., p. 259.

<sup>295</sup> Ibídem, p. 274.

<sup>296</sup> Cfr. PARADA VÁZQUEZ, R. op. cit., p. 555.

ello prevista expresamente en nuestra legislación, la figura de la expropiación no plena<sup>297</sup>.

Así, puede darse el caso que la necesidad pública o seguridad nacional a ser satisfecha en el caso concreto no demande la expropiación total del bien inmueble, sino que por el contrario solo exija la expropiación de una parte de este, lo que comúnmente se denomina en doctrina expropiación parcial<sup>298</sup>; y ha sido objeto de reconocimiento en nuestro Ordenamiento Jurídico en el artículo 10.4 y 11 de la LMAE.

Ahora bien, puede suceder que la expropiación parcial conlleve determinados perjuicios para el inmueble de forma que el mantenimiento por parte del sujeto expropiado de la propiedad le resulte antieconómico.

Es en base a esta consideración, que el citado artículo 11 establece que el sujeto expropiado podrá solicitar la expropiación total del inmueble cuando tras la expropiación parcial “el remanente del bien inmueble que no es afectado sufre una desvalorización significativa o resultare inútil para los fines a que estaba destinado con anterioridad a la Adquisición o Expropiación parcial”. Situación similar se presenta cuando el sujeto activo decide adquirir o expropiar el sobresuelo o subsuelo de manera independiente del suelo, ya que la misma procederá salvo –conforme establece el artículo 10.4 de la LMAE– que por el hecho de la adquisición o expropiación del subsuelo o del sobresuelo, “la propiedad del inmueble no pueda ser usada o explotada parcial o totalmente, o que el valor comercial de la propiedad del suelo se deprecie significativamente”. En estos

---

<sup>297</sup> No obstante ello, el TC ha extendido su tutela a aquellos casos en los cuales si bien no se expropia formalmente la propiedad sí se afecta sus atributos al punto que se anula la disposición o la rentabilidad económica del bien, denominando a estos supuestos como expropiaciones indirectas. *Vid.* Expediente N° 01735-2008-PA/TC, F. J. 26 y ss., Expediente N° 00239-2010-PA/TC, F. J. 10 y ss., Expediente N° 00834-2010-PA/TC, F. J. 40 entre otros. Sin embargo, con ABRUÑA PUYOL entendemos que en estos casos lo que en estricto ocurre es una actuación materialmente expropiatoria. *Cfr.* ABRUÑA PUYOL, A. *op. cit.*, p. 11.

<sup>298</sup> Así por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. *op. cit.*, p. 274, SANTAMARÍA PASTOR, J. *Principios de derecho administrativo general...*, *op. cit.*, pp. 469 y ss.

casos el sujeto activo podrá optar por expropiar todo el bien inmueble.

De los artículos citados es posible concluir que los motivos sobre los cuales se permite al Estado decidir o al sujeto expropiado solicitar la expropiación total vienen concretizados en los términos desvalorización significativa del bien, carácter inútil del mismo, imposibilidad de explotar la propiedad y depreciación significativa del bien<sup>299</sup>. Estos términos, resultan a nuestro parecer, comprendidos dentro de la categoría de “conceptos jurídicos indeterminados”.

La inclusión dentro de esta categoría se da porque en primer lugar los artículos precitados no persiguen otorgar un ámbito de libre determinación a la Administración como lo sería en el caso de la discrecionalidad, sino que en estos casos “los *motivos* de la Administración vienen determinados por la propia norma que le atribuye las potestades”<sup>300</sup>. Relacionado con ello, y en segundo lugar, porque en estos casos la Administración en orden a justificar su decisión únicamente podrá utilizar motivos jurídicos, esto es, “deberá justificar su decisión como una consecuencia extraída de la norma mediante una argumentación jurídica”<sup>301</sup>, de forma que la Administración podrá únicamente denegar la expropiación total en base a que no hay desvalorización significativa o inutilidad del bien en el caso del artículo 11 de la LMAE, o en base a que la propiedad tras la adquisición o expropiación parcial no podrá seguir siendo explotada o a razón de que el valor comercial del bien inmueble no se ha depreciado significativamente. Por último, al ser estos términos conceptos jurídicos indeterminados, el acto es susceptible de ser objeto de control por parte del Poder Judicial, lo cual significará también una mayor garantía para el sujeto que se ha visto expropiado parcialmente.

---

<sup>299</sup> No obstante ello, resulta interesante que se pueda proceder a la expropiación total de un bien inmueble en base a la ocurrencia de estos supuestos, pues en nuestro Ordenamiento las únicas causas que motivan la expropiación forzosa son la necesidad pública y la seguridad nacional. La cuestión planteada sobrepasa las fronteras de nuestra investigación, quedando el mismo como objeto de un posterior estudio.

<sup>300</sup> ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V. *Notas al Curso de Derecho administrativo, Lección 12, pro manuscrito*, Piura, 2014, p. 19 (cursiva en el original). No obstante ello, al momento de concretar los motivos la Administración ostenta determinado ámbito de apreciación.

<sup>301</sup> ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V. *Lección 12...*, op. cit., p. 19.

Así, es posible concluir que la procedencia de la decisión de expropiación total en los casos analizados por parte de la Administración no puede calificarse como discrecional<sup>302</sup> en base a los argumentos ya expuestos.

## **2.7. Los sujetos que intervienen en la Expropiación Forzosa.**

### **2.7.1. El sujeto expropiante.**

El sujeto expropiante no es otro que el Estado. Esto porque, como sostiene ABRUÑA PUYOL, el artículo 24.2 de la LMAE ha dispuesto que la expropiación forzosa en nuestro Ordenamiento Jurídico requiere para su procedencia el estar autorizada solo por Ley del Congreso de la República, de modo que la posición de sujeto expropiante en toda expropiación le corresponde al Estado<sup>303</sup>.

Ahora bien, tras la revisión de LMAE es posible concluir que dentro de la posición de sujeto expropiante es posible subsumir tres posiciones más: la de los sujetos que pueden solicitar la expropiación, la del sujeto activo de la misma y la del sujeto beneficiario<sup>304</sup>.

#### **2.7.1.1. Sujetos que pueden solicitar la expropiación.**

Bajo lo dispuesto por el artículo 24.2 de la LMAE, los sujetos que pueden solicitar la expropiación son el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales. La posible razón de esta concreta atribución puede estar en que estas Administraciones Públicas generales “tienen asignadas sobre el territorio en el que se asientan todas las funciones necesarias para cumplir o atender el bien común o el interés

---

<sup>302</sup> Cuestión bien distinta se produce en el Ordenamiento Español quien según un sector de la doctrina la decisión de expropiación total por parte de la Administración, ha sido calificada de discrecional. *Cfr.* PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de...*, op. cit., p. 785. En igual sentido *Cfr.* SANTAMARÍA PASTOR, J. *Principios de derecho administrativo general...*, op. cit., p. 469 y la jurisprudencia allí citada.

<sup>303</sup> *Cfr.* ABRUÑA PUYOL, A. op. cit., p. 11.

<sup>304</sup> En igual sentido, *Cfr.* Ídem.

general de la correspondiente colectividad territorial”<sup>305</sup> estándoles por ello atribuida tal posición. Ahora bien, como es lógico, su labor no culmina en solicitar al Poder Legislativo la expropiación forzosa, ya que de proceder la misma les corresponderá emitir el respectivo acto administrativo que la ejecuta<sup>306</sup>.

En cuanto, al acto administrativo que deberán emitir los correspondientes sujetos con iniciativa expropiatoria corresponde realizar dos precisiones. La primera de ellas viene dada en función al acto por el cual se deberá concretar la ley autoritativa. Así, tratándose del Poder Ejecutivo será la correspondiente Resolución Ministerial, en el caso del Gobierno Regional será el respectivo Acuerdo Regional, y por último tratándose del Gobierno Local será un Acuerdo del Consejo Regional.

La segunda precisión viene dada en relación con el contenido del acto administrativo destinado a ejecutar la expropiación forzosa, el cual deberá de precisar en primer lugar tanto al sujeto activo como al sujeto pasivo de la expropiación forzosa y de ser el caso al beneficiario de aquella, asimismo deberá precisar el concreto bien a expropiar utilizando para ello el sistema de coordenadas universal transversal de Mercator (UTM), debiendo en igual sentido aprobar el valor de la tasación y ordenar su consignación en el Banco de la Nación, por último deberá de contener también la orden de inscribir el inmueble a favor del beneficiario así como la orden de notificar al sujeto pasivo para que este efectúe su posterior desocupación.

---

<sup>305</sup> ABRUÑA PUYOL, A. *Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano*, Palestra, Lima, 2010, p.158.

<sup>306</sup> Siguiendo a ABRUÑA PUYOL, se puede concluir que el medio a través del cual se ejecuta la expropiación forzosa no es una norma, sino un acto administrativo. En ese sentido, *Cfr.* ABRUÑA PUYOL, A. *El régimen de...*, op. cit., p. 12.

### **2.7.1.2. El sujeto activo.**

La LMAE establece en su artículo 4.10 que el sujeto activo de la expropiación será “el Ministerio competente del sector, el Gobierno Regional y el Gobierno Regional”. Cabe precisar que conforme lo prescribe el artículo 5.1 de LMAE, el sujeto activo de la expropiación puede ser al mismo tiempo el sujeto beneficiario de la misma. Ahora bien, en el caso que por razones de oportunidad o de eficiencia (artículo 5.2 de la LMAE) el sujeto activo sea distinto del sujeto beneficiario, las entidades que intervienen en el procedimiento deberán suscribir un acuerdo en el cual se identifique a la entidad que actúa como sujeto activo y a la que actúa como beneficiario (artículo 5.2 de la LMAE).

Asimismo, debe indicarse que conforme lo preceptuado por el artículo 28 de la LMAE, el sujeto activo de la expropiación deberá estar precisado en la correspondiente Resolución Ministerial o Acuerdo Regional o Local.

En buena cuenta, del análisis de la LMAE, se puede concluir que la actuación que debe realizar el sujeto activo en un procedimiento de expropiación es de vital importancia, puesto que esta Administración será la que –en líneas generales– conducirá aquel procedimiento. De ahí que, la tramitación del proceso a cargo del sujeto activo comprende, dentro de otras actuaciones, la concreción de los bienes a expropiar cuando corresponda, la realización del trato directo con el sujeto pasivo, siendo que en caso no se llegue a concretar tal trámite corresponderá al sujeto activo la representación ante la vía arbitral o judicial, correspondiéndole en igual sentido el pago del justiprecio o su consignación. De igual manera, debe el sujeto activo, cuando corresponda, solicitar expresamente la posesión anticipada del inmueble.

### 2.7.1.3. El Beneficiario.

El artículo 4.2 de la LMAE es enfático en establecer que el único beneficiario de una adquisición o expropiación forzosa es el Estado. De lo cual se infiere que no puede ser directamente beneficiario de una expropiación un sujeto privado, tal y como lo establece el artículo 5.3 de la citada Ley.

Ahora bien, debemos analizar esto en concordancia con lo dispuesto por la LFPI. Así, esta norma establece expresamente en su artículo 21.2 que los sujetos beneficiarios serán aquellos ocupantes de las posesiones informales situados en los terrenos materia de expropiación, esto es, un privado. Esto, podría ocasionar que la citada ley pueda calificarse como inconstitucional desde que de un lado el sujeto beneficiario de la misma no es el Estado sino un particular; y de otro, porque la *causa expropiandi* que justificaría esa expropiación no sería la necesidad pública sino el interés social<sup>307</sup>, causal no contemplado expresamente por nuestra Carta Magna.

Sobre el particular, y sin ánimo de entrar en detalle respecto de la problemática presentada, somos de la opinión que es posible presentar tres argumentos que permiten sostener la vigencia de la citada norma.

El primero de ellos ya nos es bien conocido, y de hecho lo hemos utilizado para sustentar tanto la evolución que ha presentado la expropiación forzosa en su regulación como la fundamentación de la misma. Nos estamos refiriendo a la caracterización de nuestro Estado como “social”. El adjetivo social que califica a nuestro Estado le exige desempeñar una

---

<sup>307</sup> Se asume que la citada expropiación se sustenta en el interés social desde que aquel tradicionalmente “supone una actuación pública (...) a favor de un grupo de la sociedad, no de toda ella, debido a que está particularmente desfavorecido por distintas causas” como lo es el caso de los poseedores informales, en contra de la necesidad pública que sí beneficiaría a toda la sociedad y no solo a un grupo concreto de ella. ZEGARRA MULÁNOVICH, Á. op. cit., p. 104. A mayores, la defensa de la Ley 28687 puede verse en el apartado destinado a estudiar la *causa expropiandi*. Ahí, se argumenta que el contenido del término necesidad pública utilizado por nuestra CP acoge también el concepto de interés social dotando, por ello, de validez a la Ley en cuestión.

importantísima función en relación con los derechos fundamentales, obligándole a crear las respectivas condiciones de índole social y económica de manera que a través de estas se promueve la real y plena vigencia de los mismos. Así, el Estado por la cláusula social “se obliga a actuar –en su dimensión ejecutiva, judicial y legislativa– en la dirección de ayudar a solventar las distintas dificultades que la realidad le presente y que entorpece o imposibilita un pleno ejercicio de los derechos fundamentales”<sup>308</sup>.

De acuerdo con ello, es posible sostener que la dación de la LFPI encuentra plena validez en el Estado Social que nos encontramos ya que la misma no es sino una concreción de esa obligación constitucional que tiene el Estado de resolver una concreta problemática que la realidad le presenta representada en este caso por un problema latente en nuestra sociedad: de un lado propietarios no poseedores de un terreno que no pueden ejercer las facultades que el Derecho le reserva sobre un predio, y de otro lado un conjunto de poseedores no propietarios que no pueden formalizar su situación.

Así, la LFPI lo que en buena cuenta hace es conjurar la dificultad descrita en el párrafo anterior dando solución tanto a los propietarios no poseedores que se habían visto imposibilitados de ejercer su derecho de propiedad, como a los poseedores no propietarios permitiéndoles revestir de legalidad una situación hasta ese momento informal<sup>309</sup>.

En segundo lugar, se ha dicho que la LFPI sería inconstitucional pues el sujeto beneficiario sería un privado y no el Estado tal y como lo dispone la LMAE en el artículo 4.2. Sin embargo, la validez de la citada norma puede ser sostenida a partir de que “el procedimiento para llevar a cabo esta transferencia es indirecto, pues previamente el terreno a expropiar debe pasar a propiedad del Estado quien, posteriormente, lo transferirá”<sup>310</sup> –contra entrega de su valor– a

---

<sup>308</sup> CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales...*, op. cit., p. 282.

<sup>309</sup> En igual sentido, Cfr. GONZALES BARRÓN, G. *Propiedad y...*, op. cit., p. 423.

<sup>310</sup> ABRUÑA PUYOL, A. *El régimen de...*, op. cit., p. 13.

los poseedores informales, de modo que directamente no son estos los sujetos directamente beneficiarios, sino es el Estado tal y como lo dispone la LMAE.

Hasta el momento se ha argumentado la validez de la LMAE en base a razones que son susceptibles de ser esbozadas tanto desde nuestra Constitución como en base a un análisis de orden procedimental. No obstante ello, si se quiere tener una óptica integral que permita avizorar mejor la situación para, en un momento posterior, aportar una solución más completa al asunto, será necesario acudir al Derecho Internacional y ahí será menester analizar de un lado los tratados que sobre el particular ha suscrito el Estado Peruano, como examinar la jurisprudencia de las Cortes Internacionales que interpretan esos tratados.

Así, para lo que nos interesa en este momento, el Estado Peruano ha ratificado la CADH<sup>311</sup>, siendo que conforme el artículo 55 de la Constitución y su IV DFT, el citado pacto forma parte del ordenamiento jurídico nacional, o mejor aun, es posible concluir de los citados dispositivos legales “que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución deben interpretarse a la luz tanto de la norma internacional vinculante para el Estado peruano como de los criterios interpretativos que de esas normas internacionales hayan formulados los Tribunales internacionales con jurisdicción sobre el Estado peruano”,<sup>312</sup>.

En ese sentido el derecho de propiedad debe, entonces, de interpretarse también a la luz de lo dispuesto tanto por las normas internacionales como por la jurisprudencia que hayan emitido las Cortes internacionales. Así, junto con la garantía que nuestra Constitución otorga al derecho de propiedad, la CADH ha dispuesto similar tutela al citado derecho estableciendo en su artículo 21 que “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar

---

<sup>311</sup> Ratificada por el Estado Peruano el 07 de diciembre de 1978.

<sup>312</sup> CASTILLO CÓRDOVA, L. *El tribunal constitucional peruano y su dinámica jurisprudencial*, Palestra, Lima, Palestra, 2008, p. 297.

tal uso y goce al interés social”, señalando seguidamente en su artículo 21.2 que “[n]inguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”. De modo que si bien nuestra Constitución en su artículo 70 no contempla *expresamente* como causal de expropiación el interés social<sup>313</sup>, sí lo hace la CADH; norma internacional que evidentemente vincula en su contenido al Estado Peruano.

En efecto, conviene recordar que los derechos fundamentales no solo deben de interpretarse de acuerdo con la normativa internacional, en este caso la CADH, sino también en función a los criterios interpretativos asumidos por las Cortes Internacionales que interpretan las citadas normas. Así, la CIDH comentando las casuales de expropiación forzosa ha dejado sentado que “[p]ara que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad consagrado en la Convención, debe fundarse en razones de utilidad pública o de *interés social*”<sup>314</sup>. Interpretación que según lo que venimos comentando también resulta vinculante para el Estado Peruano formando por ello el interés social también causa justificativa de expropiación forzosa en nuestro ordenamiento, desde que el TC ha establecido “que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos”<sup>315</sup>.

---

<sup>313</sup> Esto último debe ser matizado, pues conforme se verá cuando se aborde el tema de la *causa expropriandi*, el alcance de esta –en nuestro ordenamiento– ha evolucionado hasta incluir al interés social.

<sup>314</sup> Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, op. cit., párrafo 128 (cursiva añadida).

<sup>315</sup> Expediente N° 0007-2007-PI/TC, F. J. 36. Comparte esta postura GONZALES BARRÓN, G. *Propiedad y...*, op. cit., p. 429 y ss.

### 2.7.2. El sujeto expropiado.

Tradicionalmente se ha dicho en doctrina que el sujeto expropiado es aquel propietario del bien inmueble<sup>316</sup> sobre el cual se ejercitará la expropiación forzosa, adoptando de este modo un criterio formal. Sin embargo, somos de la opinión que tal criterio debe de ampliar su contenido hacia un criterio material que incluya dentro del concepto de sujeto expropiado a otros sujetos que sin ser propietarios formales del bien (v.g. meros poseedores), se ven afectados en el ejercicio de la potestad expropiatoria.

Es a la luz de esta cuestión, que puede suscitarse –en no pocas veces– en los procesos expropiatorios, que se ha decidido definir al sujeto expropiado desde un criterio material. Así, ostentará aquella posición tanto la persona física o jurídica “sujeta a soportar el ejercicio de la potestad de expropiación, aquel sobre cuyos derechos recae la expropiación”<sup>317</sup>.

El Ordenamiento Peruano ha advertido también esta situación, y si bien la posición de expropiado es una cualidad *ob rem*, esto es, establecida por su concreta relación con el objeto sobre el cual recaerá la potestad expropiatoria<sup>318</sup>, muchas veces la determinación del concreto sujeto expropiado resulta siendo un trámite dificultoso para la Administración correspondiente. De modo que, advertida esta situación, la LMAE ha decidido regular un elenco de supuestos destinados a establecer quién es el sujeto expropiado en una determinada expropiación forzosa:

- a) *Supuestos en los que el bien inmueble se encuentra inscrito:*
  - (i) Estando el bien inscrito se considerará como sujeto expropiado al sujeto que tenga inscrito su derecho de propiedad sobre el bien, salvo se advierta la presencia de un poseedor que adquirió por prescripción adquisitiva de dominio declarada judicial o

---

<sup>316</sup> Vid. PARADA VÁZQUEZ, J. op. cit., p. 557, PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de...*, op. cit., p. 776, SANTAMARÍA PASTOR, J. *Principios de derecho administrativo general...*, op. cit., p. 446.

<sup>317</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. op. cit., p. 49.

<sup>318</sup> Vid. ESCUIN PALOP, V. *Elementos de...*, op. cit., p. 204.

- notarialmente con cuyo título no se encuentra inscrito, en cuyo se entenderá como sujeto pasivo a este sujeto (artículo 6.1).
- (ii) Tratándose de un propietario con derecho no inscrito que acredita la propiedad del bien mediante documento de fecha cierta y el tracto sucesivo respecto del titular registral, se seguirá un procedimiento público con el fin de corroborar su propiedad sobre el inmueble, y si vencidos los diez días que establece la norma desde la última publicación ningún tercero acredita su propiedad, el propietario que acreditó su propiedad mediante documento de fecha cierta y tracto sucesivo con el titular registrado será considerado sujeto pasivo de la expropiación (artículo 6.2).
  - (iii) En el supuesto de que se trate de bienes de propiedad estatal de dominio privado, se considerará como sujeto pasivo al poseedor que de un lado cuente con más de diez años de antigüedad que presente título de posesión inscrito a su favor, o a aquel cuya posesión se ha producido en base a resolución judicial o administrativa (artículo 6.3).
  - (iv) En el supuesto que exista proceso judicial o arbitral en el cual se discute la titularidad del bien inmueble, se entenderá como sujeto pasivo a aquellos que consten en el registro y se constituyan como partes en el litigio. En este caso, el monto correspondiente al justiprecio se consigna a favor de la autoridad competente, hasta que se determine el mejor derecho de propiedad sobre el inmueble (artículo 6.4).
  - (v) En los casos que exista duplicidad registral, entendemos que la calidad de sujeto expropiado está constituida por los titulares registrales involucrados en la controversia (artículo 29.1). En este caso, el sujeto activo debe solicitar en la vía judicial la consignación del valor de la tasación a nombre de los titulares registrales involucrados. La mencionada consignación solo será entregada a la persona que en la vía judicial, arbitral u otro mecanismo de solución de controversia sea designada como legítimo propietario del bien inmueble (artículo 29.2).
  - (vi) Finalmente, en el caso de bienes inmuebles sujetos al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, se considera como sujeto pasivo a la Junta de Propietarios inscrita en el Registro de Propiedad Inmueble de la Oficina Registral correspondiente. Cabe advertir además, que dada la especialidad del régimen, la transferencia de los bienes comunes debe de aprobarse por

mayoría calificada. En ese sentido, “se considera mayoría calificada al voto conforme de cuando menos los propietarios de secciones de propiedad exclusiva que representen los dos tercios de las participaciones de los bienes comunes, incluyendo los porcentajes de quienes renunciaron a la Junta”<sup>319</sup>.

- b) *Supuestos en los que el bien inmueble no se encuentra inscrito:*
- (i) En este caso se iniciará el correspondiente procedimiento tendente a identificar al sujeto expropiado, el cual tendrá un plazo de diez días hábiles a partir de la última publicación del respectivo aviso para presentarse (artículo 7.1). Ahora bien, si transcurrido dicho plazo sin que se presente sujeto alguno que acredite su derecho de propiedad, se tendrá como sujeto pasivo al poseedor que cuente con más de diez años más de antigüedad que tenga título de posesión inscrito, o cuya posesión se haya originado en mérito a resolución judicial o administrativa (artículo 7.2). De no existir poseedores conforme lo señala precedentemente, se entenderá que el bien pertenece al Estado (artículo 7.4).

Por último, hay que precisar la existencia o no de determinados sujetos que debido a una concreta cualidad puedan ser excluidos de la posición de expropiados. La cuestión ha de resolverse en sentido positivo.

El primero de estos sujetos será el propio Estado, ya que conforme hemos mencionado previamente, los bienes tanto estatales de dominio público como privado no son objeto de expropiación, sino que si son requeridos para un determinado proyecto, la figura jurídica a utilizar será la afectación, o de ser el caso la mutación demanial.

---

<sup>319</sup> Artículo 148 del T.U.O del Reglamento de la Ley N° 27157, Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común, aprobado mediante Decreto Supremo 035-2006-VIVIENDA publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 08 de noviembre de 2006.

En igual sentido, tampoco son sujetos pasivos de expropiación forzosa los pueblos indígenas u originarios así como las comunidades campesinas y nativas conforme lo dispuesto en la Décima DCF de la LMAE.

Finalmente, y en principio tampoco podrán ser sujetos pasivos de expropiación forzosa las embajadas, misiones diplomáticas y organismos internacionales según lo dispuesto en los Tratados de los cuales el Perú es parte. Un ejemplo de ello, es lo establecido en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961<sup>320</sup> la cual en su artículo 22.3 ha dispuesto “[l]os locales de la misión, su mobiliario y demás bienes situados en ellos, así como los medios de transporte de la misión, no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución.” Sin embargo, cabe precisar que existe una salvedad a esta disposición<sup>321</sup>, la cual indica que los sujetos anteriormente mencionados podrán ser sujetos expropiados en aquellos casos en los cuales resulte de aplicación el Principio de Reciprocidad<sup>322</sup>.

## **2.8. La causa expropriandi.**

Cuando la doctrina o la jurisprudencia indican que corresponde al Poder Legislativo declarar la *causa* que legitima la expropiación forzosa, no están utilizando el término *causa* como adecuación del contenido del acto al fin que es perseguido por la norma en el caso concreto sino que el término es empleado para referirse al fundamento o a los motivos por los cuales se decide transferir coactivamente la propiedad del sujeto expropiado.

Asimismo, no hay que confundir la causa jurídica del acto con la finalidad pues por la primera se entiende justamente el motivo sobre el cual se sustenta la emisión de un concreto acto administrativo, mientras que la segunda refiere al objetivo que el mismo persigue. No obstante ello, pareciera que en la expropiación forzosa tal distinción no es tan estricta, ya que ciertamente causa y fin en el ámbito expropiatorio guardan una

---

<sup>320</sup> Ratificada por el Estado Peruano el 18 de diciembre de 1968.

<sup>321</sup> Prevista en el artículo 9 inciso 2 de la LMAE.

<sup>322</sup> A mayores, sobre el Principio de Reciprocidad *Cfr.* GOLDSTEIN, J. y FREEMAN, J. *Three-way street: strategic reciprocity in world politics*, University of Chicago Press, Chicago, 1990.

ineludible correlación<sup>323</sup>, al ser en la expropiación forzosa la causa que le legitima aquella concreta situación de necesidad pública o de seguridad nacional, mientras que el fin de la misma será el posterior destino exigido por la necesidad pública o de seguridad nacional al que se afectará el bien objeto de la expropiación.

Ahora bien, la *causa expropriandi* constituye un elemento cardinal en la expropiación forzosa cuyo ámbito no queda circunscripto a la declaración de necesidad pública o seguridad nacional que emitirá el Congreso de la República a través de la ley autoritativa, sino que la misma despliega su sentido antes, durante y después del proceso expropiatorio: a) con anterioridad, porque la existencia esa concreta necesidad pública o seguridad nacional será la que efectivamente decida la emisión de la correspondiente Ley por el Poder Legislativo; b) durante, porque es la causa la que legitima la expropiación a la cual deben ser destinados los bienes expropiados; y c) posterior, porque de no haberse afectado estos bienes a la finalidad que motivó la expropiación o porque no se inició la obra para la que se dispuso la misma, el sujeto expropiado podrá solicitar la reversión. De ahí, que se diga que la *causa expropriandi* se encuentra inserta de manera permanente en la expropiación forzosa<sup>324</sup>.

Concretamente en nuestro ordenamiento jurídico, la actual Constitución en su artículo 70 ha afirmado que “[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”. Así, en el ordenamiento peruano son dos las causas que legitiman la expropiación forzosa: la necesidad pública y la seguridad nacional, las cuales vienen siendo relativamente nuevas en relación con lo dispuesto sobre el particular por los anteriores textos constitucionales<sup>325</sup>, y distantes también de lo establecido en algunos textos constitucionales

---

<sup>323</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. op. cit., p. 63.

<sup>324</sup> Cfr. CASSAGNE, J. *Derecho administrativo*, Tomo II, 9ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 611.

<sup>325</sup> En ese sentido puede consultarse a RUBIO CORREA, M. *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo III, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 366 y ss.

latinoamericanos que optan por utilizar los conceptos de utilidad pública o interés social<sup>326</sup>.

No obstante esto, lo que interesa en este momento es averiguar si los citados términos conllevan una significación distinta respecto del concepto de necesidad pública utilizado por nuestra Constitución o si por el contrario es posible argumentar que el término necesidad pública subsume en él a los conceptos de utilidad pública e interés social. En cuanto al término seguridad nacional, este será analizado en un momento posterior de este mismo apartado.

En ese sentido, debemos iniciar indicando que es habitual en doctrina señalar que la expresión primigenia del concepto de necesidad pública se refería en los albores de su formulación a la realización de obras públicas<sup>327</sup>. No obstante, siguiendo a ESCUIN PALOP, se ha sostenido también que la *causa expropiandi* identificada originariamente con la necesidad pública se extendió luego al concepto de utilidad pública, alcanzando finalmente al interés social<sup>328</sup>. De modo que, es posible indicar con ello que los conceptos anteriormente citados revelan un desarrollo gradual de aquel fundamento que justificaba en la regulación decimonónica la expropiación forzosa.

Así, de acuerdo con esta línea de pensamiento<sup>329</sup>, se ha dicho que el término necesidad pública sería aquel concepto restrictivo cuyo contenido se identificaría con aquello que resulta indispensable para la consecución del interés público. Ahora bien, cuando se hace referencia a la utilidad pública como causa justificativa de una concreta expropiación forzosa se alude con ella a una causa más amplia conteniendo ya no solo a aquello que resulta imprescindible para el interés público sino también lo que

---

<sup>326</sup> Así, por ejemplo la Constitución Chilena establece en su artículo 24 que procede la “expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional”, en la vecina República Ecuatoriana la Constitución en su artículo 323 dispone que la expropiación procederá “por razones de utilidad pública o interés social y nacional”, y en Argentina la Constitución en su artículo 17 reconoce la “expropiación por causa de utilidad pública”.

<sup>327</sup> Vid. PARADA VÁZQUEZ, R op. cit., p. 558.

<sup>328</sup> ESCUIN PALOP, V. *Comentarios a...*, op. cit., p. 55

<sup>329</sup> Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J. “La utilidad pública y el interés social en la nueva ley de expropiación forzosa” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 324-325, Mayo-Junio, Madrid, 1955, pp. 259-262.

puede resultar útil al mismo.<sup>330</sup> Por último, este desarrollo gradual que ha experimentado la *causa expropriandi* no ha podido desplegarse al margen de la concepción que en cada tiempo y lugar se ha tenido tanto de la propiedad como del Estado, de forma que tanto la función social de la propiedad<sup>331</sup> como la caracterización del Estado como “social” han influenciado en el surgimiento del interés social como una causa que justifica el ejercicio de la potestad expropiatoria.

Explicado el desarrollo gradual que ha ido experimentando la causa justificativa de la expropiación forzosa, conviene ahora centrarnos en nuestro concreto ordenamiento y explicar cuál es el sentido del término “necesidad pública” utilizado tanto por nuestra Carta Magna como por la LMAE. Así, conviene preguntarse si estas normas ¿se estarán refiriendo a un contenido restrictivo vinculado exclusivamente a aquellos casos que resulten indispensables para el interés público, o acogerán por el contrario un concepto más amplio?

Quien intente ver en el presente cuestionamiento un problema que reviste únicamente una importancia de orden teórico tendrá posiblemente una visión sesgada de la situación, ya que muy por el contrario la necesidad de intentar dar una posible respuesta al mismo responde a una necesidad práctica exigida por nuestra concreta realidad, y es que en no pocas veces esta última supera con creces a la literalidad de un texto de forma que lo regulado por nuestro Derecho debe partir y ser acorde con lo que sucede en una concreta realidad que es justamente donde encuentra su aplicación junto con cualquier otra figura jurídica, la expropiación forzosa.

En ese orden de ideas, resultan realmente aleccionadoras las palabras de GONZÁLEZ PÉREZ quien en un reflexivo estudio sobre la utilidad pública y el interés social concluye decididamente apuntando que “[l]o que se entiende hoy por necesidad pública es algo radicalmente distinto de lo que se entendía hace un siglo”<sup>332</sup>. Así, si bien es cierto hay que entender cada concepto jurídico en el contexto en el cual surgió, no es menos cierto que intentar trasladar el contenido de aquel concepto tal y como se formuló en

---

<sup>330</sup> Un amplio elenco de posturas que definen y comparan los conceptos de necesidad pública y utilidad pública puede verse en HINOSTROZA MINGUEZ, A. *Procesos civiles relacionados con la propiedad y la posesión*, 2ª edición, Jurista Editores, Lima, 2011, p. 506.

<sup>331</sup> Vid. ESCUIN PALOP, V. *Comentarios a...*, op. cit., p. 56.

<sup>332</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J. op. cit., p. 286.

sus orígenes a una realidad tan disímil de aquella, es simplemente una operación carente de fundamentos. Y lo es, porque son varios los motivos que rechazan entender en la actualidad el contenido del término “necesidad pública” tal y como lo formularon las regulaciones decimonónicas; y que exigen, a su vez, dotarle de un nuevo sentido que mira prioritariamente a la realidad en la cual incidirá.

Así, dentro de estas razones que fundamentan tal cambio, encontramos en primer lugar la caracterización –tantas veces citada ya– de nuestro Estado como “social” de modo que al Estado no solo le compete velar por la no intromisión de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino que también le compete, como establece la Constitución en su artículo 44, el deber primordial de “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”. Y eso se logrará desplegando adecuadas y serias políticas en orden a promover la plena y efectiva eficacia de los derechos fundamentales.

Asimismo, y como segunda razón, ya hemos dicho que la expropiación forzosa no es un fin en sí misma sino que la misma sirve como instrumento para alcanzar un fin que le sobrepasa denominado bien común. Así, la expropiación forzosa deviene en un instrumento que utiliza el Estado para lograr la vigencia del bien común.

De acuerdo a ello, es este bien común –finalidad última a la que se destina el ejercicio de la potestad expropiatoria– el que no distingue en su formulación a la necesidad pública, a la utilidad pública o al interés social; sino que más bien los comprende, o mejor aun, tanto la necesidad pública como el interés social y la utilidad pública tienden a lograr el bien común. Por ello, estos términos no resultan antitéticos entre sí, de forma que si el Estado se debe a la consecución del bien común se deberá por ello tanto a la satisfacción de una necesidad pública como a la satisfacción de una causa de utilidad pública o de interés social que como repetimos no son conceptos contradictorios entre sí, estando los tres subsumidos en el concepto genérico de bien común<sup>333</sup>.

En tercer lugar, no debemos olvidar la función social que está llamada a cumplir la propiedad, ya que esta no puede ser ejercida marcada por un tinte individualista sino que la misma lleva ínsita una vocación

---

<sup>333</sup> En igual sentido *Cfr.* GONZALES BARRÓN, G. *Propiedad y...*, op. cit., pp. 397 y ss.

social desde que existe y se ejerce en armonía con el bien común. De acuerdo a ello, resultarán legítimas aquellas intervenciones que se promuevan en base al interés social, ya que este se orienta a lograr el bien común que es justamente el objetivo último –que no exclusivo– del ejercicio de la propiedad<sup>334</sup>.

Una cuarta razón que permite argumentar que el sentido que dota nuestra Constitución al concepto de necesidad pública abarca también a la utilidad pública como al interés social se halla en nuestra tradición constitucional que “desde 1856 considera a la utilidad pública y desde 1933 al interés social como causas de la expropiación”<sup>335</sup>.

Por último, no faltará aquel que alce su voz en son de crítica al cuarto argumento anteriormente expuesto, y ello sobre la inteligencia de que el mismo no resulta valedero desde que se basa en una normativa ya derogada aportando este únicamente un residual criterio histórico pero carente de vinculación.

A hacer frente a tal argumento, viene a colación esta quinta razón que defiende la validez de la utilidad pública y del interés social como causas comprendidas dentro del concepto de necesidad pública. Así, la misma encuentra su sustento en la CADH la cual deviene en norma vinculante para el Perú según la IV DFT de la CP, de forma que la interpretación de las disposiciones constitucionales que reconocen derechos, como lo es el artículo 70 CP, deben ser interpretadas en concordancia tanto de la norma internacional como de la jurisprudencia internacional. Norma internacional, que como ya dijimos, en este caso es la CADH siendo que la misma en su artículo 21, después de reconocer el derecho de propiedad, establece que procederá la expropiación forzosa tanto por razones de utilidad pública o de *interés social*<sup>336</sup>.

En ese sentido, “lo que ocurre es una suerte de traslación de contenido de la norma internacional a la norma constitucional peruana”<sup>337</sup>, traslación que en el caso concreto opera respecto de la utilidad pública y del interés social que pasan a justificar –dentro del concepto de necesidad pública– una concreta expropiación forzosa.

---

<sup>334</sup> *Ibíd.*, pp. 400 y 401.

<sup>335</sup> ABRUÑA PUYOL, A. *El régimen...*, op. cit., p. 17.

<sup>336</sup> *Cfr.* GONZALES BARRÓN, G. *Propiedad y...*, op. cit., p. 403.

<sup>337</sup> CASTILLO CÓRDOVA, L. *El Tribunal...*, op. cit., p. 308.

En atención a los argumentos esgrimidos, es posible concluir que el contenido de la necesidad pública se ha visto redimensionado en relación a su inicial formulación, incluyendo de esta forma tanto a la utilidad pública como al interés social.

Ahora bien, respecto a la segunda causa justificativa del ejercicio de la potestad expropiatoria contemplada por nuestra Constitución, esto es, la seguridad nacional conviene destacar las siguientes consideraciones. En primer lugar, habrá que indicar que el Estado está obligado a garantizar la seguridad de la nación tanto de manera íntegra y permanente como interna y externa de acuerdo con lo que establece la Constitución.

Así, cuando nos referimos al término seguridad nacional entendemos que este concepto “tiene que ver con la protección a la sociedad y al Estado de las amenazas exteriores (por ejemplo guerra con países vecinos), o internas (por ejemplo, subversión)”<sup>338</sup>, protección que estará a cargo tanto de las Fuerzas Armadas como de la Policía Nacional según lo dispuesto por la Carta Magna<sup>339</sup>.

Asimismo, y en relación con los sujetos que pueden solicitar la expropiación forzosa en base a esta causal, creemos que la posición de sujeto con iniciativa expropiatoria corresponde al Gobierno Nacional por ser la seguridad nacional una competencia exclusiva atribuida a este órgano según lo dispuesto por el artículo 4 inciso 2 literal b) de la LOPE. En buena cuenta, cuando la seguridad nacional ya sea interna y/o externamente se vea afectada se podrá –por aquella concreta causa– expropiar un bien inmueble coadyuvando de esta manera con el sostenimiento de la seguridad nacional.

Cabe mencionar que la *causa expropriandi* ya sea que se sustente en una necesidad pública en el sentido aquí indicado o en la seguridad

---

<sup>338</sup> BERNALES BALLESTEROS, E. *La Constitución de 1993: análisis comparado*, Konrad Adenauer, Lima, 1996, p. 332.

<sup>339</sup> Artículo 165 CP.- “Las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea. Tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República. Asumen el control del orden interno de conformidad con el artículo 137 de la Constitución.” Artículo 166.- “La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras”.

nacional, deberá estar “precisa[da], tasada y estimada por la ley”<sup>340</sup> que en nuestro ordenamiento no puede ser otra que Ley emitida por el Congreso de la República. En igual sentido se ha pronunciado el TC cuando ha dejado sentado que procede la expropiación forzosa cuando “existan motivos de seguridad nacional o de necesidad pública definidos por el Congreso de la República mediante una ley”<sup>341</sup>. Asimismo, hay que decir que los bienes sobre los cuales recaerá la potestad expropiatoria deberán ser aquellos “que sean estrictamente indispensables para el fin de la expropiación”<sup>342</sup>.

Por último, en relación con la *causa expropriandi* resta decir que hasta cierto momento existió un debate en doctrina en relación a que si la misma era o no justiciable. Un sector de la doctrina se pronunció en sentido negativo<sup>343</sup> sobre la base de que “la causal de necesidad pública o seguridad nacional constituye un acto de expresión soberana del Estado y por ende no justiciable”<sup>344</sup>. Sin embargo, es posible concluir que el sujeto expropiado puede contestar la declaración de necesidad pública o de seguridad nacional sobre la base de los siguientes argumentos.

En primer lugar, y como no podría ser de otra manera, hay que partir de la Constitución y de los principios que emanan de la misma. Así, según el principio de normatividad “todas las disposiciones contenidas en el texto constitucional no son simples declaraciones retóricas o enunciados de principios sin vinculación ni materialización alguna, sino que son disposiciones que deben obligar real y efectivamente a sus destinatarios”<sup>345</sup>.

De acuerdo a ello, si la Constitución es una norma jurídica y como tal vincula tanto al Poder Público como a los particulares, es posible

---

<sup>340</sup> ESCUIN PALOP, V. *Elementos de...*, op. cit., p. 205.

<sup>341</sup> Expediente N° 05614-2007-PA/TC, F. J. 11 (subrayado en el original).

<sup>342</sup> Artículo 15 de la LEF.

<sup>343</sup> Así por ejemplo MARTÍN TIRADO, R. op. cit., p. 151 y BORDA, G. *Manual de derecho civil: reales*, 6ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 233. Aunque este último autor acepta es revisable la declaración de utilidad pública únicamente en caso de extrema arbitrariedad.

<sup>344</sup> MARTÍN TIRADO, R. op. cit., p. 151.

<sup>345</sup> CASTILLO CÓRDOVA, L. “El contenido constitucional de los derechos como objeto de protección del proceso de amparo” en PALOMINO MANCHEGO, J. (Ed.), *El Derecho procesal constitucional Peruano: estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Tomo II, Grijley, Lima, 2005, pp. 566 y 567.

concluir que bajo la vigencia de este principio no existen, pues, zonas vedadas al control constitucional de forma que pretender “afirmar que existen actos de alguna entidad estatal [Poder Legislativo en este caso] cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder”<sup>346</sup>. Así, la ley que declara la necesidad pública o seguridad nacional emitida por el Poder Legislativo puede ser contestada por el sujeto expropiado desde que el principio de normatividad antes citado proscribiera la existencia de actuaciones vedadas al control constitucional.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el derecho de propiedad según nuestra Constitución es un derecho fundamental y es posible que la declaración de necesidad pública o seguridad nacional afecte su contenido constitucionalmente tutelado pudiéndose dar por ejemplo que a consecuencia de la declaración, se determinen inmuebles que no resulten idóneos, indispensable y razonables para la finalidad a la que tiende la expropiación. Y frente a aquellas concretas afectaciones se ha previsto la garantía constitucional del amparo, de modo que si la declaración de necesidad pública o seguridad nacional vulnera ese contenido, el sujeto expropiado puede instar el ejercicio de la correspondiente acción de amparo en orden a reponer el estado de las cosas a la situación anterior de aquella transgresión, disponiéndose de este modo la vigencia del derecho de propiedad<sup>347</sup>.

Ahora bien, dicho esto, la LMAE establece en su artículo 32 que el acto administrativo que ejecuta la expropiación forzosa es inimpugnabile. Ciertamente, tal artículo carece de argumentos jurídicos sólidos que permitan mantener su vigencia, pues tanto el Estado de Derecho en el cual convivimos como la plena vigencia de los derechos fundamentales, hacen rechazar del todo su validez en nuestro ordenamiento jurídico<sup>348</sup>.

Finalmente, y en relación con la vía en la cual ha de impugnarse tal acto, cabe añadir –siguiendo a ABRUÑA PUYOL y BACA ONETO– que tal acto administrativo que ejecuta la expropiación forzosa es un acto que pone

---

<sup>346</sup> Expediente N° 5854-2005-PA/TC, F. J. 7.

<sup>347</sup> En igual sentido puede verse ABRUÑA PUYOL, A. *El régimen...*, op. cit., p. 18.

<sup>348</sup> Un elenco de razones que sustentan el cuestionamiento de tal acto puede encontrarse en ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V. *Lección 20...*, op. cit., p. 19.

fin a la instancia administrativa, y como tal, es plenamente cuestionable en la vía judicial tal y como lo dispone nuestra Constitución<sup>349</sup>.

## **2.9. Los efectos de la expropiación forzosa.**

Ya previamente habíamos hecho notar los dos efectos que la doctrina comúnmente atribuye a la expropiación forzosa. Así, habíamos dejado sentado que el primero de ellos es la transferencia forzosa del bien expropiado, mientras que el segundo, está vinculado con la obligación de hacer efectivo el pago del justiprecio al sujeto expropiado. En las siguientes líneas, ahondaremos en el estudio de los citados efectos.

### **2.9.1. La transferencia forzosa del bien.**

Conforme hemos venido señalando a lo largo de nuestro estudio, el efecto primario de la expropiación es la transferencia forzosa de la propiedad del sujeto expropiado, la cual será afectada, posteriormente, a esa concreta causa de necesidad pública o de seguridad nacional. Como consecuencia de esta transferencia forzosa el sujeto expropiado cede la titularidad del bien al Estado extinguiéndose de esta forma su concreto dominio sobre esa determinada propiedad; sin embargo el valor económico de su propiedad se mantiene intacto “pues el afectado sigue siendo titular del derecho constitucional que ahora protege bienes distintos pero de igual valor económico”<sup>350</sup>.

Hemos dejado sentado también, que esto es posible gracias a que el contenido esencial del derecho de propiedad no exige necesariamente la tenencia física de un determinado bien, pero sí reclama la existencia de su valor económico, pues, el bien humano detrás del derecho de propiedad apunta preferentemente a la valoración económica del bien<sup>351</sup>.

---

<sup>349</sup> Ídem.

<sup>350</sup> VELÁSQUEZ, R. “Inconstitucionalidad del impuesto a la renta sobre el justiprecio de las expropiaciones” en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 13, Octubre, Lima, 2013, p. 361.

<sup>351</sup> Así, COMPORTI entendía que “el interés protegido en la propiedad es el aprovechamiento del bien” que deberá hacerse de cara a la sociedad de la que se es miembro. COMPORTI cit. por GONZALES BARRÓN, G. *Propiedad y...*, op. cit., p. 191.

Asimismo, cabe añadir que la privación de la propiedad es singular desde que afecta a un número concreto de bienes inmuebles<sup>352</sup> cuyos titulares (sujetos expropiados) deberán a su vez estar debidamente determinados en el correspondiente acto administrativo que ejecute la expropiación forzosa.

Ahora bien, el ejercicio de la potestad expropiatoria por la Administración es modulada por el principio de proporcionalidad al menos en dos concretos sentidos. El primero, viene dado en relación con el ejercicio de la propia potestad expropiatoria pues la aplicación de esta, al incidir en la propiedad del administrado, debe de resultar estrictamente necesaria guardando la debida proporcionalidad con la finalidad que se desea cumplir. De forma que, el ejercicio de la potestad expropiatoria debe de resultar idóneo para la obtención del objetivo que se persigue con su dictado (subprincipio de idoneidad).

Asimismo, previamente se debió haber evaluado si la expropiación forzosa resultaba estrictamente necesaria para satisfacer aquella causa de necesidad pública o de seguridad nacional, es decir que antes de decidirse por la expropiación forzosa se debió de haber evaluado si no existían otras medidas igualmente efectivas y que resulten menos invasivas para la esfera jurídica del administrado, que permitan igualmente satisfacer aquellas causas de necesidad o seguridad (subprincipio de necesidad).

Por último, resta decir que previo a la adopción de la potestad expropiatoria se debió haber previsto que el ejercicio de la misma resulta razonable para la satisfacer las exigencias del bien común singularizadas en una concreta causa de necesidad pública o de seguridad nacional (subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu*).

Igualmente, puede decirse que el principio de proporcionalidad también se encuentra ínsito en la determinación de los concretos bienes a expropiar. Determinación de inmuebles que de no resultar idóneos, indispensables y razonables para la finalidad a la que tiende la expropiación, podrá –y de hecho se hará– ser discutida cuando se cuestione la declaración de necesidad pública o de seguridad nacional.

---

<sup>352</sup> Cfr. LÓPEZ MENUDO, F., CARRILLO DONAIRE, J., y GUICHOT REINA, E. op. cit., p. 24

De acuerdo a ello, los bienes que deberán ser transferidos por efecto del ejercicio de la potestad expropiatoria deberán previamente de cumplir ciertos requisitos. Así, se deberá demostrar que la finalidad que se persigue con el dictado de la expropiación forzosa exige el específico despojo de aquel concreto inmueble y no de otro, y es que “[l]a garantía constitucional de la propiedad, que está en la base de la regulación expropiatoria, sería una simple entelequia si la Administración [o el Parlamento] pudiese escoger a su albur y con inmunidad judicial completa los bienes concretos que han de sufrir la expropiación”<sup>353</sup>. De igual manera, la determinación de aquellos bienes se sustenta en que se ha previsto que aquellos resultan estrictamente indispensables para asegurar el fin que se persigue con la expropiación.

Ahora bien, cuando se aborda el tema de la transferencia de la propiedad en la expropiación forzosa resulta de imperativa necesidad precisar en qué momento del procedimiento ocurre esta. La LMAE no regula expresamente el momento en que ocurre la transferencia de la propiedad, pero a nuestro parecer la citada Ley sí entiende que la misma debe operar de manera posterior al pago o consignación del justiprecio.

Muestra de ello, es el artículo 30 de LMAE. Esto, porque este artículo dispone que para la inscripción registral del inmueble se requerirá al sujeto activo copia fedateada del documento que acredite la consignación de la tasación realizada en favor del sujeto pasivo, operando por ello la transferencia y ulterior inscripción después de haberse consignado el monto correspondiente al justiprecio<sup>354</sup>.

Ahora bien, lo desarrollado por la LMAE es a nuestra consideración una concreción de lo ordenado por el texto constitucional desde que el mismo dispone que no se podrá privar la propiedad de ninguna persona “sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y *previo pago* en efectivo de indemnización justipreciada”<sup>355</sup> de modo que con fundamento en ello, es posible concluir que la transferencia del

---

<sup>353</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. op. cit., p. 273.

<sup>354</sup> En igual sentido pueden consultarse los artículos 4.4 y 24.2 de la LMAE.

<sup>355</sup> Artículo 70 de la CP (cursiva añadida).

bien tendrá lugar cuando se haga efectivo el pago del monto correspondiente al justiprecio.

### **2.9.2. El pago que el Estado debe efectuar a favor del sujeto expropiado.**

Tradicionalmente se ha expuesto que el pago que debe realizar el Estado a favor del expropiado, constituye el segundo efecto del ejercicio de la potestad expropiatoria. Como es evidente, la importancia del tema con el objeto de nuestro estudio es manifiesta, razón por la cual hemos decidido abordarlo con mayor detalle en el subcapítulo siguiente. Sin embargo, dedicaremos las siguientes líneas a esbozar algunos aspectos relacionados con el justiprecio a modo de introducción.

Así, en primer lugar para estar frente a una expropiación constitucionalmente válida es preciso, según lo ordenado por la Constitución, que se cancele previamente al sujeto expropiado el monto correspondiente al justiprecio<sup>356</sup>. De ahí, que la expropiación implique el derecho a recibir un justo y previo pago que mantenga el valor económico del patrimonio del sujeto expropiado.

Desde esta perspectiva, el justiprecio se encuentra íntimamente ligado con una nota esencial atribuida a este, la cual ha sido esbozada ya hace algunos años en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Esta es, su carácter “previo” al efectivo desapoderamiento del bien.

---

<sup>356</sup> Respecto del pago por consignación regulado en la LMAE, suscribimos las palabras de ABRUÑA PUYOL y BACA ONETO quienes sobre el particular tiene dicho lo siguiente “[t]anto la CP (70) como la LMAE (4.4 y 24.2) exigen el previo pago para finalizar el procedimiento de expropiación. Como acabamos de ver la LMAE solo exige la consignación. Por otro lado la propia LMAE señala que la consignación surte efectos respecto del sujeto activo con independencia de quien sea el sujeto pasivo (27, 2º p.), por lo que habría que concluir que se equipara al previo pago ¿Es suficiente para cumplir el mandato constitucional? El pago por consignación se encuentra regulado en el Cc en los artículos 1251 a 1255 y se exigen ciertos requisitos, cumplidos los cuales, efectivamente, se tiene por pagado el monto en discusión, aún con lo que señalado a mi entender es otro punto que merece un mayor estudio, pues la garantía de la indemnidad de la propiedad que exige la constitución no parece que se encuentre resguardada de la mejor forma sustituyendo, que no es otra cosa lo que hace la ley, el previo pago por la consignación”. ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V. *Lección 20...*, op. cit., p. 21.

La configuración del justiprecio como presupuesto legitimador, y por ello condicionante de validez de la expropiación forzosa ha sido también materia de pronunciamiento por un amplio sector de la doctrina<sup>357</sup>. Así, SANTAMARÍA PASTOR sobre el particular tiene dicho que “[e]l abono al expropiado del valor del bien del que se le priva constituye un presupuesto del efecto ablatorio de la potestad”<sup>358</sup>.

De acuerdo a lo expuesto, el justiprecio no se configura en estricto como un efecto de la expropiación sino que el mismo, debe ser tenido como un presupuesto de validez para el ejercicio de la potestad expropiatoria<sup>359</sup>.

Asimismo, el justiprecio constituye no solo un presupuesto para el ejercicio de la potestad expropiatoria sino que el mismo se erige como un elemento esencial de la operación expropiatoria, de modo que faltando aquel no solo se estaría ante una confiscación sino que tal actuación vulneraría el contenido esencial del derecho de propiedad, porque si bien este autoriza a la transferencia del bien bajo ningún término autoriza a una disminución patrimonial.

Acorde con lo expuesto, y siendo el justiprecio un presupuesto que otorga legitimidad a la expropiación forzosa, hemos de señalar que el pago del mismo al sujeto expropiado constituye una auténtica obligación para el sujeto activo de la expropiación, debiéndose entender por obligación aquella situación de deber que importa la “necesidad jurídica de realizar una determinada conducta de hacer o de no hacer, que el sistema normativo establece en beneficio o utilidad de una tercera persona, la cual ostenta el poder de exigirla”<sup>360</sup>.

---

<sup>357</sup> En ese sentido *Cfr.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. op. cit., p. 289, MARIENHOFF, M. op. cit., p. 220 y PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de...*, op. cit., p. 779.

<sup>358</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. *Principios de derecho administrativo general...*, op. cit., p. 453.

<sup>359</sup> *Cfr.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. op. cit., p. 112. En igual sentido se ha pronunciado MARIENHOFF quien sobre el particular tiene dicho que el justiprecio “constituye un requisito de la legitimidad del acto expropiatorio”. MARIENHOFF, M. op. cit., p. 220. Asimismo, BERMEJO ha dejado sentado que “la correspondiente indemnización sugiere algo más concreto, en la medida en que, por encima de su requerimiento abstracto, resulta condición necesaria del ejercicio de la potestad expropiatoria”. BERMEJO VERA, J. *Derecho administrativo: parte especial*, 4ª edición, Civitas, Madrid, 1999, p. 107.

<sup>360</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. *Principios de derecho administrativo...*, op. cit., p. 407.

Por otro lado, la importancia intrínseca que representa el justiprecio es tal, que viene a ser regulado –al igual que en muchos otros ordenamientos<sup>361</sup>– desde el propio texto constitucional (artículo 70 CP). La razón de ello pasa por comprender que el *justum pretium* constituye no solo un límite al ejercicio de la potestad expropiatoria sino que el mismo se erige como una verdadera garantía patrimonial para el sujeto pasivo que se ve inmerso en un procedimiento expropiatorio.

Así, SANTAMARÍA PASTOR tiene dicho que el principio de “garantía patrimonial equivale al derecho de los particulares a mantener la integridad del valor económico de su patrimonio frente a las inmisiones singulares de que éste puede ser objeto por parte de los poderes públicos”<sup>362</sup>. De ahí, que al ser la expropiación forzosa una inmisión singular la misma conlleve necesariamente una garantía patrimonial de integridad en favor del sujeto expropiado. Esta garantía, supone que tras la ejecución del acto expropiatorio se debe mantener la integridad del valor económico del patrimonio del sujeto expropiado.

Asimismo, hay que decir que el adjetivo “justo” que se predica del concepto de justiprecio, no responde a una mera cuestión terminológica. Lo que el término justo imprime al término justiprecio, no es otra cosa que la propia esencia de este, pues si faltase la justicia en aquel valor estaríamos frente a cualquier otro término menos a lo que se conoce como justiprecio.

---

<sup>361</sup> Así, la Constitución Argentina ha dispuesto en su artículo 17 que “[l]a propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada”. En igual sentido, la Constitución Ecuatoriana en su artículo 323 ha establecido que “[c]on el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley”. Por último, la Constitución Colombiana refiriéndose a la expropiación tiene dicho que la misma procederá “[p]or motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa”.

<sup>362</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 221.

Es en ese orden de ideas que se puede decir que para que el justiprecio sea tal, este deberá ser previo tal y como establece la Constitución, de igual manera está llamado a ser integral pues deberá comprender todos aquellos rubros que permitan mantener íntegro el valor del patrimonio del expropiado; asimismo deberá ser actual, pues el sujeto pasivo deberá de recibir el valor actualizado de aquellos rubros que componen el justiprecio al momento del pago; y por último, deberá de ser entregado en dinero.

De acuerdo a ello, se vulnerará la citada garantía cuando no se pague o consigne el valor del justiprecio al sujeto expropiado; o cuando pagándose, el valor de aquel no sea justo. Así, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto y ha manifestado que la expropiación será inconstitucional cuando “[e]xista la ley del Congreso de la República que señale alguno de los motivos de expropiación contemplados en la Constitución, pero ésta se produce sin indemnización”<sup>363</sup>, de forma que en aquel supuesto el Estado no expropia una propiedad sino que confisca la misma.

Asimismo, debemos indicar de modo general que los valores que componen el justiprecio de acuerdo con el artículo 13 de la LMAE son el valor comercial del bien que se expropia y la compensación por el eventual daño económico que el sujeto activo de la expropiación deberá abonar en caso se acrediten daños y perjuicios para el sujeto pasivo.

De igual manera, y conforme ya hemos tenido oportunidad de señalar al abordar el primer efecto que produce el ejercicio de la potestad expropiatoria, hemos de decir –sin perjuicio de su posterior análisis– que el momento en que debe efectuarse el pago del justiprecio es previo a la transferencia de la propiedad conforme lo ordenado por nuestra Constitución.

Por último, y haciendo una síntesis de los planteamientos hasta aquí expuestos relativos al justiprecio debemos indicar que la idea central sobre la cual se debe erigir cualquier formulación que sobre el mismo se haga, es que expropiación forzosa y justiprecio son dos

---

<sup>363</sup> Expediente N° 05614-2007-PA/TC, F. J. 13.

conceptos íntimamente ligados y esto es así desde que “el instituto expropiatorio descansa en la idea fundamental de alcanzar la equilibrada compensación patrimonial”<sup>364</sup> en orden a que permanezca íntegro el valor económico del patrimonio del expropiado.

## 2.10. El Procedimiento Expropiatorio.

Es evidente que la expropiación forzosa requiere para su legítimo ejercicio de la existencia de un previo y adecuado procedimiento, de forma que el mismo no solo se instaura como un límite en el ejercicio de la potestad expropiatoria sino que a su vez se constituye como una real y efectiva garantía para los administrados inmersos en una expropiación forzosa. De allí, que la expropiación forzosa se sujete “a un procedimiento tasado y riguroso, cuya formalidad se impone *ad solemnitatem*, de modo que al margen de él no hay expropiación, sino vía de hecho”<sup>365</sup>.

De esta forma, el procedimiento expropiatorio puede definirse como aquel cauce formal que cobija a una complejidad de actos destinados a transferir forzosamente –previo pago del justiprecio– una determinada propiedad en orden a satisfacer una concreta causa de necesidad pública o de seguridad nacional conforme lo dispuesto por la Constitución.

En buena cuenta, la sujeción al procedimiento expropiatorio –así como a cualquier otro procedimiento– asegura de un lado que la actuación del Poder Público se sujete a Derecho; y de otro lado, la observancia del mismo constituye una garantía para el sujeto expropiado que si bien se ve desposeído de la materialidad de su bien no se ve afectado en su valor económico salvaguardado así su derecho de propiedad.

Resulta pertinente acotar que en nuestro Ordenamiento de acuerdo con una interpretación sistemática tanto del artículo 70 de la CP<sup>366</sup> como

---

<sup>364</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Español del 17 de junio de 1987.

<sup>365</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. op. cit., p. 266 (cursiva en el original).

<sup>366</sup> “(...) 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” (cursiva añadida).

del artículo 24.2 de la LMAE<sup>367</sup>, el procedimiento expropiatorio no se limita al ejercicio de la potestad expropiatoria por parte de la Administración, sino que el mismo comprende las actuaciones tanto del Poder Legislativo como las del Poder Judicial o del Tribunal Arbitral de ser el caso, de manera que “[e]n efecto, en el desarrollo de los procesos expropiatorios los diversos poderes del Estado ejercen un rol fundamental que permite garantizar [tanto la validez como] la eficacia del procedimiento”<sup>368</sup>.

### **2.10.1. La etapa legislativa.**

La potestad expropiatoria como cualquier otra potestad atribuida a la Administración se encuentra sometida al Principio de Legalidad, el cual en su vertiente positiva señala que toda la actuación administrativa debe de sustentarse en una norma, la misma que para el caso de la expropiación forzosa deberá tener el carácter de rango de ley, concretamente una Ley emitida por el Congreso de la República. Así, la Ley emitida por el Parlamento no solo atribuirá la potestad expropiatoria a la Administración correspondiente sino que también determinará su contenido y con ello los límites a los que cuales deberá sujetarse aquella actuación administrativa.

Ahora bien, nuestra Constitución es clara en afirmar que la expropiación solo procederá por causa de necesidad pública o de seguridad nacional las cuales deben haber sido previamente declaradas por Ley, siendo esta la única facultada a determinar qué casos se encuentran incluidos o no dentro del concepto de necesidad pública o de seguridad nacional, estándole vedado aquella operación a la Administración.

Ciertamente, la Constitución no exige para la procedencia de la expropiación una Ley emitida por el Congreso de la República,

---

<sup>367</sup> “La expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del *Congreso* en favor del Estado, a iniciativa del *Poder Ejecutivo, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales*, de inmuebles que se requieran para la ejecución de Obras de Infraestructura o por otras razones de necesidad pública o de seguridad nacional declaradas por ley; y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio al Sujeto Pasivo” (cursiva añadida).

<sup>368</sup> MARTÍN TIRADO, R. op. cit., p. 136.

limitándose a señalar que aquella debe de tener asidero jurídico sobre la base de una ley<sup>369</sup>. La exigencia de una ley del Parlamento es concreción tanto de la LMAE (artículo 24.2) como de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>370</sup>.

Dentro de las razones que pueden abonar a tal regulación, podemos citar las siguientes. En primer lugar, al tratarse de un ley emitida por el Parlamento se investirá a la misma con el consentimiento de la representación popular, siendo además que al ser una ley del Congreso, se entiende que aquella fungirá como una verdadera garantía frente al derecho de propiedad del sujeto a expropiar, dadas las características propias que reviste el procedimiento de debate y aprobación previsto para este tipo de normas<sup>371</sup>. Asimismo, es evidente que este procedimiento legislativo consiente la intervención de las minorías así como la formación de una opinión pública que ciertamente pueden coadyuvar a plantear propuestas, que resultando igualmente idóneas con la finalidad perseguida, sean menos invasivas de la propiedad privada.

Ahora bien, y acudiendo al Derecho Comparado, el término “ley” también aparece en el texto de la CADH cuando el mismo dispone en su artículo 21 que “[n]inguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”. El uso del vocablo ley es empleado en diversas disposiciones de la Convención, siendo una de ellas el artículo 30 el cual dispone que “[l]as restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino

---

<sup>369</sup> Similar situación se ha suscitado respecto del Principio de subsidiariedad reconocido en la CP. En ese sentido, *Cfr.* CHANG CHUYES, G. “La subsidiariedad del Estado en materia económica. Un comentario al precedente de observancia obligatoria Res. N° 3134-2010/SC1-INDECOPI” en CASTILLO CÓRDOVA, L. y BECERRA GÓMEZ, A. (Coords.), *II Convención estudiantil de Derecho Público*, Palestra, Lima, 2015, pp. 150 y ss.

<sup>370</sup> Así, el Supremo Intérprete de la Constitución ha establecido que el ejercicio de la potestad expropiatoria en nuestro ordenamiento “[e]stá sujeto a una reserva de ley absoluta, es decir, debe declararse mediante una ley expedida por el Congreso de la República”. Expediente N° 0031-2004-AI/TC, F. J. 6. b).

<sup>371</sup> El procedimiento está previsto en el artículo 72 y siguientes del Reglamento del Congreso.

conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

En determinado momento surgió un problema interpretativo respecto al sentido que debía de asumirse en relación con el término “ley” y como es lógico se planteó a la Corte el significado que se debían adoptar los Estados parte respecto al mencionado vocablo utilizado en el artículo 30 de la citada Convención<sup>372</sup>.

La Corte mediante opinión consultiva OC-6/86 resolvió que el término “leyes” utilizado en el artículo 30 de la Convención debía ser interpretado como aquellos “actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo”<sup>373</sup>. Dispuso además, que si bien la consulta se limitaba al término “leyes” empleado por el artículo 30 de la Convención, ello no era óbice para que “los criterios del artículo 30 sí resultan aplicables a todos aquellos casos en que la expresión ley o locuciones equivalentes son empleadas por la Convención a propósito de las restricciones que ella misma autoriza respecto de cada uno de los derechos protegidos”<sup>374</sup> como es el caso de la expropiación forzosa prevista en el artículo 21.

De acuerdo a ello, por tanto, la ley a la que hace alusión la Convención cuando regula la expropiación forzosa no es otra que aquella “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos”<sup>375</sup>, esto es, una norma emitida por el Parlamento tal y como lo ha dispuesto el artículo 24.2 de la LMAE.

Asimismo, la exigencia de una Ley emitida por el Congreso ha venido a ser confirmada por el TC, quien en reiterada jurisprudencia<sup>376</sup> ha dejado sentado el criterio interpretativo basado en la necesidad de una Ley emitida por el Congreso de la República

---

<sup>372</sup> La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo 1986, CIDH, Serie A, N° 6.

<sup>373</sup> *Ibidem*, párrafo 35.

<sup>374</sup> *Ibidem*, párrafo 17.

<sup>375</sup> *Ibidem*, párrafo. 38.

<sup>376</sup> *Vid.* Expediente N° 00864-2009-PA/TC, F.J. 21; Expediente N° 00018-2007-PI/TC, F. J. 12; Expediente N° 0031-2004-AI/TC, F. J. 6.

para la procedencia de la expropiación forzosa. Así, el Alto Tribunal tiene dicho que se estará frente a una expropiación inconstitucional cuando “[n]o exista la ley del Congreso de la República que declare la expropiación sino otra norma con rango de ley”<sup>377</sup>.

De acuerdo a ello, y siendo únicamente una ley emitida por el Parlamento la que autorice la expropiación forzosa, es lógico que la misma ley será la que se encargue de determinar qué casos son los que se encuentran subsumidos en los conceptos de necesidad pública o de seguridad nacional, debiendo por tanto la misma ley establecer el destino que se les dará a los bienes expropiados, exigiéndose por tanto –en palabras del Tribunal Constitucional– que “exista una ley del Congreso de la República que exprese alguno de los motivos contemplados en la Constitución”<sup>378</sup>.

Finalmente, y de acuerdo a ello, la declaración de los bienes afectados a una concreta causa de necesidad pública o de seguridad nacional podrá hacerse de manera singular conforme lo establece el artículo 25 de la LMAE, o de manera genérica debiendo en este caso la correspondiente Administración proceder a complementar la ley autoritativa individualizando, en el respectivo acto, los bienes necesarios para satisfacer la finalidad concreta que motiva la expropiación forzosa.

## **2.10.2. La etapa administrativa.**

### **2.10.2.1. De los actos administrativos para ejecutar la expropiación forzosa.**

Iniciado el procedimiento expropiatorio con la ley autoritativa que al efecto emita el Congreso de la República, la ejecución de la expropiación forzosa se realizará por medio del acto administrativo no normativo contenido en la respectiva Resolución Ministerial si se trata del Poder Ejecutivo, o en el correspondiente Acuerdo de Concejo Local si se trata del

---

<sup>377</sup> Expediente N° 05614-2007-PA/TC, F.J. 13.

<sup>378</sup> Expediente N° 01342-2012-PA/TC, F.J. 9.

Gobierno Local, o por último en el Acuerdo de Consejo Regional de tratarse del Gobierno Regional<sup>379</sup>.

Las resoluciones tendentes a ejecutar la correspondiente expropiación forzosa deberán contener en primer lugar tanto la debida identificación al sujeto activo como la correcta identificación del sujeto beneficiario de corresponder. Asimismo, se deberá identificar al sujeto pasivo de conformidad con el informe expedido por el Registro correspondiente el cual deberá contener el nombre del propietario del inmueble a expropiar, las posibles duplicidades registrales así como las cargas y gravámenes que puedan existir. Si el bien no se encuentra registrado, la identificación del sujeto pasivo se determinará de acuerdo al procedimiento público prescrito por la LMAE. La resolución deberá de precisar también el predio objeto de la expropiación de acuerdo a coordenadas UTM de validez universal. En igual sentido, deberá aprobar de un lado el valor de la tasación y la respectiva orden de consignación de dicho monto en el Banco de la Nación; y de otro, aprobará tanto la orden de inscribir el bien a favor del sujeto beneficiario como la orden de notificar al sujeto pasivo a efectos de requerirle la desocupación y posterior entrega del inmueble.

#### **2.10.2.2. Del trato directo.**

La etapa del trato directo supone un “acuerdo” entre el sujeto activo y el sujeto pasivo respecto tanto del bien objeto de la adquisición<sup>380</sup> como del monto a cancelar al sujeto pasivo

---

<sup>379</sup> Cfr. ABRUÑA PUYOL, A. *El régimen...*, op. cit., p. 12.

<sup>380</sup> La LMAE define en su artículo 4.1 a la adquisición como “transferencia voluntaria de la propiedad del inmueble necesario para la ejecución de la Obra de Infraestructura, del Sujeto Pasivo a favor del Beneficiario como resultado del trato directo”. Según esta definición, pareciera que la naturaleza jurídica de este “acuerdo” es la de ser un contrato de compraventa, sin embargo si se aprecia detenidamente se podrá observar que si el sujeto pasivo decide no transferir su bien, se dará por finalizada la fase del trato directo iniciándose inmediatamente el proceso de expropiación, en buena cuenta si el particular decide no ceder su bien, el Estado lo expropiará. Esto que venimos comentando genera ciertas dudas acerca que la adquisición suponga un acuerdo voluntario pues si esta no se realiza, se expropiará el bien. Dejamos planteado el tema pues el objeto de nuestro trabajo ciertamente limita nuestra línea de investigación, no sin antes animarnos a expresar que la

por concepto de justiprecio. En cuanto a su procedencia, la LMAE dispone en su artículo 21.7 que no procederá la suscripción del acuerdo de adquisición producto del trato directo cuando exista duplicidad registral sobre el inmueble, o cuando se advierta la existencia de un proceso judicial en el cual se discuta la propiedad del predio.

El procedimiento que sigue el trato directo ha sido establecido en los artículos 16, 18, 20, 23 y 24 de la LMAE. Así, verificada la exigencia expuesta en el párrafo anterior, el sujeto activo comunicará dentro del plazo de diez días hábiles de identificados los inmuebles requeridos para la ejecución de la Obra de Infraestructura, esta situación a los ocupantes del predio.

Efectuada la tasación en un plazo que no excederá de dos meses de designado el perito, la misma será enviada al sujeto activo de la expropiación. Una vez recepcionada esta, el sujeto activo cuenta con un plazo de diez días hábiles desde la recepción para hacer llegar al sujeto pasivo la respectiva Carta de Intención de Adquisición.

El sujeto pasivo podrá, en el plazo de quince días hábiles de recepcionada la oferta, presentar su aceptación a la misma. Siendo este el caso, dentro del plazo de diez días hábiles de recibida la aceptación del sujeto pasivo, el sujeto activo aprueba el valor de la tasación y su pago. Tratándose del Poder Ejecutivo tal aprobación constará en una resolución ministerial, siendo el Gobierno Regional la misma se hará a través de Resolución del Gobernador, finalmente siendo el Gobierno Local aquella se efectuará mediante Decreto de Alcaldía.

Emitida la norma, el sujeto activo cuenta con un plazo de veinte días hábiles para gestionar tanto la suscripción del documento de transferencia como para efectuar el pago íntegro del valor de la tasación<sup>381</sup>. La demora en el pago del mismo

---

determinación de la naturaleza jurídica de la adquisición constituye un tema bastante interesante para ser tratado en un futuro trabajo.

<sup>381</sup> Cabe señalar, que en los supuestos que el sujeto pasivo decida transferir su propiedad bajo el procedimiento del Trato directo, se le abonará a aquel un incentivo

genera intereses legales siendo el *dies ad quo* de estos el día posterior al vencimiento de los diez días hábiles que hemos mencionado en el párrafo anterior, mientras que el *dies ad quem* será el día en que se haga efectivo el pago íntegro del valor de la tasación. Efectuado el pago correspondiente, el sujeto pasivo deberá desocupar y entregar el bien en el plazo máximo de veinte días hábiles, de no hacerlo se procederá a dar inicio al procedimiento de ejecución coactiva.

En cambio, si transcurrido el plazo de quince días hábiles de recibida la carta de intención el sujeto pasivo no ha aceptado la misma, se entiende que aquella ha sido rechazada dándose con ello inicio al procedimiento de expropiación.

Finalmente, cabe indicar además que el sujeto activo puede encargar al inversionista los trámites correspondientes a la etapa de trato directo. Siendo este el caso, el inversionista se obliga a adquirir la propiedad del inmueble a favor del sujeto beneficiario, pudiendo los costos derivados de la adquisición ser asumidos por el sujeto activo, o pueden ser asumidos por el inversionista incorporándolos en su oferta. En este caso el sujeto activo, deberá de reembolsar tanto el monto pagado al sujeto pasivo por concepto de adquisición del inmueble teniendo como límite el valor de la tasación, así como el valor de los gastos incurridos los cuales deberán estar debidamente sustentados.

### **2.10.3. De la vía judicial o arbitral.**

Agotadas las negociaciones sin acuerdo para la adquisición del inmueble a través del trato directo, se procederá a dar inicio a la vía judicial o arbitral.

---

correspondiente al 10% del valor comercial del inmueble conforme lo dispuesto por el artículo 4.5 de la LMAE.

### 2.10.3.1. Del procedimiento judicial.

El procedimiento seguido en la vía judicial está regulado en los artículos 486, 488, 519 y siguientes del CPC. Así, el primero de los citados dispositivos legales establece que el proceso aplicable al procedimiento de expropiación es el proceso abreviado, siendo que el segundo de los artículos mencionados señala que el órgano jurisdiccional competente para conocer del mismo serán los Jueces Civiles y los Jueces de Paz Letrados. Estos últimos serán competentes cuando la cuantía de la pretensión supere las cien y hasta quinientas URP, de modo que los primeros lo serán cuando la cuantía supere aquel monto<sup>382</sup>.

La demanda de expropiación deberá cumplir además de los requisitos previstos en los artículos 424 y 425 del CPC, con los requisitos previstos en el artículo 520 del mismo cuerpo normativo. La contestación de la demanda, únicamente podrá sustentarse en la caducidad del derecho, esto es, cuando la demanda de expropiación se hubiera interpuesto después de sesenta meses de publicada la ley autoritativa. Asimismo, también podrá fundamentarse<sup>383</sup> en la nulidad<sup>384</sup>, ilegalidad<sup>385</sup>,

---

<sup>382</sup> Si el inmueble se encuentra inscrito será competente, de acuerdo con el artículo 20 del CPC, “el Juez del lugar en donde el derecho de propiedad se encuentra inscrito. Si la expropiación versa sobre bienes no inscritos, es competente el del lugar donde el bien está situado, aplicándose, en su caso, lo dispuesto en el artículo 24, inciso 1”. Este último dispone que “[a]demás del Juez del domicilio del demandado, también es competente, a elección del demandante: 1. El Juez del lugar en que se encuentre el bien o bienes tratándose de pretensiones sobre derechos reales. Igual regla rige en los procesos de retracto, título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas o linderos, expropiación, desalojo e interdictos. Si la demanda versa sobre varios inmuebles situados en diversos lugares será competente el Juez de cualquiera de ellos”.

<sup>383</sup> Ciertamente, podrá argumentarse que con la entrada en vigencia de la LMAE, esta causal habría sido derogada tácitamente puesto que según el artículo 34 del citado dispositivo únicamente se podrá cuestionar, ya sea en sede judicial o arbitral, el valor de la tasación del justiprecio y la solicitud de expropiación parcial. Sin embargo, es posible sostener la vigencia de esta causal prevista en el CPC con fundamento en el Principio *pro homine*, desde que aquella causal garantiza de una manera más afectiva el derecho de propiedad, de tutela judicial efectiva y del debido procedimiento. Sobre este principio, el TC tiene dicho que el mismo “implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la

inadmisibilidad<sup>386</sup> o incompatibilidad constitucional<sup>387</sup> del dispositivo legal que autorice la expropiación forzosa<sup>388</sup>, o por último en la disconformidad en el valor comercial actualizado del bien de acuerdo a lo establecido en el artículo 70 de la Constitución.

En cuanto a la reconvención, el demandante de esta será el sujeto expropiado dado que la misma solo podrá sustentarse en dos supuestos, el primero de ellos basada en la pretensión de expropiación total del bien; y el segundo, en la pretensión de expropiación del suelo conjuntamente con el sobresuelo y el subsuelo.

Asimismo, el sujeto activo podrá contradecir el valor de la compensación pretendida por el sujeto pasivo por los daños y perjuicios ocasionados por la expropiación debiendo este

---

posición preferente de los derechos fundamentales”. Expediente N° 02005-2009-PA/TC, F. J. 33.

<sup>384</sup> Que de acuerdo con el artículo 5.3 de la LMAE procederá cuando el sujeto beneficiario no sea el Estado. Entendemos que igualmente se producirá la nulidad cuando en la ley autoritativa no se señala la *causa expropriandi* que justifica la expropiación ni se indique el uso que se dará a los bienes objeto de la expropiación. Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, M. *Comentarios al código procesal civil: análisis artículo por artículo*, Tomo III, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 210.

<sup>385</sup> Que a nuestro parecer acontece cuando la expropiación vulnere el ordenamiento jurídico, y no solo normas con rango de ley.

<sup>386</sup> Cuando no se cumpla con los requisitos previstos en el artículo 520 del CPC. Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, M. op. cit., p. 210.

<sup>387</sup> Muy relacionada con la ilegalidad –incluida ciertamente en ella–, la incompatibilidad constitucional se dará evidentemente cuando la expropiación forzosa se dé al margen de lo dispuesto por la Constitución. Así, el TC ha dicho que se estará frente a una expropiación inconstitucional cuando “a. No exista la ley del Congreso de la República que declare la expropiación sino otra norma con rango de ley; b. Exista la ley del Congreso de la República que declare la expropiación, pero no exprese o señale alguno de los motivos contemplados en la Constitución para que proceda la expropiación, o se fundamente en motivos distintos; c. Exista la ley del Congreso de la República que señale alguno de los motivos de expropiación contemplados en la Constitución, pero ésta se produce sin indemnización”. Expediente N° 05614-2007-PA/TC, F.J. 13.

<sup>388</sup> Ciertamente lleva razón ABRUÑA PUYOL cuando manifiesta que estas pretensiones no deben de discutirse en la vía judicial sino que la vía idónea es el proceso constitucional de amparo porque las mismas afectan “directamente el ámbito propio de la ley que acuerda la expropiación, o lo que es lo mismo a la causa de necesidad pública exigida por la constitución”. ABRUÑA PUYOL, A. *El régimen...*, op. cit., p. 22.

último otorgar la debida contracautela (garantía real o fianza bancaria) a favor del Estado, de modo que el Juez solo entregará el monto de la indemnización justipreciada cuando el expropiado haya hecho entrega de la respectiva garantía. De no entregarla, el monto de la indemnización se entregará en ejecución de sentencia<sup>389</sup>.

En cuanto las pruebas que se pueden actuar en el proceso expropiatorio serán tanto las pruebas documentales (artículo 520 CPC) como las periciales (artículo 525 CPC), las cuales se utilizarán para acreditar la existencia o no tanto de la ley autoritativa así como de la resolución que ejecute la expropiación (artículo 520.1 CPC), la condición de propietario o poseedor del bien inmueble (artículo 520.2 CPC), el valor del justiprecio (artículo 520.4 CPC), el pago o consignación del mismo (artículo 520 incisos 6 y 7 CPC) entre otros hechos<sup>390</sup>.

---

<sup>389</sup> Aunque diste mucho del tema principal de nuestro trabajo, ciertamente llama la atención que se denomine “contradicción” a la figura regulada en el artículo 523-A del CPC cuando la misma es propia del Proceso Único de Ejecución. Llama también la atención, que se haga uso del término “contracautela” cuando aquel es propio del Proceso Cautelar.

No obstante estos temas que solo nos limitamos a indicar, LEDESMA critica esta disposición legal. Así, la autora si bien está de acuerdo que si el sujeto pasivo propone un monto por la compensación de los daños y perjuicios, y el sujeto activo a su vez se opone a tal valor, el expropiado deberá entregar la respectiva garantía para que a su vez se le haga efectivo *el pago del justiprecio*. La magistrada discrepa precisamente en esto último, pues entiende que si bien es correcto que no se le entregue al expropiado la compensación que él pretende sino hasta que haga efectiva la garantía, nada obsta para que se le entregue el valor comercial actualizado del bien, el cual si bien se incluye en el justiprecio, es diferente del valor correspondiente a la compensación por daños y perjuicios. *Vid. LEDESMA NARVÁEZ, M. op. cit., p. 213.*

<sup>390</sup> HINOSTROZA agrega “la caducidad o no del derecho de expropiación, la desvalorización o no de la parte o fracción del bien o bienes no afectados para la expropiación, o la inutilidad o no de los bienes en cuestión para los fines a que estaban destinados antes de la expropiación parcial o incompleta [y] la necesidad o no de la expropiación del suelo, conjuntamente con el sobresuelo y subsuelo materia de la expropiación, en caso que la propiedad de dicho terreno no pueda ser usada o explotada parcial o totalmente, o que decrezca considerablemente su valor comercial”. HINOSTROZA MINGUEZ, A. op. cit., p. 548.

El acta de audiencia de conciliación solo podrá referirse al acuerdo sobre el valor del justiprecio y sobre las pretensiones que son objeto de reconvencción, debiéndose excluir la pretensión de validez de la *causa expropriandi* pues como ya hemos expresado la misma deberá ser cuestionada en el proceso constitucional de amparo porque la declaración de necesidad pública constituye no solo un elemento esencial de la expropiación forzosa sino que ello es consecuencia de que la misma es una concreción del contenido esencial del derecho de propiedad. Así, nos parece más sensato y tuitivo que ante la inconformidad de esta se deberá de recurrir al amparo en orden a encontrar una tutela célere y efectiva al derecho de propiedad del sujeto expropiado.

Por último, en la ejecución de sentencia consentida o ejecutoriada la misma que declare fundada total o en parte las pretensiones discutidas, el juez competente deberá ordenar a la parte que corresponda que devuelva la diferencia entre el monto del justiprecio establecido en la sentencia y el pago efectuado por el sujeto activo.

Si no se entregó garantía, conforme el artículo 528.2 del CPC el monto de la indemnización se establecerá en la sentencia y su pago se hará en la etapa de ejecución, debiendo el sujeto activo consignar en el Banco de la Nación, en el plazo de diez días útiles, a disposición del Juzgado el monto del justiprecio, así como un importe determinado por el Juez para satisfacer los eventuales gastos que ello conlleve.

Finalmente, y previa presentación del sujeto activo del proyecto de documentos traslativos de la propiedad, el Juez dispondrá que el sujeto expropiado cumpla, dentro del plazo que no mayor a cinco días de haber sido requerido, con suscribir los citados documentos.

### **2.10.3.2. Del procedimiento arbitral.**

La vía arbitral está regulada en el artículo 35 de la LMAE, disponiéndose además que en lo no previsto por aquel Título se aplicará de manera supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje en nuestro ordenamiento.

La potestad de acudir a la vía arbitral corresponde al sujeto pasivo de la expropiación. Si este así lo decide, únicamente podrá cuestionar de acuerdo con el artículo 34 LMAE: el valor al que asciende el monto de la tasación correspondiente que comprende tanto el valor comercial del bien inmueble como el valor por concepto de daños y perjuicios económicos, así como la solicitud de expropiación total del predio cuando tras la expropiación parcial el remanente del inmueble sufra una real desvalorización o resultase inútil en atención con los fines a los que se encontraba dispuesto antes de efectuarse la expropiación parcial.

El artículo 35 de la citada ley dispone además que una vez efectuada y recibida la comunicación de acudir a la vía arbitral hecha por el sujeto pasivo, el sujeto activo cuenta con un plazo de 10 días hábiles de recibida la mencionada comunicación para oponerse a acudir al arbitraje. Transcurrido el plazo previsto sin que el sujeto activo haya hecho expresa su negativa, se entenderá que este ha decidido acudir a arbitraje.

En cuanto a los honorarios de los árbitros se dispone que el mismo se determinará de conformidad con lo establecido en la correspondiente Resolución Ministerial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y en cuanto a la forma de pago de los mismos entendemos que se deberá estar a lo dispuesto tanto en el Decreto Legislativo N° 1071 como el Reglamento de cada Centro de Arbitraje.

De igual manera se establece en el artículo 38 de la LMAE que el proceso arbitral no podrá exceder del plazo de seis meses contados desde la admisión de la demanda hasta la emisión del Laudo por el Tribunal Arbitral, de modo que cualquier otro plazo debe de reconducirse al plazo citado. Finalmente, resta decir que tanto la designación de los árbitros y del Tribunal, así como la contratación, de ser el caso, de peritos se regirá por lo dispuesto en la LMAE y demás normas complementarias<sup>391</sup>.

## **2.11. El pago del justiprecio.**

El pago de la suma por concepto de justiprecio que será entregada al sujeto expropiado dependerá de la vía por la cual ha discurrido el procedimiento expropiatorio.

Así, tratándose de la vía judicial el artículo 28.3 de la LMAE señala que la consignación del justiprecio a favor del sujeto pasivo se realizará dentro de los cinco días hábiles de emitida la norma que aprueba la expropiación forzosa.

Ciertamente cuando el citado dispositivo legal hace referencia a la norma que aprueba la expropiación podría pensarse que hace referencia a la ley que emite el Congreso, pues es esta quien autoriza la expropiación. Sin embargo, interpretando sistemáticamente el artículo 28 de la LMAE es posible concluir que su inciso tercero no hace referencia a la ley autoritativa del Congreso, sino a la norma que ejecuta la expropiación, puesto que no se puede consignar el monto del justiprecio al sujeto pasivo (28.3 de la LMAE), sin que previamente este no haya sido aprobado (artículo 28.1.c de la LMAE), lo cual se da con la emisión de la norma que aprueba la ejecución de la expropiación.

Debemos tener en cuenta además que si existe duplicidad registral, el pago del justiprecio se hará en ejecución de sentencia tal y como lo dispone el artículo 29 de la LMAE. Asimismo, debemos indicar que en caso la propiedad del inmueble se encuentre siendo discutida, el monto del

---

<sup>391</sup> Al respecto hay que decir que la regulación del vía arbitral en la LMAE es ciertamente bastante sucinta y menos minuciosa en comparación con la regulación que sobre la misma otorgaba la LGE, la cual dedicaba al menos un Título y con ello normas más específicas destinadas a la regulación de la materia mencionada.

justiprecio se consignará ante la autoridad que tenga a su cargo el respectivo proceso, debiéndose hacer efectivo el pago una vez determinado el mejor derecho de propiedad (artículos 6.4, 7.3 y 28.1.c). Por último, debemos señalar que conforme el artículo 523-A del CPC, si se ha contradicho el valor de la compensación por daños y perjuicios, el monto del justiprecio solo se entregará una vez otorgada la debida contracautela. En el supuesto de no haberse hecho efectiva la misma, el justiprecio se entregará al sujeto pasivo en ejecución de sentencia.

Tratándose de la vía arbitral, debemos indicar que la LMAE ha omitido un pronunciamiento expreso sobre el tema. La LGE, sobre el particular, facultaba al Tribunal Arbitral para que requiera al sujeto activo, con posteridad a la emisión del laudo, la consignación –en el Banco de la Nación– a disposición del Tribunal del monto del justiprecio debidamente actualizado<sup>392</sup>.

## **2.12. La caducidad del procedimiento expropiatorio.**

Según lo dispuesto por la LMAE, se producirá la caducidad del derecho de expropiación del sujeto activo cuando “no se haya iniciado el procedimiento expropiatorio en un plazo de sesenta meses contados a partir de la vigencia de la Ley autoritativa”<sup>393</sup>. De ser varios los inmuebles a expropiar el plazo de caducidad mencionado “comienza a computarse desde que se autorice o inicie la última Expropiación”<sup>394</sup>.

Finalmente, resta indicar que la caducidad se produce de pleno derecho, debiendo el juez encargado declararla a petición de parte (artículo 33.1.a LMAE). Además, vencido el plazo de sesenta meses indicado, “el Congreso puede autorizar mediante la expedición de una ley autoritativa una nueva expropiación sobre los mismo bienes y por la misma causa”<sup>395</sup>.

---

<sup>392</sup> Tal era la regulación que sobre el particular establecía en su artículo 32 la derogada LGE.

<sup>393</sup> Artículo 33.1.a de la LMAE.

<sup>394</sup> Artículo 33.1.b de la LMAE

<sup>395</sup> Artículo 33. 2 de la LMAE

### 2.13. El Derecho de reversión.

Resulta evidente, según todo lo que llevamos diciendo, que la expropiación forzosa no tiene como finalidad última la transferencia coactiva de un bien, sino que la misma se ejerce para satisfacer una concreta causa de necesidad pública (la transferencia es instrumental). Así, ante la falta de afectación del bien a la finalidad dispuesta por la expropiación o ante la inejecución de la obra que motivó la expropiación, los efectos de la potestad expropiatoria deberán cesar destinándose para ello el ejercicio del derecho de reversión por parte del sujeto expropiado o, de ser el caso, por parte de sus herederos.

Para los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, la reversión se configura como una garantía, que no solo tutela la inviolabilidad de la propiedad (puesto que si la Administración incumple su obligación de afectación del bien a la finalidad dispuesta o de ejecución de la obra, es evidente que ante tal incumplimiento el bien debe de retornar a su patrimonio), sino que además la reversión tutela el interés general al cual debe de orientarse toda actuación administrativa –en estricto toda actuación del Poder Público– ya que permite asegurar la recta aplicación de la potestad expropiatoria otorgada a la Administración, pudiéndose revocar los efectos de la expropiación cuando esta no se adecúa a lo establecido por el ordenamiento jurídico<sup>396</sup>.

En definitiva, el derecho de reversión se sustenta en la facultad que tiene el sujeto expropiado o sus descendientes de reclamar judicialmente a la Administración para que se le devuelva el bien expropiado porque este no se destinó a la finalidad que motivó la expropiación o porque no se inició la obra o servicio para la que fue dispuesta aquella.

Expuestos, aunque de manera somera, la conceptualización del derecho de reversión conviene ahora detenernos en cuanto a su fundamentación. En doctrina se han esbozado diversas teorías tendentes a explicar el fundamento que subyace en el derecho de reversión<sup>397</sup>, siendo la

---

<sup>396</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. op. cit., p. 279.

<sup>397</sup> Un conjunto aquellas teorías han sido expuestas por GIMENO FELIÚ, J. *El derecho de reversión en la Ley de expropiación forzosa: fundamentación y condiciones de ejercicio*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2003, pp. 131 y ss.

teoría de la “invalidez sucesiva”<sup>398</sup> planteada por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA la que más eco ha tenido en la literatura jurídica<sup>399</sup>.

Sin embargo, no compartimos tal teoría desde que, a nuestro parecer, no es aceptable el carácter sobrevenido de la invalidez debiendo ser el mismo necesariamente originario<sup>400</sup>, y esto es así porque el acto expropiatorio dictado válidamente en un primer momento no puede, posteriormente, devenir en inválido “por la simple razón de que, como acto, tiene vida instantánea, existe sólo en el instante en que se cumple, y se agota con su cumplimiento. De él, no quedan más que sus efectos, es decir, la nueva situación jurídica que ha creado”<sup>401</sup> de ahí que se pueda decir “la invalidez deriva siempre de un vicio que ha de estar presente al momento del nacimiento del acto, por lo que los hechos sucesivos sólo pueden incidir sobre la regularidad de la relación jurídica, no sobre la regularidad del acto”<sup>402</sup>.

En ese sentido, el ejercicio de la potestad expropiatoria genera una relación jurídica entre la Administración y el sujeto expropiado, o en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ la potestad expropiatoria creará relaciones jurídicas “derivadas del procedimiento expropiatorio concreto una vez iniciado el mismo respecto de un bien y un expropiado particularizados”<sup>403</sup>. De acuerdo a ello, es posible indicar que en la expropiación forzosa concurren de un lado el acto expropiatorio dictado en ejercicio de la potestad expropiatoria; y de otro lado, la relación jurídica que este acto crea. Relación jurídica que –como sostiene BACA ONETO– estará conformada por derechos y obligaciones tanto para la Administración como para el sujeto pasivo de la expropiación forzosa<sup>404</sup>.

---

<sup>398</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. op. cit., p. 140.

<sup>399</sup> PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de...*, op. cit., p. 790; BERMEJO VERA, J. *Derecho...*, op. cit., p. 122; GIMENO FELIÚ, J. op. cit., pp. 146 y ss.

<sup>400</sup> Sobre el carácter necesariamente originario de la invalidez puede verse a BACA ONETO, V. “El carácter necesariamente originario de la invalidez del acto administrativo: exposición y crítica de la noción de invalidez sobrevenida” en *REDUP*, N° 6, Piura, 2005.

<sup>401</sup> GASPARRI cit. por BACA ONETO, V. op. cit., p. 3.

<sup>402</sup> Ídem.

<sup>403</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. op. cit, Tomo I, p. 467.

<sup>404</sup> BACA ONETO, V. op. cit., p. 21.

En efecto, habitualmente se ha entendido que el principal derecho del expropiado es recibir de manera previa el pago correspondiente al justiprecio, y su principal obligación tras ello, es la entrega del bien. Sin embargo, esa relación jurídica comprende otro derecho para el expropiado, y es que ante el incumplimiento por parte de la Administración de la afectación al bien a la finalidad que legitimó la expropiación o la no ejecución de la obra o servicio para la cual se expropió el bien, este sujeto verá nacer un derecho a recobrar su bien denominado reversión.

De acuerdo a ello, el ejercicio del derecho de reversión no afectará el acto expropiatorio que sigue siendo válido dada la instantaneidad que hemos referido líneas arriba, sino que el mismo afectará los efectos de la relación jurídica creada por ese acto. Así, el incumplimiento “de la causa afecta a la relación jurídica, permitiendo el ejercicio del derecho de reversión (...), pero no al acto, por lo que no nos encontramos ante un supuesto de invalidez sino de ineficacia”<sup>405</sup>, o mejor aún, un supuesto de ilegitimidad sobrevenida<sup>406</sup>. Esto, porque la falta de afectación del bien a la finalidad de la expropiación o la inejecución de la obra o servicio para la cual se expropió no afectan la validez del acto expropiatorio sino que hacen cesar los efectos creados por la relación jurídica originada por aquel acto.

Por otro lado, un punto que ha suscitado cierto debate es el concerniente a si el derecho de reversión es un mero derecho de configuración legal o si el mismo forma parte del contenido del derecho de propiedad. Existe una reconocida línea doctrinal que lo ha reconocido como un simple derecho de configuración legal<sup>407</sup>.

---

<sup>405</sup> *Ibíd.*, p. 23.

<sup>406</sup> El cual opera “cuando las situaciones o relaciones jurídicas que fueran creadas por un acto jurídico ya no encuentran tutela del ordenamiento, sea porque no reúnen las condiciones exigidas para ello o porque estas han cambiado”. *Ibíd.*, p. 7.

<sup>407</sup> *Cfr.* SANTAMARÍA PASTOR, J. *Principios de derecho administrativo general...*, op. cit., p. 482; PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de...*, op. cit., p. 790; BERMEJO VERA, J. *Derecho...*, op. cit., p. 121; SÁNCHEZ MORÓN, M. op. cit., p. 754.

Sin embargo, desde aquí, no compartimos aquella conclusión porque a nuestro entender el derecho de reversión emana directamente del contenido del derecho de propiedad<sup>408</sup>, y esto porque como resultado del ejercicio de la potestad expropiatoria surge el derecho de reversión del sujeto expropiado a recobrar su bien inmueble si el mismo no se afectó a la finalidad prevista o no se ejecutó la obra para la cual se expropió, o mejor aún “[s]i la casusa de la expropiación es el efectivo sometimiento del bien (...) al fin público legalmente determinado, la reversión no es otra cosa que la garantía natural de dicho sometimiento”<sup>409</sup>. Así, ante el incumplimiento –por parte de la Administración– de la obligación de afectación o ejecución, lo debido será restaurar el bien expropiado al sujeto pasivo tutelando de esta forma de un lado la garantía de inviolabilidad de la propiedad expresamente reconocida por nuestra Constitución; y de otro, que la actuación de la Administración sea acorde con lo establecido por el ordenamiento jurídico.

Asimismo, y en cuanto a la naturaleza jurídica de la reversión expropiatoria, ya se habrá podido advertir que venimos refiriéndonos a la misma como *el derecho de reversión*<sup>410</sup> desde que consideramos que se trata efectivamente de un derecho subjetivo<sup>411</sup> puesto que el mismo comporta una situación de poder concedida al sujeto expropiado, o en su defecto a sus herederos, que le faculta a recuperar su bien cuando el mismo no hubiese sido afectado a la finalidad prevista por la ley autoritativa o no hubiese sido ejecutada la obra para la cual se expropió. De acuerdo a ello, genéricamente se debe admitir el derecho de reversión para el sujeto expropiado ya que sin este, tanto el control de la validez del acto expropiatorio privación como la garantía de inviolabilidad de la propiedad devendrían simplemente en una quimera.

---

<sup>408</sup> En igual sentido puede consultarse a GARCÍA LUENGO, J. “Algunas consideraciones sobre el tratamiento normativo del derecho de propiedad: sucesión normativa y derecho de reversión” en *REDA*, N° 106, Abril-Junio, Madrid, 2000, pp. 193 y ss.; GIMENO FELIÚ, J. op. cit., pp. 95 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. op. cit., Tomo II, pp. 279 y 280; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. “Sobre el alcance y efectos de la reversión expropiatoria” en *RAP*, N° 112, Enero-Abril, Madrid, 1987, p. 113.

<sup>409</sup> GARCÍA LUENGO, J. op. cit., p. 196.

<sup>410</sup> Denominan también a la reversión expropiatoria como derecho de reversión GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. op. cit., Tomo II, p. 338, GIMENO FELIÚ, J. op. cit., p. 107, BACA ONETO, V. op. cit., p. 22, entre otros.

<sup>411</sup> Sobre la definición y caracteres del derecho subjetivo *Cfr.* el primer capítulo de esta obra.

En cuanto a las causas que habilitan el ejercicio –que no existencia– del derecho de reversión, las mismas se encuentran reguladas en nuestro artículo 532 del CPC, siendo estas: a) no haber afectado el bien a la finalidad que motivó la expropiación y b) la falta de ejecución de la obra<sup>412</sup> para la cual se dispuso la expropiación forzosa.

Conviene cuestionarnos también, qué ley hay que aplicar para poder ejercitar el derecho de reversión: la ley vigente al momento de producirse la expropiación forzosa, o la ley vigente al momento en que se configura la causal que habilita al ejercicio del derecho de reversión.

La disposición normativa tendente a regular la reversión en nuestro ordenamiento guarda silencio al respecto. En doctrina se ha argumentado que el derecho de reversión al ser un derecho autónomo que no continúa con el expediente expropiatorio se le debe aplicar el Derecho vigente en el momento en el cual se ejercita el derecho y no el vigente cuando se produjo la expropiación<sup>413</sup>.

No obstante ello, somos de la opinión que la ley aplicable al derecho de reversión es la que regía en el momento de producirse la expropiación forzosa. Para fundamentar ello, conviene ahora recordar que el ejercicio de la potestad expropiatoria crea una relación jurídica operativamente bilateral donde la Administración y el expropiado adquieren derechos y obligaciones, siendo que junto al pago del justiprecio subsiste otro derecho que es el derecho de reversión.

Así, el derecho de reversión se encuentra comprendido en la relación jurídica que se ha creado tras el ejercicio de la potestad expropiatoria. De ahí que se diga, que “[l]a reversión expropiatoria, como tal, *nace* con la expropiación”<sup>414</sup> aunque tal derecho no pueda ser *ejercido* mientras no se den los supuestos habilitantes para ello. Comprendido ello, se entenderá posteriormente que el Derecho aplicable a la reversión será el que se encontraba vigente cuando se produjo la expropiación forzosa.

---

<sup>412</sup> La mención del vocablo “obra” puede advertirnos no solo que nuestros legisladores se inspiraron en la concepción del *Code* Napoleónico sino que incluso hoy, pasados ya más de 200 años, aun nuestra legislación mantiene una cierta influencia de aquella inspiración.

<sup>413</sup> Comparten esta opinión PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de...*, op. cit., p. 790; SÁNCHEZ MORÓN, M. op. cit., p. 754; SANTAMARÍA PASTOR, J. *Principios de derecho administrativo general...*, op. cit., p. 482 y DROMI, J. op. cit., p. 237.

<sup>414</sup> GIMENO FELIÚ, J. op. cit., p. 126 (cursiva añadida).

Ahora bien, para que el sujeto expropiado o sus herederos puedan recuperar el bien expropiado es necesario que estos reembolsen el dinero percibido como justiprecio. La devolución del monto recibido por concepto de justiprecio –y no un monto superior– parece ser el principio general que debe ser seguido en esta materia ya que la Administración Pública –ni nadie– puede obtener algún tipo de beneficio a merced del incumplimiento de una obligación, y es que cabe recordar que si se está ejercitando el derecho de reversión es porque justamente los efectos de la relación jurídica creada por el ejercicio de la potestad expropiatoria no encuentran tutela en el ordenamiento jurídico por el incumplimiento por parte de la Administración de la obligación de afectar el bien al fin por el cual se expropió o ejecutar la obra o servicio para la cual se dispuso la expropiación.

Finalmente, cabe indicar que las condiciones temporales para el legítimo ejercicio del derecho de reversión juegan un papel importante frente a la seguridad jurídica, de modo que en base a ello el ejercicio del derecho de reversión se encuentra sometido a un plazo de caducidad de tres meses desde que concluye el plazo de doce meses mencionado en el primer párrafo del artículo 532 del CPC.



## **SUBCAPITULO 2: EL JUSTIPRECIO**

### **2.14. Nota preliminar.**

Tal y como se expuso en la acápite introductorio del presente capítulo, este se estructuraría en dos subcapítulos. El primero, abocado a examinar el régimen de la expropiación forzosa en el ordenamiento peruano; y el segundo, dedicado a estudiar de manera detallada el monto que recibe el sujeto expropiado por concepto de justiprecio. Esto, dada la manifiesta relevancia que representa aquel monto para el objeto de nuestro estudio.

### **2.15. El justiprecio: Definición.**

Ciertamente la significación a la cual evoca en la actualidad el término justiprecio responde a una connotación distinta de aquella que se formuló en sus orígenes. Así nos lo recuerda el profesor VILLAR PALASÍ quien, expone que el origen de aquella expresión no surgió en la esfera del Derecho Administrativo, sino que la misma hunde sus raíces en las relaciones entre particulares, configurándose así en el Derecho Romano el “justo precio como determinante de la rescisión por lesión *ultra dimidium*”<sup>415</sup>.

En aquel contexto histórico, el *justum pretium* era un concepto que se aplicaba para establecer una valoración objetiva a los bienes que eran

---

<sup>415</sup> VILLAR PALASÍ, J. “La translación del 'justum pretium' a la esfera de la expropiación forzosa” en *RAP*, N° 43, Enero-Abril, Madrid, 1964, p. 162 (cursiva en el original).

materia de diversas transacciones de orden económico. Así, con la fijación de tal valor se buscaba evitar perjuicios en las relaciones económicas entre particulares, otorgando de esta forma protección al tráfico civil de aquella época.

La Edad Media sirvió como escenario para ir desplegando un concepto de justiprecio que redimensionaría el establecido en la legislación romana. Así, en este periodo de tiempo el justiprecio se sustentaba en la “máxima de derecho natural, según la que, por justicia, se exige una recompensa proporcional a una aportación especial”<sup>416</sup>, dejándose sentir con ello, aunque de manera incipiente aun, la conceptualización del justiprecio como un concepto orientado a tutelar el equilibrio económico en las transacciones del mismo orden.

Posteriormente, es en la Edad Moderna donde se produce la traslación del concepto de justiprecio al Derecho Administrativo. Así, en palabras de VILLAR PALASÍ, en esta etapa “se impone a la Administración (...), la obligación de abonar el justiprecio y de dar el equivalente exacto según criterios de cambio”<sup>417</sup>.

En efecto, en la Edad Contemporánea tal obligación fue reconocida en algunos textos de eficacia internacional. Así, por ejemplo, en el artículo XVII de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se elevó la propiedad a la categoría de derecho sagrado e inviolable, no pudiendo nadie ser privado de él “excepto cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exige de manera evidente, y a la condición de una *indemnización previa y justa*” (cursiva añadida).

Ahora bien, como expone GARCÍA DE ENTERRÍA, actualmente el concepto de justiprecio ha ido evolucionando por influencia de la moderna ciencia económica. En ese sentido, el concepto que encierra el término justiprecio, no es otro que el de valor de mercado<sup>418</sup>. Será pues, este valor conjuntamente con el valor del eventual perjuicio, los que permitan mantener íntegro el valor del patrimonio del sujeto expropiado.

---

<sup>416</sup> *Ibídem*, p. 171.

<sup>417</sup> *Ibídem*, p. 189.

<sup>418</sup> *Cfr.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *op. cit.*, p. 120-121.

Esta misma idea, ha sido replicada por un amplio sector de la doctrina al momento de abordar el justiprecio. Así, DROMI tiene dicho que el justiprecio “significa restituir integralmente al propietario el mismo valor económico del que se le priva, cubriendo los daños y perjuicios que sean consecuencia de la expropiación”<sup>419</sup>. Asimismo PAREJO ALFONSO ha expuesto que “el justiprecio en la expropiación ha de consistir en una compensación integral (...), es decir, la cantidad que el expropiado precisa para restablecer la situación patrimonial anterior a la expropiación”<sup>420</sup>.

En cuanto a la doctrina nacional se refiere, el profesor CASTILLO CÓRDOVA ha sostenido que “[e]l pago al que se obliga el Estado realizar a favor del titular del bien expropiado, tiene por finalidad mantener el valor del patrimonio del expropiado, de modo que pueda conseguirse la constitucionalmente exigida indemnidad patrimonial”<sup>421</sup>.

Acorde con las citas concepciones, el justiprecio puede ser definido como aquel valor económico compuesto por el valor comercial del inmueble (justiprecio *stricto sensu*) como por el eventual valor del perjuicio económico (indemnización), que se obliga a hacer efectivo el Estado en favor del sujeto expropiado en orden a mantener la integridad del valor de su patrimonio tras la expropiación forzosa<sup>422</sup>.

## **2.16. La fundamentación del justiprecio: su consideración como garantía de integridad.**

En doctrina, autores como SANTAMARÍA PASTOR señalan que frente a actuaciones singulares del Poder Público en la esfera patrimonial de los ciudadanos, estos ven nacer una garantía patrimonial la cual equivale “al derecho de los particulares a mantener la integridad del valor económico de su patrimonio frente a las inmisiones singulares de que éste puede ser objeto por parte de los poderes públicos”<sup>423</sup>. De ahí que, frente a una actuación singular del Poder público en la esfera patrimonial del ciudadano, este vea nacer una garantía patrimonial de integridad orientada justamente a mantener íntegro el valor económico de su patrimonio.

---

<sup>419</sup> DROMI, J. op. cit., p. 213.

<sup>420</sup> PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de...*, op. cit., p. 779.

<sup>421</sup> CASTILLO CÓRDOVA, L. *La inconstitucionalidad de...*, op. cit., p. 171.

<sup>422</sup> Esto, sin perjuicio de ulteriores precisiones que, sobre el particular, se harán más adelante.

<sup>423</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. *Fundamentos de...*, op. cit., p. 221.

Así, es evidente que la expropiación forzosa es una inmisión singular por parte del Poder público en la esfera patrimonial del sujeto expropiado, y como tal, aquella inmisión debe suponer una garantía patrimonial de integridad para el expropiado. Sin embargo, la pregunta que cabe hacerse es ¿cómo se materializa aquella garantía de integridad cuando se está frente a una expropiación forzosa?.

La respuesta a esta interrogante ha sido explícitamente establecida en la propia Constitución. Así, el mismo artículo 70 del texto constitucional establece que la expropiación forzosa de un bien procede –junto con otras exigencias– cancelando de manera previa al expropiado el correspondiente justiprecio. Por tanto, mediante tal exigencia se está garantizando la inviolabilidad de la propiedad.

En consecuencia, en la expropiación forzosa, la inviolabilidad de la propiedad del sujeto expropiado es asegurada mediante la exigencia del pago del justiprecio, de ahí que el justiprecio se erija como una garantía de integridad del derecho de propiedad, pues con aquel se mantendrá íntegro el valor económico del patrimonio del sujeto expropiado.

### **2.17. Naturaleza jurídica del justo precio.**

Cuando se está frente a un determinado fenómeno jurídico, los juristas suelen sintetizar la información relativa a este en la frase “naturaleza jurídica”. El justiprecio, no podía estar ajeno a tal labor. Sin embargo, consideramos de vital importancia exponer en primer término qué debe entenderse cuando se hace alusión a la expresión “naturaleza jurídica” de un fenómeno jurídico.

Así, ZEGARRA MULÁNOVICH, siguiendo a DÍEZ-PICAZO, ha expuesto que la naturaleza jurídica de un fenómeno jurídico se configura sobre la base de tres momentos<sup>424</sup>

- (i) La naturaleza funcional, la cual tiende a dar respuesta a la interrogante “¿para qué sirve esta institución en la sociedad?”<sup>425</sup>.

---

<sup>424</sup> ZEGARRA MULÁNOVICH, Á. *Las cláusulas de hardship en la contratación mercantil, pro manuscrito*, A Coruña, 2007, p. 168 y 169.

<sup>425</sup> Ídem.

- (ii) La naturaleza estructural, que pretende dar respuesta a la interrogante “cómo se configura este fenómeno”, es decir cuál es su estructura básica y cuáles sus elementos. La respuesta a este aspecto de la naturaleza jurídica puede describir el fenómeno como perteneciente a una de estas tres categorías: a) sujetos de derechos; b) hechos jurídicos; c) relaciones, situaciones o efectos jurídicos en general”<sup>426</sup>.
- (iii) Por último, la naturaleza sistemática que está avocada a examinar “a qué área del Derecho (como ciencia), y dentro de ella, a qué parte pertenece el estudio de la figura”<sup>427</sup>.

En el caso del justiprecio, en el apartado anterior ha quedado bastante clara su naturaleza funcional como una garantía de integridad–ínsita en toda expropiación– tendente a tutelar el derecho de propiedad del sujeto expropiado<sup>428</sup>. Esta garantía si bien exige que el valor del patrimonio del expropiado sea idéntico al que se tenía antes de la expropiación, no puede suponer que el pago que se obliga a realizar el Estado ostente una naturaleza indemnizatoria por las razones que más adelante analizaremos.

En cuanto a la naturaleza estructural, previamente ya habíamos expuesto que tras la expropiación forzosa se configura una relación jurídica bilateral en la cual tanto la Administración como los particulares asumen situaciones jurídicas tanto activas como pasivas. Concretamente, tanto la Administración como el particular tienen –dentro de aquella relación jurídica que crea la expropiación– derechos y obligaciones.

Así, como sostiene MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, si bien es indudable que la Administración tiene derecho al bien (situación jurídica activa) y el administrado la obligación de entregarlo (situación jurídica pasiva)<sup>429</sup>, también es cierto que el justiprecio se configura como un derecho que ostenta el expropiado frente a la Administración (situación jurídica activa), encontrándose está obligada a hacer efectivo aquel monto (situación jurídica pasiva).

---

<sup>426</sup> Ídem.

<sup>427</sup> Ídem.

<sup>428</sup> El justiprecio como garantía ínsita en toda expropiación ha sido expuesto por GARCÍA DE ENTERRÍA, E. op. cit., p. 97.

<sup>429</sup> BACA ONETO, V. op. cit., p. 21. Respecto de las situaciones jurídicas *Cfr.* GARRIDO FALLA, F. ET AL. op. cit., pp. 532 y ss; SANTAMARÍA PASTOR, J. *Principios de derecho administrativo...*, op. cit., p. 395; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. op. cit., Tomo II, pp. 26 y ss.

Respecto de los elementos que componen al justiprecio, resta decir por el momento que según lo establecido en el artículo 13.4 de la LMAE, la “indemnización justipreciada” está compuesta tanto por el valor comercial del inmueble como por el valor del eventual perjuicio económico. En el apartado siguiente se analizará si el uso de la expresión “indemnización justipreciada”, es el correcto teniendo en cuenta el *título* de los elementos que la componen.

Finalmente, en cuanto a la naturaleza sistemática hemos de decir que conforme ya se habrá podido advertir de las secciones precedentes, el justiprecio es un fenómeno que pertenece al Derecho público, y concretamente al Derecho Administrativo<sup>430</sup>.

## **2.18. ¿Justiprecio o Indemnización justipreciada?**

En la sección anterior ha quedado claro que el pago que la Administración debe cancelar al expropiado se constituye como un derecho del mismo, y como una efectiva obligación para la Administración.

Ahora bien, también expusimos que aquel monto está compuesto tanto por el valor comercial del inmueble como por el valor del eventual perjuicio económico, quedando a cargo en aquel apartado, analizar si el término “indemnización justipreciada” es el adecuado teniendo en cuenta el *título* de los elementos que lo componen.

De manera previa, debemos destacar que en infinidad de ocasiones se ha asociado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, el término justiprecio con el de indemnización justipreciada, no estando exenta de realizar aquel símil nuestra propia Constitución conforme ya hemos observado en los apartados anteriores. Pero ¿tal intercambio de expresiones es apropiado? A dar respuesta a aquella interrogante estarán destinados los siguientes párrafos.

Para ello, y visto que el tema será analizado desde el *título* que justifica la presencia de ambos elementos, es capital desarrollar brevemente lo que aquella expresión importa en ámbito jurídico.

---

<sup>430</sup> A mayores Cfr. MARIENHOFF, M. op. cit., pp. 221 y ss.

Así, DE CASTRO expone que la titularidad es aquella “cualidad jurídica que le confiere a una persona el estar en una relación jurídica, en cuanto determinante de las facultades que por ella se le atribuyen”<sup>431</sup>. Por su parte, ZEGARRA MULÁNOVICH expone que “[e]l título es aquello en lo que se origina el derecho, lo que causa la atribución de una cosa a un sujeto determinado”<sup>432</sup>. De acuerdo a ello, el título puede ser resumido como aquella causa que origina el derecho.

Explicado esto, procederemos a analizar el *título* de los elementos que conforman el pago al cual se obliga el Estado a efectuar en favor del sujeto expropiado.

Así, parte de la doctrina ha entendido que la naturaleza del justiprecio es la ser una indemnización. Para ello, argumentan –como sostiene CASTILLO CÓRDOVA– que “[l]a indemnización es consecuencia necesaria de la ocurrencia previa de un daño o perjuicio”<sup>433</sup>. Tal daño en la expropiación –según nuestro autor– está conformado por dos componentes:

(i) *El desapoderamiento del bien.*

El primero está referido al origen del daño. De acuerdo a ello, la expropiación ocasiona un perjuicio puesto que “[a]l ser forzosa supone la realización de un sacrificio por parte del titular del expropiado. Para él ocurre una privación pura y simple de la propiedad, ni planificada ni deseada”<sup>434</sup>.

(ii) *El perjuicio.*

El segundo de aquellos componentes, se encuentra definido por “el perjuicio que se produce directamente de la decisión de expropiar el bien. Esta decisión supone una inevitable merma del valor comercial del bien, la cual genera un perjuicio económico en el patrimonio del particular”<sup>435</sup>.

Un argumento adicional es la literalidad de la Constitución. Así, se sostiene que el carácter indemnizatorio ha sido expresamente reconocido

---

<sup>431</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. op. cit., p. 564.

<sup>432</sup> ZEGARRA MULÁNOVICH, Á. *Descubrir el...*, op. cit., p. 36.

<sup>433</sup> CASTILLO CÓRDOVA, L. *La inconstitucionalidad...*, op. cit., p. 171.

<sup>434</sup> Ídem.

<sup>435</sup> Ídem.

por el propio Constituyente al denominar al pago a efectuar por la expropiación como “indemnización justipreciada” (artículo 70 CP).

En buena cuenta, desde esta postura, siendo el daño el título que justifica la existencia de ambos elementos, no habría problema en convenir que el pago que debe hacer la Administración al expropiado es una indemnización, la cual en el ámbito expropiatorio recibe el nombre de “indemnización justipreciada”.

Sin embargo, entendemos que no se debe simplificar e intercambiar tan fácilmente los términos “indemnización justipreciada” y “justiprecio”, puesto que en estricto los alcances de los mismos no gozan de aquella similitud de la cual han sido tradicionalmente objeto. Por tanto, debemos indicar nuestro desacuerdo respecto de este planteamiento en base a los siguientes argumentos.

(i) *El desapoderamiento del bien.*

Respecto del supuesto daño que origina la expropiación por el desapoderamiento del bien, debemos indicar que tal desapoderamiento no ocasiona un daño al sujeto expropiado. Al menos dos razones permiten sostener ello.

La primera se erige sobre el entendimiento de que la materialidad del bien –conforme se ha visto– no forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad<sup>436</sup>. Asimismo, quedó claro en las secciones anteriores que aquella transferencia coactiva del inmueble viene exigida por la función social de la propiedad. Esta –como ya se expuso– reclama que la propiedad esté orientada al servicio del bien común, no pudiendo por ello contradecir sus exigencias. Así, esta transferencia no supone un sacrificio para el particular desde que el propio contenido esencial del derecho de propiedad la ordena.

La segunda, pasa por comprender que si la citada transferencia tiene lugar porque así lo exige el contenido esencial del derecho de propiedad, resulta incompatible con ello la sola idea de que el contenido constitucionalmente protegido de un derecho exija de su titular, un

---

<sup>436</sup> SERNA, P. y TOLLER, F. op. cit., p. 88.

sacrificio o un perjuicio económico<sup>437</sup>. Y no lo ordena, porque esta constitucionalmente exigido que el sujeto expropiado reciba el valor monetario del bien que transfiere, no pudiendo ocasionársele por ello una merma.

Es en ese contexto que debe entenderse aquella afirmación que sostiene que para el sujeto expropiado ocurre un puro y simple despojo de su propiedad, pues tal desposesión ocurre respecto del bien físicamente considerado mas no respecto de su valor económico que se le sustituye íntegramente.

(ii) *El eventual perjuicio.*

Coincidimos con CASTILLO CÓRDOVA, que una vez tomada la decisión de expropiar por parte del Estado es posible que con ella se deriven eventuales perjuicios económicos (daños), como la disminución del valor del inmueble. Sin embargo, este junto con otros perjuicios que eventualmente puedan tener lugar, son debidamente compensados en nuestra legislación desde que la cantidad monetaria que se pagará al sujeto expropiado incluye según el tenor literal de la Constitución y del artículo 13 de la LMAE, el valor del eventual perjuicio económico.

De lo expuesto, se puede concluir que el título que origina el pago del valor comercial del inmueble no es un daño, sino que el mismo encuentra su justificación en la garantía de integridad patrimonial ordenada constitucionalmente. Mientras que el título que fundamenta el pago del eventual valor del perjuicio económico es precisamente la posible existencia de un daño.

Asimismo cabe señalar que el pago del valor comercial es *esencial* a toda expropiación, pues faltando aquel, la misma devendrá en inconstitucional; mientras que el pago del perjuicio económico será *accidental* como bien lo reconoce el propio Constituyente con la expresión

---

<sup>437</sup> De aceptarse esto, se estaría admitiendo tácitamente que la expropiación forzosa supone un daño a la propiedad del particular, y que el Ordenamiento Jurídico lejos de reprimir tal evento dañoso, lo toleraría. En contra, CASTILLO CÓRDOVA sostiene que “[c]onsecuentemente, la voluntad constituyente es la de reconocer que el acto expropiatorio genera en el titular del bien expropiado, un daño”. CASTILLO CÓRDOVA, L. *La inconstitucionalidad...*, op. cit., p. 171.

“compensación por el eventual perjuicio” (artículo 70 CP), pues este dependerá de la efectiva existencia de un daño.

De esta forma, y conforme lo hemos expuesto en los párrafos anteriores, no es posible denominar a la cantidad a pagar al expropiado “indemnización justipreciada”, puesto que para que exista indemnización es requisito indispensable la existencia de un daño indemnizable. Daño que existe –y por tanto es título– para la entrega del valor del eventual perjuicio económico. Sin embargo, tal daño no existe –y por tanto no es título– del pago del valor comercial del bien, el cual se entrega porque así lo exige la garantía de integridad ordenada constitucionalmente.

Por ello, es preferible designar a tal cantidad con la denominación de “justiprecio”, por ser más respetuosa respecto de los conceptos que el mismo comprende. Y de acuerdo a ello, los elementos que lo componen serán: el justiprecio *stricto sensu* (valor comercial del inmueble) y –de corresponder– la indemnización (valor del eventual perjuicio económico).

Finalmente, en cuanto al argumento referido a que este carácter indemnizatorio ha sido expresamente reconocida por el propio Constituyente al denominar el pago a efectuar por la expropiación como “indemnización justipreciada”, debemos indicar que no sería constitucionalmente correcto que, en nuestro ordenamiento, se recurra al término “indemnización justipreciada” para designar al pago que debe realizar el Estado en favor del expropiado puesto que los títulos que conforman los elementos de aquella responden –según lo expuesto– a causas distintas<sup>438</sup>. Así, el término “indemnización justipreciada” empleado por el artículo 70 de la Constitución es técnicamente inadecuado por las razones ya expuestas<sup>439</sup>.

---

<sup>438</sup> En lo sucesivo existirán ocasiones en las cuales se utilizará el término indemnización debido a que aquella expresión es más usada en la literatura jurídica, sin embargo el alcance de tal término debe entenderse en el marco de la explicación brindada.

<sup>439</sup> Una situación similar, pero en relación con el uso del término “servicio público” por el Constituyente nacional puede verse en BACA ONETO, V. “Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el Derecho peruano” en VIGNOLO CUEVA, O. (Coord.), *Teoría de los Servicios Públicos*, Grijley, Lima, 2009, pp. 359 y ss.

## 2.19. El carácter necesariamente previo del pago del justiprecio.

Conforme lo expuesto hasta el momento, ya desde Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se venía insistiendo en la naturaleza de presupuesto legitimador del justiprecio, lo cual se expresaba normativamente en la regla del pago previo del mismo. Este mismo carácter fue recogido posteriormente por el Código Napoleónico de 1804, el cual en su artículo 545 expresaba “[n]adie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública, previa siempre una indemnización justa”.

El citado carácter ha sido reconocido por el mismo Constituyente nacional al referirse al mismo con la expresión “previo pago en efectivo” del justiprecio. No obstante ello, conviene preguntarse la razón que fundamenta el carácter previo del *justum pretium*, labor a la cual destinaremos las siguientes líneas.

Así, una primera razón que sustenta la exigencia del pago previo del justiprecio es justamente el derecho de propiedad del sujeto expropiado, puesto que con tal carácter previo “se trata de evitar que se produzcan desapoderamientos patrimoniales (...) y que se remita el resarcimiento de esas situaciones de empobrecimiento a un futuro indeterminado, espera que impone siempre onerosidades adicionales a la de la expropiación y que, además, es muchas veces incompatible con la mera subsistencia física de los expropiados, que se han visto privados ya de su único medio de subsistencia”<sup>440</sup>.

De acuerdo a ello, el derecho de propiedad del sujeto expropiado reclama que cuando el Estado decida expropiar un determinado bien, *prevea* el pago de una cantidad dineraria que mantenga íntegro el valor del patrimonio del sujeto expropiado.

La previsión de aquel monto exigido por la Constitución, ha sido desarrollado legislativamente por la LMAE, la cual en su artículo 28.2 dispone que “[e]l Sujeto Activo, previa a la emisión la norma que apruebe la ejecución de la Expropiación, deben contar con los recursos necesarios en su presupuesto institucional aprobado para financiar el pago del valor de la Tasación”.

---

<sup>440</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. op. cit., Tomo II, p. 290.

Esto último, nos da pie a esbozar una segunda razón que fundamenta el pago previo del justiprecio. Y es que de aplazarse el pago del mismo a un momento posterior se estaría imponiendo al expropiado “una financiación valorable en términos económicos claros, un crédito, (...) lo que excede, sin justificación alguna, de las exigencias de la utilidad pública o el interés social que determinan la expropiación”<sup>441</sup>, que en el caso peruano se traducen en las causales de necesidad pública o de seguridad nacional.

Finalmente, una tercera razón que abona a establecer la regla del previo pago, subyace en nuestra propia tradición constitucional, que desde el año 1828 establece el carácter del previo pago del justiprecio como garantía de integridad patrimonial para aquellos sujetos que se ven inmersos en un procedimiento expropiatorio<sup>442</sup>.

---

<sup>441</sup> Ídem.

<sup>442</sup> Así, la CP de 1828 en artículo 165 disponía “[e]s inviolable el derecho de propiedad. Si el bien público, legalmente reconocido, exigiere la propiedad de algún ciudadano, será previamente indemnizado de su valor”; la CP de 1834 en su artículo 161 establecía “[e]s inviolable el derecho de propiedad. Si el bien público legalmente reconocido exigiere que se tome la propiedad de algún ciudadano, será previamente indemnizado de su valor”; la CP del año 1839 en el artículo 167 expresaba que “es inviolable el derecho de propiedad; si el bien público legalmente reconocido exigiere la propiedad de algún ciudadano, será previamente indemnizado de su valor”; la CP de 1856 en el artículo 25 sancionaba que “[l]a propiedad es inviolable a nadie se puede privar de la suya, sino por causa de utilidad pública legalmente probada y previa indemnización justipreciada”; la CP del año 1860 establecía en su artículo 26 que “[l]a propiedad es inviolable, bien sea material, intelectual, literaria o artística: a nadie se puede privar de la suya, sino por causa de utilidad pública, probada legalmente y previa indemnización justipreciada”; la CP de 1867 disponía en el artículo 25 que “[l]a propiedad es inviolable, bien sea material o intelectual. Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública, probada legalmente, y previa indemnización justipreciada”. Entrado el nuevo siglo, la tradición constitucional no dejó de ser la misma. De ello da cuenta la CP de 1920, la cual en el artículo 38 prescribía que “[l]a propiedad es inviolable bien sea material, intelectual, literaria o artística. A nadie se puede privar de la suya sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada”. En igual sentido se pronunció la CP de 1933, la cual establecía en su artículo 29 que “[l]a propiedad es inviolable, sea material, intelectual, literaria o artística. A nadie se puede privar de la suya sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada”. Idéntico sentido puede encontrarse en el artículo 125 de la CP de 1979, el cual disponía que “[l]a propiedad es inviolable. El Estado la garantiza. A nadie puede privarse de la suya sino por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social, declarada conforme a ley, y previo el pago en dinero de una indemnización que debe pagarse necesariamente en dinero y en forma previa”. Finalmente, y como no podía ser de otra manera, la CP de 1993 reconoce en su artículo 70 la regla del previo pago estableciendo que “[e]l derecho de

## 2.20. El justiprecio: ¿supone una simple conversión de valores?

Tradicionalmente se ha dicho que la expropiación importa una conversión de valores de modo que “[e]l bien expropiado se convierte en su valor económico, que permanece en el patrimonio del expropiado; la pérdida del bien objeto de la expropiación se compensa, en un balance teórico del patrimonio del expropiado, con un crédito sobre su justo precio, por el mismo, idéntico, valor”<sup>443</sup>. Así, la conversión de valores se limita al valor del bien inmueble sin considerar el valor del eventual perjuicio económico.

Sin embargo, debemos advertir que tal conversión de valores debe ser analizada bajo la óptica de dos supuestos que puedan darse –en no pocas veces– en la realidad.

En el primero, decidida la expropiación es posible que el justiprecio no comprenda la indemnización del perjuicio económico por concepto de daños, pues el mismo como hemos dicho, es eventual. Así, en este caso operará la conversión de valores, toda vez que si no se llega a acreditar la existencia de daños, no habrá perjuicio económico que indemnizar.

Por el contrario, si se acredita en el procedimiento expropiatorio la existencia de daños producto de la expropiación, el justiprecio comprenderá no solo el valor comercial del bien sino también el valor correspondiente a tales daños, no operando aquí una simple sustitución de valores como en el caso anterior, “puesto que nuestro texto constitucional exige que [el justiprecio] represente, además del valor del bien, una reparación por los perjuicios adicionales a otros bienes, de manera que es inexacto señalar que el justiprecio [en este caso] sustituye un bien crediticio por un bien real”<sup>444</sup>.

---

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”.

<sup>443</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. op. cit., Tomo II, p. 287 (cursiva añadida).

<sup>444</sup> VELÁSQUEZ, R. op. cit., p. 361.

De acuerdo a lo expuesto, en determinados supuestos el justiprecio supondrá una conversión de valores, pero no es posible afirmar genéricamente que el mismo supondrá siempre una conversión de valores, puesto que habrá otros supuestos en los cuales además del valor del bien, el *justum pretium* comprenderá el valor correspondiente al eventual perjuicio económico.

## **2.21. Caracteres del justiprecio.**

Nuestro ordenamiento jurídico ha contemplado una serie de caracteres que debe de cumplir el justiprecio para ser tal, los cuales se encuentran ínsitos en la disposición constitucional que reconoce la expropiación forzosa. Veamos.

La Constitución Nacional en su, tantas veces citado, artículo 70 establece que “[e]l 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” (cursiva añadida).

Del texto precedentemente expuesto, es posible concluir que el justiprecio para ser tal, debe ser en primer lugar “justo”, seguidamente de “previo”; y, finalmente “en efectivo”. De acuerdo a ello, desarrollaremos en los párrafos siguientes cada uno de estos caracteres.

### **2.21.1. El *justum pretium* debe ser justo.**

La cantidad dinerario que debe ser entregada al sujeto expropiado en orden a mantener íntegra su situación patrimonial debe ser calificada como “justa”. Pues no revistiendo este carácter, se estaría vulnerando abiertamente la garantía de integridad patrimonial inherente a toda expropiación. Es en ese contexto donde cobran plena vigencia la palabras de MANZANEDO, quien menciona que “[e]l *justum pretium* es la equivalencia de valor, la más exacta posible, entre la indemnización debida al expropiado y el objeto patrimonial

de que coactivamente se le priva, no como un postulado de moral, sino como elemento definitorio de la institución expropiatoria”<sup>445</sup>.

Así, que el justo precio sea tal implica que “debe existir una rigurosa equivalencia de valores entre el objeto expropiado y el monto de la indemnización”<sup>446</sup>. De forma que, sin aquella equivalencia, el monto dinerario recibido por el expropiado dejará de ser justo y en consecuencia se habrá vulnerado su derecho de propiedad.

Ahora bien, el carácter justo del *justum pretium* supone a su vez que el mismo debe ser actual e integral lo cual será analizado en los párrafos siguientes<sup>447</sup>.

#### a) **El justiprecio deber ser actual.**

Ciertamente, para que el patrimonio del sujeto expropiado se mantenga íntegro “no basta que el 'justo precio' que se determine represente el valor real del bien objeto de expropiación. Es necesario algo más; es necesario que el justo precio siga representando el valor real cuando sea percibido por el expropiado”<sup>448</sup>.

De ahí, que se exija que el justiprecio debe ser actual porque con ello se “*intenta mantener el carácter tutelar del justiprecio a lo largo del tiempo mientras dure el ejercicio de la potestad expropiatoria, pues, atendiendo a la realidad, los plazos en que el sujeto activo paga efectivamente por los bienes expropiados son realmente largos, debiendo generarse mecanismos correctores que restituyan la idea de que la cuantía del concepto analizado deba ser justa adecuada y suficiente, sin mermas reales que no sean imputables al administrado expropiado*”<sup>449</sup>.

---

<sup>445</sup> MANZANEDO cit. por GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. *El justiprecio de la expropiación forzosa*, 3ª edición, Comares, Granada, 1999, p. 91.

<sup>446</sup> MARIENHOFF, M. op. cit., p. 252.

<sup>447</sup> Ídem.

<sup>448</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J. “Responsabilidad por demora en la Ley de Expropiación Forzosa” en *RAP*, N° 33, Setiembre-Diciembre, Madrid, 1960, p. 13.

<sup>449</sup> DANÓS ORDOÑEZ, J. cit. por VELÁSQUEZ, R. op. cit., p. 362 (cursiva y negrita en el original).

Como corolario de esto, si el valor recibido por el sujeto expropiado al momento de efectuarse el pago del justiprecio no representa el valor real de los bienes que han sido objeto de expropiación, se habrá tornado en ilusoria la garantía de integridad exigida constitucionalmente puesto que el valor efectivamente pagado no guarda el debido equilibrio económico con el valor del bien expropiado.

Nuestro Tribunal Constitucional se ha mostrado a favor de actualizar el monto del justiprecio, porque “[d]e lo contrario, se desconocería el hecho que *la esencia de la expropiación forzosa es dejar indemne al expropiado*”<sup>450</sup>.

Finalmente, y a modo de crítica, debemos indicar que vista la necesidad de actualizar el justiprecio en orden a mantener íntegro el valor del patrimonio del sujeto expropiado, la derogada LGE, acorde con ello, establecía en su artículo 18 que “[l]a indemnización justipreciada se actualiza para su consignación mediante la aplicación del Índice de Precios al por Mayor que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI. Por los meses o fracciones de mes cuyos índices no se hubieren publicado a la fecha de la consignación, se utilizará proporcionalmente el índice del último mes publicado”.

Sin embargo, la LMAE ha omitido establecer expresamente que el justiprecio deberá de actualizarse. Esto en modo alguno impide que se practique tal actualización de conformidad con los argumentos expuestos en los párrafos anteriores. Así, la necesidad de que se supla este vacío en la normativa vigente es capital, si se tiene en consideración que el artículo 13.3 de la citada ley establece que “[e]l valor de la tasación debe de tener una antigüedad no mayor a dos años al momento de la expedición de la norma que aprueba la ejecución de la Expropiación”.

En este plazo es perfectamente posible que el valor de la tasación practicado con anterioridad al procedimiento expropiatorio difiera ostensiblemente del valor que efectivamente se entregue en su momento al sujeto expropiado, resultando por ello de imperiosa

---

<sup>450</sup> Expediente N° 05312-2009-PA/TC, F. J. 21 (cursiva en el original).

necesidad el establecimiento expreso de la actualización del valor de la tasación, así como la fijación del índice al cual ha de realizarse el citado reajuste, y todo ello a fin de dotar de pleno cumplimiento al mandato de integridad exigido constitucionalmente.

**b) El justiprecio deber ser íntegro.**

La garantía patrimonial consustancial en todo procedimiento expropiatorio, asegura que el valor económico del patrimonio del sujeto expropiado sea idéntico antes y después de ejecutada la expropiación forzosa. Para dotar de efectividad a este mandato exigido constitucionalmente, se requerirá que la suma entregada al sujeto pasivo pueda ser tenida como íntegra.

El Tribunal Constitucional también ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del carácter integral que debe de cumplir el justiprecio para ser tal. Así, el Alto Tribunal tiene dicho al respecto que “el Estado tiene el deber de indemnizar en forma plena y completa al titular del derecho de propiedad privada”<sup>451</sup>, puesto que de esta forma se mantendrá íntegro el patrimonio del sujeto expropiado, salvaguardando así su derecho de propiedad.

De esta forma, se debe indicar que para que el *justum pretium* sea integral deberá comprender todos aquellos aspectos necesarios para que el patrimonio del sujeto expropiado mantenga su valor económico tras la ejecución de la expropiación. Estos aspectos han sido expresamente señalados por la LMAE y son: el valor comercial del bien, y –de corresponder– el valor del perjuicio económico ocasionado a consecuencia de la expropiación.

En ese orden de ideas, es posible señalar que el justiprecio será integral cuando aquel suponga un real y efectivo equilibrio de valores entre el valor del bien, el valor por los eventuales daños y la cantidad monetaria que en definitiva se pague al sujeto expropiado, de manera que el quiebre en el equilibrio de esos valores nos colocará frente a un acto confiscatorio de la propiedad<sup>452</sup>.

---

<sup>451</sup> Expediente N° 05614-2007-PA/TC, F. J. 11.

<sup>452</sup> Cfr. MARIENHOFF, M. op. cit., p. 220.

### **2.21.2. El *justum pretium* debe ser previo.**

El carácter previo del justiprecio emana directamente de nuestra Carta Magna desde que en su artículo 70 establece que “[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”. Así, para que la expropiación forzosa puede ser tenida como constitucionalmente válida requiere “[q]ue el Estado pague previamente, en efectivo, una indemnización justipreciada que incluya el precio del bien expropiado y la compensación por el eventual perjuicio, que, a su vez, debe ser establecida en el procedimiento expropiatorio”<sup>453</sup>.

De esta forma, y conforme ya lo hemos advertido previamente, la transferencia de la propiedad del bien objeto de la expropiación forzosa únicamente tendrá lugar una vez efectuado el pago del justiprecio al sujeto expropiado.

El carácter previo del justiprecio ha sido objeto de reconocimiento expreso por parte de nuestro TC. Así, el Alto Tribunal tiene dicho que “el Estado se encuentra obligado a pagar previamente una indemnización justipreciada que incluya el precio del bien expropiado y la compensación por el eventual perjuicio, que, a su vez, debe ser establecida en el procedimiento expropiatorio. Sólo a través del mencionado desembolso, la expropiación podrá considerarse como válida en tanto límite del derecho a la propiedad”<sup>454</sup>.

Finalmente, resultan plenamente trasladables al presente apartado las consideraciones precedentemente expuestas al momento de sostener el carácter necesariamente previo del pago del justiprecio.

---

<sup>453</sup> Expediente N° 05614-2007-PA/TC, F. J. 11.

<sup>454</sup> Expediente N° 0864-2009-PA/TC, F. J. 26.

### 2.21.3. El *justum pretium* debe cancelarse en *dinero*.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 70 de la Constitución, el justiprecio que recibirá el sujeto expropiado debe de pagarse en efectivo. Este mismo criterio ha sido plenamente acogido por la LMAE que en su artículo 24.2 dispone que la expropiación requiere el “previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio al Sujeto Pasivo”.

Así, si el bien que se expropia se convierte en su valor monetario, es lógico que el mismo se pague en efectivo puesto que “[l]a 'moneda' –dinero– es, oficialmente, la medida de los valores, aparte del valor que ella misma representa”<sup>455</sup>.

Finalmente, el presente carácter también ha sido acogido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el mismo que sobre el particular tiene dicho que el ejercicio de la potestad expropiatoria importa una serie de garantías, una de las cuales es que “[s]e haya pagado previamente en efectivo la indemnización justipreciada, la que incluirá la compensación por el eventual perjuicio”<sup>456</sup>.

### 2.22. Elementos que integran el justiprecio.

Los conceptos que son tomados en consideración para integrar el justiprecio responden a un único criterio: mantener íntegro el valor del patrimonio del sujeto expropiado, y esto debido a que los conceptos de justiprecio y expropiación se encuentran íntimamente ligados, de forma que la finalidad del procedimiento expropiatorio es que el sujeto expropiado reciba una suma de dinero que sin enriquecerle ni empobrecerle, le situé en las mismas condiciones económicas que tenía antes de ejecutarse la expropiación<sup>457</sup>.

La LMAE atendiendo a este criterio ha dispuesto en su artículo 13 que la fijación del valor correspondiente a la tasación se efectuará tomando en consideración tanto el valor comercial del inmueble (justiprecio *stricto*

---

<sup>455</sup> MARIENHOFF, M. op. cit., p. 290.

<sup>456</sup> Expediente N° 03258-2010-PA/TC, F. J. 8.

<sup>457</sup> MARIENHOFF, M. op. cit., p. 221.

*sensu*) como el valor del eventual perjuicio económico ocasionado a consecuencia de la expropiación (indemnización), estableciendo para cada concepto determinadas especificaciones a tener en cuenta.

A analizar los rubros que integran la tasación<sup>458</sup> se destinarán los siguientes párrafos, estudiándose, por fines eminentemente didácticos, cada uno de ellos por separado a fin de lograr una mejor comprensión de los mismos.

### **2.22.1. El justiprecio *stricto sensu*.**

Como no podía ser de otra manera, este es el primer concepto que ha sido considerado por el legislador como elemento integrante del justiprecio. La razón de ello subyace en entender que si la expropiación supone la transferencia forzosa de un bien privado al sujeto beneficiario de la expropiación, es lógico que el primer concepto que se tenga en consideración para formar parte del justiprecio sea justamente el valor comercial de aquel bien.

La LMAE no contiene –y tampoco tiene porque hacerlo– una definición de valor comercial del inmueble. Sin embargo, sí establece en su artículo 4.12 que la tasación que efectuará el perito valuador se realizará de conformidad con lo establecido en el RNT, aprobado mediante Resolución Ministerial 126-2007-VIVIENDA<sup>459</sup>.

Es en el citado reglamento donde se establece lo que se debe de entender por valor comercial. Así, el artículo I.07 señala en primer lugar que “[s]e denomina tasación o valuación comercial cuando los valores corresponden a los del libre mercado”, para posteriormente establecer en el artículo I.11 que “[e]l valor comercial es el que se obtiene por la compra - venta de un bien en la fecha de valuación, en consideración a las compras ventas de bienes similares y a las características del bien valuado”.

---

<sup>458</sup> “Se entiende por tasación o valuación al procedimiento mediante el cual el perito valuador realiza inspección ocular del bien, lo estudia, analiza y dictamina sus cualidades y características en determinada fecha, para establecer la estimación del valor razonable y justo del bien de acuerdo a las normas del presente Reglamento”, esto es, el RNT.

<sup>459</sup> Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 13 de mayo de 2007.

Analizando e integrando ambas definiciones, es posible concluir que el valor comercial al cual hace referencia la LMAE no es otro que el valor de mercado del bien expropiado, pues como bien ha establecido el Tribunal Constitucional “[l]a tasación a partir de valor de mercado, constituye un requisito para que la expropiación que realice el Estado esté dentro de los márgenes constitucionales”<sup>460</sup>.

Asimismo, la LMAE en su artículo 13.1 establece que “[e]l valor comercial del inmueble: Incluye los valores de terreno, de edificación, obras complementarias y plantaciones, de ser el caso”. Ante ello, y tomando en consideración que la determinación del valor de cada uno de ellos sobrepasaría con creces el objeto nuestro estudio dada la tecnicidad que la norma requiere, nos limitaremos a esbozar la definición de cada uno de los citados elementos.

En atención a ello, y a fin de señalar el alcance de cada uno de estos términos, debemos previamente indicar que el RNT distingue en su estructura, dentro de otros bienes a ser valuados, los terrenos urbanos de los terrenos rústicos, estableciendo a su vez una serie de disposiciones particulares que deberán ser tomadas en cuenta en el procedimiento de tasación.

Así, y en primer lugar, si se desea saber si el terreno a expropiar es urbano o no, debe considerarse lo dispuesto en el RNT. Este establece en su artículo II.A.02 que debe “[c]onsiderarse terreno urbano al que está situado en centro poblado y se destine a vivienda, comercio, industria o cualquier otro fin urbano; así como los terrenos sin edificar, siempre que cuenten con los servicios generales propios del centro poblado y los que tengan terminadas y recibidas sus obras de habilitación urbana, estén o no habilitadas legalmente”. Cumplida esta definición por el terreno objeto de la expropiación se procederá a su respectiva valuación de acuerdo a los parámetros establecidos en la norma reglamentaria.

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 13.1 de la LMAE, el artículo II.A.06 señala que “[l]a valuación del predio urbano consiste en la determinación del valor de todos sus

---

<sup>460</sup> Expediente N° 0864-2009-PA/TC, F. J. 28.

componentes, en términos de terreno, edificaciones, obras complementarias e instalaciones fijas y permanentes”.

En este sentido, para fijar el valor comercial del terreno urbano, el artículo II.C.20 del RNT establece que “se tomará como base el valor unitario obtenido del estudio del mercado inmobiliario de la zona”, y a falta de este “se adoptará como tal el que se obtenga por comparación con otro terreno que tenga la misma zonificación, que posea similares obras de infraestructura urbana, que corresponda al mismo nivel socioeconómico y que se encuentre ubicado en lugares próximos al terreno materia de valuación, o en su defecto, el perito calculará el valor en base a criterios objetivos y técnicos” (artículo II.C.21).

En cuanto al término edificación, hemos de decir que el mismo comprende a las construcciones o fábricas en general (artículo II.A.03), mientras que el artículo II.A.04 establece que “[s]on obras complementarias e instalaciones fijas y permanentes todas las que se encuentran adheridas físicamente al suelo o a la construcción, y no pueden ser separadas de éstos sin destruir, deteriorar, ni alterar el valor del predio porque son parte integrante y funcional de éste, tales como cercos, instalaciones de bombeo, cisternas, tanques elevados, instalaciones exteriores eléctricas y sanitarias, ascensores, instalaciones contra incendios, instalaciones de aire acondicionado, piscinas, muros de contención, subestación eléctrica, pozos para agua o desagüe, pavimentos y pisos exteriores, zonas de estacionamiento, zonas de recreación, y otros que a juicio del perito valuador puedan ser calificados como tales”<sup>461</sup>.

El RNT en su artículo III.A.01 define a los predios rústicos como aquellos “terrenos ubicados en zona rural dedicados a uso agrícola, pecuario, forestal y de protección y a los eriazos susceptibles de destinarse a dichos usos que no hayan sido habilitados como urbanos ni estén comprendidos dentro de los límites de expansión urbana”.

---

<sup>461</sup> La valoración de las edificaciones principales, obras complementarias e instalaciones fijas y permanentes conforme ya hemos expuesto requiere del entendimiento de conceptos técnicos especializados razón por la cual no será abordada en nuestro estudio, sin embargo debemos señalar que las reglas a ser tomadas en cuenta para su valuación se encuentran en Título II, Capítulo D del RTN.

De igual manera que en el caso de los terrenos urbanos, y conforme lo establece el mencionado artículo 13.1 de la LMAE, su tasación también incluye el valor del terreno, de las construcciones, obras complementarias y de las plantaciones.

Así, las construcciones e instalaciones fijas y permanentes son aquellas “edificaciones en general, tales como viviendas, depósitos, cobertizos, talleres, construcciones para beneficio de productos, plantas industriales, hospitales, campos recreativos, vías, infraestructura de riego” (artículo III.A.03).

Respecto a las obras complementarias, el RNT establece que debe entenderse por tales a “los caminos, cercos, corrales, eras, embarcaderos, puentes, muros y andenes de contención, defensas marginales, tomas, partidores, canales, diques” (artículo III.B.22).

Para la determinación de la valuación comercial del terreno rústico, el perito empleará “para el cálculo los valores comerciales del estudio de mercado” (artículo III.C.28). Disponiéndose además que ante la “falta de valores en el mercado inmobiliario de terrenos rústicos de cualquier grupo y clase de la zona, en el caso de valuaciones comerciales, se adoptará como tal el que se obtenga por comparación con otro terreno que tenga similares características y que se encuentre ubicado en valles o lugares próximos al terreno materia de valuación, o en su defecto, el perito calculará el valor en base a criterios objetivos y técnicos” (artículo III.C.30).

Finalmente, la LMAE dispone en el artículo 13.1 que “[a]simismo, se considera las mejoras o cultivos permanentes existentes de corresponder. En el caso de los cultivos no permanentes sembrados antes de la fecha de comunicación establecida en el numeral 20.2 del artículo 20<sup>462</sup>, el Sujeto Activo puede acordar un plazo para la entrega de bien inmueble en el que se considere la cosecha de los mismos; de lo contrario, la valorización debe considerar el valor de los cultivos no permanentes”.

---

<sup>462</sup> Según el artículo 20.2 de la LMAE, “[r]ecibida la Tasación, el Sujeto Activo envía al Sujeto Pasivo en el plazo máximo de diez días hábiles una Carta de Intención de Adquisición”.

Para comprender el alcance del dispositivo precedentemente citado, resulta de imperiosa necesidad entender en primer lugar el significado de cultivo permanente. Así, el RNT en su artículo III.A.04 establece que “[s]e considera plantación permanente al conjunto de vegetales establecidos en un predio rústico que son susceptibles de explotación económica por más de dos campañas agrícolas y que pertenezca a cualquiera de las categorías siguientes: a) Frutales u b) Otras especies cuya producción se mantenga durante más de dos años, sin necesidad de efectuar nueva siembra”.

De esta forma, por ejemplo si un predio rústico en el cual se cultiva banano o café se estima necesario para satisfacer una necesidad pública, el órgano tasador deberá estimar el valor de aquellas plantaciones mientras que el sujeto activo deberá de cancelar al sujeto pasivo el valor correspondiente a aquellas plantaciones.

De otro lado, si se trata de una plantación no permanente cuya siembra se ha realizado con anterioridad a los diez días hábiles con los que cuenta el sujeto activo para enviar la carta de intención de adquisición al sujeto pasivo, aquel está facultado para convenir con el sujeto pasivo la entrega del inmueble en un plazo que permita la cosecha de los cultivos no permanentes. De no existir acuerdo al respecto, la tasación deberá –para ser justa– estimar la valuación de aquellos cultivos sembrados no cosechados.

Si por el contrario, aquellos cultivos hubiesen sido sembrados con posterioridad a la fecha anteriormente citada, la valuación que realice el perito tasador no comprenderá el valor correspondiente a aquellos cultivos conforme expresamente lo establece el artículo 13.1 de la LMAE.

### **2.22.2. La eventual indemnización.**

El reconocimiento de este concepto parte del propio texto constitucional, cuando se establece que “[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*” (cursiva añadida).

La LMAE, coherente con lo dispuesto en la Constitución, ha establecido en su artículo 13.2 que “[e]l valor del perjuicio económico: Incluye la indemnización por el eventual perjuicio, que comprende únicamente al lucro cesante y daño emergente, siempre que se encuentren acreditados o cuenten con un informe debidamente sustentado”.

La inclusión de ambos rubros por la ley puede sostenerse desde que la realidad misma nos enseña que la ejecución de la expropiación forzosa no solo puede dar lugar a una pérdida (daño emergente), sino que también tal actuación puede perfectamente conllevar a la no materialización de una ganancia que de no haberse producido el acto expropiatorio hubiese ingresado al patrimonio del sujeto pasivo (lucro cesante).

Visto esto, y acorde con la garantía patrimonial prevista en la Constitución, el legislador ha pretendido en aquel dispositivo legal colocar al expropiado en una situación idéntica a aquella en la cual se encontraría de no haberse producido la expropiación forzosa.

En atención a ello, tradicionalmente se suele distinguir el daño, en daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales<sup>463</sup>. Por el primero se entiende aquel que sufre el sujeto afectado en su esfera patrimonial, mientras que el daño extrapatrimonial será aquel que “lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial”<sup>464</sup> incluyéndose dentro de este al daño corporal y al daño moral.

Lo expuesto sobre el daño extrapatrimonial baste por el momento, puesto que el artículo 13.2 de la LMAE es bastante claro en establecer al respecto que “[n]o procede indemnización de carácter extrapatrimonial” excluyéndolo de esta forma del justiprecio.

Realizada esta salvedad, y estando a lo dispuesto por la doctrina mayoritaria, el daño patrimonial se subdivide en daño

---

<sup>463</sup> ESPINOZA ESPINOZA, J. *Derecho de la responsabilidad civil*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 157.

<sup>464</sup> *Ibíd.*, p. 158.

emergente y lucro cesante, los cuales serán objeto de estudio en las siguientes páginas.

**a) El daño emergente.**

De manera previa, hemos considerado prudente exponer una noción de “daño” para poder abordar posteriormente el asunto que nos interesa. Así, en primer lugar etimológicamente el concepto de daño según CABANELLAS es aquel “deterioro, perjuicio o menoscabo que por la acción de otro se recibe en la propia persona o bienes”<sup>465</sup>. En una palabra, daño es un perjuicio, esto es, un detrimento que sufre la persona ya sea en sí misma considerada o en sus bienes.

Ahora, ya propiamente en el contexto de la responsabilidad, el daño aparte de configurarse como uno de los presupuestos indispensable para la existencia de la misma, se define como aquel “menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio”<sup>466</sup>.

Explicado brevemente ello, se puede afirmar que el daño emergente es todo aquello “cuanto sale del patrimonio que tenía la víctima al producirse el hecho”<sup>467</sup>, es decir, aquel “monto que para mí ya no es, lo que para mí deja de tener existencia”<sup>468</sup>, por ello el “daño emergente es siempre empobrecimiento”<sup>469</sup>. En buena cuenta, el daño emergente es aquella pérdida efectivamente experimentada por el sujeto afectado.

Acorde a ello, la inclusión del daño emergente por la norma es más que comprensible, es justa; puesto que si el mismo importa una “disminución de la esfera patrimonial” del sujeto expropiado, es necesario que se le indemnice al mismo por el perjuicio económico

---

<sup>465</sup> CABANELLAS, G. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, Tomo IV, 26<sup>a</sup> edición, Heliasta, Buenos Aires, 1998, p. 5.

<sup>466</sup> ZANNONI, E. *El daño en la responsabilidad civil*, 2<sup>a</sup> edición, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 1.

<sup>467</sup> ZEGARRA MULÁNOVICH, Á. *Descubrir el...*, op. cit., p. 147.

<sup>468</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, F. *La responsabilidad extracontractual*, Tomo II, 7<sup>a</sup> edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, p. 36.

<sup>469</sup> Ídem.

efectivamente sufrido a fin de mantener íntegro su patrimonio. De lo contrario, se habrá vulnerado el mandato de inviolabilidad de la propiedad ordenado constitucionalmente.

De lo expuesto, se puede definir a la indemnización por daño emergente como aquella que “pretende restituir la pérdida sufrida”<sup>470</sup>. Es decir, aquella cantidad monetaria necesaria para reparar tanto el daño ocasionado como los demás gastos en los cuales se ha incurrido a consecuencia del evento dañoso.

Algunos ejemplos ejemplificarán mejor los conceptos. Un primer caso que es posible comentar viene contemplando expresamente por la LMAE. Nos referimos al supuesto de los cultivos no permanentes analizados líneas arriba. En este caso, si el sujeto activo no llegara a un acuerdo con el sujeto pasivo respecto de la cosecha de los mismos, la tasación deberá comprender el valor de aquellos. Cuando la norma establece que la valuación integrará su valor se está refiriendo al daño emergente que ocasione tal hecho.

#### **b) El lucro cesante.**

La diferencia entre daño emergente y lucro cesante –siguiendo a DE CUPIS– “encuentra sus fundamentos en las fuentes romanas, de donde ha sido trasplantada a los Códigos modernos '*quantum mihi abest quantumque lucrari, potui*', se expresaba al respecto el jurisconsulto Paulo (D. 46.8.13 pr.), y el *quantum mihi abest* se traduce actualmente por 'daño emergente' y el *quantum lucrari potui* por 'daño por lucro cesante’”<sup>471</sup>.

Así, etimológicamente lucro cesante es –en palabras de CABANELLAS– aquella “[g]anancia o beneficio que se deja de obtener por obra de otro, perjudicial para los propios intereses”<sup>472</sup>. En el ámbito propio de la responsabilidad, el lucro cesante importa aquella ganancia dejada de percibir por el afectado como consecuencia del hecho dañoso, o mejor aún, como afirma TRAZEGNIES “[e]l concepto

---

<sup>470</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>471</sup> DE CUPIS, A. *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 312.

<sup>472</sup> CABANELLAS, G. *op. cit.*, Tomo V, p. 233.

de lucro cesante comprende aquello que ha sido o será dejado de ganar a casusa del acto dañiño”<sup>473</sup>.

Conviene dejar en claro que la indemnización por lucro cesante que recibirá a su tiempo el sujeto perjudicado no corresponde a los ingresos brutos que hubiesen ingresado a su patrimonio de no producirse el evento dañoso, sino que por la misma el perjudicado recibirá “la ganancia patrimonial *neta* dejada de percibir”<sup>474</sup>. Esto es, –como bien afirma TRAZEGNIES– “que el lucro cesante no es el ingreso bruto dejado de percibir sino la ganancia frustrada; y si bien el daño impide que se produzca el ingreso, también es verdad que en muchos casos –no siempre, por lo que cada caso debe ser estudiado en particular– esto conlleva igualmente que ciertos gastos no se tengan que realizar. Por tanto, el lucro cesante será el ingreso frustrado menos los gastos que no ha sido necesario realizar”<sup>475</sup>.

Asimismo, debemos indicar que “[e]l hecho de que el ordenamiento jurídico sujete a resarcimiento el daño por lucro cesante radica en que si bien constituye el sacrificio de una utilidad no actual, sin embargo, tan pronto como pueda acreditarse que tal utilidad *habría tenido* existencia, es suficiente para dar lugar a la reacción jurídica contra él”<sup>476</sup>. De acuerdo a ello, se infiere que la ganancia que se indemnizará por lucro cesante debe ser cierta.

Así, a través de la indemnización por lucro cesante se compensará aquella utilidad que pudo ingresar al patrimonio del sujeto expropiado “según el curso normal de las cosas”<sup>477</sup> de no mediar el hecho dañoso, y no una simple ilusión de ganancia.

Finalmente, siguiendo a DE CUPIS, debemos aclarar también que solo se indemnizarán por lucro cesante aquellas ganancias legítimas<sup>478</sup>, de forma que “no se puede pretender lucro cesante por actividades ilegales”<sup>479</sup>.

---

<sup>473</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, F. op. cit., p. 37.

<sup>474</sup> BIANCA cit. por ESPINOZA ESPINOZA, J. op. cit., p. 158 (cursiva añadida).

<sup>475</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, F. op. cit., p. 42.

<sup>476</sup> DE CUPIS, A. op. cit., p. 315 (cursiva en el original).

<sup>477</sup> ZEGARRA MULÁNOVICH, Á. *Descubrir el...*, op. cit., p. 147.

<sup>478</sup> DE CUPIS, A. op. cit., pp. 316-317.

<sup>479</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, F. op. cit., p. 39.

Permítasenos mediante un ejemplo clarificar las nociones expuestas hasta el momento. El supuesto sigue siendo el caso de los cultivos no permanentes previsto en la LMAE. Así, y conforme ya hemos puesto de manifiesto, si el sujeto activo no llegara a un acuerdo con el sujeto pasivo respecto de la cosecha de los mismos, la tasación deberá comprender el valor de aquellos. Ya hemos dicho también, que ese valor incluye el daño emergente (el valor actual de aquel cultivo). Sin embargo, ciertamente también incluirá “la expectativa habitual de margen de ganancia (no el ingreso bruto) que esa cosecha habría producido”<sup>480</sup>, esto es, el lucro cesante.

En este caso, la indemnización por lucro cesante no vendrá determinada por el ingreso bruto que la cosecha de aquel cultivo hubiese producido, sino que la misma se determinará sobre la base del ingreso bruto menos los gastos, como pueden ser el gasto de pulverización para mantener los cultivos libres de plagas, o el gasto que supone la mano de obra destinada a cosechar el cultivo, entre otros.

## **2.23. Conceptos excluidos de integrar la tasación.**

### **2.23.1. Valor de las mejoras o cultivos realizados en el inmueble con posterioridad a la fecha establecida en el numeral 20.2 de la LMAE.**

Un primer concepto que no será susceptible de valoración en la tasación viene establecido expresamente por la LMAE, la cual en su artículo 13.1 dispone que “[e]n ningún caso la Tasación comprende el valor de las mejoras o cultivos realizados en el inmueble con posterioridad a la fecha establecida en el numeral 20.2 del artículo 20”, esto es, los diez días hábiles con los que cuenta el sujeto activo desde recibida la tasación para proceder a enviar la carta de intención de adquisición al sujeto pasivo.

De acuerdo al artículo citado, debemos señalar que las mejoras y los cultivos permanentes realizados con anterioridad a la fecha precedentemente indicada deben ser incluidos en la tasación a

---

<sup>480</sup> Ibídem, p. 38.

efectuar. Así lo ha establecido la LMAE en su artículo 13.1, puesto que la tasación además del valor comercial del inmueble, considerará “las mejoras o cultivos permanentes existentes de corresponder”.

Cabe añadir que cuando la ley señala que se valorizarán las mejoras, entendemos que tal concepto incluirá tanto a las mejoras necesarias, a las útiles y a las de recreo<sup>481</sup> que se encuentren en el inmueble del propietario.

Ahora, en cuanto a la exclusión de las mejoras y cultivos que contiene la LMAE, consideramos que la misma tiene su razón de ser en el hecho de que vez notificado el sujeto pasivo con la carta de intención de adquisición, este entiende perfectamente que su inmueble se ha estimado indispensable para poder satisfacer una necesidad pública y por ello el mismo será objeto de adquisición o de lo contrario, de no proceder esta, será expropiado.

Entonces, conociendo esto, es lógico que las mejoras o cultivos realizados con posterioridad a la fecha establecida en el artículo 20.2 no resulten susceptibles de valoración, puesto que las mismas han sido realizadas “de mala fe si el titular del bien a expropiar [o a adquirir] al ejecutarlas era conocedor de la existencia del expediente expropiatorio [o del de adquisición], o incluso de la posibilidad del mismo, y se proponía al actuar de tal modo o bien obtener un lucro, o simplemente incrementar innecesariamente el valor de aquel bien”<sup>482</sup>, y tal conocimiento es probado con la notificación de la carta de intención de adquisición al sujeto pasivo.

Del texto transcrito cabe advertir, y aunque esto no lo diga la ley, que consideramos que la exclusión de las mejoras a indemnizar se circunscribe a las llamadas mejoras útiles o a las de recreo, no pudiendo extenderse tal exclusión a las mejoras necesarias por la misma función que las aquellas están llamadas a cumplir.

---

<sup>481</sup> Según el artículo 916 del CC “[l]as mejoras son necesarias, cuando tienen por objeto impedir la destrucción o el deterioro del bien. Son útiles, las que sin pertenecer a la categoría de las necesarias aumentan el valor y la renta del bien. Son de recreo, cuando sin ser necesarias ni útiles, sirven para ornato, lucimiento o mayor comodidad”.

<sup>482</sup> PERA VERDAGUER cit. por GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. op. cit., p. 133.

### 2.23.2. El daño extrapatrimonial.

Un segundo concepto excluido contemplado explícitamente por la LMAE es el daño extrapatrimonial puesto que, conforme ya hemos visto, el artículo 13.2 de la citada ley dispone expresamente que “[n]o procede indemnización de carácter extrapatrimonial”. Con ello, entendemos que se ha excluido el valor de afección de los bienes, esto es, “[e]l aprecio y el precio suplementario que en cosas propias se concreta por utilización desde larga data, o relevante utilidad personal; y, más aún, por haber pertenecido a personas de la intimidad, sean de la familia o de otros amores”<sup>483</sup>.

Somos de la opinión que esta exclusión “es razonable, puesto que no sería justo que el Estado tuviera que reparar valores, tal vez muy apreciables en el fuero íntimo, pero carentes de relevancia en el ámbito externo”<sup>484</sup>.

### 2.23.3. Las ganancias hipotéticas.

Las ganancias hipotéticas son aquellos beneficios futuros cuya probabilidad de realización deviene en incierta según el curso normal de las cosas<sup>485</sup>. Definidas así, las mismas tampoco son objeto de indemnización. Esto es así, porque conforme se ha expuesto “sólo los beneficios ciertos son tutelados por el derecho, y ninguna reacción jurídica puede conectarse al daño que afecta un interés incierto, ya que el derecho no puede considerar las fantasías e ilusiones de eventuales ventajas”<sup>486</sup>.

Tal previsión no ha sido objeto de reconocimiento expreso por parte de la LMAE, pero tampoco hace falta que la misma lo disponga pues su exclusión es válida desde que únicamente son reparables aquellas ganancias “que se producirán con toda certidumbre, [esto es,

---

<sup>483</sup> CABANELLAS, G. op. cit., Tomo VIII, p. 309.

<sup>484</sup> DROMI, J. op. cit., p. 216. En igual sentido se ha pronunciado MARIENHOFF para quien “[e]l valor afectivo no se indemniza en estos casos porque no integra el valor '*objetivo*' del bien. Constituye un simple valor '*subjetivo*' que, para más, por principio general, se mantiene en lo interno de la mente del propietario, sin manifestaciones exteriores permanentes e inequívocas. La exclusión del valor '*afectivo*' como rubro a indemnizar es razonable: de ahí su juridicidad”. MARIENHOFF, M. op. cit., p. 229 (cursiva en el original).

<sup>485</sup> Cfr. DROMI, J. op. cit., p. 216 y CASSAGNE, J. op. cit., pp. 623 y ss.

<sup>486</sup> DE CUPIS, A. op. cit., p. 315.

aquellas] que inevitablemente se dejarán de percibir como consecuencia del acto dañino”<sup>487</sup>, excluyéndose de esta forma a las ganancias hipotéticas.

## **2.24. Momento de la valoración.**

En los artículos 13, 14, 15 y 16, la LMAE prevé el procedimiento de valoración. Así, en primer lugar el sujeto activo identifica los bienes que estima indispensables para satisfacer la necesidad pública. Una vez identificados los bienes, cuenta con un plazo no mayor de seis meses, desde la determinación de los inmuebles, para remitir el expediente técnico legal de la obra de infraestructura a ejecutar al órgano tasador.

Una vez recibido el expediente técnico legal completo, el órgano tasador –que será la Dirección de Construcción de la Dirección General de Políticas y Regulación en Construcción y Saneamiento del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento; o, de ser el caso, la Dirección General de Concesiones en Transportes del Ministerio de Transporte y Comunicaciones– cuenta con un plazo de cinco días hábiles para designar a los peritos valuadores.

La ley contempla el supuesto en el cual dada la complejidad de la valuación, y dentro del plazo anteriormente citado, el órgano que tiene a cargo la tasación podrá designar a peritos que no se encuentren adscritos al Ministerio de Vivienda.

La fijación del valor correspondiente a la tasación no podrá exceder de dos meses los cuales tienen como fecha de inicio del cómputo, aquella en la cual se procedió a la designación del respectivo perito.

Los rubros a ser tomados en cuenta por el órgano tasador, bajo responsabilidad, han sido establecidos en el artículo 15 de la ley, debiéndose tener en cuenta toda aquella documentación referente en primer lugar al predio, esto es, la ubicación del inmueble, la partida registral y la relación de edificaciones y cultivos si los hubiese entre otros detallados por la norma. En cuanto a la documentación referente al sujeto pasivo, esta comprenderá el título de propiedad o la respectiva constancia de posesión así como aquellos documentos que permitan identificar al sujeto pasivo (documento nacional de identificación o la partida registral

---

<sup>487</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, F. op. cit., p. 37.

correspondiente en el caso de personas jurídicas). En tercer lugar, y con relación al perjuicio sufrido, se deberá probar la certeza del mismo juntamente con el daño emergente y lucro cesante que aquel origine.

Finalmente, la norma establece respecto de la expropiación, que el valor correspondiente a la tasación no podrá ser exceder los dos años de antigüedad desde que se expidió la norma que la ejecuta.

En resumen, en nuestro ordenamiento jurídico la valoración de la tasación tiene lugar en un momento previo a la expropiación. Así, desde su fijación hasta su efectiva consignación puede transcurrir un periodo de tiempo que si bien no podrá ser mayor a dos años, es suficiente para que en aquel trascurso medien una serie de acontecimientos que hagan que el valor económico del inmueble se altere, debiéndose por ello modificar también el valor de la tasación con su actualización. Como ya expusimos, la LMAE no prevé normativamente tal actualización, sin embargo es necesaria tal previsión por las razones dadas previamente<sup>488</sup>. La finalidad de esto, es que el monto del justiprecio siga representando el valor real de los inmuebles manteniendo así íntegro el valor del patrimonio del sujeto pasivo.

---

<sup>488</sup> *Cfr.* el apartado en el cual se aborda la necesidad que el justiprecio sea actual.



### **CAPÍTULO III: EL JUSTIPRECIO Y SU RÉGIMEN TRIBUTARIO A EFECTOS DE LA LIR.**

#### **3.1. Marco teórico: Los Tributos en el Ordenamiento Peruano.**

##### **3.1.1. La potestad tributaria: definición y naturaleza.**

En la realidad actual en la cual co-existimos es indiscutible la presencia de determinadas necesidades que no solo afectan a un individuo sino a toda una colectividad. A este conjunto de demandas que la colectividad posee y que resultan indispensables para el fin público, se les denomina necesidades públicas<sup>489</sup>.

Un fin primordial del Estado es precisamente atender este conjunto de necesidades, y para lograr ello, requerirá contar con recursos económicos que le permitan hacerles frente de una manera adecuada. De esta forma, “una de las fuentes más importantes de recursos económicos con lo que cuenta el Estado para cumplir con

---

<sup>489</sup> ARAOZ VILLENA, L. “El ejercicio de la potestad tributaria y del derecho de cobrar tributos y su compatibilidad con el principio de legalidad” en DANÓS ORDOÑEZ, J. (Coord.), *Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público*, Palestra, Lima, 2006, pp. 116 y ss.

esos deberes es la recaudación tributaria, a cuyo fin sirve el pago de los tributos que el Estado impone en función del interés general”<sup>490</sup>.

En ese sentido, el poder tributario que detenta el Estado está orientado a brindar una adecuada satisfacción de las necesidades que aquejan a la población en un determinado tiempo y lugar, por ello la potestad tributaria reconocida en nuestro ordenamiento consiste en aquella facultad que ostenta el Estado de dictar normas “para que los ciudadanos le entreguen una parte de sus rentas o patrimonios, con el objeto de atender y satisfacer las necesidades públicas”<sup>491</sup>.

Cabe advertir que la entrega estas rentas o patrimonios solo se harán efectivas respecto de aquellos ciudadanos que ostenten capacidad contributiva, resultando esta capacidad el presupuesto habilitante para la exigencia de aquellas prestaciones económicas<sup>492</sup>.

En cuanto al fundamento de la potestad tributaria, el mismo se estructura sobre la base de dos ejes: uno formal y otro material. Respecto del primero, la justificación de aquella potestad que permite exigir de los ciudadanos determinada porción de sus rentas o patrimonios, se encuentra en tanto en la Constitución como en la Ley conforme lo dispuesto en el artículo 74 del texto constitucional<sup>493</sup>.

De otro lado, el fundamento material reside en la necesidad de que el Estado pueda proveerse de los fondos necesarios para poder

---

<sup>490</sup> LANDA ARROYO, C. “Los principios tributarios en la Constitución de 1993. Una perspectiva constitucional” en DANÓS ORDOÑEZ, J. (Coord.), *Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público*, Palestra, Lima, 2006, p. 39.

<sup>491</sup> ARAOZ VILLENAL, L. op. cit., p. 119.

<sup>492</sup> Cfr. LANDA ARROYO, C. op. cit., pp. 48 y 49.

<sup>493</sup> Según el cual “[l]os tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo. Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio. Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación. No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo”.

hacer frente de manera idónea a aquellas necesidades públicas presentes en la colectividad. Cabe indicar, que como no podía ser de otra manera, tal aprovisionamiento no puede efectuarse de manera arbitraria, inobservando así las garantías formales y materiales previstas para ello. De ahí, que con justa razón se diga que el poder tributario se encuentra informado y limitado por un elenco de principios que velan por el debido respeto de los derechos fundamentales<sup>494</sup>.

La potestad tributaria asignada al Estado por la Constitución se ejerce concretamente con la creación, modificación, supresión o exoneración de tributos. En el ordenamiento peruano, y de acuerdo al artículo 74 CP, la potestad tributaria puede ser originaria y derivada.

Así, ostentan potestad originaria el Poder Legislativo, los Gobiernos Regionales y Locales y el Poder Ejecutivo. El primero de ellos, la ostenta respecto de la creación, modificación, supresión y exoneración de todo tipo de tributo, esto es, de impuestos, tasas y contribuciones. Junto a él, los Gobiernos Regionales y Locales también cuentan con potestad originaria pero solo respecto de las tasas y contribuciones. Finalmente, el Poder Ejecutivo cuenta con potestad originaria respecto de aranceles y tasas.

En cuanto a la potestad tributaria derivada, la misma también recae sobre el Poder Ejecutivo, toda vez que mediante Decreto Legislativo, el Congreso se encuentra habilitado para delegarle la facultad de crear, modificar, extinguir o exonerar tributos.

El TC también ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la potestad tributaria, y resumiendo lo expuesto por nosotros, ha establecido que “el Estado, para el desarrollo de sus distintas actividades, requiere de un sustento económico, el cual, como resulta natural, debe provenir fundamentalmente de las contribuciones que sus ciudadanos realicen, porque, de otra forma, sería prácticamente imposible financiar los gastos públicos o la satisfacción de necesidades colectivas a su cargo. Para que estas contribuciones no estén sujetas a la libre voluntad de los ciudadanos, el pueblo, a través de la Constitución, ha dotado al Estado del poder suficiente para

---

<sup>494</sup> *Cfr.* ARAOZ VILLENA, L. op. cit., p. 121 y 122.

establecer unilateralmente prestaciones económicas de carácter coactivo, que deben ser satisfechas por los sujetos que él determine. Es lo que se denomina la potestad tributaria, en virtud de la cual el Estado se encuentra habilitado para crear, modificar o suprimir tributos, o exonerar de ellos y, en general, para regular todos y cada uno de los elementos sustanciales que los configuran”<sup>495</sup>.

### 3.1.2. El Tributo: definición y características.

Ciertamente cuando uno repasa la normativa tributaria en nuestro país, se habrá podido dar cuenta que en muchas de aquellas normas se hace referencia al término *tributo*. Sin embargo, ninguna de ellas se detiene a establecer el alcance que aquel término comprende. Y no lo hacen, porque se entiende que tal labor no compete al legislador, sino que la misma es una labor que compete, en todo caso, a la doctrina.

Así, y en cuanto a lo que nos interesa en este momento, siguiendo a PÉREZ ROYO, el tributo puede ser definido como aquella “prestación pecuniaria de carácter coactivo impuesta por el Estado (...) con el objeto de financiar gastos públicos”<sup>496</sup>.

En cuanto a las características que presenta el tributo, es posible indicar que el mismo cuenta con las siguientes<sup>497</sup>: a) en primer lugar, el tributo tiene un origen legal ya que de acuerdo con el principio de legalidad solo por ley se les puede crear, modificar, extinguir o exonerar; b) se trata de una prestación que se efectúa comúnmente en dinero<sup>498</sup>; c) es una prestación de carácter coactivo,

---

<sup>495</sup> Expediente N° 01828-2009-PA/TC, F. J. 3.

<sup>496</sup> PÉREZ ROYO, F. *Derecho financiero y tributario: parte general*, 12ª edición, Civitas, Madrid, 2002, p. 33.

<sup>497</sup> Cfr. PÉREZ ROYO, F. op. cit., p. 33 y MEDRANO CORNEJO, H. “En torno al concepto y la clasificación de los tributos en el Perú” en *Revista del IPDT*, N° 18, Junio, Lima, 1990, pp. 37 y 38.

<sup>498</sup> Cabe advertir que según el artículo 32 del T.U.O del CT es posible pagar en tributo tanto en dinero como en especie. Respecto de esto último, el citado artículo dispone que “[m]ediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas se podrá disponer el pago de tributos en especie; los mismos que serán valuados, según el valor de mercado en la fecha en que se efectúen. Los Gobiernos Locales, mediante Ordenanza Municipal, podrán disponer que el pago de sus tasas y contribuciones se realice en especie; los mismos que serán valuados, según el valor de mercado en la fecha

pues es establecido unilateralmente por el Estado al margen de la voluntad del administrado; d) no constituye sanción por acto ilícito<sup>499</sup>; f) todo tributo deberá gravar una determinada capacidad contributiva<sup>500</sup>; y, g) constituye un medio por el cual Estado se provisiona de fondos que le permitan afrontar y dar una adecuada satisfacción a las necesidades públicas que aquejan a la población<sup>501</sup>.

El Tribunal Constitucional también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el particular, señalando que los elementos esenciales de un tributo son: “a) su creación por ley; b) la obligación pecuniaria basada en el *ius imperium* del Estado; y c) su carácter coactivo, pero distinto a la sanción por acto ilícito”<sup>502</sup>.

En resumen, el tributo puede ser definido como aquella prestación pecuniaria –previa y expresamente establecida en la ley– que tiene carácter coactivo, cuyo cumplimiento se encuentra a cargo del sujeto pasivo en favor del Estado. Resta indicar, que su función constitucional reside “por un lado, en permitir al Estado financiar el gasto público dirigido a cumplir con los servicios básicos que la

---

en que se efectúen. Excepcionalmente, tratándose de impuestos municipales, podrán disponer el pago en especie a través de bienes inmuebles, debidamente inscritos en Registros Públicos, libres de gravámenes y desocupados; siendo el valor de los mismos el valor de autoavalúo del bien o el valor de tasación comercial del bien efectuado por el Consejo Nacional de Tasaciones, el que resulte mayor. Para efecto de lo dispuesto en el párrafo anterior, se considerará como bien inmueble los bienes susceptibles de inscripción en el Registro de Predios a cargo de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos”.

<sup>499</sup> A mayores *Cfr.* BRAVO CUCCI, J. “Los actos ilícitos y el concepto de renta” en *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario: Ámbito de aplicación del Impuesto a la Renta en el Perú*, IPDT, Lima, 2004, pp. 1 y ss.

<sup>500</sup> En palabras del TC “todo tributo que establezca el legislador debe sustentarse en una manifestación de capacidad contributiva”. Expediente N° 033-2004-AI/TC, F. J. 12. No obstante ello, debe tenerse en consideración que la influencia del principio de capacidad contributiva varía en relación con cada especie tributaria conforme se analizará posteriormente.

<sup>501</sup> Es evidente que la finalidad a la cual tiende el tributo es eminentemente recaudatoria, esto es, la obtención de recursos para el sostenimiento de los gastos públicos. Sin embargo, junto a esta finalidad los tributos pueden presentar un fin extrafiscal (v.g. ISC). Sin embargo, no se debe perder de vista que “los fines extrafiscales del tributo o de la medida tributaria en cuestión deben ser compatibles con la finalidad contributiva y responder a una exigencia o criterio razonable y amparado por el sistema de valores propio de la Constitución”. PÉREZ ROYO, F. op. cit., p. 37.

<sup>502</sup> Expediente N° 3303-2003-AA/TC, F. J. 4.

sociedad requiere; y, de otro, en la realización de valores constitucionales como el de justicia y solidaridad”<sup>503</sup>.

### **3.1.3. Clasificación y principios que fundamentan las especies tributarias.**

En nuestro ordenamiento jurídico, la clasificación de los tributos se encuentra regulada en la Norma II del Título Preliminar del CT la cual establece que el término tributo comprende a los impuestos, contribuciones y a la tasas.

La citada norma entiende por impuesto a aquel tributo “cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado”. Mientras que la contribución es definida como aquel “tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales”. Finalmente, dispone que la tasa es aquella especie tributaria “cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente”<sup>504</sup>.

Al respecto hemos de señalar que el legislador ha seguido, al momento de establecer esta clasificación tripartita de los tributos, la clasificación realizada por el profesor ATALIBA<sup>505</sup>. Así, para nuestro autor el criterio jurídico que sustenta esta clasificación “está en la hipótesis de incidencia, y más precisamente en su aspecto material”<sup>506</sup>.

---

<sup>503</sup> LANDA ARROYO, C. op. cit., pp. 39 y 40.

<sup>504</sup> La tasa a su vez se subdivide comprendiendo a en primer lugar a los arbitrios que según la citada norma “se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público” (v.g. arbitrio por senerazgo). En segundo lugar, comprende a los derechos “que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos” (v.g. el pago que se efectúa para la expedición del pasaporte). Por último, las licencias “que gravan la obtención de autorizaciones específicas para la realización de actividades de provecho particular sujetas a control o fiscalización” (v.g. el pago que se efectúa por concepto de licencia de funcionamiento para el establecimiento de un local comercial).

<sup>505</sup> ATALIBA, G. *Hipótesis de incidencia tributaria*, Instituto Peruano de Derecho Tributario, Lima, 1987, pp. 152 y ss.

<sup>506</sup> *Ibídem*, p. 152.

Analizando el aspecto material de los tributos, ATALIBA concluye que el mismo, consiste en una actividad estatal o refiere a un hecho que no contempla tal circunstancia, de ahí que utilice “como criterio clasificador de las especies tributarias la vinculación o no, de una actividad estatal, con el diseño de la hipótesis de incidencia, específicamente con su aspecto material”<sup>507</sup>.

De acuerdo a ello, los tributos vinculados serán aquellos “cuya hipótesis de incidencia consiste en la descripción de un actividad estatal (o una consecuencia de ésta)”<sup>508</sup>, mientras que los tributos no vinculados serán aquellos “cuya hipótesis de incidencia consiste en la descripción de un hecho cualquiera que no sea actuación estatal”<sup>509</sup>. Así, los tributos vinculados serán las tasas<sup>510</sup> y las contribuciones<sup>511</sup>, mientras que el tributo no vinculado será el impuesto<sup>512</sup>.

Finalmente, cabe indicar que cada especie tributaria se rige por un principio rector. De acuerdo a ello, en los impuestos este principio es el de capacidad contributiva, la cual puede ser definida como aquella cualidad o “aptitud de las personas para pagar los tributos, es decir, posesión de riqueza en medida suficiente para hacer frente a la obligación fiscal”<sup>513</sup>.

El principio rector de las tasas es el de provocación del costo del servicio, según el cual quien ha provocado un costo para la Administración por la prestación efectiva e individualizada del servicio, deberá asumirlo. De forma que la “*base imponible* de una tasa debe encontrarse relacionada con el costo del servicio individualizado en el contribuyente, servicio que en el caso peruano debe ser efectivo y no meramente potencial”<sup>514</sup>.

---

<sup>507</sup> BRAVO CUCCI, J. *Fundamentos de derecho tributario*, Palestra, Lima, 2006, p. 95.

<sup>508</sup> ATALIBA, G. op. cit., p. 153.

<sup>509</sup> Ídem.

<sup>510</sup> Por citar un ejemplo, será tasa aquel pago que se realiza ante el Banco de la Nación por concepto de expedición del documento de identidad.

<sup>511</sup> Ejemplo de aquellas, será la contribución por mejoras.

<sup>512</sup> Por ejemplo, el Impuesto General a las Ventas.

<sup>513</sup> SPISSO cit. por FERNÁNDEZ CARTAGENA, J. “La capacidad contributiva” en DANÓS ORDOÑEZ, J. (Coord.), *Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público*, Palestra, Lima, 2006, p. 171.

<sup>514</sup> BRAVO CUCCI, J. *Fundamentos de...*, op. cit., p. 126 (cursiva en el original).

En el caso de las contribuciones, el principio que las fundamenta es el del beneficio. Según este principio, “el aspecto material de la hipótesis de incidencia de una contribución, debe ser diseñado teniendo en consideración el vínculo entre determinada actividad estatal y un beneficio potencial o efectivo que se genere en el patrimonio del contribuyente”<sup>515</sup>.

Finalmente, y en relación con la aplicación de los principios rectores que informan cada especie tributaria, resta señalar que si bien todo hecho que se someta a imposición deberá de evidenciar determinada capacidad contributiva, la influencia de esta en cada tributo será distinta<sup>516</sup>, pues en unos los fundamentará mientras que en otros los graduará.

Así, la capacidad contributiva fundamentará el impuesto, mientras que en las tasas y contribuciones tal principio repercutirá “necesariamente en la graduación de la cuantificación de la obligación tributaria”<sup>517</sup>.

Participa en esta misma línea de pensamiento nuestro Tribunal Constitucional, quien analizando la incidencia del principio de capacidad contributiva en las tasas ha sostenido que si bien este fundamenta los impuestos, la capacidad contributiva incide también sobre las tasas pero no como fundamento de aquellas –pues este es el principio de provocación de costes–, sino que por intermedio de aquella es posible establecer “exoneraciones u otros beneficios de pago”<sup>518</sup>, de forma que como sostiene el Alto Tribunal “el principio de capacidad contributiva se adecúa más si es utilizado para bajar la cuota respecto del estándar, mas no para aumentarla”<sup>519</sup>.

---

<sup>515</sup> Ídem (cursiva en el original).

<sup>516</sup> La extensión de la capacidad contributiva a todos los tributos ha sido compartida por CAZORLA PRIETO, L. *Derecho financiero y tributario*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 105; CALVO ORTEGA, R. *Curso de derecho financiero I*, 12ª edición, Civitas, Madrid, 2008, p. 55; DURÁN ROJO, L. “La noción del deber constitucional de contribuir. Un estudio introductorio” en DANÓS ORDOÑEZ, J. (Coord.), *Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público*, Palestra, Lima, 2006, p. 91. En contra Cfr. HERNÁNDEZ BERENGUEL, L. “El poder tributario y la nueva Constitución” en *Revista del IPDT*, N° 24, Junio, Lima, 1993, p. 23.

<sup>517</sup> BRAVO CUCCI, J. *Fundamentos de...*, *op. cit.*, p. 121.

<sup>518</sup> Expediente N° 041-2004-AI/TC, F. J. 50.

<sup>519</sup> Ídem.

## 3.2. El Impuesto.

### 3.2.1. Definición.

El impuesto al ser una de las especies tributarias arriba descritas, participa junto con las demás, de las notas definitorias de los tributos previamente señaladas.

Como veíamos, el CT ha asumido una definición de esta especie tributaria. Así, ha establecido en su Norma II que el impuesto es aquel tributo “cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado”. Al respecto, llama poderosamente la atención la referencia a la ausencia de contraprestación, puesto que “[e]l tributo, jurídicamente, constituye una obligación *ex lege*, no negocial o contractual, lo que supone que la disciplina de los elementos esenciales de la obligación tributaria está contenida en la ley”<sup>520</sup>. Pudiendo además, llevar a la conclusión que las demás especies tributarias sí exigen determinada contraprestación por parte del Estado, lo cual es absolutamente falaz.

Lo que el legislador ha pretendido establecer con la referencia a la falta de contraprestación, es simplemente que el aspecto material de esta especie tributaria no contempla la realización de actividad estatal alguna, en contraposición con lo que sucede con las tasas y contribuciones<sup>521</sup>.

De acuerdo a ello, el impuesto, puede ser definido como aquella especie tributaria cuya hipótesis de incidencia no contempla la realización de una actividad estatal, esto es, un tributo no vinculado, de forma que “los hechos generadores de los impuestos son, siempre, acontecimientos (hechos, actos o negocios), que denotan, simplemente, una capacidad económica”<sup>522</sup>.

---

<sup>520</sup> QUERALT, J. ET AL. *Curso de derecho financiero y tributario*, 19ª edición, Tecnos, Madrid, 2008, p. 86.

<sup>521</sup> *Cfr.* CAZORLA PRIETO, L. op. cit., p. 281.

<sup>522</sup> ATALIBA, G. op. cit., p. 187.

### 3.2.2. El aspecto material del Impuesto.

De manera general puede indicarse que el aspecto material de la hipótesis de incidencia de un tributo “es la propia descripción de los aspectos sustanciales del hecho o conjunto de hechos que le sirven de soporte”<sup>523</sup> como lo es por ejemplo la venta de bienes muebles, la generación de renta, la transferencia de propiedad, la prestación de un servicio público entre otros.

Ahora bien, conforme hemos explicado en los párrafos anteriores, el criterio de clasificación de los tributos radica en el aspecto material de la hipótesis de incidencia, de forma que mientras el aspecto material de las tasas y las contribuciones contempla la realización de una actuación estatal, el aspecto material de la hipótesis de incidencia de los impuestos no contempla actuación estatal alguno estando más bien su aspecto material relacionado con determinados hechos que evidencien capacidad contributiva. De ahí, que como nos recuerda el Tribunal Constitucional, “el impuesto no puede tener como elemento base de la imposición una circunstancia que no sea reveladora de capacidad económica o contributiva”<sup>524</sup>.

Así, la capacidad contributiva, según el Supremo Intérprete de la Constitución puede ser “entendida como la aptitud de una persona para ser sujeto pasivo de obligaciones tributarias, sustentada en base a determinados hechos reveladores de riqueza”<sup>525</sup>.

De acuerdo a ello, al ser la capacidad contributiva una cualidad subjetiva, es necesario establecer determinados factores objetivos que

---

<sup>523</sup> *Ibíd.*, p. 125.

<sup>524</sup> Expediente N° 2727-2002-AA/TC, F. J. 2. Cabe indicar, que los términos capacidad económica y capacidad contributiva difieren en cuanto a su significado. Así conforme sostiene FERNÁNDEZ CARTAGENA “la capacidad económica tiene que ver con la riqueza que ingresa al patrimonio de un individuo, en cambio, la capacidad contributiva se refiere a la parte de esa riqueza que el individuo puede destinar para el financiamiento del Estado mediante el pago de tributos”, sin que ello afecte la satisfacción de las necesidades de subsistencia tanto del contribuyente como de su familia. De ahí que se pueda decir que si bien toda capacidad contributiva supone capacidad económica, no toda capacidad económica supone capacidad contributiva. FERNÁNDEZ CARTAGENA, J. *La capacidad...*, op. cit., p. 172. El TC también ha advertido esta distinción. En ese sentido, *Cfr.* Expediente N° 033-2004-AI/TC, F. J. 11.

<sup>525</sup> Expediente N° 4014-2005-AA/TC, F. J. 7.

la exterioricen. Estos criterios objetivos son los hechos reveladores de riqueza. Estos, “pueden ser de tres (3) tipos, (i) la renta, (ii) el consumo o (iii) el patrimonio, que desde óptica distinta pueden visualizarse como renta obtenida o generada, renta consumida y renta acumulada”<sup>526</sup>.

De manera coherente con esto, y considerando que la Carta Magna “no ha constitucionalizado ningún impuesto, ni tampoco ha determinado qué tipo de actividades económicas puedan ser, o no, objeto de regulaciones fiscales”, corresponderá al Estado la potestad de establecer impuestos debiendo estos gravar siempre una manifestación de capacidad contributiva (aspecto material del impuesto).

Como parte de aquella potestad, y atendiendo a los hechos indicativos de riqueza descritos, el legislador ha creado una serie de impuestos. Así, en cuanto a renta se refiere se ha establecido el Impuesto a la Renta. Respecto del consumo, se ha creado el Impuesto General a la Ventas conjuntamente con el Impuesto Selectivo al Consumo. Finalmente, dentro los impuestos que gravan el patrimonio podemos encontrar, entre otros, el Impuesto Predial, el Impuesto al Patrimonio Vehicular y el Impuesto a la Alcabala.

La exposición de impuestos citados es solamente con fines expositivos, debiendo limitar el objeto de nuestro estudio al Impuesto a la Renta por tratarse del impuesto con el que se pretende gravar el justiprecio recibido a consecuencia de una expropiación forzosa.

---

<sup>526</sup> BRAVO CUCCI, J. *Fundamentos de...*, op. cit., p. 121.

### 3.3. El impuesto a la renta.

#### 3.3.1. Definición y características generales del IR<sup>527</sup>.

Lo propio de todo impuesto es gravar una determinada capacidad contributiva, y en el caso del IR el hecho revelador de riqueza que resulta gravado es la renta. Así, este tributo grava la generación o la percepción de rentas<sup>528</sup>, las cuales según afirma el Tribunal Fiscal pueden “generarse de fuentes pasivas (capital), de fuentes activas (trabajo dependiente o independiente) o de fuentes mixtas o la realización de una actividad empresarial (capital más trabajo)”<sup>529</sup>.

En cuanto a las características, se puede decir en primer lugar se trata de un impuesto no trasladable. Esto quiere decir, que aquel impuesto afectará de manera directa al sujeto que la LIR determine como sujeto obligado, no pudiendo este trasladarlo a otra persona. Caso distinto es el que sucede con el IGV puesto que en aquel impuesto la carga económica se traslada al consumidor o usuario final.

Como segunda nota característica del IR se puede decir que este tipo de impuesto contempla la equidad –tanto en su vertiente horizontal<sup>530</sup> como vertical<sup>531</sup>– por intermedio del principio de capacidad contributiva. Esto se logra porque en el IR, los contribuyentes que presenten igual capacidad contributiva deberán soportar igual carga tributaria, mientras que aquellos que presenten diferente capacidad contributiva serán afectados con distinto gravamen.

---

<sup>527</sup> Las ideas han sido tomadas prestadas de GARCÍA MULLÍN, J. *Manual del Impuesto a la Renta*, Centro Interamericano de Estudios Tributarios, Documento N° 872, Buenos Aires, 1978, pp. 8 y ss. y ALVA MATTEUCCI, M. “El Impuesto a la Renta y las teorías que determinan su afectación” en *Revista Actualidad Empresarial*, N° 249, Febrero, Lima, 2012, pp. I - 1 y 2.

<sup>528</sup> ALVA MATTEUCCI, M. op. cit., p. I-1.

<sup>529</sup> RTF N° 00974-5-2012, p. 57.

<sup>530</sup> Según la cual “aquellos que estén en igual situación (horizontalmente iguales, en términos de capacidad contributiva) deben abonar igual gravamen”. GARCÍA MULLÍN, J. op. cit., p. 9.

<sup>531</sup> Por la cual “aquellos que se encuentren a diferente nivel, deben sufrir imposiciones diferentes”. Ídem.

Así, quienes presenten mayor capacidad contributiva asumirán una carga tributaria mayor, mientras que quienes presenten una menor capacidad contributiva serán incididos con una menor carga tributaria. Contribuye, además, a la realización de la equidad en el IR, la previsión por parte del legislador de un mínimo no imponible para las rentas provenientes del trabajo<sup>532</sup> así como la fijación de unas tasas progresivas acumulativa por tramos para el mismo tipo de rentas<sup>533</sup>.

Como tercera característica se puede decir que el IR presenta un carácter estabilizador en la economía. Así, en épocas en las cuales la economía experimente un incremento de precios, el impuesto, elevándose su alícuota, inmovilizará mayores recursos de los particulares; mientras que en épocas en que la economía entre en recesión económica, se liberarán mayores fondos a la economía previéndose la disminución de su alícuota.

Se debe indicar además, que actualmente en nuestro ordenamiento el IR es un impuesto cedular. Esto, toda vez que existe una distinción en el tratamiento fiscal en función con el origen de las rentas; además, las tasas son proporcionales en relación con la renta que afectan; y finalmente, los resultados de cada categoría son independientes entre sí fluyendo estos de manera paralela uno respecto del otro, no estando por ello contemplada la compensación entre los mismos.

Finalmente, cabe mencionar que la clasificación del IR en nuestra legislación se ha estructurado sobre cinco categorías. A su vez, estas se han agrupado en tres grandes grupos: rentas

---

<sup>532</sup> Así, el artículo 46 del T.U.O de la LIR dispone que “[d]e las rentas de cuarta y quinta categorías podrán deducirse anualmente, un monto fijo equivalente a siete (7) Unidades Impositivas Tributarias. Los contribuyentes que obtengan rentas de ambas categorías sólo podrán deducir el monto fijo por una vez”.

<sup>533</sup> Conforme lo establecido en el artículo 53 del T.U.O de la LIR a partir del ejercicio gravable del año 2015, la tasa acumulativa presenta cinco tramos. El primero de ellos es de 0 hasta 5 UIT y le corresponde una tasa de 8%, el segundo es por el excedente de las 5 UIT hasta 20 UIT con 14%, por el remanente de las 2<sup>o</sup> UIT hasta 35 UIT con 17%, en cuarto tramo es por el sobrante de las 35 UIT hasta 45 UIT le corresponde una tasa de 20%; y, finalmente por el excedente de 45 UIT se gravará la renta con una alícuota de 30%.

provenientes del trabajo, del capital, y de la combinación de ambos factores tal y como lo establece el artículo 1 de la LIR.

### **3.3.2. Hipótesis de incidencia del IR.**

#### **3.3.2.1. Norma tributaria, hipótesis de incidencia y hecho imponible.**

La norma tributaria<sup>534</sup>, como cualquier otra norma, presenta una estructura que se sustenta sobre la base de dos elementos: de un lado se sitúa el hecho generador; y de otro, se encuentran los efectos que se asocian con la realización de tal hecho. De ahí que, con razón, se diga que “la norma matriz de incidencia tributaria es una norma jurídica de comportamiento que en su estructura implicacional, asocia a un acto o hecho lícito de posible ocurrencia (hipótesis tributaria), una relación que obliga a un determinado sujeto pasivo a reconocer cierta cuantía a las arcas fiscales”<sup>535</sup>.

En cuanto a la hipótesis de incidencia, esta puede ser definida como aquella “descripción legislativa (*necesariamente hipotética*) de un hecho *a cuya ocurrencia en concreto* la ley atribuye la fuerza jurídica de determinar el nacimiento de la obligación tributaria”<sup>536</sup>. En otras palabras, la hipótesis de incidencia refiere a aquella descripción abstracta realizada por el legislador de un hecho apto para poder dar nacimiento a un conjunto de obligaciones tributarias tanto formales como materiales a cargo del deudor tributario en favor del Estado.

Sírvanos la definición realizada precedentemente, para hacer notar la diferencia existente entre hipótesis de incidencia y hecho imponible. Así, siguiendo a ATALIBA, la distinción

---

<sup>534</sup> Por norma tributaria entendemos, siguiendo a BRAVO, “aquella norma general y abstracta que prevé que ante la ocurrencia de determinado hecho en el mundo fenoménico, se producirá como consecuencia jurídica la instauración de una relación jurídico tributaria, en mérito de la cual un sujeto pasivo se encontrará obligado a pagar determinada suma de dinero, previéndose también en la norma, la reacción estatal ante el incumplimiento”. BRAVO CUCCI, J. *Fundamentos de...*, op. cit., p. 139.

<sup>535</sup> *Ibíd.*, p. 150.

<sup>536</sup> ATALIBA, G. op. cit., p. 88 (cursiva añadida).

entre hipótesis de incidencia y hecho imponible radica en que mientras el primero es “aquella descripción legal hipotética de los hechos aptos para determinar el nacimiento de las obligaciones tributarias”<sup>537</sup>, el hecho imponible es “un hecho concreto, localizado en el tiempo y espacio, sucedido efectivamente en el universo fenoménico que –por corresponder rigurosamente a la descripción previa, hipotéticamente formulada por la hipótesis de incidencia– da nacimiento a la obligación tributaria”<sup>538</sup>.

En buena cuenta, mientras que la hipótesis de incidencia refiere a una descripción genérica de un hecho jurídico capaz de determinar el nacimiento de la relación jurídico tributaria, el hecho imponible es aquel efectivamente realizado de acuerdo con lo previsto en la descripción genérica de la ley.

Ahora bien, en el caso específico del IR, y en cuanto a lo que nos interesa en este momento, la hipótesis de incidencia de este impuesto estará referida a aquella descripción general que efectúa la ley de un hecho –el cual pone de manifiesto capacidad contributiva– que se encuentra en capacidad de producir el nacimiento de la obligación tributaria. En cuanto al hecho imponible, este será aquel hecho concreto que se subsume en la descripción realizada por la ley, y por tanto generador de la correspondiente obligación tributaria.

### **3.3.2.2. Los aspectos de la hipótesis de incidencia del IR<sup>539</sup>.**

Definida la hipótesis de incidencia es posible señalar que la misma contempla una serie de elementos que se integran en ella, los cuales pueden ser definidos como “las cualidades que ésta tiene de determinar hipotéticamente los sujetos de la obligación tributaria, así como su contenido sustancial, lugar, y momento de nacimiento”<sup>540</sup>.

---

<sup>537</sup> *Ibíd.*, p. 77.

<sup>538</sup> *Ibíd.*, p. 78.

<sup>539</sup> A mayores sobre los aspectos del IR en nuestro ordenamiento jurídico *Cfr.* ORTEGA SALAVARRÍA, R. y PACHERRES RECUAY, A. *Impuesto a la renta de tercera categoría: 2014-2015*, Estudio Caballero Bustamante, Lima, 2015, pp. 19 y ss.

<sup>540</sup> ATALIBA, G. *op. cit.*, p. 91.

Acorde con ello, los aspectos contemplados por la hipótesis de incidencia tributaria son: a) el aspecto material, b) el aspecto personal, c) el aspecto temporal, d) el aspecto espacial; y, finalmente, e) el aspecto cuantitativo.

- (i) El *aspecto material*, “que viene a coincidir con la riqueza o manifestación de capacidad económica incorporada en el propio hecho imponible”<sup>541</sup>. Concretamente, en el caso del IR, el aspecto material “viene representado por el concepto de renta”<sup>542</sup> que adopte nuestro legislador según las teorías de renta existentes.
- (ii) El *aspecto personal*, viene determinado desde dos extremos: el deudor tributario y el acreedor tributario. El deudor tributario es según el artículo 7 de la CT “la persona obligada al cumplimiento de la prestación como contribuyente o responsable”. Habrá que diferenciar entonces estas dos figuras jurídicas. De un lado, el contribuyente es aquella persona que realiza o respecto de la cual se realiza la conducta típica prevista en la ley que origina la obligación tributaria (artículo 8 CT), mientras que el sujeto responsable, es aquella persona que sin haber realizado el comportamiento previsto en la norma, deberá cumplir con las obligaciones tributarias que le correspondían al contribuyente (artículo 9 CT).

En cuanto al acreedor tributario, este es definido por el CT en su artículo 4 como aquel “en favor del cual debe realizarse la prestación tributaria. El Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales, son acreedores de la obligación tributaria, así como las entidades de derecho público con personería jurídica propia, cuando la ley les asigne esa calidad expresamente”.

En el caso del IR, y en cuanto a lo que nos interesa en este momento, el contribuyente del impuesto será aquella

---

<sup>541</sup> PÉREZ ROYO, F. op. cit., p. 131.

<sup>542</sup> Ídem.

persona que realice el hecho descrito en la norma del IR<sup>543</sup>. Mientras que el acreedor tributario del IR será siempre el Gobierno Central<sup>544</sup>.

- (iii) El *aspecto temporal*, señala el instante en el cual el hecho generador del tributo se considera realizado. Atendiendo al factor temporal los tributos puede ser periódicos o instantáneos. Los primeros serán aquellos “cuyo presupuesto de hecho goza de continuidad en el tiempo, de forma que el legislador se ve obligado a fraccionarlo, de tal suerte que a cada fracción resultante asocia una deuda tributaria” (v.g. el impuesto a la renta), mientras que los tributos instantáneos serán aquellos “cuyo presupuesto de hecho se agota, por su propia naturaleza, en un determinado periodo de tiempo” (v.g. el impuesto general a las ventas).

Al ser el IR un impuesto de periódico, la obligación tributaria se devenga el 31 de diciembre de cada año<sup>545</sup>, sin embargo el pago del mismo se efectuará dentro de los tres primeros meses del años siguiente, pues de acuerdo con el artículo 29. a) del CT el cual establece que “[l]os tributos de determinación anual que se devenguen al término del año gravable se pagarán dentro de los tres (3) primeros meses del año siguiente”.

- (iv) El *aspecto espacial*, establece el ámbito de aplicación del propio impuesto de forma que “un determinado hecho, aunque revista todos los caracteres previstos en la

---

<sup>543</sup> Según el artículo 14 del T.U.O de la LIR el contribuyente del mismo serán las personas naturales, sucesiones indivisas, asociaciones de hecho de profesionales y similares, las personas jurídicas y las sociedades conyugales que obtengan una renta proveniente del trabajo, capital o de la combinación de ambos elementos.

<sup>544</sup> La SUNAT no es el acreedor tributario de este impuesto, sino el administrador tributario del mismo. Así, lo establece el artículo 90 del T.U.O de la LIR cuando dispone que “[l]a administración del impuesto a que se refiere esta Ley [esto es, el impuesto a la renta] estará a cargo de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT”.

<sup>545</sup> El artículo 57 del T.U.O de la LIR establece que “el ejercicio gravable comienza el 1 de enero de cada año y finaliza el 31 de diciembre, debiendo coincidir en todos los casos el ejercicio comercial con el ejercicio gravable, sin excepción”.

hipótesis de incidencia, si no se dio en el lugar en ella previsto (...), no será hecho imponible”<sup>546</sup>. Así, concretamente en el IR la base jurisdiccional de este impuesto se puede resumir en lo siguiente: en el caso de los contribuyentes domiciliados, el impuesto gravará las rentas de fuente peruana y las rentas de fuente extranjera (rentas de fuente mundial); mientras que en el caso de los contribuyentes no domiciliados, el impuesto incidirá sobre las rentas de fuente peruana que estos sujetos generen<sup>547</sup>.

- (v) El *aspecto cuantitativo*. Finalmente, una vez realizado el hecho generador, determinado el sujeto pasivo, y establecidas las coordenadas de tiempo y lugar de aquel hecho, es momento de proceder a cuantificar el aspecto material de la hipótesis de incidencia. Para ello, el aspecto cuantitativo del IR se establecerá sobre dos variables que se conjugarán: a) la base imponible, y b) la alícuota. La base imponible “no es más que la cuantificación concreta del elemento material del hecho imponible”, mientras que la alícuota será aquella cuota que se aplica sobre la base imponible para determinar el impuesto a pagar.

Cabe indicar que tanto la base imponible como la alícuota correspondiente en el IR, dependerá directamente de la categoría de renta que se produzca en caso concreto.

Finalmente, conviene señalar que estos elementos, de acuerdo con el principio de reserva de ley, deben de venir descritos por la ley<sup>548</sup>. Postura compartida por el Tribunal Constitucional, quien sostiene que “para la plena efectividad del principio de legalidad, los elementos constitutivos del

---

<sup>546</sup> ATALIBA, G. op. cit., p. 121.

<sup>547</sup> Cfr. ORTEGA SALAVARRÍA, R. y PACHERRES RECUAY, A. op. cit., p. 56.

<sup>548</sup> Conviene destacar, que la relación de aquellos aspectos que deben de venir establecidos por la ley ha variado sutilmente dentro de la jurisprudencia del Alto Tribunal. En ese sentido Cfr. RUBIO CORREA, M. “El concepto de tributo y de reserva legal tributaria para el Tribunal Constitucional” en DANÓS ORDOÑEZ, J. (Coord.), *Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público*, Palestra, Lima, 2006, pp. 103 y 104.

tributo deben estar contenidos cuando menos en la norma de rango legal que lo crea, es decir, el hecho generador (hipótesis de incidencia tributaria), sujeto obligado, materia imponible y alícuota”<sup>549</sup>.

Sin perjuicio de esto, conviene señalar que el citado principio no proscribe la intervención del reglamento para la regulación de los citados elementos. Tal intervención es admisible “siempre y cuando, los parámetros estén claramente establecidos en la propia Ley o norma con rango de Ley”<sup>550</sup>. Así, como sostiene el Tribunal Constitucional “[a]l crearse un cobro tributario, podrá decirse que se ha respetado la reserva de ley cuando, vía ley o norma habilitada, se regulen los elementos esenciales y determinantes para reconocer dicho tributo como tal, de modo que todo aquello adicional pueda ser delegado para su regulación a la norma reglamentaria en términos de complementariedad, mas nunca de manera independiente”<sup>551</sup>.

### **3.3.3. El aspecto material de la hipótesis de incidencia del IR.**

No obstante el análisis realizado en las líneas precedentes, llegamos a este punto de nuestra investigación debemos subrayar el hecho de que todo aquel análisis de los aspectos del IR resultaría superfluo si el hecho acaecido en el mundo fenoménico no se subsume en el aspecto material de la hipótesis de incidencia, pues carecería de sentido determinar los restantes aspectos de un hecho que no genera obligación tributaria alguna.

Dicho esto, es patente la imperiosa necesidad de analizar, primaria y principalmente, cuál es el aspecto material de la hipótesis de incidencia del IR, hecho que por lo demás nos servirá de mucha ayuda al momento de plantear una solución al problema que esta tesis analiza.

---

<sup>549</sup> Expediente N° 01473-2009-AA/TC, F. J. 35.

<sup>550</sup> Expediente N° 00042-2004-AI/TC, F.J. 12.

<sup>551</sup> Expediente N° 2762-2002-AA/TC, F. J. 8.

### 3.3.3.1. Aspecto material del IR.

Hasta el momento, ha quedado claro en las secciones precedentes que el IR grava tanto la obtención de rentas como su generación por parte de los sujetos contribuyentes de aquel impuesto. De acuerdo a ello, el aspecto material de este impuesto está directamente relacionado con la renta que se obtiene o que genera el contribuyente en un determinado periodo de tiempo.

En ese sentido, es obvio que el aspecto material de este tributo grava la renta; sin embargo no tan obvio es determinar qué se entiende por renta. En efecto, esta no es una labor fácil de realizar desde que “en el tema pueden confluir consideraciones de tipo económico, financiero y de técnica tributaria”<sup>552</sup>, sin embargo tanto el artículo 1 de la LIR como lo expuesto por la doctrina, nos ayudará en este procedimiento.

Así, la doctrina ha ido con el paso del tiempo esbozando una serie de teorías tendentes a definir el concepto de renta. Tres teorías han sido las que más han destacado: la teoría de la renta-producto, la teoría del flujo de riqueza, y finalmente la teoría del consumo más incremento patrimonial<sup>553</sup>.

Antes de pasar a analizar cada una de ellas, debemos advertir que las legislaciones que regulan el impuesto a la renta no han adoptado íntegramente ninguna de estas tres teorías, realizando una serie de matices a su concepción original en orden a obtener una adecuada aplicación práctica en cada ordenamiento jurídico que se han incorporado<sup>554</sup>.

---

<sup>552</sup> GARCÍA MULLÍN, J. op. cit., p. 15.

<sup>553</sup> *Ibíd.*, pp. 16 y ss.

<sup>554</sup> *Ibíd.*, págs. 23 y ss.

### a) Teoría de la Renta-producto.

La presente teoría<sup>555</sup> postula a considerar renta a aquel “producto periódico que proviene de una fuente durable en estado de explotación”<sup>556</sup>. De acuerdo a ello, para que un ingreso sea susceptible de considerarse afecto al IR deberá de reunir una serie de requisitos<sup>557</sup>: a) la renta que se grave deberá de ser un producto, esto es, una riqueza nueva distinta y separable de la fuente que la produce; b) la renta deberá de proceder de una fuente productora durable<sup>558</sup> lo cual requiere que esta fuente perdure tras la producción de la renta; c) la fuente productora deberá potencial o realmente generar ingresos periódicos; y, finalmente d) la fuente deberá haber sido previa y razonablemente habilitada a la generación de rentas.

El Tribunal Fiscal pronunciándose acerca de esta teoría tiene dicho que “renta es la utilidad o ganancia periódica susceptible de obtenerse periódicamente de una fuente más o menos durable en estado de explotación, de tal manera que los ingresos eventuales no quedan comprendidos dentro del campo del impuesto”<sup>559</sup>.

La teoría de la renta-producto ha sido acogida por nuestra LIR en su artículo 1. a) cuando se establece que el impuesto a la renta grava “[l]as rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores, entendiéndose como tales aquellas que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos”.

---

<sup>555</sup> Según DELGADO RATTO, esta teoría “fue planteada por primera vez a fines del Siglo XIX por Fusting, y sirvió de base a la ley prusiana de 1891”. DELGADO RATTO, C. “Aproximaciones al régimen de las rentas imputadas en la ley del impuesto a la renta: límites y perspectivas” en *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario: Ámbito de aplicación del Impuesto a la Renta en el Perú*, IPDT, Lima, 2004, p. 6.

<sup>556</sup> GARCÍA MULLÍN, J. op. cit., p. 16.

<sup>557</sup> Los citados requisitos han sido tomados prestados de GARCÍA MULLÍN, J. op. cit., pp. 16 y 17 y DELGADO RATTO, C. op. cit, p. 6.

<sup>558</sup> Siguiendo a GARCÍA MULLÍN “[p]or fuente productora se entiende el capital, corporal o incorporal, que teniendo un precio en dinero, es capaz de suministrar una renta a su poseedor”. GARCÍA MULLÍN, J. op. cit., p. 16.

<sup>559</sup> RTF N° 00601-5-2003, p. 2.

Un ejemplo de ingreso considerado renta bajo esta teoría es aquel que proviene del arrendamiento de un inmueble, puesto que aquellos ingresos son una riqueza nueva y distinta del bien que se constituye en su fuente (capital), asimismo aquella fuente es permanente ya que no se agota con su producción, siendo capaz de igual manera de generar futuros ingresos.

#### **b) Teoría del Flujo de riqueza.**

El criterio utilizado por esta teoría para determinar el alcance del término renta es más amplio respecto del anterior, puesto que no limita su alcance a aquella que proviene de una fuente durable en estado de explotación, sino que abarca otros tipos de ingresos conforme se verá.

Así, bajo esta teoría “el concepto de renta abarca el total de la riqueza que fluye al contribuyente proveniente de operaciones con terceros, en un periodo determinado”,<sup>560</sup> de manera que según esto y a diferencia de la teoría de la renta-producto, para que un ingreso sea considerado renta a la luz de esta teoría no importa que el mismo venga de una fuente durable en estado de explotación, sino que constituirá renta todo aquel ingreso que fluya al patrimonio del contribuyente a consecuencia de operaciones con terceros en un periodo establecido.

Dicho esto, cabe advertir “que la presente teoría acoge también a las rentas que catalogan bajo el criterio de renta producto, con la salvedad que éstas no requerirán el requisito de la procedencia de una fuente productora durable”<sup>561</sup>.

---

<sup>560</sup> FERNÁNDEZ CARTAGENA, J. “El concepto de renta en el Perú” en *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario: Ámbito de aplicación del Impuesto a la Renta en el Perú*, IPDT, Lima, 2004, p. 3.

<sup>561</sup> NAVARRO PALACIOS, I. “Crédito tributario reconocido por la Ley de juegos de casinos y máquinas tragamonedas ¿Es renta imponible?” en *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario: Ámbito de aplicación del Impuesto a la Renta en el Perú*, IPDT, Lima, 2004, p. 4.

El Tribunal Fiscal, sobre el particular, tiene dicho que “de acuerdo con la teoría de flujo de riqueza será renta de las empresas toda aquella ganancia, beneficio o enriquecimiento que sean obtenidos en el devenir de la actividad de las empresas en *sus relaciones con terceros*, incluso cuando esta sea obtenida sin la entrega de contraprestación alguna”<sup>562</sup>.

De todo lo expuesto, se concluye que para estar frente a un ingreso considerado renta gravable bajo esta teoría, constituye requisito indispensable que previamente haya existido una operación con terceros, o mejor aún, “el elemento discriminador de la presente teoría, lo constituye la interacción necesaria que debe existir entre el potencial perceptor de las rentas y los 'terceros’”<sup>563</sup>.

Por otro lado, adicionalmente a los ingresos que constituyan renta bajo la teoría de la renta-producto, esta teoría grava<sup>564</sup> las *ganancias de capital*, los ingresos a título gratuito<sup>565</sup>, los ingresos eventuales<sup>566</sup> y los ingresos accidentales<sup>567</sup>, todos ellos provenientes de operaciones con terceros que fluyen hacia el contribuyente en un determinado periodo de tiempo.

Conforme se observa del texto transcrito, las ganancias de capital resultan –a diferencia de la anterior concepción– gravadas como renta a efectos de la presente teoría. Previamente, para entender el alcance del término ganancia de capital se debe partir del hecho de que el patrimonio de un sujeto es capaz de estar integrado, según su afectación, por

---

<sup>562</sup> RTF N° 05075-1-2010, p. 6 (cursiva añadida).

<sup>563</sup> NAVARRO PALACIOS, I. op. cit., p. 4.

<sup>564</sup> Cfr. GARCÍA MULLÍN, J. op. cit., pp. 18 y 19.

<sup>565</sup> Comprendiendo por ello “tales como las transmisiones gratuitas por acto entre vivos (donaciones, regalos) como por causa de muerte (legados y herencias)”. NAVARRO PALACIOS, I. op. cit., p. 4.

<sup>566</sup> “Son ingresos cuya producción depende de un factor aleatorio, ajeno a la voluntad de quien lo obtiene, tales como los premios de lotería y los juegos de azar”. GARCÍA MULLÍN, J. op. cit., p. 19.

<sup>567</sup> “Son aquellos ingresos originados por una habilitación transitoria y eventual de una fuente productora, o sea que provienen de actividades accidentales que no implican una organización de actividades con el mismo fin”. Ídem.

bienes tanto de cambio como por bienes de capital. Los primeros constituyen el objeto de sus actividades comerciales estando por ello destinados a ser enajenados, mientras que los segundos son aquellos que no se encuentran destinados a ser enajenados pero que de igual manera son aptos de producir rentas para su titular<sup>568</sup>.

Las ganancias de capital se encuentran directamente vinculadas con este segundo tipo de bienes, pues los ingresos que se obtengan por la enajenación de los primeros constituirán renta bajo el criterio de renta-producto. Así las cosas, el concepto de ganancias de capital puede ser estudiado desde dos ópticas: una amplia y una restringida.

La concepción amplia entiende como ganancias de capital a “todos los aumentos en el valor de venta de los bienes de capital, sin que fuera necesario que ellos se hubieran efectivamente realizado mediante una enajenación. Por consiguiente, caerían dentro del concepto las simples valorizaciones experimentadas por esos bienes, aunque no se hubieran efectivizado en operaciones de traspaso de propiedad”<sup>569</sup> (ganancias no realizadas)<sup>570</sup>.

Por otro lado, desde una concepción restringida “sólo se comprenden en el concepto de ganancias de capital aquellas, 'realizadas', es decir, concretadas mediante una enajenación”<sup>571</sup> lo que se denominará ganancias de capital realizadas.

Puesto de manifiesto esto, cabe preguntarse cuál de estos dos sentidos ha sido el que ha recogido la LIR. Así, esta norma ciertamente ha incluido –como ya lo habíamos visto– en su

---

<sup>568</sup> Cfr. ZUZUNAGA DEL PINO, F. y ZEGARRA VÍLCHEZ, J. “El impuesto a la renta sobre las ganancias de capital obtenidas en la enajenación de inmuebles” en *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario: Ámbito de aplicación del Impuesto a la Renta en el Perú*, IPDT, Lima, 2004, p. 7.

<sup>569</sup> GARCÍA MULLÍN, J. op. cit., p. 80.

<sup>570</sup> Respecto de las ganancias no realizadas Cfr. TALLEDO VINCES, J. “No reconocimiento de la ganancia realizada en el régimen norteamericano” en *Revista del IPDT*, N° 48, Febrero, Lima, 2009, p. 107.

<sup>571</sup> GARCÍA MULLÍN, J. op. cit., p. 80.

artículo 1.b) a las ganancias de capital como ingresos afectos al impuesto a la renta.

Seguidamente en el artículo 2 establece que “constituye ganancia de capital cualquier ingreso que provenga de la *enajenación* de bienes de capital. Se entiende por bienes de capital a aquellos que *no están destinados a ser comercializados en el ámbito de un giro o de empresa*” (cursiva añadida). De ahí, que se puede inferir que nuestro legislador ha adoptado el concepto restringido de ganancia de capital puesto que de un lado exige de la misma su previa realización a través de la enajenación; y, de otro porque dan origen a la misma los bienes que no han sido dispuestos al comercio.

Respecto de esto último, conviene aclarar que si bien nuestro legislador ha optado por gravar con el impuesto a la renta a las ganancias de capital, es inexorablemente necesario señalar que existen tres supuestos de inafectación de aquellas ganancias.

(i) *Inmuebles adquiridos y enajenados con anterioridad al 01.01.2004.*

El primero de ellos, es el caso de aquellos inmuebles adquiridos y enajenados con anterioridad al 01.01.2004. Tal supuesto fluye de lo dispuesto la Trigésimo Quinta DFT del T.U.O de la LIR, la cual establece que “[l]as ganancias de capital provenientes de la enajenación de inmuebles distintos a la casa habitación, efectuadas por personas naturales, sucesiones indivisas o sociedades conyugales que optaron por tributar como tales, constituirán rentas gravadas de la segunda categoría, siempre que la adquisición y enajenación de tales bienes se produzca a partir del 1.1.2004”.

Esta disposición si bien de un lado establece la inafectación de aquellos inmuebles adquiridos y enajenados antes del 01.01.2004, de otro lado también reconoce que los contribuyentes ahí mencionados son susceptibles de generar ganancias de capital. Así, si la misma es realizada por una

persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal que no genera rentas de tercera categoría, la ganancia proveniente de aquella operación tributaría como renta de segunda categoría<sup>572</sup>, mientras que si es realizada por un contribuyente perceptor de rentas de tercera categoría, aquella tributaría como renta de tercera categoría<sup>573</sup>.

(ii) *Enajenación de la casa habitación y de bienes muebles distintos a los señalados en el inciso a) del artículo 2 de la LIR.*

Ambos supuestos se encuentran expresamente contemplados en el último párrafo del artículo 2 de la LIR, el cual señala que “[n]o constituye ganancia de capital gravable por esta Ley, el resultado de la enajenación de los siguientes bienes, efectuada por persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal que optó por tributar como tal, que no genere rentas de tercera categoría: i) Inmuebles ocupados como casa habitación del enajenante<sup>574</sup> ii) Bienes muebles, distintos a los señalados en el inciso a) de este artículo<sup>575</sup>”.

(iii) *Enajenación de un inmueble cuyo costo computable es mayor o igual al valor de venta.*

Finalmente, no generará ganancia de capital la enajenación de un inmueble cuyo costo computable es mayor o igual al valor de venta, pues es evidente que en este supuesto no habrá utilidad neta que gravar.

---

<sup>572</sup> Según el artículo 24 del T.U.O de la LIR son rentas de segunda categoría: (...) j) las ganancias de capital.

<sup>573</sup> Según el artículo 28 del T.U.O de la LIR son rentas de tercera categoría: (...) d) las ganancias de capital (...).

<sup>574</sup> El artículo 1-A del RLIR desarrolla el concepto de casa habitación.

<sup>575</sup> El profesor VILLANUEVA entiende, respecto de este último supuesto, que la cesión de un derecho de llave o de un crédito no contenido en un título valor no genera ganancia de capital gravable por la LIR, señalando además que tampoco estaría gravada la adquisición de los bienes citados puesto que la ley sólo contempla la enajenación de los mismos. *Cfr.* VILLANUEVA GUTIÉRREZ, W. “Las rentas de capital y ganancias de capital” en *Revista Advocatus*, N° 15, 2006, p. 233.

La importancia de desarrollar estas líneas respecto de las ganancias de capital es de vital importancia si se tiene en cuenta que en el caso del justiprecio entregado por el Estado al sujeto expropiado, la SUNAT –conforme se analizará más adelante– pretende argüir que el contribuyente ha obtenido una ganancia de capital que ha fluido desde un tercero hacia aquel.

**c) Teoría del consumo más incremento patrimonial.**

Finalmente esta última teoría posee un criterio más amplio de renta respecto de las otras dos teorías anteriores, de forma que bajo esta teoría “la suma algebraica de lo consumido más los cambios en el valor del patrimonio, constituyen la renta del período”<sup>576</sup>.

BRAVO CUCCI comentando esta teoría tiene dicho que la misma “considera como renta a cualquier variación patrimonial que experimente un sujeto en un determinado ejercicio, considerándose inclusive como renta a los consumos de bienes adquiridos y/o producidos por el sujeto en un ejercicio gravable. En términos sencillos, será renta toda aquella diferencia resultante entre lo que se tenga al cierre del ejercicio anterior y lo que se posea a cierre del presente ejercicio”<sup>577</sup>.

De acuerdo a ello, uno de los rubros que comprende esta teoría son los consumos que haya realizado el contribuyente en un determinado periodo. La razón de gravar aquellos consumo radica en el hecho de que “[a]l consumir, ejercita derechos, destruyendo bienes económicos. Por consiguiente, el valor de esos consumos deben ser sumados a las acumulaciones patrimoniales, para determinar la totalidad de la renta del período”<sup>578</sup>.

En estos casos, no se puede hablar propiamente de una renta ganada por el contribuyente desde que previamente no

---

<sup>576</sup> GARCÍA MULLÍN, J. op. cit., p. 20.

<sup>577</sup> BRAVO CUCCI, J. “La renta como materia imponible en el caso de las actividades empresariales y su relación con la contabilidad” en *Cuadernos Tributarios: VII Jornadas Nacionales de Tributación*, N° 28, Junio, Lima, 2003, p. 67.

<sup>578</sup> GARCÍA MULLÍN, J. op. cit., p. 21.

hay una interacción con un tercero, sino de una renta imputada o de una renta de disfrute o de goce que se atribuyen al sujeto precisamente por la utilización del bien<sup>579</sup>.

Por otro lado, el incremento patrimonial es el otro rubro que comprende esta teoría. Según este componente, constituirá renta los cambios del valor del patrimonio, que son propiedad del individuo, obtenidos entre el comienzo y el fin de un determinado periodo<sup>580</sup>.

Nuestra LIR ha adoptado en este punto la teoría del consumo más incremento patrimonial, desde que el artículo 1.d) del T.U.O de la citada norma legal establece que el impuesto a la renta grava “[l]as rentas imputadas, incluyendo las de goce o disfrute, establecidas por esta Ley”<sup>581</sup>.

### **3.4. El justiprecio ¿hecho imponible del IR? Un análisis desde el aspecto material de la hipótesis de incidencia del IR.**

#### **3.4.1. Enfoque de la controversia.**

Conforme hemos analizado en las secciones precedentes, cuando el Estado opta por expropiar un bien privado, la Constitución ordena que se cancele previamente a su titular el respectivo justiprecio. Con esto, se asegura el derecho de propiedad del sujeto expropiado. Hemos visto también, que tal pago debe dejar al expropiado en idéntica situación patrimonial a la que se encontraba con anterioridad a la ejecución del acto expropiatorio.

No obstante ello, en nuestro ordenamiento jurídico, la SUNAT a través de determinados informes jurídicos ha concluido –tras “interpretar” las normas de la LIR– que el justiprecio se encuentra afecto al IR<sup>582</sup>.

---

<sup>579</sup> *Ibíd*em, p. 22.

<sup>580</sup> *Ibíd*em, p. 20.

<sup>581</sup> Sobre el empleo tanto de presunciones como de ficciones legales en el Derecho Tributario *Cfr.* BRAVO CUCCI, J. *Fundamentos de...*, op. cit., pp. 331 y ss.

<sup>582</sup> *Cfr.* Informe N° 142-2010-Sunat/2B0000; Informe N° 091-2014-Sunat/5D0000 e Informe N° 149-2015-Sunat/5D0000 emitidos por la SUNAT.

Ante ello, son varias las interrogantes que saltan a la vista ¿el justiprecio constituye renta a efectos de las teorías que acoge la LIR? ¿se asegura la integridad del patrimonio del expropiado con la imposición de tal tributo?

Por su parte, el Tribunal Constitucional emitió, el 18 de junio de 2013, la Sentencia recaída en el expediente 00319-2013-PA/TC, donde si bien dio respuesta a algunas de las interrogantes planteadas, generó otras tantas.

Respecto a esto último, cabe resaltar que si bien el Alto Tribunal ha tenido ya oportunidad de pronunciarse sobre el objeto de nuestro estudio, ello no es óbice para ahondar en el análisis del mismo. Esto, toda vez que tal pronunciamiento lo realizó a través de un proceso de amparo, en cuyo caso la vinculación de aquella sentencia expedida en este proceso constitucional tiene efectos únicamente *inter partes*, siendo que además los fundamentos determinantes expuestos por el Tribunal en la mencionada sentencia no fueron formulados como precedente vinculante.

Asimismo, debe indicarse que la legislación que sirvió como contexto normativo para la dación de la sentencia que venimos comentando fue derogada con la entrada en vigencia de la LMAE. Por ello, consideramos necesario analizar la presente controversia tanto desde un enfoque previo a la vigencia de la LMAE como desde una óptica bajo la aplicación de la citada ley.

Dicho esto, se debe indicar que el *quid* del presente asunto recae en determinar si el justiprecio constituye o no renta a la luz del aspecto material del IR, esto es, desde las teorías de renta adoptadas por la LIR. Así, en las siguientes secciones se abordarán –observando el cambio normativo citado– tanto las posturas que optan por su tributación, como aquellas otras posturas que optan por su inafectación. Analizadas estas, se presentará nuestra postura al respecto.

#### **4.4.2. Justiprecio e IR previo a la vigencia de la LMAE<sup>583</sup>.**

##### **4.4.2.1. La afectación del justiprecio al IR: El justiprecio como hecho generador de renta.**

Fundamentalmente, es a través de dos informes jurídicos que la Administración Tributaria sustentaba su postura de afectación del justiprecio al IR. En el primero se analizaba el justiprecio regulado por la LGE, mientras que en el segundo se analizaba el tratamiento fiscal del justiprecio desde lo dispuesto por la LEOP y la LAEPOE.

Así, en el Informe N° 142-2010-Sunat/2B0000, la SUNAT indicaba que el justiprecio recibido bajo lo ordenado por la LGE, se encontraba afecto al IR argumentando para ello que el artículo 1.b) del T.U.O de la LIR grava las ganancias de capital. Señalaba además, que conforme el artículo 2 del citado T.U.O, constituye ganancia de capital cualquier ingreso que provenga de la enajenación de bienes de capital. Estos últimos, refieren a aquellos bienes que no están destinados a ser comercializados en el ámbito del giro de la empresa. Asimismo, indicaba que el artículo 5 del T.U.O de la LIR dispone que también se entiende por enajenación a la expropiación forzosa.

Añade que la LIR acoge la teoría del flujo de riqueza gravando como ganancia de capital a cualquier ingreso resultante de la enajenación de bienes que sean activos de empresas y no estén destinados a ser comercializados en el giro del negocio.

De acuerdo a ello, señala que los ingresos provenientes de la expropiación de un bien de capital, recibirán el tratamiento fiscal de una ganancia de capital y en consecuencia se encontrarán afectos al IR.

---

<sup>583</sup> Con anterioridad a la vigencia de la LMAE, y para lo que nos interesa en este momento, la legislación que se ocupaba de regular la expropiación forzosa era la siguiente: la LGE, la LEOP y la LAEPOE.

Por otro lado, en el Informe N° 091-2014-Sunat/5D0000 la SUNAT señalaba que el justiprecio recibido bajo lo dispuesto por la LEOP y la LAEPOE, se encontraba afecto al IR argumentando que tanto el artículo 2 de la LEOP como el artículo 5.1 de la LAEPOE señalaban expresamente que el monto del justiprecio debía incluir el IR que cancelarían los propietarios de los inmuebles expropiados.

En ese sentido, la Administración Tributaria concluía afirmando que el justiprecio recibido bajo lo dispuesto tanto por la LEOP como por la LAEPOE se encontraba afecto al IR, debiendo recibir tal monto el régimen fiscal de las ganancias de capital obtenidas de una enajenación<sup>584</sup>.

#### **4.4.2.2. La no sujeción del justiprecio al IR.**

(i) Postura de la doctrina.

Esta postura es la más extendida en la literatura jurídica<sup>585</sup>. Así, quienes sustentan la no sujeción del justiprecio al IR lo hacen dando sólidas razones tanto desde el Derecho Constitucional como desde el Derecho Administrativo, tal como pasamos a exponer.

Así, desde el Derecho Constitucional se fundamenta la no tributación del justiprecio al IR en base al siguiente razonamiento.

La CP en su artículo 70 establece que el derecho de propiedad es inviolable. Tal inviolabilidad –en la expropiación– se pone de manifiesto con el previo pago del

---

<sup>584</sup> En aquel contexto normativo, llamaba poderosamente la atención que si el justiprecio se encontraba afecto al IR, tanto la LEOP como la LAEPOE establecían expresamente que el valor de la tasación incluía el monto del IR que debía cancelar el sujeto expropiado, mientras que la Ley General de Expropiaciones no contemplaba aquella situación.

<sup>585</sup> Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, L. *La inconstitucionalidad...*, op. cit., p. 173 y ss.; DROMI, J. op. cit., pp. 215 y 216; MARIENHOFF, M. op. cit., p. 256; SÁNCHEZ MORÓN, M. op. cit., p.750; ESCUIN PALOP, V. *Comentarios a...*, op. cit., p. 598 y ss.; VELÁSQUEZ, R. op. cit., p. 365 y ss. A mayores Cfr. MIRANDA & AMADO ABOGADOS, *Inconstitucionalidad del impuesto a la renta en las expropiaciones: historia de un proceso de amparo*, Miranda & Amado Abogados, Lima, 2013, pp. 177 y ss.

justiprecio al sujeto expropiado. Así, el justiprecio se erige como una garantía de integridad patrimonial la cual ordena que el valor del patrimonio del expropiado sea idéntico al que se poseía antes de ejecutar el acto expropiatorio. Por tanto, el justiprecio ordenado constitucionalmente está llamado a conservar el equilibrio patrimonial del sujeto pasivo de la expropiación. De acuerdo a ello, se sostiene que la citada garantía de integridad patrimonial forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad.

Ahora bien, si se dispone la afectación del justiprecio al IR se entiende que el pago del impuesto supondrá la necesaria vulneración del derecho de propiedad. Esto, toda vez que con aquel desembolso inevitablemente se disminuiría el justiprecio, trasgrediendo así la garantía de integridad patrimonial ordenada constitucionalmente, vulnerando del mismo modo con tal proceder el contenido esencial del derecho de propiedad.

Así, por ejemplo CASTILLO CÓRDOVA ha expuesto que “[e]n este contexto, gravar con el impuesto a la renta el monto de la indemnización justipreciada, implicará necesariamente alterar la relación de equivalencia lograda con el pago de la indemnización; y, consecuentemente, romperá la constitucionalmente exigida garantía de indemnidad. Se trataría de un gravamen inconstitucional”<sup>586</sup>.

Por otro lado, desde el Derecho Administrativo se fundamenta la no tributación del justiprecio al IR en base al siguiente razonamiento.

Conforme se ha precisado en las secciones anteriores, uno de los caracteres que reviste el justiprecio para ser tal es que el mismo debe ser íntegro, pues con tal pago el Estado debe de velar por la integridad del valor económico del patrimonio del sujeto expropiado.

---

<sup>586</sup> CASTILLO CÓRDOVA, L. *La inconstitucionalidad...*, op. cit., p. 174.

Ahora bien, una consecuencia directa de sostener que el justiprecio debe ser íntegro es que el mismo no debe ser sometido a tributación, puesto que de hacerlo el monto que se le pagaría al expropiado se vería efectivamente disminuido en relación con el importe que se determine a pagar por el respectivo impuesto, resquebrajándose de esta forma aquel equilibrio de valores que supone el justiprecio.

Así, por ejemplo MARIENHOFF señala que como consecuencia que el justiprecio debe ser íntegro, este no puede ser disminuido “mediante deducciones improcedentes (vgr. Impuestos)”<sup>587</sup>, puesto que “[e]l patrimonio del expropiado debe permanecer *inalterado*”<sup>588</sup>. En igual sentido, se ha pronunciado DROMI, para quien el valor integral del justiprecio implica que este no puede verse disminuido, “estando exento de toda deducción que vulnere la integridad; por ejemplo, por la imposición de gravámenes, tributos, compensaciones, etcétera”<sup>589</sup>.

(ii) Postura del Tribunal Constitucional.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 00319-2013-AA/TC, concluyó que el justiprecio no es un hecho pasible de ser gravado con el IR en base a los siguientes argumentos.

El Alto Tribunal señaló que el justiprecio no genera “algún tipo de 'renta' o 'ganancia' por su sola recepción o que dicha enajenación obligatoria genere los mismos efectos que una enajenación voluntaria, pues en este último supuesto, siempre se presentará la posibilidad de mejoría económica a favor de ambas partes pues existe libertad en el establecimiento del valor de la transferencia”<sup>590</sup>. Por tanto, el procedimiento expropiatorio al ser coactivo “no presenta ventajas a favor del titular del bien expropiado dado la ausencia de una negociación para la transmisión del derecho de propiedad, razón por la cual

---

<sup>587</sup> MARIENHOFF, M. op. cit., p. 256.

<sup>588</sup> Ídem (cursiva en el original).

<sup>589</sup> DROMI, J. op. cit., p. 215.

<sup>590</sup> Expediente N° 00319-2013-AA/TC, F.J. 21.

no podría afirmarse que en su configuración se permita la generación de beneficios económicos a favor del propietario”<sup>591</sup>.

En ese sentido, estableció que el justiprecio no es un hecho que se encuentre directamente relacionado con la existencia de una ganancia generada por la aplicación del trabajo, del capital o la combinación de ambos factores, puesto que el procedimiento expropiatorio “carece de una etapa de negociación que permita al Estado y al expropiado obtener un beneficio económico”<sup>592</sup>.

Asimismo, sostuvo que dado el carácter justo que ostenta el justiprecio, de este “no puede nacer 'renta', pues aun cuando puede existir diferencia económica entre el valor que tuvo dicho bien a su fecha de adquisición (incluso actualizado) y el que presenta a la fecha de la ejecución de la expropiación, los factores que son aplicados para la determinación de dicho pago solo buscan el equilibrio económico del sujeto pasivo”<sup>593</sup>, y no la generación de renta.

En consecuencia, concluyó “que el supuesto de 'expropiación' contenido en el artículo 5° del TUO de la LIR no se identifica como un hecho imponible del impuesto a la renta, pues la naturaleza del pago de la indemnización justipreciada se encuentra destinada a buscar el equilibrio económico del sujeto pasivo de la expropiación, más no la generación de 'renta' en los términos para los que ha sido creado dicho impuesto”<sup>594</sup>.

---

<sup>591</sup> Ídem.

<sup>592</sup> *Ibíd*em, F.J. 26.

<sup>593</sup> *Ibíd*em, F.J. 27.

<sup>594</sup> *Ibíd*em, F.J. 30.

#### **4.4.3. Justiprecio e IR bajo la vigencia de la LMAE.**

La Única DCD de la LMAE establece que la citada ley deroga tanto la LGE, como la LEOP y la LAEPOE, pudiéndose entender con ello –como señalan ABRUÑA PUYOL y BACA ONETO– que tal norma funge como norma general que regula la expropiación forzosa en nuestro ordenamiento<sup>595</sup>.

Cabe resaltar que la LMAE, a diferencia de su predecesora, sí establece expresamente en su artículo 13.2 que el monto del justiprecio deberá incluir el valor del IR que el propietario del inmueble expropiado cancelará al fisco.

Sobre el particular, cabe resaltar que si bien el citado artículo tutela de una manera más efectiva el derecho de propiedad del sujeto expropiado puesto que con tal regulación no se afectará la integridad del monto que este reciba por concepto de justiprecio, ello no es óbice para indicar que tal dispositivo legal constituye un error de técnica legislativa si el mismo es analizado desde los postulados del Derecho Tributario tal y como se expondrá en las siguientes secciones.

##### **4.4.3.1. La afectación del justiprecio al IR: El justiprecio como hecho generador de renta.**

La SUNAT sustenta la afectación del justiprecio al IR en base al siguiente razonamiento<sup>596</sup>:

- (i) El artículo 1 del T.U.O de la LIR señala que el IR grava las ganancias de capital.
- (ii) Asimismo, indica que el artículo 2 del T.U.O de la LIR establece que “[p]ara efectos de esta Ley, constituye ganancia de capital cualquier ingreso que provenga de la *enajenación* de bienes de capital. Se entiende por bienes de capital a aquellos que no están destinados a ser

---

<sup>595</sup> ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V. *Lección 20...*, op. cit., pp. 7 y 8.

<sup>596</sup> *Cfr.* Informe N° 0149-2015-SUNAT/5D0000, pp. 3-5.

comercializados en el ámbito de un giro de negocio o de empresa” (cursiva añadida).

- (iii) Añade que el artículo 5 del T.U.O de la LIR dispone que “[p]ara los efectos de esta ley, se entiende por *enajenación* la venta, permuta, cesión definitiva, *expropiación*, aporte a sociedades y, en general, todo acto de disposición por el que se transmita el dominio a título oneroso” (cursiva añadida).

Las normas expuestas establecen que debe entenderse como ganancia de capital a aquellas utilidades que provengan de la transferencia de bienes que no están destinados a ser comercializados en el giro del negocio de una empresa, como es el caso de una expropiación forzosa. Así, la Administración Tributaria establece que la LIR no grava el justiprecio como tal, sino que tal tributo grava la posible utilidad que pueda resultar de comparar el monto del justiprecio con el valor de adquisición actualizado del inmueble<sup>597</sup>, precisando que tal valor representativo de la diferencia monetaria deberá sujetarse al tratamiento fiscal de las ganancias de capital.

Por tanto, sobre la base de la normativa y argumentos citados, la SUNAT concluye afirmando que el mayor valor del bien puesto de manifiesto al pagarse el justiprecio al sujeto expropiado se encuentra afecto al IR según la normativa vigente.

Ahora bien, fundamentada la afectación del justiprecio al IR, la SUNAT a través del Informe N° 0149-2015-SUNAT/5D0000, sustenta que existen determinados conceptos que componen el justiprecio los cuales no se encuentran gravados con el IR.

Así, en primer lugar, señala que según el artículo 13 de la LMAE, el justiprecio se encuentra conformado tanto por el valor comercial del inmueble, como por el valor del eventual perjuicio económico. Precisa que este último concepto, incluye

---

<sup>597</sup> Expediente N° 00319-2013-PA/TC, F.J. 4.

a su vez el daño emergente, el lucro cesante y el resarcimiento de los gastos tributarios<sup>598</sup>. A continuación se exponen los conceptos que –a consideración de la SUNAT– sí se encuentran gravados con el IR, y cuales no están sujetos al citado impuesto.

(i) *Valor comercial del inmueble.*

Interpretando a *contrario sensu* lo dispuesto por la SUNAT en el Informe N° 0149-2015-SUNAT/5D0000, se concluye que la Administración Tributaria entiende que tal valor sí se encuentra afecto al IR. Esto, porque de no estarlo, se habría expresamente consignado así en el citado informe tal y como sucedió con los demás conceptos no gravados.

(ii) *Daño emergente y lucro cesante.*

En primer lugar, la SUNAT diferencia si el sujeto que percibirá el valor por daño emergente y por lucro cesante es una persona natural que no percibe rentas de tercera categoría, o si se trata de sujetos perceptores de rentas de tercera categoría.

Así, si se trata de una persona natural que no percibe rentas de tercera categoría, la Administración Tributaria, siguiendo el criterio establecido en el Informe N° 104-2011-SUNAT/2B0000, señala que los montos indemnizatorios que se perciban por daño emergente y lucro cesante no se encuentran gravados con el IR, pues entiende que la LIR solo

---

<sup>598</sup> Artículo 13.- Fijación del valor de la tasación.

“La fijación del valor de la Tasación se efectúa considerando lo siguiente:

13.1. El valor comercial del inmueble: Incluye los valores de terreno, de edificación, obras complementarias y plantaciones, de ser el caso.

(...)

13.2. El valor del perjuicio económico: Incluye la indemnización por el eventual perjuicio, que comprende únicamente al lucro cesante y daño emergente, siempre que se encuentren acreditados o cuenten con un informe debidamente sustentado. No procede indemnización de carácter extrapatrimonial. *El monto de la indemnización incluye, entre otros, el resarcimiento de los gastos tributarios, incluyendo el Impuesto a la Renta”* (cursiva añadida).

grava las indemnizaciones otorgadas a contribuyentes perceptores de rentas de tercera categoría.

Por otro lado, tratándose de contribuyentes perceptores de rentas de tercera categoría, la SUNAT sustenta lo siguiente:

En cuanto al daño emergente, indica que el mismo no se encuentra afecto al IR puesto que el “inciso e) del artículo 1° del Reglamento de la LIR prevé que para efecto del inciso a) del artículo 3° de dicha ley<sup>599</sup> no se consideran ingresos gravables a la parte de las indemnizaciones que se otorgue por daños emergentes”<sup>600</sup>. Así, tratándose de contribuyentes expropiados perceptores de rentas de tercera categorías, el monto indemnizatorio que reciban por daño emergente no se encontrará afecto al IR.

En cuanto al lucro cesante, señala que interpretando a *contrario sensu* el inciso e) del artículo 1 del RLIR, se concluye que las indemnizaciones “que están gravadas con el Impuesto a la Renta son las que constituyen beneficio empresarial”<sup>601</sup>, esto es, el monto recibido por lucro cesante. De esta forma, tratándose de contribuyentes expropiados perceptores de rentas de tercera categoría, el monto indemnizatorio que reciban por lucro cesante sí se encontrará afecto al IR.

(iii) El pago del IR asumido por el Estado.

En cuanto al pago del IR asumido por el Estado, la Administración Tributaria señala que “el artículo 47° de la LIR prevé que el Impuesto a la Renta que un tercero hubiera asumido no podrá ser considerado como una mayor renta del perceptor de la renta; por lo que siendo el resarcimiento del

---

<sup>599</sup> Artículo 3.- “Los ingresos provenientes de terceros que se encuentran gravados por esta ley, cualquiera sea su denominación, especie o forma de pago son los siguientes:

a) Las indemnizaciones en favor de empresas por seguros de su personal y aquéllas que no impliquen la reparación de un daño, así como las sumas a que se refiere el inciso g) del Artículo 24 (...).”

<sup>600</sup> Informe N° 0149-2015-SUNAT/5D0000, p. 5.

<sup>601</sup> Ídem.

Impuesto a la Renta establecido en el numeral 13.2 del artículo 13° del Decreto Legislativo N.° 1192 una asunción por el Estado del Impuesto a la Renta que le corresponde a los sujetos pasivos de los procesos de (...) expropiación de inmuebles regulados en dicho decreto legislativo, aquel tampoco forma parte de la renta gravada con dicho impuesto”<sup>602</sup>.

De lo expuesto, la SUNAT concluye en el citado informe que los conceptos que integran el justiprecio que no se encuentran gravados con el IR son: a) “[t]ratándose de personas naturales, sucesiones indivisas o sociedades conyugales que optaron por tributar como tales, las indemnizaciones por lucro cesante y daño emergente, así como el resarcimiento del Impuesto a la Renta”<sup>603</sup>; y, b) “[t]ratándose de sujetos perceptores de rentas de tercera categoría, las indemnizaciones por daño emergente y el resarcimiento del Impuesto a la Renta”<sup>604</sup>.

#### **4.4.3.2. Toma de postura: La inafectación del justiprecio al IR.**

##### **a) Del análisis del justiprecio a la luz del aspecto material de la hipótesis de incidencia del IR.**

De acuerdo al análisis realizado en los apartados precedentes, llegamos a este punto debemos subrayar la importancia que representa el aspecto material de la hipótesis de incidencia del IR para nuestra investigación. Esto, porque si el hecho acaecido en el mundo fenoménico (justiprecio) no se subsume en el aspecto material de la hipótesis de incidencia del IR (renta de acuerdo a las teorías adoptadas por la LIR), no podría exigirse el pago de impuesto alguno al no encontrarse tal hecho dentro del ámbito de aplicación del IR<sup>605</sup>.

---

<sup>602</sup> *Ibíd*em, pp. 5 y 6.

<sup>603</sup> *Ibíd*em, p. 9

<sup>604</sup> *Ídem*.

<sup>605</sup> Y en consecuencia, no podría determinarse los restantes aspectos de un hecho que no genera obligación tributaria alguna.

Dicho esto, es evidente la imperiosa necesidad de analizar, primaria y principalmente, si en nuestro caso el justiprecio constituye renta o no a efectos de la LIR, puesto que de no ser así no existe justificación jurídica alguna que sustente su exigibilidad.

Atendiendo a ello, el artículo 20 del T.U.O de la LIR es claro en señalar que “[l]a renta bruta está constituida por el conjunto de *ingresos afectos* al impuestos que se obtenga en el ejercicio gravable” (cursiva añadida). Esto quiere decir que la LIR “no pretende considerar como renta gravable cualquier beneficio obtenido por el contribuyente, sino que tal naturaleza se atribuye sólo a determinadas operaciones singularizadas, que cumplen con determinados requisitos”<sup>606</sup>.

De acuerdo a esto, y teniendo en consideración que la LIR no grava los ingresos sino la renta neta, el procedimiento a realizar se estructurará sobre la base de dos grande ejes: a) en primer lugar, se deberá analizar si el justiprecio recibido por el sujeto expropiado puede o no considerarse como un ingreso, y b) determinado ello, y en el supuesto que el justiprecio constituya un ingreso, el siguiente paso a estudiar será si el mismo se encuentra gravado o no por el IR.

Precisamente en este segundo momento, se examinará el aspecto material del IR, correspondiendo establecer ahí si el justiprecio se subsume o no en el concepto de renta adoptado por nuestro legislador. A desarrollar cada uno de los puntos mencionados es que se destinarán los siguientes epígrafes.

#### **a.1) El justiprecio como ingreso.**

Estando a lo expuesto en el párrafo anterior, el punto de partida de la investigación radica en determinar si el monto recibido por el expropiado a consecuencia de la expropiación forzosa puede ser tenido o no como un ingreso.

---

<sup>606</sup> MEDRANO CORNEJO, H. “Impuesto a la Renta” en *Cuadernos Tributarios: El Sistema Tributario Peruano: Propuesta para el 2000*, N° 26, Mayo, Lima, 2000, p. 2.

El DRAE define al ingreso como aquel “[c]audal que entra en poder de alguien, y que le es de cargo en las cuentas”<sup>607</sup>. Asimismo, CABANELLAS define al ingreso como aquel “[c]audal o suma que se recibe, y queda a cargo de la cuenta propia”<sup>608</sup>.

La LIR no contiene una definición de ingreso, por lo cual se ha recurrido a lo establecido en el Marco Conceptual de las NIC. Esto, porque de un lado este conjunto de normas forman parte de los principios generalmente aceptados por el Perú; y de otro, porque –como bien ha sostenido VILLANUEVA GONZÁLEZ– tanto la determinación de las rentas de capital como las empresariales –que son las únicas posibles categorías en la cuales se subsumiría, de corresponder, el justiprecio– parten de la noción de ingresos que adoptan las ciencias contables<sup>609</sup>.

En ese sentido, el Marco Conceptual en su párrafo 4.25 define a los ingresos como “los incrementos en los beneficios económicos, producidos a lo largo del periodo contable, en forma de entradas o *incrementos de valor de los activos*, o bien como decrementos de los pasivos, que dan como resultado aumentos del patrimonio, y no están relacionados con las aportaciones de los propietarios a este patrimonio” (cursiva añadida).

Asimismo, según Marco Conceptual, el concepto de ingreso incluye a su vez tanto a los ingresos ordinarios como a las ganancias. Los primeros “surgen en el curso de las actividades ordinarias de la entidad, y corresponden a una variada gama de denominaciones, tales como ventas, honorarios, intereses, dividendos, alquileres y regalías” (párrafo 4.29).

---

<sup>607</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23ª edición, RAE, Madrid, 2014, p. 1241.

<sup>608</sup> CABANELLAS, G. op. cit., Tomo IV, p. 415.

<sup>609</sup> Cfr. VILLANUEVA GONZÁLEZ, M. “Las rentas empresariales” en *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario: Ámbito de aplicación del Impuesto a la Renta en el Perú*, IPDT, Lima, 2004, p. 7.

En tanto que las ganancias son definidas como aquellas partidas que siendo un ingreso “pueden o no surgir de las actividades ordinarias llevadas a cabo por la entidad. Las ganancias suponen incrementos en los beneficios económicos y, como tales, no son diferentes en su naturaleza de los ingresos de actividades ordinarias” (párrafo 4.30).

Ahora bien, en el caso que nos ocupa la Administración Tributaria argumenta que el IR no gravaba el justiprecio como tal, sino que grava la potencial renta que se pueda obtener de comparar el valor del justiprecio con el valor de adquisición del inmueble expropiado.

En efecto, piénsese por ejemplo en el supuesto de una empresa que adquirió en el año 2006 un terreno situado al lado de la carretera Panamericana Norte, cuyo valor de adquisición fue S/. 40, 000.000. Pasan unos años, y en el año 2015 el Estado considera que su inmueble deviene en indispensable para satisfacer una necesidad pública, optando por ello en expropiarlo. En el procedimiento expropiatorio, se determina que el valor comercial del inmueble asciende a la suma de S/. 55, 000.000, pagándose aquella cantidad al sujeto expropiado.

En la presente situación se tiene que el valor de adquisición del inmueble en el año 2006 fue de S/. 40, 000.000, mientras que el valor recibido en el justiprecio por el mismo bien asciende a la suma de S/. 55, 000.000; haciéndose evidente que durante este transcurso de tiempo el bien ha experimentado un incremento en su valor.

Examinando este incremento de valor a la luz del concepto de ingreso asumido por el Marco Conceptual, es posible afirmar que el mismo se subsume en aquella definición, puesto que el concepto de ingresos comprende el incremento de valor que han experimentado los activos como ha sucedido en el caso que nos ocupa.

Así, contablemente el justiprecio recibido por aquella empresa será registrado en su contabilidad en el elemento 7

denominado “ingresos” de acuerdo a lo establecido en el Plan Contable General Empresarial.

**a.2) El justiprecio ¿constituye renta gravable desde las teorías de renta adoptadas por la LIR?**

Si bien el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 00319-2013-AA/TC presenta una serie de argumentos tendentes a establecer que el justiprecio no es hecho pasible de ser sometido al IR, el órgano colegiado omite analizar si, en nuestro ordenamiento, el justiprecio se encuentra subsumido o no dentro de una de las teorías de renta adoptadas por nuestro legislador.

Por tanto, en los párrafos siguientes se procederá a recordar el alcance de cada una de las teorías mencionadas, y seguidamente se analizará si el justiprecio se subsume o no en al menos una de las mismas a efectos de determinar su afectación al IR. Para ello, no debemos perder de vista que la SUNAT argumenta que el justiprecio constituye en nuestro ordenamiento una ganancia de capital y por tanto renta afecta al IR desde la teoría del flujo de riqueza.

a) Teoría de la Renta-producto.

Conforme ya se tuvo oportunidad de exponer, según esta teoría renta es aquel producto periódico proveniente de una fuente durable, la cual ha sido habilitada para su explotación.

Se debe subrayar el hecho que, desde esta teoría, la fuente productora debe de subsistir a la generación de la renta, “[p]or ello, no es renta, en esta concepción, el mayor valor que experimenta un bien”<sup>610</sup>.

Así, tomando en consideración que aquella fuente productora no se agota con la generación de la riqueza sino que subsiste a tal acto, se deberá de excluir bajo esta teoría aquellos

---

<sup>610</sup> GARCÍA MULLÍN, J. op. cit., p. 16.

ingresos que provengan de la enajenación de un bien de capital, pues estos al realizarse extinguen la fuente que los produjo.

Examinando el justiprecio recibido por el sujeto expropiado a la luz de esta teoría, es sencillo concluir que tal ingreso (ganancia de capital, según la SUNAT), no resultaría gravado bajo esta teoría, puesto que al transferirse el bien inmueble al Estado se estaría agotando la fuente que generó tal ingreso.

b) Teoría del Flujo de riqueza.

Conforme se expuso, desde esta teoría constituirá renta toda aquella riqueza que fluye al contribuyente proveniente de operaciones con terceros en un periodo determinado. Así, para que un ingreso sea considerado renta a la luz de esta teoría es requisito indispensable que aquel ingreso fluya al patrimonio del contribuyente a consecuencia de operaciones con terceros en un periodo establecido.

De ahí, que se diga que la existencia de una operación con terceros es una condición *sine qua non* para estar frente a un ingreso considerado renta bajo esta teoría.

Por otro lado, también quedo claro que dentro de esta teoría se encuentran incluidas, para lo que nos interesa en este momento, las ganancias de capital realizadas. Y al ser estas un ingreso comprendido dentro de la teoría del flujo de riqueza, es evidente que las mismas deberán compartir también la exigencia de una previa operación con terceros.

Como ya se expuso, la importancia de desarrollar estas ideas respecto de las ganancias de capital es de vital importancia, puesto que la SUNAT entiende que el contribuyente expropiado ha obtenido una ganancia de capital con la entrega del justiprecio. A lo que cabe preguntarse: si el justiprecio recibido ¿constituye un ingreso que fluye de una operación con terceros hacia el contribuyente?.

Es evidente, que para poder responder este cuestionamiento es necesario entender previamente el alcance del término “operación con terceros” en nuestro ordenamiento. A tal empresa, se destinarán las siguientes líneas.

### **Operaciones con terceros<sup>611</sup>.**

El DRAE, establece distintas acepciones al término “operación”, sin embargo parece ser más adecuada aquella que define “operación” como un negocio o contrato<sup>612</sup>. En efecto, similar definición ha sido adoptada por CABANELLAS quien define –dentro de otras acepciones– el término “operación” como un contrato o negocio<sup>613</sup>.

Por su parte, el DRAE define el término “terceros” como aquella persona que no interviene en un negocio<sup>614</sup>. Definición igualmente compartida por CABANELLAS en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual<sup>615</sup>.

Ahora bien, conjugando ambas interpretaciones, se puede concluir que el término operaciones con terceros alude a aquellos negocios celebrados por una parte con otros sujetos. Dicho esto, es evidente que la posición de terceros comprende tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas. Sin embargo, cabe preguntarse si ¿es posible subsumir al Estado dentro de aquella posición? Esto, porque el justiprecio recibido a consecuencia de una expropiación forzosa es entregado por el Estado al sujeto expropiado.

Así, es evidente que el Estado se relaciona tanto con las personas naturales como con las personas jurídicas. Sin embargo, no es posible asimilar la actuación del Estado a la actuación de los sujetos privados dado el *ius imperium*

---

<sup>611</sup> A mayores Cfr. HERNÁNDEZ BERENGUEL, L. “Renta gravada y adquisición por la sociedad de sus propias acciones” en *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario: Ámbito de aplicación del Impuesto a la Renta en el Perú*, IPDT, Lima, 2004, pp. 4 y 5.

<sup>612</sup> Vid. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de...*, op. cit., p. 1578.

<sup>613</sup> Cfr. CABANELLAS, G. op. cit., Tomo V, p. 678.

<sup>614</sup> Vid. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de...*, op. cit., p. 2104.

<sup>615</sup> Cfr. CABANELLAS, G. op. cit., Tomo VIII, p. 45.

atribuido aquel, el cual notoriamente diferencia su actuación con la de un privado. Esto, porque las actuaciones que tienen lugar entre sujetos privados se dan en una relación horizontal, mientras que las actuaciones que se dan entre el Estado y los particulares (tanto personas naturales como jurídicas) existen siempre en una relación vertical dado el *ius imperium* que aquel ostenta<sup>616</sup>.

En contra de esta postura, existen posiciones doctrinales que sostienen que Estado actúa algunas veces como un particular<sup>617</sup>, siendo patente aquello cuando –por ejemplo– aquel contrata bienes o servicios.

Ahora bien, esto no es exacto. Así, por ejemplo, si bien la Administración Pública contrata bienes o servicios, en aquella actuación esta no actúa como un particular más, puesto que – como bien sostienen ABRUÑA PUYOL y BACA ONETO– la Administración siempre es titular de potestades públicas incluso cuando decide contratar con otros sujetos, las cuales – dependiendo del caso en concreto– decidirá ejercitarlas o no<sup>618</sup>.

De acuerdo a ello, el Estado (Poder Público) actúa de modo distinto que los particulares incluso cuando contrata bienes o servicios, dado que su configuración es distinta. Así, no es posible asimilar la actuación del Estado a la de las personas privadas dada la manifiesta desigualdad originaria entre aquellos sujetos: de un lado, un particular; y de otro, el Estado con sus potestades públicas que le son propias<sup>619</sup>.

Por tanto, de lo expuesto, se pueden extraer dos conclusiones: a) no es posible incluir al Estado como un tercero

---

<sup>616</sup> Vid. ORTEGA SALAVARRÍA, R. y PACHERRES RECUAY, A. op. cit., p. 15 y ss.

<sup>617</sup> Cfr. ALLEMANT SALAZAR, H. y MARCHESI VELÁSQUEZ, O. “Tratamiento para efectos del impuesto a la renta de los ingresos provenientes de operaciones con terceros” en *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario: Ámbito de aplicación del Impuesto a la Renta en el Perú*, IPDT, Lima, 2004, p. 15.

<sup>618</sup> ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V. *Notas al Curso de Derecho Administrativo, Lección 15, pro manuscripto*, Piura, 2014, p. 21 y ss. Esto, sin perjuicio de los privilegios con los que cuenta la Administración Pública. En ese sentido Cfr. ABRUÑA PUYOL, A. *Delimitación jurídica...*, op. cit., pp. 132 y ss.

<sup>619</sup> ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V. *Lección 15...*, op. cit., p. 16.

más pues es manifiesta la diferencia que media entre aquel y los demás sujetos susceptibles de ser comprendidos en aquella expresión, y b) independientemente si frente al Estado se encuentra una persona natural o jurídica, este siempre ostentará las potestades públicas que le son propias.

### **El justiprecio recibido por parte del Estado ¿deviene de una previa operación con terceros?**

Dicho esto, veamos como el término operaciones con terceros ha sido entendido por la doctrina y la jurisprudencia.

En ese sentido, GARCÍA MULLÍN tiene dicho que para considerar un ingreso como renta desde el ámbito de la teoría del flujo de riqueza “es necesario que haya existido una *operación con terceros*. Este requisito excluye del concepto de renta el aumento de valor que experimentan los bienes, en tanto no se traduzcan en *operación de mercado*, así como a los consumos que el sujeto puede proporcionarse sin realizar intercambios tales como el uso de bienes durables, o la provisión de bienes y servicios de propia producción”<sup>620</sup>.

En igual sentido, el Tribunal Fiscal ha expuesto que “de acuerdo con la teoría de flujo de riqueza será renta de las empresas toda aquella ganancia, beneficio o enriquecimiento que sean obtenidos en el devenir de la actividad de las empresas en *sus relaciones con terceros*, incluso cuando esta sea obtenida sin la entrega de contraprestación alguna”<sup>621</sup>.

Así, la máxima instancia en materia tributaria a través de la RTF N° 616-4-99, la cual constituye precedente de observancia obligatoria, señaló que por “ingresos provenientes de operaciones con terceros [debe entenderse aquellos] obtenidos en el devenir de la actividad de la empresa en sus *relaciones con otros particulares*, en las que los intervinientes participan en *igualdad de condiciones* y por lo tanto,

---

<sup>620</sup> GARCÍA MULLÍN, p. 19 (cursiva añadida).

<sup>621</sup> RTF N° 05075-1-2010, p. 6 (cursiva añadida).

*consienten en el nacimiento de obligaciones*”<sup>622</sup>. De ahí, que los ingresos “*que nacen por imperio de la ley*”<sup>623</sup>, no puedan ser considerados como ingresos provenientes de operaciones con terceros.

Ahora bien, este mismo criterio ha sido aplicado en posteriores pronunciamientos emitidos por el Tribunal Fiscal. Veamos.

Así, por ejemplo, determinando si los intereses abonados por la Administración al momento de devolver el pago indebido realizado por el contribuyente, el colegiado estableció que “la recurrente efectuó a requerimiento de la Administración, el pago de la deuda a efectos de interponer un recurso de apelación. La devolución de dicho monto, al tomarse en indebido, estaba sujeta al pago de un interés por parte de la Administración conforme lo prevé el Código Tributario. Dicho interés se encontraba vinculado a una *obligación legal, esto es, su existencia se sustenta en la ley*, en la obligación de la Administración de devolver el pago requerido indebidamente más el interés correspondiente, por lo que no se está frente a un acto entre particulares, pues tanto la devolución del capital como de los intereses, *nacen en virtud de la ley y no del deudor tributario*. Teniendo en cuenta ello, no puede considerarse que los intereses pagados por la Administración se encuentren gravados con el Impuesto a la Renta, pues no califican en el concepto de renta producto, ni se trata de ingresos provenientes de operaciones con terceros, los cuales son entendidos como los obtenidos en el devenir de la actividad de la empresa en sus relaciones con otros particulares, en las que los intervinientes participan en igualdad de condiciones y por lo tanto, consienten en el nacimiento de obligaciones”<sup>624</sup>.

---

<sup>622</sup> RTF N° 616-4-99, p. 3 (cursiva añadida).

<sup>623</sup> Ídem, (cursiva añadida).

<sup>624</sup> RTF N° 00601-5-2003, p. 3 (cursiva añadida). Comentando tal Resolución, ORTEGA y PACHERRES tienen dicho que “si bien es cierto que el pago de los intereses a favor del contribuyente implica un ingreso monetario hacia él, **dicho ingreso no proviene del devenir de sus operaciones con terceros en tanto que el Estado no es considerado un particular en la medida que el pago de los intereses no se deriva de un acuerdo entre**

En otro pronunciamiento, determinando la afectación o no de los ingresos provenientes del *drawback* a efectos de la LIR, el Tribunal Fiscal estableció que tales ingresos no califican dentro de la teoría del flujo de riqueza, pues no derivan de operaciones con terceros, entiendo estos “como los obtenidos en el devenir de la actividad de la empresa en sus relaciones con otros particulares, en las que los intervinientes participan en igualdad de condiciones y por lo tanto, consienten en el nacimiento de las obligaciones, según criterio establecido en la Resolución del Tribunal Fiscal N° 616-4-99 que constituye jurisprudencia de observancia obligatoria (...). Que de otro lado, (...) dicho beneficio *nace de un mandato legal y no de la actividad entre particulares (operaciones con terceros)*, no encontrándose, por tanto, éstos comprendidos en el concepto de renta recogido en la teoría del flujo de riqueza”<sup>625</sup>.

En igual sentido, se ha pronunciado la SUNAT –quien adoptando el criterio expuesto– estableció que “[e]n cuanto a la teoría del flujo de riqueza que asume nuestra legislación del Impuesto a la Renta, una de sus características es que para que la ganancia o ingreso derivado de operaciones con terceros califique como renta gravada debe ser obtenida en el devenir de la actividad de la empresa en sus relaciones con otros particulares, en las que los intervinientes participan en igualdad de condiciones y consienten el nacimiento de obligaciones”<sup>626</sup>.

---

**ambos (consentimiento expreso), sino que obedece a un mandato legal que impone al Estado tal obligación”.** ORTEGA SALAVARRÍA, R. y PACHERRES RECUAY, A. op. cit., p. 16 (negrita en el original).

<sup>625</sup> RTF N° 03205-4-2005, pp. 3 y 4 (cursiva añadida). Similar criterio ha sido recogido tanto en la RTF N° 542-1-2007 como en la RTF N° 04995-2-2012. Dando su opinión respecto de la primera Resolución citada, ORTEGA y PACHERRES han expuesto “que si bien se presentan importes pecuniarios que se incorporan al patrimonio del contribuyente, **no se verifica la existencia de una 'renta' a la luz de los postulados de la teoría del flujo de riqueza, por cuanto no nos encontramos frente a una típica relación de intercambio del mercado, sino que estamos frente a una obligación que tiene su génesis no en la libertad contractual sino en la legislación sobre la materia”.** ORTEGA SALAVARRÍA, R. y PACHERRES RECUAY, A. op. cit., p. 16 (negrita añadida).

<sup>626</sup> Informe N° 252-2005-SUNAT/2B0000, F. J. 4 (subrayado en el original).

Finalmente, en el Informe N° 064-2006-SUNAT/2B0000, la Administración Tributaria analizando si el crédito fiscal especial que contempla la Ley de la Amazonía constituye renta gravable por la LIR, señaló que “los ingresos generados a favor de los contribuyentes al aplicar el beneficio del Crédito Fiscal Especial, no se originan de operaciones con particulares en los términos señalados en el inciso g) del artículo 1° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, sino de un derecho concedido en base al *IUS IMPERIUM del Estado*, por lo que el referido ingreso tampoco se ajusta al criterio de flujo de riqueza asumido por nuestra legislación. En consecuencia, los ingresos originados por la aplicación del beneficio del Crédito Fiscal Especial regulado en la Ley de la Amazonía no se encuentran gravados con el Impuesto a la Renta”<sup>627</sup> (cursiva añadida).

Ahora bien, tanto de la jurisprudencia como de los informes citados, se concluye que los ingresos provenientes de operaciones con terceros gravados por la LIR, son aquellos que no provienen del ejercicio del *ius imperium* del Estado, sino que los mismos son obtenidos en el devenir de la actividad de la empresa en sus relaciones con otros particulares, en las que los intervinientes participan en igualdad de condiciones y por ello, consienten el nacimiento de las obligaciones.

Criterio igualmente compartido por la doctrina peruana<sup>628</sup>. Así por ejemplo BAHAMONDE QUINTEROS

---

<sup>627</sup> Asimismo, ORTEGA y PACHERRES exponiendo su opinión al respecto han explicado “que no resultaría correcto que se considere como renta los ingresos generados por concepto de crédito fiscal especial, dado que ni provienen de un fuente durable susceptible de generar ingresos periódicos (teoría de la renta producto), ni **tampoco cumple con los alcances de la teoría del flujo de riqueza, por cuanto el beneficio no se genera por un acuerdo celebrado bajo una relación horizontal voluntaria con el Estado, sino que tiene su génesis en una relación vertical impuesta por la ley**”. ORTEGA SALAVARRÍA, R. y PACHERRES RECUAY, A. op. cit., p. 16 (negrita añadida).

<sup>628</sup> Cfr. BERNAL ROJAS, J y ESPINOZA TORRES, C. *Impuesto a la renta: aplicación práctica, tributaria y contable 2006-2007*, Instituto Pacífico, Lima, 2007, p. 13 y 14; GARCÍA QUISPE, L y HIRACHE FLORES, L. *Impuesto a la renta 2009-2010: aspectos contable y tributarios*, Instituto Pacífico, Lima, 2010, p. 15 y 16; GACETA JURÍDICA, *Análisis de la Ley del Impuesto a la Renta. Personas naturales y empresas*, Gaceta

explicando la teoría del flujo de riqueza adoptada por la LIR ha dejado sentado que “[s]olo se considera renta si el ingreso proviene de **operaciones con terceros**; en tal sentido, no será renta los ingresos provenientes de mandato legal, tales como condonaciones, subsidios y otros beneficios tributarios o económicos que conceda el Estado a los particulares (...)”<sup>629</sup>.

Dicho esto, es evidente que el justiprecio entregado por el Estado al sujeto expropiado a consecuencia de una expropiación forzosa no constituye ganancia de capital, puesto que aquel pago se hace en ejercicio del *ius imperium* del Estado (por mandato de la LMAE).

Por tanto, a) tal pago no es obtenido por el expropiado en sus relaciones con otros particulares, pues el Estado en este caso actúa en ejercicio de sus potestades (relación vertical); b) precisamente porque el Estado actúa en ejercicio de su *ius imperium*, no hay igualdad de condiciones entre los intervinientes (la expropiación no es una típica operación de mercado); y, c) producto de esto, es que el expropiado no consiente el nacimiento de la obligación tributaria (la expropiación no tiene su génesis en la voluntad contractual del expropiado). En consecuencia, tal ingreso no constituye un ingreso afecto al IR desde la teoría del flujo de riqueza.

Ahora bien, tanto la jurisprudencia como los informes citados hacen referencia al término “empresa” obviando hacer alusión a los contribuyentes que no lo son. Sin embargo, es evidente que una persona natural que no percibe rentas de tercera categoría es posible de generar ganancias de capital, y más aun de ser sujeto pasivo de una expropiación forzosa. Entonces, cabe preguntarse si ¿el justiprecio pagado por el *Estado* a aquellos sujetos a consecuencia de una expropiación forzosa (*ejercicio de potestades públicas*) se encuentra gravado con el IR de acuerdo a la teoría del flujo de riqueza?

---

Jurídica, Lima, 2011, pp. 15 y ss. y DURÁN ROJO, L. *Impuesto a la Renta*, AELE, Lima, 2008, pp. 29 y ss.

<sup>629</sup> BAHAMONDE QUINTEROS, M. *Análisis y aplicación práctica de la Ley del impuesto a la renta: empresas y personas naturales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 10 (negrita en el original).

Para ello, conviene recordar en este momento las dos conclusiones a las que habíamos arribado con anterioridad: a) no es posible incluir al Estado como un tercero más pues es manifiesta la diferencia que media entre aquel y los demás sujetos susceptibles de ser comprendidos en aquella expresión, y b) independientemente si frente al Estado se encuentra una persona natural o jurídica, este siempre ostentará las potestades públicas que le son propias. Dicho esto, es posible responder negativamente a tal cuestionamiento sobre la base de los siguientes argumentos.

En primer lugar, ha quedado bastante claro en las secciones anteriores que tanto frente a una persona natural como frente a una persona jurídica, el Estado cuando se relaciona con los particulares sigue ostentando sus potestades originarias.

Así, analizando las resoluciones e informes citados, si bien estos se refieren a empresas, el criterio sobre el cual se basan para no tener por afecto un determinado ingreso, es el ejercicio del *ius imperium* por parte del Estado. Este criterio, les permite argumentar válidamente que el Estado no es un tercero. Vistas las cosas desde su justo término, las citadas resoluciones e informes lo que hacen es concretar para el caso en cuestión una idea tan general y cierta en sí misma –expuesta por la Teoría del Derecho–, basada en que el Estado no es un tercero más, y que independientemente de quien tenga al frente, este siempre ostentará su *ius imperium*.

Esto, porque como bien sostienen ORTEGA y PACHERRES, “el Estado, en sus relaciones con *los particulares* no puede ser considerado un particular, ya que mantiene una relación de superioridad”<sup>630</sup>. De ahí que, también en los casos de personas naturales que no perciban rentas de tercera categoría que han sido expropiadas, el Estado ha actuado en una relación vertical, esto es, en ejercicio de su *ius imperium*, y en consecuencia en estos supuestos el justiprecio recibido tiene su

---

<sup>630</sup> ORTEGA SALAVARRÍA, R. y PACHERRES RECUAY, A. op. cit., p. 15 (cursiva añadida).

origen en una norma legal (LMAE) y no en el consentimiento de los intervinientes.

Asimismo, debemos recordar que el ingreso que se quiera gravar como ganancia de capital, deberá necesariamente provenir de una previa operación con terceros. Dicho esto, nótese que es imposible –si se quiere mantener la coherencia de nuestra legislación– establecer que el término “operación con terceros” conlleve un alcance distinto para los contribuyentes perceptores de renta de tercera categoría que para los contribuyentes que no lo son, cuando el Estado en ambos casos actúa de la misma manera (en ejercicio de su *ius imperium*)<sup>631</sup>.

En ese orden de ideas, ¿qué argumento de justicia habría para interpretar que cuando el Estado expropia el bien de una empresa, el justiprecio pagado por este no está afecto al IR puesto que aquel no es un tercero; sin embargo, tratándose de una persona natural sí se encontraría afecto? De ahí, que argumentar la afectación del justiprecio al IR pagado por el Estado a una persona natural, cuando el criterio adoptado para no gravar tal ingreso a las empresas es el ejercicio del *ius imperium* estatal, carece de todo sentido de justicia.

Por tanto, una interpretación lógica del término operación con terceros nos conduce irremediablemente a entender que el justiprecio recibido por un contribuyente que no percibe rentas de tercera categoría, al ser un ingreso que ha sido obtenido en una relación vertical (pues el Estado igualmente ahí actúa en ejercicio de su *ius imperium*), tampoco se encuentra sujeto al IR<sup>632</sup>.

---

<sup>631</sup> En otras palabras, es imposible que el término “operaciones con terceros” posea un alcance distinto dependiendo del contribuyente de quien se trate en el caso en concreto. De acuerdo a ello, existe en doctrina autores que advirtiendo que el alcance del término operaciones con terceros es una especificación de los postulados de la Teoría del Derecho (el Estado no es un tercero más), han aplicado al caso de personas naturales el criterio vertido para las empresas, pues entienden que carece de lógica y de justicia sostener un alcance distinto para un mismo término. En ese sentido *Cfr.* NIMA NIMA, E. ET AL. *Aplicación práctica del impuesto a la renta*, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 25 y BAHAMONDE QUINTEROS, M. op .cit., p. 20.

<sup>632</sup> Un argumento adicional, puede sostenerse desde la hipótesis de incidencia del impuesto, pues si esta no contempla la realización de una actividad estatal, ¿cómo es

Esto último, supone que tal ingreso no ha sido obtenido en una operación con terceros desde que: a) aquella cantidad no tiene su génesis en una operación de mercado (actividades entre particulares), sino a consecuencia del ejercicio del *ius imperium* estatal; b) tal ingreso no ha sido obtenido entre unos participantes que actúan en igualdad de condiciones, sino en una relación vertical establecida por la ley; y c) los intervinientes no consienten el nacimiento de la obligación, puesto que tal obligación surge de un mandato legal (LMAE)<sup>633</sup>. En consecuencia, tal ingreso no constituye un ingreso afecto al IR desde la teoría del flujo de riqueza<sup>634</sup>.

Finalmente, cabe agregar que existen –como se ha observado– determinados supuestos en los cuales los contribuyentes que no generen rentas de tercera categoría, a pesar que enajenen un inmueble, tal ingreso no se configurará como una ganancia de capital en nuestro ordenamiento. Así, se debe indicar que el ingreso obtenido por un inmueble adquirido y expropiado antes del 01.01.2004, no se encuentra afecto al IR. Igualmente, tratándose de estos contribuyentes, de llegarse a expropiar su casa-habitación es evidente que tal ingreso tampoco resulta gravado por el IR conforme se ha analizado previamente.

---

posible que se pretenda gravar con el IR el justiprecio entregado por el Estado a consecuencia de una expropiación forzosa (actividad estatal)?

<sup>633</sup> En buena cuenta, en materia tributaria la libertad del individuo radica en la realización o no del hecho generador de la obligación tributaria, pero una vez realizado este, la obligación nace *ex lege*, esto es, sin el concurso de la voluntad de las partes.

Precisamente es esto último, lo que sin lugar a dudas no ocurre en el caso de la expropiación forzosa puesto que tal hecho de ninguna manera mira a la voluntad del sujeto, esto es, la persona no es libre de realizar o no tal hecho generador, sino que el mismo se realiza en ejercicio del *ius imperium* del Estado.

<sup>634</sup> Una postura similar aunque sin realizar todo el procedimiento esbozado aquí, puede verse en NIMA NIMA, E. ET AL. op. cit., p. 25 y 26.

## **Del justiprecio *stricto sensu* y de la eventual indemnización.**

### (i) Del justiprecio *stricto sensu*.

Conforme se desprende de la argumentación expuesta en el epígrafe precedente, el justiprecio al ser un valor monetario entregado por el Estado en ejercicio de su *ius imperium*, no califica como ingreso gravado por el IR desde la teoría del flujo de riqueza adoptada por la LIR.

### (ii) De la eventual indemnización<sup>635</sup>.

#### 1. Daño emergente.

El daño emergente ha sido previamente definido como aquella pérdida experimentada por un sujeto a consecuencia de un evento dañino. En una palabra, daño emergente significa “disminución del ámbito patrimonial”.

Definido así, es lógica su no sujeción al IR, puesto que no hay beneficios económicos que gravar, puesto que la indemnización por daño emergente tiene por objeto resarcir una pérdida sufrida al sujeto expropiado.

Esta interpretación ha sido plenamente aceptada por nuestra legislación de renta, puesto que el artículo 1.e) del RLIR establece que no se consideran ingresos gravables a la parte de las indemnizaciones que se otorgue por daños emergentes.

Además de esto, y acorde con la argumentación que hemos desarrollado, se sustenta la no sujeción de tal ingreso desde que aquel valor es pagado por el Estado en ejercicio de su *ius imperium*, no calificando por ello como un ingreso

---

<sup>635</sup> Debe tenerse en cuenta, que según el criterio vertido en la RTF N° 2116-5-2006, si bien las normas tributarias no indican una definición respecto de los términos “daño emergente” y “lucro cesante”, se debe entender que el alcance dado a estos términos coincide con el expuesto en sede civil.

gravable por el IR bajo la teoría del flujo de riqueza adoptada por nuestra LIR.

## 2. Lucro cesante.

El lucro cesante ha sido previamente definido como aquella ganancia dejada de percibir por el sujeto sobre el cual recayó el perjuicio. Así, la indemnización por lucro cesante tiene por finalidad compensar aquella utilidad que pudo ingresar al patrimonio del sujeto expropiado según el curso normal de las cosas de no mediar el daño.

Definido así el lucro cesante, existen dos posturas a seguir en cuanto a su tratamiento fiscal. La primera sería optar por su afectación por tratarse de una utilidad económica que recibe el sujeto expropiado, y la segunda sería votar por su no afectación dado que tal ingreso también tiene su génesis en un mandato legal.

La SUNAT no se ha pronunciado al respecto puesto que esta entidad ha omitido analizar el justiprecio bajo la teoría del flujo de riqueza adoptada por nuestra LIR. Por su parte, en doctrina la situación no es del todo distinta, pues aun el tema no ha sido discutido minuciosamente<sup>636</sup>.

Dicho esto, a nuestro parecer, y siendo acordes con la postura que presentamos en este trabajo, el monto recibido por concepto de lucro cesante no resultará gravado con el IR, puesto que tal valor monetario igualmente tiene su origen en un mandato legal.

## 3. El resarcimiento por el IR.

Este monto entregado al sujeto expropiado, tampoco se encuentra gravado con el IR puesto que según el artículo 47 del T.U.O de la LIR, el valor asumido por el Estado

---

<sup>636</sup> Una tímida aproximación al tema puede consultarse en CAMACHO VILLAFLORES, A. "Inaplicación del impuesto a la renta respecto al justiprecio" en *Revista Gaceta Constitucional*, N° 88, Abril, 2015, p. 66.

correspondiente al IR, no puede ser considerado como una mayor renta del sujeto expropiado.

Asimismo, tal monto cancelado al sujeto expropiado también es entregado por el Estado en base a un mandato legal, razón por la cual aquel importe tampoco puede ser tenido como un ingreso afecto al IR según la teoría del flujo de riqueza asumida por nuestra LIR.

c) Teoría del consumo más incremento patrimonial.

Conforme se expuso, desde esta teoría, la existencia de renta se determinada sobre la base de dos rubros: a) los consumos, y b) los incrementos patrimoniales ocurridos en un determinado periodo.

Ahora bien, dicho esto, hemos de señalar que no abordaremos en detalle el rubro del “consumo” de la teoría que estamos analizando. Esto, porque parece bastante claro que el justiprecio no puede ser tenido como un consumo y por ello afecto al impuesto a la renta desde esta teoría.

No tan claro en cambio, puede resultar analizar esto desde el otro rubro considerado por esta teoría, esto es, el incremento patrimonial. Al respecto, conviene advertir que desde este rubro se considerará renta a los cambios de valor en el patrimonio del sujeto entre el inicio y el fin de un periodo.

Así, podría decirse que el mayor valor que ha experimentado el inmueble expropiado en un determinado periodo estaría afecto al impuesto a la renta de esta teoría, esto es, se gravaría la ganancia no realizada de la cual hablábamos líneas arriba. Sin embargo, esto no es posible, al menos por dos razones.

La primera, porque según el Tribunal Fiscal “nuestra legislación no recoge de manera general el criterio de consumo más incremento patrimonial que incluye las valorizaciones o ganancias de capital no realizadas [es decir, el simple aumento en el valor del bien], que no resultan gravadas bajo el criterio

del flujo de riqueza’<sup>637</sup>, sino que aquella teoría solo ha sido adoptada por nuestro legislador para gravar las rentas imputadas y el resultado por exposición a la inflación. En consecuencia, al no estar gravado el mero aumento de valor en nuestra legislación, y no estando considerado expresamente el justiprecio como una renta imputada, no es posible concluir que tal ingreso se encuentre gravado bajo esta teoría.

La segunda razón se sustenta en lo expuesto por la SUNAT. Así, la Administración Tributaria argumenta que el justiprecio constituiría –en nuestro ordenamiento– un supuesto de ganancia de capital, sin embargo tal concepto –conforme se advirtió– solo comprende a las ganancias *realizadas* y no al simple incremento de valor de los bienes.

De lo cual se concluye que el justiprecio tampoco resulta gravado por la teoría del consumo más incremento patrimonial, porque en definitiva no se trata de un consumo, y tampoco resulta gravado en nuestra legislación el simple aumento del valor de un bien.

#### **b) De la inafectación del justiprecio.**

Debe tener presente que la exoneración<sup>638</sup> es muy distinta de la inafectación. Así, en primer lugar mientras que en la exoneración si bien se produce el hecho generador de la relación tributaria, posteriormente mediante una ley se dispone el no nacimiento de la obligación tributaria, mientras que en la inafectación “por el contrario, no hay realización del hecho

---

<sup>637</sup> RTF N° 01003-4-2008, p. 7.

<sup>638</sup> Pronunciándose acerca del concepto de exoneración el TC ha afirmado que “[e]n este caso, tal y como lo ha señalado el Tribunal Fiscal en la Resolución N.º 559-4-97, ‘(...) el término ‘exoneración’ se refiere a que, no obstante que la hipótesis de incidencia prevista legalmente se verifica en la realidad, es decir, que se produce el hecho imponible, éste por efectos de una norma legal no da lugar al nacimiento de la obligación tributaria, por razones de carácter objetivo o subjetivo’. Es decir, el contribuyente se libera de la obligación tributaria, a pesar de que su actuación implicó la ocurrencia del hecho imponible y, como consecuencia lógica, tendría el deber de soportar la carga tributaria”. Expediente N° 06403-2006-PA/TC, F. J. 23.

imponible, tratándose de presupuestos que caen fuera de su órbita”<sup>639</sup>.

En segundo lugar, en la inafectación dado que nunca se realiza el hecho imponible esta tiene un carácter permanente, mientras que la exoneración sí está sujeta a un plazo que en nuestro ordenamiento según la Norma VII del Título Preliminar del CT no podrá exceder de tres años prorrogables por única vez por tres años más.

Tal diferencia también ha sido objeto pronunciamiento expreso por parte del Tribunal Constitucional quien sobre el particular tiene dicho que “*en la exoneración se produce el hecho imponible, pero en virtud de una norma legal neutralizante no surge la obligación de pago, [mientras que] en la inafectación no nace la obligación tributaria ya que el hecho no se encuadra o no está comprendido en el supuesto establecido por la Ley como hecho generador*”<sup>640</sup>.

Visto ello, la inafectación puede ser definida como aquella “situación fáctica que implica que un hecho ocurrido en el mundo fenoménico, no se ha subsumido en una hipótesis de incidencia tributaria y, en consecuencia, no se ha producido la incidencia”<sup>641</sup>, o en palabras del Tribunal Constitucional, la “inafectación implica la no sujeción de un determinado hecho a cargas tributarias. En ese sentido, jamás nació el hecho imponible, ni nunca ocurrió en el plano fáctico la hipótesis de incidencia”<sup>642</sup>.

A su vez, la inafectación puede contemplar la inafectación lógica y en inafectación legal. Ciertamente, discrepamos del establecimiento de la categoría de inafectación legal porque de un lado la inafectación propiamente es aquella no subsunción que fluye del texto normativo; y porque de otro

---

<sup>639</sup> QUERALT, J. ET. AL. op. cit., p. 275.

<sup>640</sup> Expediente N° 7533-2006-PA/TC, F. J. 27 (cursiva en el original).

<sup>641</sup> BRAVO CUCCI, J. *Fundamentos de...*, op. cit., pp. 249 y 250.

<sup>642</sup> Expediente N° 8391-2006-PA/TC, F. J. 27.

lado, aquello puede dar pie a confundir la inafectación de la exoneración que definitivamente siempre debe ser legal<sup>643</sup>.

Salvando esta crítica, la inafectación legal sigue respondiendo a la no generación de la obligación tributaria por no estar comprendido el hecho en el presupuesto previsto por la norma, solo que aquella no subsunción ha sido prevista expresamente en el texto normativo. Ejemplo de ello, es el caso contemplado en el último párrafo del artículo 2 del T.U.O de la LIR cuando expresamente señala que “[n]o constituye ganancia de capital gravable por esta Ley, el resultado de la enajenación de los siguientes bienes, efectuada por una persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal que optó por tributar como tal, que no genere rentas de tercera categoría: i) Inmuebles ocupados como casa habitación del enajenante ii) Bienes muebles, distintos a los señalados en el inciso a) de este artículo”<sup>644</sup>.

En ese orden de ideas, y aplicando estos conceptos al caso que nos ocupa, debe concluirse que el justiprecio se encuentra inafecto al IR (inafectación lógica), puesto que conforme se ha demostrado en el epígrafe precedente, aquel ingreso no constituye renta bajo ninguna de las tres teorías de renta adoptadas por la LIR.

**c) De la diferencia permanente que genera la inafectación del justiprecio al IR.**

Los ajustes extracontables que se pueden originar en un ejercicio gravable surgen a consecuencia del hecho de que la norma contable puede, en algunas oportunidades, no coincidir con lo regulado en la norma tributaria, ocasionando así una serie de diferencias que serán objeto de un posterior ajuste (adiciones o deducciones tributarias).

---

<sup>643</sup> A mayores *Cfr.* BRAVO CUCCI, J. *Fundamentos de...*, op. cit., pp. 252 y ss.

<sup>644</sup> Artículo 2.a) T.U.O de la LIR “La enajenación, redención o rescate, según sea el caso, de acciones y participaciones representativas del capital, acciones de inversión, certificados, títulos, bonos y papeles comerciales, valores representativos de cédulas hipotecarias, certificados de participación en fondos mutuos de inversión en valores, obligaciones al portador u otros valores al portador y otros valores mobiliarios”.

Este tipo de diferencias que pueden ser son de dos tipos:  
a) diferencias temporales, y b) diferencias permanentes.

Las diferencias temporales son aquellas que “se generan cuando las bases contables difieren de las bases tributarias, ya sea por ingresos no imponibles o por gastos no deducibles, las mismas que se puedan recuperar o deban de pagar en períodos futuros”<sup>645</sup>.

Asimismo, cabe señalar que las diferencias temporales puede a su vez ser de dos tipos. Así, en primer lugar están las llamadas diferencias temporarias imponibles, que “[s]on aquellas diferencias temporales que dan lugar a cantidades imponibles al determinar la ganancia (pérdida) fiscal correspondiente a periodos futuros, cuando el importe en libros del activo sea recuperado o el del pasivo sea liquidado”<sup>646</sup>. Mientras que de otro lado, se encuentran las diferencias temporales deducibles que “[s]on aquellas diferencias temporales que dan lugar a cantidades que son deducibles al determinar la ganancia (pérdida) fiscal correspondiente a periodos futuros, cuando el importe en libros del activo sea recuperado o el del pasivo sea liquidado”<sup>647</sup>.

Por su parte, las diferencias permanentes son aquellas que “están compuestas por los costos o gastos NO DEDUCIBLES porque no cumplen con el principio de causalidad, así como de los INGRESOS exonerados o inafectos”<sup>648</sup>. Cabe añadir, que tal diferencia al ser permanente no se podrá revertir ni compensar en los ejercicios futuros.

Igualmente debemos indicar, y tomando en cuenta lo que en este momento nos interesa, que las diferencias permanentes estarán compuestas tanto por aquellos costos o gastos que no

---

<sup>645</sup> HIRACHE FLORES, L. “Diferencias permanentes y temporales. NIC 12- Impuesto a las Ganancias” en *Revista Actualidad Empresarial*, N° 248, Febrero, 2012, p. IV-8.

<sup>646</sup> HIRACHE FLORES, L. “Diferencias temporales y permanentes. Registro contable aplicando la NIC 12” en *Revista Actualidad Empresarial*, N° 297, Febrero, 2014, p. IV-8.

<sup>647</sup> Ídem.

<sup>648</sup> HIRACHE FLORES, L. *Diferencias permanentes...*, op. cit., p. IV-10.

resulten deducibles, como por aquellos ingresos exonerados o *inafectos* al impuesto a la renta.

Dicho esto, y considerando que el justiprecio constituye un ingreso no afecto al IR, se debe señalar que tal ingreso dará origen a una diferencia permanente, puesto que se trata de una partida que si bien contablemente es un ingreso, tributariamente el mismo no constituye un ingreso afecto al impuesto a la renta. Debe indicarse además, que aquel ingreso al estar inafecto al IR, no se compensará en los ejercicios futuros ocasionando de esta forma una diferencia permanente.

Ahora bien, una vez identificada una diferencia permanente o temporal el siguiente paso es realizar el ajuste extracontable en orden a mitigar los efectos de aquella discrepancia en el ámbito tributario.

Estos ajustes extracontables pueden ser de dos tipos: a) adiciones o ajustes de signo positivo, y b) deducciones o ajustes de signo negativo. Cabe añadir, que estas adiciones y deducciones actúan “de tal manera que partiendo del resultado contable se llegue a la base imponible del Impuesto a la Renta”,<sup>649</sup>.

Las primeras refieren a aquellos valores que actúan aumentando, de acuerdo a las normas tributarias, el resultado contable<sup>650</sup>. Piénsese, por ejemplo en el caso de la depreciación de una maquinaria destinada a la generación de rentas gravadas de tercera categoría cuyo valor de adquisición fue de S/. 20.000, la cual fue puesta en funcionamiento en enero de 2014. Contablemente la empresa ha utilizado una tasa de 20% para depreciar la maquinaria, obteniendo como resultado de la depreciación el monto de S/.4.000<sup>651</sup>. Sin embargo, la tasa de depreciación admitida para este tipo de bien según el artículo

---

<sup>649</sup> ABANTO BROMLEY, M. *Cómo identificar las diferencias temporales y permanentes al cierre del ejercicio*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 5.

<sup>650</sup> Cfr. *Ibíd.*, p. 33.

<sup>651</sup> Este resultado se obtiene de la siguiente operación: S/. 20.000 x 20% x 12 meses / 12. Recuérdese, que según el artículo 41 del T.U.O de la LIR la depreciación se calculará sobre el valor correspondiente, que en el presente caso es el de adquisición.

22 del RLIR es de 10%, es decir, que la depreciación aceptada tributariamente era de S/. 2.000<sup>652</sup>.

De lo cual se concluye que existe una diferencia de S/. 2.000 (S/.4.000 - S/. 2.000) entre la base contable y la tributaria, razón por la cual se deberá proceder a realizar una adición de S/. 2.000 sobre la base imponible, puesto que el contribuyente se ha tomado una depreciación mayor a la tributariamente aceptada en orden a aminorar su utilidad y tributar sobre un menor monto.

Por otro lado, las deducciones o ajustes de signo negativo son aquellos valores que actúan disminuyendo, de acuerdo a las normas tributarias, el resultado obtenido según las normas contables<sup>653</sup>.

En el supuesto del justiprecio, al ser un ingreso inafecto dado que no puede ser considerado como renta bajo ninguna de las tres teorías de renta que adopta nuestra LIR, no deberá de ser tomado en cuenta por el contribuyente como un ingreso gravable.

Así, si por ejemplo tratándose de un contribuyente receptor de rentas de tercera categoría que fue expropiado, este recibió la suma de S/. 85.000 por concepto de justiprecio. La utilidad contable de la empresa en el año 2015, ascendió a S/. 950 000. El importe del justiprecio fue incluido por la empresa en su contabilidad.

De acuerdo a lo expuesto, y siendo el justiprecio un ingreso inafecto al IR, tal monto cancelado por el Estado deberá de ser deducido de la utilidad contable, obteniéndose como renta neta del ejercicio la diferencia de ambos valores, esto es, S/. 865.000<sup>654</sup>.

---

<sup>652</sup> Este resultado se obtiene de la siguiente operación: S/. 20.000 x 10% x 12 meses/12.

<sup>653</sup> ABANTO BROMLEY, M. op. cit., p. 33.

<sup>654</sup> Claro está que el grado de complejidad en la práctica es mayor, puesto que tal ingreso formará parte del complejo proceso de determinación de la renta neta realizado por los contribuyentes, en el cual se consideran todos los ingresos y gastos incurridos en el ejercicio gravable.

Finalmente, cabe agregar que el presente caso estaremos frente a “un ajuste que constituye una diferencia permanente, toda vez que el ingreso aquí excluido de la determinación de la base imponible del Impuesto a la Renta no tendrá incidencia en ejercicios futuros”<sup>655</sup>.

---

<sup>655</sup> *Ibíd.*, p. 51.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** El derecho de propiedad, al igual que todos los derechos fundamentales, no es un derecho absoluto sino que el mismo posee una serie de límites entendidos estos como aquellas fronteras naturales que delimitan el contenido constitucionalmente tutelado del derecho.

Así, la doctrina ha reconocido una serie de límites al derecho de propiedad, concretamente dentro de aquellos límites fundados en base al orden público, hemos centrado nuestra atención en la función social de la propiedad.

**SEGUNDA.-** La función social de la propiedad, delimita el interés del titular en base a las exigencias de orden social, de forma que aquel deberá hacer un aprovechamiento socialmente útil de sus bienes. Tal delimitación se manifiesta tanto a través de derechos como de obligaciones para el propietario.

En cuanto al análisis de la función social dentro de las teorías de los límites, se ha optado por entender que aquella constituye un límite interno del derecho de propiedad. Esto, toda vez que al no ser los derechos antisociales –dada la dimensión social de la naturaleza humana–, su contenido se delimita *ad initio* en armonía con las exigencias de orden social. Exigencias que en el derecho de propiedad vienen representadas por la función social.

**TERCERA.-** La importancia de haber explicado en el primer capítulo, el papel que cumple la función social en la existencia y ejercicio de la propiedad, adquiere mayor vigor en la segunda sección del presente trabajo, pues en esta se ha expuesto que el fundamento material de la expropiación forzosa subyace en la función social de la propiedad.

Para fundamentar esto, se sostiene que es la función social de la propiedad la que ordena que el ejercicio de esta, esté vinculado de manera positiva y negativa al bien común. Por la primera, el ejercicio de la propiedad deberá favorecer la realización del bien común y, por la segunda, se asegura que su ejercicio no se oponga a las exigencias que en el caso concreto imponga aquel. Ambas vinculaciones al estar exigidas por la función social de la propiedad (límite interno) fluyen de su contenido esencial.

En efecto, aplicando estas vinculaciones al caso de la expropiación forzosa, se tiene que en base a la vinculación positiva, se requiere que el titular de la propiedad la transfiera al Estado porque así lo exige el bien común; y en cuanto a la vinculación negativa, esta impide que el titular de la propiedad se oponga a la expropiación cuando una concreta y legítima causa de necesidad pública o de seguridad nacional así lo requiera. De ahí, que se argumente que la función social de la propiedad (y las correspondientes vinculaciones) constituyan el fundamento último de la expropiación forzosa.

**CUARTA.-** La expropiación forzosa, no supone la destrucción del derecho de propiedad. Esto, principalmente por dos razones. La primera, es que siendo la expropiación forzosa una manifestación del contenido esencial del derecho de propiedad, aquel no puede ordenar una actuación que le trasgreda, pues conforme ha sido establecido en el texto constitucional, el derecho de propiedad es inviolable. Abona a esta conclusión, el hecho de que tanto la doctrina como la jurisprudencia conciban a la expropiación como una garantía de la propiedad, de modo que sostener –como lo hacen algunos autores– que la expropiación vulnera el contenido esencial del derecho de propiedad, sería en el mejor de los casos, una *contradictio in terminis*.

Por otro lado, la expropiación forzosa no suprime el derecho de propiedad, desde que no forma parte de este la tenencia de un determinado bien, sino que más bien el contenido esencial de aquel atiende preferentemente no a la materialidad del bien (tenencia física) sino a su valor económico, valor

que deberá ser debidamente abonado al sujeto expropiado mediante el pago previo del justiprecio.

Dicho esto, cabe precisar que el presente planteamiento se resuelve dependiendo de la base dogmática que se adopte. Así pues, para quienes parten de una teoría conflictivista de los derechos –cuyo alcance en la literatura jurídica es mayor– la agresión del derecho de propiedad será legítima puesto que el bien común así lo requiere. En tanto que, si se parte de una interpretación armónica de los derechos, tal conflicto devendrá en falaz, puesto que desde aquella teoría la expropiación únicamente exige el desapoderamiento de un determinado bien, pero nunca la transgresión del derecho de propiedad.

**QUINTA.-** Es evidente que el texto constitucional tutela –como todo derecho– el derecho de propiedad, no pudiendo ser la expropiación forzosa un acto contrario a aquel. Y no lo es, porque la salvaguarda del derecho de propiedad cuando se opta por expropiar un bien se materializa con el pago previo del justiprecio al sujeto expropiado.

Por tanto, el justiprecio se erige como una garantía de integridad ínsita en todo procedimiento expropiatorio que ordena al Poder Público, mantener la integridad del valor económico del patrimonio del sujeto expropiado una vez ejecutado el acto expropiatorio.

**SEXTA.-** Siendo la finalidad del justiprecio garantizar la integridad del valor patrimonial del sujeto expropiado, este valor estará compuesto por dos conceptos: el primero, el valor comercial del inmueble y el segundo, el valor correspondiente al eventual perjuicio económico.

Asimismo, se argumenta que no es posible denominar a la cantidad a pagar al expropiado “indemnización justipreciada”, puesto que para que exista indemnización es requisito indispensable la existencia de un daño indemnizable. Daño que existe –y por tanto es título– para la entrega del valor del eventual perjuicio económico. Sin embargo, tal daño no existe –y por tanto no es título– del pago del valor comercial del bien, el cual se entrega porque así lo exige la garantía de integridad ordenada constitucionalmente.

**SÉTIMA:** Sobre el tratamiento fiscal que deberá recibir el justiprecio, la SUNAT ha concluido que el justiprecio resulta gravado con el IR.

Para ello, argumenta que el artículo 1 del T.U.O de la LIR grava las ganancias de capital. Estas, refieren a aquellos ingresos que provengan de la enajenación de bienes de capital, esto es, bienes no destinados a ser comercializados dentro del giro del negocio, como puede ser el caso de una expropiación forzosa. Añade, que de acuerdo con el artículo 5 del T.U.O de la LIR, la expropiación constituye un supuesto de enajenación.

En efecto, la Administración Tributaria establece que la LIR no grava el justiprecio como tal, sino que tal tributo grava la posible utilidad que pueda resultar de comparar el monto del justiprecio con el valor de adquisición actualizado del inmueble, precisando que tal valor representativo de la diferencia monetaria deberá sujetarse al tratamiento fiscal de las ganancias de capital.

Por tanto, sobre la base de la normativa citada, la SUNAT concluye afirmando que el mayor valor del bien puesto de manifiesto al pagarse el justiprecio al sujeto expropiado constituye una ganancia de capital y por ende se encuentra afecto al IR según la normativa vigente.

Una vez fundamentada la afectación del justiprecio al IR, la Administración Tributaria señala que existen determinados conceptos que componen el justiprecio que no resultan gravados con el IR. Así, señala que tratándose de contribuyentes que no perciban rentas de tercera categoría, no se encuentran gravadas las indemnizaciones por lucro cesante y daño emergente, así como el resarcimiento por el IR. Mientras, que tratándose de contribuyentes perceptores de rentas de tercera categoría, no se encuentran gravadas las indemnizaciones por daño emergente y el resarcimiento del IR.

**OCTAVA.-** A lo largo de nuestra investigación se habrá podido advertir distintas razones abonadas tanto desde el Derecho Constitucional como desde el Derecho Administrativo tendentes a fundamentar la no sujeción del justiprecio al IR. No obstante ello, y sin perjuicio de la validez de las mismas, existen sólidas razones dadas desde el Derecho Tributario que permiten llegar a la misma conclusión.

Así, la postura aquí adoptada es examinada desde el aspecto material de la hipótesis de incidencia del IR<sup>656</sup>. Concretamente, se ha analizado si el ingreso recibido por concepto de justiprecio constituye utilidad gravable desde las teorías de renta adoptadas por nuestro legislador.

**NOVENA.-** Dentro de estas teorías, específicamente, se analizó aquel ingreso desde la teoría del flujo de riqueza, llegando a la conclusión que este valor monetario no puede ser tenido como un ingreso afecto al IR desde esta teoría, puesto que tal ingreso no fluye de una previa operación con terceros, sino que el mismo es obtenido en base al *ius imperium* del Estado. En otras palabras, tal ingreso no es obtenido por el expropiado en sus relaciones con otros particulares, pues el Estado en este caso actúa en ejercicio de su *ius imperium*; b) no ha sido obtenido entre unos participantes que actúan en igualdad de condiciones, sino en una relación vertical; y, c) los intervinientes no consienten el nacimiento de la obligación, puesto que tal obligación surge de un mandato legal (LMAE).

**DÉCIMA.-** Finalmente, cabe realizar una crítica a la regulación contenida en la LMAE, pues conforme se habrá podido observar a lo largo de este trabajo, la citada ley presenta una serie de deficiencias que urgen rectificar, puesto que si bien es a todas luces conveniente establecer procesos expeditivos para desarrollar obras de infraestructura, estos no pueden desenvolverse al margen de la vigencia de los derechos fundamentales.

En igual sentido, resta decir que estaremos atentos tanto a los próximos informes de la SUNAT como a las resoluciones del Tribunal Fiscal, destinados a resolver el tratamiento fiscal del justiprecio a efectos de la LIR, máxime si se tiene en cuenta la existencia de determinados proyectos de infraestructura que requerirán hacer uso de la expropiación forzosa.

---

<sup>656</sup> Examen que en ningún momento fue realizado por la SUNAT en los informes en los cuales emitió una opinión respecto de la afectación del justiprecio al IR.



## **BIBLIOGRAFÍA**

ABANTO BROMLEY, M. Cómo identificar las diferencias temporales y permanentes al cierre del ejercicio, Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

ABRUÑA PUYOL, A. El régimen de las expropiaciones en el Perú, pro manuscrito, Piura, 2014.

ABRUÑA PUYOL, A. Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano, Palestra, Lima, 2010.

ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V. Notas al Curso de Derecho Administrativo, Lección 20, pro manuscrito, Piura, 2015.

\_\_\_\_\_ Notas al Curso de Derecho Administrativo, Lección 9, pro manuscrito, Piura, 2013.

\_\_\_\_\_ Notas al Curso de Derecho administrativo, Lección 12, pro manuscrito, Piura, 2014.

\_\_\_\_\_ Notas al Curso de Derecho Administrativo, Lección 15, pro manuscrito, Piura, 2014.

ALBALADEJO, M. Derecho Civil, Volumen III, 11ª edición, Edisofer, Madrid, 2010.

- ALLEMANT SALAZAR, H. y MARCHESI VELÁSQUEZ, O. “Tratamiento para efectos del impuesto a la renta de los ingresos provenientes de operaciones con terceros” en VIII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario: Ámbito de aplicación del Impuesto a la Renta en el Perú, IPDT, Lima, 2004.
- ALVA MATTEUCCI, M. “El Impuesto a la Renta y las teorías que determinan su afectación” en Revista Actualidad Empresarial, N° 249, Febrero, Lima, 2012.
- ARAOZ VILLENA, L. “El ejercicio de la potestad tributaria y del derecho de cobrar tributos y su compatibilidad con el principio de legalidad” en DANÓS ORDOÑEZ, J. (Coord.), Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público, Palestra, Lima, 2006.
- ARIANO DEHO, E. El proceso de ejecución: la tutela ejecutiva en el Código Procesal Civil Peruano, Rhodas, Lima, 1996.
- ARIAS SCHREIBER PEZET, M. ET AL. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, Tomo III, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
- ATALIBA, G. Hipótesis de incidencia tributaria, Instituto Peruano de Derecho Tributario, Lima, 1987.
- AVENDAÑO VALDÉZ, J. “Atributos y caracteres del derecho de propiedad” en RUBIO CORREA, M. ET AL. Para leer el Código Civil, Volumen I, 10ª edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.
- \_\_\_\_\_ “Definición de propiedad” en GUTIÉRREZ, W. ET. AL, Código Civil Comentado, Tomo V, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- \_\_\_\_\_ “La propiedad en el Código Civil” en PRIORI POSADA, G. (Ed.). Estudios sobre la propiedad, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012.
- BACA ONETO, V. “El carácter necesariamente originario de la invalidez del acto administrativo: exposición y crítica de la noción de invalidez sobrevinida” en REDUP, N° 6, Piura, 2005.

- \_\_\_\_\_ “Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el Derecho peruano” en VIGNOLO CUEVA, O. (Coord.), Teoría de los Servicios Públicos, Grijley, Lima, 2009.
- BAHAMONDE QUINTEROS, M. Análisis y aplicación práctica de la Ley del impuesto a la renta: empresas y personas naturales, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
- BALDO KRESALJA, C. Derecho constitucional económico, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.
- BARASSI, L. Instituciones del derecho civil, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1955.
- BARNÉS, J. La propiedad constitucional: el estatuto jurídico del suelo agrario, Civitas, Madrid, 1988.
- BERMEJO VERA, J. “Análisis previo de la expropiación forzosa” en DA, N° 222, Abril-Junio, Madrid, 1990.
- \_\_\_\_\_ Derecho administrativo: parte especial, 4ª edición, Civitas, Madrid, 1999.
- BERNAL ROJAS, J y ESPINOZA TORRES, C. Impuesto a la renta: aplicación práctica, tributaria y contable 2006-2007, Instituto Pacífico, Lima, 2007.
- BERNALES BALLESTEROS, E. La Constitución de 1993: análisis comparado, Konrad Adenauer, Lima, 1996.
- BORDA, G. Manual de derecho civil: reales, 6ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- BRAVO CUCCI, J. “La renta como materia imponible en el caso de las actividades empresariales y su relación con la contabilidad” en Cuadernos Tributarios: VII Jornadas Nacionales de Tributación, N° 28, Junio, Lima, 2003.
- \_\_\_\_\_ “Los actos ilícitos y el concepto de renta” en VIII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario: Ámbito de aplicación del Impuesto a la Renta en el Perú, IPDT, Lima, 2004.

- \_\_\_\_\_ Fundamentos de derecho tributario, Palestra, Lima, 2006.
- CABANELLAS, G. Diccionario enciclopédico de derecho usual, Tomo IV, 26<sup>a</sup> edición, Heliasta, Buenos Aires, 1998.
- CALVO ORTEGA, R. Curso de derecho financiero I, 12<sup>a</sup> edición, Civitas, Madrid, 2008.
- CAMACHO VILLAFLOR, A. “Inaplicación del impuesto a la renta respecto al justiprecio” en Revista Gaceta Constitucional, N° 88, Abril, 2015.
- CASSAGNE, J. Derecho administrativo, Tomo II, 9<sup>a</sup> edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.
- CASTILLO CÓRDOVA, L. “El contenido constitucional de los derechos como objeto de protección del proceso de amparo” en PALOMINO MANCHEGO, J. (Ed.), El Derecho procesal constitucional Peruano: estudios en homenaje a Domingo García Belaunde, Tomo II, Grijley, Lima, 2005.
- \_\_\_\_\_ “La inconstitucionalidad de gravar la indemnización justipreciada entregada por la expropiación de un bien” en Revista Gaceta Constitucional, N° 47, Noviembre, 2011.
- \_\_\_\_\_ El tribunal constitucional peruano y su dinámica jurisprudencial, Palestra, Lima, Palestra, 2008.
- \_\_\_\_\_ Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general. 3<sup>a</sup> edición, Palestra, Lima, 2007.
- CAZORLA PRIETO, L. Derecho financiero y tributario, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- CHANG CHUYES, G. “La subsidiariedad del Estado en materia económica. Un comentario al precedente de observancia obligatoria Res. N° 3134-2010/SC1-INDECOPI” en CASTILLO CÓRDOVA, L. y BECERRA GÓMEZ, A. (Coords.), II Convención estudiantil de Derecho Público, Palestra, Lima, 2015.
- CIANCIARDO, J. El conflictivismo en los derechos fundamentales, EUNSA, Pamplona, 2000.

- COLINA GAREA, R. “La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978”. [en línea]. [Consulta 10.01.2016]. Disponible en <http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/1164>.
- D’ORS, Á. Derecho privado romano, 10ª edición, EUNSA, Pamplona, 2004.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. Derecho Civil de España, Civitas, Madrid, 1984.
- DE CUPIS, A. El daño: teoría general de la responsabilidad civil, Bosch, Barcelona, 1975.
- DE DOMINGO, T. ¿Conflictos entre derechos fundamentales?, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- DE LOS MOZOS, J. El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica, Edersa, Madrid, 1993.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, F. La responsabilidad extracontractual, Tomo II, 7ª edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.
- DÍEZ-PICAZO, L. Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, Volumen VI, Civitas, Navarra, 2012.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. Sistema de Derecho Civil, Volumen III, 7ª edición, Tecnos, Madrid, 2005.
- DOMINGO, R. (Coord.), Código Civil Francés, Traducción de NÚÑEZ, Á., Marcial Pons, Madrid, 2005.
- \_\_\_\_\_ Textos de Derecho Romano, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- DROMI, J. Derecho administrativo, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- DURÁN ROJO, L. Impuesto a la Renta, AELE, Lima, 2008.
- \_\_\_\_\_ “La noción del deber constitucional de contribuir. Un estudio introductorio” en DANÓS ORDOÑEZ, J. (Coord.), Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público, Palestra, Lima, 2006.

- ECHAIZ MORENO, D. “La expropiación y la confiscación” en Revista Gaceta Constitucional, N° 43, Julio, 2011.
- EIRANOVA ENCINAS, E. Código civil alemán comentado, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- ESCOBAR ROZAS, F. “Mitos en torno al contenido del derecho de propiedad” en Revista Ius et Veritas, N° 22, Año XI, Lima, 2001.
- ESCUIN PALOP, V. Comentarios a la Ley de expropiación forzosa, 3ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.
- \_\_\_\_\_ Elementos de derecho público, 7ª edición, Tecnos, Madrid, 2011.
- ESPINOZA ESPINOZA, J. Derecho de la responsabilidad civil, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- FAZIO, M. Historia de las ideas contemporáneas, Rialp, Madrid, 2011.
- FERNÁNDEZ CARTAGENA, J. “El concepto de renta en el Perú” en VIII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario: Ámbito de aplicación del Impuesto a la Renta en el Perú, IPDT, Lima, 2004.
- \_\_\_\_\_ “La capacidad contributiva” en DANÓS ORDOÑEZ, J. (Coord.), Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público, Palestra, Lima, 2006.
- GACETA JURÍDICA, Análisis de la Ley del Impuesto a la Renta. Personas naturales y empresas, Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
- GARCÍA CUADRADO, J. Antropología filosófica: una introducción a la filosofía del hombre, 5ª edición, EUNSA, Madrid, 2010.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa, Civitas, Madrid, 1989.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. Curso de derecho administrativo, Tomos I y II, 12ª edición, Thomson Reuters, Madrid, 2011.

- GARCÍA LUENGO, J. “Algunas consideraciones sobre el tratamiento normativo del derecho de propiedad: sucesión normativa y derecho de reversión” en REDA, N° 106, Abril-Junio, Madrid, 2000.
- GARCÍA MULLÍN, J. Manual del Impuesto a la Renta, Centro Interamericano de Estudios Tributarios, Documento N° 872, Buenos Aires, 1978.
- GARCÍA QUISPE, L y HIRACHE FLORES, L. Impuesto a la renta 2009-2010: aspectos contable y tributarios, Instituto Pacífico, Lima, 2010.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. “Sobre el alcance y efectos de la reversión expropiatoria” en RAP, N° 112, Enero-Abril, Madrid, 1987.
- GARRIDO FALLA, F. ET AL. Tratado de derecho administrativo, Tomo I, 15ª edición, Tecnos, Madrid, 2010.
- GIMENO FELIÚ, J. El derecho de reversión en la Ley de expropiación forzosa: fundamentación y condiciones de ejercicio, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2003.
- GOLDSTEIN, J. y FREEMAN, J. Three-way street: strategic reciprocity in world politics, University of Chicago Press, Chicago, 1990.
- GONZALES BARRÓN, G. “De la propiedad” en La Constitución comentada, Tomo II, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
- GONZALES BARRÓN, G. Curso de Derechos Reales, Jurista Editores, Lima, 2003.
- \_\_\_\_\_ Propiedad y Derechos Humanos. Superación del modelo liberal y codificado de la propiedad, Jurista Editores, Lima, 2011.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. “La utilidad pública y el interés social en la nueva ley de expropiación forzosa” en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 324-325, Mayo-Junio, Madrid, 1955.
- \_\_\_\_\_ “Responsabilidad por demora en la Ley de Expropiación Forzosa” en RAP, N° 33, Setiembre-Diciembre, Madrid, 1960.

HERNÁNDEZ BERENGUEL, L. “El poder tributario y la nueva Constitución” en Revista del IPDT, N° 24, Junio, Lima, 1993.

\_\_\_\_\_ “Renta gravada y adquisición por la sociedad de sus propias acciones” en VIII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario: Ámbito de aplicación del Impuesto a la Renta en el Perú, IPDT, Lima, 2004.

HINOSTROZA MINGUEZ, A. Procesos civiles relacionados con la propiedad y la posesión, 2ª edición, Jurista Editores, Lima, 2011.

HIRACHE FLORES, L. “Diferencias permanentes y temporales. NIC 12- Impuesto a las Ganancias” en Revista Actualidad Empresarial, N° 248, Febrero, 2012.

\_\_\_\_\_ “Diferencias temporales y permanentes. Registro contable aplicando la NIC 12” en Revista Actualidad Empresarial, N° 297, Febrero, 2014.

LACRUZ BERDEJO, J. ET AL. Elementos de Derecho Civil, Tomo III, Volumen I, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2008.

LASARTE, C. Principios de derecho civil. Volumen IV, 10ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.

LEDESMA NARVÁEZ, M. Los nuevos procesos de ejecución y cautelar, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.

\_\_\_\_\_ Comentarios al código procesal civil: análisis artículo por artículo, Tomo III, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2011.

LÓPEZ MENUDO, F., CARRILLO DONAIRE, J. y GUICHOT REINA, E. La expropiación forzosa, Lex Nova, Valladolid, 2006.

MANZANEDO cit. por GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. El justiprecio de la expropiación forzosa, 3ª edición, Comares, Granada, 1999.

MARTÍN TIRADO, R. “Aplicación de la nueva ley general de expropiaciones al régimen de las concesiones sobre obras públicas de infraestructura y de servicios públicos” en Revista Themis, N° 39, Lima, 1999.

- MAZEUD, H., MAZEUD, L., MAZEUD, J. Lecciones de Derecho Civil, Tomo IV, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959.
- MEDRANO CORNEJO, H. “En torno al concepto y la clasificación de los tributos en el Perú” en Revista del IPDT, N° 18, Junio, Lima, 1990.
- \_\_\_\_\_ “Impuesto a la Renta” en Cuadernos Tributarios: El Sistema Tributario Peruano: Propuesta para el 2000, N° 26, Mayo, Lima, 2000.
- MESSINEO, F. Manual de Derecho Civil y Comercial, Volumen III, 8ª edición, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979.
- MESSNER, J. Ética general y aplicada: una ética para el hombre de hoy, Rialp, Madrid, 1969.
- \_\_\_\_\_ Ética social, política y económica a la luz del derecho natural, Rialp, Madrid, 1967.
- \_\_\_\_\_ La cuestión social, 2ª edición, Rialp, Madrid, 1976.
- MIRANDA & AMADO ABOGADOS, Inconstitucionalidad del impuesto a la renta en las expropiaciones: historia de un proceso de amparo, Miranda & Amado Abogados, Lima, 2013.
- NAVARRO PALACIOS, I. “Crédito tributario reconocido por la Ley de juegos de casinos y máquinas tragamonedas ¿Es renta imponible?” en VIII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario: Ámbito de aplicación del Impuesto a la Renta en el Perú, IPDT, Lima, 2004.
- NIETO, A., “Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa” en RAP, N° 38, Mayo-Agosto, Madrid, 1962.
- NIMA NIMA, E. ET AL. Aplicación práctica del impuesto a la renta, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- ORTEGA SALAVARRÍA, R. y PACHERRES RECUAY, A. Impuesto a la renta de tercera categoría: 2014-2015, Estudio Caballero Bustamante, Lima, 2015.
- PARADA VÁZQUEZ, J. Derecho administrativo, Tomo I, 11ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2008.

PAREJO ALFONSO, L. “Expropiación forzosa y supuestos expropiatorios en la Ley 8/1990, de 25 de julio, de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo” en DA, N° 222, Abril-Junio, Madrid, 1990.

\_\_\_\_\_ Lecciones de derecho administrativo, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

PÉREZ ROYO, F. Derecho financiero y tributario: parte general, 12ª edición, Civitas, Madrid, 2002.

PRIETO SANCHÍS, L. Estudios sobre derechos fundamentales, Debate, Madrid, 1990.

PUIG PEÑA, F. Compendio de Derecho Civil Español, Tomo II, Ediciones Nauta, Barcelona, 1966.

QUERALT, J. ET AL. Curso de derecho financiero y tributario, 19ª edición, Tecnos, Madrid, 2008.

RAMÍREZ CRUZ, E. Tratado de derechos reales, Volumen 2, 3ª edición, Rhodas, Lima, 2007.

\_\_\_\_\_ “El problema del justiprecio en la expropiación” en Revista Diálogo con la Jurisprudencia, N° 137, Febrero, Lima, 2010.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, 23ª edición, RAE, Madrid, 2014.

RODRÍGUEZ, V. Orígenes del Capitalismo y del socialismo contemporáneo, Espasa-Calpe, Madrid, 1981.

RUBIO BERNUY, D. “Protección registral del derecho de propiedad. A propósito del primer precedente aprobado en el LXII Pleno del Tribunal de la SUNARP” en Revista Actualidad Jurídica, N° 203, Octubre, Lima, 2010.

RUBIO CORREA, M. Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo III, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

- \_\_\_\_\_ “El concepto de tributo y de reserva legal tributaria para el Tribunal Constitucional” en DANÓS ORDOÑEZ, J. (Coord.), Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público, Palestra, Lima, 2006.
- SALMÓN GÁRATE, G. y BLANCO VIZARRETA, V. “El derecho a la propiedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un ejemplo de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos” en PRIORI POSADA, G. (Ed.). Estudios sobre la propiedad, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. Derecho administrativo. Parte general, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 2012.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. Fundamentos de Derecho Administrativo, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.
- \_\_\_\_\_ Principios de derecho administrativo general, Tomo II, 2ª edición, Iustel, Madrid, 2009.
- \_\_\_\_\_ Principios de derecho administrativo, Tomo I, 4ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.
- SELLÉS, J. Antropología para inconformes: una antropología abierta al futuro, Rialp, Madrid, 2006.
- TALLEDO VINCES, J. “No reconocimiento de la ganancia realizada en el régimen norteamericano” en Revista del IPDT, N° 48, Febrero, Lima, 2009.
- VELÁSQUEZ, R. “Inconstitucionalidad del impuesto a la renta sobre el justiprecio de las expropiaciones” en Revista de Derecho Administrativo, N° 13, Octubre, Lima, 2013.
- VILLANUEVA GONZÁLEZ, M. “Las rentas empresariales” en VIII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario: Ámbito de aplicación del Impuesto a la Renta en el Perú, IPDT, Lima, 2004.
- VILLANUEVA GUTIÉRREZ, W. “Las rentas de capital y ganancias de capital” en Revista Advocatus, N° 15, 2006.

VILLAR PALASÍ, J. “Justo precio y transferencias coactivas” en RAP, N° 18, Setiembre-Diciembre, Madrid, 1955.

\_\_\_\_\_ “La translación del 'justum pretium' a la esfera de la expropiación forzosa” en RAP, N° 43, Enero-Abril, Madrid, 1964.

WOJTYLA, K. Persona y acción, La Editorial Católica, Madrid, 1982.

ZANNONI, E. El daño en la responsabilidad civil, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1993.

ZEGARRA MULÁNOVICH, Á. Descubrir el Derecho. Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática, Palestra, Lima, 2009.

\_\_\_\_\_ Las cláusulas de hardship en la contratación mercantil, pro manuscrito, A Coruña, 2007.

ZUZUNAGA DEL PINO, F. y ZEGARRA VÍLCHEZ, J. “El impuesto a la renta sobre las ganancias de capital obtenidas en la enajenación de inmuebles” en VIII Jornadas Nacionales de Derecho Tributario: Ámbito de aplicación del Impuesto a la Renta en el Perú, IPDT, Lima, 2004.

## **SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Expediente N° 3591-2004-AA/TC  
Expediente N° 01854-2009-PA/TC  
Expediente N° 01282-2006-AA/TC  
Expediente N° 3773-2004-AA/TC  
Expediente N° 7196-2005-PA/TC  
Expediente N° 04374-2008-PA/TC  
Expediente N° 03171-2007-PA/TC  
Expediente N° 010-2002-AI/TC  
Expediente N° 0004-2004-AI/TC  
Expediente N° 0048-2004-PI/TC  
Expediente N° 00011-2010-PI/TC  
Expediente N° 03347-2009-PA/TC  
Expediente N° 0008-2003-AI/TC  
Expediente N° 03258-2010-PA/TC  
Expediente N° 00239-2010-PA/TC  
Expediente N° 02130-2009-PA/TC  
Expediente N° 00228-2009-PA/TC  
Expediente N° 02175-2011-PA/TC  
Expediente N° 01360-2012-PA/TC  
Expediente N° 00031-2004-AI/TC  
Expediente N° 03576-2011-PA/TC  
Expediente N° 0864-2009-PA/TC  
Expediente N° 01735-2008-PA/TC  
Expediente N° 00834-2010-PA/TC  
Expediente N° 0007-2007-PI/TC  
Expediente N° 05614-2007-PA/TC  
Expediente N° 5854-2005-PA/TC

Expediente N° 00018-2007-PI/TC  
Expediente N° 01342-2012-PA/TC  
Expediente N° 02005-2009-PA/TC  
Expediente N° 05312-2009-PA/TC  
Expediente N° 01828-2009-PA/TC  
Expediente N° 033-2004-AI/TC  
Expediente N° 3303-2003-AA/TC  
Expediente N° 041-2004-AI/TC  
Expediente N° 2727-2002-AA/TC  
Expediente N° 4014-2005-AA/TC  
Expediente N° 01473-2009-AA/TC  
Expediente N° 00042-2004-AI/TC  
Expediente N° 2762-2002-AA/TC  
Expediente N° 00319-2013-AA/TC  
Expediente N° 06403-2006-PA/TC  
Expediente N° 7533-2006-PA/TC  
Expediente N° 8391-2006-PA/TC

## **RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL FISCAL**

RTF N° 00601-5-2003

RTF N° 05075-1-2010

RTF N° 616-4-99

RTF N° 03205-4-2005

RTF N° 2116-5-2006

RTF N° 01003-4-2008