

Tomando la propiedad en serio

Las expropiaciones regulatorias o indirectas

Enrique Pasquel R.^(*)

1. ¿Qué son las expropiaciones regulatorias o indirectas?

En 1986, David Lucas pagó US\$ 975,000 por dos lotes residenciales ubicados en un malecón en Carolina del Sur con la intención de construir casas similares a las existentes en predios vecinos. En 1988, el Congreso del Estado de Carolina del Sur emitió una norma que impedía que David Lucas y los demás propietarios de tierras adyacentes construyeran cualquier vivienda permanente en tales lotes, con la supuesta finalidad de prevenir la erosión de las dunas y playas del Estado, promover el turismo, el acceso a las playas y ofrecer un hábitat importante para plantas y animales⁽¹⁾.

Para efectos prácticos era como si a Lucas lo hubiesen expropiado. Es cierto que formalmente seguía siendo propietario, pero luego de la regulación estatal su propiedad prácticamente carecía de cualquier valor económico. De hecho, probablemente, Lucas hubiese preferido haber sido expropiado, pues en ese caso siquiera hubiese recibido el justiprecio que el Estado se ve obligado a pagar.

Lucas interpuso una demanda sosteniendo que se trataba de un caso de expropiación regulatoria. La figura de la expropiación regulatoria abarca las regulaciones mediante las cuales se priva (total o

parcialmente) al propietario de uno o todos los atributos de su propiedad, ya sea del uso, del disfrute o de la disposición. La Corte Suprema de los Estados Unidos le dio la razón a Lucas. El juez Scalia, citando al juez Brennan, señaló que una regulación que priva al propietario del derecho a usar su propiedad de tal forma que le impide obtener beneficios de la misma es equivalente a una apropiación física, pues ¿para qué sirve la tierra si no para obtener ganancias de ella⁽²⁾? Finalmente, el Estado de Carolina del Sur y Lucas llegaron a un acuerdo por el que el primero adquirió la propiedad de los lotes por el precio de US\$ 1'500,000. Lo más curioso es que poco tiempo después el Estado terminó yendo contra su propia política de zonificación. Vendió cada lote por la suma de US\$ 392,500 para que en los mismos se construyesen viviendas. Ello, a pesar que uno de los vecinos quiso pagar por uno de los lotes por la suma de US\$ 315,000 para conservarlo como área libre y preservar la vista de su casa⁽³⁾.

El caso Lucas es una clara muestra de cómo una regulación puede tener efectos muy similares a los de una expropiación: privar a un individuo de su propiedad. Por esta razón es que el Derecho norteamericano contempla dos tipos de expropiaciones, las expropiaciones físicas y las expropiaciones regulatorias. Y de forma similar en el Derecho Internacional se habla de

(*) Catedrático de la Facultad de Derecho de la UPC. Profesor de los cursos de Análisis Económico del Derecho, Propiedad y Contratos.

(**) Agradezco especialmente a mi querido amigo Alejandro Manayale por el tiempo robado para la lectura del presente trabajo y por los precisos comentarios recibidos.

(1) Véase: *Lucas v. South Carolina Coastal Council*. 304 S.C. 1992.

(2) La cita original es: "Perhaps it is simply, as Justice Brennan suggested, that total deprivation of beneficial use is, from the landowner's point of view, the equivalent of a physical appropriation. (...) 'For what is the land but the profits thereof[?]'" Véase: *Lucas v. South Carolina Coastal Council*. 304 S.C. 1992.

(3) SIEGAN, Bernard. *Property and Freedom*. Transaction publishers. 1997. p. 130.

expropiaciones directas e indirectas. Si bien no existe una terminología unívoca para referirse a esta figura, nosotros utilizaremos los términos expropiaciones regulatorias o indirectas como sinónimos.

La finalidad del presente trabajo es definir cómo debería regularse esta figura y explicar las razones por las que los tribunales peruanos están obligados a aplicarla. Para ello, empezaremos explicando la lógica de compensar al propietario afectado por una expropiación regulatoria y los casos en los que consideramos debe proceder dicha compensación. Luego analizaremos cómo el Estado peruano protege solo a algunos individuos de las expropiaciones regulatorias y finalizaremos explicando las razones constitucionales por las que todas las personas deberían recibir esta protección.

2. ¿Por qué el Estado debe compensar cuando expropia regulatoriamente?

La lógica económica para que la propiedad goce de protección frente a expropiaciones físicas es también fundamento de la protección frente a expropiaciones regulatorias. Por esto estas últimas deberían encontrarse sujetas a los mismos límites constitucionales: (i) que la finalidad de la expropiación sea seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley; y, (ii) que se pague una indemnización.

Si dos personas intercambian voluntariamente será porque ambas saldrán ganando. Pero si una obliga a la otra (ya sea mediante violencia privada o utilizando para ello al Estado) a transferirle su propiedad en contra de su voluntad, tendremos una transacción en la que uno gane a costa de la pérdida del otro. El Derecho debe promover las transacciones en las que ambas partes salgan ganando y desincentivar aquellas en las que esto no suceda. Por ello es que la Constitución exige que la finalidad de la expropiación sea seguridad nacional o necesidad pública, prohibiendo que la misma sirva para transferir forzosamente bienes entre privados. De esta forma, se evita que un

particular presione al Estado para que le permita tomar la propiedad de otro individuo en contra de su voluntad eludiendo los mecanismos de mercado⁽⁴⁾.

Y ya que mediante el establecimiento de regulaciones también es posible lograr transferir parte de los atributos de la propiedad privada de un individuo al otro, es necesario asegurarnos que las mismas solamente se aplican en beneficio del público en general y no de un particular específico.

Por otro lado la exigencia constitucional de compensación busca mantener los incentivos que genera la propiedad privada en los individuos⁽⁵⁾. Al saber que podrán recuperar los frutos de sus inversiones, los individuos tienen incentivos para invertir trabajo, tiempo y dinero en sus bienes, lo cual generará beneficios para ellos y para la sociedad. La privación de la propiedad privada sin compensación crea inseguridad en los individuos y los desincentiva a invertir. Por ello -en la medida de lo posible- la compensación frente a una expropiación tiene como objetivo asegurar a los individuos que no se les privará de los beneficios de sus inversiones, manteniendo los incentivos necesarios para que inviertan.

Y tenemos que tomar en cuenta que el riesgo de perder los frutos de las inversiones se encuentra presente ya sea que la amenaza provenga de una expropiación física o de una regulatoria. De hecho, de acuerdo con un estudio realizado por el Banco Mundial entre 3,685 empresas en 69 países, uno de los principales obstáculos para invertir y hacer negocios es precisamente la incertidumbre del costo de las regulaciones⁽⁶⁾. Por ello, si queremos mantener los incentivos que genera la propiedad privada, es necesario que se compense toda privación de la misma.

Hay a quienes les preocupa que si el Estado debe pagar por sus numerosas regulaciones, las actividades de este se verían considerablemente restringidas. El problema de esta visión es que confunde con un problema a lo que realmente es una solución. Hoy en día el Estado establece múltiples regulaciones como si no supusieran costo alguno, por la sencilla razón que los costos los sufre uno o unos cuantos privados. Así, el Estado

(4) Este tema lo hemos desarrollado en: PASQUEL, Enrique. *Expropiación: Una visión económica alternativa*. En: Themis. Número 48. p. 132.

(5) *Ibid.*; p. 132.

(6) BRUNETTI, Aymo y otros. *Institutional obstacles to doing business: Region by region results from a worldwide survey of the private sector*. En: *World Bank Policy Research Working Paper Number 1759*. 1997. p. 70.

establece regulaciones cuyo costo es mayor que su beneficio, por el simple hecho de que no tiene que pagar por ellas. Precisamente, obligarlo a asumir los costos de sus acciones sería una forma de disciplinarlo, creándole incentivos para que regule solo cuando los beneficios de la regulación sean mayores que los costos.

En este sentido, Fischel indica que la exigencia de compensar las expropiaciones regulatorias tiene como objetivo crear incentivos para que los funcionarios públicos tomen en cuenta las consecuencias de sus acciones⁽⁷⁾. Las agencias públicas cuentan con presupuestos limitados y, para poder cumplir con los fines perseguidos por quienes las dirigen, tienen que priorizar la compra de ciertos bienes frente a otros. Por ello, si los funcionarios públicos -para llevar adelante un determinado proyecto- pueden elegir entre expropiar (lo cual les cuesta) y regular (lo cual les sale gratis), es esperable que escojan lo segundo⁽⁸⁾.

Esto, como relata Epstein, es precisamente lo que sucedió en el caso *Agis v. City of Tiburón*⁽⁹⁾. Los demandantes eran propietarios de cinco acres en una zona residencial que tenía vista a la bahía de San Francisco. El gobierno local desarrolló un plan que buscaba conservar más áreas libres, por lo que decidió rezonificar tales predios y restringir a cinco el número de casas que podían ser construidas. El gobierno tenía dos opciones, expropiar dichos terrenos o regularlos. Evidentemente, optó por la opción que no le costaba nada: regularlos.

El problema de ello es que la agencia gubernamental puede escoger regular a pesar que socialmente hubiese sido menos costoso expropiar, por la sencilla razón que ella no asumirá el costo. Y aún cuando no exista la posibilidad de expropiar, no tener que compensar las regulaciones puede llevar a las agencias a regular aun cuando los beneficios sean menores que los costos. El Estado, por ejemplo, podría impedir la construcción de terrenos en una determinada área alegando que

de esa forma planea proteger el medio ambiente. Pero si se le fuerza a pagar una indemnización por ello, tendría que poner en la balanza el costo de dicha protección (por ejemplo, un menor presupuesto para carreteras, hospitales, policías y, en consecuencia, menos comercio, más muertes y más delincuencia) y es probable que su decisión fuese distinta.

Esto es precisamente lo que pasó en el caso Lucas. Como señala Fischel, este es un caso que demuestra que cuando el Estado tiene que pagar un precio por las cosas, su comportamiento cambia. Cuando creyó que no le iba a costar la regulación, decidió optar por preservar el hábitat. Pero cuando se le obligó a asumir el costo de preservarlo y tuvo que pagar una compensación, decidió que el costo de ello era demasiado elevado y optó por vender los terrenos para la construcción de casas que su propia regulación prohibió en un primer momento. Fischel señala que "(e)l Estado no ha cambiado sus valores intrínsecos. Asignaba el mismo valor al medio ambiente antes y después de la resolución del caso. El Estado simplemente respondió al mayor precio de preservar esta diminuta parte de la playa (...)"⁽¹⁰⁾.

Adicionalmente, la compensación de cualquier privación de la propiedad privada tiene como fundamento uno de los principios básicos de cualquier democracia. Y este es que la mayoría no tiene derecho a imponer toda la carga de la provisión de un bien común a un solo individuo. De permitirse ello, convertiríamos a la democracia en un régimen totalitarista, donde la mayoría puede disponer absolutamente de los derechos de los individuos. Una compensación adecuada permite que la carga de la provisión de un bien común no sea colocada en los hombros de un solo individuo, sino que la comparta toda la sociedad, que a través de sus tributos le paga una indemnización al afectado por el perjuicio causado⁽¹¹⁾.

Otra consecuencia negativa de no compensar las expropiaciones regulatorias es que se incentiva

(7) FISCHEL, William. *Expropiaciones y elección pública: La persuasión del precio*. En: *Themis*. Número 48. pp. 117-122.

(8) Evidentemente, esto se logrará solamente si el dinero de la compensación es pagado por el organismo público que se beneficia con ella.

(9) EPSTEIN, Richard. *Takings*. En: *Harvard University Press*, 1985. p. 272.

(10) FISCHEL, William. *Op. cit.*; p. 122.

(11) Rothbard, con su característica elocuencia, demuestra con un ejemplo lo absurdo de sostener posiciones utilitaristas en las que cualquier restricción de los derechos de las minorías se justifica por la voluntad mayoritaria. Así, él nos dice: "Para empezar, ¿por qué [el bien] para el 'mayor número'? ¿por qué es éticamente mejor seguir los deseos de la mayoría que los de la minoría? ¿qué es lo que tiene de excepcional el 'mayor número'? Imaginemos que en una determinada

a los grupos de interés a presionar al poder político. Los individuos tienen dos vías para lograr que el Estado satisfaga sus intereses. La primera es convencer a un juez que proteja los mismos. La segunda es convencer a los políticos que lo hagan. Si el servicio de justicia no protege a los propietarios, creamos incentivos para que ellos busquen protección en el sistema político. Los afectados por una regulación, por ejemplo, buscarán influir en ministros o congresistas para lograr no ser afectados por la regulación. En primer lugar, ello genera espacios para la corrupción, pues no faltarán personas dispuestas a comprar el favor estatal ni funcionarios públicos dispuestos a venderlo. En segundo lugar, este tipo de medidas afectarán a los sectores más dispersos y de menores recursos de la sociedad. Ellos son quienes tienen mayores dificultades para constituirse en un grupo de presión que influya en el Estado, por lo que es esperable que tengan pocas posibilidades de conseguir que los políticos defiendan su propiedad, a diferencia de las pequeñas minorías bien organizadas. De esta forma, si los tribunales no compensan las expropiaciones regulatorias terminarán construyendo un sistema que discrimina en contra de los grupos grandes, desorganizados y de menos recursos, pues derivan la protección de la propiedad hacia el sistema político en el que estos cuentan con menores ventajas⁽¹²⁾.

Finalmente, no olvidemos que si se le priva al propietario del uso, disposición o disfrute de sus bienes, nada importa que formalmente conserve un título que solo le sirve para colgarlo en la pared. Los derechos de propiedad tienen sentido porque

Como hemos visto, nuestro país protege a un grupo de las expropiaciones regulatorias, mas no a otro, aparentemente porque para el caso de los nacionales esta protección no se encuentra establecida expresamente. Sin embargo, creemos que una correcta interpretación de nuestro Derecho llevaría a los tribunales a reconocer a todo individuo protección frente expropiaciones regulatorias.

permiten extraerle un mayor provecho a los bienes. Y si no se pueden disponer de los bienes, usarlos o disfrutarlos, gozar de su titularidad carece de sentido. El título que conserva el propietario termina siendo no más que un cascarón vacío sin valor ni significado alguno.

3. ¿En qué casos se debe compensar y en cuáles no?

La jurisprudencia norteamericana considera que el Estado está obligado a compensar por los perjuicios causados por una regulación solo en aquellos casos en los que se priva al bien prácticamente de todo valor⁽¹³⁾. La jurisprudencia internacional, por su lado, sigue una línea similar.

sociedad la mayoría aborrece y vilipendia a los pelirrojos y que le gustaría enormemente acabar con ellos; imaginemos además que en cada periodo concreto solo existe un corto número de pelirrojos. ¿Deberemos decir, en tales circunstancias, que es 'bueno' para la inmensa mayoría degollar a los pocos individuos de rojizos cabellos? Y si no, ¿por qué no? Así, pues, a la hora de la verdad el utilitarismo no ofrece argumentos convincentes en favor de la libertad y del *laissez-faire*". Véase: ROTHBARD, Murray. *Algunas Teorías Alternativas sobre la Libertad*. En: <http://www.eumed.net/cursecon/textos/>.

- (12) Fischel desarrolla otras conclusiones interesantes basadas en la teoría de los grupos de interés. Él señala que donde las expropiaciones regulatorias despiertan más preocupaciones es a nivel de los gobiernos locales. Fischel indica que los grupos de interés suelen tener mayor éxito a nivel de la política nacional, pues los políticos que compiten a nivel nacional necesitan mayores recursos y en consecuencia mayor apoyo de grupos de interés y su fiscalización es más difícil. En consecuencia, es esperable que los grupos de interés obtengan una mayor protección de su propiedad por parte del Congreso o el Gobierno Central que por parte de los Gobiernos Locales, a quienes les puede ser más complicado influenciar para que protejan sus derechos. Véase: FISCHER, William. *Regulatory Takings. Law, Economics and Politics*. En: *Harvard University Press*, 1995.
- (13) En los Estados Unidos se han presentado ciertas iniciativas para que se establezcan criterios más claros sobre cuándo debe compensarse por una expropiación regulatoria. En 1994 el partido republicano presentó una propuesta de reforma constitucional llamada *Contract with America*, que obligaba al gobierno a compensar cuando una expropiación regulatoria privaba al propietario de más del 70% del valor del bien. Esta propuesta, sin embargo, fracasó.

Si bien no requiere una privación casi absoluta del valor del bien, sí demanda que esta sea considerable. Como señala Appleton, los distintos tribunales internacionales que se han pronunciado sobre este tema, han coincidido en señalar que solamente las privaciones “sustanciales” o “significativas” son reconocidas como expropiaciones⁽¹⁴⁾.

Esta limitación jurisprudencial no solo es tremendamente imprecisa (pues, por ejemplo, no señala cuándo se considerará significativa una expropiación), sino que a nuestro parecer es injustificada. El Estado me paga cuando decide expropiar físicamente la décima parte de mi terreno. ¿Por qué, entonces, no debería pagarme si me impone una regulación que tenga como efecto que mi terreno pierda el 10% de su valor?

En este sentido se pronuncia Fischel, quien critica la decisión del caso Lucas en el extremo que exige que para ser considerada expropiatoria la regulación debe privar al bien de todo beneficio económico. Fischel señala que “(l)a decisión de Lucas es criticada en la medida que solamente puede ser invocada como precedente contra regulaciones que son tan extremas como para dejar a los propietarios sin ningún uso económico para el bien afectado. Pocos reguladores son tan obtusos como para ser incapaces de satisfacer este criterio y lo que hacen es, por ejemplo, permitir la construcción de unas cuantas tiendas en terrenos que son más apropiados para residencias, impidiendo de esta forma su desarrollo. El propietario que puede obtener algún provecho económico construyendo tiendas y no hogares no obtiene nada bajo el precedente de Lucas”⁽¹⁵⁾.

Epstein también se pronuncia en este sentido y señala que una regla constitucional que no obliga compensar sino hasta el último paso hace a este último uno muy costoso, tan costoso que ningún gobierno se animará a darlo⁽¹⁶⁾.

Por otro lado, si una de las razones por las que protegemos la propiedad privada es para incentivar las inversiones, entonces debe compensarse su afectación independientemente de la porción del

derecho afectada. El Estado compensa a una empresa a la que se le expropia físicamente el 100% de su propiedad para -en la medida de lo posible- no desincentivar las inversiones. No tendría sentido entonces no compensarlos si se les expropia solo el 80% o 50% de su propiedad. Si queremos asegurar las inversiones, debemos garantizar que cualquier privación de la propiedad sea compensada.

Casi toda acción del Estado, sin embargo, tiene algún impacto en el valor de las propiedades de los individuos. ¿Esto significa que toda acción estatal supone una compensación a alguna persona? Creemos que no. Hay algunos supuestos en los que la acción estatal no requiere la compensación de los individuos cuyas propiedades hayan disminuido de valor.

Los poderes del Estado derivan de los derechos de los individuos y es en estos en los que encuentran las limitaciones del primero. El poder básico del Estado es el poder de policía. Este es el poder de limitar la libertad y la propiedad de un grupo de individuos en situaciones en las que a través del fraude o la coacción estos pongan en riesgo la libertad y propiedad ajena. En otras palabras, es el poder estatal de evitar que unos individuos dañen a otros. Siguiendo a Epstein, como cada individuo tiene el derecho de limitar la propiedad ajena en nombre de la autodefensa, el Estado tiene el derecho (y el deber) de evitar que unos individuos dañen al prójimo⁽¹⁷⁾.

Cuando el Estado utiliza su poder de policía - cuando regula para evitar el daño que un privado le puede causar a otro- no se encuentra obligado a compensar por la privación recaída sobre la propiedad ajena. Por ejemplo, si el Estado emite una resolución prohibiendo una actividad contaminante, al contaminador se le estará privando de parte del derecho a usar su propiedad. Sin embargo, ello no lo hará acreedor a una reparación pues el límite de su derecho a hacer uso de un bien es el no hacer daño a los demás. En este caso, el Estado simplemente estaría defendiendo el derecho del resto a no sufrir daños

(14) APPLETON, Barry. *Regulatory Takings: The International Law Perspective*. En: *New York University Environmental Law Journal*. Volumen XI, 2003. p. 46.

(15) FISCHEL, William. *Op. cit.*; p. 121.

(16) EPSTEIN, Richard. *Simple Rules for a Complex World*. Harvard University Press, 1995. p. 131.

(17) Véase: EPSTEIN, Richard. *Takings*. En: *Harvard University Press*, 1985. p. 108; y, EPSTEIN, Richard. *Simple Rules for a Complex World*. Harvard University Press, 1995. p. 133.

debido a la contaminación. Obligar al Estado a pagar en estos casos sería absurdo, pues equivaldría a decir que los agresores tienen derecho a exigir un pago por dejar de agredir.

Así, para determinar si merece una compensación el individuo privado de su propiedad mediante una regulación, lo que habrá que preguntarse es si la finalidad de esta era evitar que un individuo dañe a otro. Solo si dicha respuesta es negativa deberá proceder la compensación. En este sentido, debe compensarse la privación cada vez que la finalidad de la regulación no sea proteger los derechos de los individuos, sino generar un determinado bien público. Por ejemplo, si la regulación impide las construcciones en determinados predios para mejorar la vista del distrito o si impide el desarrollo de actividades industriales para crear una reserva animal. Si el Estado busca generar un bien que la sociedad disfrute, el costo de su provisión no debería asumirlo un solo individuo, sino debería ser repartido equitativamente. Por ello, la sociedad, a través de sus impuestos, deberá compensar al afectado por la regulación. Si la sociedad quiere disfrutar de un bien público, que pague por él.

Debería existir, sin embargo, una excepción a este principio. Hay casos en que los usos dañinos de la propiedad privada son legítimos. Nos referimos al caso conocido dentro de la jurisprudencia norteamericana como *coming to the nuisance*. Cuando yo utilizo mi propiedad públicamente en un lugar en el que no perjudico a nadie, no tengo el deber de detener mi actividad si posteriormente llega alguien a quien mi actividad perjudica. Por ejemplo, si una empresa que produce humos tóxicos se ubica fuera de la ciudad donde no contamina a nadie, debería mantener su derecho a seguir funcionando si posteriormente se ubica a su lado un grupo de familias. La razón es que así se crean incentivos para que las personas no se ubiquen en un lugar en el que saben que sufrirán daños -pudiendo haberlo evitado- y por los que habrá que privar a alguien de su propiedad. En

estos casos, si se establece una regulación que reduzca el valor de la propiedad del “primero en llegar”, este deberá ser compensado pues se le está privando de un uso al que tenía derecho⁽¹⁸⁾.

Otro caso en el que el propietario no debe ser acreedor de una compensación es cuando la acción estatal tiene como efecto que disminuya el valor del bien pero sin restringir su derecho de propiedad. Si nuestro vecino pinta su casa de color violeta salpicado de manchas amarillas es muy probable que baje el valor de mi propiedad. Por un lado, vivir en nuestra casa nos gustará menos pues tendremos una vista espantosa. Por otro, el valor de venta de la misma se reducirá pues poca gente querrá comprar un inmueble con una vista tan odiosa. Si bien el valor de la propiedad se reduce, no se ha violado nuestro derecho de propiedad, pues el uso que le da el vecino a su casa es completamente legítimo. De la misma forma, cuando el Estado -sin alterar los derechos de propiedad existentes- realiza alguna obra que impacta negativamente en el valor de mi propiedad, no debe compensarme. Por ejemplo, si el Estado construye una escuela pública al lado de nuestra casa no debería estar obligado a compensarme si es que las normas de zonificación lo permitían, a pesar que ello disminuya el valor de mi propiedad. Si cuando adquirimos nuestra casa sabíamos que las reglas de zonificación permitían la existencia de un colegio en el predio vecino, no podemos quejarnos si luego efectivamente se construye dicho colegio. Así, por ejemplo, el derecho de propiedad que adquiere alguien que compra un predio en una zona comercial supone el derecho de no ser molestado por actividades industriales, pero no el de no serlo por actividades comerciales. Por ello, a pesar que el Estado o un privado convierta una casa contigua en un local comercial que disminuya el valor de nuestra propiedad, no tendremos nada que reclamarle en este escenario.

Por el contrario, tendré derecho a ser compensado si disminuye el valor de mi propiedad como consecuencia de un cambio en las reglas

(18) Esta no es sino otra aplicación de la sencilla regla de la adquisición de la propiedad por primera posesión. Al respecto, puede verse: EPSTEIN, Richard. *Possession as the root of title*. En: *Georgia Law Review*. Número 13, 1979. Este tema ha sido discutido en WITTMAN, Donald. *Coming to the nuisance*. En: WITTMAN, Donald (Editor). *Economic Analysis of the Law*. Blackwell Publishing, 2003. pp. 53-58. Él, en pocas palabras, sostiene que quien debería tener el derecho no es quien llegó primero sino quien hubiese sido más eficiente que llegase primero. No es nuestra intención discutir esta posición en el presente trabajo, pero debe notarse que las reglas propuestas por Wittman asumen la inexistente capacidad de los individuos de predecir quién llegará al lado de ellos el día de mañana.

de zonificación que permita construir algo que anteriormente no estaba permitido. Por ejemplo, si se permite la construcción -al lado de nuestra casa- de un terminal terrestre cuya construcción se encontraba anteriormente prohibida. En este escenario sí se recortan nuestros derechos de propiedad. Ellos incluían el derecho a no ser perturbado por actividades como aquellas, derecho que ha sido restringido. Por ello, en estos casos sí deberá compensarse al propietario.

4. ¿El Derecho peruano reconoce las expropiaciones regulatorias o indirectas?

Sorprendentemente, en el Perú se reconoce protección frente a una expropiación regulatoria solo a un grupo de inversionistas extranjeros. El Estado peruano reconoce su obligación de compensar en estos casos solamente en el ámbito del Derecho Internacional, concretamente dentro de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (BIT). Lamentablemente -dentro del Derecho interno- ni nuestro Derecho positivo ni nuestra jurisprudencia han hecho suya la figura de las expropiaciones regulatorias o indirectas. En esta sección describimos la manera en la que se presenta, contradictoriamente, esta situación.

4.1. El reconocimiento dentro de los BIT

El Perú reconoce a numerosos inversionistas extranjeros el derecho a ser indemnizados si son expropiados regulatoriamente. Esta protección se encuentra reconocida en los 29 BIT que el Perú ha celebrado con países de América, Asia, Europa y Oceanía (y se encuentra negociando la celebración de tratados similares con doce países adicionales)⁽¹⁹⁾. De acuerdo a Cantuarias, “de todas

las cláusulas especiales contenidas en los BIT, probablemente la más importante sea aquella referida a las condiciones para una expropiación o nacionalización”⁽²⁰⁾. Y estas, con fraseos similares, contemplan que dichas condiciones se aplican a todas las medidas que afecten las inversiones, ya sea que se trate de una expropiación, nacionalización u otras que en sus efectos sean equivalentes.

De esta forma, si el Perú expropia regulatoriamente a un inversionista extranjero protegido por un BIT, se verá obligado a compensarlo de acuerdo al desarrollo de esta figura en el Derecho Internacional, el cual resumiremos brevemente.

Como mencionamos antes, en el Derecho Internacional, la figura de las expropiaciones regulatorias es ampliamente reconocida bajo el nombre de “expropiaciones indirectas”. Como ha señalado la United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) siguiendo múltiples resoluciones de tribunales internacionales⁽²¹⁾, las expropiaciones (*takings*) pueden ser de dos tipos: (i) actos legislativos o administrativos que transfieren el título y la posesión física de un bien; y, (ii) 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. La primera forma de expropiación puede ser clasificada como “directa” y la segunda como “indirecta”. Asimismo, la UNCTAD reconoce que dentro de las expropiaciones indirectas se encuentra la *creeping expropriation* y las expropiaciones regulatorias (*regulatory takings*)⁽²²⁾. Si bien no existe una terminología uniforme para nombrar el fenómeno, existe un amplio acuerdo dentro del Derecho

(19) Véase. CANTUARIAS, Fernando. *Los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y el Acceso al Arbitraje*. En: *Revista de Economía y Derecho*. Volumen I. Número 2. 2004. p. 30. Esta información también puede encontrarse en la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores (<http://www.rree.gob.pe/portal/Pbilateral.nsf/DD957CB673AFB91A05256C0C005E6BB5>) y en la página web de Proinversión (http://www.proinversion.gob.pe/english/peruvista/cont_3.htm).

(20) CANTUARIAS, Fernando. *Op. cit.*; p. 33.

(21) UNCTAD. *Taking of Property. UNCTAD Series on issues in international investment agreements*. United Nations Publication. 2000. p. 6.

(22) *Ibid.*; pp. 4 y 10-12. Por *creeping expropriation* se entiende la lenta y paulatina privación de los derechos de propiedad de un inversionista, lo que disminuye el valor de sus activos. Si bien el inversionista mantiene el título, su derecho a usar su propiedad se reduce debido a la interferencia estatal. De acuerdo a Abdala y Spiller, se entiende que esta categoría, además, supone una estrategia deliberada del Estado de apropiarse de los bienes del afectado. (Véase: ABDALA, Manuel y Pablo SPILLER. *Damage Valuation of Indirect Expropriation on Internacional Arbitration Cases. The American Review of International Arbitration*. Volumen 14). En la expropiación regulatoria, de acuerdo a la terminología del Derecho Internacional, por su parte, la privación de la propiedad se efectúa a través de una regulación estatal, supuestamente en ejercicio de su poder de policía.

Internacional respecto a que una regulación puede calificar como expropiatoria y estar sujeta a una compensación.

Así, por ejemplo, en el caso *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. Czech Republic*, el Tribunal -citando a Sacerdoti- señaló que “La expropiación de facto o indirecta, por ejemplo medidas que no suponen una expropiación física pero que efectivamente neutralizan los beneficios que la propiedad le reporta al propietario extranjero, son sujetas a demandas de expropiación. Esto es indiscutible dentro del Derecho Internacional”⁽²³⁾.

Dentro de esta línea también resolvió el *Iran-United States Claims Tribunal* en el caso *Starrett Housing Corp. v. Iran*, donde señaló que “es reconocido por el Derecho Internacional que medidas tomadas por un Estado pueden interferir con los derechos de propiedad a tal nivel que los mismos se conviertan en tan inútiles que deban ser considerados expropiados, a pesar que el Estado no haya tenido el propósito de expropiarlos y que el título legal formalmente siga perteneciendo al propietario original”⁽²⁴⁾.

En efecto, como ha reconocido la UNCTAD, en la jurisprudencia internacional los casos de expropiación indirecta parecen estarse convirtiendo en más frecuentes y más importantes que los de expropiación directa⁽²⁵⁾. Y como señala Rudolf Dolzer, dentro del desarrollo del Derecho Internacional sobre expropiación, la práctica estatal que ha tenido un desarrollo más importante es la de la expropiación indirecta⁽²⁶⁾.

Otro caso representativo es *Metalclad Corp. v. Estados Unidos de México*⁽²⁷⁾. En este, la

demandante había invertido en la construcción y operación de una planta para el tratamiento de residuos peligrosos. Diversas autoridades estatales habían dado las autorizaciones correspondientes y le habían asegurado a *Metalclad* que el Municipio de Guadalcázar no tendría por qué negarle el permiso de construcción. Sin embargo, el Municipio –actuando fuera de su autoridad- negó dicho permiso. Por otro lado, el 20 de setiembre de 1997 el estado Mexicano de San Luis Potosí dictó un decreto ecológico que tuvo como efecto impedir para siempre la operación de la planta. Todo ello, a pesar que el Gobierno Federal había otorgado los permisos correspondientes con anterioridad. Esto, de acuerdo al Tribunal, constituiría por sí mismo un acto equivalente a una expropiación.

El Tribunal señaló que sobre la base del artículo 1110 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (NAFTA), la expropiación también puede consistir en “una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor. (...) Al permitir o tolerar la conducta de Guadalcázar en relación con *Metalclad* (...) tiene que interpretarse en el sentido de que México adoptó una medida equivalente a una expropiación”⁽²⁸⁾.

Otro caso similar fue el de *Biloune v. Ghana Investment Centre*⁽²⁹⁾. En este caso, un inversionista estaba renovando un restaurante en

(23) La traducción es nuestra. La cita original es: “De facto expropriation or indirect expropriation, i.e. measures that do not involve an overt taking but that effectively neutralize the benefit of property of the foreign owner, are subject to expropriation claims. This is undisputed under international law”. Véase: *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. Czech Republic*, Partial Award, 13 setiembre 2001, p. 170. Disponible en: <http://www.investmentclaims.com/decisions/CME-Czech-PartialAward-13Sept2001.pdf>.

(24) La traducción es nuestra. La cita original puede encontrarse en: *Starrett Housing Corp. v. Iran*. Interlocutory Award Número ITL 32-21-1 (19 de Diciembre de 1983). Sobre cómo esta resolución se funda en la costumbre internacional, véase: BRUNETTI, Mauricio. *The Iran-United States Claims Tribunal, NAFTA Chapter 11, and the Doctrine of Indirect Expropriation*. En: *Chicago Journal of International Law*. Volumen 2. p. 206.

(25) UNCTAD. *Taking of Property*. UNCTAD Series on issues in international investment agreements. United Nations Publication. 2000. p. 6.

(26) DOLZER, Rudolf. *Indirect Expropriations: New Developments?* En: *New York University School of Law Environmental Law Journal*. Volumen 11. p. 65.

(27) *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, ICSID Caso ARB (AF)/97/1. Laudo del 30 de agosto 2000. Puede Véase <http://www.worldbank.org/icsid/cases/mm-award-s.pdf>.

(28) *Op. cit.*; p. 30.

(29) *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*. La información fue tomada de un extracto de las decisiones del 27 de octubre de 1989 y del 30 de junio de 1990 en: www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/search/default.asp?view=Search+results. Dicho extracto fue tomado, a su vez, de: BERG, Van den A.J. *Yearbook Commercial Arbitration*. Volumen XIX. 1994. pp. 11-32.

Ghana. Confiando en la información brindada por una entidad gubernamental, concluyó que no habría problemas en iniciar la construcción antes de contar con un permiso. Luego de que el gobierno no objetó que se llevara a cabo una parte sustancial de los trabajos, dictó una orden de clausura, debido a la falta del permiso de construcción. Este último había sido solicitado, pero nunca se concedió o negó expresamente. De acuerdo al Tribunal, en este caso existió una expropiación indirecta, pues impedía definitivamente continuar con el proyecto⁽³⁰⁾.

No obstante, como indicamos antes, en el Derecho Internacional los criterios para establecer cuándo existe una expropiación indirecta no son claros. Amado y Amiel, citando a Brunetti, indican que los factores que normalmente son tomados en cuenta 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; (iv) la relación entre la medida y el objetivo público que el Estado alegue pretender alcanzar; y (v) la real intención del Estado al implementar la medida supuestamente violatoria de la garantía contra la expropiación indirecta"⁽³¹⁾.

Si bien los criterios para determinar cuándo debe existir compensación no son pacíficos dentro del Derecho Internacional, es claro que el Perú -a través de los BIT- reconoce la posibilidad de compensar a un inversionista extranjero que es privado de su propiedad por una regulación estatal. Veamos ahora cómo no reconoce esta protección al resto de individuos que son propietarios en este país.

4.2. El Derecho interno

Como señalamos anteriormente, dentro de nuestro Derecho interno no se recoge la figura de la expropiación regulatoria, a pesar de que son múltiples los campos en los que ella se presenta.

Casos comunes los podemos encontrar cuando se emiten normas que buscan proteger el hábitat de determinadas especies o ciertos lugares arqueológicos. Hemos podido analizar casos en los que mineras han sido despojadas de sus concesiones debido a la creación de reservas naturales en las que se prohíbe las actividades que las mismas realizaban. A pesar de ello, no son compensadas por las enormes pérdidas sufridas a raíz de la regulación.

Asimismo -con motivo de una investigación anterior- tuvimos oportunidad de examinar la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre limitaciones de la propiedad por normas de zonificación⁽³²⁾. Como es evidente, el cambio de normas de zonificación constituye un supuesto típico de regulación expropiatoria. Ello, precisamente, es lo que sucedió en el caso Lucas, a quien se le privó del valor económico de su propiedad cambiando dicha normativa e impidiéndole la gran mayoría de usos de su predio.

La jurisprudencia constitucional peruana, lamentablemente, ha realizado una interpretación sumamente restrictiva de la protección del derecho de propiedad privada, a pesar que el principio que rige la interpretación de los derechos fundamentales es, precisamente, que los mismos se interpretan de manera extensiva. Así, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional -el máximo intérprete de la Constitución- no contempla la posibilidad de una expropiación regulatoria.

Veamos varios casos que dan fe de esto. En el expediente 2153-2002-AA, la academia de preparación pre-universitaria medicina 2001 interpuso una demanda de amparo por haber sido afectada por un cambio de zonificación establecido por la Ordenanza Municipal 062-94-MML (Reglamento de la Administración del Centro Histórico de Lima). Al haber cambiado la zonificación, la academia no podía seguir funcionando en el local en el que lo venía haciendo. El Tribunal, mediante resolución del 7 de enero de 2003, consideró que la única protección que tiene

(30) Otros casos similares son *Tippets, Abbett, McCarthy v. TAMS-AFFA, Compañía de Desarrollo Santa Elena S.A. v. Costa Rica* y *Pope & Talbot, Inc. v. Government of Canada*.

(31) AMADO, José Daniel y AMIEL, Bruno. *La expropiación indirecta y la protección de las inversiones extranjeras*. En: *Themis*. Número 50. p. 64.

(32) Véase: PASQUEL, Enrique. *Lima, la horrible: propiedad, zonificación y el mito del planeamiento urbano*. En: *Revista de Economía y Derecho*. Número 7. 2005. pp. 67-82.

un propietario contra un cambio de zonificación es la consagrada en el artículo 74 de la Ley de Tributación Municipal (Decreto Legislativo 776). Este señala que un cambio de zonificación no es oponible al titular de una licencia de funcionamiento dentro de los primeros cinco años de producido el cambio. Fuera de ello, según el Tribunal, cualquier afectación a la propiedad privada es legítima y no compensable.

Dicha ordenanza también afectó al señor Oscar Enrique Morello Silva, quien interpuso su propia acción de amparo (expediente 541-1999-AA). Él era propietario de un grifo en la cuadra 8 de la Avenida 28 de Julio. Como consecuencia del cambio de zonificación impuesto por la mencionada ordenanza, el señor Morello se vio forzado a clausurar su negocio. El Tribunal Constitucional, mediante resolución del 30 de enero de 2003, decidió que al haber transcurrido más de cinco años de haber sido expedida la ordenanza, su propiedad ya no gozaba de protección legal alguna.

Este mismo criterio fue aplicado en la sentencia del Tribunal del 9 de septiembre de 2002, en el expediente 1497-2001-AA-TC. En este caso, la compañía de transporte Expreso Cruz del Sur S.A. fue afectada por el cambio de zonificación establecido por la Ordenanza 003-2000-MPT, la cual forzó a la empresa a cerrar uno de sus terminales terrestres. El Tribunal Constitucional, nuevamente, solo reconoció la limitada protección legal de cinco años de inoponibilidad al cambio de zonificación. De esta forma, el Tribunal permitió que sea una ley la que llene (o mejor dicho que prive) de contenido al derecho constitucional a la propiedad privada.

Otro caso ejemplificador del criterio del Tribunal es el de la Compañía Minera Agregados Calcáreos S.A. (COMACSA). La planta de producción de cal y cemento blanco de esta compañía venía funcionando desde alrededor de cuarenta años atrás en una zona declarada industrial. Dicha zona, a través de los años, empezó a poblarse debido a las numerosas invasiones, lo que llevó a la Municipalidad de Lima a declararla zona residencial. Por veintisiete años COMACSA logró prorrogar su licencia de funcionamiento, hasta que finalmente se le obligó a clausurar su propiedad. El Tribunal Constitucional, mediante resolución del 1 de enero de 1998 en el expediente 203-96-AA, consideró que el derecho de propiedad de COMACSA no se veía afectado, pues aún podía

“ejercer todos los derechos inherentes como propietaria de un bien como transferir bajo cualquier título, hipotecarlo, etcétera”.

Finalmente, encontramos un caso en el que la afectación de la propiedad privada nacía del cambio de zonificación de un predio vecino que, aparentemente, afectaba el valor del inmueble del demandante.

En el expediente 18-95-AA/TC, el demandante interpuso una acción de amparo contra el Concejo Distrital de Surco y otros debido a que se había cambiado la zonificación de sus vecinos, lo que les permitía construir edificios de cuatro pisos. Ello, de acuerdo al demandante, afectaba su propiedad privada. Si bien en la sentencia del Tribunal Constitucional no se menciona expresamente, entendemos que la afectación que debe haber alegado era la desvalorización de su casa y terreno. El lugar donde esto sucedió fue en la urbanización Valle Hermoso de Monterrico. En esta zona, desde hace varios años se ha venido cambiando progresivamente la zonificación de la mayoría de predios. Anteriormente, era una urbanización de medianas y grandes casas residenciales. A partir de estos cambios, las casas se han ido convirtiendo en edificios y el número de habitantes y tránsito vehicular ha aumentado significativamente. Ello ha hecho que varios vecinos consideren que el valor de sus casas de la zona se reduzca y que bastantes de dichos inmuebles sean vendidos al precio del terreno para la construcción de edificios.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, no consideró que la disminución del valor del predio sea una afectación del derecho de propiedad. En su resolución señaló que “no se ha probado en autos que la propiedad del demandante esté amenazada, o que se haya vulnerado de modo alguno su derecho de propiedad, ya que puede ejercer libremente los atributos inherentes al derecho de propiedad aludidos”. Siguiendo el razonamiento del Tribunal, si la zonificación de mi vecino es cambiada de residencial a una que permita el establecimiento de un depósito de basura en el mismo, mi derecho de propiedad no se vería afectado dado que todavía puedo usar, disfrutar y disponer del bien.

En todos estos casos, el Tribunal Constitucional consideró que el derecho de propiedad privada de los afectados por los cambios de la regulación no había sido dañado. Ello, a pesar que sus predios

e inmuebles hubiesen perdido el valor que tenían para ellos. Para la mayoría de los casos, es algo así como si el municipio le prohibiera vivir en su casa y luego el Tribunal Constitucional le dijese que, como formalmente sigue siendo propietario, su derecho no ha sido afectado. El Tribunal, desconociendo la doctrina y jurisprudencia internacional -y la misma Constitución-, pasa por alto que parte esencial del derecho de propiedad privada es la facultad de usar el bien para los fines deseados por el propietario. En esa medida, cada vez que se limita la posibilidad de uso de un bien, se afecta el derecho de propiedad. Y el hecho de que aun sea posible enajenar o gravar el bien no es excusa para sostener lo contrario. Principalmente, porque si, por ejemplo, el dueño del grifo ganase más vendiendo su terreno para que se construyan viviendas en el mismo, lo hubiese vendido hace tiempo. La razón evidente por la que no lo hizo fue porque tener un grifo le reportaba mayores ingresos. Así, es bastante obvio que la regulación lo privó de una parte de los ingresos que dicho predio le permitía obtener. De hecho, es esperable que un grifo en el centro de Lima sea un gran negocio, mientras que la venta de dicho terreno para vivienda puede ser un negocio malísimo. El Tribunal Constitucional no repara en que, como señaló el juez Brennan en los Estados Unidos, ¿para qué sirve la propiedad, sino para obtener ganancias de ella?

5. ¿Por qué los tribunales peruanos deben aplicar esta figura?

Como hemos visto, nuestro país protege a un grupo de las expropiaciones regulatorias, mas no a otro, aparentemente porque para el caso de los nacionales esta protección no se encuentra establecida expresamente. Sin embargo, creemos que una correcta interpretación de nuestro Derecho llevaría a los tribunales a reconocer a todo individuo protección frente expropiaciones regulatorias.

Hasta donde hemos tenido oportunidad de investigar, los únicos que han discutido la aplicación de esta figura en nuestro ordenamiento son Amado y Amiel⁽³³⁾. Ellos, correctamente, sostienen que si bien la figura no ha sido recogida

de manera expresa en la legislación peruana, debe ser aplicada por nuestros tribunales.

De acuerdo a Amado y Amiel, la Constitución, los Decretos Legislativos 662 y 757 y el Decreto Supremo 162-92-EF, al proteger la propiedad privada y a los inversionistas, contemplan implícitamente la garantía contra las expropiaciones regulatorias o indirectas, ocurriendo lo mismo con varios Tratados Internacionales de los que Perú es parte⁽³⁴⁾.

Efectivamente, la Constitución, adecuadamente entendida, ofrece ese tipo de protección a la propiedad privada. El artículo 70 de la Constitución señala que "(...) A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causas de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio(...)". La norma constitucional no restringe la aplicación de esta protección de la propiedad privada a las expropiaciones físicas (a pesar que lo más probable es que ese tipo de expropiaciones fue en la que pensaron los constituyentes). Y siendo el caso que la interpretación de los derechos fundamentales debe ser favorable a una mayor amplitud del derecho, debería entenderse que la protección que ofrece la Constitución a la propiedad privada se extiende a todo acto estatal que la limite, más allá de las expropiaciones físicas.

Adicionalmente, consideramos que en nuestro país el derecho constitucional a la igualdad también sirve como fundamento para exigir que las expropiaciones regulatorias reciban el mismo trato que las expropiaciones físicas: si el Estado le reconoce a empresas extranjeras que invierten en nuestro país -a través de BIT- el derecho a ser indemnizadas frente a una expropiación regulatoria, también deberían gozar de ese derecho las empresas nacionales.

El artículo 2, inciso 2, de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Ello quiere decir que en el Perú el sistema jurídico no puede otorgar distintos derechos a distintas personas, especialmente sobre la base de factores arbitrarios como la nacionalidad o el origen. Esta precisión se ve

(33) AMADO, José Daniel y AMIEL, Bruno. *Op. cit.*; pp. 59-68.

(34) *Ibid.*; p. 67.

reforzada por dos disposiciones constitucionales adicionales. Primero, por el artículo 63 de la Constitución que establece que la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. Segundo, por el artículo 71, que indica que respecto a la propiedad, los extranjeros están en la misma condición que los peruanos.

Evidentemente, estas normas constitucionales deben funcionar de dos maneras. Por un lado, garantizan a los inversionistas extranjeros que sus derechos serán equivalentes a los nacionales. Y, por otro lado, deben garantizar a los inversionistas nacionales que a ningún extranjero se le concederán derechos mayores que los suyos. Lo contrario afectaría el principio general de igualdad enunciado en el artículo 2 de la Constitución. De lo contrario, como en la granja de Orwell, viviríamos en una sociedad donde todos somos iguales, pero algunos más iguales que otros.

Así, si el ordenamiento jurídico peruano le reconoce a los inversionistas de numerosos países extranjeros protección frente a una expropiación regulatoria, también se vería obligado a reconocérsela a los inversionistas nacionales. Ello pues reconocer dicho derecho -por ejemplo- a una empresa alemana o británica y no a una peruana, atentaría frontalmente contra las disposiciones constitucionales que resguardan el principio de igualdad ante la ley.

Ello, evidentemente, no quiere decir que los inversionistas extranjeros no merezcan la protección que les ofrece el Estado peruano frente a las expropiaciones regulatorias. Dicha protección es completamente razonable en un país que ofrece tantos riesgos a los inversionistas. Lo que sostenemos es que todos debemos de gozar de la misma garantía -por lo que a los peruanos se les debe colocar en el mismo nivel que los extranjeros.

Hace un tiempo tuvimos la oportunidad de intercambiar opiniones con el profesor Santiago Montt quien, coincidentemente, estaba trabajando una tesis similar aplicable al Derecho chileno, en el que se presenta la misma situación. El señala que "(...) existe actualmente un enorme ámbito de



la actividad de la Administración -como es la actividad de policía o reglamentación- en el que los inversionistas extranjeros pueden reclamar daños y perjuicios en situaciones en que los administrados chilenos -sujetos al Derecho Administrativo interno- no pueden. (...) A nuestro juicio, esta situación constituye una desigualdad ante la ley no permitida por la Constitución (...)”⁽³⁵⁾. Asimismo, Montt indica que “lo que nos parece inaceptable no es que un inversionista extranjero esté bien protegido frente a las actuaciones lícitas e ilícitas del Estado, sino que un administrado nacional no lo esté. (...) Si el Derecho Internacional otorga más que el Derecho chileno, entonces el Derecho chileno debe modificarse e igualar al primero, sobre todo cuando se trata de creaciones meramente jurisprudenciales construidas frente a textos legales más o menos ambiguos”⁽³⁶⁾.

Adicionalmente, debemos tener en cuenta que otorgar distintos derechos a distintos inversionistas sobre la base de su nacionalidad atentaría contra

(35) MONTT, Santiago. *Aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones por Tribunales Chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado*. Borrador a ser publicado en la Revista de Derecho de la Universidad Católica de Chile. p. 46.

(36) *Ibid.*; p. 53.

el deber estatal de proteger la libre competencia, establecido por el artículo 61 de la Constitución⁽³⁷⁾.

Un requisito esencial para que exista libre competencia es que las ventajas que obtienen las empresas se deriven del propio proceso competitivo. Si el Estado beneficia a unas empresas sobre otras afecta, precisamente, la competencia que la Constitución le ha encomendado proteger. Justamente, la razón por la que dicha norma constitucional le impide al Estado establecer monopolios legales es que un mercado competitivo es aquél en el que las empresas triunfan o pierden sobre la base de las preferencias de los consumidores y no sobre la base de las preferencias del Estado. Para que exista libre competencia el Estado no puede ofrecer beneficios especiales a un grupo de empresas en desmedro de sus competidores.

Si, por ejemplo, el Estado le niega licencias de funcionamiento a las empresas chilenas solo por el hecho de serlo, distorsiona la competencia pues les impone un obstáculo que no tienen que sortear sus competidoras. Asimismo, si les cobra un tributo especial a las empresas ecuatorianas también entorpece el proceso competitivo. Permitiendo estos favores políticos no se garantiza que quienes triunfen en el mercado sean las empresas productivamente más eficientes, sino las más eficientes en ganarse la protección estatal. Y lo mismo sucede si solo a un grupo de empresas se le ofrece una protección que no se le ofrece al resto, como ocurre cuando se protege a un grupo

de inversionistas extranjeros de las expropiaciones regulatorias, mas no se hace lo mismo con sus competidores nacionales.

Así, hoy en día, el Estado puede borrar del mercado -con un solo plumazo regulatorio- a una empresa peruana mas no a una suiza, pues mientras la primera perderá su inversión la segunda será compensada sobre la base de lo establecido en un BIT. Así, a pesar que la empresa extranjera pudiese ser menos eficiente, podría triunfar sobre su competidora nacional debido a la regulación estatal que solo perjudicará a esta última.

Es por estas razones que los tribunales peruanos, para respetar nuestra Constitución, deben obligar al Estado a indemnizar a las víctimas de una regulación expropiatoria.

6. Conclusión

Ronald Reagan decía que el gobierno es como un bebé. Un canal alimenticio con gran apetito en un extremo y ningún sentido de la responsabilidad en el otro. Y todo ello porque quienes toman las decisiones no pagan por las consecuencias de las mismas. Obligar al Estado a compensarnos cuando nos expropia regulatoriamente es, precisamente, una forma de disciplinarlo en este sentido. Lo contrario tiene graves consecuencias en el crecimiento y las oportunidades de nuestro país. Por ello, es hora que nuestros tribunales empiecen a tomar en serio a la propiedad privada y permitan que se convierta en un mecanismo para generar riqueza y desarrollo. ^{AP}

(37) Artículo 70 de la Constitución: "El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios (...)".

ESTUDIO
MONROY
ABOGADOS

Calle Roma 376, Lima 27 - Perú
Central: (51-1) 441-0594 Fax: (51-1) 421-4994
central@estudiomonroy.com
www.estudiomonroy.com



Grellaud y Luque, Abogados

Av. Javier Prado Oeste 203 - San Isidro

Tel.: 51 (1) 442-2836

Fax: 51 (1) 441-1033

Email: kpmglegal@kpmglegal.com.pe