



Raffo Velásquez Meléndez^(*)

Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y usos

Indirect expropriation. Justification, regimes, cases, criteria and uses

Resumen: A partir del análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana y del Tribunal Constitucional peruano, así como de nuestro marco normativo, el autor analiza los diversos criterios para determinar cuando estamos frente un supuesto de expropiación indirecta, tales como a magnitud de la medida, la expectativa razonable, el beneficio del Estado, la inviabilidad económica del bien, entre otros. Finalmente, luego de identificada la expropiación indirecta, señala los remedios procesales posibles con la finalidad de salvaguardar el derecho de la propiedad, siendo fundamental en el derecho internacional de inversiones.

Palabras clave: Expropiación indirecta - Remedios procesales - Derecho de propiedad - Jurisprudencia constitucional - Inversión

Abstract: Based on the analysis of the jurisprudence of the United States Supreme Court and the Constitutional Court of Peru, as well as on our regulatory framework, the author analyzes different criteria to determine when we are dealing with an indirect expropriation situation, such as magnitude of the measure, reasonable expectation, State's benefit, lack of economic viability of goods, among others. Finally, after the indirect expropriation has been identified, he points out possible procedural remedies in order to safeguard the right of property which is essential in international investment law.

Keywords: Indirect expropriation - Procedural remedies - The right to property - Constitutional law - Investment

1. A modo de introducción

No hay duda de la trascendencia del derecho de propiedad en todo orden constitucional. Incluso puede ser parecido su entendimiento en los diferentes sistemas jurídicos. La globalización de ese entendimiento tiene como lógica consecuencia que se estandaricen también los tipos de afectaciones que suele padecer ese derecho⁽¹⁾. Las expropiaciones

(*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Diplomado en Derecho Procesal Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Universidad del Pacífico. Asociado de Miranda & Amado Abogados.

(1) Cfr. LANDAARROYO, César. *La globalización del derecho constitucional*. En: *Revista de Economía y Derecho*. Vol. 4. No. 16. Lima: UPC, 2007; pp. 57 y siguientes. En el sistema del *Common Law*, Watson planteó la idea (seguida por muchos,

Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y usos *Indirect expropriation. Justification, regimes, cases, criteria and uses*

indirectas son un buen ejemplo de ello. Este tipo de lesiones contra el derecho de propiedad fue ideado en el derecho norteamericano, pero en la actualidad se invoca en ordenamientos jurídicos tan distintos como el nuestro.

Una zonificación impide construir en determinado lugar. Otra medida prohíbe realizar actividades comerciales. Y otra impide modificar un inmueble en estado ruinoso. Con esas medidas el Estado procura, respectivamente, la protección de intereses públicos como el medio ambiente, la ordenación territorial y la protección de un bien histórico. Sin olvidar esos nobles propósitos, piénsese también en la situación que deberá soportar el titular del predio ubicado en el área de zonificación restringida, el titular de la licencia que le permita realizar las actividades comerciales ahora vedadas o el titular del inmueble ruinoso que no lo puede modificar para hacerlo habitable. Ninguno de ellos ha perdido los derechos de propiedad derivados de sus títulos. Pero, como consecuencia de las medidas estatales, su titularidad ahora es superflua, su derecho de propiedad es inútil al no poder explotar, usar o beneficiarse de sus bienes.

Esa privación indirecta o soterrada de los atributos esenciales de la propiedad o del valor del bien, es lo que se conoce como expropiación indirecta. Figura de origen extranjero que es recogida y aplicada en nuestro sistema jurídico.

La importación adecuada de ese instituto exige verificar cuán compatible es con nuestro Derecho. Para eso, al menos debemos saber el sentido que tiene en el sistema donde nació. Solo identificando las peculiaridades nativas del Derecho extranjero y del nuestro, evitaremos confusiones y trágicas incompatibilidades. Solo es admisible trasplantes de instituciones jurídicas en la medida que afinen y no entorpezcan el funcionamiento del sistema.

2. Nuestra jurisprudencia

Confesamos que a pesar de su enorme desarrollo en el derecho comparado, la primera vez que tuvimos noticias de la expropiación indirecta fue con motivo de un fallo, en específico de un fundamento de voto del ex magistrado del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), doctor César Landa, para la sentencia recaída en el proceso del amparo del Caso Shougang Hierro Perú S.A.A. contra la Municipalidad Provincial de Nazca (STC 1735-2008-AA, publicada el 13 de agosto de 2009).

Luego, el Instituto de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI), a través de su Sala de Defensa de la Competencia, conoció de un procedimiento sobre barreras burocráticas seguido por la Empresa de Transportes Turismo Huaral S.A. contra la Municipalidad Provincial de Huaral, donde dictó un precedente vinculante cuyo eje central fue precisamente la protección contra las expropiaciones regulatorias (Resolución 1535-2010, publicada el 3 junio de 2010). Como es obvio, a este precedente le han seguido muchos otros pronunciamientos del INDECOPI que lo aplican.

El 23 de mayo de 2011, el TC publicó la sentencia recaída en el proceso de amparo que tuvimos la oportunidad de patrocinar en defensa de Duke Energy Egenor Sociedad en Comandita por Acciones contra la Autoridad Autónoma de la Cuenca Hidrográfica de Santa

pero no exenta de críticas y moderaciones) de que el “trasplante jurídico” de una institución existente en un sistema hacia otro, ha sido el principal instrumento para la continua construcción, reconstrucción y explicación del Derecho en el mundo; pues aunque los “trasplantes” pueden tener significados y efectos distintos según el contexto, eso no sería un problema mayor, pues la difusión del derecho ha sido una constante en la humanidad lo que genera cierta homogeneidad en los ordenamientos jurídicos occidentales. WATSON, Alan. *Legal transplants. An Approach to Comparative Law*. Segunda edición. Georgia: University of Georgia Press, 1993; pp. 21 y siguientes. En el constitucionalismo continental, la idea más difundida de globalización constitucional se deriva del pensamiento de Haberle quien postula un nuevo método de estudio del derecho constitucional, considerándolo como un producto de la cultura, por lo que es trascendental recurrir al método de interpretación comparado de otras experiencias constitucionales. Propicia así, una toma de conciencia de que los valores constitucionales fundamentales son “esencialmente” coincidentes porque son parte de la misma cultura occidental. HABERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.



Raffo Velásquez Meléndez

- Ancash (STC 0834-2010-AA). El TC citó la decisión del INDECOPÍ como uno de sus fundamentos y ordenó reponer las cosas al estado anterior de la expropiación regulatoria o indirecta generada contra la empresa.

En el mismo año, el 7 de julio, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI) dictó Laudo en el arbitraje seguido por Tza Yap Shum contra Perú (Caso ARB/07/6). Entre otros argumentos, el Tribunal Arbitral consideró que el Perú contravino el Convenio de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito entre Perú y China al realizar la expropiación indirecta de la empresa TSG Perú S.A.C., de la cual el demandante (de nacionalidad china) era el accionista mayoritario.

En ese rubro, se debe recordar también que hace diez años un Tribunal del CIADI dictó un Laudo desestimando la demanda arbitral del ciudadano peruano Eudoro Armando Olguín contra Paraguay (Caso ARB/98/5). Allí, entre otras cuestiones, se discutió la existencia de una expropiación indirecta de inversiones peruanas, que contravendría el Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Perú-Paraguay.

Cuando escribíamos estas líneas, el 5 de abril de 2013 se publicó la sentencia del Caso Promotora Inmobiliaria Town House S.A.C. contra la Municipalidad Metropolitana de Lima (STC 00239-2010-AA) protegiendo contra la expropiación indirecta generada como consecuencia de una medida de protección ambiental y paisajista.

Además de los casos ya resueltos, actualmente hay en trámite al menos un amparo ante el TC y tres arbitrajes internacionales donde se discute la expropiación indirecta de inversiones.

En el TC defendemos un proceso de amparo iniciado por Soldexa S.A. contra la Municipalidad Distrital de Paracas (STC 3513-2012-AA) en donde se solicita tutela contra la amenaza de expropiación regulatoria generada como consecuencia de pretendidos cambios de zonificación para impedir el desarrollo de un proyecto industrial.

A nivel de arbitrajes internacionales, podemos citar el caso de The Renco Group, Inc. quien solicita tutela de su filial Doe Run Perú S.A. invocando el Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos. Alega que el incumplimiento de obligaciones estatales (limpieza de suelos contaminados) previstas en el contrato de privatización del complejo metalúrgico de La Oroya podría degenerar una expropiación indirecta de sus inversiones en el citado complejo. Solicita una indemnización de US\$ 800 millones⁽²⁾.

Gremcitel S.A.C. y Renee Rose Levy demandan al Perú, al amparo del Tratado de Inversiones Perú-Francia. Señalan que mediante licitación pública internacional compraron a la Municipalidad de Chorrillos doscientas hectáreas de terrenos con cinco kilómetros frente al mar, imponiéndosele la obligación de desarrollar un proyecto urbanístico. Contaban para ello con licencias de construcción, habilitación urbana y permisos del Instituto Nacional de Cultura. Sin embargo, luego esta entidad declaró que se trata de terrenos históricos y, por ello, que son intangibles, de manera que no pueden realizarse edificaciones ni mucho menos desarrollar el proyecto inmobiliario previsto. Ante ello, los demandantes alegan la existencia de una expropiación indirecta de sus terrenos, solicitando una indemnización de US\$ 1,500 millones⁽³⁾.

El tratado anterior también es invocado por Renee Rose Levy en su demanda contra el Perú donde alega la expropiación indirecta de sus derechos y acciones en el Banco Nuevo Mundo. Señala que la Superintendencia de Banca y Seguros actuó arbitrariamente al seguir un procedimiento donde dictó una medida cautelar

(2) Arbitraje Internacional *ad hoc*, bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("CNUDMI" o "UNCITRAL", por sus siglas en inglés).

(3) Caso CIADI No. ARB.11/17.

Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y usos *Indirect expropriation. Justification, regimes, cases, criteria and uses*

de intervención en administración que concluyó con la disolución y liquidación del citado banco. Solicita una indemnización de US\$ 2 mil millones⁽⁴⁾.

A pesar de lo interesante que puedan ser los argumentos que se discuten en los casos en trámite, la finalidad de estas líneas es analizar los criterios vertidos en los procesos ya decididos. Al respecto, para facilitar la lectura, nos referiremos a los fallos como los casos Shougang, Turismo Huaral, Duke Egenor, Tza Yap Shum, Eudoro Armando Olguín y Town House.

3. Nuestro marco normativo: reconocimiento como parte del derecho de propiedad

Los casos Tza Yap Shum, Eudoro Armando Olguín, The Renco Group Inc., Grencitel S.A.C. y Renee Rose Levy tomaron como base los Tratados suscritos por Perú con China, Paraguay, Estados Unidos y Francia, respectivamente. Esto evidencia la importancia de la expropiación indirecta en los arbitrajes internacionales de inversiones.

Precisamente es en los Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante, TBI o BIT por sus siglas en inglés) suscritos por el Perú con otros países, donde se regula la mutua protección que se deben a las inversiones de los nacionales de la contraparte contra las *expropiaciones indirectas* o contra medidas *equivalentes, de efectos similares o de efectos*

iguales a una expropiación o ante medidas que *priven indirectamente* de la propiedad⁽⁵⁾. Lo mismo ocurre con los Tratados de Libre Comercio (en adelante, TLC o TPA por sus siglas en inglés) suscritos por el Perú donde, además de referirse expresamente a las *expropiaciones indirectas* o a medidas equivalentes a la expropiación, se detallan los criterios que se deben tener en cuenta para detectar y aplicar este instituto⁽⁶⁾.

De hecho, en la actualidad el mayor desarrollo de esta temática se da a nivel del derecho internacional. Inversionistas extranjeros inician arbitrajes internacionales contra los Estados de acogida, alegando que contravienen un tratado de protección de la inversión extranjera al cometer expropiaciones indirectas contra su patrimonio⁽⁷⁾.

Aun cuando algunos TBI o TLC no brinden expresa protección contra las *expropiaciones indirectas*, eso no enerva la posibilidad del inversionista de solicitar tutela contra ellas. Ello porque el derecho de propiedad, que constituye un principio fundamental del derecho internacional de inversiones, exige tutela contra ese tipo de agresiones.

(4) Caso CIADI No. ARB.10/17.

(5) Cfr. las normas de los TBI suscritos por el Perú con Alemania (1997, Artículo 4), Argentina (1996, Artículo 4), Australia (1997, Artículo 7), Bolivia (1995, Artículo 5), Colombia (2010, Artículo 7), Ecuador (1999, Artículo 4), El Salvador (1996, Artículo 9), España (1996, Artículo 5), Francia (1996, Artículo 5), Italia (1995, Artículo 5), Japón (2009, Artículo 13), Malasia (1995, Artículo 5), Noruega (2012, Artículo 6), Países Bajos (1996, Artículo 6), Paraguay (1994, Artículo 6), Portugal (1995, Artículo 5), Reino Unido (1994, Artículo 6), República Checa (1995, Artículo 5), Rumania (1995, Artículo 4), Suiza (2011, Artículo 5), Tailandia (1993, Artículos 1, numeral 6 y 6, numeral 1), Unión Económica Bélgica-Luxemburgo (2008, Artículo 7) y Venezuela (1997, Artículo 5).

(6) Cfr. las normas de los TLC suscritos por el Perú con Canadá (2009, Artículo 812.3 y Anexo 812.1), Chile (2009, Artículo 11.10 y Anexo 11-D), Corea del Sur (2011, Artículo 9.12 y Anexo 9-B), Estados Unidos (2009, Artículo 10.7 y Anexo 10-B), México (2012, Artículo 11.12), Panamá (2012, Artículo 12.10 y Anexo 12.10), República Popular China (2010, Artículo 133 y Anexo 9) y Singapur (2009, Artículo 10.10 y Anexo 10-A).

(7) En algunos tratados el Perú ha pactado que las controversias sobre expropiaciones (y otras materias vinculadas con las inversiones) se ventilen en arbitrajes internacionales según reglas CIADI, UNCITRAL o reglas *ad hoc*. En pocos casos se ha pactado que la controversia se ventile ante el Poder Judicial del Estado que acoge la inversión, sin perjuicio de la posibilidad de iniciar un arbitraje de inversiones (tal opción en unos casos es subsidiaria, alternativa o excluyente). Cfr. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones y el acceso al arbitraje*. En: *Revista de Economía y Derecho*. Volumen 1. No. 2. Lima. Edición: UPC, 2004; pp. 33 y siguientes.



Raffo Velásquez Meléndez

Que los tratados internacionales protejan a los inversionistas extranjeros contra las expropiaciones indirectas no significa que solo ellos pueden invocar esa figura. También lo pueden hacer los inversionistas nacionales. Eso no solo en virtud del principio-derecho de igualdad (artículo 2, inciso 2, de la Constitución Política) sino porque expresamente el artículo 63 de la Constitución Política dispone que “la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones”⁽⁸⁾.

Los Decretos Legislativos 662 y 757 y el Decreto Supremo 162-92-EF recogen el marco legal de promoción y protección de las inversiones nacionales y extranjeras, pero no regulan a la expropiación indirecta. Para José Daniel Amado y Bruno Amiel⁽⁹⁾, basta con que esos dispositivos reconozcan al derecho de propiedad para que los inversionistas tengan protección contra las expropiaciones indirectas. Esa protección podrá solicitarse ante los órganos jurisdiccionales del Perú o ante un Tribunal Internacional (arbitral o jurisdiccional) cuestión que dependerá de la existencia de un Tratado que así lo prevea.

La posibilidad de que en proceso de amparo se obtenga tutela contra expropiaciones indirectas ha sido aceptada por el TC al señalar que:

“Si bien la Constitución no hace mención expresa relativa a la proscripción de las expropiaciones indirectas, lo que no significa que la Constitución las tolere, una interpretación constitucional válida lleva a concluir que toda vez que la

Constitución reconoce, respeta y protege el derecho de propiedad de los privados como parte del modelo de economía social de mercado al que se adscribe y al exigir la exigencia de un adecuado procedimiento expropiatorio que incluya un pago en efectivo de indemnización justipreciada para intervenir sobre la propiedad de privados, las expropiaciones indirectas se encuentran proscritas (...)” (Caso Town House, fundamento 12).

El razonamiento del TC es sencillo. El mero reconocimiento del derecho de propiedad, proscribire la expropiación indirecta. Más aún, la única forma legítima para privar de la propiedad es la clásica expropiación forzosa que exige un procedimiento previo y el pago de una compensación. Como eso no ocurre en la expropiación indirecta sometida al conocimiento del TC, se proscribire su uso.

Este breve recuento jurisprudencial y normativo evidencia la actualidad del tema y la importancia de comprender el sentido, alcance y usos de la expropiación indirecta. Llama la atención por eso que hayan pocos estudios al respecto⁽¹⁰⁾.

-
- (8) Un supuesto excepcional que restringe la inversión extranjera y no la nacional es el del artículo 71 de la Constitución que dispone: “dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido”. Esto no es una medida ilegítima contra la inversión extranjera, pues, como bien indica Dolzer, para que ello ocurra se debe analizar el marco jurídico del país anfitrión al momento de realizarse la inversión, pues “cada Estado tiene la facultad de establecer sus propias reglas de propiedad a las que se somete el extranjero cuando invierte”. DOLZER, Rudolf. *Indirect expropriations: new developments?* En: *Environmental Law Journal*. Volumen 11. New York University, 2002; p. 78. En sentido similar, el Tribunal CIADI de Tradex Hellas S.A. contra Albania (Caso ARB/94/2), estableció que si la ley prevé la privatización futura de ciertos bienes y en ese marco se invierte, el significado legal de esa conducta es que el inversionista acepta las implicaciones de la ley, por lo que no podrá considerarse afectado (párrafos 130-131). Por suerte, salvo el supuesto descrito, aquí la regla es que las inversiones nacionales y extranjeras se sujetan a iguales reglas.
- (9) AMADO, José Daniel y Bruno, AMIEL. *La expropiación indirecta y la protección de las inversiones extranjeras*. En: *Themis*. No. 50. Lima, 2005; p. 67.
- (10) *Ídem.*; pp. 59 y siguientes. PASQUEL, Enrique. *Tomando la propiedad en serio: Las expropiaciones regulatorias o indirectas*. En: IUS ET VERITAS. No. 31. Lima, 2005; pp. 114 y siguientes. CARRANO, Ítalo y Gonzalo BONIFAZ. *La protección de inversiones del Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos*. Lima: Ara - Universidad ESAN, 2011; pp. 257 y siguientes.

4. Delimitación de la idea de expropiación indirecta

No somos muy dados a ahondar en precisiones lingüísticas para referirnos a una institución jurídica, compartimos más las ideas de Appleton quien refiriéndose precisamente a las expropiaciones señala que “en esencia, si la rosa es roja o amarilla, huele igual de dulce bajo cualquier régimen jurídico”⁽¹¹⁾. Antes que la denominación, importa el sentido del instituto. Sin embargo, el escaso tratamiento del tema y los diferentes términos que suelen usarse, hacen necesarias algunas precisiones.

4.1. Orígenes y sentido de los *takings* y de la expropiación indirecta

La Quinta Enmienda (1791) de la Constitución de los Estados Unidos prevé que “(...) nor shall private property be taken for public use, without just compensation” (la propiedad no será tomada para utilidad pública, sin justa compensación). La primera confusión surge por la dificultad de traducir al castellano el término “taken”, siendo entendida como tomar la propiedad ajena, o privar de bienes, de manera que los *taking* suele asimilarse a una suerte de expropiación por el efecto privativo que generan⁽¹²⁾. Luego la XIV Enmienda (1868) precisó los alcances federales de esta medida al disponer que “(...) nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law” (ningún Estado privará a cualquier persona de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso).

El reconocimiento de la propiedad en la llamada cláusula de expropiación (Quinta Enmienda) y la cláusula del debido proceso (Décimo Cuarta Enmienda) hace que experimenten una suerte de fusión entre sí. La primera prohíbe la privación sin compensación y la segunda prohíbe la privación sin debido

proceso. El resultado: solo podrán aspirar a ser legítimas las privaciones (*takings*) con fines de utilidad pública que sigan un debido proceso y supongan una indemnización. Sin embargo, no siempre el remedio procesal es la indemnización, sino que también se opta por la eliminación o anulación de la medida, lo que dependerá de las circunstancias del caso.

Lo que la Constitución no hace expresamente, pero si la jurisprudencia de la Corte Suprema, es identificar al poder de dominio eminente y al poder de policía. El primero se identifica con nuestra clásica expropiación forzosa. El segundo con el poder para dictar medidas destinadas a proteger la salud, seguridad, moral o bienestar general. Puede ocurrir, sin embargo, que esas medidas incidan excesivamente en la propiedad, lesionándola. En ese caso no estaríamos ante el ejercicio del poder de policía, sino ante un *taking* que luego será entendida como expropiación indirecta. Llama la atención que a diferencia de nosotros, en el derecho norteamericano toda limitación excesiva de la propiedad será vista como expropiación indirecta. Esto se explica por el distinto espíritu que subyace en uno y otro sistema constitucional.

Para nosotros la propiedad incluye un complejo marco de situaciones jurídicas activas y pasivas que, de un lado, permiten el uso, disfrute o disposición de bienes, pero, de otro lado, obligan a ejercer esos atributos conforme al bien común, como lo prevé el artículo 70 de

(11) APPLETON, Barry. *Regulatory Takings: The International Law Perspective*. En: New York University Environmental Law Journal. Volumen XI. 2003; p. 48.

(12) Son pertinentes las siguientes palabras del Tribunal Arbitral de Reclamaciones de Inversiones entre Irán-Estados Unidos: “The Tribunal prefers the term ‘deprivation’ to the term ‘taking’, although they are largely synonymous, because the latter may be understood to imply that the Government has acquired something of value, which is not required”. (El Tribunal prefiere el término “privar” al término “tomar”, aunque son en gran medida sinónimos, porque este último puede entenderse que implica que el gobierno ha adquirido para sí algo de valor, lo que no es necesario) para estar ante una expropiación indirecta. Caso Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton (TAMS) contra el Gobierno de la República Islámica de Irán, Laudo No. 141-7-2 del 22 de junio de 1984, p. 225.



Raffo Velásquez Meléndez

nuestra Constitución⁽¹³⁾. Por tanto, las limitaciones a ciertos usos de la propiedad no contradicen su contenido, sino que forman parte de ella. Lógicamente, si tal limitación es excesiva, constituirá una invasión ilegítima de la propiedad.

El englobe de situaciones activas y pasivas en la propiedad no se da en los Estados Unidos donde solo hay *derecho* y no función social que impongan obligaciones en su contenido. Todas las limitaciones son cosas externas a su contenido que corresponden al poder de policía que es un asunto diferente a la propiedad⁽¹⁴⁾. Por eso es que toda medida que exceda el poder de policía e incida sobre la propiedad no es vista como una limitación que forme parte de su contenido, sino como una privación o *taking* sin más.

Como bien resalta Sax, si las medidas de policía permiten limitar la propiedad, para que esa medida sea considerada

excesiva debe limitar a un punto que haga significativamente grave la lesión a la propiedad⁽¹⁵⁾. Además, en el derecho norteamericano se tiene una deferencia casi superlativa hacia el poder de policía por lo que puede llegar más lejos al limitar la propiedad. Esto en virtud del clásico principio de inmunidad del soberano, motivo por el cual “en los Estados Unidos existe una enorme reticencia de los tribunales, federales y locales, en particular, de la Corte Suprema, a admitir la responsabilidad del Estado”⁽¹⁶⁾.

En ese marco constitucional se puede apreciar por qué solo las medidas que sean significativamente excesivas calificarían como *taking*. De ahí no hay que recorrer mucho

-
- (13) En similar sentido, el Tribunal Constitucional español señala que “la fijación del ‘contenido esencial’ de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a este subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes” (TC español, STC 37/1987, del 26 de marzo, fundamento 2).
- (14) De manera resumida Muñoz Machado señala: “(...) en Estados Unidos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene firmemente la distinción entre *regulation*, que comprende todas las medidas generales de delimitación o limitación de derechos, de supervisión, inspección sobre su ejercicio y de garantía de los intereses generales, y *taking*, concepto que engloba las medidas que no regulan derechos porque consisten justamente en liquidarlos, atacarlos singularmente, sustraerlos de la disponibilidad particular de su titular. La diferencia tiene una significación jurídica principalísima, que se manifiesta de dos maneras principales: no es posible una operación que implique *taking* sin seguir el *due process*, esto es las garantías constitucionales de carácter procedimental que aseguran los derechos frente a las acciones del poder público; y, de otra parte, frente a las medidas de *regulation*, las inmisiones que consisten en *taking* llevan consigo necesariamente la correspondiente compensación económica”. MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General - La actividad administrativa*. Tomo IV. Madrid: Iustel, 2011; pp. 837-838.
- (15) SAX, Joseph. *Takings, Private Property and Public Rights*. En: Yale Law Journal, Volumen LXXXI, Número 2, 1971, pp. 149 y siguientes.
- (16) Con abundantes citas de jurisprudencia norteamericana sobre el poder de policía y responsabilidad del Estado. Véase: BIANCHI, Alberto. *Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo – Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos*. Primera Parte. En: *El Derecho*. Número 184. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina, 1999; pp. 900 y siguientes. De otro lado, al unísono Coviello y Maqueda hacen referencia a los casos Block contra Hirsch (1921), Berman contra Parker (1954), Hawaii Housing Authority contra Midkiff (1984) y Kelo contra City of New London (2005) para evidenciar el nivel de deferencia al poder de policía en los Estados Unidos, concesiones que ciertamente serían difíciles de admitir en nuestros sistemas constitucionales. Cfr. COVIELLO, Pedro. *Dominio eminente y limitaciones a la propiedad en el derecho argentino y norteamericano*. En: *Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público*. Buenos Aires: Universidad Austral, 2001; pp. 505 y siguientes. MAQUEDA, Santiago. *La ‘utilidad pública’ en la expropiación argentina y el public use en los takings norteamericanos. Comparación de su alcance y estándares de revisión en la jurisprudencia*. En: *El Derecho - Diario Administrativo*, 2011; pp. 1 y siguientes.

Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y usos *Indirect expropriation. Justification, regimes, cases, criteria and uses*

camino para concluir, como lo hace derecho norteamericano, que todas las limitaciones a la propiedad encubren una expropiación indirecta.

Ya en 1922 la Corte Suprema advertía esta situación en el caso *Pennsylvania Coal Co. contra Mahon*. El recordado Oliver Wendell Holmes (en mayoría) sentenciaba:

“La regla general es, al menos, que mientras la propiedad puede ser regulada a cierto punto, si esta regulación va demasiado lejos, será reconocida como una expropiación. (...) En general no es común que las desgracias del hombre o sus necesidades vayan a justificar que transfiera estos daños a los hombros de su vecino. Estamos en peligro si nos olvidamos que el fuerte deseo público de mejorar la condición pública no resulta suficiente para garantizar la obtención de este deseo, mediante un atajo distinto a la vía constitucional de pagar por ese cambio”⁽¹⁷⁾.

A diferencia del derecho norteamericano, nuestra visión del derecho de propiedad hace que en su contenido se incluya a ciertas limitaciones necesarias para el bien común. Por ello es que solemos distinguir entre limitaciones legítimas y limitaciones ilegítimas que pueden ser de diferentes grados. Esto último debido a que en nuestro sistema no damos grandes concesiones al poder estatal que está sujeto a varios límites. De ahí que se pueda fiscalizar tanto las lesiones leves como graves contra la propiedad. Evidentemente, en nuestro sistema, la expropiación indirecta estará dentro de este último grupo.

Las diferencias advertidas de ningún modo nos deben llevar a concluir que se deben descartar el traslado de las ideas norteamericanas sobre expropiación indirecta a nuestro sistema. Al contrario, justifican por qué esa figura debe ser incorporada en nuestro sistema dentro de un tipo

especial de afectaciones graves. Los criterios desarrollados en aquel sistema servirán como el complemento necesario para evitar incongruencias, analizar y resolver los casos de expropiación indirecta que se vienen configurando en nuestro Derecho⁽¹⁸⁾.

4.2. Regulación de la expropiación indirecta en nuestros tratados

El derecho de inversiones, influenciado directamente por el derecho norteamericano, progresivamente ha dado lugar a que los tratados de inversiones reconozca la necesidad de tutela contra las expropiaciones indirectas. Así se hace en los BIT de Perú con Alemania, Argentina, Australia, Bolivia, Colombia, Ecuador, El Salvador, España, Francia, Italia, Japón, Malasia, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Suiza, Tailandia, Unión Económica Belgica-Luxemburgo y Venezuela⁽¹⁹⁾.

Son más precisos aún los TLC suscritos con Canadá, Chile, Corea del Sur, Estados Unidos, México, Panamá, República Popular China y Singapur⁽²⁰⁾ donde además de proscribirse la expropiación indirecta, se establecen pautas para su identificación. Incluso, adoptando las reglas constitucionales norteamericanas (Quinta y Decimocuarta Enmiendas) consideran que las expropiaciones indirectas podrán ser legítimas si con la medida lesiva se busca satisfacer intereses públicos, se sigue un debido proceso y se prevé el pago de una indemnización.

(17) 260 (U. S.) 393.

(18) Draeger señala que las diferencias que existen entre ambas nociones propiedad pueden llegar a ser irrelevantes. Advierte que aunque la Constitución de los Estados Unidos no impone la obligación social de incorporar límites en el contenido del derecho de propiedad, en la práctica la capacidad del poder de policía gubernamental para regular la propiedad enfrenta los mismos límites que la función social del derecho de propiedad en el Civil Law. DRAEGER, Tonya. *Property as a Fundamental Right in the United States and Germany: A Comparison of Takings Jurisprudence*. En: *Transnational Lawyer*. Volumen 14. California: 2001; p. 393.

(19) Supra nota 5.

(20) Supra nota 6.



Raffo Velásquez Meléndez

Coincidentemente, estas últimas exigencias son las mismas garantías que impone nuestro constituyente para los casos de expropiación forzosa.

Surge, entonces, una interrogante de tipo conceptual. Vista la definición que hacen los tratados internacionales ¿es necesario seguir diferenciando entre la expropiación forzosa prevista en la Constitución Política y la expropiación indirecta recogida en nuestros tratados internacionales?

4.2.1. Justificación de dos regímenes de expropiación indirecta
Antes de responder a esa interrogante planteadas se debe hacer mención a los regímenes de proscripción de las expropiaciones indirectas.

Como vimos, el texto constitucional norteamericano permite las expropiaciones indirectas que persigan fines públicos, respeten el debido proceso e impongan una indemnización. Además, la doctrina norteamericana desarrollo también otras justificaciones que permiten arribar a la conclusión de que es necesario admitir ciertas expropiaciones indirectas.

Supongamos que se dicta una medida restrictiva e incluso lesiva del derecho de propiedad, pero que tiene la particularidad de perseguir verdaderos fines públicos ¿se debe renunciar a la medida anulándola o se debe mantener si se paga una indemnización por la lesión generada a la propiedad? Lo primero supone que la sociedad pierda el beneficio general que buscaba provocar la medida, lo segundo permitiría, a la vez, conservar aquel beneficio y dejar sin daño al particular. La respuesta es evidente. Por lo que se deben mantener

expropiaciones indirectas que persigan fines públicos e impongan una indemnización.

A la misma conclusión se llega si se parte del principio de igual reparto de cargas públicas. Un privado no tiene el deber de soportar solo una medida destinada a beneficiar a todos, por lo que se exige que todos los beneficiados (representados en el Estado) asuman el costo de la medida, pagando la indemnización que corresponda. Como dice Epstein, la idea es evitar que se cree “una situación en la cual aquellos que proponen un impuesto o regulación disfruten de más beneficios, mientras que el resto asuma los costos que excedan de estos beneficios”⁽²¹⁾. Por ende, para evitar tamaña injusticia al particular y mantener la medida estatal que persigue fines legítimos, se debe indemnizar al afectado.

Igual ocurre con el punto de vista del análisis económico. Si el Estado tiene un margen abierto para regular podrá obtener derechos de propiedad de gran valor que en otras circunstancias no estaría dispuesto a pagar. Podrá destinar bienes a usos públicos como la preservación de la vida salvaje, espacios naturales o espacios abiertos, sin pagar, bastándole con dictar medidas que limiten todos o casi todos los atributos de las propiedades existentes en esas zonas.

(21) EPSTEIN, Richard. *Imposición, regulación y confiscación*. En: *Revista de Economía y Derecho*. Volumen I. Número 1, 2004. Lima: UPC; p. 48. A nivel de la Corte Suprema el tantas veces citado Juez Holmes ya establecía en 1922 con bastante claridad que:

“En general no es común que las desgracias del hombre o sus necesidades vayan a justificar que transfiera estos daños a los hombros de su vecino (...). Estamos ante un peligro si olvidamos que el fuerte deseo estatal de mejorar la condición pública no resulta suficiente para garantizar la obtención de este deseo, mediante un atajo distinto a la vía constitucional de pagar por ese cambio (...) la cuestión de fondo es sobre quien deben recaer las pérdidas de los cambios deseados” (260 U.S. 393).

Una muestra de que la actualidad de este criterio nos la da un Tribunal CIADI con ocasión del arbitraje de inversiones iniciado por Compañía de Desarrollo de Santa Elena S.A. contra Costa Rica donde se señala:

“Las medidas de efectos expropiatorios -no importa cuán loable sea para el medio ambiente y beneficiosa para la sociedad en su conjunto- son iguales a cualquier otra medida de expropiación que adopta un Estado para poner en práctica sus políticas: cuando la propiedad se expropiada, incluso con fines ambientales, ya sea nacional o internacional, la obligación del Estado de indemnizar sigue existiendo” (Case No. ARB/96/1, Laudo final del 17 de febrero del 2000, párrafo 69).

Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y usos *Indirect expropriation. Justification, regimes, cases, criteria and uses*

“Para prevenir esta conducta oportunista en casos donde se elimina por completo el valor económico [del bien], la opinión [del Juez Supremo] Scalia es que dichas regulaciones son compensables bajo la cláusulas de expropiaciones”⁽²²⁾. En otras palabras, para desincentivar la existencia de medidas estatales que generen expropiaciones indirectas, aquellas deben dar lugar a una indemnización. Si le cuesta el Estado, entonces valorará antes si vale la pena la medida⁽²³⁾.

En conclusión, si una medida estatal invade la propiedad, la mejor medida es exigir al Estado que pague por los daños ocasionados. Sin embargo, la propuesta debe ser ponderada. El Juez Holmes para el caso *Pennsylvania Coal Co. contra Mahon* ya señalaba que:

“Difícilmente el Estado podría funcionar si debe pagar toda disminución de valor de una propiedad producida por cambios legales (...) algunos activos son disfrutados bajo una limitación implícita y deben ceder al poder de policía. Pero obviamente la limitación implícita debe tener límites o las cláusulas de contratos y del debido proceso se eliminarían. Un factor a considerar al momento de determinar esos límites consiste en la extensión de la disminución. Cuando alcanza cierta magnitud, en casi todos los casos, o en todos, debe ejercerse el dominio eminente y compensarse para mantener la validez de esa ley. La cuestión depende de los hechos particulares. Tendrán preferencia los criterios del legislador, aunque se deja abierto a los interesados sostener que la legislatura fue más allá de su poder constitucional⁽²⁴⁾”.

Por tanto, debemos concluir junto a Ulen que “la política adecuada a las expropiaciones regulatorias es el de compensar a veces, pero no siempre. Apartarse demasiado lejos en la dirección de las ‘soluciones de esquina’ de compensar o no compensar siempre induce a ineficiencias por parte de los gobiernos y de particulares (...)”⁽²⁵⁾. Definir cuándo sí y cuándo no, es lo que trataremos de averiguar.

Resumiendo, las medidas de efectos expropiatorios contra la propiedad que persiguen fines públicos deberían tener la opción de contar con una indemnización como remedio. Para ello se debe permitir al Estado evaluar el costo que generará cierta medida (costo materializado en la indemnización a pagarse) con respecto al beneficio general esperado. Es decir, debe tener la opción de evaluar si vale la pena o no emprender su proyecto⁽²⁶⁾. Negar esa posibilidad al Estado puede cortar el desarrollo general.

En contrapartida, si no es posible identificar un fin público en la medida estatal, el único remedio procesal posible es la eliminación de la medida. Acá de ningún modo habrá opción de mantener la medida con el pago de una indemnización.

(22) FISCHER, William A. *Expropiaciones y elección pública: la persuasión del precio*. Traducción de Enrique Pasquel. En: *Themis*. Número 48. Lima: PUCP, p. 121.

(23) Si nunca se compensaran los daños por expropiaciones indirectas, se generarían dos ineficiencias. El gobierno regularía en exceso. No asumiría costo alguno. Estos serán interiorizados en unos cuantos privados, pues, como señala Pasquel que “si los funcionarios públicos -para llevar adelante un determinado proyecto- pueden elegir entre expropiar (lo cual les cuesta) y regular (lo cual les sale gratis), es esperable que escojan lo segundo”. Lo que sigue es que los propietarios invertirán menos en mejorar sus bienes. Si ante eventuales expropiaciones indirectas, deben asumir la totalidad de las pérdidas generadas, entonces lo mejor es perder poco. Comenta Ulen que “como la mayoría de los propietarios son reacios al riesgo, serán reacios también a incurrir, ante una pérdida potencial, a hacer grandes inversiones en su propiedad, cuyo valor [aumentado] se puede perder bajo este régimen”. Cfr. PASQUEL. *Óp. cit.*; p. 116. ULEN, Thomas. *Regulatory takings - law, economics, and politics - Fischer, W.A.* En: *Law & Social Inquiry*. Volumen 22, Issue 4. American Bar Foundation - University of Chicago Press, 1997; p. 1018.

(24) 260 (U. S.) 393.

(25) *Ídem.*; p. 1020.

(26) FISCHER, William A. *Óp. cit.*; p. 122.



Raffo Velásquez Meléndez

En conclusión, se deben admitir aquellas medidas de expropiación indirecta que persigan finalidades públicas y supongan el pago de una indemnización. Para asegurar que una y otra concurren es necesario, además, que la medida se adopte respetando el derecho al debido proceso del eventual afectado. Esta es la razón por la cual nuestros tratados y la doctrina generalizada de las expropiaciones indirectas, admiten dos regímenes de proscripción posible. Uno relativo (cuando hay fines públicos, debido proceso e indemnización) y otro absoluto (cuando no ocurren aquellos requisitos).

4.2.2. Admisibilidad constitucional de dos regímenes de expropiación indirecta

Parece que nuestro TC considera que la expropiación indirecta solo puede ser considerada como una intervención ilegítima en la propiedad, en cuyo caso solo cabe un régimen de proscripción absoluta. Esto significaría que el único remedio procesal posible es la eliminación de la medida acusada de expropiatoria y no la indemnización. Citamos:

“Si bien la Constitución no hace mención expresa relativa a la proscripción de las expropiaciones indirectas, lo que no significa que la Constitución las tolere, una interpretación constitucional válida lleva a concluir que toda vez que la Constitución reconoce, respeta y protege el derecho de propiedad de los privados como parte del modelo de economía social de mercado al que se adscribe y al exigir la exigencia de un adecuado procedimiento expropiatorio que incluya un pago en efectivo de indemnización justipreciada para intervenir sobre la propiedad de privados, las expropiaciones indirectas se encuentran proscritas (...)” (Caso Town House, fundamento 12⁽²⁷⁾).

De acuerdo con esto, como se lesiona el derecho de propiedad, entonces se debe prohibir las expropiaciones indirectas. Más aún porque estas no siguen un proceso expropiatorio adecuado ni pagan un justiprecio, como sí ocurre con las expropiaciones forzosas. Es por ello que en los casos Shougang, Duke Energy, Soldexa y Town House, el Tribunal elimina la expropiación indirecta, reponiendo las cosas al estado anterior a su ocurrencia y de ningún modo sugiere una indemnización como remedio procesal ante la lesión ocurrida.

Es claro que el TC solo se pronuncia por aquellas expropiaciones indirectas que son ilegítimas por no respetar el derecho de propiedad, el debido proceso y la indemnización (nosotros añadiríamos que no siguen una finalidad pública). Sin embargo, implícitamente el fallo del TC no desestima el régimen de expropiaciones indirectas legítimas donde sí concurren fin público, debido proceso e indemnización.

La única condición adicional que se deriva de la decisión del TC es que esas expropiaciones indirectas no lesionen el derecho de propiedad. Precisamente el respeto de ese derecho es asegurado con la exigencia de indemnización.

Los derechos constitucionales son irrenunciables, por lo que una expropiación indirecta legítima no privaría de la titularidad del derecho de propiedad. Lo único que afecta es la facultad del propietario sobre el bien o los beneficios esperados de este. Aunque la expropiación indirecta haga que la titularidad sobre cierto bien devenga en inútil, eso no eliminará el derecho constitucional de propiedad. Lo que ocurre es que este ahora recaerá sobre un bien distinto, sobre el justiprecio. No hay contradicción entre el respeto del derecho de propiedad y la aplicación de una expropiación indirecta sobre los bienes objeto de ese derecho. La aparente contradicción se debe a la confusión entre titularidad sobre el bien y titularidad sobre el derecho constitucional. Esta última nunca se pierde. El afectado sigue siendo titular del derecho de propiedad que ahora protege bienes distintos pero de igual valor económico. Y es que los bienes, las facultades o beneficios perdidos por la expropiación indirecta se transforman en un único bien: el justiprecio.

(27) Este criterio es una reiteración del Voto Singular (fundamento 31) del doctor César Landa para el Caso Shougang.

Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y usos

Indirect expropriation. Justification, regimes, cases, criteria and uses

Por tanto, nuestro sistema constitucional admite expropiaciones indirectas ilegítimas y expropiaciones indirectas legítimas. En esta última concurren un fin público, el debido proceso e indemnización. Si no se cumple con ninguno de los requisitos antes indicados, nuestro sistema constitucional impone un régimen de proscripción absoluta de la expropiación indirecta. En cuyo caso, el remedio procesal solo puede ser la eliminación de la medida que invade ilegítimamente la propiedad.

4.3. La clásica expropiación forzosa contra la expropiación indirecta

Si la expropiación indirecta legítima (fin público, debido proceso y justiprecio) incorpora garantías propias de la clásica expropiación forzosa ¿debemos seguir diferenciándolas?

La expropiación forzosa debe cumplir con las exigencias del artículo 70 de la Constitución: (i) reserva de ley; (ii) *ratio expropriandi*; (iii) indemnización justipreciada; y, (iv) proceso expropiatorio. Lo primero exige que una Ley, de modo indubitable, declare el propósito de expropiar y la finalidad pública perseguida. La Ley debe ser previsible en su contenido y justificación. Lo segundo garantiza que la expropiación no sea una mera traslación de bienes. Lo relevante es la finalidad pública perseguida. El despojo solo se justifica cuando es necesario remover el *status quo* para alcanzar una finalidad pública. Lo tercero garantiza que el expropiado se mantenga en la misma situación patrimonial antes y después del despojo, no se enriquece ni empobrece. Lo último asegura que la transferencia solo sea efectiva mediante un acto voluntario o, en su defecto, por mandato de un juez, quien verifica que se cumplan las garantías antes mencionadas y asegura un debido proceso⁽²⁸⁾.

Expropiación forzosa y expropiación indirecta legítima se sujetan a similares condiciones, salvo por el hecho de que en las primeras la afectación solo puede ser decretada por

leyes. En cambio, en las segundas, la lesión puede provenir de ese u otro tipo de normas o actos estatales. Lo relevante allí es que la medida estatal genere el efecto de privación de la propiedad. Por tanto, el requisito de reserva de ley exigido en las expropiaciones forzosas no siempre se cumple en las expropiaciones indirectas.

De acuerdo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), este último requisito tiene un contenido más sustantivo que formal. Esto significa que lo importante no es el tipo de norma que se exige sino la *calidad* de la norma que genera la expropiación. La norma expropiatoria debe cumplir con dos requisitos esenciales: accesibilidad y previsibilidad⁽²⁹⁾. Lo primero tiene que ver con el carácter cognoscible de la norma y lo segundo con la precisión que debe tener sobre la voluntad de generar una expropiación⁽³⁰⁾. La previsibilidad tiene que ver con la claridad del texto de la Ley, con el carácter inteligible de su regulación y de sus alcances, de manera que pueda preverse qué autoriza, qué proscribe o qué consecuencias genera.

No es posible trasladar este requisito a las expropiaciones indirectas que precisamente se caracterizan por tratarse de afectaciones a la propiedad soterradas o encubiertas. No podrá cuestionarse una expropiación indirecta porque la medida normativa en cuestión no cumple con el requisito de ser clara y previsible en cuanto a sus propósitos expropiatorios. Reisman y Sloane mencionan que:

(28) Cfr. VELASQUEZ, Raffo. *Notas para una teoría general de garantías en la expropiación forzosa*. En: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. No. 5. Lima: Nueva Época, 2012; pp. 35 y siguientes.

(29) Casos Brinotti c. Italia, párrafo 80 y James c. Reino Unido, párrafo 67.

(30) Caso *The Times Sunday c. Reino Unido*, párrafo 49. Este criterio es especificado luego por el mismo TEDH señalando que con ello se buscó resaltar que "el grado de precisión que se exige a la 'ley' depende de la materia de que se trate (...). Por tanto, la ley debe determinar el alcance y las modalidades del ejercicio de dicha facultad [que incide sobre los derechos fundamentales] con suficiente claridad -teniendo en cuenta la legítima finalidad que se persigue- para facilitar así al individuo la adecuada protección contra la arbitrariedad" (Sentencia Malone c. Reino Unido, párr. 68).



Raffo Velásquez Meléndez

“En resumen, los tribunales internacionales, los juristas y estudiosos aprecian que los estados pueden realizar expropiaciones de formas que sigan los cauces oficiales; de hecho, a menudo usan formas que pueden encubrir la conducta expropiatoria con un barniz de legitimidad. Por esta razón, los tribunales aceptan cada vez más que la expropiación debe ser analizada más en función de sus consecuencias que según términos formales. Lo que importa es el efecto de la conducta gubernamental -ya sean acción, abuso u omisión, o una combinación de los tres- en los derechos de propiedad o en el control sobre una inversión, no es relevante si el estado promulga un decreto oficial o si expresamente proclama su intención de expropiar”⁽³¹⁾.

Visto ese escenario, se aprecia que las expropiaciones forzadas y las expropiaciones indirectas legítimas se acercan mucho en cuanto a las garantías que incorporan, pero no del todo. No son figuras idénticas *en cuanto a su contenido*, pues una supone la pérdida de titularidad sobre el bien y la otra no. Una debe expresar el propósito directo de expropiar, el otro se caracteriza porque sus fines expropiatorios son soterrados o indirectos. Pero *sí son figuras idénticas en cuanto a su objetivo final* que es proteger el derecho de propiedad, por lo que, en la medida de lo posible, las garantías de finalidad pública, debido proceso e indemnización, expresen el mismo contenido en ambos casos.

Ahora bien, con respecto al caso de las expropiaciones indirectas ilegítimas, estas solo se parecen a la expropiación forzada en cuanto al uso del término *expropiación*, pues no incorporan ninguna de las garantías de esta última.

En sus inicios, el término *regulatory taking* fue traducido como *expropiación regulatoria*, *expropiación indirecta* o *expropiación de facto*. En cada caso, el uso del término *expropiación* (indebida traducción de la palabra *taking*) solo pretendía poner énfasis en los efectos de privación o reducción significativa de los atributos esenciales de la propiedad. Por eso, más allá de los fines explicativos, es inadecuado usar el término *expropiación* indirecta para estos casos⁽³²⁾. Esto explica por qué los tratados optan por usar frases como medidas *equivalentes*, *de efectos similares* o *de efectos iguales* a una expropiación”.

En todo caso, este uso de la palabra “expropiación” prueba que la clásica expropiación forzosa suele ser vista como una privación del derecho de propiedad. El mismo TC señala que a la expropiación “se le debe entender como una potestad del Estado de la privación de la titularidad de ese derecho [de propiedad] contra la voluntad de su titular” (STC 0864-2009-AA, fundamento 21). En realidad ocurre lo contrario. Vimos que es posible privar de un bien, sin que eso signifique privar de la titularidad del derecho constitucional. En casos de expropiación con justiprecio, lo que se priva es el bien y no el derecho. Este seguirá existiendo solo que ahora recaerá sobre un bien distinto, sobre el justiprecio. Por eso es errado entender a

(31) REISMAN, W. Michael y Robert D. SLOANE. *Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation*. En: *British Yearbook of International Law*. Volúmen 74. Oxford University Press, 2004; p. 121.

(32) Señala Hoffmann que el uso del término expropiación supone un “enfoque que indica una resistencia a renunciar a un paradigma del derecho desarrollado en el contexto de las expropiaciones directas, a pesar que en los hechos esa forma legal sufrió entretanto un cambio”. HOFFMANN, Anne K. *Indirect Expropriation*. En: REINISCH, August. *Standards of Investment Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2008; p. 152. Por su parte, Fortier y Drymer señalan que: “Esas frases tienen el propósito de describir la idea muy real de la expropiación, no tanto como un acto per se, singular y directo, sino como un proceso que, a pesar que puede estar destinada a otros objetivos de regulación, totalmente legítimos, no implica una única medida de expropiación directa, pero tiene el efecto, a menudo grado a grado, de privar propietario de los derechos fundamentales de sus bienes”. FORTIER, L. Yves y Stephen L. DRYMER. *Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor*. En: ICSID - Review Foreign Investment Law Journal. Volúmen 19. Washington: 2004; p. 294.

Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y usos *Indirect expropriation. Justification, regimes, cases, criteria and uses*

la expropiación forzosa como mera privación del derecho de propiedad, cuando en realidad está pensada para ser garantía de la propiedad al exigir un justiprecio.

En resumen, expropiación forzosa y expropiación indirecta legítima comparten la finalidad de proteger la propiedad, por lo que las garantías en las que coinciden deben tener un mismo contenido, en la medida de lo posible. En cambio, la expropiación indirecta ilegítima no se parece en nada a la expropiación forzosa.

4.4. ¿Qué expropiación indirecta importamos? La doctrina del único efecto

A diferencia del derecho norteamericano, en el derecho peruano la expropiación indirecta no es la fuente de donde emanan todos los tipos de lesiones sobre la propiedad. Solo califican como expropiaciones indirectas las lesiones graves a la propiedad caracterizadas por ocasionar un efecto privativo similar a la expropiación forzosa. Al menos así lo reconocen los tratados suscritos por el Perú cuyas normas forman parte de nuestro derecho interno.

Ese efecto lesivo debe caracterizarse por hacer significativamente inútil o sin valor a la propiedad, es decir, la privación debe al menos generar una consecuencia similar a la que produce la clásica expropiación forzosa. Y es que los TLC suscritos con Canadá, Chile, Corea del Sur, Estados Unidos, México, Panamá, República Popular China y Singapur⁽³³⁾ mencionan por igual que *el hecho que una medida o serie de medidas estatales tenga un efecto adverso sobre el valor de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido*. El efecto de

privación, inutilización o eliminación de la propiedad que genera la medida estatal es el criterio más importante (a veces el único) para detectar a las expropiaciones indirectas, lo que Dolzer bautizó como doctrina del *único efecto*⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾.

Nuestros TLC recogen los criterios de la jurisprudencia internacional sobre inversiones extranjeras donde se comparte esta diferenciación: *Si una invasión desproporcionada contra la propiedad del inversionista, no hace inútil o reduce significativamente el valor del bien, no será una expropiación indirecta. Por tanto, no merecerá tutela bajo el tratado que recoja esa figura*. Veamos:

En el Caso Pope & Talbot contra Canadá, la empresa demandante (de Estados Unidos) tenía una filial canadiense que fabricaba y exportaba madera blanda a los Estados Unidos, exportaciones que fueron limitadas por una medida dictada por Canadá. De modo similar, en el Caso S.D. Myers contra Canadá, la demandante tenía una filial en Estados Unidos autorizada por esta para exportar desde Canadá desechos tóxicos a fin de ser tratados en su planta de Ohio. Canadá dictó una medida provisional de suspensión de esas exportaciones para determinar si existía afectación al medioambiente conforme al Convenio de Basilea. Tanto en Pope & Talbot⁽³⁶⁾

(33) Supra nota 6.

(34) Señala este autor que: "Nadie puede seriamente dudar que la severidad del impacto sobre la situación jurídica y práctica en la capacidad del propietario para usar y disfrutar de su propiedad, sea el factor central para determinar si una medida estatal tiene efectos expropiatorios". DOLZER, *Indirect expropriations*, p. 79.

(35) El derecho internacional de inversiones sigue esta línea, pues los tribunales internacionales solo otorgan tutela contra las expropiaciones indirectas, de modo que los otros tipos de lesiones a la propiedad no están protegidos en esas instancias. Salvo que, junto a esa lesión, se alegue la vulneración de principios como el de nivel mínimo de trato, trato nacional, nación más favorecida, entre otros. Cfr. CARRANO, Ítalo y Gonzalo BONIFAZ. *La protección de inversiones del Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos*. pp. 157 y siguientes. El texto clásico en esta materia es el de DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Principles of international investment law*. Oxford: Oxford University Press, 2008; pp. 119 y siguientes.

(36) "(...) el Tribunal no considera que esas medidas reguladoras constituyan una injerencia sustancial en las actividades comerciales como para ser caracterizadas como una expropiación en virtud del derecho internacional de la inversión (...).



Raffo Velásquez Meléndez

como en SD Myers⁽³⁷⁾, los Tribunales Arbitrales que aplicaron el TLC Estados Unidos-Canadá consideraron que el régimen de control de las exportaciones efectivamente afectaba la propiedad, pero que no era de una magnitud tal que llevara a constituir una medida equivalente a la expropiación. Esto porque no se trataba de una *afectación sustancial* y porque no hubo una *disminución significativa del valor* de las empresas, lesiones que en la práctica eliminaran el sentido de tener la propiedad sobre cierto bien⁽³⁸⁾.

Una decisión que hace más evidente la diferencia que pretendemos transmitir fue plasmada en el Caso Técnicas Medioambientales (TECMED) contra México. El Tribunal CIADI estableció que el grado de interferencia de una medida con los derechos de propiedad debe elevarse al nivel de *privación radical* para ser considerada como una expropiación indirecta. Permitásenos la extensa cita:

“115. Para establecer si la Resolución constituye medida equivalente a una expropiación bajo los términos del artículo 5(1) del Acuerdo, es necesario determinar, en primer término, si en razón de la Resolución la Demandante se vio privada, de manera radical, de la utilidad económica de su inversión, como si los derechos relativos a ésta, por ejemplo, la percepción o goce de los beneficios asociados con el

Confinamiento o su explotación, hubiesen cesado. Es decir, si a raíz de actuación atribuible a la Demandada, los bienes en cuestión han perdido valor o utilidad para quien se beneficia de los mismos, y en qué medida. Esta determinación es importante, pues es una de las bases para distinguir, desde la perspectiva de un tribunal internacional, entre una medida regulatoria, expresión normal de la autoridad estatal en ejercicio del poder de policía, que trae consigo una disminución de los bienes o derechos del particular, y una expropiación de facto, que priva de toda sustancia real a tales bienes o derechos. Al determinar el grado en que el inversor es privado de sus bienes o derechos, se determina también si esa privación es indemnizable o no; y al concluirse sobre este último punto, se concluye igualmente si la medida en cuestión constituyó o no una expropiación de facto. Los efectos del acto o conducta bajo análisis no son pues indiferentes para determinar si tal acto o conducta configura o no una expropiación (...).

La única ‘toma’ (take) de cosas que el inversor ha detectado es una interferencia con la capacidad de la inversión para llevar a cabo su negocio de la madera blanda de exportación a los Estados Unidos. Si bien esta intervención, de acuerdo con el Inversor, resultó en la disminución de los beneficios de la inversión, se sigue exportando cantidades importantes de madera blanda a los Estados Unidos y obtiene beneficios sustanciales en las ventas (...).

Incluso si se acepta (a los efectos de este análisis) las alegaciones del inversionista respecto a la disminución de sus utilidades, el Tribunal concluye que el grado de interferencia con las operaciones debido al Régimen de Control de las Exportaciones de la inversión no se eleva al nivel de una expropiación (...). Aunque a veces puede ser incierto si una interferencia en particular sobre las actividades comerciales equivale a una expropiación, la prueba es si esa interferencia es suficientemente restrictiva como para apoyar la conclusión de que la propiedad ha sido ‘tomada’ (taken) de su titular”. Laudo interino (26 de junio de 2000), Caso Pope & Talbot Inc. contra Canadá, párrafos 96, 101 y 102.

- (37) “En este caso, el cierre de la frontera fue temporal. SDMI como empresa en el mercado canadiense se pospuso durante aproximadamente dieciocho meses. El señor Myers declaró que este retraso tuvo el efecto de eliminar la ventaja competitiva de SDMI. Esto puede tener importancia en la evaluación de la indemnización que se efectúe en relación con las violaciones de Canadá de los artículos 1102 y 110 (del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos), pero no es compatible con la tesis de que los hechos de este caso deben ser caracterizados como una expropiación en los términos del artículo 1110”. Laudo parcial (12 de noviembre de 2000), Caso *S.D. Myers Inc. contra Canadá*, párrafo 284.
- (38) Comenta Appleton que “los Tribunales SD Myers y Pope & Talbot ilustran que la conducta injusta y discriminatoria en sí misma no garantiza un resultado de expropiación. Sin embargo, la interferencia sustancial con los derechos de propiedad de la acción gubernamental, sí constituiría una expropiación. En cada caso, el Tribunal internacional se ve obligado a considerar la cuestión fundamental de si la injerencia en la inversión era sustancial o no”. APPLETON, Barry. *Regulatory Takings: The International Law Perspective*. En: *New York University Environmental Law Journal*. Volumen XI, 2003; p. 46.

Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y usos

Indirect expropriation. Justification, regimes, cases, criteria and uses

116. (...) se entiende que medidas adoptadas por un Estado, de naturaleza regulatoria o no, revisten las características de una expropiación indirecta en su modalidad de facto si es irreversible y de carácter permanente, y si los bienes o derechos alcanzados por tal medida han sido afectados de forma tal que 'toda manera de explotarlos' ha desaparecido; es decir, virtualmente, el valor económico de la utilización, goce o disposición de los bienes o derechos afectados por el acto o decisión administrativa ha sido neutralizado o destruido. Bajo el derecho internacional, existe privación de la propiedad también cuando existe despojo de su uso o del goce de sus beneficios, o interferencia en tal uso o goce de efectos o magnitud equivalentes, aún cuando no se afecte la titularidad legal o jurídica de los bienes en cuestión, y siempre que el despojo no sea efímero. La intención del gobierno es menos importante que el efecto de las medidas sobre quien detenta la titularidad de los bienes afectados por la medida o del beneficio derivado de aquellos; y la forma bajo la cual se presenta la medida que origina el despojo es menos importante que los efectos reales de su impacto.

135. En el ejercicio de comprobar si una expropiación con esas connotaciones ha tenido lugar o no, el Tribunal Arbitral no debe 'limitarse a examinar únicamente si se produjo una desposesión o una expropiación formal, sino que debe comprobar, más allá de la apariencia, cual fue la situación real detrás de la situación denunciada'⁽³⁹⁾.

Creemos que un buen ejemplo donde la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró como expropiación indirecta a una situación que, según nuestras normas, no califica como tal, es el caso *Nollan contra California Coastal Commission*⁽⁴⁰⁾. La propiedad de la familia Nollans estaba frente a la playa, por lo que solicitó a la autoridad costera el otorgamiento de un permiso de construcción. Sin embargo, esta condicionó el permiso al otorgamiento de una servidumbre pública de paso, la finalidad era que "proporcionen un espacio en su propiedad para que los transeúntes puedan observar el océano sin que su nueva casa interfiera". Sin embargo, era incongruente con esa finalidad el hecho que la servidumbre solicitada no pasaría

de adelante hacia atrás, sino de lado a lado, corriendo lateralmente por el lado costero del predio.

La Corte Suprema consideró que estábamos ante una expropiación indirecta pues la medida decretada no tenía relación con la finalidad pública perseguida. Si bien esa conclusión es correcta, descansa en un análisis distinto al de las expropiaciones indirectas antes mencionado. El análisis de la Corte Suprema corresponde, en estricto, al principio de proporcionalidad que asume desde hace mucho nuestra jurisprudencia para resolver los otros casos de lesiones al derecho de propiedad.

En conclusión, el análisis ante situaciones que califican como expropiación indirecta es diferente al análisis que se realiza para los otros tipos de lesiones que, por lo general, es el principio de proporcionalidad.

4.5. Algo más sobre la idea de expropiación directa

Desde un enfoque general, la expropiación indirecta consiste en el efecto erosivo sobre el derecho de propiedad que genera una medida estatal. El efecto debe ser de una magnitud que signifique: (i) la merma significativa o (ii) la eliminación del bien o derecho.

En otras palabras, esos gravámenes pueden recaer sobre los beneficios esenciales que otorga el derecho de propiedad o sobre el valor del bien. En cualquiera de esos casos, la expropiación indirecta se caracteriza porque tiene el mismo efecto práctico: hacer que carezca de sentido ostentar la titularidad de un bien. Esto puede darse por diferentes razones, como la pérdida de todo valor del bien o de

(39) Caso No. ARB (AF)/00/2, Laudo CIADI del 29 de mayo de 2003, párrafos 115 y 116.

(40) 480 U.S. 470. Un profundo análisis del caso en MICHELMAN, Frank. *Takings*, 1987. En: *Columbia Law Review*, Volumen 88, 1987; pp. 1605 y siguientes.



Raffo Velásquez Meléndez

su viabilidad económica, o la imposibilidad de que el titular disfrute de su bien. Los ejemplos son de los más variados.

Ocurriría una expropiación indirecta si, además de imponerse medidas restrictivas al funcionamiento de una empresa, se impide que un funcionario clave participe en la gestión de la misma. En el Caso de Sr. Biloune contra Ghana, esta persona era de nacionalidad siria, residía en Ghana durante 22 años y donde creó la empresa MDCL en la que participaba con el 60% de acciones. La sociedad construiría un complejo hotelero en la ciudad principal de Accra, pero las autoridades dictaron un mandato detiene la construcción, derribaron parte del edificio, arrestaron y expulsaron al principal actor de la empresa, el señor Biloune, lo que generó la expropiación indirecta de su empresa⁽⁴¹⁾.

También ocurre una expropiación indirecta cuando el Estado dicta un decreto designando un administrador temporal en una de empresas estratégicas de un grupo empresarial que maneja un proyecto inmobiliario de inversión en Teherán. Esa persona dirigiría, en nombre del Estado, todas las actividades relacionadas con la inversión, lo que significó que la empresa matriz, Starrett Housing Corp., sufra una expropiación indirecta pues fue privada de su derecho a administrar su empresa, que incluye el derecho de seleccionar a los gerentes, supervisores y subcontratistas y así del uso eficaz y el control de su inversión⁽⁴²⁾.

Otro caso se dio cuando un gobierno local negó un permiso de construcción a la empresa estadounidense Metalclad quien buscaba construir un complejo donde confinaría residuos peligrosos. Un Tribunal CIADI consideró que se trataba de una expropiación indirecta, pues el gobierno local impedía que Metalclad dé un uso razonable a su propiedad consistente en las operaciones de confinamiento autorizadas previamente por el gobierno federal⁽⁴³⁾.

En Middle East Cement contra Egipto, la filial egipcia de la empresa griega se dedicaba también a la importación y almacenamiento de cemento en Egipto, teniendo autorización estatal para operar. Sin embargo, en 1989 la autoridad egipcia prohibió la importación de cemento, lo que motivó que la filial pierda todo uso y beneficio de la licencia otorgada, pues a pesar de tenerla estaba impedida de comercializar e importar cemento. Esta situación también fue considerada como una expropiación indirecta de los derechos derivados de la licencia⁽⁴⁴⁾.

Nótese que en cualquiera de los casos descritos, el propietario afectado no pierde la

(41) "Lo que está claro es que la conjunción de la orden de suspensión de trabajo, la demolición, la citación, el arresto, la detención, el requisito de la presentación de los formularios de declaración de bienes, y la deportación del señor Biloune sin posibilidad de reingreso tuvieron el efecto de generar el cese irreparable de las obras del proyecto. Dado el papel central del señor Biloune en la promoción, financiación y gestión de MDCL, su expulsión del país impedía eficazmente a MDCL avanzar en la consecución del proyecto. En opinión del tribunal, tal impedimento de MDCL de llevar adelante su proyecto aprobado, constituiría una expropiación progresiva de los derechos contractuales de MDCL en el proyecto y, en consecuencia, la expropiación del valor de la participación del señor Biloune en MDCL, a menos que los demandados puedan demostrar mediante pruebas convincentes la justificación suficiente de esos eventos". Caso Biloune and Marine Drive Complex Ltd. contra Ghana, Laudo sobre jurisdicción y responsabilidad del 27 de octubre de 1989, párrafo 209.

(42) "Es un hecho reconocido por el derecho internacional que las medidas adoptadas por un Estado puede interferir con los derechos de propiedad, hasta el punto de que esos derechos se vuelven tan inútiles que debe considerarse que han sido expropiados, a pesar que el Estado no tiene la intención de expropiar y el título legal de la propiedad sigue siendo formalmente del titular original". Caso Starrett Housing Corp. y otros contra Irán, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, Laudo Interino 32 -24-1, del 19 de diciembre de 1983, página 122.

(43) "La expropiación en el TLC con Estados Unidos incluye no solo a las expropiaciones abiertas, deliberada y reconocidas de propiedad, tales como la confiscación directa o la transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado de acogida, sino también una interferencia disimulada e incidental en el uso de la propiedad que tiene el efecto de privar al propietario, en su totalidad o en parte significativa, del uso que razonablemente se esperaría o del beneficio económico de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor". Caso Metalclad Corp. contra México, Laudo CIADI, Caso No. ARB(AF)/97/1, del 30 de agosto del 2000, párrafo 103.

(44) Tribunal CIADI, BIT Grecia-Egipto, Caso No. ARB/99/6, Laudo del 12 de abril de 2002, párrafo 107.

Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y usos *Indirect expropriation. Justification, regimes, cases, criteria and uses*

titularidad sobre su bien, lo que ocurre es que esa titularidad ahora es superflua. En forma bastante explicativa el Tribunal UNCITRAL del Caso Lauder señalaba que

“la expropiación indirecta es una medida que no incluye una toma manifiesta (de la propiedad), pero que efectivamente neutraliza el disfrute de la propiedad. Es generalmente aceptado que una amplia variedad de medidas son susceptibles a convertirse en una expropiación indirecta, cada caso deber ser, por lo tanto, decidido con base a sus circunstancias (específicas)”⁽⁴⁵⁾.

5. La expropiación indirecta en los casos Eudoro Armando Olguín, Shougang, Duke Egenor, Tza Yap Shum y Town House

5.1. El Caso Eudoro Armando Olguín

Invocando el TBI Perú-Paraguay, el señor Olguín, de nacionalidad peruana, formuló una demanda arbitral contra Paraguay alegando, entre otros, una expropiación indirecta.

El señor Olguín realizó depósitos en dólares en la financiera La Mercantil quien le entregó los respectivos Títulos de Inversión (en adelante, TDI) con un interés anual bastante atractivo. Esos fondos estarían destinados a la fábrica de productos de maíz denominada Super Snacks del Paraguay S.A. (en adelante, Super Snacks). Sin embargo, debido a la crisis económica que sufrió el sistema financiero paraguayo, La Mercantil cerró sus operaciones y dejó de pagar los TDI. Tal situación, aunada a la omisión de las autoridades paraguayas de sus deberes vigilar y supervisar el sistema financiero, fueron considerados por el demandante como hechos que generaron

la expropiación indirecta de sus inversiones. La demanda fue desestimada por el Tribunal Arbitral internacional.

El laudo es conocido por ir en contra de la jurisprudencia y doctrina internacional mayoritarias. Esto porque considera que se configura una expropiación indirecta cuando el Estado se beneficia o apropia, directamente o indirectamente, de la propiedad afectada⁽⁴⁶⁾. Sin embargo, es ampliamente aceptado que lo relevante de la figura en comentario es brindar tutela contra las lesiones del derecho de propiedad, supuesto en donde no tiene relevancia si el Estado se apropia o beneficia de la afectación generada. Lo importante es salvar el derecho o restaurar la situación legítima anterior.

El TEDH sostiene en reiterada jurisprudencia que más allá de si hubo una desposesión del inmueble o una expropiación forzosa propiamente dicha, se debe mirar la realidad de la situación en litigio. Más allá de las apariencias se debe analizar si en los hechos hubo una privación de tal grado que sea equivalente a una *expropiación de facto*⁽⁴⁷⁾. En sentido similar, en el caso Tecmed contra México, antes citado, se señalaba que ocurre “una expropiación de facto [o indirecta, cuando] tales actos o legislación transfieren los bienes que constituyen su objeto a tercero o terceros distintos del Estado expropiador,

(45) Laudo final (2001), Ronald S. Lauder contra República Checa, párrafo 200.

(46) En la expropiación indirecta “una persona se ve privada de un bien por un acto del Estado que hace suyo ese bien y, lógicamente, contrae la obligación de pagar su precio. En este caso no puede hablarse de que el Estado Paraguayo se hubiera apropiado de la inversión del señor Olguín, la cual se perdió por la crisis que sufrieron La Mercantil y el sistema financiero paraguayo en general” (párrafo 65. d).

Más adelante, reitera: “para que se produzca una expropiación se requiere de actos que puedan considerarse razonablemente idóneos para producir el efecto de una privación del bien que pertenece al afectado, de modo tal que quien realiza tales actos adquiera, directa o indirectamente, el dominio o al menos los frutos de los bienes expropiados” (párrafo 84). En sentido similar, el caso Ronald S. Lauder contra República Checa, Laudo final del 3 de septiembre de 2001, párrafo 203.

(47) Cfr. Sentencias Sporrang y Lönnroth contra Suecia, del 23 de septiembre de 1982, párrafo. 63; Papamichalopoulos y otros contra Grecia, del 24 de junio de 1995, párrafo 45; Brumarescu contra Rumania, del 28 octubre 1999, párrafo 76; Zwierzyński contra Polonia, del 19 junio de 2001, párrafo 69; Jahn y otros contra Alemania, 22 de enero de 2004, párrafo 65; Saliba contra Malta, del 8 noviembre 2005, párrafo. 33.



Raffo Velásquez Meléndez

o cuando dicha legislación o actos privan de tales bienes a los sujetos que los sufren, sin atribuirlos a terceros o al propio Estado⁽⁴⁸⁾. También en otro conocido caso de un Tribunal CIADI, *Metalclad contra México*, se señalaba que la expropiación indirecta es “una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor⁽⁴⁹⁾”.

En otro extremo del Laudo en comentario, se usa un argumento bastante aceptado: la expropiación indirecta no brinda protección contra los riesgos que afrontan las inversiones. Y es que, como sostiene Dolzer, los inversionistas asumen los riesgos propios de la situación fáctica y normativa que presenta el estado de acogida⁽⁵⁰⁾. Precisamente, el Laudo señaló que “el señor Olguín, un avezado hombre de negocios, con una trayectoria empresarial de muchos años y una experiencia adquirida en el mundo de los negocios de varios países, no ignoraba la situación del Paraguay. Él tuvo sus razones (que este Tribunal no pretende juzgar) para invertir en ese país, pero no es aceptable que pretenda que se le indemnice por las pérdidas que sufrió al realizar una inversión especulativa o, en el mejor de los casos, poco prudente” (párrafo 65.c). De manera más evidente, en el caso *Starret Housing Corporation contra Irán*, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos señalaba que:

“No hay ninguna razón para dudar de que los acontecimientos en Irán antes de enero de 1980, a la que los demandantes se refieren, obstaculizaran seriamente sus posibilidades de continuar con los trabajos de construcción y, finalmente paralizarán el Proyecto. Los inversores en Irán, al igual que los inversores en todos los demás países, tienen que asumir el riesgo de que el país pudiera experimentar huelgas, cierres patronales, disturbios, cambios en el sistema económico y político e incluso la revolución. Que

cualquiera de estos riesgos se materialice no significa necesariamente que los derechos de propiedad afectados por este tipo de eventos se puedan considerar como expropiados. Una revolución, como tal, no da derecho a los inversores a indemnización en virtud del derecho internacional⁽⁵¹⁾”.

Finalmente, otro aspecto resaltante del caso en comentario tiene que ver imposibilidad de que ocurra una expropiación por la omisión de las autoridades paraguayas. Al respecto, el Tribunal arbitral consideró que la clara omisión de deberes de los órganos de control del sistema financiero paraguayo no constituía una expropiación indirecta por no haberlo previsto así el TBI Perú-Paraguay (párrafos 69 y 73).

Un razonamiento más interesante se da en el caso *MTD Equity Sdn. Bhd. contra Chile*, donde se cuestionaba la omisión en dictar determinada regulación urbanista, lo que impedía el desarrollo de un proyecto inmobiliario. El Tribunal consideró que esa omisión estatal no configuraba una expropiación indirecta por sí sola, pues es un atributo del Estado modificar su marco normativo o no. Aunque eso no impide que se genere una expropiación como consecuencia de la falta de adopción de una medida ofrecida directamente por el mismo Estado o que fuera previsible según la política históricamente asumida por el Estado⁽⁵²⁾.

Las lecciones que podemos sacar son: (i) no es necesario que la afectación de la propiedad dé lugar a que el Estado se beneficie o apropie

(48) Caso ARB/AF/00/2, *Tecmed contra México*, Laudo del 29 de mayo de 2003, párrafo 113.

(49) Caso ARB/AF/97/1, *Metalclad Corp. contra México*, Laudo del 30 de agosto del 200, párrafo 103.

(50) Cfr. Caso *Tradex Hellax S.A. contra Albania*, un Tribunal CIADI Arbitral estableció que los inversionistas griegos aceptaron que podían ser legítimamente expropiados por así estar previsto en el ordenamiento griego cuando se realizó la inversión. Laudo del 29 de abril de 1999, párrafos 130-131.

(51) Laudo Interlocutorio No. ITL 32-24-1, del 19 de diciembre de 1983, párrafo 122.

(52) Caso ARB/01/7, Laudo del 25 de mayo de 2005, párrafo 214.

Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y usos

Indirect expropriation. Justification, regimes, cases, criteria and uses

del bien; (ii) no se tutelan los riesgos que asume toda inversión dentro de cada Estado; (iii) las omisiones, por sí solas no constituyen una medida que pueda ser considerada como una expropiación indirecta.

5.2. El caso Shougang

La Municipalidad Provincial de Nazca dictó la Ordenanza 006-2007-A/MPN que aprobó la Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016, considerando como área urbana a terrenos que eran parte del área otorgada en concesión minera a Shougang.

Tal dispositivo señalaba que había superposición de las concesiones mineras con zonas urbanas y de vocación urbana, pues hay áreas de la concesión no explotadas, pero paulatinamente ocupadas por la población. Añadía que, la Ley General de Minería permite la cancelación de concesiones mineras cuando se superpongan a otros derechos prioritarios, de manera que la declaración como zona urbana permitiría a la Municipalidad restringir y, en su caso, prohibir, la explotación minera en esas áreas de concesión minera. Así se evitarían daños al medio ambiente y a la población.

Esto dio lugar a que Shougang inicie un proceso de amparo por la amenaza contra su libertad de empresa e industria, libertad de trabajo y propiedad. El primer argumento del TC fue que efectivamente existía una amenaza ilegítima, pues se calificó a terrenos de la concesión minera como área urbana de la ciudad, con la finalidad de crear un marco jurídico que permita privar los derechos de explotación minera sobre esos terrenos. Añadió el TC que la finalidad de la habilitación urbana era hacer incurrir a Shougang en un supuesto de contaminación ambiental, pues las exigencias medioambientales varían según la zonificación. Según el TC, hubiera sido legítimo que la Municipalidad inicie un procedimiento de cancelación de concesiones mineras, siempre que “no se pretendiera recurrir al uso de las competencias municipales para predisponer elementos (...) para hacer incurrir a la demandante en supuestos de contaminación ambiental” (STC 1735-2008-AA, fundamento 6).

Lo más notorio es que el TC protegió el derecho de propiedad contra el subterfugio de la autoridad municipal de usar un mecanismo orientado a la defensa de ciertos intereses públicos para un propósito distinto: privar parte de los derechos de concesión minera. La inadecuación entre finalidad pública y medida adoptada (análisis propio del principio de proporcionalidad) sirve para identificar lesiones al derecho de propiedad (por violación al principio de razonabilidad o de proporcionalidad), pero eso no significa que estemos ante una expropiación indirecta, al menos no según nuestras normas⁽⁵³⁾.

El TC sancionó el uso de un subterfugio para privar de la propiedad. Pero ¿si la Municipalidad no hubiera usado un subterfugio? ¿se hubiera extendido tutela? Desde luego que sí. Estamos ante un caso de expropiación indirecta porque más allá del subterfugio, la medida generaba un efecto privativo similar a las expropiaciones sobre los derechos de concesión minera⁽⁵⁴⁾. Por tanto, es incorrecto el argumento del subterfugio usado por el TC para referirse a las expropiaciones indirectas.

Existió una expropiación indirecta porque la ordenanza municipal autorizaba que terceros (los pobladores) tomen posesión de parte del área sobre las que Shougang tenía derecho derechos de explotación minera. En la práctica se privaba a la empresa de sus derechos de explotación sobre esa área. Aunque formalmente seguía siendo titular, es evidente que no podría realizar actividades mineras donde habría pobladores.

(53) Recuérdese la referencia que hicimos al fallo del caso Nollan contra California Coastal Commission (480 U.S. 470).

(54) Para el caso Starret Housing Corporation contra Irán, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos señaló que: “Es reconocido en derecho internacional que medidas tomadas por un estado pueden interferir con los derechos de propiedad hasta el punto en que estos derechos sean declarados tan inútiles que puedan considerarse expropiados, aún cuando el estado no haya pretendido haberlos expropiado y el título legal de propiedad permanece formalmente con el propietario original”. Laudo Interlocutorio No. ITL 32-24-1, párrafo 154.



Raffo Velásquez Meléndez

De acuerdo con la jurisprudencia norteamericana, estos casos de ocupación física permanente autorizados por el Estado deben ser considerados como expropiaciones indirectas *per se*, pues no es necesario un mayor análisis para advertir la privación de la propiedad (regla Loretto⁽⁵⁵⁾).

En el caso Loretto existía una normativa que imponía a los titulares de inmuebles la obligación de soportar que las compañías de servicio de televisión por cable usen el inmueble para que sus instalaciones. En los hechos la empresa pasaba un cable de media pulgada de diámetro uno de los laterales del edificio y usó la azotea para colocar dos cajas de metal de 4x4 pulgadas. A la Corte Suprema no le importó que el impacto económico fuera mínimo, sino que consideró que, de acuerdo a su historia constitucional, el carácter permanente de la injerencia estatal hacía que estemos ante una expropiación indirecta *per se*. Para ello consideró que, a diferencia de las regulaciones de policía que solo limitan el uso de la propiedad, en esos casos se produce la pérdida definitiva de una parte del bien, pues el particular pierde del todo sus facultades para “poseer, usar y disponer” la parte afectada del bien, lo que implica una intrusión no permitida por el derecho de propiedad.

Particularmente, consideramos que no es posible trasladar este criterio a nuestro Derecho. Ello porque este fallo descansa, en gran medida, en la distinta concepción que se tiene del derecho de propiedad. En los Estados Unidos las limitaciones legítimas a la propiedad solo pueden ser impuestas por el poder de policía. Como es natural, limitar no permite eliminar. Como quiera que una intrusión física “permanente” del gobierno sobre el bien implica eliminar parcial o totalmente la propiedad, no se admiten ese tipo de agresiones, por lo que se considera que se trata de expropiaciones indirectas *per se*.

Distinto es el escenario en nuestro sistema constitucional. Para nosotros es posible que en el contenido del derecho de propiedad existan obligaciones sociales orientadas a favorecer el bien común. Piénsese por un momento en la obligación de soportar que en un lado de nuestras casas se coloque un aviso señalando el sentido del tránsito. A pocos de nosotros se nos ocurriría sostener que esa invasión permanente califica como una expropiación indirecta *per se*. Algo similar hubiera ocurrido si el caso Loretto hubiera estado en nuestros

Tribunales. No hubiera habido problemas en admitir que una de las obligaciones derivadas del contenido del derecho de propiedad es favorecer la prestación del servicio público de televisión por cable, por lo que los propietarios deberían soportar que pase un cable por un lado o por encima de nuestras casas. Como efectivamente ocurre en nuestra realidad. Claro está que si el paso de esas instalaciones fuera irrazonable o desproporcionado, el derecho de propiedad se vería lesionado.

Por tanto, bajo nuestra perspectiva constitucional, se debe descartar la doctrina Loretto, conforme al cual la invasión física permanente constituye una expropiación indirecta *per se*. En esos casos también se deberá evaluar si el grado de invasión padecida por el derecho de propiedad genera efectos similares a una expropiación. Si bien en el caso en comentario no se concretó una invasión física permanente, era evidente que el grado de privación que iba padecer Shougang implicaba la total eliminación de los derechos de explotación minera en zonas extensas de sus predios. Tal situación generaba una amenaza cierta e inminente de expropiación indirecta.

La lección del caso Shougang es que incluso las invasiones físicas permanentes de la propiedad están sujetas a un análisis sobre el grado de privación que ocasiona la invasión física (doctrina del único efecto).

5.3. El caso Duke Egenor

En agosto del 2007 la Autoridad Autónoma de la Cuenca Hidrográfica del Santa (en adelante, Autoridad Autónoma) ordenó reducir el nivel de descarga de agua de la Laguna Parón, en contra de lo previsto en las licencias de generación eléctrica de Duke Egenor. Posteriormente, en julio de 2008, la

(55) La regla *per se* para casos de ese tipo fue creada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Loretto contra Teleprompter Manhattan CATV Corp. 458 U.S. 428.

Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y usos

Indirect expropriation. Justification, regimes, cases, criteria and uses

población tomó por la fuerza las instalaciones de la empresa en la Laguna Parón.

Debido a la falta de descarga del agua se generó el riesgo de desborde de la Laguna. Por ello se dictó el Decreto Supremo 013-2010-PCM que declaró en Estado de Emergencia la Laguna hasta el 23 de marzo de 2010, encargándose a la Autoridad Nacional de Agua (en adelante, ANA) el manejo de las instalaciones en la Laguna para la descarga de agua. Sin embargo, una vez vencido el periodo de emergencia, la ANA se negaba a devolver a Duke Egenor el manejo de sus instalaciones.

Estos hechos fueron evaluados por el TC en el proceso amparo iniciado por la empresa. Además del debido proceso, el TC estimó que también se vulneró la propiedad. Citamos:

“(…) el hecho de que la ANA se mantenga en posesión de los activos de la empresa actora, a pesar de que ya transcurrió el plazo del estado de emergencia que la legitimaba para usar tales bienes, genera que en la práctica dicha empresa haya perdido la administración, el uso y/o control de sus bienes, es decir, que en forma indirecta ha sufrido una expropiación.

En efecto, si bien los actos desarrollados por la ANA (...) no generan un despojo formal del título de la empresa sobre sus instalaciones; pero sí generan un despojo de los atributos que forman parte del contenido esencial del derecho de propiedad. Y es que (...) la empresa demandante no puede ejercer su derecho de propiedad, circunstancia que evidencia el despojo que viene sufriendo en la práctica (...)” (0834-2010-AA, fundamento 41-42).

A diferencia del caso Shougang, aquí sí estamos ante una privación efectiva por ocupación física (de duración indeterminada), inicialmente, autorizada por el Estado. Según la regla *per se* del caso Loretto, no sería necesario mayor análisis para concluir que estamos ante una expropiación indirecta, pues el efecto inmediato es que se pierdan los atributos naturales de la propiedad, aunque formalmente no se pierda el título de ese derecho.

No obstante, vimos que incluso en esos casos de debe analizar también si el efecto privativo generado era similar al de una expropiación. En este caso Duke Egenor perdió todo uso y/o acceso a sus instalaciones por lo que era indiscutible la efectiva expropiación indirecta que padecía.

5.4. El caso Turismo Huaral

La empresa denunció a la Municipalidad Distrital de Huaral señalando que esta le había otorgado licencia para operar un terminal terrestre dentro de la zona de *Huaral Damero Histórico*. Sin embargo, mediante Ordenanza 009-2009-MPH la Municipalidad habría desconocido esa autorización, al buscar reordenar el tránsito vehicular, prohibiendo para ello el funcionamiento de terminales y el tránsito de vehículos por las zonas de *Huaral Damero Histórico* y *Huaral Centro Urbano*.

Hay dos formas de ver esto. Una desde el punto de vista del derecho de propiedad sobre el inmueble y el otro desde la óptica del derecho de propiedad derivado de la licencia.

El primer acercamiento indica que existe un indudable impacto económico negativo sobre el inmueble, porque se está perdiendo todo uso como terminal terrestre. Sin embargo, esa situación por sí sola no constituye una expropiación indirecta, pues la privación no genera efectos similares a una expropiación en la medida que aún quedan otros usos económicamente viables del bien.

El test del uso económicamente viable fue aplicado en los casos Penn Central Transportation Co. Contra City of New York⁽⁵⁶⁾ y en Agnis contra City of Tiburon⁽⁵⁷⁾. En el primer caso, el estado de New York calificó al edificio de la compañía Grand Central Terminal

(56) 438 U.S. 104.

(57) 447 U.S. 255.



Raffo Velásquez Meléndez

como *hito de la ciudad* por lo que no podía ser destruida o modificada exteriormente sin autorización previa. Penn Central Transportation Company vendió los aires de su bien para levantar un edificio sobre el terminal. La autorización fue denegada y la venta anulada, por lo que Penn Central demandó por la supuesta expropiación indirecta. En 1978 la Corte Suprema resolvió sustentándose en un análisis de tres factores que deben tomarse en cuenta al momento de evaluar expropiaciones indirectas. Señaló que se debe analizar el impacto económico de la medida en el reclamante, verificando si genera la eliminación de todo uso económico del bien. También se deben analizar los usos o beneficios legítimamente esperados por el particular. Y, finalmente, el tipo de invasión, física o jurídica, en qué consiste la medida estatal. La Corte Suprema desestimó la demanda al advertir que el bien no había perdido todo uso económicamente viable, dado que era posible realizar otros usos. Citamos:

“Los apelantes primero observaron que el espacio aéreo sobre el Terminal constituye un interés valuable sobre la propiedad. Afirieron que la Ley de Hitos Históricos los privó de todo uso económico de su derecho de aires sobre el Terminal y que, con independencia del valor del resto de la propiedad, la ciudad se apropió de sus derechos a ese espacio aéreo, lo que les daba derecho a una indemnización (...) Nuestra jurisprudencia no divide una propiedad en segmentos discretos e intenta determinar si los derechos en un segmento particular han sido completamente eliminados. Al decidir si una acción particular del gobierno ha producido una expropiación, esta Corte más bien se centra en el carácter de la acción y en la naturaleza y extensión de la interferencia en los derechos sobre la propiedad *como un todo* (...) El efecto de la Ley de Hitos Históricos es simplemente prohibir a los apelantes o a cualquier otra persona, ocupar porciones del espacio aéreo sobre el Terminal, *mientras que les permite usar el resto de la propiedad en una forma lucrativa* (...) La ley de Nueva York no interfiere de ningún modo con el uso presente del

Terminal. Su designación como “sitio de interés” contempla el que los apelantes puedan seguir usando la propiedad precisamente como ha sido usada durante los 65 años anteriores; como un terminal de trenes que mantiene espacio de oficinas y concesiones. Así la ley no interfiere con lo que debe ser considerado como las expectativas principales de Penn Central sobre el uso de la propiedad, o su aptitud, para obtener un *retorno razonable* de su inversión”.

A despecho de Epstein⁽⁵⁸⁾, la idea que subyace en el test del uso económicamente fue ratificada un año después por la Corte Suprema para el caso *Andrus contra Allard* donde se señaló que: “Si un propietario posee un completo ‘envoltorio’ de derechos de propiedad, la destrucción de un ‘hilo’ del envoltorio no hace una expropiación porque debe ser visto en su totalidad”⁽⁵⁹⁾. De acuerdo a ello, si el afectado pierde uno de los usos posibles del bien, tal situación no configurará una expropiación indirecta, si aún es posible darle otros usos económicamente viables.

Luego, en 1980, la Corte Suprema resolvió el caso *Agnis contra City of Tiburon* donde se cuestionaba una variación de la zonificación que permitía la construcción de viviendas unifamiliares pero a densidades más bajas que lo previsto en la regulación anterior. El señor Donald Agnis demandó la expropiación indirecta al considerar que se habían expropiado parte de sus derechos de propiedad como consecuencia de la reducción en sus posibilidades de construcción. Esta vez

(58) Epstein propone diferenciar a todos los intereses o derechos que integran la propiedad, de tal suerte que una medida que restringe la propiedad a tal punto que elimina uno de esos derechos (aunque no toda la propiedad) deberá generar la obligación estatal de indemnizar. Las ideas de Epstein dieron un impulso significativo a las expropiaciones indirectas, pero en este punto no fueron acogidas por la jurisprudencia. Un resumen de esta posición y una crítica del fallo *Andrus y Penn Central Transportation* en EPSTEIN, Richard. *Takings: private property and the power of eminent domain*. Cambridge: Harvard Press, 1985; pp. 93 y siguientes.

(59) 444 U.S. 51.

Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y usos *Indirect expropriation. Justification, regimes, cases, criteria and uses*

la Corte Suprema ensayó un examen de dos factores. Así, habrá ocurrido una expropiación si en la medida no podía identificarse un interés legítimo estatal o si la restricción elimina todo uso viable del bien. La Corte desestimó la demanda al concluir que algún quedaba aún valor en el bien, por lo que no habría una expropiación indirecta.

El corolario de lo mencionado es que en el caso Turismo Huaral no hubo una expropiación indirecta del inmueble usado por la empresa como terminal terrestre, pues ese bien no perdió todo uso económicamente viable, quedándole aún otros usos posibles.

Ahora bien, desde la óptica del derecho de propiedad derivado de la licencia, se aprecia que allí sí hubo una expropiación indirecta. Ello porque la Ordenanza Municipal que prohíbe usar su inmueble hace que el derecho derivado de la licencia se vuelva inútil en los hechos. Esa licencia ha perdido todo uso económico, todo valor real.

Como bien advierte el INDECOPI, ese tipo de situaciones pueden ser calificadas como un supuesto de revocación de autorizaciones regulado en la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Coincidentemente, en esos casos se exige, además de la finalidad pública de la medida con efectos revocatorios, la existencia de un debido proceso de revocación y una indemnización por los daños ocasionados, por lo que, de cumplirse con esas exigencias, estaremos ante un típico caso de expropiación indirectas legítimas.

Las lecciones que podemos sacar para identificar expropiaciones indirectas son: (i) es importante, pero no determinante, sufrir un impacto económico negativo en el bien o en su valor; y, (ii) si después de la medida el bien aún tiene cierto valor y/o cierto uso económicamente viable no habrá expropiación.

5.5. El caso Tza Yap Shum

El ciudadano chino Tza Yap Shum era el accionista mayoritario de la empresa TSG Perú S.A.C. dedicada al comercio e importación de harina de pescado. Principalmente sus operaciones se valían del sistema financiero. Sin embargo, señalando la existencia de una deuda tributaria, la SUNAT

dictó una medida cautelar de embargo en forma de retención sobre los créditos o cuentas de la empresa en los Bancos, hasta por doce millones de soles. TSG solicitó protección concursal al INDECOPI logrando la refinanciación de deudas con sus acreedores.

El accionista mayoritario de TSG invocó el TBI Perú-China para demandar al Estado peruano por la expropiación indirecta de su empresa. El Tribunal Arbitral concluyó que efectivamente se había configurado tal lesión. Sostuvo que de no ser por la protección de INDECOPI, la medida de SUNAT hubiera eliminado sus actividades empresariales. Añadiendo que TSG, después de tres años de procedimiento ante INDECOPI, recién recuperó su capacidad original de operar. Finalmente, se mencionó que la medida estatal generó un impacto dramático e inmediato sobre las operaciones de TSG (sus ventas netas se redujeron a 4.3%) lo que constituye una expropiación de la inversión.

El criterio central usado para detectar la expropiación indirecta fue la casi eliminación del valor del bien (del valor de la empresa) y no la pérdida del derecho de propiedad. El señor Tza pudo seguir ejerciendo los atributos de propiedad sobre su empresa, pero esta perdió casi todo su valor al reducirse al 4% el margen de las ventas netas que tenía antes.

El test de disminución de valor fue creado en el antes citado caso *Pennsylvania Coal Co. contra Mahon*⁽⁶⁰⁾, donde el Juez Supremo Oliver Wendell Holmes señaló:

“Difícilmente el Estado podría funcionar si debiese pagar toda disminución de valor de una propiedad, vinculada a cada cambio legal (...) algunos activos son disfrutados bajo una limitación implícita y deben ceder

(60) 260 U.S. 339.



Raffo Velásquez Meléndez

al poder de policía. Pero esa limitación debe tener límites (...) Un factor para considerar a la hora de determinar dichos límites consiste en la extensión de la limitación. Cuando alcanza cierta magnitud, en casi todos los casos, por no decir todos, debe ejercitarse el poder de expropiar y compensarse para mantener la validez de la ley (...). Añadió luego la recordada frase “mientras la propiedad puede ser regulada a cierto punto, si esta regulación va demasiado lejos, será reconocida como una expropiación”.

Más adelante, en *Keystone Bituminous Coal Association contra De Benedictis*, la Corte Suprema de los Estados Unidos señalaba que el “examen sobre la regulación expropiatoria exige comparar el valor que ha sido privado de la propiedad con el valor remanente de esa propiedad”⁽⁶¹⁾.

En el caso bajo análisis, el Tribunal Arbitral consideró que el valor de la privación padecida y el valor que quedó de la empresa, significó la práctica privación de esta, por lo que se trataba de una expropiación indirecta. El mismo Laudo cita el caso *LG&E Energy Corp. contra Argentina*. Allí se estableció que:

“Al considerar el impacto económico severo, debe analizarse si el impacto que desencadenó la medida tomada por el Estado receptor fue lo suficientemente grave como para generar la necesidad de una compensación por expropiación. En numerosas decisiones arbitrales, se ha denegado la compensación cuando no se haya afectado todo o casi todo el valor económico de la inversión. Debe destacarse que la disminución en la capacidad de la inversión para mantener sus actividades no es suficiente para solicitar la compensación, si dicha inversión se mantiene operativa, aún cuando sus ganancias disminuyan. Entonces el impacto debe ser sustancial para que sea exigible dicha compensación”⁽⁶²⁾.

No obstante, en la jurisprudencia comparada es difícil identificar cuál es el nivel de disminución de valor del bien que se considera necesario para configurarse una expropiación indirecta. Recuérdese, por ejemplo, el citado caso *Pope & Talbot contra Canadá* o el caso *S.D. Myers contra Canadá*,

donde las empresas demandantes alegaron la expropiación indirecta por la disminución de valor de sus bienes, pretensiones que fueron desestimadas debido a que magnitud de la pérdida del valor no era suficiente.

Definir el grado de afectación necesario deberá ser determinado caso por caso. Por lo pronto, la lección del caso es una reducción de las ventas netas del 96% calificará sin duda como una expropiación indirecta.

5.6. Caso Town House

Town House obtuvo certificados de zonificación y vías que le permitían desarrollar un proyecto inmobiliario en sus terrenos en el distrito de Chaclacayo, Lima. Luego, la Municipalidad Metropolitana de Lima dictó la Ordenanza 1099-MML que declaró como *Zona de Protección y Tratamiento Paisajista*. El artículo 10 de ese dispositivo ordenaba: “prohibir la ocupación (habilitación y edificación) en áreas calificadas como Zona de Protección y Tratamiento Paisajista (PTP)”, dentro de las que se encontraban los terrenos de la empresa.

Al analizar la demanda de amparo de Town House, el voto en mayoría del TC consideró que se configuraba una expropiación indirecta porque “se recortan las legítimas y reales expectativas del demandante” sobre el uso y disfrute de su propiedad (STC 0239-2010-AA, fundamento 13). En línea con esto, el fundamento de voto del Magistrado Calle Hayen consideró que la ordenanza recortaba las legítimas expectativas de dar al predio el uso para el cual fue adquirido. Por su parte, en su fundamento de voto, el Magistrado Álvarez Miranda consideraba que tal limitación de la propiedad podría ser legítima si se esgrimía una justificación suficiente, cosa que no

(61) 480 U.S. 471.

(62) Caso CIADI No. ARB/02/1, Laudo sobre responsabilidad, del 3 de octubre de 2006, párrafo 191.

Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y usos

Indirect expropriation. Justification, regimes, cases, criteria and uses

ocurría en este caso. Finalmente, el voto del Magistrado Vergara Gotelli mencionaba que para ser legítima, la medida debió dar lugar a un procedimiento de expropiación, ya que de esa manera se lograba, de un lado, cumplir con la finalidad pública perseguida y, de otro lado, respetar el derecho de propiedad privada de la empresa⁽⁶³⁾. Esta va en línea con los regímenes establecidos de proscripción relativa previsto en los TLC anteriormente citados.

Este caso parece ser un calco de la situación resuelta por la Corte Suprema de Estados Unidos en *Lucas contra South Carolina Coastal Council*⁽⁶⁴⁾, donde se utilizó el examen del “uso económicamente viable”. Como se recordará este examen fue plasmándose desde el caso *Penn Central Transportation Co. contra New York City*⁽⁶⁵⁾ donde se precisa que entre los elementos a analizar en una expropiación indirecta, está la interferencia sobre las expectativas económicas razonables del inversionista. Es decir, se debe tener en cuenta si la medida estatal elimina o reduce significativamente los beneficios esperados del bien. Tales expectativas pueden considerarse parte del derecho de propiedad, en la medida que recogen los contenidos mínimos, razonablemente esperados, de las facultades de uso y disfrute de la propiedad.

Como señalamos antes, en el caso *Agnis contra City of Tiburon*⁽⁶⁶⁾ se desarrolló como criterio la afectación de las expectativas mínimas de uso y disfrute del bien, lo que haría que este pierda todo uso económicamente viable, situación que, indudablemente, califica como una expropiación indirecta.

No obstante, es en el caso *Lucas* donde este criterio adquiere mayor contundencia. En efecto, ante un cambio de

zonificación que impedía al señor David Lucas y a cualquier otro propietario, realizar todo tipo de construcciones sobre sus terrenos ubicados frente al mar (para promover el turismo, favorecer el acceso a la playa y coadyuvar al medio ambiente), la Corte Suprema de los Estados Unidos concluyó lo siguiente: “Cuando el dueño de la propiedad ha sido llamado a sacrificar todo uso económicamente beneficioso en nombre del bien común, esto es, dejando su propiedad económicamente inútil, ha sufrido una expropiación”⁽⁶⁷⁾.

Nuestro TC implícitamente hace suyo este razonamiento al consagrar que la prohibición de ocupar, habilitar o edificar en la *Zona de Protección y Tratamiento Paisajista genera una expropiación indirecta*. En efecto, si *Town House* tenía autorización para realizar edificaciones, tenía entonces legítimas expectativas de darle determinado uso y obtener ciertos beneficios de sus predios. Sin embargo, si no puede darle dicho uso, ni ningún otro tipo de uso u ocupación, es indudable que la propiedad ha perdido todo uso económicamente viable, que ha sido expropiada de facto.

Cabe señalar que, estos criterios originados en la Corte Suprema estadounidense son replicados constantemente por los Tribunales internacionales y por la doctrina referida al derecho de las inversiones extranjeras.

(63) Otro punto importante a resaltar del voto del Magistrado Vergara Gotelli es que justifica su cambio de posición con respecto a los amparos de personas jurídicas. Este magistrado consideraba que el amparo solo debía brindar tutela a las personas naturales, cuestión que criticamos en su oportunidad. Por tanto, ahora nos toca resaltar la saludable autocritica que hace el magistrado. Cfr. VELASQUEZ, Raffo. *El desamparo de las personas jurídicas. Un peligroso intento de involución*. En: *Jus Constitucional*. Número 10, 2008. Lima: Grijley; pp. 93 y siguientes.

(64) 505 U.S. 1003.

(65) 483 U.S. 104. El mismo criterio adoptaron los votos en minoría del caso *San Diego Gas & Electric Co. contra San Diego City*, 450 U.S. 261.

(66) 447 U.S. 255.

(67) 505 U.S. 1010. En sede nacional un interesante análisis del caso *Lucas* y de la expropiación indirecta es realizado en PASQUEL, Enrique. *Tomando la propiedad en serio: Las expropiaciones regulatorias o indirectas*. En: IUS ET VERITAS. No. 31. Lima, 2005; pp. 114 y siguientes.



Raffo Velásquez Meléndez

Por tanto, la lección de este caso es que las expectativas legítimas podrán considerarse expropiadas si suponen un uso específico ofrecido directamente por el Estado, de no ser así, no habría un supuesto de expropiación, pues es bien sabido que el derecho no tutela sueños.

6. Resumen conclusivo. Intento de sistematización

De lo visto hasta ahora, podemos concluir que existen diferentes criterios para analizar si estamos o no ante un supuesto de expropiación indirecta. Según las circunstancias del caso, se tomarán en cuenta distintos criterios como la magnitud de la medida, la expectativa razonable, el beneficio del Estado, la inviabilidad económica del bien, entre otros. Como bien señala Hoffmann, esto hace menos predecible las decisiones, pues al no existir reglas abstractas y uniformes, juegan un papel trascendente los hechos concretos y la interpretación de los mismos. Debemos aceptar que “diferentes individuos valoran ciertos hechos de manera diferente, dándoles una importancia distinta”⁽⁶⁸⁾, lo que no nos debe llevar a renunciar a nuestros intentos de alcanzar fallos cada vez más predecibles.

El criterio más relevante para identificar expropiaciones indirectas es sin duda el del efecto privativo que genera la medida estatal. Tal privación debe significar la pérdida de los atributos esenciales propios del bien (uso disfrute o disposición) o de su valor económico, la idea es que se generen efectos privativos similares a los que genera la clásica expropiación forzosa. Ser titular de la propiedad es superfluo o irrelevante. Aquí sobresalen el criterio del caso Penn Central según el cual habrá una expropiación si se elimina todo uso económico del bien y el criterio del caso Lucas que indica la existencia de expropiación cuando se elimina todo valor económico o utilidad del bien.

Por tanto, no toda reducción del valor o de las facultades características de la propiedad califican como expropiación indirecta.

No obstante, las circunstancias de cada caso exigen que ese efecto sea analizado en equilibrio con otros elementos. Por lo pronto, no se debe contar dentro de esos elementos a la intención estatal de apropiarse de los bienes que padecen efectos expropiatorios. Lo relevante no son es combatir los propósitos legítimos o ilegítimos del Estado, sino restaurar o proteger el derecho de propiedad, en cuyo caso carece de relevancia las buenas o malas intenciones del Estado. Tampoco es relevante si el Estado ha buscado generar un efectivo perjuicio a la propiedad o si, por el contrario, solo ha procurado alcanzar fines públicos legítimos como la protección del medio ambiente, la vida en comunidad o algún otro bien.

En este punto se debe hacer una salvedad. La jurisprudencia norteamericana y la doctrina mayoritaria señalan que cuando la medida busca tutelar bienes como la salud pública o a la vida, sí son relevantes los propósitos del Estado para analizar la medida acusada de tener efectos expropiatorios. Esto se conoce como *excepción de daño* y fue creada por el Juez Supremo Brandeis en su voto singular del caso Pennsylvania Coal. Allí señalaba que si el uso de un bien es en sí mismo nocivo, peligroso o causa un daño público, el poder de policía podía limitar su uso sin compensación, aun cuando eso genere pérdidas al propietario⁽⁶⁹⁾.

(68) HOFFMANN, Anne K. *Indirect Expropriation*. En: REINISCH, August. *Standards of Investment Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2008; p. 169.

(69) “Una restricción impuesta para proteger la salud, la seguridad o la moral pública de amenazas peligrosas, no es una expropiación. La restricción en cuestión en este caso es solo la prohibición de un uso nocivo. El Estado no se apropia ni hace ningún uso de ella (...) Se ha dicho que un hecho a considerar al determinar si el poder de policía ha excedido sus límites está en la medida en que resulte una disminución de valor, y que en este caso la restricción destruya derechos de propiedad existentes y contratos. Pero el valor es relativo. Si vamos a considerar el valor del carbón mantenido en el lugar por la restricción, deberíamos compararlo con el valor de todas las otras partes de la propiedad. La ley estaba claramente dirigida a un propósito público, y parece asimismo evidente que el solo aviso de la intención de extraer el mineral no asegura la seguridad pública (...). Se ha dicho que la ley no se puede sustanciar como un ejercicio del poder

Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y usos *Indirect expropriation. Justification, regimes, cases, criteria and uses*

Hace poco vimos en las noticias que el Ministerio de Salud dispuso la prohibición de ciertos productos comestibles (snacks) porque en los Estados Unidos (lugar donde fabrican) la autoridad competente había advertido que generaba riesgos a la salud. Es evidente que la medida genera en la práctica que el dueño de esos productos siga ostentando la titularidad de los mismos, pero que no puede obtener ningún provecho de los mismos y que a la vez han perdido todo valor. Sin embargo, a pocos se les puede ocurrir que eso sea considerado como una expropiación indirecta pasible de tutela.

Esta última situación cambiaría un poco si lo que se afecta es una expectativa razonable sustentada en decisiones directas de la autoridad estatal. Por ejemplo, si el mismo Estado solicita a una empresa la importación de asbesto, no puede luego decretar que para cuidar la salud pública esos bienes no puedan ser usados o comercializados, sin antes indemnizar por la expropiación indirecta generada.

No cabe duda de que se trataría de una medida estatal que persigue fines públicos legítima, pero interferiría con las razonables y legítimas expectativas del inversor fundadas en compromisos estatales específicos. Lo que se protege en el fondo no son las legítimas expectativas, sino la privación de usos o beneficios característicos del bien en cuestión y que ya formaban parte de la esfera jurídica del propietario.

Finalmente, tenemos los criterios temporal y espacial. De acuerdo con el primero, no estaremos ante una expropiación indirecta si la medida lesiva responde a circunstancias concretas de una situación excepcional que, por definición, es solo temporal. Evidentemente, si la medida de efectos expropiatorios excede el tiempo razonable, se materializará

una expropiación indirecta. Conforme al segundo criterio, se puede generar una expropiación indirecta si se invade físicamente el bien, pero de modo permanente. Además del factor tiempo, es importante determinar si la lesión genera una invasión de tal magnitud que en la práctica se pierda el uso del bien. Es decir, la sola invasión física permanente no genera una expropiación indirecta, hay que analizar si genera o no efectos similares a la expropiación.

Como se aprecia en los casos resueltos por el TC y por los Tribunales Internacionales, los criterios a usarse en uno u otro caso dependerán de las circunstancias concretas. Finalmente, una vez identificada la expropiación indirecta el remedio procesal puede variar. El primer paso es identificar que la medida acusada de expropiatoria persiga fines públicos. Si esto fuera así, podríamos estar ante una expropiación indirecta legítima. En ese caso, sería posible formular una demanda de amparo solicitando el inicio de un procedimiento donde se respete el debido proceso y se fije una indemnización o, como pretensión alternativa, si el Estado se niega a indemnizar, que se elimine la medida lesiva.

Nótese que este tipo de expropiaciones indirectas solo se considerarán legítimas si se persigue una finalidad pública, se respeta el debido proceso y paga una indemnización.

de policía donde el derecho a extraer el carbón en cuestión ha sido reservado (...). La conclusión parece descansar sobre la hipótesis que en orden de justificar tal ejercicio del poder de policía, debe haber 'un equilibrio en las ventajas recíprocas' tanto respecto del dueño de la propiedad restringida como del resto de la comunidad, y que tal reciprocidad en este caso estaba ausente (...). La reciprocidad de ventaja es una consideración importante, e incluso podría ser esencial, donde el poder del Estado es ejercido para el fin de conceder beneficios sobre la propiedad de un vecindario, como en los proyectos de drenaje, o sobre predios colindantes, como en la provisión de una pared medianera. Pero cuando el poder de policía es ejercido, no para conceder beneficios a favor de propietarios sino para proteger a la sociedad de algún detrimento o peligro, no hay en mi opinión, en ese caso, lugar para considerar ventajas recíprocas. Ahí no hay ventaja recíproca para el propietario restringido de usar ya sea sus estanques de petróleo, botillería, salón de billar, etcétera; a menos que sea la ventaja de vivir y hacer negocios en una comunidad civilizada. Esa ventaja recíproca es dada por la ley a los operadores de carbón" (260 U.S. 393).



Raffo Velásquez Meléndez

En tal supuesto el remedio procesal será mantener la medida lesiva previo pago de la indemnización respectiva.

Al contrario, si no concurren esos requisitos, el único remedio procesal posible es eliminar el acto lesivo, reponiendo las cosas al estado anterior a la agresión o amenaza tal como lo prevé el artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

Como se ha advertido, esta situación genera retos con respecto a la cosa juzgada

constitucional. Esto no solo porque el Código Procesal Constitucional no prevé a la indemnización como remedio procesal, sino por la posibilidad de flexibilizar fallos que han adquirido la calidad de cosa juzgada. Imaginemos que originalmente se dicta sentencia que declara la invalidez de una medida estatal por generar una expropiación indirecta. Luego que esa decisión adquiere la calidad de cosa juzgada, el Estado procura mantener esa medida identificando un fin público, siguiendo un debido proceso y pagando una indemnización ¿Esto podría ser posible? Las respuestas de estas y otras cuestiones que han quedado en el tintero merecen atención por nuestra doctrina nacional. ⁽¹⁾