

El Derecho Internacional de las Inversiones y el Derecho Peruano: Entre la necesidad de regular las Expropiaciones Indirectas o fortalecer la figura jurídica de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública

Resumen:

El presente trabajo de investigación, se enmarca dentro de lo que a nivel de la doctrina, tanto nacional como internacional, se conoce como expropiaciones indirectas. El cual, es el acto a través del cual el Estado, representado por una de sus entidades, en el marco de sus competencias normativas, emite una nueva regulación, modificando aquel bajo el cual se venía desarrollando las actividades económicas de una o varias empresas, afectando de forma sustancial la inversión de éstas.

Abstract:

The present research work is framed within what at the level of doctrine, both national and international, are known as indirect expropriations. This is the act through which the State, represented by one of its entities, within the framework of its regulatory powers, issues a new regulation, modifying that under which the economic activities of one or more companies were developed, substantially affecting their investment.

Las Expropiaciones Indirectas y la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública al interior del ordenamiento jurídico peruano

I.1 Poder de Regulación de los Estados

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el término regulación es la acción y efecto de regular, término que, a su vez, en una de sus acepciones significa determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo¹. En ese sentido, a simple vista, el Poder de Regulación significaría el Poder ejercido por el Estado, a través del cual emite cierto marco normativo, acatado por la población en general, a fin de proteger o promover un determinado fin público, en un contexto determinado.

Sin embargo, en la medida que, al emitirse una determinada regulación, unos saldrán beneficiados con dicho marco normativo, mientras que otros sentirán que sus intereses no serán atendidos por completo, la dificultad estaría en determinar aquel marco normativo, para cada caso en concreto, que promueva un determinado fin público, pero sin perjudicar gravemente a otros, es decir, es poder encontrar el “punto medio” en términos regulatorios.

Ahora, se presume con relación al poder regulatorio de los Estados, que al momento de que los legisladores o el gobierno de turno, analizan, discuten y promulgan una nueva ley, no deberían hacerlo pensando en sus intereses personales, sino que toda intervención del Estado en la economía de un país responde al logro del bien común, y no al beneficio de pocos en perjuicio de muchos.

¹ Ver: <http://dle.rae.es/?id=VkMYOa2|VkMn9cm>

regular

Del lat. tardío *regulāre* 'determinar las reglas o normas'.

1. tr. Medir, ajustar o computar algo por comparación o deducción.
2. tr. Ajustar, reglar o poner en orden algo. *Regular el tráfico.*
3. tr. Ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines.
4. tr. Determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo.
5. tr. Econ. **reajustar** (|| aumentar o disminuir coyunturalmente). *Regular las tarifas, los gastos, la plantilla de empleados.*

Sin embargo, como señala Leonardo Massimino², no debería de entenderse el Poder de Policía, como una limitación de las libertades individuales de las personas, sino que debería de interpretarse como una forma de legitimación del Estado sobre la actividad de los particulares dirigida esencialmente a la protección de sus derechos y libertades, considerando estos últimos como el eje (principio y fin) de toda y cualquier protección del ordenamiento jurídico.

En ese sentido, resulta necesario conocer cómo es que se encuentra regulado el derecho de propiedad a nivel del ordenamiento jurídico peruano, y así poder determinar el nivel de protección que goza este derecho.

I.2 El derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico peruano

En este punto, considero que deberíamos empezar señalando la real importancia que tiene el derecho de propiedad, no sólo a nivel del derecho doméstico, sino también a nivel internacional. En ese sentido, debemos hacer referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual parte de la consideración a ciertos principios fundamentales de carácter internacional, como son la libertad, la justicia y la paz, que en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Asimismo, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos³, o también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, señala en su artículo 21° que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas

² MASSIMINO, Leonardo. *La intervención estatal, la regulación económica y el poder de policía: análisis y tendencias*. En: Revista de Direito Economico e Socioambiental. Curitiba, Enero: 2015, p. 46.

³ El 21 de enero de 1981, se presentó en la Secretaría de la Organización de Estados Americanos un instrumento emanado del Ministro de Relaciones Exteriores de la República del Perú, con fecha 20 de octubre de 1980, manifestándose que: "... De acuerdo con lo estipulado en el parágrafo 1° del Artículo 45° de la "Convención sobre Derechos Humanos", el Pacto de San José de Costa Rica, (ratificado por el Perú el 9 de septiembre de 1980) el Gobierno del Perú reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para recibir y examinar las comunicaciones que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violación de los derechos humanos establecidos en la citada Convención, en los términos previstos en el parágrafo 2° de dicho Artículo. Ver: <https://www.cidh.oas.org/basicos/Basicos3.htm>

establecidas por la Ley. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la Ley.

Por lo que, en el marco de lo expuesto, se debe tener en cuenta que las disposiciones contenidas, respecto al derecho de propiedad, tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no son solo disposiciones enunciadas a nivel internacional, sino que dichas disposiciones también tienen una incidencia directa a nivel del ordenamiento jurídico peruano, al ser parte de esta, de acuerdo a lo establecido en el artículo 55° de la Constitución Política del Perú.

Por otro lado, el Código Civil Peruano de 1984 señala en su artículo 923° que la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley. Por lo que, la propiedad ha sido considerada como un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo. Dichas características, según Jorge Avendaño⁴, se podrían explicar de la siguiente manera:

- **Derecho Real:** La propiedad es el derecho real por excelencia. Establece una relación directa entre el titular y el bien. El propietario ejercita sus atributos sin mediación de otra persona. Además, la propiedad es erga omnes, esto es, se ejercita contra todos. Es esta la expresión de la llamada “oponibilidad” que caracteriza a todos los derechos reales y en particular a la propiedad.
- **Absoluto:** Lo cual significa que confiere a su titular todas las facultades, es decir, las de usar, disfrutar y disponer del bien objeto del derecho.
- **Exclusivo:** Esto quiere decir que, precisamente por ser absoluto o total, el derecho de propiedad no deja lugar o espacio para otra titularidad. El derecho del propietario excluye así todo otro derecho incompatible con él.

⁴ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *La propiedad en el Código Civil*. En: Estudios sobre la Propiedad. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima: 2013, p. 111.

- **Perpetuo:** Porque no se extingue por el solo no uso, lo cual hace que la prescripción extintiva no afecte a la propiedad y que la acción reivindicatoria sea imprescriptible, a menos que sea adquirida por otra persona mediante la usucapión.

Además, de dichos atributos, se podrían considerar aquellos ya mencionados anteriormente, y que parten de reconocer al derecho de propiedad como un poder jurídico, permitiendo su uso, disfrute, disposición y reivindicación del bien. Los cuales, se pueden explicar de la siguiente manera⁵:

- **Usar:** Es servirse del bien.
- **Disfrutar:** Es el aprovechamiento económicamente del bien.
- **Disponer:** Es prescindir del bien, ya sea jurídica o físicamente.
- **Reivindicar:** El propietario está facultado, a recuperar el bien de quien lo posee ilegítimamente.

Finalmente, de acuerdo a lo expuesto, se puede observar que el derecho real más importante, tanto a nivel internacional como nacional, es el derecho de propiedad. El cual, puede ser analizado desde muchos puntos de vista, en tanto que ostenta jurídicamente de una serie de atributos, pero que su ejercicio también se encuentra previsto de límites o restricciones, los cuales pueden nacer, ya sea de la voluntad de la ley o de la voluntad de las personas⁶, pero siempre enmarcados en la concepción de la función social del derecho de propiedad.

⁵ *Ibíd.*, 113.

⁶ AVENDAÑO ARANA, Francisco. *Límites convencionales de la Propiedad*. En: Estudios sobre la Propiedad. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima: 2013, p. 123.

I.3 Las Expropiaciones Indirectas en el Derecho Internacional de las Inversiones

Uno de los primeros casos internacionales en el cual se abordó lo referente a las Expropiaciones Indirectas, fue el caso de Pope & Talbot⁷, que fue visto en el Tribunal de Reclamaciones Irán – USA, la cual fue una empresa constituida en Norteamérica, perteneciente a una empresa canadiense dedicada a la exportación de madera.

En dicho caso, la empresa alegaba que la forma en que Canadá había implementado la Softwood Lumber Agreement (SLA) en el año de 1996 con los Estados Unidos, incumplía las obligaciones contraídas en la Sección A del Capítulo XI del North American Free Trade Agreement (NAFTA). La SLA establecía un límite en la libre exportación de madera a los Estados Unidos, desde British Columbia, entre otros lugares.

Los argumentos de Pope & Talbot ante el Tribunal Arbitral establecido bajo el Capítulo XI del NAFTA, se enmarcaban principalmente en que el Régimen de Control de Exportaciones implementado por Canadá, limitaba la capacidad del inversionista de llevar a cabo su negocio de exportación de madera hacia los Estados Unidos, considerándose que ello configuraba en la práctica, un acto equivalente a una expropiación.

Al respecto, se debe señalar que, a nivel del derecho internacional de las inversiones, alegar la ocurrencia de una expropiación indirecta, suele ser un área del derecho, cuya discusión no ha sido pacífica, y que la aceptación del mismo, por parte de los Estados, generalmente de aquellos considerados como en vías de desarrollo, han sido muy reticentes en aceptar la ocurrencia de dicho tipo de expropiación.

⁷ *Pope & Talbot, Inc. v Canada*, Interim Award (June 26, 2000) en <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/nafta-e.asp>

La ocurrencia de una expropiación indirecta, suele ser muy controversial, en la medida que ello no puede ser cotejado fácilmente en la realidad, como suele suceder en los casos de expropiaciones directas, dado que, en los casos de expropiaciones indirectas, no ha habido ningún traslado del título de propiedad. Es decir, el Estado a través de una serie de actos administrativos, ha perjudicado sustancialmente algunos de los atributos del derecho de propiedad, pero sin la transferencia de su título al Estado. Sin embargo, los Estados suelen considerar que dichas afectaciones, tienen como sustento, un fin público cuya relevancia suele ser mayor que la protección al derecho de propiedad que ostenta el administrado, en un contexto determinado, lo cual suele ser el problema principal al momento de alegar la ocurrencia de una expropiación indirecta.

Si bien se tienen ciertos criterios mínimos en los Tratados Bilaterales de Inversiones (BITs, por sus siglas en inglés), que buscan señalar en qué casos, y bajo qué criterios se debe ejecutar una expropiación, aun se tiene la interrogante de que constituye una expropiación indirecta bajo el derecho internacional. Por ejemplo, el Tribunal de Reclamaciones Irán – USA, ha abordado no sólo dicha interrogante, sino otras adicionales, como es la relacionada a la fecha de la expropiación, la adjudicación de las acciones expropiatorias al Estado, el estándar de compensación, y la tasación o valoración de la propiedad. En ese sentido, el referido Tribunal estableció un tipo de estándar para poder determinar la ocurrencia de una expropiación indirecta⁸:

*“It is recognized in international law that measures taken by a State can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered **so useless** that they must be deemed to have been expropriated, even though the State does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner.”* (Resaltado agregado)

⁸ Charles N. Brower and Jason D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* 669 (Martinus Nijhoff 1998).

Posteriormente, en el año de 1967, también se tuvo la Convención para la Protección de la Propiedad Extranjera elaborada por la Organización para la Cooperación Económica y Desarrollo (OECD, por sus siglas en inglés), la cual en su artículo 3°, señaló lo siguiente con relación a la expropiación indirecta:

“No Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, of his property a national of another Party unless the following conditions are complied with:

- i) The measures are taken in the public interest and under due process of law;*
- ii) The measures are not discriminatory; and*
- iii) The measures are accompanied by provision for the payment of just compensation. Such compensation shall represent the genuine value of the property affected, shall be paid without undue delay, and shall be transferable to the extent necessary to make it effective for the national entitled thereto.”*

Luego, en el año de 1992, el Comité para el Desarrollo del Banco Mundial elaboró los Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, el cual buscaba tener un mayor flujo de inversión directa extranjera, que pudiera brindar beneficios sustanciales en la economía mundial y específicamente en las economías de los países en desarrollo, en términos de mejorar en el largo plazo la eficiencia de los países anfitriones a través de una mayor competencia, transferencia de capital, tecnología y habilidades de administración y mejoramiento de acceso al mercado en términos de expansión del comercio internacional.

Los referidos Guidelines pueden ser aplicados por los miembros de las instituciones del Grupo del Banco Mundial para inversión privada extranjera en sus respectivos territorios, como un complemento a los tratados bilaterales, así como a los multilaterales y otros instrumentos internacionales, en la medida que los Guidelines no entren en conflicto con tales Tratados e instrumentos vinculantes, y en la medida que la legislación nacional que regula lo referente al tratamiento de la inversión privada extranjera pueda ser modificada.

Finalmente, de acuerdo a lo expuesto se puede observar que generalmente los requisitos que se establecen para considerar una expropiación indirecta como válida, son similares en los diversos instrumentos internacionales señalados anteriormente, en especial, el de interés público, dado que, dentro de las varias consideraciones que son analizadas por los Tribunales Arbitrales en materia de inversión, se puede indicar que se ha considerado como de mayor importancia, el rol que desempeña la finalidad de un acto de la administración del Estado.

I.4 La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en el derecho comparado y al interior del ordenamiento jurídico peruano

Al respecto, según Jesús Leguina⁹, señala que la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública (en adelante, Responsabilidad Patrimonial), no sólo debe ser considerada como de gran importancia teórica, sino que también muestra de alguna manera las diferencias de tratamiento normativo, así como jurisprudencial entre los sistemas nacionales. Ello en la medida que, el fundamento, la función y las condiciones jurídicas de existencia del deber de reparación patrimonial de la Administración Pública sigue siendo muy diferente dentro del panorama del Derecho comparado europeo – accidental, diferencias que se traducen, en un mayor alcance del efectivo deber de indemnización.

Asimismo, a fin de poder tener en cuenta cada una de las etapas durante las cuales se fue desarrollando el Principio de Responsabilidad Patrimonial, el

⁹ LEGUINA VILLA, Jesús. *La responsabilidad civil de la Administración Pública*. Tecnos. Madrid. 1983, p. 294

profesor Jorge Danós, citando a Jesús Leguina, señala las siguientes cuatro (4) etapas¹⁰:

- **Primera etapa:** Denominada de “absoluta irresponsabilidad administrativa”, el cual se encontraba basado en el principio de inmunidad soberana del Estado reformulado por los ingleses bajo el enunciado “the King can not wrong”, conforme al cual el rey no podía obrar mal, ni causar daño de ningún tipo.
- **Segunda etapa:** Caracterizada porque empieza a aceptarse la imputación de responsabilidad patrimonial por daños causados a los privados pero recayendo de forma exclusiva sobre aquellos agentes públicos, a los cuales se les hubiera imputado la ocurrencia de dichos daños. Ello, en tanto que, se partía de la premisa que los funcionarios tenían la calidad de mandatarios del Estado.
- **Tercera etapa:** En esta etapa se consagra el Principio General de Responsabilidad Patrimonial Extracontractual Directa de la Administración Pública, pero que se encontraba restringido sólo a aquellos daños que fueran producidos por acciones ilegales y culpables de las autoridades y funcionarios.
- **Cuarta etapa:** Se distingue de la etapa anterior porque se extiende el Principio de Responsabilidad Patrimonial Extracontractual de la Administración Pública, de tal forma que la obligación de resarcir a los particulares tanto por los daños ilícitos o anónimos, como aquellos provocados por las actuaciones lícitas o no culpables de los agentes públicos.

En el caso peruano, la Responsabilidad Patrimonial del Estado se encuentra regulado en el artículo 238° de la Ley 27444¹¹, Ley del Procedimiento

¹⁰ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. *Fundamentos de la Responsabilidad Patrimonial Extracontractual de la Administración Pública en el Perú*, p. 2. Documento elaborado como parte de una ponencia realizada en el marco del XIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

Administrativo General (en adelante, LPAG). Lo cual, marca un punto de inicio importante al interior del ordenamiento jurídico peruano, dado que antes de la promulgación de la referida Ley, no existía en el derecho administrativo peruano una regulación que se haya dedicado de forma específica a tratar el Principio de Responsabilidad Patrimonial del Estado. Ello sin perjuicio de que pudieran encontrarse normas aisladas en algunas regulaciones sectoriales pero de alcance restringido y que no hacían referencia de forma expresa al referido Principio¹².

Se entiende que la regulación en el ordenamiento jurídico peruano de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, responde a que el Perú no era ajeno al hecho de que se pueda demandar al Estado, por la ocurrencia de un daño a los administrados, como producto de la emisión y aplicación de determinados actos administrativos. A decir de Guillermo Chang, en una sociedad en constante evolución los riesgos de sufrir algún daño son cada vez más elevados, así las fuentes de producción de estos daños así como los agentes a la cual se le puede imputar responsabilidad se ha ido incrementando, se habla en la actualidad de una responsabilidad contractual, extracontractual, pre contractual, laboral, etc.¹³

El artículo 238° de la LPAG que fue parcialmente modificado por el Decreto Legislativo N° 1029 vigente a partir de Junio del 2008, si bien recoge el referido Principio, en una norma de aplicación en el derecho administrativo, ello no impediría que de forma supletoria puedan también aplicarse las normas del derecho privado contenidas en el Código Civil, tal cual se puede desprender del artículo 238.1 cuando al proclamar el principio de responsabilidad patrimonial de las entidades públicas por los daños causados a los particulares hace

¹¹ Se establece que sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas. Asimismo, se señala que no habrá lugar a la reparación por parte de la Administración, cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero. Tampoco hay lugar a reparación cuando la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.

¹² DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, Óp. Cit., p. 4

¹³ CHANG HERNANDEZ, Guillermo Andrés. *Responsabilidad patrimonial del Estado: Alcances de su Responsabilidad objetiva*. Este artículo es parte de un blog de contenido jurídico, al cual se puede acceder a través del siguiente link: <http://quillermochangabogados.blogspot.pe/2009/12/responsabilidad-patrimonial-del-estado.html>

referencia a la posible aplicación de otros regímenes de responsabilidad previstas en el derecho común¹⁴.

Por lo que, como se puede apreciar del derecho administrativo peruano, se podría considerar al Estado peruano como un sujeto pasible de responsabilidad civil, en tanto que el Estado no solo sería pasible de tener una Responsabilidad Administrativa por sus actos, siendo la responsabilidad civil y administrativa dos instituciones distintas. Dado que, la responsabilidad administrativa proviene de la misma entidad que se traduce en el ejercicio de su potestad sancionadora, como cuando se tiene la imposición de una multa, mientras que la responsabilidad civil, busca imputar al causante de algún daño la obligación de reparar el perjuicio ocasionado por su actuar¹⁵.

De acuerdo a lo expresado por Jorge Danós, la Responsabilidad Civil Extracontractual de la Administración Pública, se podría sintetizar en las siguientes características:

- Se configura en un régimen sustantivo de carácter unitario, es decir que puede ser aplicado a todas las entidades públicas de los tres niveles de Gobierno (nacional, regional y local o municipal).
- Se consagra un régimen de responsabilidad directa, de modo que son las entidades del Estado, las que tengan la obligación de indemnizar de manera directa por los daños causados por sus funcionarios o servidores en el desempeño de sus cargos, con la posibilidad de repetir contra ellos.

¹⁴ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, Óp. Cit., p. 5

¹⁵ CHANG HERNANDEZ, Guillermo Andrés. *Responsabilidad patrimonial del Estado: Alcances de su Responsabilidad objetiva*. Este artículo es parte de un blog de contenido jurídico, al cual se puede acceder a través del siguiente link: <http://guillermochangabogados.blogspot.pe/2009/12/responsabilidad-patrimonial-del-estado.html>

- El régimen tiene un alcance general, es decir comprende todo tipo de actuaciones extracontractuales de las entidades administrativas, sean estas de carácter jurídico o puramente factico; es decir, el daño puede proceder de actos administrativos y de normas reglamentarias, o de hechos u actuaciones fácticas producidos por agentes públicos, u omisiones administrativas que constituyan el incumplimiento de una obligación de hacer o la omisión de un deber de vigilancia, siempre que la administración haya tenido legalmente establecido el deber de obrar o de actuar en un modo determinado.
- Se consagra un régimen de carácter esencialmente objetivo que, por tanto prescinde de la exigencia a la victima de demostrar la existencia de culpa o negligencia alguna por parte de los agentes públicos para que la pretensión de resarcimiento deba estimarse, siendo suficiente acreditar la realidad de una lesión imputable a una entidad administrativa.
- Para hacer efectiva la responsabilidad de la administración pública es indispensable la existencia de un daño causado por su actuación lícita o ilícita, y que haya sido injusto. En la medida que sea un daño que el particular no está obligado a soportar, al no existir causas de justificación en la administración pública productora del mismo, las que son expresas y están legalmente previstas en el artículo 238.2°¹⁶ de la LPAG.
- Se exonera a la Administración Pública de responsabilidad exclusivamente en los siguientes casos:
 - Cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o de fuerza mayor;

¹⁶ Art. 238.2°.- *“En los casos del numeral anterior, no hay lugar a la reparación por parte de la Administración cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante del administrado o de tercero. Tampoco hay lugar a reparación cuando la entidad hubiera actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o de los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias”.*

- Cuando el daño fuera consecuencia de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero;
- Cuando la entidad haya actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguardia de los bienes públicos; o
- Cuando se trata de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.

Con el Código Civil de 1984, vigente hasta la actualidad, podemos encontrar responsabilidad patrimonial del Estado, en los artículos 1969¹⁷, 1970¹⁸, 1979¹⁹, 1980²⁰ y 1981²¹, dado que los codificadores de 1984 no desconocían la responsabilidad patrimonial del Estado, sino que trataron de disimularla de forma general en los artículos 1969 y 1970²².

En ese sentido, al interior del ordenamiento jurídico peruano, específicamente en el derecho administrativo, tienen su origen en la regulación contenida en la LPAG, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos como el de Argentina, Francia, Italia y en Alemania, países en los que su origen se dio primero en la jurisprudencia de los tribunales. Para los cuales, no fue un impedimento la falta de disposiciones constitucionales específicas, ni tampoco la falta de dispositivos legales que regulen la responsabilidad del Estado²³.

¹⁷ Indemnización por daño moroso y culposo

Artículo 1969.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

¹⁸ Responsabilidad por riesgo

Artículo 1970.- Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.

¹⁹ Responsabilidad por daño causado por animal

Artículo 1979.- El dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero.

²⁰ Responsabilidad por caída de edificio

Artículo 1980.- El dueño de un edificio es responsable del daño que origine su caída, si ésta ha provenido por falta de conservación o de construcción.

²¹ Responsabilidad por daño del subordinado

Artículo 1981.- Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.

²² *Ibid.*

²³ PERRINO, Pablo. La responsabilidad extracontractual de la administración pública por actividad ilícita, publicado en Documentación Administrativa N° 269-270, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública- INAP, 2004, pág. 278 y 279.

I.5 Las Expropiaciones Indirectas y la posibilidad de ser alegado al interior del ordenamiento jurídico peruano

Al respecto, se debe empezar señalando que la posibilidad de alegar la ocurrencia de una expropiación indirecta al interior del ordenamiento jurídico peruano, se encuentra desarrollado de forma clara y precisa, en el fundamento del voto del Magistrado Landa Arroyo, en el caso, al cual llamaré como el caso Shougang²⁴.

Este caso trata brevemente de que con fecha 29 de mayo del 2007, la empresa Shougang Hierro Perú S.A.A. interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Nazca solicitando se declare inaplicable la Ordenanza Municipal N° 006-2007-A/MPN²⁵ toda vez que la misma atentaría contra la libertad de empresa e industria, contra la libertad de trabajo y contra el derecho de propiedad. La demandante refirió que es una empresa dedica a la explotación minera de hierro y otros recursos y que contaba con una concesión en el distrito de Marcona, en la provincia de Nazca, departamento de Ica.

La empresa Shougang señalaba que mediante la Ordenanza Municipal N° 006-2007-A/MPN se había aprobado la “Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la ciudad de San Juan de Marcona 2006 – 2016”, la cual en sus numerales N° 2.2.3 y 2.2.3.1 del volumen A, decidió cancelar todas las concesiones mineras, entre ellas la de la referida empresa, basándose en que tanto éstas como los demás inmuebles de la demandante están dentro del área urbana de la ciudad de Marcona, transgrediendo las normas de Medio Ambiente y Protección Ambiental.

²⁴ EXP. N.° 01735-2008-PA/TC

²⁵ La referida Ordenanza Municipal aprueba la “Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la Ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016”, el mismo que estaba estructurado y publicado en el Diario Oficial El Peruano según Ordenanza Municipal Distrital N° 021-2006-MDM del 13 de diciembre de 2006. Por lo que, se dispuso que la Municipalidad Distrital de Marcona, adoptaría las acciones que correspondan para la difusión, implementación, y gestión de la Actualización del Plan de Desarrollo Urbano del Distrito de Marcona 2006-2016 aprobado por la referida Ordenanza.

Por lo que el objeto de la demanda era cuestionar la Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la ciudad de San Juan de Marcona 2006 – 2016, toda vez que el mismo atentaría contra los derechos constitucionales del demandante, como son el derecho a la libertad de empresa e industria, a la libertad de trabajo y a la propiedad.

El Tribunal Constitucional señaló que la ordenanza sentaba las bases para privar a los demandantes del territorio sobre el cual ostentan un derecho económico de explotación exclusiva, lo cual amenazaba de forma directa y cierta la concesión de la cual son titulares. Ello, toda vez que comprender el territorio sobre el cual existe un derecho de concesión en el área urbana de la ciudad, suponía un hecho concreto destinado a menoscabar el derecho de la empresa demandante, al tratarse de derechos incompatibles sobre un mismo terreno. De esta forma, la amenaza en cuestión se presentaba como real y efectiva, y en base a ello declaró fundada la demanda.

Asimismo, el Magistrado Landa Arroyo, en su fundamento señala que en el referido caso cabría analizar si nos encontramos ante lo que en doctrina se conoce como expropiación indirecta. Dado que, la noción de expropiación indirecta o expropiación regulatoria se utiliza tanto en derecho internacional como en derecho interno. A nivel de derecho internacional se ha empleado expresamente dicha noción en el reconocimiento del deber de protección del Perú frente a inversionistas extranjeros en Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, reconociendo el derecho de dichos agentes a ser indemnizados si son expropiados regulatoriamente.

También se señala en el fundamento del voto del Magistrado Landa que a pesar que no encontramos una mención expresa en la Constitución relativa a la proscripción de las expropiaciones indirectas, ello no significa que la Constitución las tolere. Por lo que una interpretación constitucional válida nos lleva a que toda vez que la Constitución reconoce, respeta y protege el derecho de propiedad de los privados como parte del modelo de economía social de mercado al que se adscribe y al establecer la exigencia de un adecuado procedimiento expropiatorio que incluya un pago en efectivo de indemnización

justipreciada para intervenir sobre la propiedad de privados, las expropiaciones indirectas se encontrarían proscritas.

Por lo que, las bases constitucionales que fundamentarían la protección contra las expropiaciones regulatorias o indirectas se encontrarían recogidas en los siguientes artículos de la Constitución Política del Perú:

- **Inciso 2 del artículo 2: Derecho a la igualdad ante la ley**

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que la igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2° de la Constitución de 1993²⁶, de acuerdo al cual toda persona tiene derecho a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

- **Artículo 61°: Políticas de Competencia**

La Constitución de 1993, a diferencia de su predecesora, la Constitución de 1979, como principio general, no prohíbe los monopolios (salvo el monopolio legal), sino solo el abuso de posiciones dominantes o monopólicas²⁷. La Constitución de 1979 prohibía los monopolios, consagrando con ello una norma que no era cumplida, sino que también era difícil de hacer cumplir. Ello, en tanto que los monopolios existieron durante toda la vigencia de la Constitución, y seguramente hubieran seguido existiendo a pesar de que se haya prohibido expresamente su existencia²⁸.

- **Artículo 63°: Igualdad de Trato entre Inversión Extranjera y Nacional**

El artículo 63° de la Constitución establece que la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones, pudiendo la inversión ser definida como aquella acción mediante la cual los agentes económicos – personas e instituciones involucradas en el proceso económico por medio de fondos propios o ajenos- realizan la compra de activos físicos, bonos,

²⁶ EXP. N.° 02835-2010-PA/TC

²⁷ EXP. N.° 00015-2010-PI/TC

²⁸ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *La regulación Constitucional de los Monopolios y las Políticas de Competencia*. En: *La Constitución Comentada: Análisis artículo por artículo*, Tomo I, Gaceta Jurídica, 2005, p. 844.

acciones, etc., con el propósito de obtener una serie de beneficios futuros²⁹.

- **Artículo 70°: Derecho de Propiedad y Expropiación**

La propiedad, como derecho fundamental, se encuentra prevista en el artículo 2°, numerales 8 y 16 de la Constitución. Este derecho, es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar y reivindicar un bien. Es por ello, que el propietario puede servirse directamente del bien del cual es titular, percibir sus frutos y productos, y darles un destino acorde con sus intereses patrimoniales³⁰.

En ese sentido, si bien la forma común de realizar un acto de expropiación por parte del Estado, es la transferencia del título de propiedad, se debe tener en consideración que lo que se busca es la protección del derecho de propiedad, pudiendo darse en la realidad, actos por parte de la administración pública, cuyos efectos en el derecho de propiedad de los inversionistas, terminen siendo tan o más perjudiciales que aquellos que se obtienen ante la ocurrencia de un acto de expropiación clásica o de traslación del título de propiedad hacia el Estado.

- **Artículo 71°: Igualdad y Límites a Extranjeros en cuanto a la Propiedad**

El Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho a la propiedad establecido en los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien³¹, pudiendo ser ejercido tanto por los nacionales como los extranjeros en el marco de lo dispuesto por el artículo 71° de la Constitución.

A través de la sentencia recaída en el expediente N° 0018-2003-AI/TC, se ha señalado que el principio de igualdad se constituye simultáneamente de la manera siguiente:

- Como un límite para la actuación normativa.

²⁹ EXP. N.° 018-2003-AI/TC

³⁰ Expediente N° 0030-2004-AI/TC.

³¹ Expediente N° 0008-2003-AI/TC

- Como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder.
- Como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos.
- Como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales.
- La idea de igualdad se desprende de la dignidad y naturaleza de los seres humanos, por lo que el tratamiento desigual no será injustificado en tanto no se afecte dicha dignidad.

Finalmente, se puede indicar, de acuerdo a los artículos constitucionales expuestos, que existen suficientes criterios jurídicos, como para que una persona natural o jurídica, pueda argumentar ante cualquier tribunal peruano (administrativo, judicial o arbitral) la ocurrencia de una expropiación indirecta. Ello, en la medida que la lógica económica para que la propiedad sea protegida frente a las expropiaciones directas, es también fundamento frente a la ocurrencia de expropiaciones, como producto de la actuación regulatoria del Estado.

Como señala Enrique Pasquel, las Expropiaciones Indirectas deberían encontrarse sujetos a los mismos límites constitucionales, que los que son alegados ante la ocurrencia de una expropiación directa: (i) que la finalidad de la expropiación sea seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley; y, (ii) que se pague una indemnización³².

I.6 Análisis comparativo entre las Expropiaciones Indirectas y la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública

³² PASQUEL, Enrique, Óp. Cit., p. 115.

En el presente punto, se procederán a desarrollar cada una de las características principales que identifican y diferencian a las Expropiaciones Indirectas con la figura jurídica de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, a fin de poder determinar el grado de protección, con relación al ejercicio del derecho de propiedad, y sus repercusiones jurídicas al interior del ordenamiento jurídico peruano. Para lo cual, se procederá primero con enunciar y desarrollar aquellas características que se considera tienen en común ambas figuras jurídicas, para luego pasar a desarrollar aquellas que se considera son las que marcan notoriamente sus diferencias:

- **Características que tienen en común:**

- **Responsabilidad Directa**

El problema de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, así como la de sus funcionarios públicos, conjuntamente con la protección administrativa y jurisdiccional de los administrados, ha constituido uno de los problemas principales del derecho administrativo. Dado que cuando, el Estado dicta un acto antijurídico, el administrado tendría la posibilidad de poder recurrir ante la sede administrativa a fin de poder contrarrestar los efectos nocivos del acto antijurídico por parte del Estado; pero, además, será necesario indemnizar el perjuicio ocasionado, por parte del o de los funcionarios implicados en la emisión del acto antijurídico, así como del propio Estado.

Sin embargo, muchas veces los Estados, alegando el ejercicio de su Poder de Policía, no indemniza el perjuicio ocasionado en el ejercicio del derecho de propiedad de los inversionistas. Es por ello, que el Perú ha suscrito Tratados Bilaterales de Inversión, en los cuales se protege las inversiones extranjeras dentro del territorio nacional. Por ejemplo, el Convenio entre la República del Perú y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, establece lo siguiente:

“Artículo 2

- (1) *Cada una de las Partes Contratantes promoverá dentro de su territorio las inversiones de nacionales y sociedades de la otra parte contratante y las admitirá de conformidad con sus leyes y reglamentaciones. Cada parte contratante asegurará un tratamiento justo y equitativo para las inversiones de los nacionales o sociedades de la otra parte contratante.*
- (2) *Ninguna de las partes contratantes perjudicará en su territorio la administración, la utilización, el uso, o el aprovechamiento de las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, a través de medidas arbitrarias o discriminatorias.”*

En ese sentido, se puede observar que al igual que en la Responsabilidad Patrimonial del Estado, los Tratados Bilaterales de Inversión también aplicarían la responsabilidad directa de los Estados, al violentar alguna de las obligaciones asumidas por estos en los referidos instrumentos internacionales, como es el otorgamiento de un trato justo y equitativo, lo cual podría también coadyuvar a la ocurrencia de una expropiación indirecta. Por lo que la responsabilidad de los funcionarios públicos conllevará a que también se plantee la responsabilidad por parte del propio Estado.

○ **Indemnización por Daños**

El término “responsabilidad civil” puede entenderse, como la obligación de indemnizar el daño material ilegítimamente causado por culpa o negligencia. Teniendo tres elementos clásicos: daño material, que haya sido realizado de forma ilegítima, y que sea cometido con dolo, culpa o negligencia de la persona que lo cometió.

Asimismo, en el marco de la responsabilidad de los Estados, producto de las normas que estas emiten, y que podrían perjudicar sustancialmente a los

administrados, se debe señalar que como producto del proceso de globalización de las relaciones económicas a nivel internacional entre los inversionistas, sus países de origen y los países receptores de inversión, se ha buscado a través de los diversos tratados bilaterales de inversión, el poder proteger y promover las referidas inversiones.

- **Responsabilidad objetiva**

La responsabilidad patrimonial del Estado parte de la premisa que el Estado es un sujeto jurídico de derechos y obligaciones frente a los administrados. Esta responsabilidad es considerada como objetiva y directa, esto es, que es el Estado quien responde de forma directa por los daños y perjuicios ocasionados a los particulares producto de la actuación administrativa de alguna de las entidades que la conforman, generalmente considerada como actuación irregular de parte de estas³³.

A nivel del derecho internacional de las inversiones, se tiene la doctrina del “*sole effect*”, que es un criterio utilizado por los tribunales arbitrales, mediante el cual se rechaza el análisis de intencionalidad del gobierno, respecto del daño ocasionado al inversionista, así como el interés público que es perseguido por la medida y el efecto beneficioso que la medida pudo haber tenido para el Estado. Por lo que es solo el daño sufrido por el inversionista el que cuenta, al momento de decidir si la medida del Estado o no, constituye una expropiación indirecta.

- **Criterio de causalidad e imputación a la administración**

³³ CASTREJÓN GARCÍA, Gabino Eduardo. *La responsabilidad patrimonial del Estado*, p. 12. Se puede acceder al referido artículo a través del siguiente link: http://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0ahUKewjho6Tk7OTMAhUF1B4KHZrUCRwQFqgmMAI&url=http%3A%2F%2Fwww.acatlan.unam.mx%2Fmultidisciplina%2Ffile_download%2F122%2Fmulti-2012-01-01.pdf&usq=AFQjCNF4alCX7SSW6B5q8fxyxnr5b4lOQA

La indemnización reclamada al Estado por el particular exige la acreditación de la relación causa – efecto entre la actividad del Estado y los daños y perjuicios efectivamente producidos por ella. Sin embargo, podría no resultar ser sencilla la demostración de causalidad, dado que, por el contrario, ello ameritaría demostrar de una forma técnico – jurídica el actuar del Estado con el daño producido. Ello en la medida que una posición no muy rigurosa de causalidad con la actividad del Estado, podría conllevar a consecuencias económicas inaceptables para este³⁴.

Por lo que, en las expropiaciones indirectas, al igual que en el caso de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, se puede señalar que siempre se va a buscar identificar al Estado como el causante del perjuicio sufrido por el administrado o inversionistas, es decir, se busca determinar el vínculo entre el daño y la acción estatal, a fin de demostrar que el acto administrativo en sí mismo, es el idóneo para producir el daño reputado por el inversionista desde un punto de vista racional y objetivo.

○ **Carácter unitario**

En la Responsabilidad Patrimonial del Estado, este responde en sus tres niveles de Gobierno (Central, Regional y Local). Por ejemplo, si observamos el derecho comparado, en Colombia, su Constitución Política de 1991 consagra en su artículo 90° el régimen de responsabilidad del Estado, estableciendo que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la emisión de las autoridades públicas.

Asimismo, se establece que en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de los daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario, aquel deberá repetir contra este.

El referido artículo 90° de la Constitución Colombiana, nace del proyecto elaborado por el constituyente Juan Carlos Esguerra, quien en su informe

³⁴ CASTRO ESTRADA, Álvaro, Óp. Cit., p. 67.

señalaba que las autoridades públicas serían responsables por infracción de la Constitución y de las leyes y por extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones. Cualquier persona podría solicitar de la autoridad competente la aplicación de las correspondientes sanciones penales o disciplinarias. Cuando sea procedente, también podrá demandar ante el juez competente que se ordene a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.

En ese sentido, se puede observar que, tanto en las expropiaciones indirectas como en la Responsabilidad Patrimonial del Estado se configura un régimen sustantivo de carácter unitario, que puede ser aplicable a todas las entidades públicas de los tres niveles de Gobierno. Siendo más resaltante en el caso de las expropiaciones indirectas, en la medida que los inversionistas extranjeros se encuentran protegidos por una vasta variedad de tratados de inversiones que garantizan sus derechos, incluyendo el derecho a ser compensados en el evento de una expropiación indirecta. Al mismo tiempo, un Estado podría adoptar regulaciones de interés público que podrían dañar los intereses económicos de los inversionistas al interior de su territorio, y que ameritarían el pago de una indemnización por parte del Estado, independientemente del nivel de gobierno en el cual la autoridad causante del daño, se encuentre.

- **Características que no tienen en común:**

- **Con relación al interés público**

La Responsabilidad Patrimonial del Estado parte del principio de igualdad frente a las cargas públicas, el cual se puede observar de forma clara en los casos de expropiaciones directas, indemnizando a aquellos habitantes que hayan sufrido un daño en su patrimonio como producto de un acto legítimo o actividad normal por parte de la administración pública.

Sin embargo, debemos indicar que, a pesar de que existen ciertas circunstancias que naturalmente podrían motivar a que el Estado actúe rápidamente, pudiendo en una gran probabilidad terminar afectando el derecho

de propiedad de los inversionistas, sin importar que sean nacionales o no, vemos que en el caso del derecho internacional de las inversiones, no importaran los motivos bajo los cuales el Estado termino afectando el derecho de propiedad, ya que lo único que importa son los efectos de su actuación, como se vio con la doctrina del “sole effect”.

En ese sentido, al interior de un ordenamiento jurídico no se puede aceptar que existan dos realidades distintas respecto a la igualdad de tratamiento a los inversionistas, sean estos nacionales o extranjeros, ya que al interior de todo ordenamiento jurídico, no se puede permitir la existencia de normas que toleren o permitan la existencia de un trato desigual entre las personas a pesar de encontrarse en la misma situación. Ello, en tanto que, visto desde un punto de vista económico, desincentivaría la atracción de inversiones al interior de los Estados, al no promoverse la competencia entre empresas que ejercen sus actividades en un mismo sector económico³⁵.

▪ **Con relación a la responsabilidad contractual y extra contractual**

Al respecto, se debe indicar que, en el ámbito de protección de las expropiaciones indirectas, la responsabilidad del Estado, sería mucho más amplia que el de responsabilidad patrimonial del Estado, en la medida que en la primera no se señala que esta solo cubra el incumplimiento de obligaciones contractuales o extra contractuales, sino que solo establece la responsabilidad del Estado en los casos que se pueda demostrar los efectos de actos administrativos equivalentes al de una expropiación directa.

Ello, en tanto, que lo que busca resolver el estándar de expropiaciones indirectas es la tensión que surge entre el ejercicio del derecho de propiedad de los inversionistas y el ejercicio del poder de regulación legítimo de los Estados, dado que no toda interferencia gubernamental puede ser considerado como una expropiación indirecta, lo cual se determinara caso por caso, en

³⁵ Ibid. p. 233.

donde los tribunales arbitrales de inversiones consideraran el propósito y efecto de la medida, el grado y duración de la interferencia, así como las legítimas expectativas del inversionista.

▪ **Con relación a las actuaciones lícitas e ilícitas del Estado**

Al respecto, si recurrimos al derecho comparado, podemos observar, por ejemplo, que en Italia se solía afirmar de forma insistente y pacífica que la responsabilidad del Estado con respecto a los daños causados, como producto de los actos ilícitos de sus funcionarios, tenía carácter directo, debido a la aplicación de la llamada teoría orgánica, según la cual el acto dañoso emanada de un órgano del Estado debe ser considerado como un acto del propio Estado, en virtud de la relación de identificación orgánica (*immedesimazione organica*) que vincula al órgano con el ente público³⁶.

En el caso de las expropiaciones indirectas, a diferencia de la responsabilidad patrimonial del Estado se puede indicar que la primera guarda un nivel de protección mayor que la segunda, en tanto que en la responsabilidad patrimonial del Estado, en la práctica solo se indemnizaran en mayor medida, los actos ilícitos de los funcionarios públicos, en la medida que los actos lícitos de estos, responderían a actos con un respaldo de interés público, los cuales no serían objeto de responsabilidad de los Estados.

Ello, a diferencia de las expropiaciones indirectas, en que por ejemplo, se considera que los Gobiernos son libres de actuar en aras de salvaguardar el interés público, ya sea para la protección del medio ambiente, la emisión de un nuevo régimen tributario, el otorgamiento o el retiro de subsidios, reducción o incremento de tarifas, o la imposición de zonas urbanas o similares, los cuales, son actos lícitos del Estado, pero que podrían denotar una afectación sustancial de alguno de los atributos del derecho de propiedad de los

³⁶ Ibid. p. 34.

inversionistas. Por lo que, la razonable regulación del gobierno podría no ser aplicada si cualquier inversionista se ve sustancialmente afectado y no ha obtenido una compensación al respecto.

▪ **Con relación a los eximentes de responsabilidad por parte del Estado**

Se debe empezar por señalar que en conformidad con el postulado de la responsabilidad directa de la Administración Pública, se excluía cualquier responsabilidad del funcionario, tanto frente al ciudadano lesionado en sus derechos como frente al propio Estado, la cual no podía repetir sobre aquél la parte de la deuda resarcitoria que lo correspondiese en proporción a su participación culposa en la producción del daño³⁷.

En el caso de la responsabilidad patrimonial del Estado, también no solo podría haber eximente del funcionario con respecto al Estado, sino que también podría haber una exención del propio Estado. Dado que, la indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado presume que los daños reparables sean de aquellos que el particular no tenga la obligación jurídica de soportar, ya que pueden darse daños que expresamente deban asumirse sin posibilidad de reclamo al Estado, como aquellos que se produzcan derivados por actos de fuerza mayor, que no pueden ser imputados al Estado³⁸.

Por lo que, a diferencia de la responsabilidad patrimonial del Estado se puede observar que en el caso de las expropiaciones indirectas, no existe causal de exclusión de responsabilidad del Estado, por ejemplo, en aplicación de la doctrina del “sole effect”, en donde solamente se debe probar la deprivación sustancial de alguno de los atributos del derecho de propiedad de los inversionistas, la cual debe ser permanente e irreversible, representando un persistente o irreparable obstáculo³⁹.

³⁷ Ibid., p.36

³⁸ CASTRO ESTRADA, Álvaro, Óp. Cit., p. 66.

³⁹ Con relación al grado y duración de la medida, se han tenido varios criterios, por ejemplo en el caso Middle East Cement v Egypt se estableció que 4 meses había sido considerado como tiempo suficiente para demostrar la

Asimismo, podemos apreciar que las expropiaciones indirectas tienen un ámbito de protección mayor que el de la responsabilidad patrimonial del Estado en tanto que se encuentra reconocido como norma en el derecho internacional que la propiedad de los extranjeros no puede ser expropiada, ya sea en aras de protección del interés público o no, sin una adecuada compensación. Dado que, desde décadas atrás, las disputas ante las cortes y tribunales arbitrales, así como la discusión en la doctrina, se enfocaba principalmente en el estándar de compensación del bien expropiado.

- **Con relación a las medidas de alcance general**

La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública lo que busca es dotar de una eficaz garantía a las nuevas libertades democráticas de los ciudadanos frente a posibles abusos o violaciones por parte de los funcionarios del Estado en el desempeño de sus actividades públicas. Asimismo, con relación al su alcance objeto, por ejemplo, en Italia se consideró que no existían razones fundadas para limitar el ámbito objetivo de la garantía constitucional a los derechos de libertad, introduciéndose así una discriminación con relación a otros derechos constitucionales y debilitándose al mismo tiempo la inmunidad del ciudadano en el ejercicio de estos últimos.

Es debido a dichos problemas, que en Italia, por ejemplo, en lo que respecta a la responsabilidad civil de los entes públicos, se manifestó que el configurar aquella como una responsabilidad meramente subsidiaria, colocaba de hecho al tercero dañado en una posición sumamente desguarnecida en cuanto a las posibilidades concretas de hacer efectivo el resarcimiento del daño. Además, un planteamiento semejante de la responsabilidad civil del Estado y demás entes públicos ignoraba absolutamente los casos en que la obligación de

ocurrencia de una expropiación indirecta. Sin embargo, en el caso de *SD Myers v Canadá*, se señaló que 18 meses había sido establecido como suficiente para la ocurrencia de una expropiación indirecta.

resarcimiento resultaba atribuida directamente al ente y no al funcionario, según se admitía pacíficamente en la doctrina y en la jurisprudencia⁴⁰.

Con relación a los actos que ocasionarían la Responsabilidad Patrimonial del Estado, se debe tener en cuenta que este solo se activara con relación a los daños individualizados, en la medida que la obligación del Estado al pago de los daños y perjuicios que con su actuar produzca, tiene como origen y justificación el derecho que se le reconoce al particular de ser indemnizado de todas aquellas lesiones antijurídicas que se le ocasionen con motivo de la actividad del Estado, entendiéndose por ellas, las afectaciones patrimoniales que el particular no tenga expresamente el deber jurídico de soportar y que se consagrarían expresamente en una nueva garantía constitucional sobre “la integridad patrimonial de los individuos”.

Sin embargo, la expropiación o la deprivación de los bienes puede darse a través de diferentes formas, ya que puede ser directa cuando una inversión es nacionalizada o de otra forma directamente expropiada a través de la transferencia formal del título de propiedad o de la directa posesión física. En adición al término de expropiación, se han usado los términos como desposesión, deprivación o privación. En el derecho internacional está claro que tomar el título de propiedad de un bien constituye una expropiación compensable⁴¹.

En ese sentido, podemos observar que en el caso de expropiaciones indirectas no se tiene un ámbito restringido de compensación, en el sentido de que solo se pueda solicitar una indemnización en aquellos casos que el acto administrativo haya causado perjuicio en el patrimonio de un particular en específico, sino que en el caso de las expropiaciones indirectas, inclusive se puede solicitar la indemnización por aquellos actos que tienen repercusiones generales en la economía e inversiones de los inversionistas, y no solo a unos cuantos, como podría suceder en los casos de una nacionalización.

⁴⁰ LEGUINA VILLA, Jesús, Óp. Cit., p. 41.

⁴¹ OECD, Óp. Cit., p. 3.

Finalmente, de acuerdo a la comparación realizada entre la Responsabilidad Patrimonial del Estado y las Expropiaciones Indirectas, se puede llegar a la conclusión que las Expropiaciones Indirectas poseen un ámbito de protección mayor que el de la Responsabilidad Patrimonial del Estado.

I.7 Conclusiones

- Se debe tener en cuenta que, es casi imposible emitir un marco normativo que satisfaga los intereses de todos.
- Con respecto a emitir regulación que termine afectando el ejercicio legítimo del derecho de propiedad, se debe tener en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales⁴².
- Con respecto a las expropiaciones indirectas, como supuesto de afectación sustancial al ejercicio del derecho de propiedad, se ha reconocido a nivel del derecho internacional de las inversiones, que alegar la ocurrencia de una expropiación indirecta, suele ser un área del derecho, cuya discusión no ha sido pacífica, y que la aceptación del mismo, por parte de los Estados, generalmente de aquellos considerados como en vías de desarrollo, han sido muy reticentes en aceptar la ocurrencia de dicho tipo de expropiación.

⁴² Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C N° 179.

- Asimismo, en el caso de las Expropiaciones Indirectas, resulta fundamental el argumento de la igualdad ante la Ley, en el sentido de que resultaría discriminatorio ofrecer niveles de protección distintos a los inversionistas, cuando estos son perjudicados en alguno de los atributos de su derecho de propiedad, producto de la actuación directa o indirecta del Estado.
- Cabe señalar que, de una interpretación válida de lo dispuesto en nuestra Constitución respecto a cómo el Estado reacciona frente a la ocurrencia de una expropiación indirecta, debemos indicar, que si bien no existe una disposición expresa en la Constitución Peruana que prohíba la realización de dicho tipo de expropiaciones, ello no quiere que el Estado las acepte.
- Sin perjuicio, de lo señalado en el punto anterior, debemos indicar que, en el derecho doméstico peruano, la Responsabilidad Patrimonial del Estado se encuentra regulado en el artículo 238° de la Ley 27444⁴³, Ley del Procedimiento Administrativo General.
- Sin embargo, como se ha podido apreciar, si aplicáramos lo dispuesto en el artículo 238° de la Ley 27444, a algunos casos en los cuales se ha discutido la vulneración al derecho de propiedad, podemos observar que resulta muy probable que en ninguno de ellos, se reconozca la vulneración del derecho de propiedad del particular por parte de un acto administrativo del Estado.
- Respecto, a la necesidad de si debería o no regularse las expropiaciones indirectas al interior del ordenamiento jurídico peruano,

⁴³ Se establece que sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas. Asimismo, se señala que no habrá lugar a la reparación por parte de la Administración, cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero. Tampoco hay lugar a reparación cuando la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.

señalamos que, teniendo en cuenta de cómo en la jurisprudencia norteamericana, se han resuelto los casos de expropiaciones indirectas, consideramos que lo regulado a nivel del ordenamiento jurídico peruano, en lo que respecta a expropiaciones, y más específicamente, en lo regulado a nivel de nuestra Constitución Política, no ameritaría en sí mismo, una nueva regulación en temas de expropiaciones indirectas, ya que de una interpretación de los artículos anteriormente señalados de nuestra Constitución, podríamos llegar a establecer una interpretación válida, respecto a las expropiaciones en general, pudiendo determinar que si bien no encontramos una mención expresa en la Constitución relativa a la proscripción de las expropiaciones indirectas, ello no significa que esta las apruebe.

- Sin embargo, pensando en el escenario jurídico real peruano, podría quizás considerarse la posibilidad de modificar nuestra Ley General de Expropiaciones, a fin de que en ella se haga referencia de forma expresa, no solo a las expropiaciones directas o físicas, sino también a las indirectas o regulatorias, ya que, ha sido y siempre será un objetivo a largo plazo, en cuanto se refiere a inversionistas nacionales, el poder hacer prevalecer su derecho de propiedad.
- Finalmente, se debe dejar en claro, que lo que se propone en este trabajo, no es interferir en la potestad regulatoria por parte de los Estados en defensa del ejercicio del derecho de propiedad, dado que éstos son totalmente libres para regular en aras de velar por el interés nacional, sino que dicha protección se haga efectiva en el establecimiento de la obligación de compensar por parte del Estado Peruano, todo aquel acto gubernamental que traiga como consecuencia una disminución total o casi total del valor de mercado de las inversiones, afectando notablemente el derecho de propiedad, originándose en la práctica un acto expropiatorio, a pesar de que dicho acto gubernamental

no traiga consigo una transferencia del título de propiedad hacia el Estado o hacia un tercero.