



FACULTAD DE DERECHO

**LA DECLARACIÓN DE PATRIMONIO CULTURAL  
SOBRE BIENES INMUEBLES DE PROPIEDAD PRIVADA  
COMO CASO DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA O  
REGULATORIA**

**PRESENTADA POR  
STEPHANIE SHEREZA ESPINOZA FLORES**

**ASESOR  
JOSE ANTONIO CAMACHO BEAS**

**TESIS  
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

**LIMA – PERÚ  
2021**



**CC BY-NC-ND**

**Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada**

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



FACULTAD DE DERECHO

**LA DECLARACIÓN DE PATRIMONIO CULTURAL SOBRE BIENES  
INMUEBLES DE PROPIEDAD PRIVADA COMO CASO DE EXPROPIACIÓN  
INDIRECTA O REGULATORIA**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

PRESENTADO POR :

STEPHANIE SHEREZA ESPINOZA FLORES

ASESOR:

MG. JOSE ANTONIO CAMACHO BEAS

LIMA – PERÚ  
2021

## ÍNDICE

RESUMEN	V
ABSTRACT	VII
INTRODUCCIÓN	1
<b>CAPITULO I: MARCO TEÓRICO</b>	<b>6</b>
1.1. Antecedentes de la investigación	6
1.2. Bases teóricas	9
1.3. Definición de términos básicos	18
1.4 Formulación de hipótesis	19
1.4.1. Hipótesis general	19
1.4.2. Hipótesis específicas	19
<b>CAPITULO II: METODOLOGÍA</b>	<b>20</b>
2.1. Diseño metodológico	20
2.2. Aspectos éticos	20
<b>CAPÍTULO III: CUESTIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD</b>	<b>21</b>
3.1. El derecho de propiedad en la Constitución Política y el Código Civil	22
3.2. Limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad: El interés social	26
3.3 El derecho de propiedad en pronunciamientos del Tribunal Constitucional	29

**CAPÍTULO IV: LA LEY GENERAL DEL PATRIMONIO CULTURAL Y LAS AFECTACIONES A LOS DERECHOS DE LOS PROPIETARIOS DE INMUEBLES** **36**

**CAPÍTULO V: LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA O REGULATORIA EN PROCESOS INTERNACIONALES RELATIVOS A INVERSIONES** **46**

5.1 Breve referencia a cláusulas especiales en tratados internacionales **46**

5.2 Orígenes del concepto de regulación indirecta o regulatoria a nivel internacional. **48**

5.2.1 Caso Alemania contra Polonia (Certain German Interest in Polish Upper Silesia, 1926) **50**

5.2.2 Caso Noruega contra Estados Unidos (Norwegian Shipowners Claims, 1922) **52**

5.2.3 El caso Iran - Estados Unidos (Iran - U.S. Claims Tribunal) **53**

5.3 El uso del concepto de expropiación indirecta o regulatoria para un caso con el Perú: El caso de Tza Yap Shum contra la República del Perú **54**

**CAPÍTULO VI: PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES Y ADMINISTRATIVOS NACIONALES RELACIONADOS CON LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA O REGULATORIA** **58**

6.1 Pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia de patrimonio cultural de la Nación **58**

6.1.1 El expediente N° 01735-2008-PA/TC y el voto del Magistrado Landa **59**

6.1.2 El caso de Duke Energy y la mención expresa al concepto en el Expediente N° 00834-2010-PA/TC **68**

6.2 La idea de expropiación indirecta en sede administrativa. El pronunciamiento de INDECOPI en el expediente N° 00037-2009/CEB	<b>69</b>
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>78</b>
<b>FUENTES DE INFORMACIÓN</b>	<b>81</b>

## RESUMEN

Sabemos que muchas de nuestras ciudades poseen una riqueza cultural e histórica que es innegable y que, por tal motivo, merecen protección, no solo a nivel nacional sino también internacional. En el ámbito urbano podemos apreciar inmuebles que representan parte de nuestra historia y por tal motivo, son objeto de cuidado.

A partir de conocimiento y experiencias personales, quisimos profundizar en el aspecto jurídico de una situación que debería ser más desarrollada, considerando que vivimos en un país en el que la riqueza histórico y cultural están muy presentes.

De otro lado, es cierto también que el desarrollo y crecimiento de las ciudades puede, muchas veces, estar en conflicto con esa tradición cultural e histórica y que, enfrentados, los intereses individuales y colectivos, son fuente de discusión.

La presente investigación ha tenido como idea poner a la vista un conflicto que, consideramos, no ha tenido suficiente desarrollo doctrinario y ello porque estamos frente a un problema que tiene muchos aspectos, todos ellos relevantes, para considerar.

Entendiendo que nuestra tradición histórica y cultural es muy importante, y sin negar que se debe proteger y cuidar, como deber y derecho de todos, nos planteamos la cuestión de si en el cuidado de nuestro patrimonio, por ejemplo, a partir de declarar un inmueble como patrimonio cultural de la Nación, se estarían

también vulnerando otros derechos, no menos importantes, como es el derecho de propiedad.

Consideramos que sí hay un conflicto y el objetivo más amplio del presente trabajo fue encontrar un sustento para considerar la existencia de una afectación que debe ser de alguna forma compensada. Ello a propósito de la declaración como patrimonio histórico de los inmuebles de propiedad privada.

Así nos planteamos revisar la doctrina y la jurisprudencia, nacional e internacional, para tener una visión amplia de nuestro planteamiento que consiste en considerar que la declaración efectuada que recae sobre un inmueble de propiedad privada podemos equipararla a un acto de expropiación -de tipo indirecta de acuerdo con nuestro planteamiento- y que, por tal motivo, debería ser compensada.

Palabras clave: expropiación indirecta, patrimonio cultural, derecho de propiedad

## **ABSTRACT**

We know that many of our cities have a cultural and historical wealth that is undeniable and that, for this reason, they deserve protection, not only nationally but also internationally. In the urban environment we can appreciate properties that represent part of our history and for this reason, they are subject to care.

From knowledge and personal experiences, we wanted to deepen the legal aspect of a situation that should be more developed, considering that we live in a country where historical and cultural wealth are very present.

On the other hand, it is also true that the development and growth of cities can, many times, be against that cultural and historical tradition and that, faced, individual and collective interests are a source of discussion.

This research has had the idea of exposing a conflict that, we believe, has not had enough doctrinal development and that is because we are facing a problem that has many aspects, all of them relevant, to consider.

Understanding that our historical and cultural tradition is very important, and without denying that should be protected and managed, as a duty and right of all, we raised the question that if taking care of our heritage, for example, from declaring a property as cultural heritage of the Nation, would also be violating other rights, no less important, such as property rights.

We believe that there is a conflict and the broader objective of this work was to find a livelihood to consider the existence of an affectation that must be compensated in some way. This is based on the declaration as historical heritage of privately owned real estate.

Thus we propose to review the doctrine and jurisprudence, national and international, to have a broad vision of our approach, which consists in

considering that the declaration made that falls on a private property can be equated with an act of expropriation - of an indirect type of according to our approach - and that, for that reason, should be compensated.

Keywords: indirect expropriation, cultural heritage, property rights

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación aborda y describe el problema que se presenta por la declaración, como patrimonio cultural, que recae sobre inmuebles de particulares. De acuerdo con la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, Ley N° 28296, es bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación toda manifestación del quehacer humano que sea declarado expresamente como tal o sobre el que recae la presunción de serlo y ello, de forma independiente a su condición de propiedad pública o privada, los mismos que, por la Ley, se encuentran protegidos por el Estado.

De acuerdo con lo revisado, el problema está en que muchos propietarios de inmuebles cuestionan que, respecto de ellos, se haya dado la declaración de patrimonio cultural por lo que solicitan la desafectación como tales porque consideran que se afecta su derecho de propiedad. Se entiende que la afectación se hace con la idea de preservar y proteger el patrimonio cultural a tal punto que, de peligrar su conservación en manos de un particular, se autoriza a la expropiación de acuerdo con el procedimiento general establecido para tales casos. Lo que se entiende de la Ley es que la finalidad de la afectación es la preservación del patrimonio cultural que hace a una Nación, por lo tanto, en la búsqueda de la preservación de ese patrimonio, que se entiende es en beneficio de la sociedad en su conjunto, se justifica afectar a particulares, específicamente en su derecho de propiedad.

Sin embargo, lo que se plantea en la presente tesis es que desde el momento en que se declara el inmueble de un particular como patrimonio cultural, ya se está produciendo afectación al derecho de propiedad de un particular lo que puede considerarse como equivalente a una expropiación, por lo que debe ser indemnizado. Si bien la declaración de un bien de un particular como patrimonio cultural no es una expropiación, por los efectos lo entendemos comparable. Es lo que la doctrina conoce como expropiación indirecta o regulatoria.

Así, nuestra hipótesis es que la declaración de un inmueble como patrimonio cultural afecta el derecho de propiedad de los particulares de tal forma que es equivalente a una expropiación, por lo que debe ser indemnizada.

En nuestro país existe un marco legal para los casos de expropiación, pero no se reconoce lo que la doctrina y jurisprudencia internacional - y aun jurisprudencia nacional- conocen como expropiación indirecta o regulatoria.

La idea de la presente tesis es dar mayor fundamento para el reconocimiento de la figura en estudio considerando, además, que la bibliografía sobre la materia es dispersa y el tema es tratado desde diversos enfoques, basándose los autores en mucho en bibliografía extranjera. Desde ese punto de vista podríamos señalar como limitación del presente trabajo el hecho que no existen casos, sean administrativos o judicializados, de los que tengamos conocimiento por lo menos, y los que fueron cuestionados a nivel del Tribunal Constitucional no se han resuelto con pronunciamiento sobre el fondo.

Así, a partir de la hipótesis planteada nuestro objetivo general es establecer que la declaración de un inmueble como patrimonio cultural implica una expropiación indirecta o regulatoria y debe ser indemnizable.

La importancia de nuestro planteamiento está en que, considerar la declaración de un inmueble como parte del patrimonio cultural como acto sujeto a indemnización, significará que el Estado tendrá que evaluar la conveniencia de tal declaración y pensar en los afectados, los particulares, y el impacto en su derecho de propiedad, disminuyendo su valor y viendo restringida su actuación sobre el bien afectado. Por ello es que nuestros objetivos se han planteado como el establecer que la declaración de un inmueble como patrimonio cultural es un acto indemnizable, describir las limitaciones que se generan en el derecho de propiedad y con la libertad contractual con la declaración de un inmueble como patrimonio cultural, examinar la legislación actual relativa a los bienes de carácter histórico y exponer el vacío en la legislación y la jurisprudencia que se encuentra en cuanto a la afectación al derecho de propiedad de particulares.

En el marco teórico revisaremos las posiciones doctrinarias que dan sustento a nuestra posición, sin dejar de revisar posiciones en contra ya que, como se podrá apreciar en la investigación, no es un tema que genera consenso de la doctrina. Sobre todo porque se ve que hay intereses diferentes que se busca proteger, sean los del Estado -por su potestad de administración, sean los de la Nación o los intereses de los mismos particulares.

El tipo de investigación realizado es exploratorio ya que consideramos que estamos dando mayores pautas para investigaciones futuras del tema, que aún

tiene poco desarrollo, a pesar de existir conflictos a nivel de instancias internacionales, incluso involucrando al Perú.

El enfoque de la presente investigación es cualitativo, considerando que se analiza doctrina, normas jurídicas y jurisprudencia.

Según lo descrito, el trabajo está estructurado en capítulos siendo el primero y el segundo los referidos al Marco Teórico y a la Metodología, respectivamente, en los que planteamos nuestras bases teóricas e hipótesis a desarrollar así como el diseño metodológico. Así, la hipótesis principal desarrollada es que la declaración de un inmueble como patrimonio cultural implica una expropiación indirecta o regulatoria.

En el tercer capítulo iniciamos nuestra investigación estudiando las cuestiones generales relativas al derecho de propiedad, con la idea de hacer un panorama de dicho derecho desde lo que dice nuestra Constitución y pronunciamientos del Tribunal Constitucional y la idea del Código civil.

A continuación, en el capítulo cuarto se analizan los aspectos trascendentes para el presente trabajo de la Ley General de Patrimonio Cultural haciendo especial referencia a las afectaciones a los derechos de los propietarios de inmuebles declarados como patrimonio cultural.

A fin de entender la aplicación de la idea de expropiación regulatoria, el capítulo quinto trata sobre casos que se dieron a nivel de cortes internacionales relativos a inversiones y a partir de los cuales se empezó a aplicar el concepto. A continuación veremos un caso que tuvo a nuestro país como protagonista

cuando un ciudadano chino, Tza Yap Shum, demanda al Perú a partir de un procedimiento iniciado por la SUNAT.

En el capítulo sexto, traemos el concepto en controversias dadas en nuestro país y en los cuales ya se hace mención expresa al concepto de expropiación regulatoria, siendo el voto del Magistrado Landa en el caso de la minera Shougang que se vio afectada por la aplicación de una Ordenanza por la Municipalidad de Marcona. Luego, revisaremos la resolución administrativa emitida por Indecopi en la que se hace referencia a la figura de la expropiación regulatoria.

Las fuentes consultadas, sobre todo las referidas a conflictos a nivel internacional, dan un panorama amplio de la figura y, la revisión de resoluciones del Tribunal Constitucional y de Indecopi, han permitido revisar la aplicación de la figura estudiada, en nuestro sistema.

Luego de este desarrollo, pasamos a plantear nuestras conclusiones.

## **CAPITULO I**

### **MARCO TEÓRICO**

#### 1.1 Antecedentes de la investigación

A nivel nacional, si bien hemos podemos revisar la existencia de menciones en obras o artículos de la idea de la expropiación regulatoria o indirecta, hemos constatado que la línea de investigación que pretendemos seguir como tesis resulta ser casi novedosa. En cuanto a los trabajos de tesis, el antecedente más próximo, en cuanto a la temática, lo encontramos en Gutierrez (2012) quien analizó el tema relacionado con el tratamiento legal y la valoración económica de bienes muebles considerados como patrimonio cultural. Así, su visión del tema partió por plantearse cómo debería ser la regulación sobre el Patrimonio Cultural de la Nación, a partir de situaciones contempladas a partir de su investigación y análisis de la legislación. Se centró específicamente en los bienes muebles buscando de dejar planteados los vacíos, especialmente, en lo que se refiere a bienes muebles afectando los derechos de los propietarios. De especial relevancia para nuestro trabajo, es el capítulo IV referido a Límites a la propiedad y valoración económica de los bienes muebles de patrimonio cultural de la

Nación. Así por ejemplo, señala lo siguiente que, claramente, es muestra de su posición:

[C]reemos que no basta con que se cumplan los atributos de la propiedad si no existe libertad plena para decidir; no debe existir poderes externos que limiten su mejor utilización. La libertad humana es uno de los elementos esenciales para la toma de decisiones eficiente. (p. 238-239)

De otro lado, el punto de vista de Ordaya (2018) es el de revisar los mecanismos de calificación a nivel registral, ya que de acuerdo al reglamento de las inscripciones los actos inscribibles se refieren a Inscripción de plano de trazado y lotización en predios ubicados en zonas arqueológicas, zonas de riesgo o declaradas patrimonio cultural de la nación y lo que se refiere a la inscripción de condiciones de bien integrante del patrimonio cultural de la Nación. Lo que señala el autor es que existen vacíos en lo que se refiere a estos bienes, vacíos a nivel registral ya que existen actos que pueden ser inscribibles y sin embargo la norma especial no los contempla. En el caso puntual que nos ocupa, es de especial relevancia el análisis que hace de criterio o criterios utilizados para clasificar a los bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación. En general, si bien su trabajo está orientado a la revisión de los bienes inmuebles declarados como patrimonio cultural de la Nación y su relación con el sistema registral, los planteamientos utilizados sirven, también, de referencia al presente trabajo.

Por su parte, Choque (2016), plantea la regulación de la expropiación indirecta. En su investigación parte de conceptualizar al derecho de propiedad desde la teoría monista realista que le da base para su planteamiento, además de

entender a la expropiación no necesariamente como una transferencia forzosa sino a partir de la idea de privación, tomando como referencia los casos llevados ante tribunales internacionales. Cabe hacer la precisión que el autor hace referencia a la idea de expropiación indirecta y no regulatoria. Entendemos que lo hace así porque se basa en los casos de inversiones internacionales en cuyo ámbito se hace referencia al término expropiación indirecta.

Villegas (2017) hace una revisión de situaciones que considera equivalentes a expropiación regulatoria o indirecta, comenzando por aquellas del derecho internacional y hacer una revisión del estado de dicho concepto, y su aplicación, en el ordenamiento jurídico peruano. Señala que, si bien es cierto, la figura como tal no existe en la regulación interna ello no implica que no se puede aplicar haciendo especial referencia a la revocación de actos administrativos como caso de expropiación indirecta.

Bocanegra y Cueva (2016) enfocan el tema de la expropiación indirecta "a partir del enfoque teórico del constitucionalismo principista" (p.vi) para lo que proponen la aplicación del test de proporcionalidad. Como en otras investigaciones, se parte de la figura a nivel de inversiones internacionales considerando los autores que hay enfrentamiento de principios constitucionales motivo por el cual hacen el planteamiento señalado.

Lo que se aprecia de las tesis revisadas es que el punto de inicio está en la revisión de los casos en el ámbito internacional, específicamente, el caso de las inversiones internacionales y es que es ahí que se aprecia el tema en cuestión. En el caso del Perú se ve en los acuerdos BIT (*Bilateral Investment Treaties*) suscritos por nuestro país. Igualmente, encontramos referencias en sentencias

del tribunal Constitucional y a la idea del derecho de propiedad, todo lo cual tomamos de referencia también en el presente trabajo de investigación.

## 1.2. Bases teóricas

En el presente apartado, se revisará qué es lo que dice la doctrina sobre la idea de expropiación regulatoria.

La seguridad jurídica, entendida de forma general como el respeto a las reglas de juego, es una garantía para toda persona. La seguridad jurídica nos permite confiar en que se respetarán nuestros derechos y, en lo que es materia de esta investigación, del respeto al derecho de propiedad.

La misma seguridad jurídica nos dice que el derecho de propiedad es inviolable y que el Estado lo garantiza (art. 70). Igualmente, que nadie puede ser privado de ella sino por una causa de seguridad nacional o necesidad pública y previo pago de una indemnización justipreciada. La forma a través de la cual se procede a ello es a través de la figura de la expropiación que se entiende como una transferencia forzosa a favor del Estado.

En la doctrina está claro que la expropiación significa que un particular se ve compelido a ceder un inmueble, de su propiedad, a favor del Estado. Se produce una pérdida del derecho sobre lo nuestro (inmuebles) produciéndose una transferencia forzosa y se hace porque hay algo superior al derecho de un particular, como es la necesidad o utilidad pública. Esa es la justificación y sustento que se plantea a favor de la expropiación.

Sin embargo, se discute si es posible hablar de otra forma de expropiación, no entendida como una transferencia forzosa. Para expropiar, el Estado debe seguir

un camino establecido en la ley, con las garantías del caso. Y está claro que se trata de transferir íntegra y completamente un inmueble de un particular, a favor del Estado.

Pero ¿Pueden haber otras formas de entender la expropiación? Es decir ¿Pueden haber otras formas de afectación al derecho de propiedad sobre nuestros inmuebles, que no signifiquen una transferencia forzosa pero que se tomen equivalentes a una expropiación? No se puede negar que es un tema que, como muchos en Derecho, es debatible y así lo plantean Amado y Amiel (2005):

Quizá el tema más controversial en el derecho a la expropiación se presenta cuando un acto del Estado no adquiere la forma de una expropiación material pero lesiona de tal manera los atributos de la propiedad que le resta todo o parte de su valor, sin un debido proceso que resulte en la solución indemnizatoria (p. 60).

Lo anterior es lo que la doctrina ha llamado expropiación indirecta o expropiación regulatoria. Para nuestro caso la Ley de expropiación (D.S. N° 011-2019-VIVIENDA) señala, entre sus definiciones lo siguiente:

#### Artículo 4.- Definiciones:

Para la aplicación del presente Decreto Legislativo, se entiende por:

4.1. Adquisición: Es la transferencia voluntaria de la propiedad inmueble necesario para la ejecución de la Obra de infraestructura, del Sujeto Pasivo a favor del Beneficiario como resultado del trato directo.

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

Como se aprecia, no se contempla el caso de la llamada expropiación indirecta o regulatoria. En línea de lo planteado en el presente trabajo, consideramos como Amado y Amiel (p. 61) que:

Así, existen casos en los cuales el Estado, sin adquirir forzosamente propiedad privada, afecta la misma de tal manera que ésta pierde una parte o todo su valor, afectándose el llamado núcleo dominial garantizado de la propiedad privada (2005).

Sin embargo, como sucede en todos los casos, la idea de una expropiación que no signifique una privación total del derecho de propiedad, no es pacífica y, menos, la idea que deba tener una misma respuesta, es decir, ser pasible de indemnización. Así entonces, podríamos plantear que la discusión se plantea como sigue:

No es necesario que se produzca una transferencia forzosa para entender que se ha producido una expropiación indemnizable ya que el Estado, a través de su

actuación dictando regulación, puede también afectar el derecho de propiedad de los particulares, disminuyendo sus posibilidades de actuación sobre lo que les pertenece o disminuyendo su valor. Entonces, dado que esa disminución de valor o resta de posibilidad de actuación proviene de la regulación que emite en Estado, entonces debe indemnizar por la pérdida sufrida por el propietario. Se toma en cuenta, además, que la regulación, o el cambio de las reglas de juego, se da para favorecer un interés de la sociedad en su conjunto, en desmedro del interés particular.

En contra de aceptar la existencia de la expropiación indirecta, se señala que el Estado no tiene por qué indemnizar cuando por su actuación se va a producir un beneficio a la sociedad, es decir, el Estado está haciendo lo que está llamado a hacer, esto es, actuar en beneficio de todos al dictar la regulación. Además, la doctrina (comparada) también ha señalado que, al final, no se trata de una privación del derecho de propiedad, sino de limitaciones al derecho de propiedad, perfectamente factibles y dentro del marco legal.

Por el lado en contra Sumar (2014, párr. 3), haciendo una reseña de la idea, señala dos cosas:

Se dice, por un lado, que si es que el Estado está haciendo su labor, entonces no tendría por qué compensar, ya que no está haciendo nada malo, ni nada que quisiéramos que deje de hacer. La compensación, al elevar el precio de expropiación, sería un desincentivo para la realización de las actividades (legítimas) del Estado.

Lo reseñado anteriormente es el principal argumento que se plantea como oposición a la idea de la expropiación regulatoria. En el caso de la declaración de patrimonio cultural que recae sobre bienes inmuebles, lo que se supone se hace al declarar un inmueble como tal es favorecer a todos (la Nación) al proteger lo que es parte de su pasado. Es decir, se busca beneficiar al conjunto restringiendo al particular, sin que de ello obtenga un beneficio.

El otro argumento reseñado por Sumar (2014, párr. 3) en contra de la expropiación compensable es el siguiente, tomando lo señalado por el académico norteamericano Ian Ayres:

Por el lado más pragmático, se dice que las compensaciones tenderán a reducir la oposición que podrían ejercer los afectados en contra de la regulación. Así, es como recibir los \$10 por una cachetada, con la diferencia de que la cachetada le cae a otros. Gracias a las compensaciones, tendríamos más regulación (zonificación), no menos.

Igualmente, en la presente sección, vale señalar lo planteado por Guillof (2018) en el sentido que la posición en contra va por la discusión de lo que sería la base para entender la expropiación regulatoria. Es decir, la expropiación regulatoria tiene su fundamento en la afectación al derecho de propiedad. Sabemos que no hay pérdida del derecho pero generalmente la doctrina a favor toma como válido que sí existe privación, al menos parcial. Lo que dice otro sector de la doctrina es que no es privación sino limitaciones, perfectamente válidas considerando que ahí donde se originó la idea, no existe un desarrollo de la propiedad privada con una función social, como sí existe en Chile (y en nuestro país) (p. 624).

La figura de la expropiación regulatoria tiene su desarrollo en el sistema norteamericano (*indirect takings*) y desarrollado aún más a nivel internacional en lo que se refiere a inversiones internacionales. En este último caso, algo muy común en tratados bilaterales de inversión (BIT).

En el trabajo de Higa y Saco (2013) lo que plantean es que no puede haber trato desigual para situaciones similares. Ello lo contemplan considerando que un tratamiento que, por acuerdos internacionales, se debe dar a los inversionistas extranjeros, sin embargo, dicho tratamiento favorable iría en contraposición al tratamiento igualitarios que la Constitución garantiza. Contemplar lo contrario sería tener un sistema incoherente.

Como sustento de su planteamiento parten por enfatizar que los tratados en los que el Perú es parte, forman parte del derecho interno. Así, señalan lo siguiente:

El principal argumento en el que se basa esta afirmación se encuentra en la Constitución, que reconoce en su artículo 55 que los tratados ratificados y en vigor forman parte del derecho nacional. Esta postura es conocida como 'monismo', por considerar que el derecho internacional y el derecho interno forman parte de un solo ordenamiento jurídico (p. 234).

Este es un punto que por nuestra parte también consideramos esencial para la presente tesis ya que la figura que se investiga, de la expropiación regulatoria o indirecta, tiene mucho desarrollo en el ámbito de las inversiones internacionales y, por tal motivo, contemplada en acuerdos internacionales relativos a inversiones.

Lo que plantean es que, parte del sustento está en que, no solo porque existen pronunciamientos y reconocimiento a nivel internacional sino porque se encuentra incorporado en tratados en los que el Perú es firmante, por lo tanto, forma parte del sistema jurídico interno.

Entienden los autores que el respeto a ello significa seguridad jurídica que buscan brindar a los inversionistas extranjeros que quieren estar protegidos de decisiones arbitrarias y a partir de ello, la sociedad en su conjunto busca un trato similar. Así señalan:

Este objetivo político adquiere mayor importancia en países con marcos institucionales débiles como es el caso del Perú. En este tipo de países suele ocurrir que el Estado está en función a los intereses privados de los políticos gobernantes, a los intereses de una élite económica con influencia en el gobierno o a la sola voluntad de la autoridad. De este modo, si bien en un inicio pareciera que los interesados en fortalecer el marco institucional a partir de las normas de inversión son solo los inversionistas extranjeros, luego de observar los beneficios de este marco es claro que la sociedad también tiene un legítimo interés (p. 240).

Lo que se desprende del párrafo citado es que, precisamente, de los beneficios que se brinda al inversionista extranjero, son los nacionales los que buscan un mismo trato. Estos beneficios al inversionista extranjero surgen de las obligaciones que asume un Estado a partir de tratados internacionales y es en estos tratados que se contempla un marco para facilitar la inversión y brindar seguridad al inversionista, como lo referido a la protección al derecho de propiedad.

Entonces cabe preguntarse si aquello reconocido a un inversionista extranjero en un tratado internacional de inversiones, puede ser aplicado también en el derecho interno, a los nacionales, sobre la base de un trato no discriminatorio, que la Constitución también garantiza. Para los autores citados, la respuesta es afirmativa. Señalan lo siguiente:

En virtud de las normas mencionadas al inicio de este acápite (se refieren a los artículos 2, 53 y 62 de la Constitución) que reconocen la igualdad de derechos de las personas en nuestro ordenamiento jurídico, los derechos otorgados a los extranjeros por la vía de tratados internacionales también deberían ser reconocidos a los nacionales (p. 242).

En lo que es materia de la presente investigación, los autores hacen referencia por supuesto, a la expropiación indirecta al referir que los tratados internacionales relativos a inversiones protegen a los inversionistas contra expropiaciones. Si bien los autores hacen especial referencia al TLC Perú-EEUU, es perfectamente aplicable para nuestro análisis sobre todo en el tratamiento que tiene dicha figura. A los efectos también nos es de utilidad la definición que brindan:

Este tipo de expropiación se define como una expropiación sin transferencia formal de un título o derecho de dominio, que se produce a partir de un acto o serie de actos que van a tener el efecto de una expropiación clásica, esto es, que el acto realizado dejará sin valor el derecho de propiedad sobre el bien expropiado indirectamente (p. 247).

Lo que se aprecia hasta acá es que la expropiación indirecta se recoge en acuerdos internacionales para la protección del inversionista extranjero pero ello no tiene un paralelo cuando se trata de nacionales.

Por su parte Payet y La Serna (2008) analizan el tema desde una perspectiva de afectación diferente. Como lo plantean, el trabajo de análisis que presentaron se hizo a partir de la revisión del sistema privado de pensiones y la situación que se dio en Argentina cuando a partir de un acto de gobierno se unificó el sistema privado con el sistema de reparto. Debe notarse que en este caso no estamos frente a un acto de privación de un bien pero sí de una afectación al derecho de propiedad en general y así lo entienden los autores, es por ello que en su análisis señalan cuáles son las características del derecho de propiedad que se contemplan en el sistema privado de pensiones, respecto de la cuenta individual de capitalización (CIC). Por ello consideran que:

...el afiliado mantiene un derecho de propiedad sobre sus aportes y los rendimientos de que ellos se derivan. En tal sentido, entendemos que el ejercicio del derecho de propiedad respecto de los recursos del ahorro previsional que se derivan de la CIC, se manifiesta en la capacidad de exclusión de la que goza el afiliado al SPP... (p. 270)

Del mismo modo consideran que sobre la CIC el afiliado tiene el derecho de elegir el uso y disposición. Entonces, al considerar que existe un verdadero derecho de propiedad de los afiliados sobre su CIC, si existiera una medida del gobierno similar a lo ocurrido en Argentina, estaríamos hablando de un acto de expropiación indirecta. Pero dada la falta de un marco interno específico, al igual que los autores anteriores, recurren a la normatividad establecida en los tratados

internacionales de inversión, también específicamente al TLC Perú-EEUU que proporciona algunos alcances y puntos a tomar en cuenta. Así por ejemplo:

...debe considerarse: (i) el impacto económico del acto gubernamental; (ii) la posibilidad de interferencia con las expectativas inequívocas y razonables de la inversión; (iii) el carácter de la acción gubernamental; y (iv) su justificación, si se funda en razones del bienestar público (tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente)... (p. 289)

Al respecto es de particular importancia aquellos aspectos relacionados al impacto económico, es decir los efectos que tiene la medida en la persona afectada y su propiedad así como la justificación que se brinda para el acto. Como veremos en la presente tesis, son puntos que han tenido desarrollo a nivel internacional

### 1.3 Definición de términos básicos

Expropiación: Transferencia forzosa del derecho de propiedad privada sustentada en causa de seguridad nacional o necesidad pública, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso de la República a favor del Estado, a iniciativa del Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio

Expropiación regulatoria o indirecta: Privación de parte de los atributos del derecho de propiedad por regulación a cargo de la Administración Pública.

Derecho de propiedad: Facultad de toda persona para ejercer los atributos que le son propios, como usar, disfrutar y disponer sobre los bienes que conforman su patrimonio.

Patrimonio cultural de la Nación: Toda manifestación del quehacer humano - material o inmaterial- que por su importancia, valor y significado paleontológico, arqueológico, arquitectónico, histórico, artístico, militar, social, antropológico, tradicional, religioso, etnológico, científico, tecnológico o intelectual, sea expresamente declarado como tal o sobre el que exista la presunción legal de serlo sean que tengan la condición de propiedad pública o privada.

#### 1.4 Formulación de hipótesis

##### 1.4.1. Hipótesis general

- La declaración de un inmueble como patrimonio cultural implica una expropiación indirecta o regulatoria.

##### 1.4.2. Hipótesis específicas

- La declaración de un inmueble como patrimonio cultural restringe el ejercicio del derecho de propiedad.
- La declaración de un inmueble como patrimonio cultural es una restricción indemnizable.

## **CAPITULO II**

### **METODOLOGÍA**

#### 2.1 Diseño metodológico

El tipo de investigación realizado es exploratorio, descriptivo teórico o dogmático.

El diseño de investigación es no experimental.

El método empleado es el hipotético.

El enfoque de la presente investigación es cualitativo, considerando que se analiza doctrina, normas jurídicas y jurisprudencia.

#### 2.2 Aspectos éticos

Las fuentes consultadas han sido citadas acorde al formato requerido, asumiendo plena responsabilidad ante la universidad y autoridades respectivas sobre la presente investigación. Del mismo modo, se declara que se ha utilizado el sistema de referencia de la *American Psychological Association* (APA) para realizar las citas correspondientes.

### **CAPÍTULO III**

#### **CUESTIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD**

Para iniciar el presente capítulo debemos hacer una precisión. El presente trabajo de investigación no se refiere a un estudio del derecho de propiedad sino al estudio de una figura que, a nuestro entender, implica una gran afectación al derecho de propiedad. Por tal motivo, no haremos un análisis exhaustivo del derecho de propiedad ya que, como bien sabemos, es una tarea bastante difícil y que escapan a los objetivos de la presente tesis.

Sin embargo sí haremos una revisión de lo que en nuestro sistema se entiende por derecho de propiedad, desde el punto de vista del derecho civil, así como desde el punto de vista del análisis económico del derecho. Al respecto queremos hacer otra precisión y es que, no nos consideramos especialistas de esta visión económica del derecho pero nos parece importante hacer la reseña y revisión ya que la doctrina extranjera, de la que se ha nutrido cierto sector de la doctrina nacional, tiene predilección por el estudio de la propiedad desde este enfoque y aplicación en lo que es objeto de la presente tesis.

### **3.1 El derecho de propiedad en el sistema jurídico peruano.**

Se caracteriza al derecho de propiedad como el derecho real "por excelencia". Lo que da a entender con ello es que el derecho de propiedad es la piedra fundamental de lo que es el poder que tienen las personas sobre las cosas. Ya no solo como un hecho (posesión) a secas, sino como un hecho reconocido por el sistema jurídico. Tan reconocido que alcanza nivel de derecho fundamental.

El derecho de propiedad es así considerado porque representa el ejercicio de la libertad individual de las personas, anhelo - el de la libertad - que tanta lucha ha significado para tantos a lo largo de la historia. Al ser una manifestación de la libertad se entiende el grado de reconocimiento que tiene el derecho de propiedad.

En nuestro sistema, no es solo un hecho (como la posesión) sino un poder plenamente reconocido y protegido, es decir, amparado jurídicamente, en la Constitución (artículo 70°) y por el Código Civil dentro del Libro de los Derechos Reales. La Constitución no contempla una definición de propiedad pero sí establece claramente su protección y el Código Civil lo contempla como "poder jurídico" que permite actuar sobre los bienes de tal manera que se pueden a) usar, b) disfrutar, c) disponer y d) reivindicar.

Al ser un derecho tan importante y que guarda tanta relación con el ejercicio de la libertad por parte de las personas, el derecho de propiedad tampoco ha estado ajeno a las situaciones políticas o a los intereses de gobiernos. Igualmente, su

evolución también ha pasado por considerar que recae sobre objetos a considerar que ya no se agota solo en ellos.

El estudio del derecho de propiedad, en el ámbito del derecho civil es parte del estudio de los derechos reales pero también se estudia en el ámbito del derecho constitucional. Por ello tiene que haber puntos de referencia entre ambos campos ya que el derecho de propiedad, como ya sabemos permite una actuación amplia sobre lo que a una persona le pertenece pero siempre considerando que hay otros intereses en juego, como lo señala el Código Civil cuando señala que el derecho de propiedad se ejerce en armonía con el interés social.

De otro lado, se entiende que es importante para las personas conservar lo que es suyo ("su propiedad") porque es a través de ella que logran satisfacer sus necesidades. Por eso la importancia en entender el respeto a tal derecho así como su protección. Se comprende así que también se configure dentro del ámbito de protección del derecho penal.

Es tal su importancia que se tiene como derecho fundamental. Lo que mencionamos anteriormente en la doctrina se concibe según lo reseñan Kresalja y Ochoa (2009) remitiéndose a Echevarría (1991):

El carácter de derechos fundamentales (...) supone dos dimensiones:

- La subjetiva: desde un punto de vista individual, los derechos fundamentales están ligados a la dignidad de la persona, son la proyección positiva, inmediata y vital de la persona. Los derechos

fundamentales conforman el núcleo básico, pétreo, ineludible e irrenunciable del status jurídico del individuo.

- La objetiva: desde esta perspectiva los derechos fundamentales son condición misma de la democracia a tal punto que se puede afirmar que no hay democracia sin derechos fundamentales. (p. 249)

Como se puede apreciar, siempre se ha destacado la importancia del derecho de propiedad en el funcionamiento de las sociedades a partir del respeto a su ejercicio porque ello significa, a su vez, el respeto de los derechos de las personas. De ahí se entiende más claramente que no pueden haber actos que priven a las personas de un derecho tan importante como es el de la propiedad.

Lo anterior no significa que el ejercicio del derecho de propiedad sea absoluto y tampoco significa que no haya formas de privación. Como veremos más adelante, hay razones que justifican que haya parámetros para el ejercicio de este derecho así como para su privación.

No podemos dejar de mencionar en el presente apartado que, junto con el derecho de propiedad, y como parte importante de su ejercicio, como parte de los derechos que representan el respeto al ejercicio de la libertad de las personas, está también el derecho a la libre contratación. Este derecho, también contemplado en nuestra Constitución, nos permite decidir con quien queremos involucrarnos en un contrato porque a través de este derecho, también podemos satisfacer nuestras necesidades. Es por eso que, junto con el derecho de propiedad, también es una manifestación de la autonomía privada.

Kresalja y Ochoa (2009) lo plantean de la siguiente manera (p.277-278):

Desde un enfoque institucionalista, la autonomía privada, base de la libertad de contratar, es un Principio General del Derecho, porque es una de las ideas fundamentales que inspira toda la organización de nuestro Derecho Privado. En ese orden de ideas, la supresión de la autonomía privada como principio general del Derecho llevaría consigo la total anulación de la persona y su conversión en puro instrumento de la comunidad. Así pues, el desarrollo de la autonomía de la voluntad lleva como consecuencia al encumbramiento de la idea de contrato.

Igualmente, el Código Civil establece en el artículo 1354 que las partes son las que determinan el contrato: "Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo."

Tal como lo manifiesta Soto Coaguila (2003): "Denominada también libertad de conclusión o autodecisión. Esta libertad es la potestad que el Estado concede a las personas para contratar o no y, en caso de hacerlo, elegir al otro contratante" (p. 529).

Esta libertad de conclusión tiene, por supuesto una base constitucional (artículo 2º inciso 14) todo lo cual nos da la pauta para que en materia de contratos se entienda que también existe un ejercicio de libertad porque nadie puede decirnos con quien contratar, es decir, porque es decisión de cada persona si ve que la decisión que va a tomar le va a ser beneficiosa. Solo así tomará la decisión de involucrarse en una relación jurídica patrimonial que hará que surjan obligaciones que deba asumir. Ese es precisamente el problema en el ámbito

contractual por el que se impone la autonomía privada. Las personas contratan porque conocen que asumirán obligaciones. Como lo señala Soto Coaguila (2003:530): "La libertad de elección del otro contratante es la facultad que se tiene para decidir con quien vamos a celebrar el contrato."

### **3.2 Limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad**

Hasta acá hemos manifestado que tanto el derecho de propiedad como el derecho de contratar son manifestaciones de la autonomía de la voluntad y que, precisamente por esta autonomía, es que se establece su ejercicio con libertad. Sin embargo, no se puede negar que el ejercicio de tales derechos también está sujeto a limitaciones y es un tema importante en la presente investigación considerando lo dispuesto por la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación N° 28296, que es revisada en el presente trabajo.

Estamos viendo que el derecho de propiedad es de trascendencia para el ser humano en vista que permite a las personas aprovechar lo que les pertenece para poder satisfacer sus necesidades. Así Gonzales (2005:476) nos dice:

La 'propiedad' es definida como un señorío pleno (jurídico) sobre cualquier objeto externo de valor económico y susceptible de dominación. En buena cuenta, esta institución responde al natural sentimiento humano de apropiación de los objetos de la naturaleza, lo cual conlleva en el propietario un 'tener', pero que simultáneamente se manifiesta en un 'excluir' a los terceros. Este sentimiento profundamente arraigado del ser humano por apropiarse de las cosas u objetos que lo rodean tiene como

propósito satisfacer sus necesidades y lograr pleno desarrollo de su personalidad.

A pesar de reconocerse la importancia del derecho de propiedad para el desarrollo de las personas, tampoco es innegable que existen limitaciones al ejercicio de dicho derecho, según se ha planteado, específicamente, por razones de interés social, de acuerdo a lo que señala nuestro Código Civil o el "bien común" de acuerdo al texto de la Constitución. Sería esa entonces lo que daría la justificación para intervenir en el ejercicio de un derecho tan importante como es el de propiedad. Sobre esta función social, Lasarte (2013:214) nos dice:

La expresión función social de la propiedad fue acuñada a comienzos del siglo XX por un jurista francés, León Duguit, como una vía transaccional entre la ideología liberal propia de la Revolución francesa (y los Códigos) y la propiamente socialista. su formulación inicial fue notoriamente confusa.

Nos queda claro que la idea de "social" surge para hacer frente a la concepción "absolutista" del derecho de propiedad. Es decir, como una manera de poner freno a la concepción personalista del derecho de propiedad, o sea, entendido como un derecho sujeto solo a voluntad del propietario aunque no esté claro qué es interés social. Gonzales (2005) lo plantea así:

En tal sentido, la teoría busca subrayar el aspecto social del hombre por encima del egoísmo abusivo e inhumano, pero desde un punto de vista estrictamente jurídico el concepto de 'función social' no presenta matices

claros por su excesiva generalidad y muestra más un aspecto pragmático y emotivo (p. 498).

Es como si a partir del interés social, un propietario resultara elegido para servir a la sociedad a partir de beneficiar a la sociedad, con lo cual se vería sujeto a limitaciones o restricciones. Es decir, a la vez que tener un derecho, también tendría un deber, de acuerdo a lo que plantea Gonzales (2005:501): "...es falsa toda concepción que admita la existencia de situaciones jurídicas compuestas por 'derechos-deberes', en cuanto resulta imposible que puedan coexistir una situación de libertad y, al mismo tiempo, una situación de necesidad."

En el caso concreto de la declaración de un inmueble como patrimonio cultural, a pesar de no ser específicamente expropiado, sí implica limitaciones al propietario que se le imponen sobre la base de ser de interés de la Nación preservar el inmueble pero planteamos que hay que distinguir que en este caso, se está produciendo una afectación particular. Así lo plantea Rebaza (1993:246):

... un sacrificio no exigible se presenta cuando el propietario no es compensado por medidas similares impuestas a la generalidad de propietarios. Es justamente por ello, que los sacrificios no exigibles precisan ineludiblemente de una indemnización en favor del propietario afectado ya que de lo contrario solo sería él quien sufriría el costo o los perjuicios de la acción que el Estado desea desarrollar...

De acuerdo a lo anterior podemos considerar que la afectación que sufre un propietario al ser declarado su inmueble como patrimonio cultural, significa una afectación particular que debería ser indemnizada.

Tanto el derecho de propiedad como la libertad de contratar y la libertad contractual, son manifestaciones de la autonomía de la voluntad y que están sujetas a limitaciones, pero precisamente por ser expresiones de la libertad de las personas, deben tener una justificación plena y no aparente, es decir, que no solo porque estén contenidas estas limitaciones en una ley, están justificadas.

### **3.3 El derecho de propiedad en pronunciamientos del Tribunal Constitucional**

A continuación, a fin de dar un panorama de cómo se entiende el derecho de propiedad y lo que el Tribunal Constitucional ha señalado en cuanto a su ejercicio, hacemos una revisión de sentencias de dicho organismo en las que, por supuesto, se hace referencia a la base constitucional y al ejercicio de este derecho y lo que se ha considerado como afectaciones, a criterio del Tribunal.

En cuanto a los actos de vulneración al derecho de propiedad, el Tribunal en la STC 05614-2007-PA/TC sobre una demanda por afectación de terrenos agrarios. Los accionantes solicitaban que se les devuelvan unos terrenos que habían sido “confiscados” y posteriormente inscritos a nombre del Instituto Nacional de Desarrollo con lo que se había vulnerado su derecho de propiedad. En cuanto a la relación del derecho de propiedad y la libertad de las personas, el Tribunal señaló en dicha sentencia que es a través del derecho de propiedad

que las personas podemos expresar nuestra libertad económica y le corresponde al Estado garantizar la existencia e integridad del derecho de propiedad.

Del fundamento anterior se ve claramente algo que planteamos en el presente trabajo y es esa estrecha relación entre el ejercicio del derecho de propiedad y la libertad personal (por supuesto no la referida a la privación como en la pena del derecho penal) sino como libertad de las personas, derivando de ello lo de la “integridad de la propiedad”. A nuestro parecer, esta idea de integridad refuerza nuestra posición en cuanto al entendimiento de este derecho y que a su vez no puede afectarse o “desintegrarse” de cualquier manera.

A pesar de lo señalado, de todas formas, algo que reconocemos es que, a pesar de señalar por nuestra parte que el derecho de propiedad es una manifestación de la libertad de las personas, tampoco se puede negar que hay un parámetro general en cuanto a su ejercicio y la misma sentencia así lo establece.

Tanto la Constitución de 1993 como el Código Civil establecen este parámetro. La primera, señalando que el derecho de propiedad se ejerce en armonía con el bien común y el segundo que el derecho de propiedad se ejerce en armonía con el interés social. La diferencia es conocida en cuanto a su origen dado que tienen contextos distintos, de ahí que, al respecto cabe precisar que si bien en la doctrina puede encontrarse discusión acerca de la diferencia entre “bien común” e “interés social”, a los efectos del presente trabajo los vamos a considerar como sinónimos en el sentido de significar un ejercicio del derecho de propiedad no absoluto. Entonces, sí, el derecho de propiedad no es de ejercicio absoluto o de libertad absoluta para las personas pero el hecho que su uso deba realizarse de

acuerdo a una función social que le es propia, no significa que puedan haber interferencias o impedimentos a su ejercicio sin justificación por eso también deja claro la misma sentencia que el propietario también tiene el derecho de defender su derecho “contra todo acto que tenga efectos de privación en la integridad de los bienes protegidos”. Todo lo anterior da el marco para lo que luego desarrolla el Tribunal en su sentencia en lo que se refiere a la expropiación. En la misma sentencia, en el apartado 2.1. se señala que existen supuestos inconstitucionales de privación del derecho de propiedad.

¿Cuáles son esos supuestos inconstitucionales de privación del derecho de propiedad? La pregunta ya de por sí indica que sí existen supuestos constitucionales ya conocidos y tienen que ver con motivos de seguridad nacional o de necesidad pública y ordenarse a través de una ley del Congreso además de, por supuesto, el pago previo de una indemnización justipreciada. Entonces, como primera pauta, podemos decir que si esos supuestos no se cumplen entonces la expropiación no es constitucional. Actos de “expropiación de hecho” se señala en la sentencia. Entonces los supuestos inconstitucionales son, de acuerdo con lo expresa el Tribunal Constitucional en su sentencia, los siguientes:

- a) Que la expropiación no tenga sustento en una ley del Congreso sino en una norma distinta con rango de ley.
- b) Que la expropiación tenga sustento en una ley del Congreso pero que no señale los motivos indicados en la Constitución.

- c) Que la expropiación tenga sustento en una ley del Congreso y habiéndose señalado el motivo, sea de seguridad nacional o necesidad pública, pero que no haya habido indemnización.

La sentencia establece así que, de darse alguno de esos supuestos entonces habría una confiscación del derecho de propiedad o un apoderamiento, que se puede entender sería sin sustento.

Posteriormente, en cuanto a la idea de confiscación de la propiedad, tenemos la sentencia STC 03569-2010-PA/TC en la que se discutió la afectación al derecho de propiedad de una empresa, Agrícola Cerro Prieto S.A.C. por lo que interpone demanda de amparo. En dicha sentencia, el Tribunal consideró “soluciones” cuando se presentan confiscaciones de la propiedad privada especificando que, en primer lugar, la restitución es la respuesta natural pero habrá casos en los cuales ello no es posible. Así entonces, según se pueda o no restituir la propiedad, el Tribunal Constitucional, planteó dos soluciones:

Cuando el acto de confiscación tuvo su origen en una norma con rango de ley, se ordena la inaplicación de la misma así como la nulidad de toda inscripción o registro a partir de dicha norma, así como la restitución de la propiedad.

El otro supuesto señalado en la sentencia es cuando se hace referencia a la situación en la que el Estado, luego de la confiscación, transfirió el bien a un tercero, a título oneroso. En esta situación, dice la sentencia del Tribunal, se ordenará al Estado que inicie el procedimiento de expropiación.

Hay que recordar que la sentencia 05614-2007-PA/TC había establecido que el supuesto legal para la expropiación es que se dé a partir de una ley del Congreso

y no a partir de otra norma con rango de ley. Lo planteado por el tribunal en su sentencia 03569-2010-PA/TC se puede ver como una forma de regularizar algo que fue llevado a cabo contraviniendo el ordenamiento jurídico. Dado que ya hay un tercero adquirente, se entiende por "seguridad jurídica" que no puede ordenarse la restitución.

Dicho criterio es también reiterado en el expediente N° 02330-2011-PA/TC relacionado a una demanda de amparo contra el Ministerio de Agricultura.

La protección del derecho de propiedad es bastante clara, en cuanto a lo que señala la Constitución y los criterios adoptados por el intérprete constitucional así como en cuanto a su privación. En otro sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de manera muy precisa en el Exp. 03258-2010-AA. En dicha oportunidad, se trató de una demanda de amparo en contra de la municipalidad de Milpuc por la cual el accionante pretendía se deje sin efecto un proyecto de encausamiento porque afectaba un predio agrícola de su propiedad. En los fundamentos 6 a 9 de la sentencia, se estableció que el derecho de propiedad también puede ser sacrificado pero, precisamente, por significar dicha pérdida un sacrificio, debe haber indemnización. Así, específicamente en el fundamento 8 señala el Tribunal que "el Estado tiene el deber de indemnizar en forma plena y completa al titular del derecho de propiedad privada, por el daño que no tenía el deber de soportar."

Para el Tribunal Constitucional, hay un reconocimiento de la integridad del derecho de propiedad, es decir, que, si bien se reconoce que existen limitaciones de carácter general, el derecho de propiedad en sí mismo es uno que debe ser garantizado a partir de entenderlo en su integridad. Tal como lo vemos en la

sentencia STC 7364-2006-PA/TC dada a partir de una demanda de amparo interpuesta por Gye Jin Na, contra una asociación de esparcimiento "El Potao", porque le querían cobrar por concepto de guardianía al haber estado internados dos vehículos de su propiedad como consecuencia de verse involucrado en un proceso penal del cual fue absuelto. En este caso, el Tribunal Constitucional se planteó dos temas en discusión: por un lado el derecho de propiedad sobre los vehículos y por otro, el derecho de propiedad sobre el monto de dinero que se le quería cobrar al demandante. Es a partir de esta situación que el Tribunal Constitucional entiende que, además de la garantía del uso, usufructo y libre disposición de los bienes, el derecho de propiedad también debe comprender la garantía de mantener indemne e íntegro nuestro patrimonio, señalando así que todo cobro indebido significa una afectación al derecho de propiedad. Con lo expuesto, en este caso el Tribunal declaró fundada la demanda.

Todo lo anteriormente expuesto no quiere decir que no aceptamos el reconocimiento y existencia de limitaciones al derecho de propiedad porque ello sería ir en contra de la Constitución. El mismo Tribunal Constitucional ha establecido que, si bien, como se aprecia de los ejemplos anteriores, se contempla la idea de la integridad de un derecho de propiedad el cual debe ser respetado lo que incluye la integridad del patrimonio, también existen restricciones a su ejercicio y que están dadas por el llamado "interés general". Así por ejemplo, lo trata en la sentencia 00228-2009-AA en los fundamentos 35 y 36.

Por su parte, en la sentencia del expediente 05614-2007-AA, fundamento 8, se establece que hay restricciones admisibles para el goce y ejercicio del derecho de propiedad, siendo las siguientes:

1. Están establecidas por ley,
2. Deben ser necesarias.
3. Deben ser proporcionales.
4. Deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.

Igualmente, recalca que la expropiación, de acuerdo con la Constitución requiere que sea por motivos de seguridad nacional o de necesidad pública definidos por Ley del Congreso y previo pago de una indemnización. A continuación, el Tribunal habla de la existencia de confiscación de la propiedad cuando el Estado "se apodera de la totalidad o de una parte considerable de los bienes de una persona sin que exista ley del Congreso de la República o sin que se presenten algunos de los motivos contemplados en la Constitución para que proceda la expropiación, o sin indemnización" (Fundamento 13.c.)

Como vemos, al plantear estas ideas, el Tribunal establece las pautas que deben tener las restricciones a un derecho respecto del cual reconoce una protección vital, a partir del reconocimiento de su integridad.

## **CAPÍTULO IV**

### **La Ley General del Patrimonio Cultural y las afectaciones a los derechos de los propietarios de inmuebles**

En primer lugar, tenemos a la Ley 28296 Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación respecto de la cual señalamos y comentaremos los artículos más relevantes en lo que se refiere al presente trabajo de investigación, procediendo luego a hacer lo mismo con la demás normativa.

En cuanto a la institución responsable, debemos considerar que, originalmente, la Ley hacía referencia al Instituto Nacional de Cultura (INC). Mediante Ley N° 29565 del 15 de julio de 2010, se creó el Ministerio de Cultura y luego, mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MC, el INC pasó a ser parte de la estructura del Ministerio.

De inicio, el artículo III del Título preliminar ya establece una presunción, la que establece la categoría de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación de “los bienes materiales o inmateriales, de la época prehispánica, virreinal y

republicana, independientemente de su condición de propiedad pública o privada...”

Otro aspecto para considerar es que, entre otros, la identificación y declaración de estos bienes es de interés y de necesidad pública (art. IV del Título preliminar).

A los efectos de la presente tesis, que se centra en los bienes inmuebles, señalamos lo que la Ley dice en su artículo 1, considerando que tales bienes:

Comprende de manera no limitativa, los edificios, obras de infraestructura, ambientes y conjuntos monumentales, centros históricos y demás construcciones, o evidencias materiales resultantes de la vida y actividad humana urbanas y/o rurales, aunque estén constituidos por bienes de diversa antigüedad o destino y tengan valor arqueológico, arquitectónico, histórico, religioso, etnológico, artístico, antropológico, paleontológico, tradicional, científico o tecnológico, su entorno paisajístico y los sumergidos en espacios acuáticos del territorio nacional.

La protección de los bienes inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, comprende el suelo y subsuelo en el que se encuentran o asientan, los aires y el marco circundante, en la extensión técnicamente necesaria para cada caso.

Nótese que no solo se entiende a la sola edificación, sino que, suponemos, dentro del marco de los derechos reales, se entiende el inmueble en su integridad, por extensión al suelo y subsuelo, aires y áreas circundantes. Quiere

decir que las restricciones que contempla la Ley se extenderán a todo lo anterior, no siendo necesaria una afectación al inmueble en sí mismo.

En lo que respecta a la presente investigación, La Ley establece las restricciones, limitaciones y obligaciones que la propiedad privada sobre bienes culturales implica. Todo ello debido al interés público y de la conservación adecuada del bien de conformidad a lo que establece el artículo 4. Este señala:

La presente Ley regula la propiedad privada de bienes culturales muebles e inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, y establece las restricciones, limitaciones y obligaciones que dicha propiedad implica, en razón del interés público y de la conservación adecuada del bien.

Por su parte, el artículo 6.4 señala:

6.4 El bien inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación que pertenezca al período posterior al prehispánico, de propiedad privada, conserva la condición de particular. Su propietario está sujeto a las obligaciones y límites establecidos en la presente Ley.

La Ley es clara al señalar que todo bien inmueble de carácter prehispánico es de propiedad del Estado.

El art. 9 señala que el bien integrante del patrimonio cultural puede ser transferido libremente, a cualquier título, dentro del territorio nacional con observancia de los requisitos y límites de la Ley. Pero señala a continuación que el Estado tiene preferencia en la transferencia onerosa, bajo sanción de nulidad.

(El subrayado es nuestro).

Cuando los bienes inmuebles se encuentran en peligro de perderse por abandono, negligencia o grave riesgo de destrucción o deterioro sustancial, se declara de necesidad pública la expropiación de conformidad con el artículo 11.

Este procedimiento de expropiación podrá ser suspendido si "...el propietario del bien, dentro del plazo que establezca el reglamento de esta Ley, inicia la ejecución de las obras necesarias que permitan conservarlo, restaurarlo o ponerlo en valor."

Un aspecto criticable es el que se regula en el artículo 12 sobre "Recuperación de bien inmueble" ya que desconoce aspectos de un proceso de la naturaleza que menciona, además de poner la carga y costo de este en el propietario, que es algo que corresponde, pero sujeta tal obligación a otra, como es la de restauración. La norma podría interpretarse con un efecto muy negativo para el propietario porque puede entenderse en el sentido que un inmueble ocupado por terceros deberá ser desalojado para proceder a su restauración y que, si dicha restauración no se produce, entonces el propietario estará sujeto a multa. Pero, nos preguntamos, si el inmueble está ocupado por terceros, que requiere una demanda de desalojo ¿Cómo y cuándo se podrá restaurar?

Dice así el artículo en mención:

12.1 El propietario de un bien inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación podrá promover la demanda de desalojo correspondiente, con la finalidad de restaurarlo dentro del plazo establecido en el proyecto de restauración aprobado por el Instituto Nacional de Cultura.

12.2 El incumplimiento de la obligación de restauración por parte del propietario en el plazo señalado da lugar a una multa, constituyendo recurso propio del Instituto Nacional de Cultura (INC), sin perjuicio de la obligación del propietario de restaurar el bien. Para efectos de los bienes culturales de propiedad del Estado coordinará con la Superintendencia de Bienes Nacionales. El monto de la multa la establece el reglamento de la presente Ley.

El reglamento parece aclarar este artículo al señalar que las obras de restauración deben iniciarse en un plazo de tres (03) meses de producido el lanzamiento (artículo 30). ¿Qué pasa si el propietario no promueve la demanda de desalojo? ¿El costo de la demanda de desalojo será objeto de compensación por parte del Estado?

Dado que, de acuerdo con el espíritu de la norma, es de interés de la Nación el cuidado y preservación del patrimonio histórico y cultural, la misma Ley ha establecido lo que ha llamado "Medidas generales de protección", las cuales son las siguientes:

#### **Artículo 20.- Restricciones a la propiedad**

Son restricciones básicas al ejercicio de la propiedad de bienes muebles e inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación:

a) Desmembrar partes integrantes de un bien mueble o inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación.

b) Alterar, reconstruir, modificar o restaurar total o parcialmente el bien mueble o inmueble, sin autorización previa del Instituto Nacional de Cultura en cuya jurisdicción se ubique.

En este caso somos de la idea de que lo señalado anteriormente significa ir en contra de la facultad de usar o aprovechar el bien. Entendemos que cualquier desmembración o alteración en general no es por capricho sino para poder explotar al bien de acuerdo a lo que necesita un propietario. Entonces, dado que basta la sola presunción, un propietario ya se vería afectado por ella, e incluso podría considerarse que el inmueble pierde valor.

#### **Artículo 21.- Obligaciones de los propietarios**

Los propietarios particulares de bienes muebles e inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación tienen la obligación de:

a) Facilitar el acceso a los inspectores del Instituto Nacional de Cultura, previo aviso; o en cualquier momento cuando las condiciones de urgencia así lo ameriten a juicio de dicha institución. En estos casos, el Instituto Nacional de Cultura respeta el principio de la intimidad personal y familiar, bajo responsabilidad por cualquier exceso que pudiere cometer.

b) Permitir el acceso a los investigadores debidamente acreditados, con las mismas salvedades establecidas en el inciso precedente.

c) Proporcionar la documentación histórica, titulación y demás documentos que puedan requerirse en razón de investigaciones científicas; respetando el principio de la intimidad personal y familiar, bajo responsabilidad del funcionario a cargo.

d) Consentir la ejecución de obras de restauración, reconstrucción o revalorización del bien mueble o inmueble, por parte del Instituto Nacional de Cultura, cuando fueren indispensables para garantizar la preservación óptima del mismo.

## **Artículo 22.- Protección de bienes inmuebles**

22.1 Toda obra pública o privada de edificación nueva, remodelación, restauración, ampliación, refacción, acondicionamiento, demolición, puesta en valor o cualquier otra que involucre un bien inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación, requiere para su ejecución de la autorización del Ministerio de Cultura.

22.2 Para dichos efectos, el Ministerio de Cultura designará los delegados ad hoc que estime necesarios de conformidad con lo establecido en la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones.

22.3 El Instituto Nacional de Cultura queda facultado para disponer la paralización y/o demolición de la obra no autorizada, de la que se ejecute contraviniendo, cambiando o desconociendo las especificaciones técnicas y de las que afecten de manera directa o indirecta la estructura o armonía de bienes inmuebles vinculados al Patrimonio Cultural de la Nación, solicitando el auxilio de la fuerza pública, en caso de ser necesario.

22.4 Las paralizaciones de obra y las demoliciones que ordene el Instituto Nacional de Cultura, se ejecutarán por la vía coactiva y todo gasto que se irrogue será asumido por los infractores. La orden de paralización de obra

o de demolición a que se refiere esta Ley, conlleva la obligación de los infractores de devolverla al estado anterior a la agresión, salvo el caso de imposibilidad material demostrada, correspondiendo a dicha entidad ejercer las acciones legales necesarias.

22.5 En los casos en que se compruebe la destrucción o alteración de un inmueble sometido al régimen que prevé esta Ley, los organismos competentes darán cuenta al Ministerio Público para que inicie la acción penal correspondiente.

Considerando todas las obligaciones que asume el propietario a partir de la sola presunción de considerarse a su inmueble como Patrimonio Cultural se puede entender que considere ese hecho como una desvalorización del bien.

No solo se produce la desvalorización sino que se imponen cargas al propietario, no deseadas. Así por ejemplo, el Decreto Supremo N° 005-2019-MC que aprueba el Reglamento del procedimiento administrativo sancionador a cargo del Ministerio de Cultura en el marco de la Ley 28296, señala en el artículo IV de su Título Preliminar lo siguiente:

Las disposiciones del presente Reglamento son aplicables a toda persona natural o jurídica, que incumpla sus deberes de protección al Patrimonio Cultural de la Nación señaladas en la Ley y sus normas modificatorias y conexas.

Hay que resaltar que dicho Decreto Supremo recalca que el propietario tiene deberes, a partir de su condición de tal, titular de un inmueble que puede estar dentro de la presunción de la Ley.

Existe un problema cuando se reconoce, a partir de la normativa, que en la realidad existen muchas situaciones que escapan a lo regulado. Es precisamente, del costo que significa para el propietario cumplir con los deberes impuestos que prefiere evadirlos. Por ese motivo se tiene una norma como el Decreto Supremo N° 001-2017-MC que aprueba el Reglamento del régimen de excepción temporal dispuesto en la segunda disposición complementaria transitoria del Decreto Legislativo N° 1255. Se reconoce la realidad de los actos de aprovechamiento, sin cumplir lo establecido en la norma.

Así se señala en sus considerandos (párr. 6):

Que, en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1255, publicado el 7 de diciembre de 2016, se faculta al Ministerio de Cultura a autorizar la intervención u obra pública o privada respecto de un bien inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación del periodo posterior al prehispánico cuyo inicio de ejecución se haya producido hasta la fecha de entrada en vigencia del citado Decreto Legislativo N° 1255, sin haber contado con la autorización que se refiere el numeral 22.1 del artículo 22 de la Ley N° 28296.

Como se puede apreciar, tal como sucede en muchos casos, se busca “arreglar” el problema a partir de la creación de regímenes especiales o “amnistías”. Es decir, se está tratando de formalizar lo que ya se hizo, pero sin reflexionar el por qué existen situaciones en las que un propietario prefiere obviar el cumplimiento de la norma.

Si bien no existe una transferencia forzosa a favor del Estado, los efectos que la sola presunción genera pueden significar desvalorización del inmueble y una carga para el propietario, quien tendrá que asumir costos económicos que podrían resultar prohibitivos además de afectar su libertad de contratar.

Hasta el momento, lo que se puede apreciar de la Ley son dos cosas: por un lado, restricción al ejercicio de la libertad de contratar, ya que establece que, en caso de transferencia, sea gratuita u onerosa, la preferencia de adquisición la tiene el Estado. Y, por otro lado, las restricciones al ejercicio del derecho de propiedad ya que la norma impide cualquier tipo de intervención si no es con aprobación de la autoridad competente generando desvalorización del bien y pocos incentivos para invertir en el mismo.

Hemos revisado que el ejercicio del derecho de propiedad contiene diversos atributos como son la disposición, uso y disfrute. Lo que hace la Ley es restringir la posibilidad de aprovechamiento con un efecto de desvalorización sumado a la limitación a la libertad de contratar. Ello lo decimos en vista que cualquier intervención requiere la aprobación de la autoridad y que, en caso de querer disponer del bien, se debe contar con autorización. Ello, de acuerdo a lo que entendemos por aprovechamiento de bienes, entonces no se estaría cumpliendo.

**CAPÍTULO V**

**LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN PROCESOS INTERNACIONALES  
RELATIVOS A INVERSIONES**

**5.1 Breve referencia a cláusulas especiales en tratados internacionales.**

Si bien el presente trabajo de investigación se refiere a la aplicación de la figura de la expropiación indirecta a casos en los que se declaran inmuebles de particulares como Patrimonio Cultural de la Nación, es importante destacar que la figura que pretendemos aplicar tiene plena aplicación en lo que respecta a los acuerdos bilaterales de inversión que podríamos definir como acuerdos entre dos países en los cuales se establecen las pautas para recibir inversión de otro país o de empresas de otro país. Es decir, acuerdos que brindan las pautas para el tratamiento de la inversión extranjera. En ese sentido, es de particular importancia que el país receptor ofrezca las garantías suficientes al país inversor acerca del tratamiento de sus inversiones y que ellas no estarán sujetas a trato diferente respecto de la inversión nacional.

Así, por ejemplo, en los acuerdos de inversiones son muy comunes las cláusulas que contemplan un trato similar entre países o establecen condiciones de trato diferenciado o de Nación más favorecida.

Igualmente, son importantes la inclusión de cláusulas relativas a aspectos laborales y ambientales considerando el avance y desarrollo que han tenido estas materias en los últimos años, dentro de un esquema de protección y defensa derechos sociales que, en la actualidad, no pueden estar fuera de un acuerdo de inversiones. Lo que se busca con la inclusión de estos temas en materia de inversiones internacionales es asegurar entre los países involucrados que, a efectos de las inversiones a realizarse o recibir, se observen estándares mínimos de cumplimiento de la regulación en materia laboral o ambiental.

Estos aspectos son importantes en lo que se refiere a las inversiones internacionales puesto que la inobservancia de estándares mínimos, sea en materia laboral o ambiental o en cualquier otro aspecto de trascendencia social, puede significar para el inversionista incurrir en menores costos con relación a otros agentes que sí deben cumplir tales estándares.

Del mismo modo, la llamada Cláusula de nación más favorecida surge con la misma idea, en el ámbito de acuerdos internacionales, con el propósito de garantizar que el tratamiento de las inversiones extranjeras recibirá, por lo menos, un trato igual al que ya reciben otras naciones en el mismo contexto.

Como se puede apreciar, la inclusión de cláusulas especiales como las reseñadas en líneas anteriores, lo que buscan es que el tratamiento de las inversiones sea, cuando menos, observando ciertas condiciones de trato

igualitario, no solo entre diferentes estados que buscan invertir en un mismo país sino que entran a competir con los nacionales del país receptor.

En el caso de lo que es materia del presente trabajo, esto es, la protección frente a actos de expropiación, se entiende en interés de un inversionista extranjero en que se le asegure que su inversión no será objeto de expropiación por parte del estado receptor. Sin embargo hay que entender que estamos en el ámbito de acuerdos internacionales en los cuales los términos utilizados deben ser plenamente aceptados por todos los intervinientes, lo cual puede llevar a generalizaciones que no siempre encuentran una definición clara o los hechos terminan siendo diferentes a lo que se suele entender. Es precisamente lo que ha ocurrido con la idea de expropiación indirecta en el ámbito de las inversiones internacionales.

Luego de esta breve reseña, pasaremos a desarrollar el origen de la idea de expropiación indirecta en el ámbito de los acuerdos internacionales relativos a inversiones e incluso, la aplicación de ello a un caso en el cual el Perú se vió involucrado.

## **5.2 Orígenes a nivel internacional**

Para este apartado nos basaremos, principalmente, en el trabajo de Reisman (2004) quien hace una interesante descripción de la evolución y orígenes de la idea del término expropiación indirecta y su aplicación a nivel internacional.

Según el autor, la referencia conceptual se puede rastrear hacia 1962 y lo señala de la siguiente manera:

The general concept of indirect expropriation is not novel. In a seminal study in 1962 in the *British Yearbook of International Law*, G.G. Christie analyzed two early international decisions concerning expropriation: The judgment of the Permanent Court of International Justice in *Certain German Interest in Polish Upper Silesia*, and the arbitral award rendered by a tribunal established pursuant to a special agreement between *Norwegian Shipowners Claims* case. These cases, Christie concluded, establish (i) 'that a State may expropriate property, where it interferes with it, even though the State expressly disclaims any such intention,' and (ii) 'that even though a State may not purport to interfere with rights to property, it may, by its actions, render those rights so useless that it will be deemed to have expropriated them' (pags. 119-120).

De la cita anterior se puede extraer que ya había una forma de entender la expropiación, no necesariamente como los casos que solemos asociar con la palabra, como una transferencia forzosa en la que hay una declaración expresa de hacerlo por parte de la autoridad y aun cuando no haya existido una intención de hacerlo pero que, incluso, se puede considerar que tal acto lo hubo a partir de las acciones de la autoridad.

Con el propósito de profundizar en el entendimiento del origen de la idea, vamos a reseñar lo que fueron los casos mencionados para poder comprender mejor el origen del concepto a nivel internacional.

### **5.2.1 Caso Alemania contra Polonia (*Certain German Interest in Polish Upper Silesia, 1926*)**

En este caso, los hechos son que Alemania reclamó que el gobierno de Polonia, a través de la dación de normas puntuales, había tomado control de una fábrica que estaba bajo control de Alemania. Dicha fábrica estaba en la ciudad de Chorzow. Al dictar las normas, Polonia no solo había tomado control de la instalación física sino también de la propiedad mueble así como de patentes y licencias. En sucesivos acuerdos privados de transferencia, se inscribió la empresa a nombre del Reich en el registro de tierras de Polonia pero dicho registro fue anulado en 1922 estableciéndose que los derechos de propiedad sean registrados a nombre de Polonia. El antecedente está en 1915 el gobierno alemán celebró un contrato con una empresa para que se construya, en beneficio del gobierno alemán, una fábrica de Nitratos en la ciudad de Chorzow. Las tierras necesarias para la construcción, así como la fábrica serían adquiridas en beneficio del gobierno alemán y registradas a su nombre.

Se puso a consideración de la Corte que la norma dictada por el gobierno polaco significaba en la práctica una forma de liquidar la empresa, lo que iba en contra del Tratado de Versalles (artículos 92 y 297) así como contrario a la convención de Ginebra.

La Corte señaló que la toma de control de la empresa que operaba la fábrica, afectó los derechos e intereses que tenía el gobierno alemán.

Igualmente, el gobierno polaco había declarado su intención de expropiar tierras pertenecientes a ciudadanos alemanes. Según acuerdos celebrados, no se podría expropiar tierras de ciudadanos alemanes.

A partir de ello, la corte distingue dos momentos o etapas en el acto de expropiación: dar a conocer la intención de expropiar y el acto de expropiación.

Así, la discrepancia en este punto entre Alemania y Polonia se resume en que para Alemania esa intención de expropiar ya es un acto de expropiación, lo cual es negado por Polonia.

La comunicación del acto de expropiar era contrario a la Convención de Ginebra. Debemos precisar que también se conoce como Convención de Ginebra al acuerdo entre Alemania y Polonia de 1922 (*The German-Polish Convention on upper Silesia*). Para mayor referencia, tomamos el siguiente extracto de una resolución del caso por parte de la Corte Internacional de Justicia (*Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia, 1925*):

*Poland may expropriate in Polish Upper Silesia in conformity with the provisions of Articles 7 to 23 undertakings belonging to the category of major industries including mineral deposits and rural estates. Except as provided in these clauses, the property, rights and interests of German nationals or of companies controlled by German nationals may not be liquidated in Polish Upper Silesia.*

La Corte concluyó que el término "liquidar" era equivalente a expropiación y que la sola comunicación de la intención de expropiación ya era contrario a lo señalado en el artículo 6.

### **5.2.2 Caso Noruega contra Estados Unidos (*Norwegian Shipowners Claims, 1922*)**

Este caso se dio en el contexto de la Primera Guerra Mundial y generó un reclamo de Noruega contra Estados Unidos, por acciones del segundo país. El contexto tiene que ver con la situación de guerra en Europa, a partir de lo cual muchos países deciden trasladar la construcción de embarcaciones a dicho país. Sin embargo, con el ingreso a la guerra de los Estados Unidos se dieron cambios normativos para hacer frente a la guerra. Así, en 1917 se dicta en Estados Unidos la *Naval Emergency Fund Act* que permitió la intervención del gobierno en contratos relacionados con embarcaciones e incluso la expropiación de embarcaciones. Las órdenes dictadas por el gobierno norteamericano también afectaban derechos surgidos de contratos para la construcción de embarcaciones. Así, el gobierno americano asumía a su favor derechos de contratos en ejecución, para la construcción de embarcaciones y, en el caso en particular a favor de armadores noruegos.

¿Cuál fue el propósito de la norma? Dado que Estados Unidos entró en guerra, necesitaba todo tipo de embarcaciones así como lugares de construcción para las mismas. Del mismo modo, no podía permitir que las embarcaciones fabricadas en su país o en proceso de fabricación o contratos celebrados para la fabricación de embarcaciones, signifiquen que dichas embarcaciones terminen siendo utilizados por países enemigos y contrarios a los intereses de Estados Unidos.

El Tribunal arbitral ante el que se planteó el caso concluyó que Estados Unidos efectivamente, a través de su disposición, no solo se hizo de las embarcaciones

sino también de la titularidad de contratos y sin haber existido compensación. Para ello se basaron en lo que la misma Constitución de Estados Unidos y el derecho americano entienden por "*property*": "*No person...shall be...deprived of life, liberty, or property withouth due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.*"

### **5.2.3 El caso Iran - Estados Unidos (Iran - U.S. Claims Tribunal)**

A manera de precisión, este Tribunal surgió para resolver conflictos entre ambos países a partir de la famosa crisis de los rehenes del año 1979 y la respuesta de los Estados Unidos con el embargo de bienes a Iran.

Este Tribunal desarrolló otro concepto fundamental para entender la aplicación del concepto de expropiación indirecta relacionando los efectos que la medida adoptada por un Estado podría tener en un inversionista extranjero.

Es a partir de este caso que se desarrolla una idea muy importante: La aplicación del *Sole Effect Test*. En este caso, se empezó a entender que, más allá, del tipo de medida adoptada por un Estado había que atender a los efectos que dicha medida tuviera en la inversión realizada o sobre la propiedad del inversor.

En este caso además, se precisa que por medidas de un Estado estas podrían muy diversas y por parte de cualquier instancia o nivel de gobierno, resultando con ello el uso de diferentes términos, como el de expropiación regulatoria o expropiación indirecta. Es este segundo término el más comprensivo, en el sentido de englobar a otros, incluyendo el de expropiación regulatoria.

El motivo de reseñar los casos anteriores es dar explicar que la idea de expropiación ha pasado por diversas interpretaciones y ámbitos de aplicación y

nos parece importante establecer la trascendencia que el concepto de expropiación y, específicamente, el de expropiación indirecta ha tenido en el derecho internacional porque es donde se han desarrollado los conceptos que luego se han aplicado en otros ámbitos.

En el caso de nuestra investigación hemos considerado importante hacer mención a estos casos, sin dejar de aclarar que son muchos los antecedentes que a nivel del derecho internacional existen, para tener la base conceptual que permitirá establecer una posición en lo que es materia específica de la presente tesis. Así, a manera de adelanto, consideramos perfectamente aplicable a nuestro caso la idea de considerar los efectos que una medida regulatoria puede tener sobre la propiedad de una persona.

### **5.3. El uso del concepto de expropiación indirecta o regulatoria para un caso con el Perú: El caso de Tza Yap Shum contra la República del Perú**

Este caso se llevó ante el tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Para este apartado nos remitimos al artículo de De Urisote (2013).

Se trata de una demanda iniciada el 29 de setiembre de 2006 por el ciudadano chino Tza Yap Shum quien poseía el 90% de acciones de la empresa TSG Perú S.A.C. La SUNAT reclamaba a dicha empresa una deuda de alrededor de US\$ 12 000.00 (Doce millones de Dólares) ante lo cual había procedido a ordenar el embargo de las cuentas de dicha empresa. El reclamo ante el tribunal arbitral del CIADI se basaba en que el embargo de las cuentas de la empresa era

equivalente a una expropiación sin compensación, situación que estaba contemplada y no permitida por el acuerdo bilateral Perú - China, relativo a inversiones. Nótese que se hace mención a una medida "equivalente" a una expropiación. Es decir, lo que en este punto señala la demanda es que el impacto de la medida de embargo había sido tal que había destruido su inversión.

Lo cierto es que el acuerdo al que se hace referencia, esto es, el tratado de inversiones entre Perú y China hacía mención específica a actos de expropiación, no mencionaba en absoluto la idea de expropiación indirecta. Por supuesto que, en este aspecto, el Perú señaló que las medidas adoptadas por la SUNAT no podían entenderse como una expropiación.

Así lo explica De Urioste (2013):

...el tribunal opinó que, tal como el demandante había presentado los hechos, éstos podrían configurar una expropiación indirecta no obstante que el caso se refiere a una cuestión de índole fiscal en la que precisamente la conducta de la administración tributaria se encontraba controvertida. El tribunal, sin mencionar la jurisprudencia aplicable, anotó que este no era el primer caso en que se reclamaba una expropiación indirecta a partir de la conducta de una administración tributaria o del embargo de cuentas bancarias. Tampoco sería la primera vez, continuó el tribunal, en que se discutiría el impacto económico y la duración de los efectos de medidas estatales a propósito de la reclamación de una expropiación indirecta. Consiguientemente, el tribunal concluyó que se

había demostrado un caso prima facie de expropiación indirecta... (p. 101).

Más claramente, el autor cita un parte que nos parece de trascendencia para entender el concepto de expropiación indirecta:

Aún cuando está claro que las conductas del Estado Peruano a través de la SUNAT no constituyeron una expropiación formal y directa de la inversión del inversionista, no se puede rechazar a primera vista, que en su conjunto las mismas sí constituyan una expropiación indirecta amparada por el Artículo 4 del APPRI (Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones). Precisamente, esta es la forma en que la Parte Demandante ha presentado su reclamo bajo el Artículo 4. Sin entrar a hacer mención de casos específicos, no sería este el primer caso en el que se discutiría si se ha presentado una expropiación indirecta con ocasión de la conducta de una autoridad en materia de impuestos o por el embargo de cuentas bancarias. Tampoco sería la primera ocasión en que se discute si los efectos de la conducta estatal, tanto en valor económico como en su duración, pueden dar lugar a una expropiación indirecta (p. 106).

Es claro que ya a nivel de inversiones internacionales, el concepto de expropiación indirecta se encuentra plenamente aceptado y aplicado, incluso en un caso que involucró al Perú y a partir de actos que podríamos considerar totalmente regulares, como los son los actos dispuestos por nuestra autoridad

tributaria y que no tenían ninguna idea de expropiar, al menos no como conocemos a tal concepto tradicionalmente, pero que a criterio del tribunal arbitral, sí significaron una expropiación considerando los efectos que la medida tuvo en el afectado.

## **CAPÍTULO VI**

### **PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES Y ADMINISTRATIVOS NACIONALES RELACIONADOS CON LA EXPROPIACIÓN REGULATORIA O INDIRECTA**

#### **6.1. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia de patrimonio cultural de la Nación**

Para este punto nos hemos remitido a la obra del INC (2012) que compendia resoluciones del Tribunal Constitucional en la materia. Así, encontramos la parte dedicada al Patrimonio Histórico, Colonial y Republicano.

De la revisión inicial vemos que las acciones planteadas, de amparo, se basan en la afectación al derecho de propiedad a partir de considerar los demandantes que se les afecta el ejercicio de su derecho de propiedad, y también libertad de trabajo, al verse restringidos por resoluciones emitidas por el Instituto Nacional de Cultura, por procedimientos administrativos que terminan en la aplicación de multas, al haberse modificado, sin autorización, inmuebles declarados como patrimonio cultura.

Sin embargo, son pocos los casos en los que hay un estudio de fondo del tema, ya que, en general, la Tribunal Constitucional señala que debe determinarse en una etapa probatoria el punto sobre patrimonio cultural. Por ejemplo, la sentencia en el expediente N° 0254-2007-PA/TC, que declara improcedente la demanda de amparo planteada por el señor Pedro Antonio Tam Velarde por los actos lesivos que, según el demandante, se derivan de la declaración como monumento integrante del patrimonio cultural de un inmueble de su propiedad. En este caso, como en otros, el Tribunal consideró que el amparo no era la vía idónea por existir otras vías satisfactivas (la acción contencioso administrativa). Es por esa razón por la que preferimos hacer mayor estudio de los casos específicos que se han encontrado respecto a la expropiación indirecta.

#### **6.1.1 El expediente N° 01735-2008-PA/TC y el voto del Magistrado Landa**

El caso que llegó al Tribunal Constitucional surgió, también, a partir de la emisión de una ordenanza municipal. Se trató de la demanda de amparo interpuesta por la empresa minera Shougang Hierro Perú S.A.A. contra la municipalidad Provincial de Nazca cuestionando la Ordenanza Municipal N° 006-2007-A/MPN por atentar contra la libertad de empresa e industria, contra la libertad de trabajo y contra el derecho de propiedad.

¿Qué es lo que estableció dicha ordenanza municipal? De acuerdo con los antecedentes señalados en la resolución que se reseña tenemos lo siguiente:

La demandante refiere que es una empresa dedicada a la explotación minera de hierro y otros recursos y que cuenta con una concesión en el distrito de Marcona, en la provincia de Nazca, departamento de ca.

Asimismo, la demandante señala que mediante la Ordenanza Municipal N° 06-2007-A/MPN se aprueba la "Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de 1 ciudad de San Juan de Marcona 2006-.2016", la cual en sus numerales No 2.2.3 y .2.3 .1 del volumen A, decide cancelar todas las concesiones mineras, entre ellas la' de la recurrente, 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. Esta ordenanza municipal vulneraría los derechos a la libertad de empresa e industria, así como el derecho a la propiedad, al trabajo, al debido proceso y a la defensa (párr. 1).

Al haber sido declarada improcedente la demanda de amparo, confirmado ello en Sala Civil, la empresa interpone recurso ante el Tribunal Constitucional.

La demanda se declara fundada por la Sala Primera del Tribunal Constitucional con los votos de todos los vocales Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz. Si bien el magistrado Landa está de acuerdo con declarar fundada la demanda, lo hace sobre la base de sus propios fundamentos.

Mediante la ordenanza cuestionada, se consideraba área urbana a superficies de terreno que formaban parte del área de concesión otorgada a la empresa minera. Eso era lo cuestionable por la demandante. Si ya tenía derechos otorgados en mérito a la concesión, resulta que con la ordenanza, al considerar como área urbana tales terrenos, entonces implicaría que pierda la concesión. Así, la sentencia hacía mención a que de acuerdo con el Plan de Desarrollo

Urbano del distrito de San Juan de Marcona 2006- 2016 había incompatibilidad entre las concesiones mineras y las zonas urbanas, entonces, a partir de esta incompatibilidad, quienes resultarían perdiendo serían las concesiones.

Hay que notar que, entre las justificaciones planteadas está la contraposición de intereses, por un lado, particulares como el de la empresa minera, con otros intereses que podemos denominar como colectivos, referidos al medio ambiente, tal como se aprecia de la cita anterior.

De acuerdo a los fundamentos planteados en la resolución, la ordenanza "sienta las bases para privar a los demandantes del territorio sobre el cual ostentan un derecho económico de explotación exclusiva..." (fundamento 6).

Previamente a resolver la cuestión, el Tribunal Constitucional hace un análisis para determinar si la demanda incurre en alguna causal de improcedencia así como el análisis, más de fondo, si efectivamente hay una amenaza a los derechos invocados por la demandante. Es importante hacer referencia a los criterios utilizados por el Tribunal Constitucional para entender los requisitos que debe tener la "amenaza" a un derecho protegido, remitiéndose para ello a la sentencia STC N° 1032-2003-AA/TC. Tales criterios se refieren, respecto de la amenaza, que esta debe estar fundada en hechos reales y "de inminente realización". En el mismo sentido el perjuicio que se ocasione debe ser real, efectivo, tangible e ineludible.

Lo que a continuación cuestiona la resolución reseñada es que la Municipalidad se basa en el ejercicio de sus competencias para "predisponer elementos" que

son necesarios para revocar la licencia de la empresa denunciante. Al respecto, en su fundamento seis, señala lo siguiente:

Asimismo, tal y como se evidencia en el propio plan, la finalidad de la entidad demandada es impulsar un procedimiento de cancelación de la concesión minera, lo cual resultaría válido desde el punto de vista jurídico si para ello no se pretendiera recurrir al uso de las competencias municipales para predisponer elementos; lo que en el caso se lograría al convertir las zonas aledañas de explotación minera en terrenos urbanos y con ello modificar los niveles permitidos de contaminación existentes en la actualidad. Por ello, este Tribunal considera que en el presente caso el daño resulta tangible e ineludible, pues tal y como se señala en el plan, la finalidad de la habilitación urbana sería justamente predisponer los elementos para hacer incurrir a la demandante en supuestos de contaminación ambiental. Así, el criterio de la Sala no puede ser compartido (Fundamento 6).

Igualmente, a pesar de que la empresa demandante alega la afectación de varios derechos, la resolución se concentra en la afectación a la libertad contractual lo que también es de trascendencia para el presente trabajo de investigación. En el caso reseñado, se consideró que la ordenanza Ordenanza Municipal N° 06-2007-A/MPN y, específicamente, el Plan de Desarrollo Urbano, modificaban las condiciones del contrato de concesión. En ese sentido, se declara fundada la demanda.

Sin embargo, a efectos del presente trabajo, es de especial relevancia la fundamentación del voto del magistrado Landa Arroyo, ya que ha sido usada posteriormente por la doctrina y citada también a nivel administrativo, como veremos en el apartado siguiente.

A continuación veamos los fundamentos expuestos por el magistrado Landa Arroyo que se adhiere al voto de los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pero sobre la base de sus propios fundamentos.

En el desarrollo de su fundamentación, concuerda con lo planteado por los otros vocales cuando se establece que la Ordenanza Municipal N° 06-2007-A/MPN que actualiza el Plan de Desarrollo Urbano del distrito de San Juan de Marcona 2006-2016, "constituye una amenaza de vulneración cierta e inminente a los derechos del demandante" (fundamento 18). En cuanto a establecer el peligro de la ordenanza, el magistrado plantea que dicha norma "sienta las bases para iniciar un procedimiento cuya finalidad es cancelar la concesión otorgada al demandante..." dando a entender que hay un peligro real con la ordenanza y hay un incumplimiento de disposiciones al no cumplirse el procedimiento establecido en la Ley 27015 que regula el otorgamiento de concesiones mineras en áreas urbanas.

A continuación viene el punto - literal e- que es de mayor trascendencia para el presente trabajo y que se relaciona directamente. En dicho literal, se hace una explicación de la expropiación indirecta. Por tal motivo, pasamos a reproducir lo que dicho fundamento explica:

e) Expropiación indirecta

26. Adicionalmente, en el presente caso, cabe analizar si nos encontramos ante lo que en doctrina se conoce como expropiación indirecta.

27. 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.

28. En el mismo sentido, conforme a la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (*United Nations Conference on Trade and Development - UNCTAD*) siguiendo múltiples pronunciamientos a través de resoluciones expedidas por tribunales internacionales ha clasificado a las expropiaciones (*takings*) en dos tipos: directas, es decir, aquellos actos legislativos o administrativos que transfieren el título y la posición física de un bien, e indirectas, es decir, aquellos actos estatales que en la práctica producen una pérdida de la administración, el uso o el control de un recurso, o una significativa depreciación en el valor de los bienes. A su vez, se reconoce que las expropiaciones indirectas se subdividen en las *creeping expropriation* (aquellas donde se produce una lenta y paulatina privación de facultades del derecho de propiedad del inversionista titular, lo que disminuye el valor del activo) y las

expropiaciones regulatorias (aquellas donde la afectación al derecho de propiedad se produce a través de regulación estatal, en ejercicio de su poder de policía).

29. En Derecho Internacional, los criterios usualmente tomados en consideración por los tribunales internacionales para establecer que se ha violado la garantía contra la expropiación indirecta son los siguientes: (i) las legítimas expectativas del inversionista extranjero y la interferencia con los derechos de propiedad, (ii) la gravedad del impacto de la medida adoptada por el Estado en el inversionista, (iii) la duración de la medida adoptada, (iv) la relación entre la medida adoptada y el objetivo público que el Estado alegue pretender alcanzar y (v) la intención real del Estado al implementar la medida supuestamente violatoria de la garantía contra la expropiación indirecta.

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

31. 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. 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 encuentran proscritas. Encontramos que las bases constitucionales que fundamentan la protección contra las expropiaciones regulatorias o indirectas se encuentran en el artículo 70°, el artículo 2°, inciso 2, el artículo 63°, el artículo 71° y el artículo 61° de la Constitución.

32. En caso de aplicar los criterios previamente establecidos para la determinación de la afectación de las medidas regulatorias tenemos que en el presente caso: (i) existen legítimas expectativas del demandante orientadas a la explotación de la concesión reconocida y que existe una clara interferencia del disfrute de las facultades sobre el derecho de propiedad sobre la zona en conflicto, (ii) que la medida adoptada por el Estado impacta gravemente en el interés del demandante al obstaculizar el ejercicio de facultades del derecho de propiedad sobre la zona sobre la que se produce la interposición, (iii) que la duración en el tiempo de la medida (ordenanza) adoptada es indeterminada, (iv) que la relación entre la medida adoptada y el objetivo público que la Administración Pública alega pretender alcanzar es claramente desproporcionada, (v) que a pesar que no existe evidencia documental que demuestre que la intención de la Administración Pública al implementar la medida violatoria de la garantía contra la expropiación

indirecta es afectar de manera directa al demandado, en la práctica se produce una afectación indirecta de su derecho de propiedad y debe considerarse que se ha incumplido con disposiciones expresas y que se ha incumplido con procedimientos administrativos con la ordenanza cuestionada, tal como se ha expuesto en los puntos precedentes. Lo que se logra con la medida es convertir zonas aledañas de la explotación minera en terrenos urbanos, con lo han quedado modificados los niveles permitidos de contaminación ambiental y se predispondrían los elementos para hacer incurrir a la demandante en supuestos de contaminación ambiental.

A continuación, el magistrado Landa lo que hace es concluir que la ordenanza que fue cuestionada fue emitida por un ente administrativo que al hacerlo impidió el ejercicio del derecho de propiedad, en cuanto a las facultades que tiene todo propietario por el hecho de declarar un predio privado como área urbana o de expansión urbana, configurándose así un acto de expropiación regulatoria.

De los fundamentos expuestos, podemos ver en principio, que se hace referencia a que no solo a nivel internacional se reconoce el concepto sino también del uso a nivel de Tratados en los que el Perú es parte.

Es interesante también la definición de conceptos que hace al plantear las diferencias entre expropiación directa e indirecta y dentro de estas últimas las que denomina *creeping expropriation* y expropiación regulatoria.

Nos parece también de trascendencia su fundamento 30 y la relación con los atributos del derecho de propiedad como base para su aprovechamiento. Así, si

hay una afectación a tales atributos, el aprovechamiento del derecho no será tal y carecerá de sentido.

De acuerdo con ello, y estimando los efectos de la ordenanza cuestionado, el magistrado estimó, como se aprecia de su fundamento 33 que dicha norma atenta contra el derecho de propiedad de la empresa demandante considerando a tal acto como uno de expropiación indirecta o regulatoria.

#### **6.1.2 El caso de Duke Energy y la mención expresa al concepto en el Expediente N° 00834-2010-PA/TC**

En el presente caso, la empresa Duke Energy contaba con una licencia de uso de aguas de una laguna ubicada en Ancash la misma que la tenía desde el año 1994 pero entre los años 2006 y 2008, mediante decisiones de la autoridad administrativa, se le redujo el nivel de descarga que se le había permitido anteriormente.

A partir de esos hechos la empresa interpone recurso de Amparo invocando vulneración de sus derechos a la tutela procesal efectiva, al debido proceso y a la libertad de empresa.

El argumento de la autoridad era, básicamente, que dada una situación de emergencia, se dispuso la reducción de la descargas permitidas anteriormente, por riesgos de desborde. Sin embargo, el plazo del estado de emergencia había concluido, pero no se habían restituido los derechos de la empresa demandante.

Así entonces aun cuando ya había pasado este estado el administrado aun no recuperaba su propiedad significando así una pérdida o expropiación.

Lo más resaltante de la sentencia reseñada es que el Tribunal Constitucional tomó como base una resolución de Indecopi que pasamos a revisar a continuación.

## **6.2 La idea de expropiación indirecta en sede administrativa. El pronunciamiento de INDECOPI en el expediente N° 00037-2009/CEB**

Se trata de un caso llevado ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas. A fin de tener un contexto más amplio, nos parece importante señalar cuál es la labor de esta comisión y cuáles son los temas que se ponen a conocimiento de esta.

La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas es un órgano resolutorio del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, teniendo como base legal principal, el Decreto Legislativo N° 1256 (Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas).

En la exposición de motivos se señala que, aun a pesar del crecimiento de nuestra economía, los agentes económicos se enfrentaban a barreras planteadas por las propias autoridades del Estado, que se identificaron como ilegales y/o carentes de razonabilidad, medidas que significaban obstaculizar un adecuado desenvolvimiento en el mercado. Es decir, a través de sus medidas,

las autoridades ponían obstáculos al desarrollo de los diversos agentes del mercado y, en consecuencia, dificultaban su mayor y mejor crecimiento.

De acuerdo con la norma en mención, son sus finalidades:

#### Artículo 1.- Finalidades de la ley

La presente ley tiene como finalidad supervisar el cumplimiento del marco legal que protege los derechos a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, en beneficio de personas naturales o jurídicas, mediante la prevención o la eliminación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad que restrinjan u obstaculicen el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que constituyan incumplimientos de las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa con el objeto de procurar una eficiente prestación de servicios al ciudadano por parte de las entidades de la administración pública.

De acuerdo con el texto anterior, se aprecia que los derechos que protege se refieren a i) la libre iniciativa privada y ii) libertad de empresa. Está claro que no se hace mención al derecho de propiedad y ello porque, como se ha señalado a partir de la exposición de motivos, se busca la protección de los agentes en el mercado.

Como parte de sus definiciones encontramos lo siguiente:

"Artículo 3.- Definiciones

(...)

3. Barrera burocrática: exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa. La sola calidad de exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro no implica necesariamente su carácter ilegal y/o su carencia de razonabilidad."

Siempre guiándonos por la norma, lo que hace la Comisión o la Sala, según sea el caso, es "evaluar la legalidad y/o razonabilidad de las barreras burocráticas contenidas en disposiciones administrativas..." (artículo 13).

Teniendo esas referencias normativas concretas pasemos a hacer un breve desarrollo del caso concreto que es materia de este punto.

Se trata de una denuncia interpuesta por Empresa de Transportes Turismo Huaral S.A. contra la Municipalidad Provincial de Huaral, al haber emitido la ordenanza N° 009-2009-MPH.

¿Qué establecía esta ordenanza? En concreto, lo que dispuso la ordenanza en cuestión, de fecha 17 de marzo de 2009 fue que declararon Zonas Rígidas y Zonas de Huaral Damero Histórico, Huaral Centro Urbano y Huaral Peri-Urbano de la ciudad de Huaral, disponiendo el re ordenamiento del tránsito y transporte

público (Cabe precisar que dicha ordenanza fue luego modificada por la Ordenanza N° 016-2009-MPH modificando los artículos que habían sido cuestionados ante Indecopi).

La empresa denunciante consideró que eran barreras burocráticas las disposiciones de los artículos 4.a) y 14 de la ordenanza cuestionada. Según se puede ver de los Antecedentes de la resolución (Empresa de Transportes Turismo Huaral S.A., 2010, p. 3) estas barreras consistían en:

- (i) la prohibición de funcionamiento de terminales terrestres para el transporte urbano, interurbano e interprovincial de pasajeros en la zona de "Huaral Damero Histórico"; y,
- (ii) la prohibición de circulación del ingreso y salida con ómnibus de servicios de transporte interprovincial de personas en las vías señaladas como zonas "Huaral Damero Histórico" y "Huaral Centro Urbano".

El argumento central de defensa de la denunciante se basaba en que ya desde el año 2000 se les había otorgada licencia de funcionamiento para sus terminales terrestres, sin embargo, justamente con la ordenanza cuestionada se prohibió el funcionamiento del terminal de la empresa denunciante, así como de otras, en las zonas denominadas "Huaral Damero Histórico" y "Huaral Centro Urbano". En general, establecía el cambio de zonificación y el establecimiento de "zonas rígidas". Este es un detalle importante porque debemos dar cuenta que

la ordenanza N° 009-2009-MPH no anula de forma expresa la licencia de funcionamiento.

Otro detalle que no podemos dejar de pasar por alto es que el fundamento de la ordenanza N° 009-2009-MPH era la de reordenar el tránsito en la ciudad. Es decir que se buscaba el beneficio de la ciudad y de los habitantes en general. A criterio de la empresa denunciante, se estaban vulnerando sus derechos a la libre iniciativa privada, libertad de empresa, de trabajo y tránsito.

Otro detalle importante señalado por la municipalidad, y que tiene relación con lo que se plantea en el presente trabajo de investigación tiene que hacer con la efectividad inmediata de la norma cuestionada. De acuerdo con los descargos de la municipalidad, la ordenanza N° 009-2009-MPH no generaba afectación puesto que, de acuerdo a lo que se extrae de la resolución de Indecopi (Empresa de Transportes Turismo Huaral S.A., 2010, p. 4): "...la exigencia de las condiciones reguladas en la Ordenanza N° 009-2009-MPH se encuentra supeditada a la reglamentación de dicha norma, de acuerdo con lo establecido en su sexta disposición complementaria."

De lo señalado por la Municipalidad de Huaral entendemos que su planteamiento se orienta a establecer que, dado que no hay reglamento, la ordenanza aun no era de aplicación, por lo tanto, no había afectación efectiva a la empresa de transporte.

En primera instancia, por resolución N° 0128-2009/CEB-INDECOPI se declara fundada la denuncia interpuesta a lo que la Municipalidad de Huaral procede con interponer un recurso de apelación.

Es la resolución de la Sala la que efectúa un análisis que nos parece trascendente a los fines del presente trabajo de investigación. La Sala, entre otros puntos, revisa los alcances de lo que es la revocación de actos administrativos. ¿Por qué nos parece importante este punto? De acuerdo a lo que plantea la resolución final de Indecopi, había que poner en discusión si la ordenanza cuestionada, Ordenanza N° 009-2009-MPH que disponía el reordenamiento del tránsito era, en la práctica, un acto de revocación de la licencia de funcionamiento otorgada en el año 2000 a la Empresa de Transportes Turismo Huaral S.A. En el mismo sentido, pone en consideración la afectación al derecho de propiedad, pero entendido este en un sentido más amplio.

Igualmente, pone en debate otra forma de entender la expropiación a partir de actos de la autoridad y no necesariamente a partir de la transferencia forzosa como tradicionalmente se ha contemplado dicha figura. En el procedimiento, de acuerdo con la resolución, lo que se puso en discusión fue el alcance de un procedimiento de revocación de un acto administrativo. Lo que señaló concretamente fue que si anteriormente se reconoció un derecho, luego desconocerlo implica una afectación a la propiedad privada y que dichas afectaciones no se dan únicamente a través de la expropiación tradicional sino también a partir de otras figuras admitidas a nivel internacional, tal como lo hemos reseñado en el presente trabajo.

Reproducimos a continuación la parte pertinente de la resolución 1535-2010, en cuyo punto III de Análisis de las cuestiones en discusión, señala (p.7):

12. Esta protección (se refiere a la protección del derecho de propiedad) fue diseñada específicamente para las expropiaciones tradicionales, pero hoy se admite en el derecho internacional y en la jurisprudencia extranjera que también alcanza a las denominadas “expropiaciones regulatorias o indirectas”. Es decir, a actos gubernamentales que afectan el valor de la propiedad, sin despojar formalmente al propietario de su título. Por eso, dicha protección ha sido recogida en los 33 Convenios Bilaterales de Inversión celebrados por el Perú, por el Tribunal Constitucional y defendida por autores nacionales.

13. Esta lógica ha sido trasladada a la Ley 27444 para el caso específico del procedimiento de revocación de los actos administrativos que confieren derechos o intereses a los particulares. Ello, debido a que a través de un procedimiento de revocación se puede privar parcial o totalmente a los particulares de sus derechos de propiedad (protegidos a través de distintos títulos habilitantes, como por ejemplo licencias de funcionamiento) (El agregado es nuestro)

A estos, hay que precisar que cuando en la resolución se hace mención al Tribunal Constitucional se refieren a la sentencia emitida en el Expediente N° 01735-2008-PA/TC que se ha reseñado anteriormente.

Desde el punto de vista normativo, nos parece trascendente lo que señalaba el artículo 205 de la Ley 27444 (según texto de la fecha) y es que cuando un acto de revocación originaba perjuicio económico al administrado "la resolución que la decida deberá contemplar lo conveniente para efectuar la indemnización correspondiente en sede administrativa."

La resolución 1535-2010/SC1-INDECOPI, finalmente estableció lo siguiente como precedente de observancia obligatoria (p. 23):

a) El desconocimiento de derechos o intereses conferidos por un acto administrativo debe respetar los requisitos para la revocación establecidos en los artículos 203 y 205 de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General. La omisión de cualquiera de dichos requisitos constituye barrera burocrática ilegal.

b) Constituyen revocaciones indirectas el impedimento o restricción del ejercicio de los derechos o intereses conferidos por un acto administrativo, sin que exista un pronunciamiento expreso desconociendo tales prerrogativas. Todas las revocaciones indirectas son ilegales, porque ello implica que la administración no siguió el procedimiento establecido en los artículos 203 y 205 de la Ley 27444.

c) Cuando el cambio de circunstancias que origina la revocación es atribuible al propio administrado, no resulta aplicable el procedimiento de revocación regulado en los artículos 203 y 205 de la Ley 27444.

d) En los casos que corresponda otorgar indemnización, ésta debe compensar los perjuicios económicos originados hasta la notificación al administrado de la resolución de revocación. Las inversiones efectuadas posteriormente no deben ser contempladas en la resolución de revocación como parte de la indemnización.

e) Cuando se origine perjuicios económicos indemnizables, la resolución de revocación deberá señalar como mínimo la cuantía de la compensación y la autoridad encargada de efectuar el pago. La indemnización se paga de manera integral, en dinero en efectivo y es exigible a partir de la emisión de la resolución de revocación.

Luego de lo reseñado en líneas anteriores, estamos en posición de plantear que sí se puede reconocer que hay actos administrativos que afectan el derecho de propiedad en sentido amplio por lo que corresponde una indemnización. A partir de ello, en sentido con nuestro planteamiento, la declaración de un inmueble como patrimonio cultural afecta el derecho de propiedad por lo que correspondería una indemnización por el perjuicio económico.

## CONCLUSIONES

1. La expropiación indirecta o regulatoria tiene una de sus bases de aplicación en los tratados internacionales relativos a inversiones (BIT) con los que se busca brindar seguridad jurídica a los inversionistas frente a actos del Estado, por ende, debería haber un trato igualitario al nacional. Lo que se busca con esta medida es intentar crear equidad entre todos sin verse perjudicado solo un sector de la población al considerarse afectado en su derecho de propiedad.
2. Somos de la idea que debería crearse un concepto nuevo para este tipo de casos sobre bienes inmuebles de propiedad privada declarados Patrimonio Cultural de la Nación, para poder regularlo con mayor precisión dentro de nuestro ordenamiento jurídico.
3. La Constitución Política contempla que las personas tienen derecho a no ser discriminados y al respeto a la propiedad, el código civil contempla al derecho de propiedad como un poder jurídico, ampliamente reconocido

por nuestro sistema jurídico, tanto así que alcanza nivel de derecho fundamental, pero al contemplar la expropiación indirecta solo para casos de inversiones extranjeras, atentaría contra tales derechos.

4. No es necesaria una transferencia efectiva y forzosa para entender que se produce una expropiación ya que, como se ha revisado, los efectos pueden ser diversos. La expropiación también se puede entender de una manera negativa para muchos por la desvalorización del bien, es justamente esta resta de valor a su derecho de propiedad por la que creemos que debería tener una solución indemnizatoria para los bienes declarados como tal.
5. La declaración o presunción de un inmueble como patrimonio cultural significa para el propietario mayores costos por las responsabilidades que a partir de ese momento debe asumir, costos que son impuestos por la regulación que emite el estado, cargas no deseadas para el propietario y a eso le sumamos el no estar sujeto a indemnización.
6. La declaración o presunción de un inmueble como patrimonio cultural significa que el propietario deja de tener control pleno sobre el bien de su propiedad, ya que incluso se limita su libertad de contratar, libertad contractual, se ve restringida su manifestación a la autonomía de la voluntad.
7. La declaración o presunción de un inmueble como patrimonio cultural se basa también en favorecer a la colectividad, es decir, un beneficio general y no específico pero la afectación es soportada únicamente por el propietario.

8. Consideramos que la presunción al ser un acto no inscribible, debería ser modificada como tal dentro de la ley para no crear confusiones. Como lo indica la ley, los bienes inmuebles de propiedad privada que sean declarados expresamente como tal son parte del Patrimonio Cultural de la Nación. De esa manera, lograr dentro del ordenamiento jurídico una gestión más efectiva donde no queden solo en presunciones, de esa manera se beneficiaría aquellos que puedan sentirse vulnerados en su derecho a la propiedad.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

### Bibliográficas

De la Puente y Lavalle, M. (1991). *El contrato en general*. Lima: Fondo Editorial PUCP

Gonzales Barrón, G. (2005). *Derechos Reales* (1ra ed.). Lima: Jurista Editores

Gonzales Barrón, G. (2011). Código Civil y reforma. Libros V (Derechos Reales) y IX (Registros Públicos). Lima: Jurista Editores

González Linares, N. (2007). *Derecho civil patrimonial. Derechos Reales* (1ra ed.). Lima: Palestra Editores

Kresalja, B. y Ochoa, C. (2009). *Derecho Constitucional Económico* (1ra ed.). Lima: Fondo Editorial PUCP

Lasarte, C. (2013). *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho* (19na ed.) Madrid: Tecnos

Mayandía B., Martín (2005) ¿Patrimonio cultural de la Nación o Expropiación velada? Algunas anotaciones a las consecuencias de la declaración de patrimonio cultural de la Nación sobre los bienes de propiedad privada En Revista *Advocatus* N° 13 Año 2005

Moreyra Fonseca, C. (2010). Edificaciones en bienes integrantes del patrimonio cultural de la Nación: ¿Es posible su regularización? en *Tábula: Revista especializada en Derecho Registral y Notarial* - Año 1 N° 1 p. 42-51

Rebaza Torres, A. (1993). Hacia una verdadera protección del derecho de propiedad en *El Derecho civil peruano. Perspectivas y problemas actuales*. Lima: Fondo Editorial PUCP

Rubio Correa, M. (2015). *Para conocer la Constitución de 1993* (5a ed.). Lima: Fondo Editoria PUCP

Sar Suárez, O. (2005). *Constitución Política del Perú: Con la jurisprudencia artículo por artículo del Tribunal Constitucional* (2a ed.). Lima: Nomos y Thesis

Torres y Torres Lara, C. (1998). *La Constitución económica en el Perú: La economía según la Constitución del 93* (2a ed.). Lima

## Electrónicas

Bocanegra Carrión, K. y Cueva Pastor, E. (2016) Razones jurídico-constitucionales sobre el test de proporcionalidad en los casos de expropiaciones indirectas Tesis para obtener título de Abogado Universidad Nacional de Trujillo recuperado el 30/07/2019 de <http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/5976>

Choque Oviedo, E. (2016) La necesidad de regular la expropiación indirecta en nuestro ordenamiento jurídico interno Tesis para obtener título de Abogado Universidad Nacional de San Agustín recuperado el 30/07/2019 de <http://repositorio.unsa.edu.pe/handle/UNSA/2201>

De Urioste Samanamud, R. (2013) La expropiación indirecta en el derecho internacional de las inversiones y el derecho a la propiedad en la Corte Europea de los Derechos Humanos en Revista de Economía y Derecho, vol. 10, nro. 39 (invierno de 2013) recuperado el 24/06/2019 de <https://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/article/view/319/284>

Guiloff T., Matías (2018) La expropiación regulatoria: Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena en Revista Ius et Praxis, Año 24, N° 2, 2018, pp. 621-648 recuperado el 20/06/2019 de <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1161/576>

Gutierrez Galván, A. (2012) *Tratamiento legal y valoración económica de los bienes muebles de patrimonio cultural de la Nación* Tesis para obtener título de Abogada UPC recuperado el 27/07/2019 de <https://repositorioacademico.upc.edu.pe/handle/10757/273260>

Higa, Cesar y Victor Saco (2013) Constitucionalización del derecho internacional de las inversiones: los casos de la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo en Derecho PUCP N° 71 pp. 231-256 recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8903>

Maqueda F., S. (2014) Expropiaciones posesorias y expropiaciones regulatorias en ELÍAS, S., GROSMAN, L., LEGARRE, S., y RIVERA (h.), J., Tratado de los derechos constitucionales, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, tomo II, capítulo VI.4 recuperado el 24/06/2019 de [https://www.academia.edu/29426059/Expropiaciones\\_posesorias\\_y\\_expropiaciones\\_regulatorias](https://www.academia.edu/29426059/Expropiaciones_posesorias_y_expropiaciones_regulatorias)

Ministerio de Cultura (2012) Compendio de jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Patrimonio Cultural de la Nación recuperado el 13/07/2019 de <http://repositorio.cultura.gob.pe/handle/CULTURA/336>

Saco, V. (2014) Inquietudes que motiva la expropiación indirecta Recuperado el 24/06/2019 de <https://www.enfoquederecho.com/2014/09/01/inquietudes-que-motiva-la-expropiacion-indirecta/>

Ordaya Huamán, A. (2018). *Inscripción en el registro jurídico de predios de inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación* (tesis de posgrado-resumen). Universidad Nacional Mayor de San Marcos recuperado el 24/06/2019 de <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/8313?show=full>

Pasquel, E. (2005) Tomando la propiedad en serio Las expropiaciones regulatorias o indirectas en *Ius et Veritas* N° 31 Recuperado el 20/06/2019 de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12413/12975>

Payet Puccio, J., y La Serna Jordán, S. (2008). Consideraciones respecto de la protección constitucional y legal de los fondos privados de pensiones en el Perú. *Advocatus*, (19), 265-290. Recuperado el 27/07/2019 de <http://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/477>

PORTAFOLIO. (2007). La expropiación indirecta en el derecho. *Portafolio*, Recuperado el 24/06/2019 de <https://search.proquest.com/docview/334359854?accountid=14747>

Silva Santisteban, A. (2006) Evolución jurídica del patrimonio cultural. A propósito del hallazgo de la Señora de Cao en *Jurídica: Suplemento de análisis*

legal del diario oficial El Peruano Vol. 3 N° 96 Recuperado el 24/06/2019 de <https://elperuano.pe/juridica.aspx>

Sumar, O. (2014) ¿El Estado debe compensar por expropiar? Diario Gestión Recuperado el 10/08/2019 de <https://gestion.pe/blog/menulegal/2014/02/el-estado-debe-compensar-por-expropiar.html?ref=gesr>

Sardón, J. (2011) Actualidad de la expropiación regulatoria recuperado el 24/06/2019 de [https://works.bepress.com/jose\\_luis\\_sardon/37/](https://works.bepress.com/jose_luis_sardon/37/)

Velásquez Meléndez, R. (2013) Expropiación indirecta Justificación, regímenes, casos, criterios y usos Revista Ius et Veritas, N° 46, Julio de 2013 recuperado el 24/06/2019 de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11970/12538>

Villegas Fudino, G. (2017) La insuficiencia de garantías en el ordenamiento jurídico peruano para hacer frente a supuestos de expropiación indirecta Trabajo académico para obtención de grado de segunda especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno PUCP recuperado el 30/07/2019 de <http://hdl.handle.net/20.500.12404/8568>

## **Sentencias**

### **Tribunal Constitucional**

Expediente N° 0254-2007-PA/TC

Expediente N° 01735-2008-PA/TC

Expediente STC N° 1032-2003-AA/TC

Expediente N° 00834-2010-PA/TC

Expediente STC 05614-2007-PA/TC

Expediente 03258-2010-AA

Expediente STC 7364-2006-PA/TC

Expediente STC 03569-2010-PA/TC

Expediente STC 00228-2009-AA

### **Indecopi**

Resolución 1535-2010-SC1-INDECOPI