

¿EXPROPIACIÓN O DELIMITACIÓN DE LA PROPIEDAD NO INDEMNIZABLE?

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia



Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio Estudios Financieros 2011** en la modalidad de **DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, don Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, doña María Camino VIDAL FUEYO, don José Ramón DE HOCES ÍÑIGUEZ y don Pedro POVEDA GÓMEZ.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Extracto:

LA distinción entre expropiaciones y delimitaciones de la propiedad no indemnizables constituye un relevante y difícil problema. Relevante porque los perjudicados por estas medidas tienen un derecho, reconocido por normas constitucionales, comunitarias e internacionales, a obtener una indemnización solo en el primer caso, no en el segundo. Difícil porque ni la Constitución española ni otros textos jurídicos análogos definen ambas figuras, y ni la jurisprudencia ni la doctrina han sabido elaborar criterios claros, justificados y racionalmente articulados en virtud de los cuales se pueda determinar cuándo nos encontramos ante una expropiación y cuándo ante una delimitación de la propiedad no indemnizable. En la primera parte del presente trabajo se exponen y critican los criterios usualmente empleados a tal efecto. En la segunda, se aborda el problema desde una perspectiva económica: se analizan los costes y los beneficios sociales de indemnizar una privación, y en qué circunstancias conviene compensar y en cuáles no. Este análisis permite constatar que existe una cierta racionalidad económica en los criterios tradicionalmente utilizados para realizar la distinción. Y, en esa medida, permite justificarlos y articularlos en una teoría plausible, que constituye una útil guía orientativa para resolver en la práctica el problema.

Palabras clave: derecho de propiedad, límites, delimitación no indemnizable, expropiación.

HOW TO DISTINGUISH BETWEEN TAKINGS AND NON COMPENSABLE REGULATIONS

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia



Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio Estudios Financieros 2011** en la modalidad de **DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, don Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, doña María Camino VIDAL FUEYO, don José Ramón DE HOCES ÍÑIGUEZ y don Pedro POVEDA GÓMEZ.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Abstract:

UNDER certain circumstances, the government has the power to modify the rights-set of people, eliminating some of its elements. These governmental actions could be classified into two categories: takings (or expropriations) and non-compensable regulations. The distinction has important consequences. According to the provisions of the Spanish constitution and countless international treaties, just compensation is required to be paid only in the former case. The problem is that none of such provisions defines what a taking is or when a non compensable regulation has been enacted. And courts have not been able to develop a clear and consistent case-law concerning the distinction. In the first part of this paper, the author reviews and criticizes the rules usually applied in order to make the distinction. In the second part, he analyzes from an economic point of view which criteria should be used in that regard.

Keywords: property, takings, non compensable regulations, just compensation.

Sumario.

- I. Introducción. Un relevante y difícil problema.
- II. Criterios usualmente empleados para efectuar la distinción.
 1. La naturaleza singular de la privación.
 2. La intensidad del sacrificio. La lesión del contenido esencial.
 3. El carácter especial del sacrificio.
 4. La ruptura de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas.
 5. Un criterio tautológico: la distinción entre derechos adquiridos y simples expectativas no indemnizables.
 6. Existencia de un beneficiario.
 7. Vulneración del principio de protección de la confianza. Previsibilidad de la medida ablatoria. Establecimiento de medidas transitorias o compensatorias.
 8. Carácter nocivo de la actividad cuyo ejercicio se limita.
 9. Recapitulación.
- III. El problema desde una perspectiva económica.
 1. Hay expropiación cuando los beneficios sociales de compensar la restricción de un derecho superan a sus costes.
 2. Beneficios sociales de indemnizar (costes de no compensar).
 - A) Se asegura el riesgo de sufrir privaciones por causas de interés público.
 - B) Se incentiva la realización de actividades socialmente valiosas.
 - C) Se reduce el riesgo de que los ciudadanos desarrollen actividades socialmente perjudiciales con el fin de evitar el sacrificio de sus derechos.
 - D) Se mitiga el riesgo de que las autoridades públicas coaccionen a ciertos ciudadanos con la amenaza de la confiscación.

- E) Se enerva el riesgo de que los poderes públicos adopten medidas ablatorias ineficientes, perjudiciales para los intereses generales.
 - a) Existe un riesgo significativo de que las autoridades administrativas ejerzan abusiva e ineficientemente su potestad de sacrificar derechos aduciendo causas de utilidad pública.
 - b) La indemnización expropiatoria previene privaciones socialmente ineficientes.
- 3. Costes sociales de indemnizar (beneficios de no compensar).
 - A) Costes derivados de aumentar la presión fiscal.
 - B) Costes derivados de la determinación del justiprecio.
 - C) Costes derivados de la calificación de una medida como expropiatoria o delimitatoria.
 - D) Peligro de sobreinversión. Relevancia de la previsibilidad de la medida ablatoria.
 - E) Riesgo de inhibir actuaciones estatales de interés público.
 - F) Riesgo de estimular actividades privadas anormalmente peligrosas. Relevancia del carácter nocivo de la actividad privada que suscita la intervención ablatoria de la Administración.
 - G) ¿Incremento del riesgo de aprobación de proyectos socialmente ineficientes?
- IV. Utilidad del análisis económico para la resolución del problema.
- V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN. UN RELEVANTE Y DIFÍCIL PROBLEMA

Los poderes públicos pueden adoptar, bajo determinadas circunstancias, decisiones que perjudican a ciertos individuos, que restringen su esfera jurídica, sus posibilidades de actuar libremente, su propiedad, sus derechos. Esa potestad de imponer tales perjuicios estará justificada en tanto en cuanto su ejercicio incrementa el bienestar social, es decir, en la medida en que dichas decisiones resulten beneficiosas en términos netos para el conjunto de los ciudadanos. Algunas personas se verán perjudicadas, ciertamente, pero menos de lo que el resto saldrá ganando.

En el Derecho vigente actualmente en España, así como en el de otros muchos países y épocas ¹, algunas de esas medidas ablatorias deben ir acompañadas de una indemnización, mientras que otras no engendran tal consecuencia jurídica. A las primeras se las suele denominar expropiaciones; a las segundas, regulaciones o delimitaciones de la propiedad no indemnizables ². En nuestro ordenamiento jurídico es la propia Constitución la que obliga a indemnizar a los expropiados. En su artículo 33.3 dispone que:

¹ *Vid.*, a título ilustrativo, Martin PENNINTZ (1991), *Der Enteignungsfall im römischen Recht der Republik und des Prinzipats: eine funktional-rechtsvergleichende Problemstellung*, Böhlau, Wien; Enrique LOZANO CORBI (1994), *La expropiación forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común, en el Derecho romano*, Mira, Zaragoza; del mismo autor (2005), «Expropiación forzosa en el Derecho romano», en Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN (coord.), *Derecho administrativo histórico*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, págs. 205 y ss.; Rosalía RODRÍGUEZ LÓPEZ (1996), *Las obligaciones indemnizatorias en Derecho público romano*, Universidad de Almería, Almería; José Miguel PIQUER MARÍ (2006), «Los libros de Numa: ¿Un caso de privación de un bien por causa de utilidad pública?», en Remigio BENEYTO BERENGUER (coord.), *Vida pública, vida privada*, Edicep, Valencia, págs. 239 y ss.; Vanesa PONTE ARREBOLA (2008), «La expropiación forzosa en la construcción de vías públicas romanas a la luz de la legislación municipal y colonial», *Revista General de Derecho Romano*, 10; Eduardo MÍGUEZ BEN (1984), «Antecedentes y elaboración de la primera Ley de expropiación», *Revista de Administración Pública*, 104, págs. 121 y ss.; Francisco Luis PACHECO CABALLERO (1998), «La recepción hispánica de la doctrina de la expropiación por causa de utilidad pública (siglos XIII al XIX)», *Initium*, 3, págs. 383 y ss.

² Algunos autores españoles, importando una figura de factura alemana, afirman la existencia de un *tertium genus*: al lado de la expropiación forzosa (privación singular de derechos) y de la delimitación (regulación general) no indemnizable de derechos, encontraríamos la delimitación (regulación general) de derechos necesitada de compensación (*ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*). *Vid.* Oriol MIR PUIGPELAT (2002), *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, págs. 108 y ss.; Eva MENÉNDEZ SEBASTIÁN (2007), *Los supuestos indemnizatorios en la Ley 8/2007 de Suelo y en la legislación sobre espacios naturales protegidos*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 65 y ss., 80 y ss. y 126 y ss. A nuestro juicio, esta nueva categoría complica innecesariamente las cosas sin solucionar problema alguno. Las dificultades que entraña la tradicional distinción entre expropiación (entendida en un sentido amplio, que puede comprender también regulaciones de carácter general) y delimitación de derechos se trasladan simplemente a la distinción entre delimitaciones necesitadas de compensación (que la teoría tradicional consideraría expropiatorias) y delimitaciones no indemnizables.

«Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.»

En sentido parecido, los incisos segundo y tercero del artículo 17.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establecen que:

«Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general.»

También algunos textos del Derecho internacional contienen una regulación semejante. Aquí destacan, en primer lugar, los Tratados internacionales en los que se reconoce el derecho a la propiedad privada. Su especial relevancia deriva de que, además de formar parte del ordenamiento jurídico español desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado, tienen un valor constitucional, en la medida en que las disposiciones relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución española reconoce deben ser interpretadas de conformidad con los mismos (art. 10.2 CE). El artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 20 de marzo de 1952, por ejemplo, establece que:

«Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de adoptar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas.»

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado este precepto en el sentido de que el otorgamiento de una indemnización a la persona que se ha visto privada de su propiedad constituye, salvo que concurren circunstancias excepcionales, una de las condiciones a las que se subordina la licitud de la privación³. La ablación de la propiedad, por consiguiente, deberá resarcirse en algunas ocasiones —en principio, cuando se priva a alguien de la misma por una causa de utilidad pública⁴—, pero

³ Vid., por todas, la STEDH de 8 de julio de 1986 (*Lithgow y otros c. Reino Unido*, 9006/80 y 9262, 9263, 9265, 9266, 9313 y 9405/81, § 120). Sobre las excepciones a este principio, Vid. Birgit Iris FISCHBORN (2010), *Enteignung ohne Entschädigung nach der EMRK?*, Mohr Siebeck, Tübingen.

⁴ Vid., por ejemplo, la STEDH de 23 de noviembre de 2000 (*exrey de Grecia y otros c. Grecia*, 25701/94, §§ 89 y ss.), que declaró que la República helénica, al haber expropiado sin indemnizar diversos bienes pertenecientes a la antigua familia real griega, había violado su derecho de propiedad. Vid., al respecto, Margarita JIMÉNEZ HORWITZ (2001), «La protección del derecho de propiedad en el marco del Convenio de Roma», *Derecho Privado y Constitución*, 15, págs. 239 y ss.

no en otras –por ejemplo, cuando se reglamenta el uso del correspondiente bien de acuerdo con el interés general⁵ o se persigue garantizar el pago de tributos o multas–.

Merecen ser citadas, en segundo lugar, las cláusulas expropiatorias contenidas en los cada vez más importantes acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones⁶. Por ejemplo, en el artículo 4.1 del Acuerdo celebrado entre el Reino de España y la República Popular de China para la promoción y protección recíproca de inversiones, de 14 de noviembre de 2005⁷, puede leerse que:

«1. Ninguna de las Partes Contratantes podrá expropiar, nacionalizar o tomar otras medidas semejantes de efecto equivalente a la nacionalización o expropiación (en adelante denominadas "expropiación") contra las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante en su territorio, a menos que se cumplan los requisitos siguientes:

- a) por causa de utilidad pública.
- b) con arreglo a un procedimiento legal interno.
- c) de manera no discriminatoria.
- d) y mediante indemnización.»

Uno de los más relevantes y difíciles problemas que plantean todos estos preceptos es el de precisar cuándo nos encontramos ante una expropiación y cuándo ante una delimitación de la propiedad. La importancia de la cuestión es de primer orden, pues de su resolución depende el que los perjudicados por las medidas ablatorias impuestas por el Estado tengan o no tengan derecho a obtener una compensación económica. Y la dificultad que encierra resolver este problema es, lamentablemente, también extraordinaria, pues los citados preceptos utilizan los conceptos de expropiación, privación o reglamentación sin ulteriores precisiones, y sin indicar pauta alguna que pueda servir para efectuar la distinción. Para colmo, ni los Tribunales ni los autores españoles han conseguido integrar satisfactoriamente esta laguna, formulando criterios suficientemente justificados que permitan deslindar entre ambas figuras con un mínimo de racionalidad, claridad y precisión.

⁵ *Vid.*, por ejemplo, la STEDH de 24 de octubre de 1986 (*Agosi c. Reino Unido*, 9118/80), que declaró que el Reino Unido, al confiscar unas monedas de oro introducidas ilegalmente en su territorio, no había violado el derecho de propiedad de la empresa alemana que las había vendido y no había podido cobrar su precio.

⁶ *Vid.* Vicki BEEN y Joel C. BEAUVAIS (2003), «The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine», *New York University Law Review*, 30, págs. 30 y ss.; Michael G. PARISI (2005), «Moving toward Transparency? An Examination of Regulatory Takings in International Law», *Emory International Law Review*, 19, págs. 383-426; Isabel GARCÍA RODRÍGUEZ (2005), *La protección de las inversiones extranjeras. Los acuerdos de promoción y promoción recíproca de inversiones celebrados por España*, Tirant lo Blanch, Valencia; Miguel BELTRÁN DE FELIPE (2007), «¿Puede haber responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas al margen de la LRJAPyPAC? El arbitraje internacional de inversiones (y el estándar universal de trato justo y equitativo) como inesperado sustitutivo de la legislación interna», *Revista General de Derecho Administrativo*, 16; Santiago MONTT (2009), *State Liability in Investment Treaty Arbitration. Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Hart Publishing, Oxford; Íñigo IRURETAGOENA AGIRREZABALAGA (2010), *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Bosch, Barcelona.

⁷ BOE núm. 164, de 8 de julio de 2008.

Es cierto que varias disposiciones legislativas han venido a concretar el concepto de expropiación, al definir con relativo detalle supuestos en los que debe compensarse a quienes han visto cómo se les privaba deliberadamente de determinados derechos por una causa de interés público⁸. También otros preceptos legales han hecho lo propio con el concepto opuesto, al establecer explícitamente que no son indemnizables ciertas medidas ablatorias⁹. Estas reglas, sin embargo, no resuelven enteramente el problema. En primer lugar, porque solo se aplican a casos muy concretos, subsistiendo otros muchos que carecen de una regulación pormenorizada análoga. En segundo término, porque tales preceptos pueden suscitar dudas interpretativas; es posible, por ejemplo, que no hayan precisado clara y concluyentemente las circunstancias bajo las cuales es obligado resarcir. Y, en tercer lugar, porque el legislador no es enteramente libre para denegar indemnizaciones. La ley no puede dejar sin compensación un sacrificio que, de acuerdo con la Constitución –u otra disposición suprallegal análoga–, constituye una expropiación. El concepto legal de expropiación debe contrastarse con su equivalente constitucional, comunitario o jurídico-internacional. El correspondiente texto legislativo deberá ser interpretado en un sentido conforme con la Constitución –o norma análoga– y, si no es posible encontrar una interpretación acorde, deberá ser declarado contrario a la misma y expulsado del ordenamiento jurídico.

Tras exponer y analizar críticamente las diversas pautas utilizadas por la jurisprudencia y la doctrina españolas con el objeto de distinguir entre expropiación y delimitación de la propiedad no indemnizable, trataremos de encontrar algún criterio justificado, racional, que nos permita efectuar esa distinción con la mayor precisión posible.

II. CRITERIOS USUALMENTE EMPLEADOS PARA EFECTUAR LA DISTINCIÓN

1. La naturaleza singular de la privación

De acuerdo con este criterio, las expropiaciones tendrían un carácter singular, afectarían a una o varias personas determinadas, mientras que las delimitaciones constituirían una regulación de índole general, dirigidas a una pluralidad indeterminada de sujetos¹⁰. Este es uno de los dos argu-

⁸ *Vid.*, a título ilustrativo, los «supuestos indemnizatorios» previstos en los apartados a), b), c) y e) del artículo 35 de la vigente Ley del Suelo (RDLeg 2/2008, de 20 de junio); los artículos 55.2, 61.3, 65.3, 65.4 y 76 del Texto Refundido de la Ley de Aguas (RDLeg 1/2001, de 20 de julio); y los artículos 22.3 y 36.3 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas.

⁹ *Vid.*, por ejemplo, el artículo 26.2 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación.

¹⁰ El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América ha utilizado en ocasiones un criterio parecido (*single out test*). En su voto particular a la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *Penn Central Transp. Co. v. New York City*, 438 U.S. 104 (1978), (págs. 147 y ss.), el Juez Rehnquist observa cómo «*the Court has ruled that a taking does not take place if the prohibition applies over a broad cross section of land...*»; «*it is exactly this imposition of general costs on a few individuals* [los costes que entrañaban, para los propietarios de aproximadamente cuatrocientos edificios sitios la ciudad de Nueva York, las prohibiciones urbanísticas derivadas de su calificación como monumentales] *at which the "taking" protection is directed*». Una posición distinta sostiene David BLANQUER (2010), *Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, vol. II, pág. 687, en cuya opinión «el carácter singular de la

mentos que el Tribunal Constitucional empleó para negar el carácter expropiatorio de algunas reformas legislativas de la función pública aprobadas en la década de los ochenta del siglo pasado, como el adelanto de la edad de jubilación de los funcionarios o el endurecimiento de su régimen de incompatibilidades ¹¹. Según el Alto Tribunal, el artículo 33.3 de la Constitución Española, al remitirse a lo dispuesto en las leyes, «tuvo en cuenta» el concepto de expropiación forzosa previsto en el artículo 1 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, donde aparece definida como «cualquier forma de *privación singular* de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos». Y en las leyes impugnadas no concurría

«el dato de la privación singular propia de toda expropiación, que implica una sustracción o ablación de un derecho, como "sacrificio especial" impuesto a uno o varios sujetos por razones de utilidad pública o interés social, pero no –como en la jubilación anticipada– una limitación, delimitación o regulación –general– del contenido de un derecho, que no les priva del mismo, sino que lo configura *ex novo* o modificando una situación normativa general anterior» ¹².

Es evidente, sin embargo, que este criterio, por sí solo, tiene escaso poder explicativo, pues hay regulaciones generales cuyo carácter expropiatorio nadie discute, ni siquiera el propio Tribunal Constitucional. Sirva como ejemplo la incorporación legislativa al dominio público marítimo-terrestre de los terrenos enclavados en las playas que antes eran de propiedad privada ¹³. Y, por otra parte, también encontramos privaciones singulares –*v. gr.*, el decomiso y demás medidas previstas en los artículos 127 y siguientes del Código Penal, o la revocación de ciertos actos administrativos declarativos de derechos ¹⁴– que no son consideradas expropiaciones y, en consecuencia, no hacen surgir el deber de indemnizar ¹⁵.

privación no se refiere ni al sujeto expropiado, ni a los bienes que le son despojados», sino «al beneficiario concreto» de aquella.

¹¹ Las SSTC 108/1986, de 29 de julio (FJ 22); 99/1987, de 11 de junio (FJ 6); 129/1987, de 16 de julio (FJ 4); 70/1988, de 19 de abril (FJ 3), y 100/1989, de 5 de junio (FJ 4), no obstante, declararon incidentalmente que los eventuales efectos negativos –consistentes en la «frustración de expectativas existentes y, en muchos casos, perjuicios económicos»– ocasionados por las reformas, «de no ser corregidos, [podían] merecer algún género de compensación», lo que propició que muchos de los afectados formularan pretensiones de indemnización por daños y perjuicios, que acabaron siendo desestimadas por el Tribunal Supremo. *Vid.* al respecto Fernando GARRIDO FALLA (1989), «Sobre la responsabilidad del Estado legislador», *Revista de Administración Pública*, 118, págs. 35 y ss.; María Jesús GALLARDO CASTILLO (1994), «Seis años de jurisprudencia sobre jubilaciones anticipadas: la consagración de la impunidad del legislador», *Revista de Administración Pública*, 133, págs. 343 y ss.

¹² STC 99/1987, de 11 de junio (FJ 6). *Vid.*, también, las SSTC 129/1987, de 16 de julio (FJ 4); y 41/1990, de 15 de marzo (FJ 4).

¹³ *Vid.* la STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 8.B).

¹⁴ *Vid.*, a título de ejemplo, el artículo 22 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Cfr. Blanca SORO MATEO (2009), «El resarcimiento en casos de revocación de licencias ambientales: una cuestión controvertida», *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, 15, págs. 61-80.

¹⁵ *Vid.* las SSTEDH de 24 de octubre de 1986 (*Agosi c. Reino Unido*, 9118/80), arriba citada, y 5 de julio de 2001 (*Phillips c. Reino Unido*, 41087/98), relativa al decomiso de ganancias provenientes del tráfico de drogas, así como las Decisiones del TEDH de 4 de septiembre de 2001 (*Riela y otros c. Italia*, 52439/99), relativa al decomiso de bienes pertenecientes a miembros de una organización mafiosa, y 27 de junio de 2002 (*Butler c. Reino Unido*, 41661/98), relativa al decomiso de dinero probablemente vinculado al tráfico de drogas.

2. La intensidad del sacrificio. La lesión del contenido esencial

Ante las insuficiencias del criterio de la privación singular, la jurisprudencia ha recurrido complementaria o alternativamente a otros que, de una manera u otra, se refieren a la intensidad –profundidad, gravedad o alcance objetivo– de la restricción impuesta por el Estado sobre los derechos considerados ¹⁶.

En una línea jurisprudencial que se inicia con su Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre (FJ 11), relativa a la Ley de Aguas, el Tribunal Constitucional combina dos reglas. La expropiación forzosa constituye, en principio, una «privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos», por lo que la «regulación general del contenido de un derecho», la configuración legal de derechos patrimoniales establecida con alcance general, quedaría comprendida en la categoría de las delimitaciones no indemnizables (I). No obstante, estas regulaciones generales tendrán naturaleza expropiatoria cuando desconozcan el contenido esencial del correspondiente derecho (II):

«La delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente» ¹⁷.

A este segundo criterio, postulado también por varios autores ¹⁸, se le puede objetar, por de pronto, que el contenido esencial a que se refiere el artículo 53.1 de la Constitución Española repre-

¹⁶ El Tribunal Supremo de los Estados Unidos se ha servido también de un criterio semejante (*diminution of value test*). En su Sentencia *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1922), a través de la pluma del Juez Holmes, considera que «Government hardly could go on if to some extent values incident to property could not be diminished without paying for every such change in the general law. As long recognized some values are enjoyed under an implied limitation and must yield to the police power. But obviously the implied limitation must have its limits or the contract and due process clauses are gone. One fact for consideration in determining such limits is the extent of the diminution. When it reaches a certain magnitude, in most if not in all cases there must be an exercise of eminent domain and compensation to sustain the act» (pág. 415); «while property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far it will be recognized as a taking» (pág. 415). En *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992), declara que «when the owner of real property has been called upon to sacrifice all economically beneficial uses in the name of the common good, that is, to leave his property economically idle, he has suffered a taking» (pág. 1.019). Como recuerda el Juez Stevens, en su voto particular a *First Lutheran Church v. Los Angeles County*, 482 U.S. 304 (1987), la doctrina jurisprudencial consolidada es que «a regulatory program that adversely affects property values does not constitute a taking unless it destroys a major portion of the property's value» (pág. 329).

¹⁷ *Id.*, asimismo, la STC 204/2004, de 18 de noviembre (FJ 5), relativa a la adquisición por el Estado de saldos de cuentas corrientes presuntamente abandonadas, y la STC 112/2006, de 5 de abril (FJ 10), relativa a la privación legislativa de derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos. La STC 170/1989, de 19 de octubre (FJ 8), identifica el contenido esencial del derecho de propiedad de unos terrenos incluidos en un Parque Regional con el «uso tradicional y consolidado» de los mismos.

¹⁸ *Id.* Javier BARNÉS VÁZQUEZ (1987), *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Madrid, págs. 369 y ss.; Ángel Manuel LÓPEZ Y LÓPEZ (1988), *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, págs. 164 y ss.; Juan Antonio CARRILLO DONAIRE (2003), *Las servidumbres administrativas*, Lex Nova, Valladolid, págs. 68 y ss. y 92 y ss.; Ferran PONS CÀNOVAS (2004), *La incidencia de las intervenciones administrativas en el derecho de propiedad*, Marcial Pons, Madrid, págs. 76 y ss.; María Astrid MUÑOZ GUIJOSA (2009), *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, Civitas, Madrid, págs. 234 y ss.

senta un parámetro de validez de las disposiciones legislativas –y, a fortiori, administrativas–, no un elemento definitorio del concepto de expropiación; constituye un límite que ni el legislador ni la Administración pueden franquear, ni siquiera a cambio de una compensación económica; la norma que vulnera el contenido esencial de un derecho no constituye una expropiación que hace surgir el deber de indemnizar, sino una norma inconstitucional ¹⁹.

A ello se añade que el concepto de contenido esencial es sumamente evanescente, indeterminado, por lo que en la práctica resulta inmanejable, inservible para efectuar la referida distinción con un mínimo de racionalidad y claridad. El Tribunal Constitucional español –«con más o menos acierto, pero, sin duda, en un alarde de valentía en la interpretación constitucional del que no han sido capaces otros Tribunales europeos» ²⁰– ha tratado de superar este obstáculo a través de dos caminos:

«El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales» ²¹.

Este criterio de inspiración platónica nos parece criticable, en primer lugar, por su carácter meta-positivo, pues no se infiere de norma alguna de nuestro ordenamiento jurídico. «El hecho de que la determinación del contenido esencial de un derecho exija acudir a conceptos e ideas jurídicas tradicionales, comúnmente aceptados entre los juristas, equivale a juzgar las leyes con parámetros extraconstitucionales» ²². En nuestra opinión, resulta antidemocrático que la medida última de lo constitucionalmente lícito sea la imagen –quizás deformada y desconectada de los valores constitucionales– que de las «esencias jurídicas» tenga la casta de los profesionales del Derecho. Se trata, además, de un criterio muy poco útil en los casos dudosos, que es precisamente donde adquieren

¹⁹ MIR PUIGPELAT (2002: 110 y 111).

²⁰ La ironía es de José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2008), «Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española», *Revista de Administración Pública*, 177, pág. 185.

²¹ STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 8), comentada en términos elogiosos por Luciano PAREJO ALFONSO (1981), «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 3, págs. 169 y ss.

²² LUIS PRIETO SANCHÍS (1990), *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, pág. 144.

especial importancia los criterios de demarcación, porque lo que a algunos intérpretes les parezca todavía «reconoscible» seguramente no se lo parecerá a otros.

La segunda vía «consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección»²³.

En sentido similar, posteriores Sentencias del Tribunal Constitucional declaran que una regulación legislativa general «no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho» de propiedad²⁴. El contenido esencial queda afectado cuando la norma impone una «pérdida esencial, o vaciamiento, de la utilidad económica» del bien considerado²⁵, cuando las obligaciones y cargas establecidas son «susceptibles de privar de toda rentabilidad económica o utilidad privada al derecho de propiedad»²⁶.

Este segundo camino conduce a resultados cuestionables. Debe observarse, por de pronto, que hay medidas ablatorias –como el comiso, la orden de destrucción de productos peligrosos o el sacrificio obligatorio de animales sospechosos de padecer determinadas enfermedades– que suponen un sacrificio total del correspondiente derecho o bien, que hacen absolutamente impracticable su ejercicio o aprovechamiento o que ocasionan una pérdida esencial de su utilidad económica, pero cuya naturaleza expropiatoria nadie sostiene. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llegado a declarar compatible con el artículo 1 del Protocolo adicional núm. 1 del CEDH una privación total de ciertos bienes inmuebles impuesta por la ley con carácter general y sin compensación alguna para los propietarios afectados²⁷.

Y, al contrario, podemos encontrar medidas que suprimen simplemente, a veces solo de manera temporal, algunas de las facultades que integran normalmente el contenido del derecho de propiedad y que, no obstante, se califican como expropiatorias y, desde luego, dan lugar a indemnización: piénsese, por ejemplo, en las ocupaciones temporales²⁸ o en la constitución coactiva de una servi-

²³ STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 8).

²⁴ SSTC 37/1987, de 26 de marzo (FJ 2); 170/1989, de 19 de octubre (FJ 8); 89/1994, de 17 de marzo (FJ 3); 204/2004, de 18 de noviembre (FJ 5); y 112/2006, de 5 de abril (FJ 10).

²⁵ STC 89/1994, de 17 de marzo (FJ 5).

²⁶ STC 61/1997, de 20 de marzo (FJ 34).

²⁷ STEDH (Gran Sala) de 30 de junio de 2005 (*Jahn y otros c. Alemania*, 46720/99, 72203 y 72552/01, §§ 93 y ss.). Sobre los antecedentes del caso y la solución contraria que en primera instancia le dio el TEDH, *vid.* Luis María Díez-PICAZO (2004), «¿Hay que indemnizar las privaciones generales de propiedad? En torno a la sentencia *Jahn y otros c. Alemania* de 22 de enero de 2004», *Revista Española de Derecho Europeo*, 12, págs. 597 y ss. *Vid.*, también, FISCHBORN (2010: 98 y ss.).

²⁸ *Vid.* los artículos 108 y ss. de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.

dumbre de paso de energía eléctrica²⁹. Nótese que esta servidumbre supone para el propietario del predio sirviente una restricción de sus facultades de uso menos intensa que la servidumbre de tránsito prevista en la Ley de Costas³⁰, que prácticamente priva a los terrenos afectados de casi cualquier posibilidad de aprovechamiento³¹. Y, sin embargo, aquella es indemnizable y esta no. Resulta difícil sostener, en fin, que la calificación como expropiatoria de una medida restrictiva de la propiedad depende exclusivamente de la intensidad de la restricción.

El Tribunal añade que la falta de respeto puede consistir asimismo en despojarlo de la «necesaria protección» o en «dificultarlo más allá de lo razonable». Cabría entender que aquí se está aludiendo, algo confusamente, al principio de proporcionalidad³², del que más adelante hablaremos.

3. El carácter especial del sacrificio

Aunque dicho criterio se confunde frecuentemente con el de la privación singular, es posible distinguirlos en un plano teórico. De acuerdo con aquel, «debe ser objeto de adecuada compensación o reparación la desventaja o pérdida patrimonial específica o especialmente intensa que algunos propietarios pueden sufrir» como consecuencia de las medidas consideradas³³. La teoría del sacrificio especial combina los criterios de la singularidad y de la magnitud del sacrificio: una ablación ha de calificarse como expropiatoria cuando afecta a un círculo relativamente reducido de personas de manera demasiado intensa³⁴. La pega de esta tesis es que nada dice acerca de los umbrales –relativos al número de perjudicados y a la entidad de la ablación– a partir de los cuales se entra en el terreno de la expropiación y se abandona el de la delimitación de la propiedad no indemnizable.

4. La ruptura de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas

Pudiera verse la solución en este principio. La expropiación «afecta a determinados ciudadanos entre todos, supone una ruptura de la igualdad ante los beneficios y las cargas públicas (arts. 14

²⁹ Vid. los artículos 52 y ss. de la Ley 54/1997, de 27 noviembre, del Sector Eléctrico.

³⁰ Vid. el artículo 27 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, así como el artículo 51 del Reglamento General para Desarrollo y Ejecución de esta Ley (RD 1471/1989, de 1 de diciembre).

³¹ Vid. Javier BARNÉS VÁZQUEZ (1990), «Ley de Costas y garantía indemnizatoria», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 2, pág. 102.

³² En este sentido, Markus GONZÁLEZ BEILFUSS (2003), *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Cizur Menor, Aranzadi, págs. 35, 41, 102 y ss.; Ángel CARRASCO PERERA (1984), «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11, pág. 60.

³³ Miguel SÁNCHEZ MORÓN (2005), *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, pág. 701.

³⁴ En sentido similar, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, en su Sentencia *Penn Central Transp. Co. v. New York City*, 438 U.S. 104 (1978), advierte cómo «*this Court, quite simply, has been unable to develop any "set formula" for determining when "justice and fairness" require that economic injuries caused by public action be compensated by the government, rather than remain disproportionately concentrated on a few persons*» (pág. 124).

y 31 de la Constitución), ruptura que habrá de ser restablecida mediante una indemnización»³⁵, que hace que «la carga pública que la extinción de la propiedad supone no recaiga sobre la sola persona del afectado y se reparta entre toda la colectividad, a través del sistema fiscal que nutre los fondos de que la indemnización procede»³⁶.

El problema es precisar cuándo se produce tal ruptura. No parece que el mero hecho de tratar desigualmente a los ciudadanos, imponiendo ciertas restricciones solo a algunos de ellos, implique una quiebra del principio. Desde luego, la jurisprudencia nunca ha considerado indemnizables absolutamente todos los sacrificios que los poderes públicos deliberadamente causan a determinados individuos o grupos de personas. Cabría entender que el principio de igualdad ante las cargas públicas únicamente exige la compensación de los sacrificios que suponen una diferencia injustificada, discriminatoria; recordemos que no toda desigualdad de trato vulnera el artículo 14 de la Constitución, sino solo aquella «que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable»³⁷. La pega es que esta teoría no ofrece pauta alguna para despejar el interrogante de cuándo existe o falta dicha justificación, a los efectos del artículo 33.3 de la Constitución.

5. Un criterio tautológico: la distinción entre derechos adquiridos y simples expectativas no indemnizables

En esta distinción se basó el Tribunal Constitucional para negar la naturaleza expropiatoria de reformas legislativas tales como la del adelanto de la edad de jubilación de ciertos funcionarios o la del endurecimiento de su régimen de incompatibilidades³⁸. Se afirma, por ejemplo, que:

³⁵ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2008), *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, t. II, pág. 246.

³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2008: 226). *Vid.*, también, la STS de 3 de abril de 2009 (rec. 11221/2004). Similar argumentación ha sido empleada en numerosas ocasiones por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. En su Sentencia *Monongahela Nav. Co. v. United States*, 148 U.S. 312 (1893), señala que la quinta enmienda de la Constitución «prevents the public from loading upon one individual more than his just share of the burdens of government, and says that when he surrenders to the public something more and different from that which is exacted from other members of the public, a full and just equivalent shall be returned to him» (pág. 325). En su Sentencia *Armstrong v. United States*, 364 U.S. 40 (1960), declara que el citado precepto «was designed to bar Government from forcing some people alone to bear public burdens which, in all fairness and justice, should be borne by the public as a whole» (pág. 49). La idea es ciertamente antigua. Según Samuel PUFENDORF (1672), *De ius naturae et gentium* (citamos por la traducción francesa de Jean BARBEYRAC, de 1706), t. II, Lib. VIII, Cap. V, § VII, pág. 416: «c'est une maxime de l'Equité Naturelle, que, quand il s'agit de fournir ce qui est nécessaire pour l'entretien d'une chose commune à plusieurs, chacun doit contribuer à proportion de la part qu'il ya, en sorte que personne ne soit considérablement surchargé en comparaison des autres. Mais, comme il arrive souvent, ou que les besoins pressans de l'Etat ne permettent pas de lever la quote part de chaque Citoyen; ou que certaines choses, qui appartiennent à quelques Particuliers, son nécessaires pour le Bien Public; en ce cas-là le Souverain peut s'en servir à un tel usage; bien entendu que les Propriétaires soient dédommages par les autres Citoyens de ce qui excède leur contingent».

³⁷ *Vid.*, entre otras, las SSTC 76/1990, de 26 de abril (FJ 9); 253/2004, 22 de diciembre (FJ 5), y 38/2007, de 15 de febrero (FJ 8), así como la STEDH de 12 de marzo de 2009 (*Gütl c. Austria*, 49686/1999, § 34).

³⁸ *Vid.* las SSTC 99/1987, de 11 de junio (FJ 6); 129/1987, de 16 de julio (FJ 4); 70/1988, de 19 de abril (FJ 3); 178/1989, de 2 de noviembre (FJ 9); 41/1990, de 15 de marzo (FJ 4); 42/1990, de 15 de marzo (FJ 5); 65/1990, de 5 de abril (FJ 7); 66/1990, de 5 de abril (FJ 7); y 67/1990, de 5 de abril (FJ 7).

«Solo son expropiables y, por tanto, indemnizables la privación de bienes y derechos o incluso intereses patrimoniales legítimos aún no garantizados como derechos subjetivos (por ejemplo, las situaciones en precario); pero en ningún caso lo son las expectativas. Más aún, la doctrina jurídica y la jurisprudencia consideran, casi unánimemente, que solo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales o futuros. En la medida en que, como se ha dicho reiteradas veces, no existe un derecho adquirido a que se mantenga una determinada edad de jubilación, debe concluirse que de lo que se ha privado a Jueces y Magistrados es de una expectativa, pero no de un derecho actual consolidado, con la consecuencia de que esa privación no es expropiatoria»³⁹.

El Tribunal invoca así una teoría, la de los derechos adquiridos, tan socorrida como inconsistente. Una teoría que ya hace mucho tiempo que ha perdido justa e irreversiblemente todo su crédito, por su carácter tautológico y por no suministrar criterios manejables que permitan distinguir entre derechos adquiridos y simples expectativas⁴⁰.

Obsérvese que con la expresión «derechos adquiridos» no se hace referencia a cualesquiera derechos, sino tan solo a aquellos que gozan de cierta resistencia frente a los cambios normativos. Se alude a los derechos que el legislador no puede sacrificar, o que no puede sacrificar sin la debida indemnización. Sirva como ejemplo la Sentencia que acaba de citarse. Poco antes de que se dictara la Ley Orgánica 6/1985, no se podía obligar a jubilarse a los jueces menores de setenta años. El ordenamiento jurídico a la sazón vigente les reconocía el derecho a no jubilarse mientras no alcanzaran tal edad. Pero los jueces perdieron ese derecho en virtud de la referida Ley Orgánica. A partir de su entrada en vigor, ya no podían evitar la jubilación forzosa al cumplir los sesenta y cinco años. Al negar que los jueces tuvieran un derecho adquirido al mantenimiento de la anterior edad de jubilación forzosa, el Tribunal Constitucional no estaba afirmando que aquellos carecieran, antes de que entrara en vigor la Ley Orgánica mentada, del derecho a no jubilarse hasta los setenta años, sino simplemente que el legislador podía limitar o suprimir este derecho sin compensar los perjuicios que la medida les causaba.

Se incurre en un razonamiento circular cuando, para demostrar que una ley carece de carácter expropiatorio, se afirma que la misma no supone la privación de «derechos adquiridos», es decir, que el legislador puede limitar o suprimir los derechos concernidos sin indemnizar a sus titulares. Se cae en una tautología, en una evidente petición de principio, cuando, para razonar por qué la Ley Orgánica 6/1986 no encierra una expropiación –del derecho al mantenimiento de la edad de jubilación–, se parte precisamente de la premisa de que los afectados carecen de un derecho a que se les mantenga una determinada edad de jubilación salvo que se les indemnice, lo cual está justamente por ver.

³⁹ STC 108/1986, de 29 de julio (FJ 20).

⁴⁰ *Vid.*, entre otros, Alejandro NIETO (1962), «Los derechos adquiridos de los funcionarios», *Revista de Administración Pública*, 39, págs. 241 y ss.; Francisco LÓPEZ MENUDO (1982), *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Instituto García Oviedo, Sevilla, págs. 91 y ss.; Miguel AZPITARTE (2008), *Cambiar el pasado*, Tecnos, Madrid, págs. 32 y ss.

Por lo demás, el Tribunal tampoco nos enseña cómo hay que distinguir los derechos y los intereses patrimoniales legítimos (que son indemnizables, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa) respecto de las simples expectativas (no indemnizables) ⁴¹. Especialmente difícil parece trazar los lindes supuestamente existentes entre estos dos últimos conceptos.

Resulta sumamente significativo, en fin, que el propio Tribunal Constitucional haya criticado esta doctrina en alguna de sus sentencias:

«Desde el punto de vista de la constitucionalidad, debemos rehuir cualquier intento de aprehender la huidiza teoría de los derechos adquiridos, porque la Constitución no emplea la expresión "derechos adquiridos" y es de suponer que los constituyentes la soslayaron, no por modo casual, sino porque la defensa a ultranza de los derechos adquiridos no casa con la filosofía de la Constitución, no responde a exigencias acordes con el Estado de Derecho que proclama el artículo primero de la Constitución; fundamentalmente, porque esa teoría de los derechos adquiridos, que obliga a la Administración y a los tribunales cuando examinan la legalidad de los actos de la Administración, no concierne al Legislativo, ni al Tribunal Constitucional cuando procede a la función de defensa del ordenamiento, como intérprete de la Constitución» ⁴².

6. Existencia de un beneficiario

Se ha propuesto utilizar, complementariamente, el criterio del beneficio (o del enriquecimiento). Según opinan varios autores:

«La privación de utilidades positivas, el sacrificio que el acto expropiatorio implica para el afectado, debe... traducirse paralelamente en un beneficio para alguien, bien mediante atribución directa e inmediata de aquellas utilidades (enriquecimiento, *lucrum emergens*)... bien mediante la cesación o eliminación de una situación dañosa (*damnum cessans*, enriquecimiento negativo)»; «donde no hay enriquecimiento, positivo o negativo, a favor de un beneficiario o de una suma de beneficiarios que eventualmente la Administración personifica en su posición común de "gestor del público", no hay expropiación, sino actos de poder que no generan un deber de indemnizar» ⁴³.

En sentido similar, el Tribunal Supremo, para negar el carácter expropiatorio de una medida en virtud de la cual el Banco de España acordaba la sustitución provisional de los órganos de administración de una entidad de crédito, ha declarado que:

⁴¹ *Vid.* un intento, a nuestro juicio infructuoso, en Concepción BARRERO RODRÍGUEZ (2002), «El respeto a los derechos adquiridos», *Documentación Administrativa*, 263-264, págs. 151 y ss.

⁴² STC 27/1981, de 20 de julio (FJ 10). *Vid.*, también, la STC 108/1986, de 29 de julio (FJ 19).

⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2008: 247 y 248). *Vid.*, asimismo, CARRILLO DONAIRE (2003: 97 y 98); PONS CÁNOVAS (2004: 85); BLANQUER (2010: 685 y ss.); Santiago MUÑOZ MACHADO (2011a), *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, Lustel, Madrid, t. IV, págs. 838 y ss.

«al margen de la utilidad pública que tiene la medida de sustitución, único elemento de similitud con la expropiación, falta el más esencial de esta institución, cual es el de *privar a los accionistas*, verdaderos titulares de la entidad, *de sus derechos en beneficio de otros*, cosa que no ha ocurrido»⁴⁴.

Este criterio no acaba de convencer. Y ello porque no solo las expropiaciones, sino todos, absolutamente todos, los actos de los poderes públicos—también los denominados «actos desfavorables»—deben reportar algún tipo de beneficio o utilidad para alguien: la Administración, por imperativo constitucional, debe actuar siempre al servicio de los intereses generales (art. 103.1 CE), y lo mismo vale decir para el legislador. Pudiera pensarse que nos encontramos frente a una expropiación solo cuando el círculo de los beneficiarios es relativamente reducido. Pero es dudoso que tal tesis se sostenga. De un lado, porque hay privaciones consideradas expropiatorias que solo benefician a la colectividad en general. Piénsese en «la expropiación de un edificio cuyo derribo permite realzar la belleza de un lugar histórico»⁴⁵ o en la prohibición de las corridas de toros⁴⁶. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo encontramos casos tales como el de la modificación del régimen urbanístico de ciertos terrenos de interés ambiental, en virtud de la cual quedan prohibidas las actividades de urbanización y edificación que antes estaban permitidas⁴⁷. O el de la prohibición de cazar impuesta, también por razones de conservación de ciertos espacios naturales, en una finca que hasta la fecha venía siendo explotada como un coto cinegético⁴⁸.

De otro lado, también hay privaciones no indemnizables que suponen una transferencia de riqueza en beneficio de otra persona. Sirva como ejemplo el decomiso de los instrumentos con los que se ha cometido un delito.

7. Vulneración del principio de protección de la confianza. Previsibilidad de la medida ablatoria. Establecimiento de medidas transitorias o compensatorias

El Tribunal Supremo ha declarado en varias ocasiones la llamada «responsabilidad patrimonial» del Estado por leyes conformes a Derecho, esto es, como consecuencia de normas ajustadas en sí mismas al ordenamiento jurídico, pero que suponen para determinadas personas un «sacrificio especial» que rompe el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas y que resultaría inconstitucional si no se compensara⁴⁹. Según lo vemos nosotros, no se trata de casos de

⁴⁴ STS de 14 de marzo de 2006 (rec. 624/2002). La cursiva es nuestra.

⁴⁵ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR (2004), *Principios de Derecho administrativo general*, Iustel, Madrid, t. II, pág. 445.

⁴⁶ Vid. la disposición adicional primera de la Ley catalana 28/2010, de 3 de agosto, de modificación del artículo 6 del texto refundido de la Ley de protección de los animales, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2008.

⁴⁷ Vid. las SSTs de 17 febrero de 1998 (rec. 327/1993), 9 de febrero de 1999 (rec. 340/1993) y 30 de junio de 2001 (rec. 8016/1995).

⁴⁸ Vid. la STS de 20 enero 1999 (rec. 5350/1994).

⁴⁹ Sobre esta jurisprudencia, Vid., entre otros, Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1999), «Responsabilidad del Estado legislador: pautas de la jurisprudencia para determinar la aplicación del artículo 139.3 de la Ley 30/1992», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 104, págs. 633 y ss.; Roberto GALÁN VIOQUE (2001), «De la teoría a la realidad de la responsabilidad del Estado legislador», *Revista de Administración Pública*, 155, págs. 307 y ss.; Juan Francisco MESTRE DELGADO

responsabilidad patrimonial, sino de leyes expropiatorias, que por razones de interés público infligen a sabiendas determinados perjuicios a ciertos individuos, restringiendo su esfera jurídica, sus derechos, sus intereses patrimoniales legítimos, aumentando los costes de las acciones que dichas personas habían realizado antes de que tales disposiciones fueran promulgadas.

Según el Tribunal, para determinar si hay un sacrificio especial indemnizable, deben ponderarse los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, que obligan a responder en casos de «alteración (*sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta económica y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias*) de las circunstancias económicas habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento» [la cursiva es nuestra] ⁵⁰.

Uno de los criterios utilizados para determinar si surge o no dicha responsabilidad –es decir, si se trata de una ley «materialmente expropiatoria» o de una delimitación no indemnizable– es, por consiguiente, el de la *previsibilidad* de la regulación establecida. El legislador impone un sacrificio especial indemnizable cuando establece de manera sorpresiva e imprevisible una regulación que frustra las inversiones efectuadas anteriormente por algunos ciudadanos al amparo de una situación jurídica en cuyo mantenimiento podían razonablemente confiar ⁵¹. Sirva un ejemplo ilustrativo.

El artículo 3.1 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, prohibió la venta al por menor de productos del tabaco en establecimientos donde hasta entonces estaba permitida, perjudicando de esa manera a quienes venían explotando dichos locales. El Tribunal Supremo, en una copiosa jurisprudencia, está desestimando las pretensiones de responsabilidad formuladas por los afectados, aduciendo que:

«Los efectos económicos que hipotéticamente por la aplicación de la nueva Ley de Medidas Sanitarias contra el tabaquismo se pudieran ocasionar a determinados establecimientos... *eran pre-visibles y se pudieron evitar y paliar dado que el procedimiento de elaboración de la referida Ley al*

(2004), «La responsabilidad patrimonial del Legislador», *Revista General de Derecho Administrativo*, 7; Francisco LÓPEZ MENDUO, Emilio GUICHOT REINA y Juan Antonio CARRILLO DONAIRE (2005), *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, Valladolid, págs. 317 y ss. En tono sumamente crítico, Vid. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (2005), *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Civitas, Madrid.

⁵⁰ STS de 13 de febrero de 1997 (rec. 399/1995).

⁵¹ Un criterio semejante (*investment-backed expectations*) ha utilizado el Tribunal Supremo de los Estados Unidos para definir las regulaciones expropiatorias. En su Sentencia *Penn Central Transp. Co. v. New York City*, 438 U.S. 104 (1978), se declara que para determinar cuándo nos hallamos ante una expropiación hay que tener en cuenta varios factores, y a estos efectos «*the economic impact of the regulation on the claimant and, particularly, the extent to which the regulation has interfered with distinct investment-backed expectations are, of course, relevant considerations*» (pág. 124); la jurisprudencia del Tribunal ha negado la naturaleza expropiatoria de regulaciones que resultaban perjudiciales para ciertos ciudadanos, pero que no interferían «*with interests that were sufficiently bound up with the reasonable expectations of the claimant to constitute "property" for Fifth Amendment purposes*» (pág. 125); y ha entendido que «*a state statute that substantially furthers important public policies may so frustrate distinct investment-backed expectations as to amount to a "taking"*» (pág. 127).

afectar a la salud de los ciudadanos y responder a las directrices de la Unión Europea tuvo una gran repercusión social; de ahí, no podemos afirmar que se quebrantara el principio de la confianza legítima, máximo como ya hemos apuntado, la autorización que tenía la demandante estaba condicionada por determinadas restricciones...

Nos encontramos ante una situación producida por la aplicación de un acto legislativo de naturaleza no expropiatoria, que "per se" ni impone ni exige un sacrificio patrimonial singular y especial de derechos o intereses económicos legítimos para unas personas, como la demandante, *ya que pudieron prever la repercusión económica que directa o indirectamente pudiera incidir en su negocio, sujeto a determinadas prohibiciones o limitaciones según el título pseudoconcesional por el que estaba autorizado»* [la cursiva es nuestra] ⁵².

El Tribunal Supremo también ha ponderado, a la hora de juzgar si los daños causados por una ley ajustada a Derecho eran o no indemnizables, si el Estado había previsto *medidas transitorias o compensatorias* que mitigasen los perjuicios que la nueva regulación legislativa ocasionaba a determinadas personas. En su Sentencia de 13 de febrero de 1997 (rec. 399/1995), por ejemplo, entiende que los perjuicios profesionales que para los agentes de aduanas se habían derivado de la entrada en vigor del Acta Única Europea no constituían un sacrificio especial, por varias razones:

- 1.^a «La medida de ingreso en el mercado común europeo no se adoptó de manera inopinada y brusca, sino que... fue conocida desde mucho tiempo antes de ser adoptada».
- 2.^a Una vez adoptada, todavía pasaron casi siete años hasta que se levantaron definitivamente las barreras aduaneras, por lo que «no pudo pasar inadvertida a los recurrentes, que no podían desconocer los efectos que iba a producir en el desarrollo de su actividad».
- 3.^a A lo largo de ese periodo de tiempo se tomaron «medidas de orden transitorio y progresivo para la gradual reducción de las barreras aduaneras», acompañadas de otras «encaminadas a paliar los efectos negativos que para los agentes de aduanas y para los que trabajan en sus despachos iba a suponer la modificación».
- 4.^a Durante ese lapso temporal «se produjo una situación especialmente favorable para la adaptación o reacomodación de la labor profesional de los afectados», pues no se redujo su actividad, sino que, por el contrario, aumentó el volumen de sus operaciones.

Estas soluciones contrastan con la que el mismo Tribunal dio al caso de los aranceles pesqueros ⁵³. Los actores, que habían efectuado fuertes inversiones en la constitución de empresas pesqueras estimulados, principalmente, por las considerables exenciones arancelarias que la legislación española a la sazón vigente preveía para fomentar esta actividad, reclamaban el resarcimiento de los perjuicios que les había ocasionado la supresión de estos beneficios fiscales como consecuencia del ingreso de España en las Comunidades europeas. El Alto Tribunal declaró la responsabilidad del

⁵² STS de 29 de abril de 2010 (rec. 591/2008). *Vid.*, también, la STS de 22 de junio de 2010 (rec. 564/2008).

⁵³ *Vid.* las SSTs de 5 marzo 1993 (rec. 1318/1990), 27 de junio de 1994 (rec. 300/1988) y 16 de septiembre de 1997 (rec. 265/1988).

Estado, a pesar de que este ingreso no se decidió de manera inopinada y brusca, sino que era previsible desde mucho tiempo antes de producirse, y de que las referidas exenciones tampoco se suprimieron inmediatamente, sino de manera progresiva durante un periodo de siete años.

8. Carácter nocivo de la actividad cuyo ejercicio se limita

Se ha propuesto como criterio adicional de demarcación la «licitud o ilicitud de la situación objeto de privación», esto es, su «condición de beneficiosa o maligna desde el punto de los valores sociales generalmente aceptados». Así, no cabría calificar como una privación indemnizable, por ejemplo, la prohibición impuesta a una empresa farmacéutica de comercializar un medicamento cuando el progreso científico ha revelado que es gravemente nocivo para la salud⁵⁴.

El problema de este criterio es que, en apariencia, solo resulta determinante cuando la privación recae sobre situaciones o actividades notablemente nocivas para la comunidad –v. gr., cuando se decomisan las ganancias provenientes de un delito–, pero no en los demás casos. No da la impresión, por ejemplo, de que el derecho de los funcionarios a seguir trabajando sin jubilarse hasta los setenta años resulte socialmente más dañino que el derecho de ciertas empresas pesqueras a seguir disfrutando de exenciones arancelarias incompatibles con el mercado común europeo.

9. Recapitulación

Habida cuenta de las insatisfactorias consecuencias a las que conduce la utilización de solo uno de los mentados criterios, tanto la jurisprudencia como la doctrina suelen emplear varios cumulativamente⁵⁵, formando imaginativas composiciones. El cuadro resultante es de un «eclecticismo

⁵⁴ SANTAMARÍA PASTOR (2004: 445). Según José Eugenio SORIANO (2002), «Expropiación y competencia: coincidencias y diferencias. La ruptura retroactiva de contratos lícitamente celebrados», *Revista de Administración Pública*, 159, págs. 45 y ss., en la «base de la distinción» está el carácter «lícito» o «ilícito» de las situaciones que se sacrifican. También el Tribunal Supremo estadounidense se ha servido en varias ocasiones de un criterio semejante (*noxious use test*), al menos desde su Sentencia *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887), donde se niega el carácter expropiatorio de la prohibición de fabricar bebidas alcohólicas, aduciendo que «a prohibition simply upon the use of property for purposes that are declared, by valid legislation, to be injurious to the health, morals, or safety of the community cannot in any just sense be deemed a taking or an appropriation of property for the public benefit... The power which the States have of prohibiting such use by individuals of their property as will be prejudicial to the health, the morals, or the safety of the public is not, and, consistently with the existence and safety of organized society, cannot be, burdened with the condition that the State must compensate such individual owners for pecuniary losses they may sustain by reason of their not being permitted, by a noxious use of their property, to inflict injury upon the community. The exercise of the police power by the destruction of property which is itself a public nuisance, or the prohibition of its use in a particular way, whereby its value becomes depreciated, is very different from taking property for public use or from depriving a person of his property without due process of law. In the one case, a nuisance only is abated; in the other, unoffending property is taken away from an innocent owner» (págs. 668 y 669).

⁵⁵ Recordemos, a título ilustrativo, que la STC 99/1987 (FJ 6) utiliza los cánones de la «privación singular» y de los «derechos adquiridos»; la STC 227/1988 (FJ 11), los cánones de la «privación singular» y del «contenido esencial»; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2008: 245 y ss.), los de la «privación singular», el «despojo de la sustancia» y la «existencia de un beneficiario»; Luis MONTÉS (1980), *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid,

descorazonador»⁵⁶. La situación produce desazón, en primer término, porque no se explica cuál es el fundamento de cada uno de los cánones, ni la razón por la cual hay que combinarlos, ni por qué en un caso se escoge una combinación y en otro parecido una distinta, ni cuál ha de ser el criterio prevalente en caso de que dos o más de ellos indiquen soluciones diferentes⁵⁷. En segundo lugar, la falta de articulación y la indeterminación intrínseca de los criterios empleados provoca una enorme inseguridad. De ahí que se nos prevenga acerca de lo complicado que resulta «transitar por un terreno tan escabroso»⁵⁸, «resbaladizo» y «penoso»⁵⁹ como este, donde el límite entre privación y delimitación «no es siempre fácil de determinar»⁶⁰.

Este no es, ciertamente, un problema peculiar del Derecho español. También en otros ordenamientos jurídicos dista mucho de estar clara la distinción entre expropiación y delimitación de la propiedad no indemnizable⁶¹. También allí la doctrina vertida en la materia por los Tribunales está plagada de inconsistencias, oscuridades, elementos asistemáticos y afirmaciones apodícticas. Pero la

págs. 212 y ss., los de la «intervención singular», la «transferencia de una ventaja a otro sujeto» y el «contenido esencial»; SANTAMARÍA PASTOR (2004: 443), los de la «privación singular», la «existencia de un beneficiario» y el «carácter socialmente beneficioso o maligno» de la situación objeto de privación; SANTIAGO MUÑOZ MACHADO (2011a: 838 y ss.), los de la «singularidad», la «desproporción respecto de un particular o grupos de ciudadanos concretos», la «intensidad» del sacrificio, así como el de la correlativa existencia de un «beneficio» o «enriquecimiento» de un tercero. De este último autor, *Vid.*, también (2011b), «Regulaciones económicas y despojos patrimoniales. Sobre los límites de la intervención de entidades de crédito por el Banco de España: el ejemplo de las Cajas de Ahorros», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 19, págs. 66 y ss.

⁵⁶ CARRILLO DONAIRE (2003: 96).

⁵⁷ PONS CÁNOVAS (2004: 86) echa en falta «un sistema robusto y fiable que permita diferenciar claramente las intervenciones delimitadoras de las expropiatorias». FERNANDO REY MARTÍNEZ (1994a), «Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada», *Derecho Privado y Constitución*, 4, pág. 197, señala la «insuficiencia teórica de los criterios» que el Tribunal Constitucional ha empleado para efectuar la distinción. En la monografía del mismo autor (1994b), *La propiedad privada en la Constitución española*, CEC, Madrid, se advierte que el problema «no se ha resuelto hasta el momento de modo muy solvente» (pág. 381); «sería deseable que la doctrina del TC... se orientara en lo sucesivo hacia criterios mejor fundados» (pág. 405). Según MAR AGUILERA VAQUÉS (2008), «Propuestas para definir los límites constitucionales a la regulación de la propiedad privada (*regulatory takings* v. regulaciones inconstitucionales de la propiedad)», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, coord. MARC CARRILLO, Madrid, CEPC, vol. 2, pág. 947, n. 18, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional es aquí «cuando menos, confusa».

⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2008: 250).

⁵⁹ SANTAMARÍA PASTOR (2004: 444 y 445). En la edición de 2009 desaparece el adjetivo «penoso» (pág. 451).

⁶⁰ STC 170/1989, de 19 de octubre (FJ 8).

⁶¹ Respecto de los Estados Unidos de América *Vid.*, por ejemplo, CAROL M. ROSE (1984), «Mahon Reconstructed: Why the Takings Issue is Still a Muddle», *Southern California Law Review*, 57-4, págs. 561-602, cuyo célebre título no puede ser más ilustrativo. En palabras de WILLIAM MICHAEL TREANOR (1995), «The Original Understanding of the Takings Clause and the Political Process», *Columbia Law Review*, 95, pág. 880, «modern Supreme Court takings jurisprudence is famous for its incoherence». El Juez Stevens, en su voto particular a *Nollan v. California Coastal Commission*, 483 U.S. 825 (1987), advertía que «even the wisest lawyers would have to acknowledge great uncertainty about the scope of this Court's takings jurisprudence» (pág. 866). Respecto de Alemania, *Vid.* JOCHEN ROZEK (1998), *Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung*, Mohr Siebeck, Tübingen; ULRICH HÖSCH, *Eigentum und Freiheit: ein Beitrag zur inhaltlichen Bestimmung der Gewährleistung des Eigentums durch artículo 14 Abs. 1 Satz 1 GG*, Mohr Siebeck, Tübingen, págs. 207 y ss. En castellano, todavía son interesantes los estudios de LUCIANO PAREJO ALFONSO (1978), «La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán (II)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 19, págs. 541-570; y JESÚS JORDANO FRAGA (1995), «Medio ambiente versus Propiedad: "Expropiaciones Legislativas" en el Derecho Ambiental Americano», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 85, págs. 67-92, sobre los Derechos alemán y estadounidense, respectivamente.

circunstancia de que en nuestro ordenamiento el derecho de propiedad no sea tutelable a través del proceso de amparo ha propiciado que la jurisprudencia constitucional relativa a este precepto haya resultado singularmente pobre ⁶². La imposibilidad de recurrir en amparo las violaciones del artículo 33 de la Constitución ha determinado que el máximo intérprete de este precepto haya tenido pocas ocasiones de pronunciarse sobre su concreto significado a la luz de las circunstancias singulares de los variados casos que se presentan en la realidad. Y las que ha tenido no las ha aprovechado como hubiera sido deseable.

El panorama, sin embargo, también tiene un punto fascinante, por cuanto en prácticamente todos los criterios empleados por la doctrina y la jurisprudencia para efectuar la referida distinción subyace una cierta racionalidad económica ⁶³, como seguidamente podremos comprobar.

III. EL PROBLEMA DESDE UNA PERSPECTIVA ECONÓMICA

1. Hay expropiación cuando los beneficios sociales de compensar la restricción de un derecho superan a sus costes

La económica es una perspectiva consecuencialista. Las soluciones jurídicas se evalúan en función de sus consecuencias, favorables o desfavorables, para el bienestar social. La consecuencia práctica de la distinción entre expropiación y delimitación de la propiedad reside, fundamentalmente, en que en el primer caso hay una obligación de indemnizar que no existe en el segundo. Y cada una de ambas soluciones tiene ventajas y desventajas para los intereses del conjunto de los ciudadanos. Desde el punto de vista de la racionalidad económica, habrá que escoger, obviamente, aquella alternativa que maximice la satisfacción de dichos intereses. El problema se plantea, por lo tanto, en los siguientes términos: existirá una expropiación cuando los beneficios sociales derivados de indemnizar superen a sus costes sociales o, dicho de otra manera, cuando los costes que a la comunidad le ocasionaría no pagar el justiprecio exceden los beneficios que obtendría si se lo ahorrra; en caso contrario, nos hallaremos frente a una delimitación de la propiedad no indemnizable. La solución pasa, pues, por precisar y ponderar cuidadosamente los unos y los otros.

⁶² José María BAÑO LEÓN (2009), «El contenido esencial de la propiedad en el contexto del Derecho europeo», en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, Zaragoza, vol. II, págs. 1.781 y ss.

⁶³ Lo cual es coherente con la tesis según la cual el *common law* (o sea, el Derecho de origen judicial) tiende a ser económicamente eficiente. *Vid.*, entre otros muchos, Paul H. RUBIN, (1977), «Why is the Common Law Efficient?», *Journal of Legal Studies*, 6, págs. 51-63; George PRIEST (1977), «The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules», *Journal of Legal Studies*, 6, págs. 65-82; John GOODMAN (1978), «An American Theory of the Evolution of the Common Law», *Journal of Legal Studies*, 7, págs. 393 y ss.; Robert D. Cooter y Lewis KORNHAUSER (1990), «Can Litigation Improve the Law without the Help of Judges?», *Journal of Legal Studies*, págs. 139 y ss.; Todd J. ZYWICKI (2003), «The Rise and Fall of Efficiency in the Common Law: A Supply-Side Analysis», *Northwestern University Law Review*, 97:4, págs. 1.551-1.663. La explicación más socorrida es que, dado que las reglas ineficientes resultan más costosas para los justiciables que las eficientes, estos tenderán a cuestionar, a impugnar, ante los Tribunales las primeras más frecuente e intensamente que las segundas, por lo que es más probable que aquellas acaben siendo rectificadas y tiendan a desaparecer.

2. Beneficios sociales de indemnizar (costes de no compensar)

A) Se asegura el riesgo de sufrir privaciones por causas de interés público

Una de las funciones del derecho de propiedad consiste en proporcionar una cierta seguridad a los propietarios, principalmente frente al peligro de que sus bienes les sean arrebatados⁶⁴. Cabría pensar, por lo tanto, que el hecho de que el Estado pueda sacrificar determinados derechos o bienes sin compensar a sus titulares arrojará sobre los mismos un riesgo nada desdeñable.

El deber de indemnizar funciona así como una suerte de seguro contra el riesgo de sufrir (ciertas) privaciones⁶⁵. Al diseminar el coste del eventual sacrificio entre todos los contribuyentes, la Administración pública es capaz de soportarlo más eficientemente que los propietarios afectados, que a falta de compensación tendrían que asumirlo ellos solos. La Administración puede considerarse a estos efectos neutral frente al riesgo, a diferencia de los ciudadanos, que normalmente serán aversos al mismo.

Alguien es neutral al riesgo cuando es indiferente entre una renta segura (v. gr., cazar un pájaro) y otra incierta (de resultados variables) cuyo valor esperado es idéntico (v. gr., un 99% de probabilidades de no cazar pájaro alguno y un 1% de probabilidades de cazar cien)⁶⁶. Un sujeto padece tal aversión cuando prefiere una renta segura a otra incierta que tiene el mismo valor esperado (v. gr., prefiere pájaro en mano que ciento volando, cada uno de ellos con un 1% de probabilidades de ser atrapado). Y cuanto mayor sea su renuencia al riesgo, más costoso le resultará soportarlo y más estará dispuesto a pagar para eludirlo. El grado de renuencia dependerá, entre otros factores, de la magnitud del riesgo en relación con la riqueza del sujeto en cuestión: la aversión aumentará conforme haga lo propio el porcentaje de su riqueza arriesgado⁶⁷. He aquí la razón por la cual el Estado, de ordinario, será mucho menos relucante al riesgo de asumir el coste de una privación por causa de utilidad pública que los afectados singularmente por la misma, pues ese coste representará normalmente un porcentaje casi insignificante del patrimonio estatal y una porción significativamente mayor del patrimonio de estos.

⁶⁴ *Vid.*, por ejemplo, Steven SHAVELL (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, págs. 20 y 21.

⁶⁵ Esta sería la principal función de tal deber, según Lawrence BLUME y Daniel L. RUBINFELD (1984), «Compensation for Takings: An Economic Analysis», *California Law Review*, 72, págs. 571 y ss.

⁶⁶ *Vid.*, por ejemplo, R. S. PYNDYCK y D. L. RUBINFELD (2001), *Microeconomía*, trad. Esther Rabasco y Luis Toharia, Prentice Hall, Madrid, págs. 157 y ss.

⁶⁷ K.J. ARROW (1971), *Essays in the Theory of Risk Bearing*, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, formuló dos hipótesis: en relación con la riqueza, la aversión absoluta al riesgo es decreciente (I), mientras que la aversión relativa es decreciente (II). Es decir, la renuencia de un individuo frente a una apuesta arriesgada disminuye conforme se vuelve más rico, permaneciendo constantes, en términos absolutos, las posibles pérdidas o ganancias (I). Por el contrario, crece si aumentan tanto su riqueza como, proporcionalmente, las eventuales pérdidas y ganancias (II). Algunos estudios experimentales corroboran la primera hipótesis –que es la que aquí interesa–, pero no la segunda. *Vid.*, por ejemplo, Haim LEVY (1994), «Absolute and Relative Risk Aversion: An Experimental Study», *Journal of Risk and Uncertainty*, 8-3, págs. 289 y ss.

Cargar a los propietarios con el riesgo de una privación no compensada acarreará, por consiguiente, un coste evitable, que será tanto más elevado cuanto mayor sea su reluctancia al riesgo, que a su vez dependerá, como ya sabemos, de la magnitud de la privación en relación con su nivel de riqueza. Cabe considerar justificado, pues, el criterio de la intensidad del sacrificio, que tanto la jurisprudencia como la doctrina suelen emplear para determinar cuándo nos encontramos frente a una expropiación: cuanto más grave, «profunda», resulta la restricción de un derecho, más probable es que sea considerada una intervención expropiatoria, porque dejarla sin una compensación entrañaría más costes para el propietario y, a la postre, para todos. Por la misma razón resulta acertado ponderar a dichos efectos la previsión de medidas transitorias y compensatorias, en la medida en que mitigan la magnitud del sacrificio y, consiguientemente, el riesgo soportado por los perjudicados.

B) *Se incentiva la realización de actividades socialmente valiosas*

Otra función del derecho de propiedad es la de ofrecer a los propietarios un incentivo para que trabajen, adquieran cosas, las conserven y las mejoren. Si no existiera este derecho, si el ordenamiento jurídico no asegurara a los individuos la propiedad de los frutos de su trabajo y de sus inversiones, estos trabajarían menos de lo socialmente deseable, sus esfuerzos dedicados a conservar y mejorar ciertas cosas no alcanzarían el punto que resulta óptimo desde el punto de vista del bienestar social⁶⁸.

Cabría pensar, por lo tanto, que el hecho de que el Estado pueda sacrificar determinados derechos o bienes sin compensar a sus titulares desincentivará que estos trabajen e inviertan en la adquisición, conservación, mantenimiento y mejora de aquellos.

Imaginemos, por ejemplo, que el Gobierno de un país decide nacionalizar sin compensación alguna las empresas extranjeras que venían explotando, en virtud de un derecho de exclusiva, ciertos recursos naturales. Es probable que esta falta de indemnización tenga unos efectos demoledores sobre las inversiones extranjeras en dicho país. No cabe esperar que a partir de entonces muchos empresarios sigan invirtiendo allí, asumiendo el riesgo de sufrir confiscaciones semejantes, cuando pueden orillararlo dirigiéndose hacia otros Estados donde en casos análogos sí se indemniza.

La gravedad de los perjuicios sociales derivados de este efecto disuasorio que produce el riesgo de una confiscación dependerá, en primer lugar, del valor que para la comunidad tenga la actividad que se desincentiva y que condujo a la adquisición del correspondiente derecho. Si, por ejemplo, se trata de conductas nocivas, que engendran serias externalidades negativas, desalentarlas será incluso beneficioso. Si, por el contrario, constituyen actuaciones que originan externalidades positivas, desincentivarlas será pernicioso. Es seguramente por todo ello que las medidas privativas de derechos dirigidas a corregir situaciones de enriquecimiento injusto o «beneficios caídos del cielo» (*windfall profits*) pueden no ser indemnizables⁶⁹. Estas privaciones no desalientan conductas valio-

⁶⁸ *Vid.*, por ejemplo, SHAVELL (2004: 11 y ss.).

⁶⁹ *Vid.* la STEDH de 23 de octubre de 1997 (*National & Provincial Building Society y otros c. Reino Unido*, 21319, 21449 y 21675/1993), que enjuició un caso en el que varias disposiciones normativas habían pretendido corregir (v. *gr.*, privando a los contribuyentes afectados de su derecho a obtener la devolución de ciertos ingresos indebidos) un defecto

sas para la sociedad, porque quienes se enriquecieron injustamente u obtuvieron el celestial beneficio nada socialmente provechoso hicieron para merecerlo.

La magnitud de los perjuicios provocados por el efecto-desaliento estarán en función, en segundo término, de lo elástica o sensiblemente que responda el volumen de la actividad desalentada ante un sacrificio sin resarcimiento. Esta elasticidad dependerá de lo que le cueste a la gente prescindir de los derechos o bienes sacrificados e invertir en otros sustitutivos: cuanto más costoso resulte, menos necesario será indemnizar. Estos costes variarán, a su vez, en función de diversos factores ⁷⁰, cuando menos:

- 1.º De la facilidad con la que puedan adquirirse otros bienes que satisfagan la misma necesidad que el que ha sido sacrificado, así como del grado de satisfacción de esa necesidad que proporcionen dichos bienes sustitutivos. De ahí que en un mundo cada vez más globalizado resulte cada vez más aconsejable indemnizar el sacrificio de inversiones efectuadas por las empresas, habida cuenta de lo relativamente sencillo que ahora les resulta trasladar su dinero de un país a otro, así como de la elevada fungibilidad que para ellas tienen los bienes en los que invierten.
- 2.º De la magnitud relativa del sacrificio. Cuanto mayor es el porcentaje de la renta de los consumidores que representa el precio de un producto, mayor tiende a ser la elasticidad-precio de su demanda, es decir, más sensiblemente responde la cantidad demandada del mismo a una variación de su precio. La causa es que la gente presta más atención a la adquisición de aquellos productos que son relativamente más caros, porque el coste relativo de informarse y buscar alternativas es menor. Por la misma razón, cuanto mayor sea la reluctancia al riesgo de una confiscación, más sensiblemente reaccionarán frente al mismo los propietarios.

técnico de la normativa reguladora de un tributo, que había provocado que ciertas rentas quedaran libres de gravamen. *Vid.*, también, la STEDH (Gran Sala) de 30 de junio de 2005 (*Jahn y otros c. Alemania*, 46720/99, 72203 y 72552/01, §§ 93 y ss.), arriba citada. Los hechos del caso eran, en síntesis, los siguientes. Durante el régimen comunista se produjo en la República Democrática Alemana un proceso de reforma agraria en virtud de la cual se distribuyeron parcelas entre la población. Estas podían ser transmitidas mortis causa siempre que los herederos se comprometieran a explotarla. Si no se cumplía esta condición, debían restituirlas al Estado. En la práctica, sin embargo, se cometieron irregularidades; el incumplimiento de la mentada condición no siempre fue seguido de la restitución; frecuentemente, el titular de la parcela que aparecía inscrito en el Registro del Suelo no la explotaba, como era preceptivo. Poco antes de la reunificación, una Ley de la República Democrática que entró en vigor el 16 de marzo de 1990 («Ley Modrow») convirtió los certificados de atribución de parcelas en títulos de propiedad privada. Después de la reunificación, una Ley de la República Federal de Alemania de 14 de julio de 1992 estableció, entre otras cosas, que solo podían considerarse propietarios de fincas procedentes de la mentada reforma agraria, por haberlas heredado, quienes a fecha de 15 de marzo de 1990 ejercieran una actividad en los sectores de la agricultura, la explotación forestal o la industria alimentaria, o hubiesen realizado alguna de esas actividades en los diez años anteriores. Los recurrentes habían adquirido mortis causa sus respectivas parcelas antes del 15 de marzo de 1990, y aparecían como titulares de las mismas en el Registro del Suelo, pero ninguno de ellos se había dedicado a alguna de las actividades referidas. Todos ellos se vieron privados, sin compensación, de la propiedad de estas fincas, que fueron adquiridas gratuitamente por diversos *Länder*. El TEDH consideró en ambas sentencias que no se había vulnerado el derecho a la propiedad privada de los demandantes. En la segunda advierte, entre otras cosas, que «given the "windfall" from which the applicants undeniably benefited as a result of the Modrow Law (...), the fact that this correction was made without paying any compensation was not disproportionate» (§ 116).

⁷⁰ *Vid.*, mutatis mutandi, R. H. FRANK (2008), *Microeconomics and Behaviour*, McGraw-Hill, págs. 118 y ss., en relación con los factores determinantes de la elasticidad-precio de la demanda de un bien.

Hay quien ha defendido, por ello, que los Tribunales deberían utilizar, para distinguir entre expropiaciones y delimitaciones no indemnizables, el criterio de la magnitud del sacrificio impuesto a cada ciudadano en relación con su riqueza: deberían considerarse expropiatorias aquellas regulaciones que destruyen una porción significativa del patrimonio global de un individuo ⁷¹. La aplicación de este criterio, sin embargo, daría lugar a soluciones ciertamente chocantes. Imaginemos una disposición administrativa que ocasiona el mismo decremento patrimonial –de 30.000 euros– a cada una de las personas afectadas por la misma. De acuerdo con dicho criterio, sería perfectamente posible que solo algunas de ellas, las más pobres, tuvieran derecho a ser indemnizadas, en tanto en cuanto únicamente ellas se hubiesen visto privadas por la Administración de una parte importante de su patrimonio.

Los Tribunales, desde luego, no suelen aplicar este criterio, sino otro parecido: el de la disminución de valor que experimenta el bien como consecuencia de la regulación ($V_0 - V_1$) ⁷² en relación con el valor que el mismo tenía antes de ser regulado (V_0). Recuérdese, en este sentido, la doctrina del contenido esencial sostenida por nuestro Tribunal Constitucional. Este criterio nos parece mucho más razonable que el anterior. De un lado, porque la ratio $(V_0 - V_1)/V_0$ es típicamente un indicador aceptable de la magnitud del sacrificio en relación con la riqueza de los afectados. De otro lado, y sobre todo, porque con tal criterio se evita un importante riesgo: si la obligación de indemnizar dependiera de la riqueza de cada perjudicado, la Administración tendería a privar de sus bienes a los más ricos de manera selectiva y discriminatoria, con el fin de ahorrarse indemnizaciones, incurriendo para ello en ineficiencias.

Por lo demás, debe advertirse que si la única función del justiprecio expropiatorio fuese la de asegurar e incentivar las inversiones frente al riesgo de ser sacrificadas por causas de utilidad pública, cabría cuestionar muy seriamente su existencia, por cuanto los seguros privados pueden cumplir dicha función con un coste probablemente menor. De hecho, ese es el principal argumento empleado por algunos autores para postular *de lege ferenda* que el Estado no debería compensar las privaciones de bienes válidamente impuestas a los ciudadanos: el sector privado es capaz de asegurar más eficientemente que el público el riesgo de estos sacrificios coactivos ⁷³.

C) *Se reduce el riesgo de que los ciudadanos desarrollen actividades socialmente perjudiciales con el fin de evitar el sacrificio de sus derechos*

Si las expropiaciones no dieran lugar a indemnización, la resistencia de los afectados por las mismas aumentaría exponencialmente. Las potenciales víctimas, en cuanto se vieran amenazadas con la suficiente inminencia por la aprobación de un proyecto de interés público, tendrían fuertes incentivos económicos para adoptar medidas tendentes a eludir la confiscación.

⁷¹ William Michael TREANOR (1997), «The Armstrong Principle, the Narratives of Takings, and Compensation Statutes», *William and Mary Law Review*, 38, págs. 1.155 y ss.

⁷² V_0 designa el valor que tenía el bien antes de la regulación. V_1 designa lo que vale el bien tras la regulación.

⁷³ *Vid.* Louis KAPLOW (1986), «An Economic Analysis of Legal Transitions», *Harvard Law Review*, 99, págs. 511 y ss.; Steve P. CALANDRILLO (2003), «Eminent Domain Economics: Should "Just Compensation" Be Abolished, and Would "Takings Insurance" Work Instead?», *Ohio State Journal*, 64, págs. 451 y ss.

Es probable que los afectados trataran de presionar, por medios lícitos o ilícitos, a las autoridades competentes con el fin de evitar el sacrificio de sus bienes. Esa presión podría alcanzar, en ocasiones, una intensidad bastante como para impedir la materialización de proyectos que convienen a la ciudadanía. También podría ocurrir que los proyectos de utilidad pública considerados acabarán realizándose, pero en condiciones subóptimas desde el punto de vista del bienestar social: podría suceder que no se sacrificaran los bienes más adecuados para la satisfacción de los intereses generales y que permiten minimizar los costes sociales de la correspondiente operación –bienes que pueden pertenecer a los grupos de presión más poderosos–, sino aquellos cuya propiedad ostentan los individuos más débiles, con menor capacidad de influir sobre las autoridades. En cualquier caso, es probable que muchos de los potenciales afectados invirtieran dinero, tiempo y esfuerzo en esas actividades de presión, que cabe considerar enteramente improductivas, cuando no perniciosas, para el bienestar social.

Y el *lobbying* no es la única actividad socialmente indeseable que los potenciales afectados pueden desarrollar al efecto de evitar la ablación de sus bienes. También existe el peligro de que traten de eliminar preventivamente, en perjuicio de la comunidad, las condiciones fácticas a las que se subordina legalmente el sacrificio. Imaginemos que la ley establece que se declararán espacios naturales protegidos aquellos terrenos que tengan cierto valor ecológico. Si esta declaración conlleva una intensa privación no indemnizable (v. gr., del *ius edificandi* y otros derechos de uso), los propietarios de fincas probablemente susceptibles de ser calificadas como tales espacios pueden sentir la tentación de transformarlas y destruir de manera irreversible su valor medioambiental, a fin de prevenir una eventual declaración ⁷⁴.

Nótese, sin embargo, que para enervar el riesgo de que se produzcan todos estos comportamientos perversos tampoco es estrictamente indispensable que el Estado indemnice. La misma función podría cumplir el establecimiento de una obligación, impuesta a todos los propietarios potencialmente afectados, de contratar un seguro «contra confiscaciones».

D) Se mitiga el riesgo de que las autoridades públicas coaccionen a ciertos ciudadanos con la amenaza de la confiscación

Si no hubiera obligación de pagar un justiprecio, estas autoridades podrían sentir la tentación de aprovechar con fines espurios su poder de privar a los ciudadanos de sus bienes, amenazándoles con la confiscación y exigiéndoles algún tipo de contraprestación a cambio de no ejercer tal potestad ⁷⁵. Obsérvese, sin embargo, que este riesgo también podría prevenirse mediante un seguro privado contra confiscaciones.

⁷⁴ *Vid.*, mutatis mutandi, Barton H. THOMPSON (1997), «The Endangered Species Act: A Case Study in Takings and Incentives», *Stanford Law Review*, 59, págs. 349 y 350.

⁷⁵ Abraham BELL y Gideon PARCHOMOVSKY (2010), «The Hidden Function of Takings Compensation», *Virginia Law Review*, 96, pág. 1.695.

E) *Se enerva el riesgo de que los poderes públicos adopten medidas ablatorias ineficientes, perjudiciales para los intereses generales*

Esta es, seguramente, la principal función de la indemnización expropiatoria ⁷⁶, la que justifica su existencia, en tanto en cuanto los hipotéticos sistemas privados de seguros contra confiscaciones, que probablemente la aventajan en otros aspectos, no pueden reducir tan eficientemente dicho riesgo.

Si el Estado no tuviera que pagar por los bienes de los que despoja a los ciudadanos, las autoridades competentes podrían sentir una tentación demasiado fuerte de acometer proyectos políticamente rentables, partidistas, favorables a sus expectativas de mantenerse en el poder, beneficiosos para sus intereses personales, pero que entrañan para determinadas personas sacrificios de tal envergadura que hacen socialmente perjudiciales tales proyectos. El deber de pagar un justiprecio por los derechos intencionadamente sacrificados permite internalizar los costes derivados de estos sacrificios, mitigando el peligro de que se realicen proyectos cuya rentabilidad para la entera comunidad es negativa. Imaginemos que el Gobierno está barajando la posibilidad de tomar una medida que produciría diez unidades de beneficio para la sociedad, que irían a parar íntegramente a sus votantes, y quince unidades de perjuicios, que recaerían exclusivamente sobre una minoría de ciudadanos militantes del partido de la oposición. Si los perjudicados no tienen derecho a obtener una indemnización, es probable que la medida sea adoptada, pues al Gobierno le sale políticamente rentable, al aprovechar sus beneficios sin asumir sus costes. Si, por el contrario, hay que indemnizar, probablemente el Gobierno se abstenga de tomarla, pues lo que la misma le costaría supera los réditos que de ella podría extraer. Obsérvese que la indemnización expropiatoria solo puede cumplir esta función preventiva si concurren dos circunstancias:

a) Existe un riesgo significativo de que las autoridades administrativas ejerzan abusiva e ineficientemente su potestad de sacrificar derechos aduciendo causas de utilidad pública

Si el Estado funcionase como una perfecta máquina calculadora de costes y beneficios sociales, inmune a la «ilusión fiscal» –es decir, que ponderara en su justa medida todos los costes reales que para la comunidad tienen sus actuaciones, aun cuando no supusiesen desembolsos presupuestarios– y que tratara siempre de maximizar dichos beneficios, sin incurrir nunca en desviaciones respecto de lo exigido por el interés general, no existiría el riesgo de que impusiese a determinados individuos sacrificios socialmente indeseables, ni la necesidad de prevenirlo.

Sin embargo, la experiencia nos ha enseñado que los gobernantes toman con relativa frecuencia decisiones económicamente ineficientes, que cuestan a los ciudadanos más de lo que les benefician. Un sistema democrático como el nuestro encierra el evidente peligro de que las mayorías gobernantes abusen de las minorías, imponiéndoles sacrificios desproporcionados. Pero también puede suceder que una minoría consiga explotar a la mayoría. Este es uno de los grandes hallazgos de la

⁷⁶ *Vid.*, por todos, BELL y PARCHOMOVSKY (2010: 1.672 y ss.).

public choice: el haber mostrado cómo los intereses de grupos reducidos de personas pueden alcanzar, en el proceso político de toma de decisiones, un peso desmesurado. Cuanto más pequeño es el círculo de los afectados por una decisión pública, menos difícil y costoso les resultará organizarse para tratar de influir sobre las autoridades encargadas de adoptarla. Y más a cuenta les saldrán sus esfuerzos dirigidos a presionarlas, en la medida en que tienen que compartir con menos gente los beneficios derivados de esa actividad de presión ⁷⁷.

Pudiera pensarse, por ello, que el peligro reside no tanto en que la Administración actúe excesivamente su potestad de sacrificar coactivamente bienes por causas de utilidad pública, cuanto en que la ejerza demasiado poco. Pero esta tesis resulta en líneas generales insostenible. Es difícil que los afectados por una privación de este tipo, considerada necesaria para la realización de un proyecto de interés público, tengan la suficiente influencia como para lograr impedirlo, aun cuando formen un conjunto reducido de personas. Y es que frente a ellos suelen encontrarse, al margen de los ciudadanos en general, grupos de presión igualmente reducidos pero mucho más poderosos, a los que el correspondiente proyecto público favorece significativamente y que, por lo tanto, tienen importantes incentivos económicos para tratar de que sea aprobado y ejecutado. Así ocurre, desde luego, cuando se transmite a un particular el derecho objeto de la privación, pero no solo entonces; piénsese, por ejemplo, en lo interesadas en una gran obra pública que pueden estar ciertas empresas constructoras. Los sujetos especialmente beneficiados por los proyectos de interés general que requieren el sacrificio de ciertos derechos cuentan, al menos, con una importante ventaja sobre los titulares de tales derechos: al intervenir repetidas veces en este tipo de «enfrentamientos», tienen más alicientes y están normalmente mucho mejor organizados, pertrechados, capacitados y entrenados para presionar a las autoridades competentes que sus antagonistas, que por lo común forman un grupo constituido ad hoc, que participa en este «juego» una sola vez ⁷⁸.

La magnitud del peligro de que las autoridades competentes abusen de una minoría en beneficio propio depende de varios factores. En primer lugar, de la capacidad de influencia que sobre dichas autoridades tengan los sujetos afectados por la privación: a menor capacidad, mayor riesgo. Cabe esperar, por ello, que el peligro revista singular intensidad cuando las víctimas no forman parte del círculo de quienes votan o dan soporte político a los gobernantes encargados de acordar la privación, por ejemplo, porque son extranjeras ⁷⁹. Y este peligro se agravará, seguramente, cuanto menor

⁷⁷ Vid. George STIGLER (1971), «The Theory of Economic Regulation», *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2, págs. 3 y ss.

⁷⁸ Vid. Saul LEVMORE (1990), «Just Compensation and Just Politics», *Connecticut Law Review*, 22, págs. 305 y ss., quien considera que el requisito de la justa compensación trata de proteger, frente a los abusos del Gobierno, a los ciudadanos que no pueden participar regularmente en el proceso político. Vid., también, TREATOR (1995: 855 y ss.).

⁷⁹ Nótese que el TEDH consideró, inicialmente, que el artículo 1 del Protocolo adicional núm. 1 del CEDH (y, en concreto, el inciso relativo a los «principios generales del Derecho internacional») solo garantizaba el derecho de los expropiados a obtener una indemnización si estos eran extranjeros respecto del Estado expropiante. Para justificar esta desigualdad entre extranjeros y nacionales se aducía, entre otras razones, que «non-nationals are more vulnerable to domestic legislation: unlike nationals, they will generally have played no part in the election or designation of its authors nor have been consulted on its adoption». SSTEDH de 21 de febrero de 1986 (*James y otros c. Reino Unido*, 8793/79, § 63) y 8 de julio de 1986 (*Lithgow y otros c. Reino Unido*, 9006/80 y 9262, 9263, 9265, 9266, 9313 y 9405/81, § 116). Como advierte Luis María Díez-PICAZO (2003), *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, pág. 449, el Derecho internacional «siempre ha previsto normas tendentes a salvaguardar la propiedad de los extranjeros, tradicionalmente más expuesta a

sea el número de perjudicados, cuanto más *singular* sea la ablación, permaneciendo todo lo demás constante.

El riesgo de abusos dependerá, en segundo término, de los beneficios netos que las autoridades competentes –o los grupos capaces de presionarlas– puedan extraer de las correspondientes medidas ablatorias. Cuanto más diseminados, entre una multitud de personas, queden los beneficios derivados de un proyecto público, menos a cuenta les saldrá a cada una de ellas presionar a quien corresponda para que lo lleve a cabo. Por el contrario, cuanto más se concentren sobre uno o unos pocos individuos dichos beneficios, más rentables les resultarán sus esfuerzos encaminados a realizarlo, y más peligroso será no indemnizar. Se comprende así la tesis defendida por varios autores de que nos encontramos frente a una expropiación cuando el sacrificio en que esta consiste tiene como correlato la obtención de un beneficio o enriquecimiento por una tercera persona, cuando existe un *beneficiario*. Adviértase que si el beneficiario de la expropiación ha de pagar el justiprecio⁸⁰, solo presionará para que se apruebe el correspondiente proyecto de utilidad pública si los beneficios que este le reporta son efectivamente superiores al justiprecio, que se supone equivalente a los sacrificios impuestos al expropiado.

Se comprende igualmente otra de las razones por las que el factor extranjero puede ser relevante aquí. Los extranjeros están especialmente expuestos a las confiscaciones, no solo porque aquellos tienen menos posibilidades de defenderse (políticamente) contra las mismas que los ciudadanos locales, sino también porque aquellas son singularmente rentables para los gobernantes. En efecto, si los propietarios extranjeros pagan menos tributos que los locales, lo cual es bastante probable, las autoridades del lugar estarán especialmente interesadas en que las privaciones impuestas a los primeros no sean consideradas indemnizables, en la medida en que suponen un mayor coste para sus votantes y, a la postre, para ellas.

También pueden tener relevancia las características –en especial, la legitimidad democrática y el tamaño– de la organización que ejerce la correspondiente potestad ablatoria. El riesgo de abuso se mantendrá seguramente en su nivel más bajo cuando la medida restrictiva sea aprobada por el legislador. Ello obedece a la concurrencia de tres factores, que permiten a las minorías hacerse oír y defenderse en el procedimiento de elaboración de las leyes frente a los intentos de explotación de que pueden ser objeto por parte de las mayorías: 1.º el elevado número de los miembros que integran el Parlamento; 2.º el hecho de que estos se elijan mediante sufragio universal, libre, igual, directo, secreto y proporcional; y 3.º el carácter plural, participativo, deliberativo y público del procedimiento legislativo, en el que pueden intervenir y movilizar a la opinión pública todas las fuerzas políticas, incluidas las minoritarias. Recordemos que una de las más importantes garantías de los derechos fundamentales consiste precisamente en que la regulación de su ejercicio está reservada a la ley (art. 53.1 CE).

la arbitrariedad de todo Estado que la de sus propios súbditos». Como señala Daniel A. FARBER (1992a), «Public Choice and Just Compensation», *Constitutional Commentary*, 9, pág. 282, «*the uncompensated seizure of foreigners' property is attractive to politicians because foreigners cannot vote*».

⁸⁰ Como dispone el artículo 5.2.5 del Reglamento de Expropiación Forzosa de 26 de abril de 1957.

En un segundo escalón encontraríamos las medidas adoptadas por Administraciones como la del Estado, las de las Comunidades Autónomas, las provinciales y, sobre todo, las municipales, que también gozan de una cierta legitimidad democrática, si bien menor que la del legislador, en la medida en que sus órganos no siempre son elegidos directamente por el pueblo, ni sus procedimientos de actuación son tan transparentes y participativos, ni tienen la misma capacidad de suscitar y canalizar el debate público.

El riesgo alcanzará probablemente su cénit en el caso de las llamadas Administraciones no territoriales, carentes de legitimidad democrática directa. Se comprende, por ello, que en nuestro Derecho estas hayan tenido vedado el ejercicio de la potestad expropiatoria, por regla general (art. 2.1 LEF)⁸¹.

El tamaño de la organización titular de la potestad ablatoria, que normalmente dependerá del número de ciudadanos cuyos intereses representa, también puede revestir alguna importancia. Cuanto mayor es dicho tamaño y más amplio el círculo de los representados, menor es el riesgo de que se sacrifiquen abusivamente los derechos de unos pocos. De un lado, porque las posibilidades de trasladar los costes de la correspondiente medida sobre terceros extranjeros o ajenos a dicho círculo decrecen. De otro, porque el mayor número de personas que ejercen el poder dificulta que logren concertarse para oprimir a los políticamente débiles⁸². Ello justificaría, por ejemplo, que los Tribunales fuesen más deferentes con las regulaciones establecidas por el legislador estatal que con las adoptadas por las Entidades locales⁸³ o por los legisladores autonómicos.

b) La indemnización expropiatoria previene privaciones socialmente ineficientes

Si un empresario privado tuviera que resarcir todos los perjuicios infligidos a terceras personas con el fin de desarrollar una actividad, tendería a realizar solo aquellas actividades cuyos beneficios para el mismo excediesen a sus costes sociales.

La Administración, sin embargo, no es una empresa privada, ni las autoridades que la dirigen pagan los justiprecios de su bolsillo, sino que «disparan con pólvora de rey», lo cual pudiera hacer pensar que la obligación de compensar económicamente los sacrificios impuestos a determinados ciudadanos no las disuadirá de llevar a cabo aquellos proyectos cuya rentabilidad social es negativa, lo cual pudiera hacer dudar de la conveniencia de tales compensaciones⁸⁴.

⁸¹ En contra de esta regla, *Vid.* David BLANQUER CRIADO (2003), «La titularidad de la potestad expropiatoria», *Revista de Urbanismo y Edificación*, 7, págs. 45 y ss.

⁸² Como advertía James MADISON (1787), *The Federalist*, X, «*the smaller the society, the fewer probably will be the distinct parties and interests composing it; the fewer the distinct parties and interests, the more frequently will a majority be found of the same party; and the smaller the number of individuals composing a majority, and the smaller the compass within which they are placed, the more easily will they concert and execute their plans of oppression.*».

⁸³ *Vid.* William A. FISCHER (1995), *Regulatory Takings: Law, Economics, and Politics*, Harvard University Press, Cambridge, págs. 130 y ss., 289 y ss., y 325 y ss.

⁸⁴ *Vid.* Daryl J. LEVINSON (2000), «Making Government Pay: Markets, Politics, and the Allocation of Constitutional Torts», *University of Chicago Law Review*, 67, págs. 345 y ss.

Este argumento dirigido contra la justa compensación no vale, desde luego, cuando el beneficiario de la expropiación obligado a pagarla es una entidad privada. El caso es más problemático, ciertamente, cuando el beneficiario es una organización perteneciente al sector público, ya que es imaginable que el deber de indemnizar no ejerza sobre sus dirigentes un efecto disuasorio tan intenso como el que tendría sobre los particulares. Ahora bien, ello no quita que dicho efecto siga siendo lo suficientemente intenso como para justificar el referido deber. El abono del justiprecio tiene un importante coste de oportunidad para las autoridades, en la medida en que consume recursos que estas ya no podrán destinar a financiar otras actividades políticamente más rentables. Los réditos políticos derivados de compensar a quienes se han visto privados de ciertos derechos –gente probablemente poco influyente, como lo indica el hecho mismo de la privación– serán seguramente inferiores a los que les podría reportar invertir las correspondientes cantidades en otros proyectos, electoralmente más vistosos⁸⁵. Cabe pensar, en consecuencia, que el pago de una justa compensación sí prevendrá algunas expropiaciones abusivas, máxime si tiene lugar antes de la ocupación de los bienes expropiados. La regla del previo pago⁸⁶ evita el surgimiento de una peligrosa externalidad negativa, al impedir que los gobernantes actuales hagan recaer la mayor parte de los costes de sus decisiones expropiatorias sobre los gobernantes del futuro.

3. Costes sociales de indemnizar (beneficios de no compensar)

Las expropiaciones entrañan, básicamente, los siguientes costes para la sociedad:

A) *Costes derivados de aumentar la presión fiscal*

Una buena parte de cada euro que la Administración extrae del contribuyente con el fin de sufragar indemnizaciones «se pierde por el camino». A los expropiados solo les llega una porción.

Si el Estado ha de pagar indemnizaciones, necesitará obtener ingresos adicionales, que provendrán principalmente de un incremento de la presión fiscal, con los efectos indeseables inexorablemente asociados al mismo. Elevar los impuestos supone, de ordinario, que a la gente le cueste más llevar a cabo actividades que son socialmente valiosas –trabajar, celebrar determinados contratos, etc.–, desincentivando todavía más su realización. Y, seguramente, significa también incrementar los recursos personales y materiales destinados al funcionamiento de la Administración tributaria, así como al de los órganos jurisdiccionales encargados de controlar su actividad, recursos que ya no podrán ser destinados a la satisfacción de otros intereses públicos.

⁸⁵ En contra, FARBER (1992a: 290).

⁸⁶ Establecida con carácter general por el artículo 51.I de la Ley de Exposición Forzosa.

B) Costes derivados de la determinación del justiprecio

Mayor relevancia tendrán, probablemente, los costes que encierra la determinación de la justa compensación, dado que aquí hay que crear *ex novo* estructuras organizativas –v. gr., Jurados Provinciales de Expropiación– y procedimientos administrativos específicamente dirigidos a este objetivo. Además, precisar el «valor real» de los derechos expropiados entraña por lo general una enorme dificultad. La Administración y los interesados han de invertir considerables cantidades de tiempo y dinero en la tramitación de los procedimientos dirigidos a precisar el justiprecio, muchos de los cuales acaban desembocando en procesos contencioso-administrativos, con el enorme coste para la Hacienda pública que estos comportan⁸⁷. Y tampoco hay que desdeñar lo que cuestan los errores cometidos al resolver dichos procedimientos, pues nada garantiza con total seguridad que la Administración o, en su caso, los Tribunales no se vayan a equivocar, fijando una cantidad excesiva o insuficiente.

Los costes de tramitación de los mentados procedimientos serán más elevados cuanto más numerosos sean los individuos y derechos afectados por la medida ablatoria. Esta es una de las razones que justifican la relevancia del criterio, afirmado por algunos autores y sentencias, de la singularidad de la privación. Dichos costes también aumentarán cuanto más difícil resulte estimar el perjuicio ocasionado por la ablación.

C) Costes derivados de la calificación de una medida como expropiatoria o delimitatoria

Si una norma jurídica prevé que en determinadas circunstancias hay que indemnizar, es muy probable que surjan controversias y litigios, entre quienes se verían obligados a pagar la indemnización y quienes tendrían derecho a exigirla, acerca de la concurrencia real de tales circunstancias. La posibilidad de que los ciudadanos obtengan, en algunos casos, una compensación por los perjuicios que les ha ocasionado una medida estatal ablatoria constituye una caudalosa fuente de litigiosidad. Resulta razonable pensar, por ejemplo, que si el Tribunal Supremo hubiese negado categóricamente, cada vez que se le ha planteado, la llamada «responsabilidad patrimonial del Estado por leyes ajustadas a Derecho», el número de pleitos en los que se discute la misma se habría reducido drásticamente; nos habríamos ahorrado miles de procedimientos administrativos y procesos contencioso-administrativos.

Cabe esperar que estos costes derivados de la necesidad de calificar una medida como expropiatoria o delimitatoria se incrementarán cuanto más difícil resulte efectuar la calificación, lo que dependerá, principalmente, de la indeterminación y la vaguedad de los criterios empleados a estos efectos, así como de lo sencillo que resulte probar en cada caso que concurren realmente las circunstancias que, de acuerdo con esos criterios, determinan la existencia de una expropiación o de una

⁸⁷ De acuerdo con la información que puede extraerse de la base de datos estadísticos mantenida por el Consejo General del Poder Judicial (www.poderjudicial.es), solo las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia resolvieron, en materia de expropiación forzosa: 7.786 asuntos en el año 2009; 6.364 en 2008; 5.167 en 2007; 4.296 en 2006; 3.724 en 2005; 3.048 en 2004; 3.328 en 2003; 2.968 en 2002; 2.816 en 2001, y 2.838 en 2000.

delimitación. Esta es, posiblemente, una de las circunstancias que contribuyen a explicar por qué las privaciones «físicas», que suponen la ocupación material de un bien –v. gr., la pérdida de la propiedad de parte de una finca o la constitución forzosa de una servidumbre– se consideran normalmente expropiaciones, a diferencia de las privaciones «regulatorias», que restringen las facultades de uso o disposición de ciertos bienes sin implicar la invasión física de los mismos. Las primeras son más «visibles», más fácilmente identificables, que las segundas⁸⁸, al margen de que también suele resultar más sencillo valorar el perjuicio que ocasionan al propietario, y de que sus beneficios se concentran normalmente en una persona o en un número reducido de personas.

Cabe pensar, asimismo, que tales costes se reducirán significativamente si el legislador fija reglas claras, inequívocas y precisas que permitan definir con certeza los supuestos indemnizatorios.

D) Peligro de sobreinversión. Relevancia de la previsibilidad de la medida ablatoria

Existe la posibilidad de que la privación de un bien por causas de utilidad pública convierta en socialmente inútiles o ineficientes las inversiones y mejoras realizadas en el mismo. Imaginemos que poco antes de sufrir la expropiación y ocupación de una de sus fincas, su propietario construye en ella una lujosa mansión, que inmediatamente después resulta demolida a fin de ejecutar el correspondiente proyecto. Si este y otros propietarios reciben una indemnización por lo que para ellos valían sus bienes justo antes de ser expropiados, tenderán a mejorarlos e invertir en los mismos más de lo que sería socialmente óptimo, pues no tendrán en cuenta el riesgo de que tales mejoras e inversiones se malogren como consecuencia de una expropiación, ya que ese riesgo lo pagan los contribuyentes. El deber de compensar crea así una situación de «riesgo moral»⁸⁹.

Este riesgo puede ser enervado ajustando a la baja el justiprecio de manera que se eliminen los incentivos para efectuar inversiones ineficientes⁹⁰. A estos efectos, cobra relevancia el criterio de la previsibilidad que, según hemos visto, utilizan algunas resoluciones judiciales. Cuando el sacrificio de un bien resulta previsible –o sea, muy probable–, no es socialmente eficiente realizar ciertas inversiones y mejoras en el mismo, porque el riesgo de que se echen a perder es muy alto. Por esta razón, no conviene compensar la pérdida de las mismas si finalmente llegan a realizarse. La indemnización representaría un incentivo para acometer operaciones de inversión y mejora que no son socialmente rentables.

De ahí que el artículo 36.2 de la Ley de Expropiación Forzosa disponga que «las mejoras realizadas con posterioridad a la incoación del expediente de expropiación no serán objeto de indemnización, a no ser que se demuestre que eran indispensables para la conservación de los bienes. Las anteriores son indemnizables, salvo cuando se hubieran realizado de mala fe». La idea subyacente

⁸⁸ En sentido similar, David A. DANA y Thomas W. MERRILL (2002), *Property Takings*, Foundation Press, New York, pág. 36.

⁸⁹ Vid. Lawrence E. BLUME, Daniel L. RUBINFELD y Perry SHAPIRO (1984), «The Taking of Land: When Should Compensation Be Paid?», *Quarterly Journal of Economics*, 99, págs. 71 y ss.

⁹⁰ En sentido similar, BLUME y RUBINFELD (1984: 618 y ss.).

en este precepto es que la iniciación del procedimiento expropiatorio constituye el momento a partir del cual cabe estimar razonablemente que la privación resulta previsible, por lo que resulta lógico que las ulteriores mejoras no sean, por regla general, indemnizables, a diferencia de las anteriores, que sí deben serlo. Esta regla encuentra dos excepciones: 1.^a Las mejoras anteriores no se compensan si en el momento de efectuarlas el propietario sabía, con un alto grado de probabilidad, que iba a tener lugar la expropiación; así hay que interpretar, a nuestro juicio, la alusión de la ley a la «mala fe»⁹¹. 2.^a Las mejoras posteriores se indemnizan cuando son indispensables para conservar la cosa mientras dura el procedimiento expropiatorio, en la medida en que resulta razonable entender que los beneficios sociales derivados de las mismas superan a sus costes, mientras que, por el contrario, cabe presumir que las no indispensables no son socialmente rentables⁹². Obsérvese que estas últimas mejoras están permitidas. Lo que ocurre es que, al no ser indemnizables, se crean los incentivos idóneos para que el propietario internalice el grave riesgo de que las mismas se malogren como consecuencia de la expropiación y, para que, en consecuencia, decida acometerlas solo si los beneficios resultantes compensan ese riesgo y los restantes costes que entraña su ejecución.

En el artículo 23.3 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, encontramos otro supuesto en el que el legislador ha prevenido el referido riesgo de sobreinversión, calificando como no indemnizables las mejoras realizadas en bienes cuya expropiación resulta altamente probable. En las construcciones e instalaciones ya existentes en la denominada «zona de afección» de las carreteras estatales, se permite acometer, bajo ciertas condiciones, obras de reparación y mejora, pero el incremento de valor que estas comporten no podrá ser tenido en cuenta a efectos expropiatorios.

E) Riesgo de inhibir actuaciones estatales de interés público

El deber de abonar un justiprecio podría ejercer un cierto efecto inhibitorio sobre la realización de proyectos o actividades administrativas de interés público, que incrementan el bienestar social, pero que suponen un sacrificio para determinadas personas. Existe el riesgo de que las autoridades competentes decidan inhibirse si los beneficios derivados de la operación considerada no son muy elevados y recaen sobre grupos de individuos políticamente débiles, cuyo poder de influencia sobre aquellas es muy reducido, inferior al de los propietarios perjudicados y al de los contribuyentes a los que, en su caso, tocaría sufragar los costes de la operación.

⁹¹ Como bien señala Vicente ESCUÍN PALOP (2008), *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, Madrid; «artículo 36», pág. 435, nota 24, la indemnización debe comprender el valor de las mejoras realizadas «ignorando que el bien iba a ser expropiado». En sentido similar, Mercedes FUERTES LÓPEZ (1999), «Artículo 36», en *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Aranzadi, Pamplona, pág. 227, quien entiende por mejoras de mala fe las ejecutadas «a sabiendas de la expropiación y con ánimo de incrementar el valor del bien para recibir una más alta indemnización».

⁹² De la STS de 25 de mayo de 1985 (RJ 3504) se desprende que también son indemnizables las mejoras posteriores a la iniciación del procedimiento expropiatorio cuando el expropiado no tuvo la posibilidad razonable de conocer a tiempo –antes de acometer las mejoras– dicha iniciación como consecuencia de una torpeza cometida por la Administración expropiante. En el caso enjuiciado, el Tribunal Supremo tiene en cuenta que el expropiado difícilmente pudo conocer la expropiación antes de efectuar ciertas inversiones para desarrollar la actividad de comercio de materiales de construcción, ya que la Administración expropiante, amén de no comunicarle la iniciación del procedimiento expropiatorio, le indujo incluso a efectuarlas, al otorgarle la licencia de apertura después de haber iniciado dicho procedimiento, sin advertirle de la pendencia del mismo.

F) *Riesgo de estimular actividades privadas anormalmente peligrosas. Relevancia del carácter nocivo de la actividad privada que suscita la intervención ablatoria de la Administración*

Si, como ya sabemos, la privación no indemnizable de un bien produce normalmente un efecto desalentador sobre la adquisición, conservación y mejora de bienes análogos por parte de los particulares, la previsión de una indemnización expropiatoria tendrá justamente el efecto contrario: representará un estímulo económico para la realización de las actividades en cuestión, toda vez que uno de los riesgos que comportan –la posibilidad de sufrir un sacrificio por razones de interés público– no lo asumen singularmente los individuos que las llevan a cabo, sino en general todos los contribuyentes. El pago de un justiprecio abaratará la realización de esas actividades, por lo que su volumen tenderá a incrementarse. La falta de indemnización producirá su encarecimiento y, por consiguiente, una reducción del nivel de actividad.

La valoración que merezcan estos efectos desalentador y alentador dependerá, obviamente, de la medida en que la actividad en cuestión beneficie o perjudique el interés general. Se comprende así que el criterio de la *nocividad*, postulado por algunos autores, tenga relevancia a la hora de distinguir entre expropiación y delimitación. Cuanto más peligrosa o nociva para los intereses generales sea una actividad, cuanto peores sean sus externalidades, más le convendrá a la sociedad desalentarla, no indemnizando las restricciones que se impongan precisamente para proteger el interés público frente a dichas externalidades. Cuanto mayores resulten sus externalidades positivas, más convendrá incentivarla, mediante el pago de un justiprecio.

Eso explicaría por qué el comiso contemplado en el artículo 127 del Código Penal y, en general, las sanciones no son indemnizables. Y por qué tampoco lo son los sacrificios lícitamente impuestos por la Administración a un ciudadano con el fin de proteger el orden público frente a una perturbación o amenaza engendrada por aquel⁹³: piénsese, a modo de ejemplo, en la retirada del mercado de un medicamento cuyo balance coste-beneficio se ha revelado sobrevenidamente negativo⁹⁴. Este último supuesto requiere una explicación. Si la Administración asume el coste de las medidas adoptadas para prevenir un riesgo creado por el afectado, el volumen de actividad de este tenderá a ser excesivo, desde el punto de vista del bienestar social. Dicho ciudadano está generando una externalidad negativa, al reducir el bienestar de otras personas sin cargar con el coste de la reducción. El coste marginal que para él tiene su decisión de comercializar el fármaco es inferior al coste marginal que la misma representa para la sociedad en su conjunto. Como no paga por todos los perjuicios y riesgos que origina, dicho sujeto mostrará una querencia a elevar su nivel de actividad por encima del que sería socialmente deseable. Correlativamente, la actividad administrativa de prevención de esos riesgos se encarecerá y, en consecuencia, tenderá a ser realizada en un nivel inferior al óptimo.

⁹³ En nuestro trabajo (2010), «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales», *Revista de Administración Pública*, 183, págs. 179 y ss., esp. 217 y ss., defendemos que la Administración tampoco debería responder civilmente de los daños ocasionados por estas medidas cuando posteriormente se declara la ilegalidad de las mismas, siempre que hubieran sido adoptadas con la diligencia debida.

⁹⁴ *Vid.* el artículo 99.5 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; y el artículo 3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (D de 17 de junio de 1955).

Imputar a la Administración el coste de los referidos daños tendrá un cierto efecto inhibitor sobre el ejercicio de sus poderes de salvaguarda del orden público.

No podemos desconocer que la Administración puede equivocarse o abusar de su potestad de adoptar medidas preventivas, menoscabando el bienestar social. Si el coste de los perjuicios provocados por estas actuaciones anormales recae inicialmente sobre el afectado, la Administración estará engendrando una externalidad negativa, por lo que tenderá a elevar su volumen de actividad por encima del que sería socialmente deseable. Correlativamente, la actividad privada que ha suscitado la intervención de la Administración se encarecerá, y tenderá a ser realizada en un nivel inferior al socialmente óptimo.

La cuestión es cuál de los dos referidos peligros resulta más grave para los intereses generales: el consistente en que los «perturbadores» del orden público eleven el volumen de su actividad por encima de lo que sería socialmente óptimo y la Administración se inhíba demasiado en defensa de aquel o el consistente en que aquellos mantengan su actividad «peligrosa» en un nivel inferior al socialmente deseable y la Administración intervenga demasiado. Parece claro que el primero de los riesgos mentados es peor, por varias razones.

Las actividades privadas sujetas a control administrativo producen, por regla general, externalidades negativas netas—esta es, seguramente, la principal razón por la cual se establece dicho control—, por lo que tenderán a ser realizadas en demasía.

El ejercicio de tales potestades administrativas suele crear importantes externalidades positivas, engendra beneficios para personas—*v. gr.*, las que consumen un medicamento— que no pagan por ellos, ni votan, a las autoridades competentes. Este factor propicia que dichas potestades se ejerzan no excesivamente, sino todo lo contrario, demasiado poco.

El riesgo de que la intervención administrativa resulte insuficiente no puede combatirse tan fácilmente como el riesgo de que incurra en un exceso. De un lado, porque el Derecho procesal vigente sigue ofreciendo mayores facilidades para impugnar las actuaciones positivas de la Administración que sus omisiones. De otro lado, porque los costes sociales derivados de una excesiva intervención administrativa suelen ser soportados, al menos hasta cierto punto, por un grupo relativamente reducido de personas—*v. gr.*, las empresas que comercializan determinado medicamento— cada una de las cuales tiene, por ello, importantes incentivos económicos para presionar, judicial o extrajudicialmente, a las autoridades reguladoras contra los referidos excesos. Los costes ocasionados por un control administrativo insuficiente, por el contrario, quedan normalmente dispersos entre un grupo más numeroso de individuos—*v. gr.*, los usuarios del medicamento—, lo que probablemente provocará que estos no presionen a la Administración tan fuertemente como sus antagonistas. Muchos no se verán perjudicados con la intensidad suficiente como para que les salga a cuenta impugnar las omisiones ilegales de la Administración, pues la ventaja que cada uno de ellos puede esperar si reacciona será reducida en comparación con lo que le cuesta reaccionar. Al constituir un grupo más numeroso que el de sus contrarios, organizarse para constituir un *lobby* les resultará más difícil, tendrán

menos incentivos económicos para ello, les será más complicado solucionar el problema de los «gorrones» o «polizones» (*free riders*): quienes presionan a la Administración para que reduzca o incremente los controles soportan normalmente todos los costes de las maniobras realizadas a estos efectos, pero solo obtienen una parte de los beneficios, pues de tales maniobras se aprovechan también otros ciudadanos que se hallan en una situación análoga, lo que puede dar pie a que algunos interesados eludan contribuir a dichas actividades de presión confiando en que otros las llevarán a cabo. Solucionar este problema será más factible cuanto menor sea el número de los miembros potenciales del *lobby*.

G) *¿Incremento del riesgo de aprobación de proyectos socialmente ineficientes?*

Se ha sostenido que la indemnización, al «comprar» a los titulares de los derechos expropiados, elimina su resistencia a los correspondientes proyectos públicos y propicia que pueden llevarse a cabo algunos que no son beneficiosos para el conjunto de la sociedad⁹⁵. Es posible, en nuestra opinión, que tal pueda suceder ocasionalmente, pero no parece que por regla general se trate de un peligro muy grave. En primer lugar, porque la indemnización no siempre borra por completo la resistencia de los afectados, sino que más bien la mitiga, pues muy rara vez la cantidad recibida en concepto de justiprecio compensa efectiva e integralmente todos los perjuicios sufridos como consecuencia de la privación. En segundo lugar, es difícil que los expropiados, por las razones arriba indicadas, posean la suficiente capacidad de influencia política como para bloquear el correspondiente proyecto. En tercer lugar, debe señalarse que su oposición canalizada en la vía judicial muy difícilmente tendrá éxito, habida cuenta del amplísimo margen de apreciación de que la Administración dispone para determinar tanto la utilidad pública de un proyecto como los derechos que es necesario sacrificar para realizarlo. Debe notarse, en cuarto lugar, que en un mundo sin indemnizaciones los afectados tratarían de abortar no solo los proyectos ineficientes, sino cualesquiera que exigiesen la ablación de sus derechos; y no hay razones para pensar que la mayoría de los proyectos considerados de interés público por las autoridades competentes son, en realidad, socialmente indeseables. En quinto lugar, no parece, en líneas generales, que a dichas autoridades les resulte más costoso ahorrarse el justiprecio que abonarlo. Da la impresión de que, normalmente, la obligación de indemnizar ejercerá sobre ellas un efecto disuasorio más intenso que la regla contraria. Y, por último, es probable que a falta del derecho a ser resarcidos por el Estado los propietarios contrataran algún tipo de seguro que cubriera el riesgo de una confiscación, lo que engendraría en buena medida el mismo problema.

IV. UTILIDAD DEL ANÁLISIS ECONÓMICO PARA LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA

El precedente análisis económico resulta de gran utilidad para resolver el problema jurídico planteado. Por de pronto, permite explicar, justificar y articular racionalmente (casi todos) los crite-

⁹⁵ FARBER (1992a: 291 y ss.). Del mismo autor (1992b), «Economic Analysis and Just Compensation», *International Review of Law and Economics*, 12, págs. 131 y 132.

rios que tanto la jurisprudencia como la doctrina han empleado para efectuar la distinción entre expropiaciones y delimitaciones de la propiedad no indemnizables.

Pero lo que conviene subrayar especialmente es que el referido análisis debe jugar un papel crucial a la hora de interpretar y desarrollar las normas que en nuestro ordenamiento jurídico hay que aplicar para distinguir ambas figuras. En la Constitución española y otras disposiciones análogas, como ya sabemos, no hay reglas que precisen específicamente los lindes que separan las expropiaciones y las delimitaciones no indemnizables, que determinen cuándo hay que compensar y cuándo no es obligado hacerlo. Para dar una respuesta a esta cuestión, por consiguiente, no hay más remedio que servirse de principios jurídicos generales, como los que la Constitución consagra en sus artículos 31.2 («eficiencia y economía» en el gasto público), 33.1 («derecho a la propiedad privada»), 9.3 («seguridad jurídica»), 45 («los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales»), 46 («los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran»), etc. Y la solución prescrita por el conjunto de todos esos principios solo puede precisarse mediante una ponderación, sopesando los costes y beneficios que para cada uno de aquellos entrañan las alternativas consideradas.

Los criterios de eficiencia y economía en el gasto público (art. 31.2 CE), por ejemplo, se oponen a que el Estado emplee ineficiente y antieconómicamente sus recursos en el pago de indemnizaciones. Y es obvio que, para determinar si tales criterios han sido respetados, habrá que analizar los costes y beneficios sociales que comporta compensar o no compensar las restricciones de la propiedad.

Cabe entender, asimismo, que el derecho a la propiedad privada, como todos los derechos garantizados por nuestra Carta Magna, constituye un principio, un mandato de optimización que obliga a los poderes públicos a realizar algo valioso –v. gr., a proteger la libertad de usar y disponer de ciertos bienes– en la mayor medida de lo posible, habida cuenta de las limitaciones fácticas y jurídicas existentes⁹⁶. De acuerdo con esta concepción, habría que indemnizar *en principio* todas las restricciones de la propiedad impuestas en aras del interés general, si bien este contenido prima facie del derecho puede ser limitado –es decir, la indemnización puede ser excluida– en la medida en que ello resulte útil, necesario y proporcionado para satisfacer un fin legítimo, como la salud pública (art. 43 CE), el medio ambiente (art. 45 CE) o el patrimonio histórico (art. 46 CE). Adviértase que la protección de estos y otros bienes constitucionales exige prima facie que no se compensen ciertas limitaciones de la propiedad, cuando las compensaciones alentarían la realización de actividades demasiado peligrosas o nocivas para los mismos. Para resolver este conflicto entre principios constitucionales y determinar

⁹⁶ Esta concepción de los derechos fundamentales como mandatos de optimización, formulada por Robert ALEXY (1994), *Theorie der Grundrechte*, Shurkamp, Frankfurt am Main, págs. 75 y ss., ha tenido un enorme éxito en el mundo jurídico iberoamericano. *Vid.*, entre otros, Carlos BERNAL PULIDO (2007), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid; Gloria Patricia LOPERA MESA (2004), «Los derechos humanos como mandatos de optimización», *Doxa*, 27, págs. 211 y ss.; Agustín José MENÉNDEZ y Erik Oddvar ERIKSEN (eds.) (2010), *La argumentación y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid; Laura CLÉRICO, Jan R. SIECKMANN y Daniel OLIVER LALANA (coords.) (2010), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Comares, Granada.

si procede resarcir, habrá que efectuar una ponderación, habrá que averiguar y sopesar los costes y beneficios que para todos ellos se desprenden de las soluciones consideradas, en vista de las concretas circunstancias de cada caso.

Este es el criterio que ha venido a utilizar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para determinar cuándo resulta obligado indemnizar las ablaciones del derecho de propiedad. Para no vulnerar el artículo 1 del Protocolo adicional núm. 1 del CEDH, las «interferencias» del Estado en este derecho, además de estar previstas por la ley y perseguir un interés público, deben ser proporcionadas, deben «lograr un justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y los requerimientos de la protección de los derechos fundamentales del individuo»; «debe haber una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido por la medida que priva a una persona de su propiedad». Pues bien, «las disposiciones compensatorias contenidas en la legislación aplicable son esenciales para evaluar si la medida cuestionada respeta el requisito del justo equilibrio y, especialmente, si imponen una carga desproporcionada sobre los recurrentes»; «la privación de la propiedad sin el pago de una cantidad razonablemente relacionada con su valor constituirá normalmente una interferencia, y la falta total de compensación puede considerarse compatible con el artículo 1 del Protocolo núm. 1 solo en circunstancias excepcionales»⁹⁷. Viene a decirse, pues, que una restricción del derecho de propiedad [justificada por las exigencias del interés público] debe considerarse una expropiación cuando la falta de una indemnización arrojaría sobre el ciudadano afectado una carga desproporcionada, excesiva, que rompería el justo equilibrio que ha de haber entre todos los intereses legítimos en juego. Para determinar si la falta de compensación (es decir, si hay que considerar que se trata de una delimitación no indemnizable) incurre en semejante desproporción habrá que ver, pues, cuáles son los costes y beneficios que para las intereses generales y la protección de los derechos del individuo entrañan las alternativas consideradas.

Este análisis coste-beneficio debería servir de guía al legislador a la hora de regular los casos en los que hay que indemnizar o no las restricciones de la propiedad, con el fin de alcanzar un justo equilibrio entre todos los intereses legítimos afectados. La perspectiva económica puede cumplir aquí una importante función crítica, *de lege ferenda*, en tanto en cuanto permite evaluar las soluciones consideradas e indicar al legislador cuál es la óptima, la que satisface en mayor grado el conjunto de todos aquellos intereses.

Los Tribunales, por su parte, también deberán efectuar un análisis análogo cuando tengan que juzgar si una disposición legislativa, al excluir la indemnización de una determinada restricción de la propiedad, ha establecido una regulación que no arroja sobre los propietarios una carga desproporcionada, una regulación que representa un justo equilibrio entre todos los principios constitucio-

⁹⁷ *Vid.*, entre otras, la STEDH de 23 de noviembre de 2000 (*exrey de Grecia y otros c. Grecia*, 25701/94, § 89) y la STEDH (Gran Sala) de 30 de junio de 2005 (*Jahn y otros c. Alemania*, 46720/99, 72203 y 72552/01, §§ 93 y ss.). Sobre la jurisprudencia del TEDH en la materia, *Vid.*, por todos, Mar AGUILERA VAQUÉS (2005), en «El reconocimiento del derecho a la propiedad privada y los límites a su regulación», *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, coords. Javier GARCÍA ROCA y Pablo SANTOLAYA, CEPC, Madrid, págs. 767 y ss.; Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (2009), «Protección de la propiedad», en *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, dir. I. LASAGABASTER HERRARTE, Civitas, Madrid, págs. 763 y ss.

nales relevantes. Ello no quita que los Tribunales deban reconocer al legislador un amplísimo margen de apreciación al realizar este juicio ⁹⁸. Determinar dónde se encuentra ese punto óptimo de equilibrio entraña una enorme dificultad, y el legislador, en virtud de su composición representativa, de sus mejores recursos materiales y personales, así como del carácter plural, participativo y público de sus procedimientos de actuación, tiene mayor legitimidad democrática y está mejor pertrechado que los jueces para tomar una decisión acertada al respecto.

Puede ocurrir que las disposiciones legislativas aplicables a una determinada limitación de la propiedad sean susceptibles de diversas interpretaciones y no dejen claro si hay que compensar al propietario. El análisis económico del problema puede y debe servir entonces para resolverlo, para descartar aquellas interpretaciones que menoscaben desproporcionadamente alguno de los principios constitucionales en juego, y escoger la que represente un mayor grado de realización global de todos ellos.

Si, por último, no hay disposiciones legislativas que regulen el caso enjuiciado y determinen la procedencia de la indemnización, a los Tribunales no les quedará más remedio que suplir esta laguna ponderando directamente los principios constitucionales concernidos, analizando en qué medida resultan perjudicados o beneficiados por las posibles soluciones, a fin de escoger aquella que represente un justo equilibrio.

V. CONCLUSIÓN

La privación o restricción de un derecho debe considerarse expropiatoria cuando los beneficios sociales de indemnizarla superan a sus costes para la sociedad. Habrá que tener en cuenta a estos efectos que compensar la privación asegura e incentiva las inversiones análogas que puedan hacerse en el futuro, reduce el riesgo de que los ciudadanos se dediquen a presionar a las autoridades públicas con el fin de evitar el sacrificio de sus derechos y previene que las autoridades ejerzan abusivamente sus potestades ablatorias en perjuicio de una minoría y, a la postre, de los intereses generales. Indemnizar, por el contrario, engendra costes derivados de aumentar la presión fiscal, de tramitar los procedimientos de determinación del justiprecio, el riesgo de dar lugar a inversiones socialmente ineficientes cuando la privación es relativamente previsible, así como el peligro de estimular actividades anormalmente peligrosas.

Este análisis económico no elimina enteramente las dificultades que encierra la distinción entre expropiaciones y delimitaciones de la propiedad no indemnizables. Principalmente, porque la ponderación que hay que llevar a cabo en cada caso a estos efectos entrañará, normalmente, una gran complejidad y ciertas dosis de subjetividad, por lo que sus resultados serán, en muchos casos, discutibles, no evidentes. El paradigma económico, con todo, permite justificar, definir y articular

⁹⁸ Sobre las razones que justifican que los jueces reconozcan al legislador una amplia discrecionalidad al enjuiciar sus decisiones, *Vid.*, por todos, Víctor FERRERES COMELLA (1997), *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, Madrid, *in toto*.

racionalmente varios de los criterios que vienen empleando intuitivamente los Tribunales para realizar tal distinción, proporcionando así una útil guía orientativa que facilita la solución racional del problema.

La perspectiva económica también posibilitará, incluso a quienes la rechacen y sostengan que la distinción entre expropiación y delimitación debe hacerse con arreglo a criterios no económicos, conocer aproximadamente cuánto nos costaría a los ciudadanos, en términos de bienestar, la aplicación de otras teorías.