

APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY GENERAL DE EXPROPIACIONES AL RÉGIMEN DE CONCESIONES SOBRE OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUCTURA Y DE SERVICIOS PÚBLICOS

Richard Martín Tirado* **

I. INTRODUCCIÓN

A partir de 1990, el Perú ha venido efectuando un conjunto de reformas en diversos sectores de la economía nacional. Como consecuencia de ello, se ha expedido una serie de normas de promoción de la inversión privada.

En este contexto, no se puede dejar de tomar en cuenta el conjunto de reformas estructurales introducidas en la Constitución Política de 1993, mediante la cual se han efectuado cambios radicales sobre diversos aspectos que regulan la economía nacional y, en especial, se han elevado a nivel constitucional una serie de disposiciones de promoción en materia de inversión privada.

En este proceso, inicialmente, se expidieron los Decretos Legislativos 662 y 757, con el objeto de regular las garantías de estabilidad jurídica del régimen de inversión extranjera (Decreto Legislativo 662) y de emitir normas de promoción a la inversión privada (Decreto Legislativo 757), dispositivos de carácter general a partir de los cuales se ha regulado el esquema promocional de inversión privada nacional y extranjera en el país. Posteriormente, tal como ya se ha indicado, con la promulgación de la Carta Fundamental de 1993 se elevaron a nivel constitucional diversas disposiciones contenidas en dichas normas legales.

La nueva Constitución Política del Estado establece una serie de normas en materia de protección y promoción a la inversión, cuya importancia radica

Con la promulgación de la nueva Ley General de Expropiaciones, Ley 27117, se han introducido una serie de modificaciones que afectan el desarrollo de los proyectos de entrega de concesiones sobre obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. Dentro de este marco, el autor analiza las implicancias de tales modificaciones, la naturaleza de la expropiación en general y el efecto de dicha norma sobre las concesiones que puedan dirigirse, señalando la necesidad que, en vía legislativa, se realicen una serie de aclaraciones con el fin de que la misma, más que un obstáculo, sea un medio favorable para el desarrollo y entrega de concesiones administrativas.

* Las opiniones vertidas en el presente documento son estrictamente personales, y no comprometen a las entidades en las cuales el autor participa como asesor.

** Abogado. Especialista en Derecho Administrativo.

en el sentido de permanencia de las mismas y en la imposibilidad de ser modificadas por la legislación ordinaria.

Para efectos del presente trabajo nos interesa destacar, en forma especial, los alcances del Decreto Legislativo 757 en la medida que dicho dispositivo legal tiene una conexión directa con el Decreto Legislativo 758, norma expedida con anterioridad a la Constitución de 1993, y que regula el régimen de promoción de la inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

Entre otros aspectos, el Decreto Legislativo 757 establece los siguientes principios orientadores:

- Garantiza la libre iniciativa y las inversiones privadas que se efectúen en todos los sectores de la actividad económica y en todas las formas empresariales o contractuales previstas en la Constitución Política del Estado.
- Deroga toda reserva establecida en favor del Estado para la realización de actividades económicas o para la explotación de recursos naturales.
- Prohíbe a las empresas del Estado realizar actividades económicas similares a las que efectúa el sector privado u otorgar atribuciones de imperio o propias de la Administración Pública.
- Asegura el derecho a todas las empresas de acordar libremente la distribución del íntegro de las utilidades o dividendos que generen y el derecho de los inversionistas de las mismas a recibir la totalidad de las inversiones que les correspondan.
- Elimina cualquier tratamiento discriminatorio y diferenciado en materia cambiaria, precios, tarifas, o derechos no arancelarios, entre los inversionistas y las empresas en las que éstos participan.
- Regula la posibilidad de suscribir Convenios de Estabilidad Jurídica con inversionistas priva-

dos, los mismos que tienen la naturaleza jurídica de un contrato administrativo con fuerza de ley. En consecuencia, no pueden ser modificados o dejados sin efecto por un acto unilateral del Estado.

En el caso específico de las inversiones en materia de infraestructura pública y de servicios públicos, y en el contexto de las reformas estructurales antes descritas, en 1991 se expidió el Decreto Legislativo 758, el cual establece el régimen de promoción de la inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. Meses más tarde, se expidió su Reglamento, el que fuera aprobado por el Decreto Supremo 189-92-PCM.

Posteriormente, en el año 1996 con la finalidad de precisar, aclarar y profundizar los mecanismos de promoción de la inversión privada, se expidió el Decreto Legislativo 839, mediante el cual se efectuaron una serie de modificaciones a las normas antes mencionadas. Así, se dictaron un conjunto de disposiciones relativas a la promoción de inversiones privadas en obras de infraestructura y de servicios públicos, potenciando el desarrollo de un sistema alternativo a los contratos de obra pública con financiamiento directo a cargo del Estado, en virtud del cual los inversionistas reciben en concesión las obras de infraestructura y/o servicios públicos convenidos a cambio de su explotación por un período específico.¹

Cabe señalar que el Decreto Legislativo 839 modifica los alcances del Decreto Legislativo 758, y crea la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas- PROMCEPRI como la entidad encargada de la promoción del proceso.

A fin de sistematizar la normativa legal sobre concesiones privadas, en diciembre de 1996, se expidió el Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega de concesiones al sector privado, el cual fue aprobado por el Decreto Supremo 059-96-PCM y reglamentado por el Decreto Supremo 060-96-PCM. Las normas acotadas tuvieron la virtud de unificar, en su oportunidad, las disposiciones del Decreto Legislativo 758 con las

¹ Durante el período 1991-1996, no existieron avances sustantivos en materia de otorgamiento de concesiones de obras públicas de infraestructura vial. Los esquemas desarrollados durante el período se asemejan más a los contratos de obra pública que a la propia naturaleza jurídica de los contratos de concesión regulados por el Decreto Legislativo 758. A modo de ejemplo, se puede indicar que a fines del año 1991, el Gobierno Regional de La Libertad otorgó una "concesión" para el desarrollo de un tramo en la zona de Virú, la misma que se encuentra pendiente de liquidación de pago de adicionales de obras, no aprobados oportunamente por la Contraloría General. Por otra parte, existe la Concesión del Tramo Arequipa- Matarani, otorgada por el SINMAC en representación del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, la misma que actualmente es operada por la Sociedad Concesionaria CONCAR S.A. y que, en aplicación de un reciente laudo arbitral, ha sido ampliada en 41 meses, siendo en consecuencia su plazo de vencimiento el 10 de mayo del año 2004.

modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo 839.

Entre las principales características del nuevo marco legal y reglamentario del sistema de concesiones se pueden mencionar las siguientes:

- Uniformiza el marco legal existente en materia de otorgamiento de concesiones sobre obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.
- Reformula la participación de la PROMCEPRI como la única autoridad encargada de conducir el proceso de promoción de la inversión privada en materia de concesiones.²
- Precisa el sistema de otorgamiento de concesiones mediante el procedimiento de Licitación Pública o de Concurso de Proyectos Integrales Nacionales o Internacionales.
- Modifica el sistema de iniciativas privadas en materia de concesiones, estableciendo que las personas naturales o jurídicas sólo podrán presentar ante la COPRI, a manera de sugerencias, los lineamientos generales de proyectos integrales que se requieran para la entrega en concesión al sector privado de dichas obras, a diferencia del texto original del Decreto Legislativo 758 y el Decreto Supremo 189-92-PCM, normas en las cuales se establecía el compromiso del Estado con los proponentes de Iniciativas Privadas.³
- Establece precisiones con relación al régimen legal de las Sociedades Concesionarias, las que deberán constituirse como consecuencia de la adjudicación de la buena pro de la concesión, al permitirles un régimen especial en materia de suscripción de Convenios de Estabilidad Jurídica, en virtud del cual el Estado podrá celebrar dichos convenios en plazos similares a los otorgados para el plazo de vigencia de la concesión.
- Crea el Fondo de Promoción de la Inversión Privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, el que se encuentra a cargo de la COPRI.
- Señala el régimen específico de los bienes entregados en concesión al sector privado, precisándose que la concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos. Ello se establece, sin embargo, sin perjuicio de las acciones inherentes al titular de la concesión para que pueda ejercer los derechos que se le otorguen en virtud del contrato, en especial los relativos al cobro de tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones.
- Determina las modalidades bajo las cuales podrá otorgarse la concesión, ya sea a título oneroso, gratuito, cofinanciada o mixta en el caso que concurren más de una de las modalidades antes descritas.
- Complementa los alcances de lo dispuesto en los Decretos Legislativos 662 y 757 al permitir que los contratos de concesión puedan contener cláusulas que estipulen la indemnización a la cual tendrá derecho el concesionario en los casos en que el Estado suspenda, deje sin efecto o modifique la concesión por causal distinta a la suspensión o caducidad de la misma.
- Regula el régimen de transferencia de la concesión y las garantías aplicables en caso de operar dicha transferencia, previa autorización del Estado.
- Autoriza la posibilidad de pactar un régimen de contraprestaciones aplicables al concesionario. En este sentido, el concesionario percibirá como compensación por las obras y servicios que explote, la tarifa, precio, peaje u otro sistema de recuperación de la inversión establecida, así como los beneficios adicionales que se convengan en

² En aplicación del Decreto de Urgencia 025-98, la Comisión de Promoción de la Inversión Privada-COPRI, asumió las competencias inicialmente otorgadas por el Decreto Legislativo 839 a la PROMCEPRI. Recientemente, mediante la Ley 27108 del 16 de mayo del presente año, se ha derogado el Decreto de Urgencia 025-98 y su modificatoria, el Decreto de Urgencia 001-99. Igualmente, mediante la Ley 27111 del mismo 16 de mayo pasado, se ha aprobado la transferencia de PROMCEPRI a la COPRI, así como la de diversos organismos descentralizados a diversos ministerios, ratificándose entre otros, en el artículo 3 de dicho cuerpo legal, los actos efectuados en virtud del Decreto de Urgencia 025-98.

³ A nivel del ordenamiento jurídico local la Municipalidad Metropolitana de Lima ha expedido la Ordenanza Municipal 098-96-MLM del 02 de octubre de 1996, mediante la cual se aprueba el Reglamento de las Inversiones Privadas en Obras de Infraestructura y de Servicios Públicos. El artículo 12 de dicha Ordenanza regula un régimen especial de iniciativas incompatible con el régimen general de concesiones. Es importante señalar, que el artículo 2 de la citada Ordenanza Municipal, establece la prevalencia de dicha norma legal sobre todas las normas que se le opongan, consagrando así un discutible régimen de jurisdicción exclusiva de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

el contrato, tales como concesiones para servicios turísticos, autoservicios, publicidad y otros.

- Sistematiza el marco legal inicial en materia de beneficios tributarios, los cuales se encuentran en proceso de perfeccionamiento y actualización permanente.
- Obliga a que el concesionario no pueda otorgar ninguna exención en favor de usuario alguno.

Uno de los aspectos que no ha sido desarrollado en el conjunto de normas que regulan el régimen general descrito es el relativo a la libre disponibilidad de las áreas afectadas a los proyectos de infraestructura sobre las cuales ha de efectuarse el proceso constructivo; y, en su caso la etapa de explotación de la concesión⁴.

En efecto, el tema de la libre disponibilidad de las áreas afectadas a un proceso de entrega en concesión es un tema que guarda íntima, y directa, vinculación con la ejecución de acciones de saneamiento físico-legal por parte de las entidades promotoras y concedentes de los proyectos.

En el caso peruano, no existe una regulación unitaria respecto a la libre disponibilidad de las áreas afectadas a los proyectos de concesión. Así, tenemos que para cada tipo de proyecto y en función del tipo de infraestructura se configuran reglas propias para el saneamiento físico - legal de los bienes afectados.

Sin embargo, el tema adquiere connotaciones especiales en el caso de contratos de concesión sobre obras públicas de infraestructura, en los cuales la entrega tardía o parcial puede generar obligaciones adicionales para el Estado en su condición de entidad concedente.

II. ANTECEDENTES

La derogada Ley General de Expropiaciones (Decreto Legislativo 313) y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 047-85-PCM no contenían una regulación específica sobre la aplicación de las

normas expropiatorias relativas al sistema de concesiones. En estricto sentido, ambas disposiciones legales se encontraban formalmente diseñadas para la realización de obras públicas o para la prestación de servicios públicos en forma directa por parte del Estado. Sin embargo, no cubrían un nuevo espectro, como es el de la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructura pública. A ello debemos agregar que dichas disposiciones legales no se encuentran formalmente adecuadas a la Constitución de 1993.

Para efectos del presente trabajo, nuestros comentarios se encuentran referidos a los alcances de la Ley 27117, nueva Ley General de Expropiaciones, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 20 de mayo de 1999.

Es importante destacar que la Ley 27117 recoge casi integralmente la última versión del Proyecto de Ley General de Expropiaciones aprobado por el pleno del Congreso de la República en el mes de marzo del presente año, el que contenía el Dictamen al Proyecto de Ley 4215/98 emitido por la Comisión de Infraestructura y Transportes con las observaciones remitidas por el Presidente de la República al Presidente a.i. del Congreso de la República, mediante el Oficio 018-99-PR del 16 de febrero de 1999.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPROPIACIÓN

La potestad expropiatoria del Estado involucra la participación de los distintos Poderes del Estado. En efecto, en el desarrollo de los procesos expropiatorios los diversos poderes del Estado⁵ ejercen un rol fundamental que permite garantizar la eficacia del procedimiento.

Para definir la naturaleza jurídica de esta institución, es posible acudir a distintas fuentes y ordenamientos legales. Según Ramón Parada⁶, la expropiación es una de las instituciones administrativas más intensas y extrañas, en virtud de la cual se concreta la privación de un derecho o de un interés patrimonial.

⁴ Para efectos del presente trabajo, es importante destacar que la libre disponibilidad de las áreas afectadas es un tema que se encuentra directamente vinculado a las concesiones que involucran la gestión de infraestructura pública vinculada a las diversas modalidades de transporte, tales como carreteras, puertos, aeropuertos y ferrocarriles.

⁵ En el presente documento, y para efectos estrictamente didácticos, utilizamos la denominación Poderes del Estado en su expresión clásica, con el objeto de poner énfasis en el rol que juegan en el proceso, el Poder Legislativo, Judicial y Ejecutivo, dejando expresa constancia que dichas categorías hoy en día son unánimemente identificadas como aquellas potestades que cumplen los órganos del Estado.

⁶ PARADA, Ramón. "Derecho Administrativo. Parte General". Tomo I, Novena Edición, 1996, p. 610.

La forma en que se regula el procedimiento expropiatorio varía en función de los ordenamientos jurídico - constitucionales. Tal como lo refiere Ramón Parada⁷, la privación de estos derechos e intereses patrimoniales no es gratuita, y supone en rigor la existencia de una garantía patrimonial para el administrado. En tal virtud, la administración se encuentra obligada a indemnizar al afectado por la privación de sus derechos e intereses patrimoniales.

Para este autor, los orígenes inmediatos de la expropiación forzosa se encuentran en la Ley del 8 de marzo de 1810 expedida por Napoleón, en virtud de la cual se establecieron diversas fórmulas procesales con relación a la defensa de la propiedad inmueble frente a los actos de desampoderamiento que originaban las obras públicas.

Desde una perspectiva histórica, se puede advertir que el procedimiento expropiatorio ha tenido un marcado acento judicialista, producto de la clásica teoría de la distribución de los poderes del Estado, en la que existía una natural desconfianza de que la propia autoridad administrativa sea juez y parte en el proceso.

La Ley Napoleónica bajo comentario no hace sino reflejar esta tendencia. Por ello, es que el Consejo de Estado Francés en su momento fue forzado a elaborar una ley cuyos ejes centrales debían ser la desconfianza plena frente a la Administración y el otorgamiento de garantías eficaces a favor de los propietarios. Surge así el principio de que la propiedad sólo podía ser afectada siempre y cuando existiera una sentencia judicial recaída en un proceso civil.

Finalmente, la expresión judicialista del procedimiento expropiatorio se ha visto atenuada con las modificaciones introducidas con respecto al pago de la indemnización justipreciada con posteriori-

dad a la toma material del bien expropiado. Precisamente a partir de esta situación se ha generado una nueva figura, la llamada expropiación de urgencia o administrativa.⁹

IV. EL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL MODELO CONSTITUCIONAL VIGENTE

El artículo 70 de la Constitución de 1993 establece a la letra lo siguiente:

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

Como se puede advertir, la Constitución Política vigente no reconoce al derecho de propiedad como un derecho absoluto. Por el contrario, regula la posibilidad que éste sea materia de privación en función del cumplimiento de determinados requisitos que operan desde el propio enunciado constitucional.

Tal como lo señala Jorge Avendaño¹⁰:

“... la propiedad ha sido tradicionalmente un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo. Lo primero significa que confiere al titular todas las facultades posibles, esto es, las de usar, disfrutar y disponer del bien objeto del derecho. Lo segundo, quiere decir que, precisamente por ser absoluto o total, el derecho de propiedad no deja lugar o espacio para otro titular. El derecho del propietario excluye así todo

⁷ En el caso español, el artículo 33.3 de la Constitución Política de 1978 establece que “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”

⁸ En la misma línea, Enrique SILVA CIMMA, establece que la expropiación en su forma jurídico - procesal surge con la Ley Napoleónica del 8 de marzo de 1810, en mérito de la cual, “... se permitió la cesión obligatoria de la propiedad privada a favor de la administración, sólo previa sentencia judicial emanada de los órganos del fuero común que autorizara la medida y fijara la indemnización correspondiente, dando lugar así, a lo que pasó a denominarse expropiación forzosa ...”. SILVA CIMMA, Enrique. “Derecho Administrativo y Comparado. Actos, Contratos y Bienes”. Ed. Jurídica de Chile, 1995, p. 303.

⁹ Sobre el tema, Enrique SILVA CIMMA afirma lo siguiente: “... en lo que concierne a la oportunidad en que el expropiado tiene derecho a que se le reconozca la garantía patrimonial sobre el monto de la indemnización que sustituye al bien expropiado, la doctrina distingue dos modalidades: que la garantía patrimonial se haga efectiva *ex ante* la privación del bien, o en su defecto *ex post* al sacrificio sufrido; la aplicación de la primera dará origen, según veremos más adelante, a la expropiación que se denomina forzosa o judicialista, y la segunda, a la expropiación de urgencia o administrativa”. *Ibid.* p. 302-303.

¹⁰ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “El Derecho de Propiedad en la Constitución”. En: *Themis-Revista de Derecho*, Segunda Época, No. 30, Lima, 1994, p. 117.

otro derecho incompatible con él. Es un derecho perpetuo, finalmente, porque no se extingue por el sólo no uso, lo cual lo hace que la prescripción extintiva no afecte la propiedad y que la acción reivindicatoria sea imprescriptible”.

Es evidente que de los tres caracteres del derecho de propiedad enunciados por Avendaño, se encuentra severamente cuestionado el relativo a su carácter absoluto, en la medida que el ordenamiento jurídico establece la prevalencia del “interés de la sociedad” sobre el “interés particular”.

Al admitirse la necesidad de establecer límites o restricciones al derecho de propiedad, se constata, como bien afirma Avendaño¹¹, que el derecho de propiedad es un derecho que requiere ser “reglamentado en sí mismo”, esto es, que requiere un conjunto de regulaciones administrativas que armonicen la plena titularidad del propietario con el interés público.¹²

La limitación más grave que afecta el propio contenido esencial del derecho de propiedad es, precisamente, la privación de la propiedad a través de los procedimientos expropiatorios. Tal como lo hemos señalado, en el caso peruano, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, existen requisitos que operan desde el propio texto constitucional.

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico existe una protección desde el propio enunciado contenido en el artículo 70 de la Constitución Política, el mismo que regula entre otros aspectos:

- La exigencia de una Ley del Congreso de la República.
- La existencia de causales que justifiquen la expropiación.

¹¹ Ibid. pág. 118.

¹² Sobre el mismo tema, Enrique SILVA CIMMA, indica lo siguiente: “... la propiedad no es un derecho absoluto, por lo que puede y debe admitir las necesarias limitaciones derivadas en lo fundamental de la función social que igualmente debe cumplir, limitaciones que se traducen en sacrificios y privaciones de distinto rango para su titular (...) en este orden de ideas, la expropiación, ha pasado a ser considerada como el ejercicio de una potestad pública en aras del interés general de la comunidad, antes que como un mecanismo defensivo de los propietarios”. SILVA CIMMA, Enrique. Op. Cit. p. 301-302.

¹³ PARADA, Ramón. “El Artículo 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria”. En: Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor García de Enterría. Tomo II, Civitas, 1991, p. 1272.

¹⁴ AVENDAÑO, Jorge. Op. Cit. p. 118.

¹⁵ Para autores como Daniel PENALILLO AREVALO, los elementos tipificantes de un proceso expropiatorio son los siguientes:

- a. Un sujeto activo o expropiante
- b. Un sujeto pasivo o expropiado
- c. Una declaración de expropiación o acto expropiatorio
- d. Una causal
- e. Un procedimiento
- f. Una indemnización

PENALILLO AREVALO, Daniel. “La expropiación ante el Derecho Civil”. 2da edición. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 16.

- El pago previo del justiprecio al afectado.
- El derecho del afectado de accionar ante el Poder Judicial para discutir el valor del justiprecio asignado por el Estado.

Por ejemplo, en el caso español, Ramón Parada afirma que en la Constitución de 1978 no se considera al derecho de propiedad como un derecho fundamental, de naturaleza preconstitucional, regulable sólo por ley orgánica y susceptible de amparo directo, sino que, siguiendo la tradición de la Constitución de 1931 “... la incluye entre los derechos económicos y sociales (...) regulados por ley ordinaria y garantizados únicamente por los modos comunes ante los tribunales ordinarios ...”.¹³

Para Avendaño¹⁴, el hecho de que exista un tratamiento constitucional del derecho de propiedad es un tema protagónico, en la medida en que cada sistema constitucional ha tomado una postura específica sobre este tipo de derecho, ya sea para afirmarlo o para suprimirlo.

V. FUNDAMENTOS DE LA POTESTAD EXPROPIATORIA DEL ESTADO

Para entender los fundamentos de la potestad expropiatoria del Estado en el ordenamiento jurídico peruano, es preciso tomar en consideración los alcances del artículo 70 de la Constitución Política de 1993.

De acuerdo al citado precepto constitucional, la expropiación debe cumplir en forma mínima con los siguientes requisitos¹⁵:

- Es necesario fundamentar las causales de seguridad nacional o de necesidad pública

- Las causales que justifican la expropiación deben ser declaradas por Ley del Congreso de la República.
- El pago de la indemnización justipreciada deberá ser previo y podrá incluir la compensación por el eventual perjuicio.
- El afectado deberá contar con la posibilidad de accionar ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que haya fijado el Estado en el procedimiento expropiatorio.

Sin perjuicio de lo expuesto, autores como Marcial Rubio Correa¹⁶ afirman que la Constitución de 1993 introduce tres modificaciones importantes en materia de expropiaciones que no se encontraban reguladas en la Constitución de 1979, las que a continuación se indican:

- a. El hecho de que la indemnización debe incluir la compensación por el eventual perjuicio que se produzca al afectado.
- b. La posibilidad de que el afectado pueda ejercer el derecho de acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad señalado en el procedimiento expropiatorio.
- c. La eliminación de todo tipo de excepciones al principio de pago previo en dinero.

En el caso de la Ley 27717, advertimos que en el artículo 2 del citado cuerpo legal se define a la expropiación como :

“... la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso de la República a favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio...”

El texto transcrito establece una definición jurídica de la expropiación que reitera, en forma más o

menos genérica, los alcances del artículo 70 de la Constitución Política del Estado.

Sin embargo, en la definición del artículo 2 de la Ley advertimos un mayor énfasis en los siguientes aspectos:

- Se exige la expedición de una “Ley expresa del Congreso de la República”.
- Se establece que esta ley expresa sólo puede operar por la iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales.
- Se señala que el beneficiario de la expropiación determinada por dicha ley expresa deberá ser el Estado.
- Se precisa que el pago de la indemnización justipreciada y la compensación por el eventual perjuicio que sufra el afectado no sólo deberá ser previo, sino también en efectivo.

Si bien el artículo 2 de la Ley constituye una aplicación práctica del artículo 70 de la Constitución de 1993, ello no quiere decir que el derecho de propiedad siempre tenga un sustento constitucional para su protección. Un ejemplo concreto de ello se encuentra en los alcances del artículo 33.3 de la Constitución Española de 1978, la misma que remite a la justicia ordinaria los supuestos de privación de los bienes y derechos de los particulares.

No siempre es necesario que el derecho de propiedad tenga un fundamento constitucional para que en tal virtud sea protegido. Tal como se ha indicado en el caso español, no se considera al derecho de propiedad como un derecho constitucional. Simplemente, se le reconoce entre los derechos que pueden ser regulados por ley ordinaria y sólo están garantizados ante los tribunales ordinarios por los modos comunes¹⁷.

La expropiación o instituto expropiatorio es visto en “...un sentido negativo como la garantía radical del propietario frente a la desposesión por el Estado, y no positivamente, como la potestad de éste de apo-

¹⁶ RUBIO CORREA, Marcial. “Estudio de la Constitución Política de 1993”, Tomo III. Tesis para optar el Grado de Doctor en Derecho presentada a la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 317.

¹⁷ Afirma Ramón PARADA para el caso español lo siguiente: “(...) la expropiación forzosa, más que una técnica defensiva de la propiedad contra la desposesión, está directamente al servicio de la potestad expropiatoria que, como las restantes potestades administrativas, se ejerce de hecho a través de la técnica de la decisión ejecutoria que permite a la administración alcanzar directamente su objetivo de apoderamiento de los bienes necesarios y resolver después, también unilateralmente, las reclamaciones y las indemnizaciones que puedan corresponder al expropiado bajo el control judicial.”. PARADA, Ramón. Op. Cit. p. 627.

derarse de los bienes de particulares para servicio del bien común”^{18 19}

Precisamente, uno de los aspectos más relevantes de la expropiación consiste en determinar su contenido y extensión.

Las simples limitaciones a la propiedad no ameritan la indemnización a los afectados. Sólo aquellas limitaciones que justifican una privación efectiva del derecho de propiedad, y conforme a los procedimientos constitucionales y legalmente previstos, asumen las características específicas de una expropiación.

Para efectos del presente trabajo, a continuación procederemos a evaluar cada uno de los requisitos exigidos en el artículo 70 de la Constitución de 1993, así como la forma en la que el derogado Decreto Legislativo 313 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 047-85-PCM regulaban los requisitos de la expropiación. Finalmente, se evaluarán las novedades que incorpora la reciente Ley 27117, Ley General de Expropiaciones.

a. La necesidad de una ley expresa en materia expropiatoria

El artículo 70 de la Constitución de 1993 exige que la privación del derecho de propiedad debe ser declarada por ley, a diferencia del artículo 125 de la Constitución de 1979, en la que se establecía que la expropiación debía ser declarada conforme a ley.

Aparentemente, la modificación constitucional sería un simple juego de palabras. Sin embargo ello no es así, debido a que cuando el artículo 70 de la Constitución vigente alude a que la causal de expropiación debe ser “declarada por ley”, ello comporta la necesidad de expedir una ley especial que precise el contenido de las causales de “necesidad pública” y de “seguridad nacional”.

En esta línea de acción, cuando el artículo 2 de la Ley 27117 establece que la potestad expropiatoria del Estado sólo se podría ejercer por una “ley expresa del Congreso a favor del Estado”, estaría asumiendo la tesis de la especificidad de la norma habilitante

del proceso expropiatorio, criterio que guarda absoluta coherencia con el contenido del artículo 4 de la Ley, el mismo que exige que “... en la Ley que se expida en cada caso deberá señalarse la razón de necesidad pública o de seguridad nacional que justifica la expropiación ...”.

En tal sentido, toda acción expropiatoria por parte del Estado exigiría acreditar el cumplimiento de las causales en una ley específica. Ello implica que el Congreso de la República no se encuentra autorizado a “crear” nuevas causales de expropiación.

En nuestra opinión, el hecho que el artículo 70 de la Constitución vigente establezca que la causal sea “declarada por ley” implica la obligación de definir los límites materiales de las causales de “necesidad pública” y de “seguridad nacional”, con el objeto de que no se extienda el contenido de dichas causales en la oportunidad en que se expidan las leyes específicas de expropiaciones.

En otros términos, de no mediar una definición unívoca de ambas causales en la propia Ley General de Expropiaciones, es bastante probable que cada ley específica que autorice o disponga la ejecución de un procedimiento expropiatorio extienda los alcances y contenidos de dichas causales.

Es importante destacar que a nivel del Decreto Legislativo 313, la antigua Ley General de Expropiaciones y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 047-84-PCM, se estableció una distinción entre el tipo de leyes que pueden servir de sustento para un procedimiento expropiatorio.²⁰

Así, tenemos que el artículo 2 del Decreto Legislativo 313 establecía lo siguiente:

“El Congreso de la República, previa declaración de necesidad y utilidad pública o de interés social, podrá disponer expropiaciones para cada caso concreto o autorizarlas expresamente para determinada generalidad de casos. Las expropiaciones para casos concretos, deberán disponerse solamente a iniciativa del Poder Ejecutivo.

¹⁸ Ibid. p. 614.

¹⁹ Para Jorge Avendaño Valdez “el fundamento jurídico de la expropiación es el mismo que sirve al Estado para limitar los derechos individuales, esto es, la realización de sus funciones, ya sean las esenciales o las facultativas. El Estado tiene como fin esencial el orden jurídico, es decir, crear el derecho y asegurar su imperio (...) la facultad de expropiar está justificada para la realización de los fines jurídicos y sociales del Estado.” AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Op. Cit. p. 120.

²⁰ Es conveniente aclarar que el Decreto Legislativo 313 y su Reglamento fueron expedidos al amparo de la Constitución de 1979.

La ejecución de las expropiaciones dispuestas o autorizadas por el Congreso de la República, se harán mediante Resolución Suprema que no requerirá el voto aprobatorio del Consejo de Ministros”.

En nuestro ordenamiento jurídico, la sola expedición de una Ley del Congreso de la República no implica la expropiación automática de la propiedad afectada. No se trata de una expropiación legislativa en la cual, dicho Poder del Estado conduzca en forma directa todo el procedimiento expropiatorio. Simplemente nos encontramos ante una potestad que no tiene otro objetivo que otorgarle un mayor nivel de protección a la propiedad privada.

La sola expedición de una Ley no implica la expropiación automática de la propiedad afectada. No se trata de una expropiación legislativa en la cual dicho poder del Estado conduzca en forma directa todo el procedimiento expropiatorio. Por ello es que tanto el Decreto Legislativo 313 como la actual Ley General de Expropiaciones reconocen la necesidad de que se expidan resoluciones ejecutoras con el propósito de viabilizar la potestad expropiatoria del Estado, aspecto que guarda complementariedad con la necesidad de expedir una ley expresa para cada caso.²¹

b. La existencia de una causal expropiatoria

Tal como lo hemos indicado, el artículo 70 de la Constitución de 1993 establece que una persona puede ser privada de su propiedad sólo por las siguientes causales :

- Necesidad Pública
- Seguridad Nacional.

El Decreto Legislativo 313 dictado al amparo del artículo 124 de la Constitución de 1979 contenía disposiciones relativas a las causales de utilidad pública e interés social. Sin embargo, es evidente que por aplicación inmediata y preferente del artículo 70 de la Constitución de 1993 ambas causales se encontraban referidas a la declaratoria de necesidad pública o seguridad nacional, según fuere el caso.

No existe consenso respecto al contenido de ambas causales habilitantes del procedimiento expropiatorio.

Enrique Bernaldes²² define dichos requisitos de la siguiente forma:

“La seguridad nacional tiene que ver con la protección a la sociedad y al Estado de las amenazas exteriores (por ejemplo, guerra con países vecinos), o internas (por ejemplo, subversión). La necesidad pública es un concepto que tiene relación con la indispensabilidad para la sociedad en su conjunto de hacer o no hacer determinada cosa. Por ejemplo, es de indiscutible necesidad pública la construcción de carreteras de trazo lo más recto que sea posible, y para ello muchas veces hay que expropiar propiedades ajenas, ya que están en el trazo de la nueva vía de comunicación”.

Por su parte, García Toma²³ define ambas causales desde una perspectiva principista en los siguientes términos:

La seguridad nacional es entendida como “el fin primario y elemental del Estado. Alude a una situación en la cual el cuerpo político logra el control de la pluralidad de influencias atentatorias contra los objetos de preservación, desarrollo y continuidad de la nación peruana.

La supervivencia y permanencia de nuestra organización política incluye e involucra necesaria e irremisiblemente su unidad y facultad de defenderse; pudiéndose adoptar, por ende, medidas de excepción, como la privación de la propiedad.”.

En cuanto a la noción de necesidad pública, el mismo autor señala que ésta alude a las “...medidas que redundan en beneficio, ventaja o utilidad a favor de la ciudadanía; por ejemplo, la realización de obras públicas. En puridad, en este específico aspecto hace referencia a las acciones que el Estado realiza en el campo de la construcción de infraestructura que luego pone al servicio de la población...”.

En nuestra opinión no es necesario regular el contenido de ambas causales a nivel del Texto Constitucional, pues ello significaría petrificar el contenido de dos causales que deben ser evaluadas y acreditadas en cada caso concreto. Sin embargo, sería conve-

²¹ Es importante destacar, que el artículo 7 de la Ley 27117 materia del presente análisis establece que en el caso de expropiaciones para obras de gran envergadura, será posible expedir una multiplicidad de resoluciones ejecutoras para la expropiación de bienes, hecho que no afecta ni desconoce la necesidad de expedir una ley expropiatoria expresa.

²² BERNALES BALLESTEROS, Enrique. “La Constitución de 1993, Análisis Comparado”, Lima: Konrad Adenauer, 1996, p. 332.

²³ GARCÍA TOMA, Víctor. “Análisis Sistemático de la Constitución Peruana de 1993”, Tomo II. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial - Universidad de Lima, 1998. p. 139.

niente que a nivel de la legislación infra-constitucional se establezcan algunos parámetros con el objeto de evitar el uso excesivo o abusivo de estas causales.

Debe tomarse en consideración que antes de la dación de la Ley 27117 no se ha expedido ninguna norma legal que complemente los alcances del artículo 70 de la Constitución de 1993 en relación a las causales del procedimiento expropiatorio. Simplemente, se venía adaptando dichas causales al procedimiento establecido en el Decreto Legislativo 313, el mismo que, reiteramos, fue expedido al amparo de la Constitución de 1979.

En tal sentido, el artículo 4 de la Ley 27117 contempla una aproximación inicial al tema al precisar que:

“... en la Ley que se expida en cada caso deberá señalarse la razón de necesidad pública o seguridad nacional que justifica la expropiación, así como también el uso o destino que se dará al bien o bienes a expropiarse.”.

Tal como se indica en el referido artículo 4 de la Ley 27117, las causales en mención sólo pueden ser invocadas por una Ley que disponga, sobre la base de cualesquiera de los dos fundamentos, la habilitación para efectuar la expropiación de una propiedad privada.²⁴

Ambos supuestos se fundan en la preponderancia del interés general sobre el interés particular, el cual evidentemente no se encuentra regulado a nivel constitucional.²⁵

Es importante resaltar que ambas causales son novedosas en el ordenamiento jurídico nacional, tal como lo confirma una reciente investigación efectuada sobre el tema por Marcial Rubio Correa.²⁶

Cabe señalar que en el artículo 34 de la Constitución de 1933 se estableció que “... a nadie podía privarse de su propiedad sino por causa de utilidad pública probada legalmente ...”.

La Ley 9125 expedida al amparo de la Constitución de 1933 estableció la necesidad de fundamentar la expropiación forzosa en motivos que justifiquen la necesidad y utilidad pública de la obra.²⁷

Posteriormente, con las modificaciones introducidas por la Ley 15242 de noviembre de 1964, se agregó la causal de interés social a la causal de utilidad pública establecida en la Constitución de 1933.

En la Constitución de 1979, se recogió ambas causales. Igual criterio se adoptó en el Decreto Legislativo 313. Sin embargo, en la Constitución de 1993 se ha optado por introducir dos causales distintas como fundamentos de la potestad expropiatoria del Estado.

c. El pago previo y directo de la indemnización justipreciada

Es importante destacar que la prerrogativa estatal de expropiar constituye en estricto sentido una potestad otorgada constitucionalmente al Estado en función del cumplimiento de los procedimientos y formalidades establecidos en la Constitución de 1993.

El artículo 70 del Texto Constitucional otorga una doble protección al afectado por un procedimiento expropiatorio, al exigir dos requisitos específicos en relación al pago del justiprecio:

- El pago previo
- El pago en efectivo

²⁴ Para Enrique BERNALES BALLESTEROS, el hecho de que el artículo 70 de la Carta Fundamental no exija una ley orgánica, permitiría que esta ley puede ser materia de delegación al Poder Ejecutivo a fin de que éste emita el correspondiente Decreto Legislativo. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Op. Cit. p. 332.

²⁵ Tal como lo afirma Jorge AVENDAÑO VALDEZ, “... la armonización en cada caso del derecho de propiedad con el interés social queda librada a la ley y a los reglamentos”. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Op. Cit. p. 119.

²⁶ De acuerdo a dicho autor, la Constitución de 1856, introduce por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico – constitucional, la causal de utilidad pública para efectos de expropiación. Posteriormente, tanto las Constituciones de 1860 (artículo 26), 1867 (artículo 25) y 1920 (artículo 38) establecen la causal de utilidad Pública como fundamento de la expropiación. Finalmente, el artículo 29 de la Constitución de 1933 estableció las causales de necesidad pública e interés nacional. RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit. p. 315.

²⁷ Para Jorge AVENDAÑO VALDEZ, el concepto de utilidad pública “... alude a beneficio, a ventaja a favor del sector público y mediatamente, a favor de toda la comunidad. Entre la expropiación y los beneficiarios finales, se ubica la obra pública.” Por otra parte, el mismo autor, define al interés social como “... cualquier forma de interés prevaleciente al individual del propietario (...) es la sociedad quien directamente se beneficia y a la cual revierte la actividad expropiatoria, mientras que en el sistema de la utilidad pública el papel era ocupado por un ente público, sin que mediara la intención de conformar el orden social”. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Op. Cit. p. 121.

Adicionalmente, tal como lo indica Enrique Bernal²⁸, en el nuevo modelo constitucional se regula que el pago de la indemnización justipreciada no puede referirse únicamente a una tasación del bien a expropiar, sino que también debe tomarse en cuenta el daño adicional que se hace al propietario al privarlo de su propiedad, criterio que compartimos y que de alguna manera ha sido subsanado en la Ley 27117.²⁹

Cuando se hace alusión al pago en efectivo del justiprecio se excluye la posibilidad de abonar el pago del justiprecio mediante bonos, salvo que el afectado consienta esta fórmula, la misma que venía siendo utilizada desde la reforma introducida mediante la Ley 15242 al artículo 34 de la Constitución de 1933, y que en gran parte escondía o simulaba una práctica confiscatoria de la propiedad privada.

d. El derecho de impugnar judicialmente la valorización efectuada

El artículo 70 de la Constitución de 1993 eleva a rango constitucional la posibilidad que el afectado, por un procedimiento expropiatorio, pueda impugnar judicialmente la valorización de su propiedad.

Sin embargo, este derecho, que no es sino el correlato del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional que tiene toda persona, no puede ser ejercido en forma absoluta por el afectado.

En efecto, la protección establecida en el artículo 70 de la Constitución tiene un límite material; esto es, debe concentrarse en la impugnación judicial de la valorización.

En tal sentido, el artículo 57 del derogado Decreto Legislativo 313 establecía que "... en ningún caso podrá discutirse la declaración de necesidad y utilidad pública o de interés social, ni podrá demandarse la nulidad de una expropiación dispuesta por el Congreso mediante una ley especial".

En el artículo 23 de la Ley 27117, nueva Ley General de Expropiaciones, se dispone que el sujeto activo de la expropiación podrá demandar judicialmente

la nulidad de la expropiación en los supuestos contemplados en los artículos 3 y 4 de la Ley.

Una de las novedades introducidas en la Ley 21117, es la posibilidad de que el sujeto pasivo pueda acudir voluntariamente a un arbitraje, con el objeto de resolver diversas pretensiones relativas al procedimiento expropiatorio.

Al respecto, el artículo 25 de la Ley establece que, entre otros temas, podrán ser objeto de arbitraje las siguientes pretensiones :

- La revisión del valor objetivo del bien expropiado
- La determinación de la reparación de los daños y perjuicios que se generen para el sujeto pasivo.
- La solicitud de expropiación del bien, en los casos que el sujeto pasivo pretenda una expropiación parcial.

VI. FORMALIDADES DEL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

La expropiación es una prerrogativa del Estado que sólo puede ser declarada por Ley expresa a favor del Estado como único beneficiario. Tal como lo hemos venido indicando, la Ley 27117 elimina la distinción existente en el Decreto Legislativo 313, el mismo que permitía la expropiación para casos generales y para casos concretos. En adelante, las expropiaciones requerirán sólo de una ley específica, aún cuando nos encontremos ante el supuesto de una ley para obras de gran envergadura.

VII. BENEFICIARIOS DE LA EXPROPIACIÓN

El artículo 3 de la Ley establece que el único beneficiario de una expropiación es el Estado, lo cual podría dar a entender que en materia de concesiones una Sociedad Concesionaria no podrá ser beneficiaria directa de un proceso expropiatorio. Sin embargo, de acuerdo a la Sexta Disposición Final de la Ley, el Estado conserva la posibilidad de otorgar en concesión los bienes expropiados para la realiza-

²⁸ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Op. Cit. p. 332.

²⁹ Es importante precisar que el artículo 15.1 de la Ley 27117 establece que "... la indemnización justipreciada comprende el valor de la tasación comercial del bien que se expropia y la compensación que el sujeto activo de la expropiación debe abonar en caso de acreditarse fehacientemente daños y perjuicios para el sujeto pasivo originados inmediata, directa y exclusivamente de la naturaleza forzosa de la transferencia.". Debe mencionarse que la versión final del citado artículo retoma el enfoque de causalidad de los daños y perjuicios establecido en el artículo 16 del Primer Anteproyecto de Ley elaborado por la PROMCEPRI, omitiéndose toda referencia al reconocimiento del daño emergente y el lucro cesante, tal como constaba en el Dictamen Final del Proyecto 4215/98 emitido por la Comisión de Infraestructura y Transportes del Congreso de la República en marzo del presente año.

ción de obras de infraestructura de servicios públicos.

En nuestra opinión, la fórmula contenida en el artículo 3 de la Ley resulta mucho más limitativa que el texto del artículo 3 del derogado Decreto Legislativo 313, dado que este cuerpo legal contemplaba en forma excepcional la posibilidad de que el beneficiario de una expropiación, para un caso concreto, pueda ser una empresa privada concesionaria de un servicio público.

En efecto, el segundo párrafo del artículo 3 del Decreto Legislativo 313 regulaba la posibilidad de que el Poder Ejecutivo pueda disponer expropiaciones en beneficio de empresas privadas que sean concesionarias de servicios públicos, previa sustentación de la causal expropiatoria, y sólo cuando tenga por objeto el funcionamiento de los servicios públicos materia de la concesión.

Desde un punto de vista doctrinario, es evidente que la participación del beneficiario es un asunto complejo en la medida en que cada ordenamiento jurídico podrá establecer con precisión quiénes pueden tener dicha condición jurídica.

En efecto, tal como afirma Vicente Escuin Palop para el caso español³⁰:

“... la aparición de un beneficiario entendiéndose por tal a cualquier persona pública o privada, habilitada en virtud de ley a solicitar la expropiación de un bien o derecho, que pasará a integrar su patrimonio, estando sometido a la obligación de abonar el justiprecio, implica, necesariamente, la limitación de las facultades de que es titular la Administración en el supuesto más frecuente de que actúe, simultáneamente como beneficiaria y expropiante.”.

Es evidente que la restricción contemplada en el artículo 3 de la Ley exige establecer una distinción entre el rol que cumple el Estado como sujeto activo de la expropiación, y su propia condición de beneficiario de la misma.

Tal como lo ratifica el mismo Vicente Escuin Palop³¹, en este supuesto se puede apreciar el doble rol que cumple la Administración “... como poder público dotado de potestad expropiatoria y otra como directamente interesada en el aspecto económico de la expropiación.”.

Si bien el sujeto activo de la expropiación puede coincidir con el beneficiario de la misma, debe quedar claramente establecido que dicha identidad no es producto de una decisión arbitraria, pues ella se deriva de un mandato legal que así lo establece.

En tal sentido, el artículo 3 de la Ley no establece ninguna conexión entre las causales que habilitan el procedimiento expropiatorio y las condiciones que debe tener el beneficiario de la misma. No obstante ello, es evidente que de acuerdo al artículo 70 de la Constitución Política de 1993 sólo es posible sustentar una expropiación en las causales de necesidad pública y de seguridad nacional. Siendo ello así, es claro que ambos supuestos deben tener una identificación con el beneficiario de la expropiación.

Al exigirse en el artículo 3 de la Ley que el único beneficiario de una expropiación sea el Estado, se traslada la obligación legal de que las causales de necesidad pública y de seguridad nacional, que habilitan el procedimiento expropiatorio, tengan un sustento directamente en beneficio del Estado y no de particulares.

Esto quiere decir que al amparo de la restricción establecida en el artículo del citado cuerpo legal, no será posible utilizar la personalidad jurídica del Estado para ocultar la existencia de beneficiarios particulares.

En el caso concreto de los proyectos a entregar en concesión al amparo de lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y servicios públicos, aprobadas por el Decreto Supremo 059-96-PCM y su Reglamento, es importante destacar que las acciones expropiatorias a desarrollar no implican que el Estado deje de ser el beneficiario directo de dichas medidas, dado que mediante estos contratos administrativos sólo existe una delegación de la gestión pero no una transferencia de propiedad de los bienes a entregar.

Sencillamente, lo que ocurre en el caso de los contratos de concesión es que el Estado cumple a cabalidad su rol de sujeto activo de los procedimientos expropiatorios, en la medida que ésta constituye una potestad indelegable a particulares. Asimismo, los bienes expropiados ingresan al patrimonio in-

³⁰ ESCUIN PALOP, Vicente. “La intervención del beneficiario en el procedimiento expropiatorio”. En: Revista de Administración Pública. No. 100 - 102, enero - diciembre, 1982, p. 1103.

³¹ Ibid. p. 1103.

mobiliario del Estado y no de la Sociedad Concesionaria encargada de la gestión de dichos bienes durante la vigencia del contrato de concesión.

Cabe agregar que la ejecución de acciones expropiatorias puede ser un tema permanente durante la vigencia del contrato de concesión, en la medida que se encuentra directamente vinculado a la etapa de construcción del mismo.

Para efectos del presente trabajo, es importante determinar si las expropiaciones que se realizan con el objeto de contar con áreas disponibles para la ejecución de proyectos de infraestructura de obras públicas y de servicios públicos regulados por el Decreto Supremo 059-96-PCM, y sus normas reglamentarias y complementarias, se encuentran en colisión con el artículo 3 de la Ley 27117.

En nuestra opinión no existe contradicción alguna, por cuanto las propiedades afectadas por el ejercicio de las potestades expropiatorias del Estado deberán ser transferidas en su momento a favor del Estado.

En rigor, el destino del bien expropiado no se encuentra afectado en la medida que la Sociedad Concesionaria no estaría desarrollando obras ni explotando la concesión por su propio derecho, sino a favor del mismo Estado que ha ejercido sus potestades expropiatorias.

Por ello entendemos que, aun cuando el Estado entregue en concesión bienes que han sido previamente expropiados, esto no niega que el beneficiario del procedimiento expropiatorio continúe siendo una entidad estatal que forma parte de la estructura administrativa del Estado.

Una lectura atenta de la Sexta Disposición Final de la Ley 27117 podría establecer un nivel de confusión, en la medida en que en otros ordenamientos jurídicos se admite la posibilidad de que las sociedades concesionarias puedan ser beneficiarias de una expropiación.

En efecto, el numeral 6.1. de la Sexta Disposición Final de la Ley establece a la letra lo siguiente:

“El Estado podrá otorgar en concesión los bienes expropiados para la realización de obras de infraestructura de servicios públicos”.

En este primer supuesto no advertimos colisión alguna con el sentido del artículo 3 de la Ley, el mismo que como ya se ha indicado establece la obligatoriedad de que el beneficiario de la expropiación sea el propio Estado.

En efecto, en este caso, el sujeto activo de la expropiación, antes de proceder a la “entrega temporal de los bienes que forman parte de la concesión” ha cumplido con efectuar las acciones expropiatorias a su favor, y no a favor de terceros. En este supuesto, no cabe duda que se ha cumplido con acreditar que el beneficiario del procedimiento expropiatorio es el propio Estado.

Ahora bien, la premisa que sustenta el numeral 6.1. de la Sexta Disposición Final de la Ley se encuentra directamente vinculada a la posibilidad de que una vez que se haya efectuado la expropiación el Estado decida otorgar en concesión los bienes expropiados para la realización de obras de infraestructura y de servicios públicos.

En este contexto, no existe límite alguno para que el Estado tenga la alternativa de entregar en concesión los bienes expropiados, no sólo porque cuenta con la plena titularidad para disponer de los bienes sino también por la propia naturaleza temporal de los contratos de concesión, los que en ningún momento implican la pérdida de la titularidad de los bienes por parte del propio Estado³².

Un aspecto que merece una atención especial es el relativo a la participación de la sociedad concesionaria en representación del Estado para el pago de los respectivos justiprecios.

En efecto, el numeral 6.2. de la Sexta Disposición Final de la Ley 27117 establece que el Estado:

“Asimismo, podrá ser representado en el trato directo por el concesionario, pudiendo éste incluso realizar el pago del justiprecio”.

³² Es importante destacar que si bien el Estado en su condición de titular de los bienes expropiados tiene la plena disponibilidad sobre los mismos, también tiene un conjunto de obligaciones que se derivan del procedimiento expropiatorio, cuya omisión podría dar lugar a la reversión de la expropiación. Al respecto, la Disposición Única Modificatoria de la Ley 27117, dispone una nueva regulación para el ejercicio del derecho de reversión por parte del anterior propietario o de sus herederos, al señalar que “... si dentro del plazo de 12 (doce) meses, computados a partir de la terminación del proceso judicial de expropiación, no se hubiere dado al bien expropiado el destino que motivó esta medida o no se hubiere iniciado la obra para la que se dispuso la misma, el anterior propietario o sus herederos podrán solicitar la reversión en el estado en que se expropió, reembolsando la misma suma de dinero percibida como indemnización justipreciada, teniendo derecho a reclamar por los daños y perjuicios que se hubiesen irrogado”.

En este segundo supuesto, se delega en favor de la Sociedad Concesionaria dos facultades:

- La facultad de representación del Estado en las acciones de trato directo.
- La posibilidad de que la Sociedad Concesionaria efectúe el pago del justiprecio.

En la Ley no se establecen los límites de las facultades de representación otorgadas a la Sociedad Concesionaria para el ejercicio de las dos alternativas descritas, por lo que, entendemos, podrá ser materia del Reglamento de la Ley 27117.

Sin embargo, advertimos algunos impases en los términos en los que se encuentra formulado el numeral 6.2. de la Sexta Disposición Final de la referida Ley.

En primer lugar, se establece que la representación a cargo de la sociedad concesionaria podrá darse en el trato directo. Ahora bien, no es claro si esta etapa concluye o se agota con la interposición de las acciones judiciales o el inicio efectivo del procedimiento arbitral, o si es factible que vía extra-proceso, se permita el trato directo entre la sociedad concesionaria y los afectados.

Por otra parte, tampoco queda claro si el pago que pudiera realizar el concesionario en trato directo, previo al eventual inicio de las acciones judiciales o arbitrales que correspondan, constituye en rigor el pago de un justiprecio.

En efecto, si las partes en vía de trato directo (sea a través del Estado o de la Sociedad Concesionaria) se ponen de acuerdo en la transferencia directa de los bienes "sujetos a expropiación", antes del inicio efectivo de las acciones expropiatorias, ¿nos encontramos en el supuesto del pago de un justiprecio o ante el pago efectivo del precio de una compraventa?

No existe tampoco en el supuesto del pago del justiprecio limitación alguna al rol que ha de efectuar la Sociedad Concesionaria. La lógica nos indica que no podrá exceder las facultades de quien le otorga la representación. Sin embargo, ¿qué efectos legales podrían generar los mayores pagos que

podría realizar la Sociedad Concesionaria? ¿Existiría alguna responsabilidad de la sociedad concesionaria en el caso que abone por concepto de "justiprecio" una suma superior o inferior al afectado?

Por ejemplo, en otros ordenamientos jurídicos existen respuestas distintas respecto del mismo problema. Así, tenemos que en el caso de Chile, el artículo 15 del Decreto Supremo 900 (Texto Único Refundido, Coordinado y Sistematizado del DFL. MOF 164 de 1991, publicado en el Diario Oficial el 18 de diciembre de 1996) establece una alternativa concreta para el pago del justiprecio por parte de las Sociedades Concesionarias.³³

En efecto, en dicho cuerpo legal se autoriza a que la Sociedad Concesionaria asuma el costo directo del justiprecio por ser, precisamente ella, la primera interesada en que la concesión sea inmediatamente explotada.

En el cálculo costo-beneficio, que es inherente a todo proyecto, es evidente que la Sociedad Concesionaria puede estimar que el pago directo del justiprecio al afectado sea mucho más rentable que esperar el resultado de un procedimiento expropiatorio. Siendo ello así, se ha optado en el caso chileno por considerar que el pago del justiprecio forma parte de los riesgos inherentes a la ejecución del proyecto, de forma tal que los riesgos expropiatorios forman parte del propio riesgo del negocio de concesión.

Adicionalmente, debe tomarse en consideración que el propio texto del artículo 22 inciso 1 del Decreto Supremo 900 establece que el concesionario gozará de los derechos y obligaciones del beneficiario de la concesión, limitándose a lo necesario para cumplir el contrato de concesión.

VIII. SUJETO ACTIVO

En el artículo 10 de la Ley se regula la participación, en el proceso, del sujeto activo de la expropiación. Se considera como tal a la dependencia administrativa que tendrá a su cargo la tramitación del proceso de expropiación.

En relación con el derogado Decreto Legislativo 313, es importante destacar que el numeral 10.2. de

³³ El texto expreso del segundo y tercer párrafo del artículo 15 del Decreto Supremo 900 establecen lo siguiente:

"En el caso de requerirse la expropiación de bienes y derechos necesarios para la construcción de obras y sus servicios complementarios, ésta se llevará a efecto en virtud de la declaración de utilidad pública establecida en el Artículo 105 del Decreto Supremo 294 de 1984, del Ministerio de Obras Públicas, y conforme al procedimiento establecido con decreto con fuerza de Ley 2,186, de 1978.

Todos los desembolsos, gastos o expensas que se originen con motivo de los actos o contratos de que trata este artículo serán de cargo del concesionario. No obstante el Fisco podrá concurrir total o parcialmente al pago de las expropiaciones si así lo establecieren las bases de licitación"

la Ley 27117 establece la obligatoriedad de individualizar al beneficiario de la expropiación, el mismo que puede ser el sujeto activo de la expropiación, siempre que se trate de una dependencia del Estado.

En concordancia con la limitación establecida en el artículo 3 de la Ley, que establece como único beneficiario de una expropiación al Estado, el numeral 10.3 sanciona con nulidad la expropiación efectuada a favor de una persona natural o jurídica de derecho privado. Dicha nulidad podrá ser declarada sin perjuicio de las acciones civiles y penales que en defensa de su derecho podrían ejercer los afectados.

En nuestra opinión, esta limitación debe extenderse inclusive al caso de las empresas del Estado que se encuentran sujetas al régimen de la actividad empresarial del Estado.

En la medida en que las empresas estatales tienen personalidad jurídica propia e independientemente del Estado, no cabe igualmente que se efectúen procedimientos expropiatorios a favor de dichas empresas. En este caso, será necesario que el Estado, a través del sector correspondiente, sea calificado como el beneficiario de la expropiación.

IX. SUJETO PASIVO

El artículo 11 de la Ley establece las características del sujeto pasivo de la expropiación, calificando como tal al propietario del bien contra el que se dirige la expropiación. Asimismo, se regula aquellos supuestos en los cuales se puede reputar al poseedor como sujeto pasivo.³⁴

En la versión final del numeral 11.1. de la Ley se ha establecido una regla especial para la determinación del poseedor como sujeto pasivo de la expropiación, la misma que no había sido propuesta en los distintos proyectos de ley elaborados sobre el tema.

En tal sentido, se ha dispuesto que el poseedor podrá ser considerado como sujeto pasivo por el mérito de una resolución judicial o administrativa, o que haya sido calificado como tal por las autoridades competentes en función de las leyes especializadas sobre el tema. Sin embargo, es necesario que se

precise que la resolución judicial o administrativa que debe otorgar mérito a la condición de poseedor, sea aquella que tiene la condición de cosa juzgada o haya quedado firme en vía administrativa, según sea el caso.

Por otra parte, cabe señalar que el numeral 11.3. de la Ley contempla un conjunto de reglas para la determinación del sujeto pasivo de la expropiación en aquellos supuestos en los que exista duplicidad registral. Así, tenemos que en el citado numeral de la Ley se precisa que se entenderá como sujeto pasivo de la expropiación a aquél que tenga inscrito su dominio con anterioridad. En el caso que exista un proceso judicial o arbitral en el que se discuta la propiedad del bien a expropiarse, se establece que el sujeto activo de la expropiación deberá consignar el monto de la indemnización justipreciada que incluye la compensación respectiva, en función de la sentencia o laudo arbitral consentido y ejecutoriado que se expida.

Si bien el artículo 11 de la Ley pretende regular, a diferencia de otros cuerpos legales, aquellos supuestos en los que existen dudas o la imposibilidad legal para determinar al sujeto pasivo de la expropiación, no resuelve el problema de aquellos afectados cuyos títulos no sean preferentes para efectos del pago de la indemnización justipreciada.

No siempre las dudas se presentan ante la inexistencia del sujeto pasivo. De hecho, uno de los grandes problemas - agudizado por ejemplo con el proceso de reforma agraria desarrollado en la década de los 70 - es la existencia de derechos superpuestos entre sí, incluso respecto de derechos inscritos.

En la medida que el pago del justiprecio de los bienes materias de expropiación sólo podrá efectuarse en favor de aquel sujeto pasivo que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 11 de la Ley, existe la posibilidad fundada que muchos adjudicatarios de procesos administrativos, y en su caso judiciales que no inscribieron las propiedades a su favor, se vean afectados por el inicio de acciones expropiatorias dirigidas por el Estado contra los antiguos propietarios con derechos inscritos.

Para efectos estrictamente formales el Estado sólo se encontraría obligado a efectuar la consignación del justiprecio, el mismo que en el caso de existir proble-

³⁴ El numeral 11.1. de la Ley General de Expropiaciones indica lo siguiente: "Se considera sujeto pasivo de la expropiación al propietario contra el que se dirige el proceso de expropiación. Así mismo, el poseedor con más de 10 (diez) años de antigüedad que tenga título inscrito o cuya posesión se haya originado en mérito a resolución judicial o administrativa o que haya sido calificado como tal por autoridades competentes según las leyes especializadas."

mas de duplicidad registral, sólo sería abonado a favor de aquél que tenga su derecho inscrito con anterioridad o en función de los resultados del proceso arbitral o judicial consentido, y ejecutoriado que determine el mejor derecho de propiedad.

En nuestra opinión, la Ley resuelve únicamente el derecho del Estado a transferir la propiedad afectada en su favor pero deja latente un conflicto que no sólo puede ser regulado a través del procedimiento expropiatorio.

A partir de la identificación de aquellos casos de duplicidad registral establecidos en el numeral 11.3. de la Ley, los particulares afectados podrían iniciar acciones en relación al cobro del justiprecio abonado. Igualmente, no queda absolutamente aclarada la responsabilidad del Estado en estos supuestos.

X. EXPROPIACIONES PARA OBRAS DE GRAN ENVERGADURA

El artículo 7 de la Ley regula la posibilidad de efectuar expropiaciones para el desarrollo de proyectos de gran envergadura.

Históricamente, la ejecución de obras públicas se encontraba directamente vinculada al concepto de "utilidad pública". En este sentido, existía una relación muy directa entre la ejecución de obras públicas y la consiguiente necesidad de expropiar por parte del Estado.

Hoy en día la potestad expropiatoria del Estado se ha ampliado a toda clase de bienes, motivo por el cual el concepto de utilidad pública ha sido superado.

En el caso específico del artículo 7 de la Ley, se contemplan una serie de requisitos especiales aplicables a las expropiaciones que tienen por objeto la ejecución de obras de infraestructura de servicios públicos, que no son de aplicación necesariamente para el caso de las expropiaciones en un caso concreto.

En tal sentido, el artículo 7 de la Ley tiene las siguientes características propias:

- Autoriza al sujeto activo de la expropiación para la dación de múltiples resoluciones de ejecución,

aspecto que se explica por la dimensión de los proyectos de obras de gran envergadura.

- Otorga un plazo de dos años computados desde la promulgación de la ley autoritativa para el inicio de todos los procesos de expropiación.
- Establece la obligación por parte del sujeto activo de la expropiación de emitir, dentro del plazo de 30 días contados desde la promulgación de la ley autoritativa, una resolución provisional con la identificación precisa del bien de acuerdo a las coordenadas UTM.
- El sujeto activo deberá indemnizar al sujeto pasivo de la expropiación con un monto adicional al justiprecio, el que equivale a los intereses correspondientes a los meses en que, dentro del plazo de dos años de promulgada la ley autoritativa, se retardase la expedición de la resolución para la ejecución de la expropiación.
- En el caso que no se dicten las resoluciones ejecutorias de los bienes afectados en el plazo de dos años computados desde la dación de la ley autoritativa, el propietario podrá exigir en forma adicional al interés del retraso en el pago de la indemnización justipreciada el pago de una suma equivalente al 10 % del valor comercial del inmueble.

XI. TASACIONES

Las versiones anteriores al proyecto final aprobado por el Congreso de la República, coincidían en modificar los criterios y metodología aplicables para efectuar las tasaciones de los bienes inmuebles.

Sin embargo, en el texto final de la Ley 27117 se otorga plena competencia para determinar el valor de la tasación comercial al Consejo Nacional de Tasaciones- CONATA.

Antes de la dación de la Ley 27117, sólo se reconocía el pago del justiprecio a valor comercial en los procesos expropiatorios regulados en la Ley 26505, Ley de Tierras y Comunidades Campesinas.³⁵

A diferencia de los proyectos anteriores, el artículo 16 de la Ley niega la posibilidad de que las tasacio-

³⁵ La Primera Disposición Complementaria de la Ley 26505 establece a la letra que "... las causales de necesidad pública que la ley pueda invocar para proceder a la expropiación de un predio se circunscribirán a la ejecución de obras infraestructura y servicios públicos y se regirán por las disposiciones de la Ley General de Expropiaciones, Decreto Legislativo 313 y el Código Procesal Civil. El valor de las tierras expropiadas será el de mercado y el pago será previo, en dinero efectivo." Entendemos que con la dación de la Ley 27117, el tratamiento de las tasaciones inmobiliarias adquirirá un sentido de uniformidad.

nes a valor comercial puedan ser efectuadas por otras personas naturales o jurídicas.

Sin embargo, sería importante que en forma complementaria a las competencias exclusivas otorgadas a favor de la CONATA se autorice la posibilidad de introducir informes previos o tasaciones preoficiales sujetas a una actualización.

En nuestra opinión, no debería descartarse la posibilidad de introducir dichos mecanismos con el objeto de acelerar el trámite de los procesos expropiatorios, siempre que se aplique un sistema de ajuste a la tasación prefijada, con lo cual se evita tener que efectuar una tasación a la fecha de la expedición de la resolución suprema ejecutora de la expropiación.

XII. EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN JUSTIPRECIADA

No existe un criterio uniforme que, desde un punto de vista jurídico, defina el concepto de indemnización justipreciada.

Para autores como García Gómez de Mercado³⁶ al abordar la naturaleza del justiprecio pueden examinarse dos cuestiones:

“... la primera relativa a la calificación jurídica del justiprecio como concepto jurídico indeterminado; la segunda, referente a la propia materia en que se traduce el justiprecio, que será normalmente en dinero, pero que puede estar constituido también por un precio en especie ...”.

En términos formales, esta indemnización consiste en el valor asignado por el Estado para afectar un bien. Es el valor de tasación comercial debidamente actualizado del bien que se expropia, y la compensación por daños que el sujeto activo de la expropiación deba abonar acreditando los perjuicios conforme a lo establecido en el numeral 15.1. de la Ley 27117.

La nueva Ley General de Expropiaciones no se aparta sustantivamente de las reglas establecidas en el derogado Decreto Legislativo 313, el cual reconocía el pago de los daños y perjuicios que debían ser acreditados fehacientemente.

En tal sentido, la Ley 27117 establece que la reparación de los daños y perjuicios debe ser fijada por el

Juez, hecho que implica necesariamente el inicio de un proceso judicial de expropiación. Asimismo, se dispone la obligación de acreditar la causalidad de los daños y perjuicios que sufra el sujeto pasivo de la expropiación, es decir, que los mismos se originen en forma inmediata, directa y exclusivamente por la naturaleza forzosa de la transferencia, excluyéndose toda mención expresa al reconocimiento del daño emergente y el lucro cesante.

Es importante señalar, que la fijación del pago del justiprecio no es una atribución discrecional de la administración. Por el contrario, tal como lo afirma, García Gómez de Mercado³⁷ para el caso español:

“... el justiprecio no es una manifestación de una potestad discrecional, sino un concepto jurídico indeterminado, lo que presupone el control judicial con el fin de comprobar en su caso, si en relación con los hechos determinantes de la valoración efectuada por el Jurado y de los datos objetivos del contenido económico existentes en las actuaciones administrativas y judiciales, debe ser aquella (la valoración del Jurado) mantenida o rectificada”.

En el caso peruano, el pago de la indemnización justipreciada debe ser efectuado en concordancia con lo dispuesto en el artículo 70 de la Constitución Política y las precisiones establecidas en el numeral 15.1. de la Ley 27117. Sin embargo, debe tomarse en consideración que el pago de dicha indemnización, en el caso de proyectos de entrega en concesión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, no será de exclusiva responsabilidad del Estado.

En efecto, debe tomarse en cuenta que de acuerdo al numeral 6.2 de la Sexta Disposición Final de la Ley 27117, una Sociedad Concesionaria podría realizar el pago del justiprecio.

La Ley no establece, sin embargo, qué efectos jurídicos tiene en el proyecto de concesión el pago a cargo de la Sociedad Concesionaria, hecho que en definitiva implica definir quién asume el riesgo expropiatorio de la concesión.

Para una Sociedad Concesionaria, es distinto asumir por su propia cuenta y riesgo el pago del justiprecio e involucrarlo en su estructura de costos, que asumir el pago del justiprecio con cargo a un sistema

³⁶ GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco. “El Justiprecio de la Expropiación Forzosa (Estudio de su Valorización y Pago, con especial consideración de las expropiaciones urbanísticas)”. Granada: Biblioteca Comares de Ciencias Jurídicas, 1997, p. 10.

³⁷ Ibid. p. 11-12.

de devolución que no afecte el flujo de la inversión a cargo de la Sociedad Concesionaria.

Tampoco se establece en la Ley, un procedimiento *ad-hoc* que regule la forma en la que debe proceder el concesionario al efectuar dicho pago, ni su expresa remisión a las reglas de tasación a valor comercial. De acuerdo a ello, no se encuentra regulada la posibilidad de que la Sociedad Concesionaria pueda abonar una suma superior a la tasación a valor comercial, y los efectos que ello pudiera implicar en materia de créditos contra el Estado.

En tal sentido, un tema directamente vinculado al pago de las indemnizaciones justipreciadas que se generen como consecuencia del desarrollo de proyectos de concesión, es el relativo a la fuente de financiamiento con la que deberá contar el sujeto activo de la expropiación para acelerar el desarrollo de los procesos judiciales.

En concreto, se advierte que el pago de la indemnización justipreciada en el caso de proyectos de concesión puede adoptar diversas posturas, siendo factible identificar hasta tres modalidades en el pago del mismo:

a. Que, el Ministerio de Economía y Finanzas-MEF transfiera al sujeto activo de la expropiación los recursos que sean necesarios para el pago de la indemnización justipreciada correspondiente.

Es evidente que en este primer supuesto nos encontramos con una regla propia de todo procedimiento expropiatorio dado que, por razones de orden presupuestal, el MEF sería la entidad encargada de proveer los recursos al sujeto activo de la expropiación y éste efectuaría en forma directa el pago de la indemnización justipreciada.

En esta alternativa, es bastante probable que el inicio efectivo de las obras sufra demoras o retrasos en la medida en que no se cumpla con efectuar las transferencias al sujeto activo de la expropiación.

No basta, pues, que el MEF se comprometa al pago de la respectiva indemnización justipreciada, sino que adicionalmente será necesario que el desembolso de las sumas solicitadas por el sujeto activo sea oportuno.

b. Que, la Sociedad Concesionaria, en aplicación del numeral 6.2 de la Sexta Disposición Final de la Ley, sea autorizada al pago de la respectiva indemnización justipreciada, considerando a las sumas abonadas como parte de las inversiones a su cargo.

En este supuesto, es importante que se establezca en que consiste la "autorización de pago" otorgada a la Sociedad Concesionaria y los límites materiales del pago a realizar, a fin de no comprometer en forma indiscriminada la ecuación económico-financiera del contrato de concesión.

c. Que, la Sociedad Concesionaria sea autorizada al pago de la indemnización justipreciada con cargo a que las sumas abonadas sean materia de devolución, y no formen parte de las inversiones a su cargo.

Al igual que en el segundo supuesto, se deben determinar los límites de la "autorización de pago" que se otorgue a la Sociedad Concesionaria y el procedimiento aplicable al sistema de devolución de las sumas abonadas.

XIII. POSESIÓN PROVISORIA

Un tema que resulta de especial relevancia para la libre disponibilidad de las áreas afectadas a proyectos de infraestructura, es el relativo a la posesión provisoria de los bienes a expropiar.

En nuestro ordenamiento jurídico, la posesión provisoria sólo opera por mandato judicial. No se encuentra expresamente regulado un procedimiento expropiatorio de urgencia o administrativo que permita al sujeto activo de la expropiación asumir la posesión material del bien afectado antes del pago del justiprecio.

En tal sentido, el artículo 24 de la Ley establece, como facultad excepcional de los jueces, la posibilidad de otorgar la posesión provisoria del bien a expropiar a favor del beneficiario, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos:

- a. El sujeto activo lo solicite expresamente.
- b. Se acredite la petición adjuntando el certificado de consignación en dinero del pago a realizar por concepto de indemnización justipreciada.
- c. La posesión provisoria sea estrictamente necesaria para los fines de la ejecución de la obra.
- d. Se haya notificado a los ocupantes o posesionarios de los bienes a expropiar para la desocupación inmediata de acuerdo a los términos establecidos para el procedimiento expropiatorio.

Como se puede apreciar, se mantiene la tesis judicialista del procedimiento expropiatorio, a la cual debemos agregar la exigencia del pago en efectivo del justiprecio correspondiente.

Sin embargo, la opción elegida por nuestro legislador no opera de la misma forma en otros

ordenamientos. Por ejemplo, en el caso argentino, la Ley 21.499, Ley de Expropiaciones, sancionada y promulgada el 17 de enero de 1977, establece en el Título IX un régimen especial de “ocupación temporánea” a nivel administrativo, sin perjuicio de aquellos supuestos de “ocupación temporánea normal” que se tramitan a nivel judicial.

Para entender a cabalidad las opciones reguladas en el caso argentino debe evaluarse los alcances del artículo 58 de la Ley en mención, la misma que precisa que la ocupación temporánea “puede responder a una necesidad anormal, urgente, imperiosa o súbita, o a una necesidad normal no inminente”.

El artículo 59 define la ocupación temporánea anormal como aquella que “... puede ser dispuesta directamente por la autoridad administrativa, y no dará lugar a indemnización alguna, salvo la reparación de los daños o deterioros que se causaren a la cosa o el pago de daños y perjuicios debidos por el uso posterior de la cosa en menesteres ajenos, a los que estrictamente determinaron su ocupación”.

La Ley 21.499 no establece un plazo expreso de duración ni de ratificación de la medida de “ocupación temporánea”. Simplemente se regula en el artículo 60 una fórmula genérica que establece que ninguna de dichas medidas “... tendrá mayor duración que el lapso estrictamente necesario para satisfacer la respectiva necesidad”.

A nuestro juicio no existiría ningún impedimento constitucional para introducir un sistema de posesión provisoria de orden administrativo, siempre que se resguarde adecuadamente los requisitos establecidos en el artículo 70 de la Constitución Política del Estado.

XIV. NULIDAD DE LAS EXPROPIACIONES

El artículo 23.1 de la Ley 27117 incluye una disposición peligrosa, al permitir que el sujeto pasivo pueda demandar judicialmente la nulidad de la expropiación cuando ésta no haya sido dispuesta conforme a lo establecido en los artículos 3 y 4 de la Ley. Adicionalmente, se establece la posibilidad de discutir la declaración de necesidad pública o seguridad nacional dispuesta por el Congreso de la República mediante ley expresa cuando dicha declaración no se ciña a lo dispuesto por esta ley.

En rigor, la causal de necesidad pública o seguridad nacional constituye un acto de expresión soberana del Estado y por ende no justiciable. El afectado por un procedimiento expropiatorio sólo debería tener

derecho a discutir la valorización del bien afectado, pero no las causales expropiatorias indicadas en los artículos 3 y 4 de la Ley.

En nuestra opinión, el afectado nunca debería discutir las causales que sustentan la expropiación. El que no se cumpla con las formalidades del procedimiento ello no implica cuestionar las causales que sustentan la expropiación, sino el procedimiento utilizado y los excesos del mismo.

XV. LA ADQUISICIÓN DIRECTA DE LOS BIENES AFECTADOS

En la Sexta Disposición Final de la Ley 27117 se ha introducido la figura del Trato Directo. El objetivo de esta modificación es lograr que la mayor parte de las adquisiciones sean realizadas sin necesidad de iniciar un proceso judicial. En rigor, se trata de una propuesta de compra de los bienes afectados. Esta oferta se establece en función al valor de mercado del bien con la posibilidad de abonar una bonificación equivalente al 5% del valor del bien en caso de concretarse la transferencia en dicha etapa.

Es importante resaltar que esta figura requerirá de una adecuada reglamentación con el objeto de precisar las atribuciones de los funcionarios públicos encargados de formular las respectivas propuestas sobre la base de una tasación pre-fijada a valor de mercado.

Un tema polémico en relación a este punto lo constituye la posibilidad de que los funcionarios públicos encargados de formular la respectiva propuesta en vía de trato directo puedan ofrecer una suma menor a la que establezca específicamente el valor de la tasación.

En efecto, puede ocurrir que el Estado pueda contar al momento de negociar en vía de trato directo en una suma específica para el pago del precio del bien a adquirir. En este orden de ideas, cabe que el vendedor del bien desconozca la suma aproximada que el Estado estaría dispuesto a ofertar por el bien afectado.

En este contexto, puede ocurrir que el afectado acepte una suma inferior al monto de la tasación a valor de mercado con la que cuenta el negociador del Estado para adquirir el bien. En este supuesto, es evidente que existiría un contrasentido en que el Estado, a sabiendas de que existe un precio planteado por el vendedor del bien, decida abonarle efectivamente el valor que arroja la tasación oficial a valor de mercado.

En nuestra opinión, el valor de la tasación de mercado debe operar como un precio tope para el adquirente del bien, el cual no debería tener impedimento alguno para ofertar una suma inferior a la que efectivamente se encuentra consignada en el precio de la tasación oficial.

XVI. EL DERECHO DE REVERSIÓN EN FAVOR DEL AFECTADO

No existe un consenso unánime en relación a la naturaleza jurídica del derecho de reversión.³⁸ Para la mayoría de autores, usualmente se trata del derecho de readquisición de la propiedad por parte del sujeto pasivo de la expropiación.

Tal como lo afirma Pérez Moreno:

“La cuestión de la naturaleza jurídica de la reversión, esta muy controvertida. Verdad es que no existe una tradición doctrinal sobre el tema, pues la doctrina lo más que ha hecho hasta época reciente es transcribir los preceptos reguladores sin someterlos a crítica y sin hacer un esfuerzo constructivo”.³⁹

No es ésta la oportunidad para evaluar los alcances del derecho de reversión. Sin embargo, debemos dejar claramente establecido que dicha institución tiene efectos directos en los procesos de entrega en concesión, dado que constituye un estado de latencia u obligación de hacer en forma inmediata para el sujeto activo de la expropiación, a efectos de que los plazos establecidos no operen en su contra.

En tal sentido, La Ley 27117 contiene un conjunto de innovaciones sobre el tema, que implicarán a futuro el desarrollo de actividades inmediatas por parte de las entidades estatales a cargo de implementar los procesos expropiatorios.

Entre las principales novedades de la nueva Ley General de Expropiaciones sobre el tema podemos señalar las siguientes:

- Se amplía el plazo de seis a doce meses para que opere el derecho de reversión a favor del expropiado, modificando así el plazo establecido en el

primer párrafo del artículo 532 del Código Procesal Civil.

- Se agrega un nuevo supuesto en el que opera la acción de reversión al permitir al sujeto pasivo de la expropiación la posibilidad de objetar la misma cuando no se hubiere iniciado la obra para la que se dispuso.

En relación a este último aspecto, estimamos que no se incurriría en una causal de reversión cuando la ejecución de las obras que sustentan la acción expropiatoria del Estado sean realizadas a través del sistema de concesiones.

- Se establece un plazo de caducidad para que el sujeto pasivo de la expropiación pueda solicitar la reversión, el cual es de tres meses computados desde el día siguiente de finalizado el plazo de doce meses de concluido el proceso judicial de expropiación. Sin embargo, la Ley no establece el juez competente.
- Se regula la posibilidad de que el anterior propietario, o sus herederos, puedan solicitar la reversión del bien en el estado en que se expropió, reembolsando la suma percibida en calidad de indemnización justipreciada y teniendo derecho a reclamar por los daños y perjuicios que se hubiesen irrogado.
- No se regula la renuncia del derecho de reversión si es que vencido el plazo de diez días útiles de consentida o ejecutoriada la sentencia que declare fundada la reversión no se ha cumplido con la devolución del pago efectuado por concepto de justiprecio.

XVII. LA CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

En el rubro Disposiciones Modificatorias, la Ley 27117 establece un conjunto de precisiones con respecto a la caducidad del procedimiento, entre las cuales podemos indicar las siguientes:

- En principio, se establece que el derecho de expropiación del sujeto activo de la expropiación

³⁸ Alfonso PÉREZ MORENO reconoce hasta seis teorías en relación a la naturaleza jurídica del derecho de reversión, tales como:

- a. Concurrencia del derecho de propiedad.
- b. La adquisición bajo condición resolutoria
- c. La adquisición modal
- d. La adquisición sometida a término.
- e. Equilibrio por alteración de las circunstancias.
- f. Causa sucesiva.

PEREZ MORENO, Alfonso. “La Fundamentación del Derecho de Reversión en Materia de Expropiación Forzosa”. En: Revista de Administración Pública, Madrid, No. 58, p. 98.

³⁹ Ibid. p. 88.

caduca en el caso en que no se hubiere terminado el proceso judicial de expropiación dentro de los 24 meses contados desde la publicación o notificación de la Resolución Suprema correspondiente. La Ley incurre en el error de identificar la resolución ejecutora como Resolución Suprema cuando, a tenor del propio artículo 6.2 de la Ley, ésta podría ser igualmente la norma aprobatoria que expidan en su caso, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales, respectivamente.

- Para el inicio de las acciones expropiatorias se establece un plazo de seis meses computados desde la publicación o notificación de la norma ejecutora de la expropiación.

El texto actual del artículo 532 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley 26927 del 26 de febrero de 1998, establece un plazo de 4 años computados desde la interposición de la demanda para que el proceso concluya con sentencia final consentida y ejecutoriada.

Como se puede advertir, se ha delimitado el plazo inicial y final para la declaratoria de caducidad de la demanda expropiatoria.

- Se regula un nuevo supuesto de participación judicial en la declaración de caducidad, que modificaría los alcances del artículo 531 del Código Procesal Civil al introducir la posibilidad de que el juez de la causa la declare a petición de parte, no pudiéndose disponer la expropiación del mismo bien por la misma causa sino después de cinco años de su vencimiento.

XVIII. RESERVAS

En el Texto Final de la Ley 27117, se indica que el Poder Ejecutivo, en un plazo no mayor de ciento veinte días contados a partir de la vigencia de la presente Ley, ratificará mediante Decreto Supremo las Reservas vigentes a la fecha establecida por norma del mismo rango o por Ley.

Se entiende por Reservas a las limitaciones impuestas a propietarios de inmuebles afectados por el trazo de una obra pública vial, para transferir el dominio, efectuar construcción u otros que incluya la parte de sus predios definida como necesaria para ubicar el derecho de vía.⁴⁰

De acuerdo al texto de la nueva Ley General de Expropiaciones, aquellas reservas no ratificadas o las que se pretendan introducir a partir de la reglamentación de dicha norma, obligarán al Estado al pago de un mayor valor de justiprecio en la medida que no se podrán establecer limitaciones indefinidas a la propiedad.

De acuerdo a ello, los particulares que cuenten con bienes afectados a proyectos viales podrán ejercer los atributos inherentes al derecho de propiedad. Por ejemplo, podrán edificar sobre aquellas áreas que tenían la condición de reservas viales. En tal sentido, las construcciones y mejoras que se desarrollen serán realizadas con buena fe y sujetas al reconocimiento de su valor actualizado en el caso en que el Estado decida con posterioridad afectar dichos bienes a un proyecto vial específico.

En otros términos, se establece una obligación de hacer para el Poder Ejecutivo, el cual deberá revisar en el plazo de 120 días que impone la Ley, la viabilidad de todos aquellos proyectos viales para determinar si persiste o no en su ejecución, sea a través de obra pública directa o mediante el otorgamiento en concesión. Entendemos que esta norma implicará una conjunción de esfuerzos fundamentalmente con las Municipalidades, dado que estas tienen la obligación de autorizar las licencias de construcción.

XIX. SANEAMIENTO FÍSICO- LEGAL DE LAS ÁREAS AFECTADAS A LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA.

La Ley no aborda temas relativos a las acciones de saneamiento físico-legal. Sin embargo, es evidente que la eficacia de los procesos expropiatorios depende en gran parte de esta etapa previa.

Para efectos de la ejecución de proyectos de concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, la realización de las acciones de saneamiento físico-legal de los bienes afectados constituyen un aspecto de medular importancia, que pueden poner en riesgo inclusive, el equilibrio económico- financiero de los contratos de concesión.

En puridad, la extensión y contenido de los estudios en mención se encuentra condicionada al tipo de propiedad que será materia de saneamiento.

⁴⁰ El artículo 1 del Decreto Ley 20081 establece que "... la faja de dominio o derecho de vía comprende el área de terreno en que se encuentra la carretera y sus obras complementarias, los servicios y zonas de seguridad para los usuarios y las provisiones para futuras obras de ensanche y mejoramiento".

Uno de los temas más complejos es el relativo a la oportunidad en la que se deben realizar las acciones de saneamiento físico-legal. A diferencia de los estudios técnicos que involucran el desarrollo de un proyecto concesionable, en este tema sólo se requiere contar con las áreas delimitadas para poder dar inicio a las acciones de saneamiento físico-legal.

Las tareas de saneamiento físico implican determinar el conjunto de acciones catastrales que nos permitan identificar los linderos, áreas, subdivisiones de hecho de los predios de la población afectada por el proyecto, el tipo de predios afectados por el mismo, así como el valor que deberá pagar el Estado por la adquisición directa de los bienes afectados o por el justiprecio, en aquellos casos en que corresponda.

En cuanto a las tareas de saneamiento legal, éstas consisten en el conjunto de actividades destinadas a identificar con absoluta precisión y claridad, a través de los registros públicos o especiales existentes, la plena titularidad y legalidad de la propiedad afectada. Con ello, se evitará en gran medida el margen de error que pudiera existir para los procesos de adquisición directa o del pago del justiprecio aplicable.

Es evidente que las demoras o atrasos que se puedan generar por este tipo de actividades inciden en forma directa en el equilibrio económico-financiero de los contratos de concesión.

XX. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. La nueva Ley General de Expropiaciones - Ley 27117 - ha introducido un conjunto de modificaciones que tienen especial incidencia para el desarrollo de los proyectos de entrega en concesión al sector privado, los cuales se encuentran regulados por el Decreto Supremo 059-96-PCM y su Reglamento, el Decreto Supremo 060-96-PCM.
2. Es necesario que en el Reglamento de la Ley 27117 se establezca una regulación detallada respecto a los aspectos técnicos, económicos y administrativos de los procedimientos expropiatorios.
3. Es indispensable que se delimite expresamente los mecanismos y procedimientos para el proceso de adquisición directa de los bienes afectados. Para tal efecto, es necesario que se expidan disposiciones reglamentarias en relación a los mecanismos de oferta, aceptación, fijación del precio, negociación y transferencia

de propiedad a favor del Estado en vía de adquisición directa.

4. La Ley 27117 ha unificado la forma en que han de expedirse las leyes de expropiación, eliminándose la distinción existente en el Decreto Legislativo 313 sobre expropiaciones para casos generales y para caso concreto.
5. Es importante que todas las entidades estatales que se encuentran involucradas en los aspectos administrativos de los procesos expropiatorios adecuen su funcionamiento a las nuevas reglas sobre el tema, en función del tipo de predios o bienes materia de afectación.
6. La aplicación de la Ley 27117 implicará para el Estado mayores pagos por concepto de indemnización justipreciada, ya que se deberá sustituir la metodología de pago basada en aranceles por una nueva regulación a "valor de mercado".
7. La ratificación formal y perentoria de las reservas viales podría incidir a futuro en mayores pagos por concepto de indemnizaciones justipreciadas en favor de los afectados.
8. Existen diferentes alternativas legales que podrían facilitar los recursos necesarios para el financiamiento del pago de justiprecio que serán necesarios para el desarrollo de los procesos expropiatorios, especialmente en aquellos supuestos de entrega en concesión al sector privado las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.
9. Es importante que se establezca un sistema especial de Defensa Judicial del Estado con el objeto de que éste pueda ser adecuadamente representado en los procesos judiciales de expropiación.

En la actualidad, suele ocurrir que las Procuradurías Públicas se encuentran totalmente recargadas con expedientes que requieren un nivel de organización administrativa previa. Por ello, es necesario que se remita a los Procuradores adscritos a determinado Sector los expedientes administrativos debidamente organizados. Con ello, se podrá agilizar y facilitar el sistema de Defensa Judicial del Estado.

10. Es necesario que se reformulen los plazos previstos para los supuestos de caducidad y reversión de los bienes expropiados, ya que, en

la mayoría de casos ellos no dependen del sujeto activo de la expropiación y podrían conducir a la ineficacia de las acciones expropiatorias, en la gran mayoría de los casos, por situaciones no imputables al sujeto activo de la expropiación.

11. La nueva Ley fomenta el desarrollo del procedimiento arbitral como una alternativa concreta para la solución de controversias. Sin embargo, debería tomarse en consideración beneficios adicionales, fundamentalmente en materia de costos para las partes.