

Breves notas sobre la expropiación indirecta

Luis David BRICEÑO PÉREZ*
RVLJ, N.º 16, 2021, pp. 183-198.

«La expropiación procede por las buenas o por las malas»¹.

SUMARIO

Introducción 1. Algunas notas sobre la regulación de la expropiación 2. Noción 3. Las medidas equivalentes a la expropiación 3.1. Derecho norteamericano 3.2. Expropiación indirecta en el Derecho internacional Conclusión

Introducción

La expropiación es un tema fundamental en relación con el derecho de la propiedad, no solo por constituir una limitación constitucional y legal al mismo, sino porque desde la perspectiva económica es un desestimulante de la inversión privada, de ahí la necesidad de su regulación, nacional e internacional. En Venezuela se requiere inversión privada² nacional o extranjera, por lo que un sistema eficiente que no afecte la actividad económica o el derecho de propiedad es necesario a fin de promover las inversiones.

Como ocurre con cualquier derecho constitucional, resulta indiscutible la existencia de límites a la actividad del legislador, cuando dicta regulaciones

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado *Magna Cum Laude*; Profesor de Filosofía del Derecho. **Indiana University**, Maestría en Derecho (LLM). **Yale University**, Fulbright Scholar, *Alumnus*. bluisdavid@gmail.com.

¹ Sentencia de la CFC SF, 14-03-52 en *Gaceta Forense*, N.º 10. Caracas, 1952, pp. 133-134.

² <https://www.el-carabobeno.com/toro-hardy-el-estado-venezolano-esta-quebrado-recuperar-la-industria-petrolera-requiere-inversion-privada/>.

en materia de un derecho fundamental como lo es la propiedad, y para determinar su núcleo inviolable es necesario «identificar los aspectos esenciales que permiten reconocer la subsistencia de una institución que merezca el nombre de propiedad, cuya posición jurídica medular ha sido vinculada con la posibilidad de aprovechamiento privado y las facultades de disposición del titular»³. Se precisa que se mantenga una utilidad privada⁴.

En Venezuela, a pesar del gran esfuerzo académico por el estudio de la expropiación en general⁵, la realidad es que ha sido utilizada como un arma

³ CASAL, Jesús María: «Estudio preliminar: El papel del legislador y de los jueces en el ámbito de los derechos fundamentales». En: MÁRQUEZ LUZARDO, Carmen M.: *Interpretación evolutiva de la Constitución y teorías de la interpretación constitucional*. UCAB. Caracas, 2014, p. 21.

⁴ Véase GARCÍA SOTO, Carlos: *La garantía del contenido esencial del derecho de propiedad en los ordenamientos jurídicos de España y Venezuela*. Universidad Complutense de Madrid. Tesis doctoral (L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, director). Madrid, 2015, p. 337, <http://eprints.ucm.es/28130/1/T35656.pdf>.

⁵ Véase entre otros: BADELL MADRID, Rafael: *Régimen jurídico de la expropiación en Venezuela*. Swit Print. Caracas, 2014; HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *La expropiación en el Derecho Administrativo venezolano*. UCAB. Caracas, 2014; HERNÁNDEZ G., José Ignacio: «Repensando la expropiación pública en el Derecho venezolano. A propósito de la deconstrucción jurídica de la propiedad privada». En: *La propiedad privada en Venezuela situación y perspectivas*. FUNEDA. L. LOUZA SCOGNAMIGLIO, coord. Caracas, 2016, pp. 147-185; SILVA ARANGUREN, Antonio y LINARES BENZO, Gustavo: *La expropiación en Venezuela*. UCAB. J. M. CASAL y J. L. SUÁREZ MEJÍAS, coords. Caracas, 2011; BREWER-CARIAS, Allan R.: «Introducción general al régimen de la expropiación». En: *Ley de Expropiación por Causa de utilidad Pública o Social*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2002, pp. 8-100; BREWER-CARIAS, Allan R.: «Adquisición de la propiedad por parte del Estado en el Derecho venezolano». En: *Revista de Control Fiscal*. N.º 94. Contraloría General de la República. Caracas, 1979, pp. 61-84; GRAU FORTOUL, Gustavo A.: «Algunas reflexiones sobre la expropiación, como medio de privación coactiva de la propiedad». En: *Cuestiones actuales del derecho de la empresa en Venezuela*. Grau, Hernández & Mónaco Abogados. Caracas, 2007, pp. 61-80; SÁNCHEZ MIRALLES, Samantha: «La expropiación de Fama de América C. A. Un caso de estudio». En: *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. N.º 6. Caracas, 2015, pp. 199-257, http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/REDAV/6/REDAV_2015_6_199-257.pdf. También véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria y PÉREZ FERNÁNDEZ, Carlos: «Notas acerca de los modos de perder la propiedad en el Derecho venezolano». En: *Revista*

política en la década pasada principalmente⁶, así entre el año 2005 y el 2013 se registraron más de 150 adquisiciones forzosas publicadas en la *Gaceta Oficial* u otros medios⁷. Asimismo, de acuerdo con las estadísticas de la Confederación Venezolana de Industriales (CONINDUSTRIA), entre 2002 y 2015 el Gobierno expropió e intervino 1322 empresas⁸.

En los países desarrollados la expropiación es una potestad limitada y usada con fines que sirven a la utilidad pública. De acuerdo con el profesor homenajeado en esta edición CABALLERO ORTIZ⁹, la potestad administrativa es una potestad legal limitada otorgada por el ordenamiento jurídico a fin del ejercicio de un interés público. Lo que nos preguntamos es cómo ha sido el ejercicio de dicha potestad en el Derecho venezolano con especial referencia a la expropiación.

Con el presente artículo deseamos hacernos parte al merecido homenaje al profesor Jesús CABALLERO ORTIZ, a la vez que pretendemos hacer un somero estudio de la legislación local sobre expropiación, así como una referencia a la jurisprudencia extranjera que ha interpretado la expropiación a fin de conceptualizar límites, más allá de la letra de la ley y la Constitución, para garantizar el derecho a la propiedad privada como derecho fundamental¹⁰.

Venezolana de legislación y Jurisprudencia. N.º 12. Caracas, 2019, pp. 131-165, <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2019/07/RVLJ-12-final-131-165.pdf>.

⁶ <https://www.eljurista.eu/2015/03/09/la-expropiacion-en-una-batalla-politica-internacional/>.

⁷ <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2017/11/Estado-actual-del-re%CC%81gimen-de-expropiaciones-en-Venezuela-SSM.pdf>.

⁸ <http://runrun.es/rr-es-plus/186639/tiene-responsabilidad-del-estado-en-el-desabastecimiento-de-alimentos.html>.

⁹ CABALLERO ORTIZ, Jesús: «La relación jurídico-administrativa y las situaciones jurídicas de los administrados». En: *Revista de Derecho Administrativo*. N.º 6. Editorial Sherwood. Caracas, 1999, pp. 7-22.

¹⁰ Entendemos por «derecho fundamental» en la tradición filosófica occidental como aquellos derechos como la vida, propiedad y libertad que dieron lugar a la existencia del Estado para garantizarlo, véase LOCKE, John: *Ensayo sobre Derecho Civil*. Madrid, 1973, Cap. II. Véase, sin embargo, referencia a lo que sería un derecho fundamental en nuestro ordenamiento: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Los derechos de la personalidad: breve referencia a su proyección constitucional».

También deseamos que las presentes líneas contribuyan a encontrar estándares concretos y objetivos para evaluar en el caso específico si nos encontramos en una expropiación directa o indirecta, estándares que son inexistentes en la jurisprudencia patria. Con este intento, seguimos en la línea asociada al Derecho de las inversiones¹¹ en Venezuela.

1. Algunas notas sobre la regulación de la expropiación

La expropiación ha sido una figura jurídica asociada a la concepción contemporánea de la propiedad privada, por lo tanto, dicho derecho es entendido como limitado por el Estado a fin de atender objetivos de interés general¹². Es un error común considerar que la expropiación es una institución jurídica asociada con el concepto contemporáneo de Estado¹³, en realidad es una figura que aparece desde el viejo Derecho romano, también como limitación la «señoría jurídica, efectiva o potencialmente plena sobre una cosa» forma como era entendida la propiedad en Roma¹⁴. En ese sentido, era también

En: *Cuestiones Jurídicas*. Vol. 11, N.º 1. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, 2017, pp. 39-65, <http://200.35.84.134/ojs-2.4.2/index.php/cj/article/view/481>; otros definen los derechos fundamentales como aquellos positivados en la Constitución, véase: ANTELA GARRIDO, Ricardo: «La idea de los derechos fundamentales en la Constitución venezolana de 1999». En: *Revista de Derecho Público*. N.º 116. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2008, pp. 41 y 44; sin embargo, considerar los derechos fundamentales como derechos con expresa consagración constitucional constituye una categoría ajena a la nuestra tradición jurídica venezolana: TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: *El ámbito de competencias de la jurisdicción contencioso-administrativa en la Constitución de 1999. Análisis de la jurisprudencia de la Sala Electoral*. TSJ. Caracas, 2004, p. 92.

¹¹ Véase: BRICEÑO PÉREZ, Luis David: «La propiedad como garantía: las garantías reales mobiliarias en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 13. Caracas, 2020, pp. 505-531, <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2020/05/RVLJ-13-505-531.pdf>.

¹² HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*La expropiación en el Derecho...*), p. 72.

¹³ Estado-nación, luego del Estado absoluto medieval.

¹⁴ SCHREIBER PEZET, Max Arias: *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. T. IV. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 1998, p. 229; También véase: <http://www.feliperodriguez.com.ar/wp-content/uploads/2013/02/expropiacion-notas-brevs-del-instituto-jur%c3%8ddico.pdf>; en general véase: FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: *Derecho público romano*. Thomson-Civitas. Pamplona, 2019, p. 23.

considerada una manera de limitación a la propiedad a través de la *coertio* del magistrado durante la época republicana. Aunque dejamos sentado que hay debate si, en efecto, puede considerarse que existió la figura de la expropiación en el Derecho romano. También hay evidencia de expropiaciones en la Antigua Grecia¹⁵. La doctrina administrativista parece inclinarse en ese sentido.

En Venezuela, aparece por primera vez en la Constitución de 1811 en su artículo 165, que declara el derecho a la propiedad; sin embargo, señala: «y cuando alguna pública necesidad legalmente comprobada exigiere que la propiedad de algún ciudadano se aplique usos semejantes, deberá recibir por ella una justa indemnización» por lo cual, al menos entre nosotros, es una institución que nos ha acompañado desde nuestro inicio de la vida republicana.

En los Estados Unidos de América, la expropiación denominada *takings* está regulada en la Quinta Enmienda que establece en su línea final: «*nor shall private property be taken for public use, without just compensation*». Más adelante analizaremos cómo la jurisprudencia norteamericana ha interpretado la expropiación o *takings*, esperando que las enseñanzas del Derecho comparado, en especial del Derecho norteamericano, nos ayuden a entender mejor los límites de nuestra institución, haciendo voto salvado de las particularidades de nuestro sistema y mestizaje propio¹⁶.

Aunque discutido¹⁷, la primera ley de expropiación en Venezuela aparece en la Ley de 2 de agosto de 1909 de Expropiación por Causa de Utilidad Pública. La precitada Ley o Código de Minas se refería a normas para mejoras en beneficio común. La expropiación se concibió sobre un poder jurídico concreto

¹⁵ Hacia el año 485 a. C. GELÓN, y más tarde su sucesor HIERÓN, tiranos de Siracusa, decidieron expropiar las tierras a los campesinos para adjudicárselas a los veteranos y mercenarios de su ejército personal. Véase: <https://prodavinci.com/la-mentira-como-arma-politica-en-la-grecia-antigua/>.

¹⁶ HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: *Tesoros de Derecho Internacional Privado y Comparado en América Latina*. UMA. Caracas, 2020, pp. 55 y ss.

¹⁷ CANOVA, Antonio; HERRERA, Luis y ALZOLA, Karina: *Expropiaciones o vías de hecho*. FUNEDA-UCAB. Caracas, 2013, p. 64. Los mencionados autores tienen la opinión de que la primera Ley expropiatoria moderna es de 1947.

y limitado por ley. El artículo 3 *eiusdem* definió algunas garantías para la expropiación, a saber: i. disposición formal que declara la utilidad pública, ii. declaración de que su ejecución exige indispensablemente que se cede o enajene en todo o en parte la propiedad, iii. justiprecio de lo que haya cederse o enajenarse y iv. pago previo del precio que representa indemnización en moneda constante.

Similar espíritu acogió la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 115 que establece: «Solo por causa de utilidad pública o de interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes».

Aunque de origen preconstitucional, pero con exacto contenido, el artículo 547 del Código Civil de Venezuela nos indica: «Nadie puede ser obligado a ceder su propiedad ni permitir que otros hagan uso de ella, sino por causa de utilidad pública o social, mediante juicio contradictorio e indemnización previa».

Siguiendo la tradición legal en Venezuela, la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social del año 2002¹⁸ define la expropiación como: «una institución de Derecho público, mediante la cual el Estado actúa en beneficio de una causa de utilidad pública o de interés social, con la finalidad de obtener la transferencia forzosa del derecho de propiedad de los particulares, a su patrimonio».

El artículo 11 del Decreto con rango y fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones de 1999¹⁹ establece: «No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones, sino en los casos de excepción previstos por la Constitución; y en cuanto a las inversiones e inversionistas internacionales, por el Derecho internacional. Solo se realizarán expropiaciones de inversiones, o se aplicarán

¹⁸ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 37 475, del 01-07-02.

¹⁹ Vid. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 5390 extraordinario, del 22-10-99. El anterior Decreto-Ley fue derogado por Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Inversiones Extranjeras, *Gaceta Oficial* N.º 6152 extraordinario, del 18-11-14. Posteriormente, este último también fue derogado por Ley constitucional de Inversión Extranjera Productiva, *Gaceta Oficial* N.º 41 310, del 29-12-17.

a estas medidas de efecto equivalente a una expropiación, por causa de utilidad pública o de interés social, siguiendo el procedimiento legalmente establecido a estos efectos, de manera no discriminatoria y mediante una indemnización pronta, justa y adecuada»²⁰.

Cabe destacar que Venezuela ha suscrito en las últimas dos décadas una considerable cantidad de tratados bilaterales de inversiones (BITs en inglés), lo cual de ello deriva el reconocimiento de principios internacionales y derechos de los individuos basados en los estándares internacionales para la protección contenidos en los BITs, los cuales forman parte del régimen legal venezolano.

A nivel jurisprudencial, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha reafirmado los límites a la expropiación, el alto tribunal ha dictado:

La expropiación forzosa no puede intentarse sino por los poderes públicos a que se refiere el artículo 2 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, o por particulares debidamente autorizados para solicitarla, y tanto la expropiación en sí como la posesión ilegítima de la propiedad por parte de un expropiante que no llene las formalidades de la citada Ley, genera indemnizaciones o daños y perjuicios que acarrea el acto ilegal. La reparación de daños y perjuicios originados por la responsabilidad legal o ilegal, de la Administración, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, tal como lo señala el artículo 259 de la vigente Constitución²¹.

²⁰ Por su parte, la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) en el 2017 dictó la Ley constitucional de Inversión Extranjera Productiva, no discutimos la clara inconstitucionalidad de la Ley o de atribuirse la facultad de emitir «leyes constitucionales». Sobre ese asunto véase: BREWER-CARIAS, Allan R. y GARCÍA SOTO, Carlos (comps.): *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2017, <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/07/estudios-sobre-la-an-constituyente-25-7-2017.pdf>.

²¹ TSJ/SC, sent. N.º 86, del 06-02-01.

2. Noción

BADELL define la expropiación como: «un instituto de Derecho público, por medio del cual se confiere a la Administración Pública nacional, estatal y municipal, órganos descentralizados funcionalmente e incluso concesionarios, la potestad para adquirir, en el marco de un procedimiento legalmente establecido, de forma coactiva, cualquier clase de bienes de propiedad privada, susceptibles de apropiación, por causa de utilidad pública o de interés social, siempre que así sea declarado mediante sentencia firme y previo el pago oportuno de justa indemnización a aquél contra quien obra la medida, por la merma sufrida en su patrimonio»²².

Para SANOJO, la expropiación se basa en el sacrificio de la propiedad por interés general²³. Como conflicto que es, entre el particular y el Estado, debe ser decidido por un tercero, normalmente el judicial²⁴. Ahora bien, nos interesa rescatar estas ideas de SANOJO, entender la expropiación como un conflicto, que implica una actividad intelectual, para decidir si en el caso concreto la expropiación constituye una medida apropiada. Y es que una de las ideas claras en la Filosofía del Derecho es que no siempre el interés general condiciona el interés individual, si así fuese no se justificaría la existencia del proceso legal, como un medio para dirimir si en el caso concreto el interés o derecho individual debe ceder antes el interés general.

La expropiación no es una sanción²⁵. De ahí la crítica de HERNÁNDEZ de que la práctica que se ha implementado en Venezuela sobre la expropiación desnaturaliza la institución y es violatorio del artículo 115 de la Constitución²⁶.

²² BADELL MADRID: ob. cit., p. 39.

²³ SANOJO LUIS: *Instituciones de Derecho Civil venezolano*. T. II. Imprenta Nacional. Caracas, 1873, pp. 21.

²⁴ BREWER-CARÍAS, Allan R.: *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*. UCV. Caracas, 1963, p. 330.

²⁵ DOMÍNGUEZ GUILLÉN y PÉREZ FERNÁNDEZ: ob. cit., p. 154.

²⁶ Véase: HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*La expropiación en el Derecho...*), pp. 264-273.

A fin de entender propiamente la institución se nos hace necesario distinguirla de otras figuras. Así, por ejemplo, la requisición²⁷, que es el apoderamiento de bienes de un particular por fines militares y de seguridad, mediante el pago de justa indemnización. El comiso, a diferencia de la expropiación, es una sanción penal o administrativa, por medio del cual se da el desapoderamiento de la propiedad individual por razones de prevención. En el mismo orden de ideas, la confiscación, que también es una sanción, en general prohibida por orden Constitucional salvo excepciones²⁸. Los casos permitidos son siempre previa sentencia definitivamente firme y sin indemnización contra aquellas personas –jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras– que hayan atentado contra el patrimonio de la República, que se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público, o por actividades comerciales vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

3. Las medidas equivalentes a la expropiación

3.1. Derecho norteamericano²⁹

La idea detrás de la Constitución norteamericana en la Quinta enmienda es tener un derecho fundamental a ejercer la propiedad sobre bienes muebles e inmuebles sin el riesgo de ser desposeído por el Gobierno, al menos que el Gobierno pague por eso³⁰. Este derecho fundamental se remonta en la tradición jurídica del *common law* de los siglos XVII y XVIII.

²⁷ AVELLANEDA, Eloisa: «La expropiación en la legislación venezolana». En: *Tendencias actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*. T. II. UCV-UCAB. Caracas, 2007, pp. 407-441.

²⁸ Véase artículo 116 de la Constitución. Véase sobre la distinción y referencia a la bibliografía: DOMÍNGUEZ GUILLÉN y PÉREZ FERNÁNDEZ: ob. cit., pp. 152-157; ARAUJO GARCÍA, Ana Elvira y SALOMÓN DE PADRÓN, Magdalena: «Estudio comparativo entre la nacionalización y la reserva, la expropiación, la confiscación, la requisición y el comiso». En: *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*. T. I, vol. III. UCV. Caracas, 1981, pp. 125-154.

²⁹ En general ver: DUERKSEN, Christopher y RODDEWIG, Richard: *Takings Law in Plain English*. 2.^a, Clarion Associates, Inc., 1994, pp. 41-43.

³⁰ <http://plannersweb.com/wp-content/uploads/1995/04/142.pdf>.

La expropiación indirecta es definida por la doctrina patria como aquella que abarca los supuestos en los cuales el Poder Público limita la propiedad en tal intensidad que ocasiona una privación indemnizable³¹, agregamos nosotros, que dicha limitación es de tal intensidad que vacía de contenido el derecho determinado. Esta expropiación indirecta es también conocida como expropiación regulatoria, ya que constituye una serie de medidas dictadas en el ejercicio de la actividad administrativa del Estado, que si bien no extingue el derecho de propiedad *per se*, sí disminuye o anula su utilidad. Esta figura es ampliamente estudiada en el Derecho norteamericano y en el Derecho internacional de las inversiones. Aunque existen algunos que se oponen a la idea de que la Constitución norteamericana regule las expropiaciones indirectas³².

En el Derecho norteamericano, una serie de actos dictados en virtud de la actividad de policía³³ que inutilice el derecho de propiedad constituye una expropiación³⁴. En el caso *Pennsylvania Coal Co. vs. Mahon*, 260 U.S. 393, 415 (1922), se elaboró el principio general según el cual si la regulación va muy lejos, debe haber indemnización. Es interesante cómo se deja un principio tan amplio que deberá ser valorado en el caso concreto. El juez, como limitador del poder de policía del Estado, deberá valorar de acuerdo con las circunstancias fácticas si la regulación fue muy lejos.

Adicionalmente, en unos de los *leading cases*: *Penn Central Transportation Co. vs. City of New York*, una Corte norteamericana sostuvo que: i. el impacto económico de la regulación y, particularmente, la extensión de las limitaciones derivadas de las expectativas legítimas de inversión, ii. cuando la regulación deriva en la invasión u ocupación material de la propiedad privada, se verifica un *takings*. Así, pareciera que el criterio en *Penn Central*

³¹ Véase: HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*La expropiación en el Derecho...*), p. 192.

³² BYRNE, J. Peter: «*Ten arguments for the abolition of regulatory takings doctrine*». En: *Georgetown Law*. 1995, p. 89, <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2587&context=facpub>.

³³ Conocido en la doctrina norteamericana como *eminent domain*.

³⁴ El concepto de *taking* fue desarrollado bajo la doctrina *the procedural y substantive due process* a través de la enmienda catorceava, en especial con el caso *Chicago Burlington and Quincy R.R. vs. City of Chicago*, 166 U.S. 226 (1897).

Transportation Co. vs. City of New York es que si una actividad es no arbitraria y no es discriminatoria entonces no es un *takings*, en palabras de la corte: *substantial individualized harm*³⁵.

Puede sostenerse entonces que, cuando la propiedad ha quedado inactiva o vacía de contenido, derivado de la actividad regulatoria por el bien común, habrá entonces una expropiación. El caso *Horne vs. Department of Agriculture* (2013)³⁶ reafirmó que la protección de la expropiación incluye propiedad personal y solo inmuebles.

En los últimos 100 años, los jueces han distinguido entre *per se takings* y *regulatory takings*. Que, desde nuestra perspectiva, sería la distinción entre expropiación directa e indirecta, cuyo reconocimiento es mínimo en nuestro foro. Lo que quisiera rescatar de este repaso de algunos de los *holdings* o decisiones más interesante del Derecho comparado norteamericano es la idea de que el concepto legal de expropiación debe ser flexible a fin de garantizar el máximo de indemnización cuando la actividad de policía del Estado va dirigida a hacer nulo el derecho de propiedad de las personas en general, basado en los hechos del caso concreto sin fórmulas arcaicas o escritas en piedra³⁷.

3.2. Expropiación indirecta en el Derecho internacional

El *Restatement (Third) of the Foreign Relations law*, que rige la perspectiva americana sobre el Derecho internacional, indica:

Un Estado es responsable bajo el Derecho internacional por daños resultantes de: 1. una expropiación por parte del Estado de la propiedad de un nacional de otro Estado que a. no sea para un propósito público, o b. sea discriminatoria, o c. no vaya acompañada de una disposición sobre una compensación justa. 2. Un repudio o incumplimiento por parte del Estado de un contrato con un nacional de otro Estado a. cuando el repudio

³⁵ Ratificado en el caso: *Lucas vs. South Carolina Coastal Council* (505 U.S. 1003 1992).

³⁶ 133 S. Ct. 2053(2003).

³⁷ <http://plannersweb.com/wp-content/uploads/1995/04/142.pdf>.

o incumplimiento es i. discriminatorio; o ii. motivados por consideraciones no comerciales y no se paguen daños compensatorios; o b. cuando el ciudadano extranjero no tenga un foro adecuado para determinar su reclamo de repudio o incumplimiento, o no sea compensado por cualquier repudio o incumplimiento que se determine que ha ocurrido³⁸.

Así, el Derecho norteamericano recoge la protección a la propiedad privada no solo por adquisición forzosa, sino también mediante la imposición de tributos, regulaciones o cualquier otro acto de naturaleza confiscatoria o que restrinja, limite o interfiera irrazonablemente el goce por parte de los nacionales o extranjeros de su propiedad³⁹.

De manera similar, el Proyecto de Convención Responsabilidad de los Estados por Daños a Extranjeros, en su artículo 10(3)(a), se establece que el Derecho internacional prohíbe cualquier interferencia irrazonable con el uso, disfrute o disposición de la propiedad.

A falta de la existencia de un tratado internacional que sea obligatorio para todos los Estados, la doctrina nacional y extranjera se ha valido de construcciones conceptuales a fin de tratar de justificar las limitaciones al poder expropiatorio de los Estados. Así, por ejemplo, ha aparecido la idea de Derecho Administrativo global⁴⁰.

³⁸ Texto original: «*A state is responsible under international law for injury resulting from: (1) a taking by the state of the property of a national of another state that (a) is not for a public purpose, or (b) is discriminatory, or (c) is not accompanied by provision for just compensation. (2) a repudiation or breach by the state of a contract with a national of another state (a) where the repudiation or breach is (i) discriminatory; or (ii) motivated by noncommercial considerations, and compensatory damages are not paid; or (b) where the foreign national is not given an adequate forum to determine his claim of repudiation or breach or is not compensated for any repudiation or breach determined to have occurred.*»

³⁹ AMADO, José Daniel y AMIEL, Bruno: «La expropiación indirecta y la protección de las inversiones extranjeras». En: *Themis. Revista de Derecho*. N.º 50. Lima, 2005, pp. 59-68.

⁴⁰ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico y STEWARD, Richard B.: «El surgimiento del Derecho Administrativo global». En: *El nuevo Derecho Administrativo global*

Dentro de dicho concepto se incluye: i. la actuación de administraciones globales, como organizaciones internacionales, y ii. la subordinación de la Administración doméstica en el ordenamiento global. Así, se sostiene que el Derecho internacional de las inversiones ha sido y constituye una fuente del llamado Derecho Administrativo global⁴¹. De lo que se trata es de establecer garantías jurídicas a la inversión extranjera que se comporten como medida para promover la actuación racional de la Administración.

A nivel internacional los tratados de protección y promoción de inversiones extranjeras y los tratados multilaterales normalmente contienen medidas para proteger las inversiones extranjeras de medidas expropiatorias o su equivalente, es decir de la expropiación indirecta⁴².

La jurisprudencia arbitral ha sostenido que el término «expropiación» trae consigo la connotación de una toma por una autoridad gubernamental de la propiedad de una persona con el objetivo de transferir la propiedad a otra persona, normalmente la autoridad que ejerce su poder *de jure* o *de facto*⁴³. Por lo que no es problemática su calificación. Sin embargo, por expropiación indirecta la situación al nivel jurisprudencial se ha complicado. Realmente, la expropiación indirecta se hizo relevante –o, mejor dicho, su protección– hacia la época de suscripción de los tratados de inversión⁴⁴.

en América Latina. Editorial Res. Buenos Aires, 2009. En Venezuela véase: MUCI-BORJAS, José Antonio: *El Derecho Administrativo global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2006, p. 51.

⁴¹ VAN HERTEN, Gus y LOUGHLIN, Martin: «*Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*». En: *The European Journal of International Law*. Vol. 17, N.º 1. 2006, pp. 121 y ss.

⁴² DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph: *Principles of International Investment Law*. Oxford, 2008, pp. 89 y ss.

⁴³ S.D. Myers, Inc. vs. Government of Canada. *UNCITRAL Arbitration. Partial Award of November 13, 2000*, párrafo 280.

⁴⁴ Aunque el primer tratado de inversión se firmó en 1959 (Alemania-Pakistán), la tendencia arrancó en los setenta y se intensificó en los noventa. Hacia finales de 2008, el número de tratados bilaterales de inversión era de 2676, a lo que habría que sumar los tratados comerciales con disciplinas en materia de inversión (UNCTAD, 2009).

La amplia expansión de la suscripción de tratados de inversiones, así como la relativamente nueva área del Derecho de inversiones, ha dado a lugar que en muchas ocasiones los tribunales arbitrales no basen sus decisiones en precedente solidificados, sino en la formación de criterios necesarios para resolver el caso concreto⁴⁵.

Uno de los problemas en la calificación de la expropiación indirecta es precisamente que, a diferencia de la expropiación directa, la primera no está basada en un decreto expropiatorio, sino que suele derivar de una amplia gama de medidas. De la jurisprudencia podemos encontrar, por ejemplo, la intervención de compañías mediante administradores nombrados por el Estado, arresto o expulsión de funcionarios clave, revocaciones de concesiones, licencias o permisos, impuestos desproporcionados, daño sufrido en cortes locales y diversos tipos de regulación desde decretos ambientales hasta medidas financieras. Pese a que la mayoría de estos actos vienen de la esfera administrativa, nada opta que pueda venir también de la legislativa o judicial.

Aunque es prácticamente imposible construir una serie de indicadores o reglas generales para determinar cuándo una medida es expropiatoria, la jurisprudencia nos ayuda a determinar al menos una serie de aspectos a considerar a fin de calificar la expropiación. En ese sentido, se entiende que, si la medida del Estado, bien sea de origen administrativo, judicial o legislativo, implica: i. pérdida de valor⁴⁶, ii. pérdida de control, nos encontramos frente a una expropiación indirecta potencialmente. Asimismo, en *Pope & Talbot vs. Canadá* el Tribunal listó una serie de factores que podrían constituir interferencia indebida: i. control de la empresa por el Estado; ii. dirección de las decisiones diarias de la empresa por el Estado; iii. detención de empleados o funcionarios; iv. toma de las ganancias de la empresa; v. interferencia con la administración o las actividades de los socios; vi. bloqueo del pago de

⁴⁵ FAYA RODRÍGUEZ, Alejandro: *¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión? Un análisis contemporáneo*. UNAM. México D. F., 2013, p. 223.

⁴⁶ *Marvin Feldman vs. México*. ICSID, caso N.º ARB(AF)/99/1. *Award of December 16, 2002*, párrafo 41.

dividendos; vii. interferencia en el nombramiento de funcionarios o directivos, o viii. privación absoluta de propiedad o control⁴⁷.

El punto clave, además, es la privación singular de la utilidad económica legítimamente esperada de una inversión como consecuencia de la limitación adoptada por el inversionista⁴⁸. Nos inclinamos a una calificación funcional en lugar de elaborar una conceptualización descriptiva. De tal forma, consideramos a la expropiación indirecta como aquella situación de hecho tendente a limitar –de manera total o parcial– la utilidad económica a la propiedad privada. Dicha limitación o privación debe ser consecuencia de su intensidad o desproporcionalidad y, además, debe ser resultado de medidas discriminatorias.

Conclusión

El Derecho internacional de las inversiones en sentido estricto es de nueva data, su sistematización y estudio deviene del análisis de los BITs y tratados multilaterales. En ese sentido, es labor de la doctrina continuar con la sistematización de los principios y análisis de la jurisprudencia para justificar en la gran mayoría de casos cuándo nos encontramos en una expropiación indirecta.

La expropiación, entendida como la medida que desposee un bien de un particular por causa de utilidad pública, nos ha acompañado en toda nuestra tradición jurídica, ya sea *civil law* y *common law*, y es que no se trata de eliminar la figura sino flexibilizar su conceptualización para asegurar un máximo de indemnización a fin de garantizar el derecho de la propiedad e incentivar la inversión económica en Venezuela.

Se hace necesario el diálogo jurisprudencial, en ese sentido de revisar en el Derecho comparado las diversas situaciones de hecho que dieron lugar

⁴⁷ Pope & Talbot Inc. vs. Government of Canada. *Interim Award of June 26, 2000*, párrafo 96. Eureka B.V. vs. Republic of Poland. *Ad hoc Arbitration. Partial Award of 19 August 2005*, párrafos 239-241.

⁴⁸ HERNÁNDEZ G.: ob. cit. (*La expropiación en el Derecho...*), p. 209.

a indemnizaciones y ver si su traslado se justifica en el Derecho venezolano. Como siempre, será imposible dictaminar una ley general en ese sentido, pues como recordaba ARISTÓTELES, la generalidad de la ley no cubre la concreción de todos los supuestos de hechos.

* * *

Resumen: El autor examina una figura de poco tratamiento en la doctrina nacional, pero de relevancia actual como lo es la expropiación indirecta. A los fines de cumplir los objetivos propuestos explica la regulación de la expropiación directa, para así entrar en su variable indirecta, acompañando sus reflexiones con una breve referencia al Derecho norteamericano y al Derecho internacional. **Palabras clave:** Expropiación indirecta, limitación propiedad, *takings*. Recibido: 19-01-21. Aprobado: 24-02-21.