



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01735-2008-PA/TC
LIMA
SHOUGANG HIERRO PERU S.A.A.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de mayo de 2008, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los Magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Landa Arroyo

ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por Shougang Hierro Perú S.A.A. contra la sentencia expedida por la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos; y

ANTECEDENTES

El 29 de mayo de 2007, el demandante interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Nazca solicitando se declare inaplicable la Ordenanza Municipal N.º 006-2007-A/MPN toda vez que la misma atentaría contra la libertad de empresa e industria, contra la libertad de trabajo y contra el derecho a la propiedad. La demandante refiere que es una empresa dedicada a la explotación minera de hierro y otros recursos y que cuenta con una concesión en el distrito de Marcona, en la provincia de Nazca, departamento de Ica. Asimismo, la demandante señala que mediante la Ordenanza Municipal N.º 006-2007-A/MPN se aprueba la "Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016", la cual en sus numerales N.º 2.2.3 y 2.2.3.1 del volumen A, decide cancelar todas las concesiones mineras, entre ellas la de la recurrente, basándose en que tanto éstas como los demás inmuebles de la demandante están dentro del área urbana de la ciudad de Marcona, transgrediendo las normas de Medio Ambiente y Protección Ambiental. Esta ordenanza municipal vulneraría los derechos a la libertad de empresa e industria, así como el derecho a la propiedad, al trabajo, al debido proceso y a la defensa.

Mediante resolución del 4 de junio de 2007, el 45º Juzgado Civil de Lima declaró liminarmente improcedente la demanda por considerar que existían otras vías para dirimir la cuestión, al amparo del artículo 5º del Código Procesal Constitucional. La Tercera Sala Civil de Lima confirmó la resolución del Juzgado por considerar que la amenaza a la que hace referencia la demandante no era inminente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01735-2008-PA/TC
LIMA
SHOUGANG HIERRO PERU S.A.A.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda es cuestionar la Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016, toda vez que el mismo atentaría contra los derechos constitucionales del demandante, como son el derecho a la libertad de empresa e industria, a la libertad de trabajo y a la propiedad.
2. Como cuestión previa corresponde analizar si la demanda incurre en alguna causal de improcedencia. Al respecto, a fojas 639 de autos, obra la resolución del 45º Juzgado Civil de Lima, a través de la cual se señaló que:

“...de los argumentos expuestos en la incoada, se colige que no se encuentran referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado; ergo, existen vías procedimentales igualmente satisfactorias para atender su pretensión, incurriéndose en causal de improcedencia...”

En este sentido, el Juzgado parece entender que se incurre en las causales de los artículos 5.1. y 5.2. del Código Procesal Constitucional, no obstante lo cual, la resolución se limita a citar las causales, sin establecer por qué el petitorio y los hechos no están referidos al contenido constitucionalmente protegido de los derechos constitucionales a la libertad de trabajo, a la libertad de empresa e industria, al debido proceso, etc. Asimismo, tampoco establece cuál sería la vía adecuada para que el demandante pueda cuestionar el Plan o la Ordenanza municipal en cuestión, ni establece por qué el amparo no sería la vía adecuada para canalizar su pretensión. Por ello, consideramos que la fundamentación de la resolución del Juzgado es insuficiente.

3. Asimismo, a fojas 716, obra la resolución de la Sala, a través de la cual se declaró la improcedencia de la demanda por considerar que:

“...no se advierte que la amenaza aparezca como tal, menos que contenga en sí misma los presupuestos legales de certeza e inminencia que requiere el art. 2º del Código indicado, más aún si, como anota la parte accionante en su escrito de demanda (punto 8 de los fundamentos de hecho), en la ordenanza municipal cuestionada se establece que el ejercicio de los titulares de concesiones mineras en la cercanía del área de concesiones mineras a las zonas urbanas y de expansión urbana, puede dar y dará sustento para impulsar el proceso de cancelación de las concesiones mineras, de lo que resulta fácil



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01735-2008-PA/TC
LIMA
SHOUGANG HIERRO PERU S.A.A.

advertir que es en ese posible proceso de cancelación en donde, en un futuro, se evaluará la eventual cancelación o no de las concesiones otorgadas a la accionante...”

4. Al respecto, es de señalar que a través de la STC N.º 1032-2003-AA/TC este Tribunal ha establecido que “...para que la amenaza sea considerada cierta, debe estar fundada en hechos reales, y no imaginarios, y ser de inminente realización, es decir, que el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto. A su vez, el perjuicio que se ocasione en el futuro debe ser: **real**, pues tiene que estar basado en hechos verdaderos; **efectivo**, lo cual implica que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados; **tangibles**, esto es que debe percibirse de manera precisa; e **ineludible**, entendiéndose que implicará irremediablemente una violación concreta”.

Asimismo, a través de la STC N.º 5719-2005-AA/TC este Tribunal ha entendido que la amenaza cierta “quiere decir posible de ejecutarse tanto desde un punto de vista jurídico, como desde un punto de vista material o fáctico. Y con la exigencia de que la amenaza sea de “inminente realización”, este Tribunal ha expresado que ello supone su evidente cercanía en el tiempo, es decir, actualidad del posible perjuicio cuya falta de atención oportuna haría ilusoria su reparación”.

En este sentido, corresponde analizar si en el caso de autos, la amenaza a la que hace referencia el demandante es cierta e inminente, caso en el cual deberá analizarse el fondo de la controversia.

5. Al respecto, el punto 2.2.3.2. del Plan de Desarrollo Urbano del distrito de San Juan de Marcona 2006- 2016 establece que:

“La proximidad y, en su caso, superposición de las concesiones mineras con las zonas urbanas y de vocación urbana se viene dando en la realidad a pesar de la evidente incompatibilidad entre ambas, debido a que las áreas de concesión no están siendo explotadas por su titular mientras que esas mismas áreas vienen siendo paulatinamente ocupadas por la población de la ciudad de Marcona.

(...)

...la ley permite la cancelación de petitorios o concesiones cuando éstos se superponen con derechos considerados prioritarios; así lo establece el artículo 64º del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (...)

...el ejercicio por parte de sus titulares de los atributos correspondientes a las concesiones tales como la eventual explotación



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01735-2008-PA/TC
LIMA
SHOUGANG HIERRO PERU S.A.A.

de los recursos metálicos o no metálicos estará restringido, cuando no prohibido, por la inevitable transgresión de las normas del Medio Ambiente y Protección Ambiental antes citadas; lo cual dará sustento para impulsar el proceso de cancelación de las concesiones mineras”.

Conforme a lo anterior, la empresa demandante cuestiona la decisión municipal de considerar área urbana, a los terrenos que actualmente forman parte del área otorgada en concesión minera a la demandante y sobre los que, en consecuencia, existen derechos exclusivos de titularidad de la demandante.

6. En este sentido, la ordenanza sienta las bases para privar a los demandantes del territorio sobre el cual ostentan un derecho económico de explotación exclusiva, lo cual amenaza de forma directa y cierta la concesión de la cual son titulares. Ello, toda vez que comprender territorio sobre el cual existe un derecho de concesión en el área urbana de la ciudad, supone un hecho concreto destinado a menoscabar el derecho de la empresa demandante, al tratarse de derechos incompatibles sobre un mismo terreno. De esta forma, la amenaza en cuestión se presenta como real y efectiva.

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

7. Una vez verificados los requisitos de la amenaza alegada en el presente caso, corresponde ahora analizar si la norma cuya inaplicación se pretende en el caso de autos resulta o no autoaplicativa, pues de llegarse a una conclusión negativa, la demanda tendría que ser declarada improcedente.

8. Al respecto, es de señalar que a través de la STC N.º 1535-2006-AA/TC este Tribunal estableció en relación al amparo contra normas, que su procedencia “...está supeditada a que la norma legal a la cual se le imputa el agravio sobre un derecho fundamental se trate de una norma operativa o denominada también de eficacia inmediata, esto es, aquella cuya aplicabilidad no se encuentre sujeta a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01735-2008-PA/TC
LIMA
SHOUGANG HIERRO PERU S.A.A.

realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación legislativa, en la medida en que adquiere su eficacia plena en el mismo momento en que entra en vigencia”.

9. En este sentido, la norma que viene siendo impugnada resulta autoaplicativa, pues al calificar como urbana parte el área sobre la cual se extiende el derecho de concesión de la demandante, lo que se genera en los hechos es un cambio en el status jurídico de la misma, que afecta necesariamente los derechos preexistentes de la empresa demandante, al someterla a un conjunto de reglas y límites que no existían antes de la emisión de la norma, es decir, de la Ordenanza Municipal N.º 006-2007-A/MPN que aprobó la “Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016”.
10. Asimismo, de la revisión del expediente se constata que en el presente caso ha existido un rechazo liminar de la demanda, de tal suerte que correspondería la nulidad de todo lo actuado hasta la fecha de emisión de la resolución de rechazo liminar, a fin de que se dé lugar al proceso. No obstante ello, a través de la STC N.º 4874-2007-AA/TC este Tribunal ha señalado que “...si de los actuados se evidencian los suficientes elementos de juicio que permitan dilucidar y resolver la pretensión resulta innecesario condenar al recurrente a que vuelva a sufrir la angustia de ver que su proceso se reinicia o se dilata, no obstante el tiempo transcurrido (STC N.º 4587-2004-AA)...”; por lo que en atención al criterio señalado, este Tribunal procederá a emitir un pronunciamiento de fondo en el presente caso.
11. Al respecto, el demandante hace referencia a una serie de derechos vulnerados, no obstante lo cual, este Tribunal considera que el derecho que resulta comprometido en el presente caso es el derecho a la libertad contractual del demandante por lo que corresponde analizar si la entrada en vigencia de la ordenanza municipal cuestionada supone una indebida restricción del mismo, caso en el cual deberá declararse fundada la demanda.
12. Sobre el particular, a través de la STC N.º 001-2005-AI/TC se ha señalado en relación al derecho a la libertad contractual que éste “se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial...” De este modo, según la referida sentencia, el derecho a la libertad contractual garantiza la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante, y la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01735-2008-PA/TC
LIMA
SHOUGANG HIERRO PERU S.A.A.

13. En este sentido, la ordenanza en cuestión supondría una restricción del derecho, toda vez al calificar parte del territorio otorgado en concesión como área urbana o de expansión urbana, se estaría realizando en los hechos una modificación de las condiciones del contrato de concesión suscrito entre la empresa demandante y el Estado peruano, lo cual restringe el derecho a la libertad contractual.
14. No obstante lo anterior, y tal como ha sido reconocido por este Tribunal a través de la propia STC N.º 001-2005-AI/TC, no toda restricción del derecho a la libertad contractual supone una afectación del mismo, sino sólo aquellas que se presenten como desproporcionadas en atención a las circunstancias, por lo que a fin de analizar si la ordenanza en el presente caso se presenta como atentatoria del derecho a la libertad contractual del demandante corresponde someterla al *test* de proporcionalidad.
15. Sobre el particular, mediante Ley N.º 27015, modificada por Ley N.º 27560, se reguló el otorgamiento de concesiones mineras en áreas urbanas y de expansión urbana., señalándose en el punto 2.5. lo siguiente:

“2.5. Cuando se proyecte un nuevo Plan de Desarrollo Urbano, el Concejo Provincial respectivo oficiará al Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero, para que éste informe de los derechos mineros existentes a la fecha en dichas áreas a efectos de ser respetados y considerados como tales dentro del Plan objeto del Proyecto de Desarrollo Urbano”

En este sentido, la norma expresamente establece un deber de respetar los derechos de concesión minera existentes en la zona, de tal suerte que los Planes de Desarrollo se encuentran obligados a respetar los referidos derechos de concesión minera.

16. En el caso de autos, sin embargo, la Entidad demandada no sólo no habría cumplido con el procedimiento especialmente previsto para el diseño y configuración del Plan de Desarrollo Urbano, atentando así contra lo expresamente previsto por las Leyes N.º 27015 y N.º 27560, sino que además no ha expuesto ni menos fundamentado, razón técnica alguna capaz de sustentar la modificación del Plan de Desarrollo Urbano en los términos en que ha sido realizada, por lo que este Tribunal considera que la referida norma, la Ordenanza Municipal N.º 006-2007-A/MPN que aprueba la “Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016”, ha vulnerado el derecho a la libertad contractual de la empresa demandante y en consecuencia, debe ser declarada inaplicable al caso concreto.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01735-2008-PA/TC
LIMA
SHOUGANG HIERRO PERU S.A.A.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ**

Lo que certifico:

Dr. Ernesto Figueroa Bernardini
Secretario Relator



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01735-2008-PA/TC
LIMA
SHOUGANG HIERRO PERU S.A.A.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO LANDA ARROYO

Que, me adhiero al voto de los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz, en el sentido de declarar FUNDADA la demanda de amparo; por los fundamentos constitucionales que a continuación expreso:

I. FUNDAMENTOS

1. El 29 de mayo de 2007, el demandante interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Nazca solicitando que se declare inaplicable la Ordenanza Municipal N.º 006-2007-A/MPN toda vez que la misma presuntamente atentaría contra sus derechos a la libertad de empresa, libertad de empresa e industria, libertad de trabajo y propiedad.
2. La demandante refiere que es una empresa dedicada a la explotación minera de hierro y otros recursos y que cuenta con una concesión en el distrito de Marcona, en la provincia de Nazca, departamento de Ica.
3. Asimismo, la demandante señala que mediante la Ordenanza Municipal N.º 006-2007-A/NPN se aprueba la "Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016", la cual en sus numerales N.º 2.2.3 y 2.2.3.1 del volumen A, decide cancelar todas las concesiones mineras, entre ellas la de la recurrente, basándose en que tanto éstas como los demás inmuebles de la demandante están dentro del área urbana de la ciudad de Marcona, transgrediendo las normas de Medio Ambiente y Protección Ambiental. Esta ordenanza municipal vulneraría los derechos a la libertad de empresa e industria, así como el derecho a la propiedad, al trabajo, al debido proceso y a la defensa.
4. A fojas 639, obra la resolución del 45º Juzgado Civil de Lima, que declaró liminarmente improcedente la demanda, por considerar que existían otras vías para dirimir la cuestión, por lo que la vía del amparo no era la más adecuada en el presente caso.
5. La Municipalidad Provincial de Nazca solicita sean tomados en cuenta sus argumentos, y señaló que aprobó el Plan de Desarrollo Urbano en el marco de sus competencias y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 79º de la Ley Orgánica de Municipalidades. Además refirió que la ordenanza municipal no tiene el carácter de norma autoaplicativa y su sola vigencia no atenta contra derecho alguno de la demandante, evidencia de lo cual sería el hecho de que la demanda es planteada transcurrido un año a partir de su vigencia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01735-2008-PA/TC
LIMA
SHOUGANG HIERRO PERU S.A.A.

6. La 3º Sala Civil de Lima confirmó la resolución apelada, por considerar que la amenaza a la que hace referencia la demandante no era inminente.
7. En su demanda, el demandante identifica como sus derechos vulnerados a la libertad de empresa e industria, a la propiedad, al trabajo y a la defensa. El hecho identificado como vulneratorio estaría determinado por la renuencia de la autoridad competente para la emisión del título de nacionalidad peruana.
8. El hecho identificado por la demandante como atentatorio de sus derechos constitucionales es la Ordenanza Municipal N.º 006-2007-A/MPN y, concretamente, el numeral 2.2.3 de la Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016.
9. De esta manera, la cuestión controvertida en el presente proceso se centra en determinar si la decisión municipal expresada en la Ordenanza Municipal N.º 006-2007-A/MPN y, concretamente, en el numeral 2.2.3 de la Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016 constituye una vulneración de los derechos de la demandante, en tanto se refiere expresamente que *“(...) siendo evidente la cercanía y –en algunos casos la superposición– del área de concesiones a las zonas urbanas y de expansión urbana, el ejercicio por parte de sus titulares de los atributos correspondientes a las concesiones tales como la eventual explotación de los recursos metálicos estará restringido, cuando no prohibido, por la inevitable trasgresión de las normas de Medio Ambiente y Protección Ambiental antes citadas; lo cual dará sustento para impulsar el proceso de cancelación de las concesiones mineras”*.
10. Inicialmente, corresponde analizar si la demanda incurre en alguna causal de improcedencia. Tras ello, entraremos al fondo a analizar el caso específico.
 - a) **Contenido constitucional protegido del derecho invocado y vía alternativa**
11. La resolución del Juzgado de origen declaró la improcedencia de la demanda por considerar que:

“(...) de los argumentos expuestos en la incoada, se colige que no se encuentran referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado; ergo, existen vías procedimentales igualmente satisfactorias para atender su pretensión, incurriéndose en causal de improcedencia.”
12. En este sentido, a criterio del Juzgado se incurre en las causales del artículo 5.º incisos 1) y 2) del Código Procesal Constitucional, criterio que considero que el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01735-2008-PA/TC
LIMA
SHOUGANG HIERRO PERU S.A.A.

Juzgado no ha fundamentado debidamente expresando las razones por las que se habrían configurado dichos supuestos en el caso.

b) Amenaza cierta e inminente

13. A fojas 716, obra la resolución de la Sala, a través de la cual se declaró la improcedencia de la demanda por considerar que:

“(...) no se advierte que la amenaza aparezca como tal menos que contenga en sí misma los presupuestos legales de certeza e inminencia que requiere el art. 2º del Código indicado, más aun si, como anota la parte accionante en su escrito de demanda (punto 8 de los fundamentos de hecho), en la ordenanza municipal cuestionada se establece que el ejercicio de los titulares de concesiones mineras en la cercanía del área de concesiones a las zonas urbanas y de expansión urbana puede dar o dará sustento para impulsar el proceso de cancelación de las concesiones mineras, de lo que resulta fácil advertir que es en ese posible proceso de cancelación en donde, en un futuro, se evaluará la eventual cancelación o no de las concesiones otorgadas a la accionante (...)”.

14. En este sentido, la Sala declara la improcedencia de la demanda por considerar que la amenaza no reúne las características de ser cierta e inminente. Al respecto, es de señalar que en el punto 2.2.3.2 del Plan de Desarrollo Urbano del distrito de San Juan de Marcona 2006-2016 se establece que:

“La proximidad y, en su caso, superposición de las concesiones mineras con las zonas urbanas y de vocación urbana se viene dando en la realidad a pesar de la evidente incompatibilidad entre ambas, debido a que las áreas de concesión no están siendo explotadas por su titular mientras que esas mismas áreas vienen siendo paulatinamente ocupadas por la población de la ciudad de Marcona.

(...) la ley permite la cancelación de petitorios o concesiones cuando éstos se superponen con derechos considerados prioritarios; así lo establece el artículo 64º del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería.

(...) De este modo, siendo evidente la cercanía y –en algunos casos la superposición– del área de concesiones a las zonas urbanas y de expansión urbana, el ejercicio por parte de sus titulares de los atributos correspondientes a las concesiones tales como la eventual



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01735-2008-PA/TC

LIMA

SHOUGANG HIERRO PERU S.A.A.

explotación de los recursos metálicos estará restringido, cuando no prohibido, por la inevitable trasgresión de las normas de Medio Ambiente y Protección Ambiental antes citadas; lo cual dará sustento para impulsar el proceso de cancelación de las concesiones mineras”.

15. Conforme a lo anterior, la demandante cuestiona la decisión municipal de “*impulsar el proceso de cancelación de las concesiones mineras*”, toda vez que dicha decisión supondría una amenaza a su derecho.
16. A través de la STC N.º 1032-2003-AA/TC este Tribunal ha establecido que: “(...) *para que la amenaza sea considerada cierta, debe estar fundada en hechos reales, y no imaginarios, y ser de inminente realización, es decir, que el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto. A su vez, el perjuicio que se ocasione en el futuro deber: real, pues tiene que estar basado en hechos verdaderos; efectivo, lo cual implica que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados; tangible, esto es que debe percibirse de manera precisa; ineludible, entendiéndose que implicará irremediablemente una violación concreta*”
17. Asimismo, con la STC N.º 5719-2005-AA/TC este Tribunal ha entendido que la amenaza cierta “*quiere decir posible de ejecutarse tanto desde un punto de vista jurídico, como desde un punto de vista material o fáctico. Y con la exigencia de que la amenaza sea de “inminente realización”, este Tribunal ha expresado que ello supone su evidente cercanía en el tiempo, es decir, actualidad del posible perjuicio cuya falta de atención oportuna haría ilusoria su reparación*”
18. Conforme a lo anterior, el anexo de la Ordenanza que actualiza el Plan de Desarrollo Urbano del distrito de San Juan de Marcona 2006-2016, anexo de la Ordenanza N.º 0006-2007-A/MPN, constituye una amenaza de vulneración cierta e inminente a los derechos de la demandante. Ello, toda vez que la sola decisión de impulsar la cancelación de una concesión minera afecta los derechos de la demandante. Asimismo, supone una acción ineludible, en este sentido, somos de la opinión que el hecho considerado como atentatorio de sus derechos, esto es la decisión de impulsar la cancelación de la concesión, es de inminente realización, pues por sí mismo tiene la virtualidad de producir efectos en la esfera jurídica de la demandante.
19. Adicionalmente, consideramos que la sola decisión de impulsar la cancelación de la concesión minera de la demandante a través de la aprobación por parte de la demandada del Plan de Desarrollo Urbano del distrito de San Juan de Marcona 2006-2016, anexo de la Ordenanza N.º 0006-2007-A/MPN no es inocua. No podría considerarse como una pretensión válida de la entidad demandada, por el hecho de que a criterio de la entidad edilicia la referida concesión atenta contra derechos de los ciudadanos sometidos a su competencia o contra bienes municipales



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01735-2008-PA/TC
LIMA
SHOUGANG HIERRO PERU S.A.A.

jurídicamente tutelables.

20. En este sentido la amenaza a la que hace referencia la demandante es inminente y cumple con el requisito referido en el artículo 2.º del Código Procesal Constitucional.

c) Ordenanza como norma autoaplicativa

21. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe referir si la ordenanza en cuestión constituye o no una norma autoaplicativa. Al respecto, el artículo 3º del Código Procesal Constitucional establece que:

“Artículo 3.- Procedencia frente a actos basados en normas

Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada.

Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno.

En todos estos casos, los Jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de menor jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso de acción popular. La consulta a que hace alusión el presente artículo se hace en interés de la ley.”



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01735-2008-PA/TC
LIMA
SHOUGANG HIERRO PERU S.A.A.

22. Sobre el particular, la Ordenanza N.º 006-2007-A/MPN a través de la cual se actualiza el Plan de Desarrollo Urbano del distrito de San Juan de Marcona 2006-2016, limita *per se* derechos de la demandante. Al calificar las zonas aledañas a aquella otorgada en concesión al demandante como área urbana, sienta las bases para iniciar un procedimiento cuya finalidad es cancelar la concesión otorgada al demandante al referir expresamente en el punto 2.2.3.2 del Plan de Desarrollo Urbano del distrito de San Juan de Marcona 2006-2016 lo siguiente:

“De este modo, siendo evidente la cercanía y –en algunos casos la superposición– del área de concesiones a las zonas urbanas y de expansión urbana, el ejercicio por parte de sus titulares de los atributos correspondientes a las concesiones tales como la eventual explotación de los recursos metálicos estará restringido, cuando no prohibido, por la inevitable trasgresión de las normas de Medio Ambiente y Protección Ambiental antes citadas; lo cual dará sustento para impulsar el proceso de cancelación de las concesiones mineras”.

23. Con la expedición de la norma referida se produce un cambio en el estatus jurídico existente, que afecta derechos de la demandante, al someterla a reglas y límites que no existían antes de la emisión de la misma.

d) Incumplimiento de disposiciones

24. Mediante el artículo 2.5 de la Ley N.º 27015, que regula el otorgamiento de concesiones mineras en áreas urbanas y de expansión urbana se estableció que:

“2.5 Cuando se proyecte un nuevo Plan de Desarrollo Urbano, el Concejo Provincial respectivo oficiará al Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero, para que éste informe de los derechos mineros existentes a la fecha en dichas áreas a efectos de ser respetados y considerados como tales dentro del Plan objeto del Proyecto de Desarrollo Urbano”.

25. En el presente caso consta que la entidad demandada no ha cumplido con el procedimiento establecido en la referida norma. De igual manera, tampoco ha expuesto ni fundamentado razón técnica capaz de sustentar la modificación del Plan de Desarrollo Urbano en los términos en que se ha efectuado el mismo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01735-2008-PA/TC
LIMA
SHOUGANG HIERRO PERU S.A.A.

e) Expropiación indirecta

26. Adicionalmente, en el presente caso, cabe analizar si nos encontramos ante lo que en doctrina se conoce como expropiación indirecta.
27. La noción de expropiación indirecta o expropiación regulatoria se utiliza tanto en derecho internacional como en derecho interno. A nivel de derecho internacional se ha empleado expresamente dicha noción en el reconocimiento del deber de protección del Perú frente a inversionistas extranjeros en Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, reconociendo el derecho de dichos agentes a ser indemnizados si son expropiados regulatoriamente.
28. En el mismo sentido, conforme a la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (*United Nations Conference on Trade and Development - UNCTAD*) siguiendo múltiples pronunciamientos a través de resoluciones expedidas por tribunales internacionales ha clasificado a las expropiaciones (*takings*) en dos tipos: directas, es decir, aquellos actos legislativos o administrativos que transfieren el título y la posición física de un bien, e indirectas, es decir, aquellos actos estatales que en la práctica producen una pérdida de la administración, el uso o el control de un recurso, o una significativa depreciación en el valor de los bienes. A su vez, se reconoce que las expropiaciones indirectas se subdividen en las *creeping expropriation* (aquellas donde se produce una lenta y paulatina privación de facultades del derecho de propiedad del inversionista titular, lo que disminuye el valor del activo) y las expropiaciones regulatorias (aquellas donde la afectación al derecho de propiedad se produce a través de regulación estatal, en ejercicio de su poder de policía).
29. En Derecho Internacional, los criterios usualmente tomados en consideración por los tribunales internacionales para establecer que se ha violado la garantía contra la expropiación indirecta son los siguientes: (i) las legítimas expectativas del inversionista extranjero y la interferencia con los derechos de propiedad, (ii) la gravedad del impacto de la medida adoptada por el Estado en el inversionista, (iii) la duración de la medida adoptada, (iv) la relación entre la medida adoptada y el objetivo público que el Estado alegue pretender alcanzar y (v) la intención real del Estado al implementar la medida supuestamente violatoria de la garantía contra la expropiación indirecta.¹

¹ NEWCOMBE, Andrew. "*The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law*". En: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=703244 También BRUNETTI, Mauricio. Citado por: AMADO, José Daniel y AMIEL, Bruno. "La expropiación indirecta y la protección de las inversiones extranjeras". En: Themis N° 50. Lima, 2005.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01735-2008-PA/TC
LIMA
SHOUGANG HIERRO PERU S.A.A.

30. A nivel interno, entendemos por expropiación indirecta o expropiación regulatoria aquellas en donde la Administración Pública a través de una regulación priva (total o parcialmente) al propietario de un bien de uno o todos los atributos del derecho de propiedad (ya sea del uso, del disfrute o de la disposición). El derecho de propiedad sobre bienes tiene sentido en tanto permiten extraerle un mayor provecho a los bienes. Si no se puede disponer, usar o disfrutar los bienes, gozar de su titularidad carece de relevancia.
31. A pesar que no encontramos una mención expresa en la Constitución relativa a la proscripción de las expropiaciones indirectas, ello no significa que la Constitución las tolere. Una interpretación constitucional válida nos lleva a que toda vez que la Constitución reconoce, respeta y protege el derecho de propiedad de los privados como parte del modelo de economía social de mercado al que se adscribe y al establecer la exigencia de un adecuado procedimiento expropiatorio que incluya un pago en efectivo de indemnización justipreciada para intervenir sobre la propiedad de privados, las expropiaciones indirectas se encuentran proscritas. Encontramos que las bases constitucionales que fundamentan la protección contra las expropiaciones regulatorias o indirectas se encuentran en el artículo 70.², el artículo 2.^o, inciso 2³, el artículo 63.⁴, el artículo 71.⁵ y el artículo 61.⁶ de la Constitución.

² “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 sino, 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”.

³ “Toda persona tiene derecho: (...)”

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

⁴ “La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”.

⁵ “En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática.

Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01735-2008-PA/TC
LIMA
SHOUGANG HIERRO PERU S.A.A.

32. En caso de aplicar los criterios previamente establecidos para la determinación de la afectación de las medidas regulatorias tenemos que en el presente caso: (i) existen legítimas expectativas del demandante orientadas a la explotación de la concesión reconocida y que existe una clara interferencia del disfrute de las facultades sobre el derecho de propiedad sobre la zona en conflicto, (ii) que la medida adoptada por el Estado impacta gravemente en el interés del demandante al obstaculizar el ejercicio de facultades del derecho de propiedad sobre la zona sobre la que se produce la interposición, (iii) que la duración en el tiempo de la medida (ordenanza) adoptada es indeterminada, (iv) que la relación entre la medida adoptada y el objetivo público que la Administración Pública alega pretender alcanzar es claramente desproporcionada, (v) que a pesar que no existe evidencia documental que demuestre que la intención de la Administración Pública al implementar la medida violatoria de la garantía contra la expropiación indirecta es afectar de manera directa al demandado, en la práctica se produce una afectación indirecta de su derecho de propiedad y debe considerarse que se ha incumplido con disposiciones expresas y que se ha incumplido con procedimientos administrativos con la ordenanza cuestionada, tal como se ha expuesto en los puntos precedentes. Lo que se logra con la medida es convertir zonas aledañas de la explotación minera en terrenos urbanos, con lo han quedado modificados los niveles permitidos de contaminación ambiental y se predispondrían los elementos para hacer incurrir a la demandante en supuestos de contaminación ambiental.
33. Conforme a lo anterior, tras haber revisado los criterios establecidos en el párrafo anterior y considerando que la ordenanza cuestionada es una norma jurídica emitida por un órgano de la Administración Pública por la que se obstaculiza constitucionalmente el ejercicio de facultades del derecho de propiedad sobre un bien inmueble de un titular privado, al haber calificado parte del terreno otorgado en concesión a la empresa demandante como área urbana o de expansión urbana, nos encontraríamos ante una expropiación indirecta o expropiación regulatoria. Por tanto, cabe estimar la demanda de amparo de autos.

aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley”.

⁶ *“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.*

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01735-2008-PA/TC
LIMA
SHOUGANG HIERRO PERU S.A.A.

II. CONCLUSIÓN

Por los fundamentos expuestos, el suscrito es de la opinión que se declare **FUNDADA** la demanda de amparo de autos.

S.

LANDA ARROYO

Lo que certifico:

Dr. Ernesto Figueroa Bernasconi
Secretario Relator