

ARBITRAJE EN LAS EXPROPIACIONES EN EL PERÚ ARBITRATION IN EXPROPRIATIONS IN PERU*

*Rita Sabroso Minaya***

Resumen

A través del presente artículo, se analiza la figura del arbitraje en la expropiación de bienes inmuebles en el Perú. Se parte de un recuento de las distintas normas que han regulado la materia y se cuestiona algunos aspectos de la regulación actual. Asimismo, se analiza las características de este tipo de arbitraje y las materias arbitrables. Finalmente, el artículo brinda un panorama de cómo se han llevado a cabo en la práctica los arbitrajes en materia de expropiación desde 1999.

Palabras clave: arbitraje, expropiación, justiprecio

Abstract

Through these pages, we analyze the concept of arbitration in the matters of expropriation of real assets in Peru. We start with the recount of the different regulations about this matter, and later we discuss some aspects of the current legislation. Likewise, we will analyze the features of this kind of arbitration and the matters subject to this form of justice. Lastly, this paper proposes a general view of how the arbitration procedures in expropriation have been carried since 1999.

Key words: arbitration, expropriation, fair value

* El presente artículo se basa en la ponencia realizada, con fecha 17 de octubre de 2020, en el V Congreso Iberoamericano de Derecho Inmobiliario: “Los Efectos del Covid en el Derecho Inmobiliario comparado”. Sin embargo, dicha ponencia se ha complementado en base al Texto Único de la Ley de Expropiación peruana, aprobado mediante Decreto Supremo N° 015-2020-VIVIENDA, publicado con fecha 26 de octubre de 2020.

** Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Observatorio Inmobiliario y Mercantil. Profesora de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro en el Registro Nacional de Árbitros del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, entre otros. Correo: arbitraje@ritasabroso.com

1. Introducción

Todos estamos atravesando una situación que ha desbordado la capacidad de acción de los países. Obviamente, nos referimos a la pandemia del COVID, que ha puesto en evidencia, hoy más que nunca, la falta de una infraestructura sanitaria idónea. Incluso, en países como el Perú, no solo existe un déficit de infraestructura sanitaria sino en diversos rubros: vial, educativo, aeroportuario, entre otros.

Dentro de un contexto de análisis en torno a los efectos del COVID en el derecho inmobiliario, un tema de suma importancia es el arbitraje en las expropiaciones, porque todos nosotros podríamos ser —en algún momento— sujetos pasivos de una expropiación y eso tiene un impacto en el derecho inmobiliario.

En efecto, el Estado tiene muchas obras de infraestructura pendientes de ejecución, con el objetivo de cerrar las brechas que existen en nuestro país, pero también como un tema de reactivación de la economía “pos-COVID” (si es que se puede emplear dicha expresión, conociendo que ya existe una segunda ola en Europa y que el Perú está a la expectativa de lo que pueda suceder en los próximos meses).

Estas obras de infraestructura se pueden realizar a través de diversos mecanismos; a saber: el contrato de obra regulado por la Ley de Contratación del Estado, la participación del sector privado a través de la Ley Marco de las Asociaciones Público Privadas, así como en la modalidad de “obras por impuestos”.

Por ejemplo, la Ley de Contratación del Estado (Texto Único Ordenado de la Ley N°30225, aprobado por el Decreto Supremo N°082-2019-EF) y su Reglamento (aprobado por el Decreto Supremo N°344-2018-EF) regulan todo lo relativo a la celebración y ejecución de los contratos de obra que celebran las entidades a cambio de una contraprestación asumida íntegramente por el Estado. Así, el artículo 176 del Reglamento regula el inicio del plazo de ejecución de una obra. Dicho plazo está supeditado, entre otros requisitos, a que la entidad entregue total o parcialmente el terreno en donde se va a ejecutar la obra.

Si el Estado no cumple con entregar el terreno, la obra no se inicia, como resulta evidente; pero, además, transcurrido un determinado plazo (30 días desde la suscripción del contrato), el contratista puede resolver el contrato y solicitar una indemnización a la entidad. Es decir, no solo no se construye, sino que además la entidad debe resarcir por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento ocasiona al contratista.

La pregunta que surge es ¿por qué la entidad no cumplió con la entrega del terreno? Lo que sucede es que, en algunas ocasiones, el Estado no es el propietario del terreno en donde se realizará la obra. Es aquí, precisamente, en donde entra a tallar la expropiación.

Precisamente, en el marco de la reactivación económica, se acelera el proceso de las expropiaciones. Por ello, en el presente artículo recordaremos brevemente el concepto de expropiación y veremos cómo ha estado y está regulado en el Perú, con especial énfasis en el arbitraje sobre dicha materia.

2. ¿Qué Es la Expropiación?

La expropiación, también llamada dominio eminente, es un acto administrativo que se caracteriza por la compraventa o transferencia forzosa, a través de la cual se priva de la propiedad a su legítimo titular, como consecuencia del ejercicio del poder soberano del Estado (Guerra, 2009, pp. 109-112).

Como bien señala Gutiérrez (2002), “la expropiación es la expresión más radical de las limitaciones al derecho de propiedad, ya que elimina la perpetuidad de este derecho, para trasladarlo a la esfera patrimonial del Estado” (p. 213).

Sobre el particular, García de Enterría y Fernández (2006) señalan que “la propiedad es un derecho *inviolable et sacré*, aceptándose — como único límite del mismo — la posibilidad de ser privado de él cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija de manera evidente y bajo la condición de una justa y previa indemnización” (p. 1115).

Asimismo, se debe tener presente que la expropiación es una prerrogativa del Estado, regulada en el artículo 70 de la Constitución Política del Perú de 1993, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad si no, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

Teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 70 de la Constitución y la doctrina mencionada, se desprenden ciertas características que son importantes. No solo nos referimos a la definición de la expropiación, sino también a los requisitos que se deben presentar para que opere dicha figura jurídica; a saber:

- La expropiación debe ser realizada por el Estado, es decir, el sujeto activo será el Estado; y el sujeto pasivo será el propietario del bien a expropiar.
- Las causas para que se expropie un bien de propiedad privada serán solo: (i) por necesidad pública; o (ii) por seguridad nacional.
- La expropiación deberá ser autorizada únicamente por la ley expresa del Congreso, es decir, una ley autoritativa, en la cual se incorporarán las causas.
- Se aplica como condición suspensiva para la procedencia de la expropiación, el previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada.
- Se podrá incluir en el valor de la indemnización justipreciada, la compensación por el eventual perjuicio.

De los requisitos mencionados, se desprenden varias cuestiones. Respecto de los sujetos que participan en la expropiación, se tiene que son principalmente¹ dos los integrantes de esta figura: el expropiante y el expropiado.

¹ En el presente artículo veremos que, en el caso peruano, también existe la figura del beneficiario, distinto al sujeto activo de la expropiación.

Por otro lado, respecto de la justificación para realizar una expropiación, García de Enterría y Fernández (2006) afirman que “ha de justificarse en una finalidad legal de utilidad pública o de interés social, sin la cual no cabe siquiera iniciarla, pero ha de legitimarse, una vez consumada, en el servicio efectivo de esa finalidad legal, que es algo que se llama técnicamente causa, y que supone una transformación ulterior del bien expropiado, material o jurídica, en el sentido postulado por esa finalidad, sin lo cual la expropiación, aun realizada no puede mantenerse” (p. 1141).

Sobre el particular, Gutiérrez (2002) establece que “la primera y más importante de las etapas para que se configure correctamente la expropiación es que se dé una ley autoritativa, la cual deberá contener la calificación de necesidad pública o seguridad nacional de la expropiación. En efecto, la necesidad pública es la causa y fin de la expropiación, y quien califica dicha necesidad es el Congreso. Sin embargo, que el juicio sobre necesidad pública pertenezca al Congreso no significa que resulte desprovisto de controles, toda vez que su decisión es revisable ante el Tribunal Constitucional” (p. 216).

Debemos resaltar el tema del previo pago de una indemnización justipreciada, lo que implica que antes de transferir la propiedad al Estado, este deberá cumplir con tal exigencia. El incumplimiento de dicho requisito, como resulta evidente, contraviene la Constitución. Sin embargo, en el presente artículo veremos cómo se ha regulado este requisito a través de las leyes dadas en los últimos años.

Al respecto, García de Enterría y Fernández (2006) sostienen que “la indemnización es, pues, un elemento esencial de la institución expropiatoria; si no está presente, estaremos en presencia de otra institución esencialmente diferente (comisos, confiscaciones, socializaciones generalizadas, etc.; en otro sentido, limitación de derechos no indemnizables)” (p. 1185).

3. ¿Cómo Ha Estado Regulado el Arbitraje en las Expropiaciones en el Perú?

Como ya hemos visto, en el Perú, el tema de la expropiación está regulado en el artículo 70 de la Constitución, el cual hace énfasis en que el derecho a la propiedad es inviolable, salvo la expropiación en virtud de causas de seguridad nacional o necesidad pública y previo pago en efectivo de una indemnización justipreciada. Este artículo hace referencia a que toda acción para contradecir o cuestionar el valor de ese justiprecio, tiene que ser iniciada ante el Poder Judicial. Y así fue hasta el año 1999, cuando se emite la Ley General de Expropiaciones, Ley N° 27117, en donde se incorpora por primera vez la posibilidad de acudir al arbitraje.

¿Por qué se optó por el arbitraje? Históricamente el tema expropiatorio implicaba acudir al Poder Judicial, en donde las partes —luego de muchos años— lo graban obtener una sentencia que ponía fin a la controversia en torno al valor de la expropiación o, incluso, a la validez de la expropiación misma. En esos escenarios, muchas veces, la sentencia final (con calidad de cosa juzgada) carecía de sentido, ya que la finalidad por la cual se había expropiado el inmueble ya no era relevante, justamente por la demora del Poder Judicial.

Ripol (2013) señala que “probablemente sea la falta de agilidad de los juzgados y tribunales una de las cuestiones que en mayor medida provocan la pérdida de confianza en los ciudadanos hacia esta. Desde un punto de vista práctico, no debe olvidarse que quien acude a un juzgado lo hace solicitando el reconocimiento de un derecho cuyo ejercicio entenderá que le ha sido perturbado [...] mientras no obtenga esta satisfacción de manera efectiva [...] no sentirá restituido su derecho. Es por ello que el arbitraje es presentado en muchas ocasiones como una alternativa a la falta de agilidad de los juzgadores y tribunales” (p. 31).

Teniendo en cuenta que, en el Perú, el arbitraje tiene reconocimiento a nivel constitucional como jurisdicción, el legislador consideró conveniente incorporar dicho mecanismo de solución de controversias en la legislación sobre expropiaciones, a efectos de agilizar los procedimientos expropiatorios, sobre todo para poder iniciar la ejecución de obras de gran importancia para la economía del país. La principal controversia que se presentaba ante el Poder Judicial era cuestionar el monto indemnizatorio, tema que podría ser resuelto con mayor celeridad a través de un arbitraje.

Ahora bien, ¿cómo llegábamos al arbitraje con la Ley N° 27117? El arbitraje lo iniciaba el sujeto pasivo de la expropiación, es decir, si el sujeto pasivo no estaba de acuerdo con la tasación efectuada por el Estado, debía enviar una carta al sujeto activo indicándole precisamente su no acuerdo con el justiprecio y su deseo de que ello sea conocido por un tribunal arbitral. Si el sujeto pasivo no manifestaba expresamente su voluntad de acudir al arbitraje, el sujeto activo tenía que afrontar el cuestionamiento del valor de la tasación en el Poder Judicial.

Dicho mecanismo tomó notable importancia, por ejemplo, en las expropiaciones de los terrenos aledaños al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez de Lima, por las ventajas que el arbitraje brinda como método de solución de controversias: celeridad, flexibilidad, especialización, entre otras.

Así, solo para el tema de la ampliación del referido terminal aéreo, entre los años 2008 y 2010, se iniciaron varios arbitrajes en donde, en algunos casos, no solo participaron el sujeto pasivo (propietario del terreno) y el sujeto activo de cada expropiación, sino incluso poseesionarios (que en algunos casos llegaban a ser varias decenas o cientos de personas).

Luego, el Estado — como resultado de la experiencia de dichas expropiaciones y de otras en todo el país — decidió hacer algunas modificaciones a la normativa sobre expropiaciones. En el año 2007, se emite la Ley N° 29171, la cual establece, como su nombre lo indica, “medidas para agilizar el procedimiento de expropiación de los inmuebles afectados por la ejecución de obras públicas de infraestructura de gran envergadura”.

Entre dichas medidas tenemos que el proceso arbitral ya no se iniciaba por voluntad del sujeto pasivo, sino que era el sujeto activo el que empezaba el arbitraje. En efecto, era el sujeto activo el que solicitaba el inicio del arbitraje y el sujeto pasivo tenía un plazo de 20 días para manifestar expresamente su oposición a ir a arbitraje. Si no lo hacía de forma expresa, se entendía que había aceptado este mecanismo alternativo al Poder Judicial.

¿Por qué ocurre este cambio en torno a quién podía dar inicio al arbitraje? Lo que sucedió, en el marco de la Ley General de Expropiaciones, fue que, en algunos casos, a pesar de que dicha norma contemplaba el arbitraje, los sujetos pasivos no lo solicitaban, porque no estaban de acuerdo ni con el monto de la indemnización justipreciada ni con la expropiación misma. De esta manera, se sometía el tema al Poder Judicial para que la demora propia de dicha jurisdicción, de alguna manera, desincentivara al sujeto activo a continuar con la expropiación. En otros casos, si bien el sujeto pasivo solo estaba en desacuerdo con el justiprecio, desconocía que tenía la posibilidad de solicitar el inicio de un arbitraje (recordemos que solo el sujeto pasivo podía activar dicho mecanismo y el sujeto pasivo se allanaba). Teniendo en cuenta dichos escenarios, el Estado —para agilizar el tema— optó por que sea el sujeto activo el que solicitara el inicio de un arbitraje.

Luego, en el 2013, se emite la Ley que facilita la adquisición, expropiación y posesión de bienes inmuebles para obras de infraestructura y declara de necesidad pública la adquisición o expropiación de bienes inmuebles afectados para la ejecución de diversas obras de infraestructura, Ley N° 30025, la cual mantuvo la dinámica de que sea el sujeto activo de la expropiación el que inicie el arbitraje, otorgando al sujeto pasivo solo un plazo de 10 días para que —de forma expresa— manifieste su rechazo a acudir a la vía arbitral (a diferencia de la anterior norma que establecía un plazo de 20 días).

En torno al justiprecio, la Constitución de 1993 hace referencia al “previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio” y, por su parte, la Ley General de Expropiaciones de 1999 hablaba, en términos muy generales, del “previo pago de una indemnización justipreciada”. Ello implicó que, en la práctica, los tribunales arbitrales que conocieron los casos de expropiación (luego de analizar cada caso en particular) determinarían —en algunos casos— una indemnización que no solo se centraba en el daño emergente y el lucro cesante, sino también en el daño extrapatrimonial demandado por el sujeto pasivo en tanto acreditara el mismo y su cuantía.

Sin embargo, la Ley N° 30025 limitó el tema del monto indemnizatorio con una expresión en la que se señalaba que la tasación del inmueble no solo debía tomar en cuenta el valor comercial del mismo, sino también el daño emergente y el lucro cesante. No hizo referencia a temas extrapatrimoniales ni a favor ni en contra. En virtud de este cambio o este énfasis en que el daño era únicamente el patrimonial, muchas entidades alegaron, en los arbitrajes, que el sujeto pasivo no podía reclamar daño extrapatrimonial o, en otras palabras, que el tribunal arbitral no tenía competencia para emitir un pronunciamiento sobre el particular, bajo causal de anulación de laudo².

Hay quienes podrían pensar que esta modificación en torno al tema indemnizatorio se debió a que, en la práctica, los tribunales arbitrales estaban amparando

2 El literal e) del inciso 1 del artículo 63 del Decreto Legislativo N 1071 (Ley de Arbitraje peruana) establece que el laudo se puede anular cuando “el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo con la ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional”.

pretensiones por el concepto de daño extrapatrimonial y que ello implicó fuertes sumas de dinero, y que, por eso, el Estado decidió limitar el tema.

4. ¿Cómo Está Regulado Hoy en Día el Arbitraje en las Expropiaciones en el Perú?

4.1. Inicio del arbitraje

Hoy en día, el arbitraje en expropiaciones está regulado por el Decreto Supremo N 015-2020-VIVIENDA, que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°1192, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles, Transferencia de Inmuebles de Propiedad del Estado, Liberación de Interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura³.

Sobre el particular, cabe rescatar que este Texto Único Ordenado era necesario, en la medida de que la Ley Marco de Adquisición y Expropiación es una norma del 2015, que fue modificada luego, un mes después, (mediante el Decreto Legislativo N 1210), en el 2017 (mediante el Decreto Legislativo N°1330), en el 2018 (mediante el Decreto Legislativo N°1366) y en el 2020 (mediante el Decreto de Urgencia N 003-2020 y el Decreto Legislativo N 1486).

En ese escenario, fue acertado que el Poder Ejecutivo emitiera esta nueva versión del Texto Único Ordenado, porque realmente las normas eran tan dispersas que resultaban muy confusas para el sujeto pasivo, para el sujeto activo e, incluso, para los árbitros y abogados.

Teniendo en cuenta que el sujeto activo de la expropiación es aquella dependencia administrativa que se encarga de la tramitación de la expropiación, sea a nivel ministerial, gobiernos locales o gobiernos regionales; debemos diferenciarlo del “beneficiario” de la expropiación, quien “es el titular del derecho de propiedad del inmueble como resultado de la [...] Expropiación”, según lo establecido en el artículo 4.2 del Texto Único Ordenado.

En algunos casos de expropiación, el sujeto activo y el beneficiario serán una única entidad; sin embargo, pueden darse casos en los que sean entidades distintas. En efecto, el beneficiario siempre va a ser el Estado, entendido como cualquier entidad del Estado; incluso, empresas prestadoras de servicios de saneamiento, servicios públicos, en tanto tengan participación del Estado.

Por ejemplo, mediante la Ley N° 29980, se declara de necesidad pública la expropiación de un determinado terreno para ser destinado a la operación de la planta del tratamiento de lodos de los estanques reguladores de la planta La Atarjea (para el servicio de agua potable de la capital). Dicha ley autoritativa permitió una expropiación en donde el sujeto pasivo eran aquellos identificados como los propietarios de los bienes inmuebles a ser expropiados, el sujeto activo

³ Cabe señalar que la primera versión de este Texto Único fue aprobada mediante Decreto Supremo N°011-2019-VIVIENDA, publicado con fecha 12 de marzo de 2019. Luego, con fecha 26 de octubre de 2020, se aprueba.

era el Ministerio de Vivienda, es decir, el encargado de llevar a cabo todo el trámite de la expropiación, pero el beneficiario era el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (Sedapal).

Entonces, no es raro encontrar expropiaciones en donde identifiquemos a tres sujetos. En otros casos, como en el caso del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, el sujeto activo y el beneficiario eran la misma entidad: el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

En el Texto Único Ordenado también encontramos artículos como el 4.5⁴ y 24.2⁵, que hacen referencia al previo pago de la indemnización, tal como lo dispone el citado artículo 70 de la Constitución.

Sin embargo, si revisamos con detenimiento el Texto Único Ordenado, en realidad, hoy en día en el Perú, no necesariamente hay un previo pago de la indemnización justipreciada previo a la expropiación. Por ejemplo, el literal d) del artículo 28 establece que la norma que aprueba la expropiación debe incluir, entre otros, “la orden de inscribir el bien inmueble a favor del Beneficiario ante el Registro de Predios de la Oficina Registral [...] bajo responsabilidad”; asimismo, el literal e) señala que la norma que aprueba la expropiación debe incluir la “orden de notificar al Sujeto Pasivo del bien inmueble a expropiarse, requiriéndole la desocupación y entrega del bien inmueble expropiado dentro de un plazo máximo de diez días hábiles siguientes de notificada la norma [...]”.

¿Por qué nos llama tanto la atención lo dispuesto en los citados literales? Porque la norma que aprueba la expropiación también aprueba la indemnización que solo se refiere al daño patrimonial. En este caso (en la norma actual), el artículo 13.2. del Texto Único Ordenado señala expresamente que “no procede indemnización de carácter extrapatrimonial”.

Si con la legislación previa quedaba alguna duda sobre el particular (más allá de que, en la práctica, las entidades ya sostenían que los árbitros no eran competentes para emitir pronunciamiento alguno en torno a daños extrapatrimoniales), el citado artículo 13.2 es claro.

Más allá de que no se incluyan los daños extrapatrimoniales dentro del pago de la “indemnización justipreciada” a la que hace referencia la norma constitucional, hoy en día se pueden presentar casos en los que el sujeto pasivo deba entregar el inmueble sin el previo pago de esa indemnización justipreciada.

4 4.5. Expropiación: Es la 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 [énfasis añadido] 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.

5 24.2 La Expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, de inmuebles que se requieren para la ejecución de Obras de Infraestructura o por otras razones de necesidad pública o seguridad nacional declaradas por ley; y previo pago [énfasis añadido] de la indemnización justipreciada que incluye compensación por el eventual perjuicio al Sujeto Pasivo.

En efecto, si el sujeto pasivo de la expropiación no está de acuerdo con la tasación (elaborada por la Dirección General de Políticas y Regulación en Construcción y Saneamiento del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento), y desea acudir al arbitraje, ello no suspende la orden de desalojo ni la orden de inscribir la transferencia de propiedad a favor del Estado.

Este cuestionamiento en torno a que, en los hechos, realmente no se produce un previo pago de la indemnización al sujeto pasivo se presenta desde el 2015, y a pesar de las continuas modificaciones a la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles, no se vislumbra voluntad del Poder Ejecutivo en modificar dicha norma a lo establecido por el artículo 70 de la Constitución.

Dejando de lado este importante cuestionamiento, nos centraremos en cómo está regulado el arbitraje actualmente en temas expropiatorios.

El sujeto activo realiza una oferta, entendida como una carta de intención de adquisición al sujeto pasivo. Esta carta de intención implica una etapa de trato directo, a través del cual el sujeto activo manifiesta su voluntad de adquirir el inmueble a cambio del pago de un monto que corresponde al valor comercial de inmueble y la indemnización patrimonial, de corresponder. Además, se ofrece un 20 % del valor comercial como monto adicional, a efectos de incentivar que el sujeto pasivo acepte la propuesta.

Cabe precisar que este incentivo ha estado regulado desde la Ley General de Expropiaciones de 1999, en donde se contemplaba un 5 %. En el 2013, dicho monto adicional se incrementó al 10 % del valor comercial. Quizás, en un futuro, el Estado aumente dicho incentivo, a efectos de que el sujeto pasivo no opte por la vía arbitral y acepte la transferencia de propiedad vía el trato directo.

El sujeto pasivo tiene 15 días hábiles para comunicar su aceptación de la oferta, con lo cual se da la adjudicación a favor del Estado, para lo cual se llena un formulario registral que finalmente se inscribe. Se paga al sujeto pasivo y este desaloja el inmueble.

Sin embargo, si transcurren los 15 días hábiles sin respuesta por parte del sujeto pasivo o ante un rechazo expreso de la oferta efectuada por el sujeto activo, se da por concluida la etapa de trato directo y se procede con la expedición de la norma que aprueba la expropiación y el valor de la tasación.

Actualmente, es el sujeto pasivo el que activa la vía arbitral. Recordemos que en 1999 era el sujeto pasivo quien iniciaba el arbitraje y, luego, en el 2007, se modificó ello, siendo el sujeto activo el que podía solicitar el arbitraje. Sin embargo, a partir del 2015, nuevamente, es el sujeto pasivo el que puede solicitar esta vía alternativa de solución de conflictos.

El sujeto activo puede oponerse a ir al arbitraje dentro del plazo de 10 días hábiles, lo que implicaría que los cuestionamientos en torno a la tasación elaborada deberían ser conocidos por el Poder Judicial.

Se critica esta posibilidad de que el sujeto activo pueda negarse a ir al arbitraje, porque aquel, en estricto, no tiene ningún incentivo de aceptar este mecanismo, dado que ya tiene la posesión e inscripción registral a su favor, sin previo pago de

la indemnización. Sin embargo, debemos resaltar que, en los hechos, los sujetos activos sí están aceptando acudir a la vía arbitral.

Sin perjuicio de lo anterior, y teniendo en cuenta que el inmueble ya está a nombre del sujeto activo o del beneficiario a nivel registral, sin previo pago de la indemnización, sería recomendable que el arbitraje sea obligatorio para el sujeto activo⁶. Ello, en la medida de que, con la regulación actual, cabe la posibilidad de que un sujeto activo se niegue a acudir a la vía arbitral y el sujeto pasivo tenga que litigar durante años en el Poder Judicial, sin ni siquiera cobrar el monto de la tasación inicialmente ofrecida, porque si la cobra, implica que está de acuerdo con la misma, de conformidad con lo establecido por el artículo 34.3 del Texto Único Ordenado.

4.2. Materias arbitrables

Las controversias que pueden ser sometidas a arbitraje son: (i) la revisión del valor de la tasación del bien inmueble objeto de la expropiación, tema sobre el cual ya hemos comentado en el presente artículo; (ii) la solicitud de expropiación total del inmueble (puede suceder que, por ejemplo, un inmueble tenga 1,000 m², pero para los fines de necesidad pública la expropiación solamente sea por 950 m²; en ese sentido, se puede someter a arbitraje que se expropie todo el inmueble, en tanto el sujeto pasivo acredite que el remanente del mismo sufre una real desvalorización o resulta inútil para los fines a que estaba destinado con anterioridad a la expropiación parcial); (iii) duplicidad de partidas. (artículo 34 de la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles)

En el Perú no es poco usual que existan dos partidas registrales sobre un mismo bien inmueble en donde hay dos titulares distintos. Entonces, en este tercer punto en específico no participa en el arbitraje el sujeto activo de la expropiación. El proceso arbitral se tramita entre los titulares según las partidas.

El artículo 34.2 del Texto Único Ordenado señala expresamente que no se puede cuestionar —ni en sede arbitral ni judicial— la norma que aprueba la ejecución de la expropiación. Ello ha sido objeto de muchos cuestionamientos porque se cierran las puertas tanto de la vía ordinaria como de la vía alternativa, para cuestionar la ejecución de la expropiación. ¿Qué pasa si es que la ley autoritativa de la expropiación en realidad no invoca una causa justa de seguridad nacional o de necesidad pública, pero a pesar de ello la ejecución de la expropiación sigue en curso? Resulta evidente lo peligroso de este artículo.

4.3. Tipo de arbitraje

Feldstein y Leonardi (1998) indican que “el arbitraje forzoso nace de la decisión del legislador cuando es impuesto para la solución de determinadas cuestiones”, mientras que “el arbitraje voluntario o convencional tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes quienes eligen la vía del arbitraje para la solución de sus controversias” (p. 14).

⁶ Cabe señalar que, en el Perú, ya existe el arbitraje obligatorio para las partes, en los casos bajo la regulación de la Ley de Contrataciones del Estado.

Como hemos visto a lo largo del presente trabajo, si bien el arbitraje sobre expropiaciones está regulado en el Texto Único Ordenado, ello no lo convierte en uno obligatorio. Todas las normas sobre expropiaciones (más allá de qué parte solicite el arbitraje), han contemplado la necesidad de que la otra parte esté de acuerdo. En ese sentido, estamos frente a un arbitraje voluntario.

Por otro lado, el arbitraje sobre expropiaciones puede ser *ad hoc* o administrado, dependerá de cada caso en particular. Al respecto, Feldstein y Leonardi (1998) afirman que en el arbitraje *ad hoc* “las partes convienen el procedimiento y el Derecho aplicable guardando las garantías básicas”, mientras que “en el arbitraje institucional las partes convienen dirimir sus diferencias ante instituciones especializadas, con profesionalidad, experiencia y prestigio. En ese caso, los centros de arbitraje aportan su organización, que implica desde la infraestructura hasta los profesionales y normas de desenvolvimiento específico” (p. 15).

En la práctica, acepta la vía arbitral por parte del sujeto activo de la expropiación, las partes suscriben un convenio arbitral en el que determinan si será *ad hoc* o administrado, si la materia será resuelta por árbitro único o por tribunal arbitral. Todo ello, en la medida de que el artículo 35 del Texto Único Ordenado nos dice que se aplica supletoriamente el Decreto Legislativo N° 1071 (Ley de Arbitraje).

Cabe precisar que el proceso arbitral no puede exceder de seis meses desde la admisión de la demanda hasta la emisión del laudo. Ello implica que si, por ejemplo, las partes pactaron un arbitraje administrado por determinada institución arbitral, los plazos del reglamento de dicha institución deberán ser modificados, a efectos de cumplir con el referido plazo. Este plazo de seis meses puede resultar corto si tomamos en cuenta que los árbitros siempre optan por encargar la elaboración de una pericia de oficio, a efectos de contrastar las posiciones de las partes en torno a la tasación (y, en específico, en torno a la valorización comercial del inmueble). Sobre esta pericia, cabe resaltar que, de conformidad con lo establecido por el artículo 34.5 del Texto Único Ordenado, se debe elaborar conforme a los criterios seguidos por la tasación elaborada por el Estado y respetando la fecha y elementos de la inspección ocular del informe técnico de tasación.

Finalmente, en torno al tipo de arbitraje, tenemos el de derecho y el de conciencia. Al respecto, Feldstein y Leonardi (1998) señalan que, en el arbitraje de derecho, el árbitro “dicta su laudo ajustado a normas estrictas de un derecho determinado, con arreglo a la ley y procedimiento fijado”, mientras que, en el arbitraje de equidad, “el árbitro ‘arbitrador o amigable componedor’ resuelve *ex aequo et bono*, es decir según su leal saber y entender a verdad sabia y buena fe guardada, dándole la ley en este caso mayor margen de discrecionalidad en la búsqueda de solución de la controversia” (p. 13).

El arbitraje puede ser de derecho o de conciencia, dependerá del acuerdo que finalmente suscriban el sujeto pasivo o el sujeto activo. Si no se dice nada, va a ser de derecho porque se aplica la Ley General de Arbitraje de manera supletoria.

5. Conclusiones

El arbitraje se ha caracterizado por ser un mecanismo alternativo de solución de controversias célere, flexible y especializado. Por ello, resulta sumamente acertado que se mantenga como una vía para la solución de controversias en torno a temas expropiatorios (dentro de los límites a las materias que expresamente el Texto Único Ordenado ha contemplado).

Si bien existen algunos cuestionamientos en torno a cómo está regulado hoy en día el arbitraje (sobre todo con respecto a quién puede solicitar el inicio de este), no podemos dejar de resaltar que desde 1999 es la vía que más se ha empleado en el Perú para solucionar las controversias que, en su gran mayoría, se han centrado en el cuestionamiento a la tasación del bien inmueble a ser expropiado.

Lo que sí genera mucha preocupación es que el Texto Único Ordenado no respete el previo pago de la indemnización al que la misma norma se refiere y, sobre todo, al que se establece en la Constitución. La “justificación” para dicha regulación (inscripción registral y desocupación del bien inmueble antes del previo pago) es el tratar de agilizar la transferencia de propiedad a favor del sujeto activo para que este, a su vez, pueda, por ejemplo, cumplir con su obligación de entregar el terreno para la ejecución de una obra.

Si bien es innegable que nuestro país requiere una fuerte inversión en infraestructura de diversos tipos, ello no puede vulnerar derechos constitucionales.

Finalmente, es importante que los sujetos pasivos conozcan que tienen la posibilidad de activar la vía arbitral para cuestionar aquella indemnización que el sujeto pasivo pretende pagar como justiprecio por la expropiación.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política del Perú. Artículo 70, 1993 [Perú]
- Feldstein, S. y Leonardi, H. (1998). *El arbitraje*. Abeledo Perrot S.A.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2006). *Curso de Derecho Administrativo*. Palestra Editores S.A.C.
- Guerra, J. (2009). "El procedimiento especial de expropiación y el proceso de expropiación. Análisis de la Ley N° 29320". En M. E. J. García Cerrón: *Actualidad Jurídica*. (pp. 109- 112). Tomo 184, Gaceta Jurídica S.A.C.
- Gutiérrez, W. (2002). "La expropiación". En: *Código Civil Comentado*. Gaceta Jurídica S.A.C.
- Ley de Contratación del Estado, Texto Único Ordenado de la Ley N°30225, aprobado por el Decreto Supremo N 082-2019-EF, 2019, Artículos 4.5, 24.2, 34.5, 2019.
- Ley de Arbitraje peruana, aprobada mediante, Decreto Legislativo N 1071. Lit. (e), inciso 1 del Artículo 63.
- Ripol, I. (2013). *La ejecución del laudo y su anulación. Estudio del artículo 45 LA*. J.M. Bosch Editor, S.A.