

Actas del VII Congreso de la Asociación Española de
Profesores de Derecho Administrativo

Tarragona,
10 y 11 de febrero de 2012

**ESTRUCTURAS ADMINISTRATIVAS
Y RACIONALIZACIÓN DEL GASTO PÚBLICO.
PROBLEMAS ACTUALES
DE LA EXPROPIACIÓN FORZOSA.
LA REFORMA DE LOS ENTES LOCALES EN ITALIA
EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS ECONÓMICA**

**Josep Ramón Fuentes i Gasó
Judith Gifreu i Font
Lucía Casado Casado
Coordinadores**

**INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
MADRID, 2012**

FICHA CATALOGRÁFICA DEL CENTRO
DE PUBLICACIONES DEL INAP

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO ADMINISTRATIVO.
Congreso (7º. 2012. Tarragona)

Estructuras administrativas y racionalización del gasto público [Texto impreso] ; problemas actuales de la expropiación forzosa : la reforma de los entes locales en Italia en el contexto de la crisis económica : actas del VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Tarragona, 10 y 11 de febrero de 2012 ; Josep Ramon Fuentes i Gasó, Judith Gifreu i Font, Lucía Casado Casado, coordinadores. – 1ª ed. – Madrid : Instituto Nacional de Administración Pública, 2012. – 433 p. ; 24 cm

Incluye notas y referencias bibliográficas. – Apéndice

ISBN 978-84-7088-812-0. – NIPO 635-12-021-7

1. Gasto público-España-Congresos y asambleas. 2. Expropiación forzosa-España-Congresos y asambleas. 3. Administración local-Italia-Congresos y asambleas. I. Fuentes i Gassó, Josep Ramon, coord. II. Gifreu i Font, Judith, coord. III. Casado Casado, Lucía, coord. IV. Instituto Nacional de Administración Pública (España). V. Título

336.5(460)(063)

351.712.5(460)(063)

352(450)(063)

Primera edición: Septiembre, 2012

Catálogo general de publicaciones oficiales:
<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal).

Edita:

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

www.inap.es

ISBN: 978-84-7088-812-0 (formato papel)

ISBN: 978-84-7088-758-1 (formato electrónico)

NIPO: 635-12-021-7 (formato papel)

NIPO: 635-12-022-2 (formato electrónico)

Depósito Legal: M-24245-2012

Preimpresión: Composiciones RALI, S.A.

Impresión: Publidisa

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública.

EL PRINCIPIO DE INDEMNIDAD Y SUS EXCEPCIONES

Gabriel Doménech Pascual

Profesor titular de Derecho administrativo
Universitat de València-Estudi General

I. INTRODUCCIÓN.—II. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE INDEMNIDAD.—III. FUNDAMENTO POSITIVO DEL PRINCIPIO.—IV. EL PRINCIPIO CUENTA CON EXCEPCIONES. 1. *Excepciones por debajo*. 2. *Excepciones por arriba*.—V. JUSTIFICACIÓN DEL PRINCIPIO. 1. *Ventajas e inconvenientes derivados de indemnizar las privaciones de la propiedad*. 1.1. Ventajas. 1.2. Inconvenientes. 2. *Por qué, por regla general, conviene dejar indemne al expropiado*. 2.1. Por qué no conviene quedarse corto. 2.2. Por qué tampoco hay que pasarse.—VI. JUSTIFICACIÓN DE ALGUNAS EXCEPCIONES. 1. *El caso de las mejoras no aprovechables*. 2. *El caso de las expropiaciones ilegales*.—VII. REFLEXIÓN FINAL.—VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

Como bien dice el preámbulo de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (en adelante, LEF), la fijación de la indemnización constituye «el problema capital» que plantea el ejercicio de la potestad expropiatoria. Y, para resolverlo, es frecuente que salga a relucir el denominado principio de compensación integral —o de total indemnidad o equivalencia—, tanto en los escritos procesales de los demandantes (v. gr., SSTS 16.6.2009, rec. 4238/2005; y 20.4.2009, rec. 5566/2005) como en la motivación de las resoluciones judiciales (v. gr., SSTS 20.3.1997, rec. 2436/1992; y 23.5.2000, rec. 1061/1996).

En su virtud, el justiprecio debería compensar todos los perjuicios que al expropiado ocasiona la privación de su derecho, debería dejarlo indemne, sin daño alguno. Sobre este fundamental principio se asentaría el entero edificio normativo que regula la determinación del justiprecio. Según el Tribunal Supremo, «el principio de indemnidad total (...) inspira la institución de la expropiación forzosa [lo que, por ejemplo] conlleva que, junto con el suelo, valorado con arreglo a las normas establecidas por el ordenamiento legal vigente, deba abonarse también el justiprecio correspondiente a las construcciones que se

hallen en la finca expropiada, que tienen un valor económico y de las cuales se priva a su propietario» (STS 9.12.1997, rec. 4568/1993). Este principio está «presente en el art. 33.3 de la Constitución», por lo que debe ponderarse, *verbi gratia*, a la hora de determinar el momento en el que ha de valorarse el bien expropiado a los efectos de fijar el justiprecio (STS 18.3.1989, RJ 2105).

La importancia que suele atribuirse a este principio contrasta llamativamente con la escasa atención que el mismo ha recibido por parte de nuestra doctrina. No hemos podido encontrar estudio alguno en el que se razone por qué el justiprecio ha de compensar integralmente al expropiado la correspondiente privación. Se trata de una norma que ni se cuestiona ni, al parecer, hace falta justificar. Da la impresión de ser tan intuitivamente necesaria, tan materialmente justa, tan redonda, que simplemente se da por sentada.

Tal estado de cosas resulta especialmente llamativo cuando se repara en que dicha norma encuentra en la práctica varias excepciones. Tanto el legislador como la jurisprudencia han admitido que en determinados casos el justiprecio pueda ser ora inferior ora superior al que resultaría de la aplicación del criterio considerado.

El presente estudio tiene por objeto analizar el fundamento del principio de total indemnidad y de sus excepciones. Tras revisar la legislación, la jurisprudencia y la doctrina relevantes, se exponen las razones que militan a favor de respetarlo o de hacer una salvedad. Conviene advertir que aquí no se van a analizar exhaustivamente todas sus posibles excepciones, sino sólo algunas, a título ilustrativo.

II. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE INDEMNIDAD

Este principio exige que el justiprecio alcance, sin rebasarlo, hasta el punto de compensar todos los perjuicios patrimoniales que para el expropiado se derivan de la privación de sus bienes y derechos. La indemnización que se le ha de pagar debe restablecer el valor neto que su patrimonio tenía antes de producirse la operación expropiatoria.

La jurisprudencia ha declarado, por ello, que el justiprecio debe coincidir, en principio, con el «valor de sustitución o reposición». «La finalidad inspiradora del instituto del justo precio se endereza a indemnizar al expropiado, conforme a los más puros principios de la justicia conmutativa, mediante una compensación dineraria en cuantía suficiente para adquirir otro bien análogo al que se le priva por la expropiación» (STS 26.6.1992, RJ 4720). La indemnización expropiatoria debe «conseguir que el valor del patrimonio del expropiado antes y después de la actuación expropiatoria sea idéntico» (STSJ Com. Val. 12.3.2003, rec. 769/2000), ha de lograr «una compensación económica adecuada, sin que tal compensación pueda representar ni un enriquecimiento injusto ni una mengua injustificada del patrimonio del expropiado» (STS 6.4.1994, rec. 354/1992).

III. FUNDAMENTO POSITIVO DEL PRINCIPIO

Cabría entender que el artículo 33.3 de la Constitución española ha consagrado tácitamente este principio, al disponer que nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino mediante la correspondiente «indemnización». Cabría interpretar –al pie de la letra– este y otros textos normativos, en los que se utiliza el término «indemnización», en el sentido de que la compensación que obligatoriamente ha de acompañar a toda expropiación debe dejar literalmente indemne al titular de los derechos expropiados.

El Tribunal Constitucional no lo ha entendido así. En su Sentencia 166/1986 (FJ 13), declara, ciertamente, que la indemnización exigida por el artículo 33.3 CE «debe corresponder con el valor económico del bien o derecho expropiado», lo que pudiera parecer una afirmación del rango constitucional del principio considerado. Pero seguidamente matiza: «es por ello preciso que entre éste [el valor económico del derecho expropiado] y la cuantía de la indemnización exista un proporcional equilibrio para cuya obtención el legislador puede fijar distintas modalidades de valoración, dependientes de la naturaleza de los bienes y derechos expropiados, debiendo ser éstas respetadas, desde la perspectiva constitucional, a no ser que se revelen manifiestamente desprovistas de base razonable». El artículo 33.3 CE no impone, pues, que la compensación deje siempre totalmente indemne al titular del bien expropiado, sino tan sólo que exista un razonable equilibrio entre la cuantía de aquella y el valor real de éste. Son admisibles las reglas que flexibilicen el principio de indemnidad, siempre que cuenten con una base mínimamente razonable. El legislador gozaría a estos efectos de un amplio margen de discrecionalidad.

IV. EL PRINCIPIO CUENTA CON EXCEPCIONES

Tanto el legislador como, sobre todo, la jurisprudencia han considerado que el principio de indemnidad total puede –o incluso debe– excepcionarse en determinadas circunstancias, de manera que el justiprecio quede por debajo o por encima de lo que sería el valor de sustitución de los derechos o bienes expropiados.

Interesa no perder de vista que algo muy similar ocurre en materia de responsabilidad civil extracontractual. Aquí el principio de indemnidad –o de reparación integral del daño– también cuenta con excepciones análogas: por debajo, como en los casos de culpas concurrentes del causante y de la víctima (STS 25.4.2000, rec. 1842/1996), daño moral (GÓMEZ POMAR, 2000) o de pérdida de una oportunidad (MEDINA ALCOZ, 2007: 106 y ss.); y por arriba, como cuando se imponen *punitive damages* (SALVADOR CODERCH, 2000; POLINSKY y SHAVELL, 1998).

1. EXCEPCIONES POR DEBAJO

Repárese, a modo de ejemplo, en el artículo 36.2 LEF, donde puede leerse 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». Obsérvese que si en el bien expropiado se han hecho ciertas mejoras, no indemnizables, el justiprecio será inferior a lo que dicho bien valía para su dueño. La compensación que se le ha de pagar no le alcanzará para adquirir un bien equivalente, que incorpore mejoras análogas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, ha declarado que la indemnización expropiatoria ha de ser, por regla general, plena e íntegra, equivalente al valor de mercado de los bienes sacrificados, pero en circunstancias extraordinarias puede ser inferior al mismo, sin que ello vulnere el derecho de propiedad reconocido en el artículo 1.1 del Protocolo adicional número 1 del CEDH (STEDH 28.11.2002, *ex-rey de Grecia y otros c. Grecia*, 25701/94, § 78; para más detalles, BARCELONA LLOP, 2011: 67 y ss.).

2. EXCEPCIONES POR ARRIBA

Sirva como ejemplo la consolidada línea jurisprudencial según la cual, en los casos en los que la Administración expropia ilegalmente un bien y su devolución al expropiado no resulta legal o fácticamente posible, éste tiene derecho a una indemnización equivalente al justiprecio incrementado en un 25%, a pesar de que la Ley no contempla tal incremento (SSTS 25.10.1996, rec. 13511/1991; y 18.1.2000, rec. 9422/1996). Si el justiprecio refleja ya el valor de sustitución del bien expropiado, acrecentarlo en un 25% implica, evidentemente, sobrecompensar a la víctima de la privación. Supone hacer que el valor neto de su patrimonio aumente como consecuencia de la operación expropiatoria.

V. JUSTIFICACIÓN DEL PRINCIPIO

Según lo vemos nosotros, la finalidad de cualesquiera normas jurídicas –también de las que regulan el justiprecio– debería ser establecer los incentivos adecuados para que la gente se comporte de la manera más beneficiosa posible para la sociedad. El denominado principio de indemnidad estará justificado en la medida en que sirva a dicho objetivo. Para determinar si conviene dejar indemne al expropiado habrá que ver, pues, cuáles son los costes y los beneficios sociales que se derivan de cada una de las alternativas consideradas. Los unos y los otros guardan una estrecha relación, obviamente, con las ventajas y los

inconvenientes que para todos los ciudadanos conlleva compensar la privación de un derecho por una causa de interés público (para más detalles, DOMÉNECH PASCUAL, 2012).

1. VENTAJAS E INCONVENIENTES DERIVADOS DE INDEMNIZAR LAS PRIVACIONES DE LA PROPIEDAD

1.1. Ventajas

La obligación de indemnizar funciona, en primer lugar, como una suerte de *seguro* contra el riesgo de sufrir (ciertas) privaciones. 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.

Por esa razón, el deber de compensar también proporciona a los propietarios un *incentivo* para trabajar e invertir en la adquisición, mantenimiento, conservación y mejora de cosas, en la medida en que les asegura que no perderán el valor patrimonial de esas inversiones como consecuencia de una privación justificada por razones de interés general.

Dicho deber también *disminuye la resistencia* que los dueños de los bienes sacrificados podrían oponer a la realización de proyectos de interés público y mitiga el riesgo de que los propietarios potencialmente afectados por la privación de sus derechos lleven a cabo actividades socialmente indeseables (v. gr., presionar a las autoridades competentes, por medios legales o incluso ilegales) con el fin de evitarla.

El deber de compensar *reduce el riesgo de que las autoridades competentes coaccionen* a los ciudadanos. Si no existiera tal deber, los titulares de la potestad de sacrificar sin compensación los derechos de los particulares podrían sentir la tentación de abusar de la misma en beneficio propio, amenazando a ciertas personas con ejercerla para el caso de que éstas no se plegasen a sus exigencias.

La compensación, finalmente, *disminuye el riesgo de que los poderes públicos ejerzan excesiva e ineficientemente su potestad* de privar a los ciudadanos de sus derechos por supuestas causas de interés público. Si no tuvieran que pagar un justiprecio, las autoridades competentes podrían sentirse inclinadas a abusar de esa potestad, realizando proyectos cuyos costes sociales (soportados por unos pocos ciudadanos, políticamente poco influyentes) superan a sus beneficios para la comunidad (concentrados en dichas autoridades, en sus votantes o en grupos de interés muy poderosos). Tal puede ser un riesgo ciertamente serio, en la medida en que las víctimas de una expropiación constituyen frecuentemente un grupo ocasional de personas (para las cuales éste es un «juego de una sola tirada») cuyos incentivos y habilidad para influir sobre las autoridades son mucho más reducidos que los de los promotores de la privación, que

frecuentemente constituyen grupos de presión bien organizados que participan repetidas veces en el «juego».

1.2. Inconvenientes

La obligación de pagar indemnizaciones expropiatorias hace necesario incrementar la *presión fiscal*, lo que genera costes de gestión y disminuye, hasta cierto punto, los incentivos económicos que la gente tiene para llevar a cabo las actividades socialmente valiosas objeto de gravamen, como trabajar, intercambiar cosas, etc. Cuanto mayor sea el justiprecio, más habrá que elevar dicha presión, y más graves serán las mentadas consecuencias.

La determinación del importe del justiprecio constituye muchas veces un arduo y disputado problema, que debe dilucidarse a través de un *procedimiento*. Los numerosos procedimientos tramitados por los Jurados de Expropiación y los subsiguientes procesos contencioso-administrativos encierran considerables costes para el Estado y los expropiados. Y podemos suponer que la magnitud de tales costes (v. gr., lo que los interesados estarán dispuestos a gastarse en abogados y peritos) depende, en cierta medida, de la cuantía de la indemnización que está en juego.

Debe señalarse, finalmente, que el derecho a ser indemnizado puede *estimular* la realización por parte de su titular de inversiones y, en general, de *actividades socialmente ineficientes*, indeseables. Las inversiones hechas por los propietarios con el fin de adquirir, conservar y mejorar sus bienes pueden echarse a perder si el Gobierno sacrifica los mismos por una causa de interés público. Si todas ellas fueran siempre compensadas, los propietarios tenderían a invertir por encima de lo que sería socialmente óptimo, pues no tendrían en cuenta el riesgo de que las mismas se malograrán como consecuencia de una expropiación. Ese riesgo lo pagarían los contribuyentes.

2. POR QUÉ, POR REGLA GENERAL, CONVIENE DEJAR INDEMNE AL EXPROPIADO

2.1. Por qué no conviene quedarse corto

Puede apreciarse, a la vista de cuanto llevamos expuesto, que varias razones militan a favor de que el justiprecio alcance al menos el valor de sustitución de los bienes expropiados. Si la indemnización expropiatoria se quedara sistemáticamente corta: 1º) los propietarios potencialmente afectados estarían sopor-tando un riesgo que la Administración podría asumir con un coste menor; 2º) éstos tendrían menos incentivos para trabajar, invertir, conservar y mejorar sus bienes; 3º) aumentaría su resistencia a la realización de proyectos que, presumiblemente, son de interés público; 4º) se elevaría el riesgo de que las autoridades

competentes coaccionaran a los propietarios con la amenaza de una expropiación; y 5º) también se acentuaría el peligro de que dichas autoridades abusaran de su potestad expropiatoria, aprobando proyectos socialmente indeseables.

2.2. Por qué tampoco hay que pasarse

Parece claro que, en principio, tampoco conviene que el importe del justiprecio supere el valor de sustitución de los derechos expropiados. La razón es evidente. Esta sobrecompensación conllevaría inconvenientes significativos y prácticamente ninguna ventaja. En efecto, por un lado, supondría: 1º) incrementar la presión fiscal y los costes de los procedimientos de determinación del justiprecio; 2º) estimular aún más la realización por parte de los propietarios de inversiones ineficientes; 3º) quizás, darles a estos un acicate para presionar a las autoridades competentes con el objeto de ser expropiados; y 4º) disuadir a los poderes públicos de acometer algunos proyectos socialmente beneficiosos.

Por otro lado, elevar el justiprecio por encima del valor de sustitución: 1º) no libera de riesgo alguno a los propietarios potencialmente afectados; 2º) ni les proporciona incentivos adicionales para acometer inversiones o mejoras eficientes; 3º) ni disminuye su eventual resistencia a la realización de proyectos de interés general, pues se supone que si el justiprecio equivale realmente al valor de sustitución, serán indiferentes entre el mantenimiento del *status quo* o ser expropiados; y 4º) por la misma razón, tampoco enerva el peligro de que se vean sometidos a extorsiones. Incrementar el justiprecio, no obstante, podría ser deseable si, por cualquier razón, el coste que para las autoridades expropiantes supone pagar el valor de sustitución no las disuadiera suficientemente de ejercer su potestad expropiatoria para realizar proyectos que no incrementan el bienestar social.

VI. JUSTIFICACIÓN DE ALGUNAS EXCEPCIONES

En algunos casos excepcionales, seguramente conviene fijar un justiprecio inferior o superior al valor de sustitución de los bienes expropiados, por cuanto así se crean los incentivos adecuados para que las personas implicadas se comporten de la manera más conveniente para la sociedad.

1. EL CASO DE LAS MEJORAS NO APROVECHABLES

Las mejoras que se echan a perder al ejecutarse el proyecto público que justifica la expropiación plantean un dilema. Si se compensan, se favorece que la gente mejore sus bienes más de lo que sería óptimo desde el punto de vista del bienestar social. Si no se pagan, se propicia que la gente invierta demasiado

poco en mejorar sus cosas y que la Administración cometa abusos y ejerza excesivamente su potestad expropiatoria.

La solución pasa por distinguir entre dos tipos de mejoras, en función de su eficiencia o ineficiencia consideradas desde un punto de vista *ex ante*. Una inversión es eficiente cuando sus beneficios superan a sus costes; e ineficiente, en caso contrario. Esa eficiencia puede juzgarse bien en el mismo momento en el que se decide invertir, a la vista de la información disponible entonces (*ex ante*), bien en un momento posterior, por ejemplo cuando se ejecuta el proyecto público que justifica la expropiación (*ex post*). No es necesario que ambos juicios arrojen el mismo resultado. Es perfectamente posible que una inversión ineficiente *ex post*, frustrada como consecuencia de la privación, fuese eficiente *ex ante*. Y también cabe el caso contrario.

A la sociedad no le interesa, evidentemente, alentar la realización de mejoras que, además de ser ineficientes *ex post*, también lo eran *ex ante*. Por esta razón no resulta aconsejable compensarlas. Imaginemos que una persona está barajando la posibilidad de construir una nave industrial en un terreno de su propiedad. La construcción le costaría 1.000.000 € y le permitiría ingresar 1.200.000 €. El problema es que hay una elevada probabilidad (0,5) de que, nada más terminada la construcción y antes de que comience a ser amortizada, el terreno sea expropiado y la nave demolida para llevar a cabo cierto proyecto de interés público. Y todo el mundo es consciente de ello. Es obvio que, desde el punto de vista de los intereses generales, la nave no debería ser construida, pues su utilidad social esperada es negativa (- 400.000 €).

$$(1.200.000 \text{ €} - 1.000.000 \text{ €}) \cdot 0,5 - 1.000.000 \text{ €} \cdot 0,5 = - 400.000 \text{ €}.$$

Pero si el propietario sabe que se le abonará el coste de la construcción en caso de que le sea expropiada (pongamos, a efectos meramente ilustrativos, que la indemnización sólo cubre el daño emergente), lo normal es que decida acometer la inversión, pues la misma le resultará económicamente rentable (los beneficios esperados netos que para él se derivan de ella son de 100.000 €).

$$(1.200.000 \text{ €} - 1.000.000 \text{ €}) \cdot 0,5 + (1.000.000 \text{ €} - 1.000.000 \text{ €}) \cdot 0,5 = 100.000 \text{ €}.$$

Si, por el contrario, sabe que no se le pagará, se abstendrá de construirla, en la medida en que la utilidad esperada privada de la nave es negativa (- 400.000 €).

$$(1.200.000 \text{ €} - 1.000.000 \text{ €}) \cdot 0,5 - 1.000.000 \text{ €} \cdot 0,5 = - 400.000 \text{ €}.$$

Ni que decir tiene que a la sociedad no le conviene indemnizar la frustración de estas inversiones ineficientes *ex ante*, pues de esa manera las está fomentando.

El caso de las mejoras eficientes *ex ante* (aunque ineficientes *ex post*) es distinto. Si los beneficios sociales esperados de una inversión exceden de los riesgos que entraña, resulta deseable acometerla. Y el legislador debería alentarla. De ahí que convenga compensar las mejoras de este tipo efectuadas en los bienes expropiados (BELL, 2003; TIDEMAN y PLASSMANN, 2005), máxime cuan-

do no hacerlo conlleva además el peligro de que la Administración ejerza abusiva y excesivamente su potestad expropiatoria. Volvamos sobre el ejemplo anterior. Supongamos que, permaneciendo todo lo demás igual, la probabilidad de que el terreno sea expropiado es del 0,1. Así las cosas, la nave debería ser construida, pues su utilidad social esperada es positiva (80.000 €).

$$(1.200.000 \text{ €} - 1.000.000 \text{ €}) \cdot 0,9 - 1.000.000 \text{ €} \cdot 0,1 = 80.000 \text{ €}.$$

Una forma de hacer atractiva esa inversión sería, desde luego, que el legislador estableciera su carácter compensable para el caso de una eventual expropiación, pues entonces su valor estimado para el propietario sería netamente positivo (180.000 €).

$$(1.200.000 \text{ €} - 1.000.000 \text{ €}) \cdot 0,9 + (1.000.000 \text{ €} - 1.000.000 \text{ €}) \cdot 0,1 = 180.000 \text{ €}.$$

La solución legislativa contraria parece claramente desaconsejable, por varias razones. En primer lugar, porque arrojaría sobre el propietario un serio riesgo (una probabilidad 0,1 de perder 1.000.000 €), que incluso podría disuadirle de efectuar la mejora si su aversión al mismo es muy elevada. La Administración, como ya sabemos, puede soportar ese riesgo con un coste mucho menor.

En segundo lugar, porque engendraría el peligro de que el propietario tratara de presionar a las autoridades competentes para evitar la privación, o de que éstas extorsionaran a aquel. Nótese que al propietario amenazado por una expropiación inminente en principio le saldría a cuenta pagar hasta 1.199.999,99 € a fin de eludirla.

Y, sobre todo, porque las autoridades públicas competentes podrían sentir una tentación demasiado fuerte de acometer proyectos rentables para sus intereses particulares, pero contrarios a las exigencias del interés general. Imagine-mos que, una vez construida la nave industrial, el Gobierno está considerando la posibilidad de expropiar el terreno, perteneciente a un militante del partido político de la oposición, para ejecutar un proyecto del que principalmente se beneficiarán (en unos 200.000 €) sus propios votantes. Existe, obviamente, el peligro de que el Gobierno tome aquí una decisión partidista, sin ponderar el perjuicio social que supondría la destrucción de la nave (1.000.000 €), habida cuenta de que la ley no le obliga a compensarla y de que la operación no le acarrea prácticamente coste político alguno, sino más bien lo contrario.

De ahí la regulación establecida por el artículo 36.2 LEF. La razón latente en este precepto es que la iniciación del procedimiento expropiatorio constituye el momento a partir del cual cabe estimar razonablemente que la probabilidad de que las mejoras se echen a perder es demasiado elevada, por lo que hay que presumir que las que se realicen a partir de entonces son por regla general ineficientes *ex ante* y, en consecuencia, no deben ser indemnizadas. Las efectuadas con anterioridad, por el contrario, serían en principio eficientes *ex ante* y deberían compensarse. Esta regla general cuenta con tres excepciones, dos previstas explícitamente por el legislador y otra declarada por la jurisprudencia:

- 1) Las mejoras anteriores no se compensan si en el momento de efectuarlas el propietario sabía —o al menos podía saber razonablemente— que iba a tener lugar la expropiación con un alto grado de probabilidad. Así hay que interpretar, a nuestro juicio, la alusión de la LEF a la «mala fe» (en sentido similar, FUERTES LÓPEZ, 1999: 227; ESCUIN PALOP, 2008: 435, n. 24). Es evidente que tales mejoras anteriores no pueden considerarse eficientes *ex ante*, pues a la vista de la elevada probabilidad de la privación, que el propietario —se supone— podía conocer en el momento de efectuarlas, sus beneficios sociales esperados excedían a sus costes.
- 2) 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 rentables. 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 sólo si los beneficios resultantes compensan ese riesgo y, adicionalmente, los restantes costes que entraña su ejecución.
- 3) De la STS 25.5.1985 (RJ 3504) se desprende que también son indemnizables las mejoras realizadas con posterioridad a la iniciación del procedimiento expropiatorio como consecuencia de una negligencia cometida por la Administración expropiante. En el caso enjuiciado, el expropiado no había tenido la posibilidad razonable de conocer a tiempo —antes de acometer las mejoras— dicha iniciación, debido a una torpeza administrativa. El Tribunal Supremo tuvo en cuenta que el expropiado difícilmente podía haber conocido 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.

2. EL CASO DE LAS EXPROPIACIONES ILEGALES

A pesar de carecer de cobertura legal y de los costes que encierra sobrecompensar al expropiado, la arriba expuesta «doctrina del 25%» es razonable. Con ella se pretende, seguramente, disuadir a las autoridades públicas de llevar a cabo expropiaciones ilegales.

Cualquier persona tiene normalmente dos alternativas para adquirir —o sacrificar— un bien que pertenece a otra: puede hacerlo respetando el ordenamien-

to jurídico (v. gr., mediante contrato o mediante expropiación, en las condiciones previstas por la ley) o infringiéndolo. Si dicha persona se decanta a sabiendas por la segunda opción, cabe suponer que actúa así porque de esa manera espera obtener algún tipo de beneficio, que hay que considerar ilegítimo. Pues bien, es obvio que tales infracciones no pueden ser adecuadamente prevenidas si sólo se obliga a los infractores a pagar una indemnización equivalente al valor de sustitución de los bienes en cuestión. Y ello por la sencilla razón de que entonces el precio que aquellos tendrían que pagar por actuar ilegalmente sería el mismo que les supondría obrar conforme a Derecho, con la diferencia de que en el primer caso podrían obtener algún beneficio espurio derivado de la ilegalidad cometida. Es decir, en el mejor de los casos les resultaría indiferente respetar la ley o violarla, aunque probablemente les saldría más a cuenta hacer esto último.

Si se quiere asegurar la eficacia de las normas jurídicas imperativas, hay que procurar que a la gente le resulte más costoso infringirlas que respetarlas, y viceversa. Es por ello que, para garantizar efectivamente la integridad de los derechos frente a los daños dolosos, la obligación de reparar íntegramente los perjuicios causados no basta. Hace falta un elemento disuasorio adicional. Se requiere la intervención del Derecho sancionador (CALABRESI y MELAMED, 1972: 1124 y ss.).

Otra razón adicional por la que conviene imponer a los autores de daños dolosos una sanción cuya magnitud exceda del valor del daño ocasionado es que exista alguna probabilidad, superior a cero, de que aquellos no sean descubiertos y sancionados. *Vid.* BECKER (1968); POLINSKY y SHAVELL (1979).

Lo mismo vale decir para el problema que nos ocupa. Si al ejercer su potestad expropiatoria una autoridad pública incurre en una ilegalidad a sabiendas, cabe suponer que actúa así porque de esa manera espera obtener algún tipo de beneficio, que hay que considerar espurio. Si la única consecuencia jurídica de la infracción cometida consistiera entonces en que la correspondiente Administración ha de pagar una indemnización coincidente con el valor de sustitución de los bienes expropiados, el respeto de la ley no quedaría suficientemente asegurado. Incumplirla podría reportar a las autoridades culpables una ventaja sin coste añadido alguno, ya que el precio que habrían de pagar por las expropiaciones ilegales sería exactamente el mismo que el fijado para las conformes a Derecho. Para disuadir a los gobernantes de incurrir en tales ilegalidades hace falta, por consiguiente, la imposición de sanciones.

De ahí que el legislador español haya tipificado como delito la expropiación ilegal. En la actualidad, el artículo 541 del Código Penal, establece que «la autoridad o funcionario público que expropie a una persona de sus bienes fuera de los casos permitidos y sin cumplir los requisitos legales, incurrirá en las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses». La intervención del Derecho penal para prevenir estas conductas resulta, sin embargo, probablemente desproporcionada y, en

cualquier caso, acreditadamente ineficaz (RODRÍGUEZ DEVESA, 1984: 25 y 26). A pesar de que este delito existe sobre el papel desde 1870 y de que las expropiaciones ilegales son relativamente frecuentes en la práctica, sólo muy rara vez se ha perseguido y condenado efectivamente a los infractores por ello. La ausencia de preceptos legislativos equivalentes en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural refuerza la impresión de que la solución penal no es muy acertada.

Cabría considerar la posibilidad de tipificar las expropiaciones ilegales como infracciones disciplinarias y otorgar a la Administración pública correspondiente la potestad de sancionar a las autoridades culpables. Pero es muy probable que tal solución presentase también problemas de efectividad. A la vista de los estrechos vínculos políticos normalmente existentes entre las autoridades responsables de la expropiación ilegal y las que ostentarían la competencia para sancionarlas, resulta difícil que en la práctica acabara exigiéndose dicha responsabilidad.

Así las cosas, la jurisprudencia del 25% no parece descabellada. Habida cuenta de la necesidad de disuadir mediante sanciones las expropiaciones ilegales, así como de la inexistencia o ineficacia de los mecanismos sancionadores alternativos, los Tribunales españoles han estimado procedente imponer una suerte de compensación punitiva (*punitive damages*) a las Administraciones expropiantes, pese a los inconvenientes que esta solución entraña.

Por similares razones, también podría estar justificado dispensar semejante castigo cuando la ilegalidad cometida en el ejercicio de la potestad expropiatoria fue fruto de una negligencia grave. Tal sanción resulta probablemente necesaria a fin de prevenir que las autoridades públicas expropiantes incurran en tales negligencias. Y ello por la concurrencia de dos factores. El primero es que actuar con la diligencia exigible entraña normalmente costes, que dichas autoridades se podrían ahorrar, obteniendo un beneficio espurio, si actuaran negligentemente. El segundo factor es que, a falta de una sanción, el precio que dichas autoridades habrían de pagar por una expropiación legal equivaldría a lo que les costaría una expropiación ilegal.

VII. REFLEXIÓN FINAL

El llamado principio de compensación integral del expropiado no es el alfa y omega del cuerpo normativo que regula la determinación del justiprecio. Es más, ni tan siquiera creo que pueda ser considerado propiamente un principio jurídico, si entendemos que los principios jurídicos son «los valores materiales básicos de [nuestro] ordenamiento jurídico» (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2008: 85), mandatos de optimización que exigen que dichos valores se realicen en la mayor medida de lo posible, habida cuenta de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes (ALEXY, 1994: 75 y 76).

El deber de dejar indemne al expropiado no es un principio fundamental e inspirador del Derecho público, sino más bien una regla derivada, que además cuenta con varias excepciones. La una y las otras resultan de la articulación de otros principios jurídicos (estos, auténticos), que son los que hay que realizar en la mayor medida de lo posible, en función de las particulares circunstancias concurrentes. Estos exigen que se establezcan las normas que constituyan los incentivos adecuados para que tanto las autoridades expropiantes como los propietarios afectados se comporten de manera que se maximice la satisfacción global del conjunto de tales principios —o del bienestar social, si se prefiere esta expresión—. Tal es el criterio que debiera orientar el contenido de las disposiciones dictadas por el legislador para regular la determinación del justiprecio, así como la interpretación que de las mismas efectúen los Tribunales. Y, de hecho, es el criterio informador que subyace en la gran mayoría de las soluciones legislativas y jurisprudenciales actualmente vigentes en este ámbito. Hemos podido ver algunos ejemplos.

VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEXY, Robert (1994), *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a. M.
- BARCELONA LLOP, Javier (2011), «Privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, 185, págs. 49 y ss.
- BECKER, Gary S. (1968), «Crime and Punishment: An Economic Approach», *Journal of Political Economy*, 76, págs. 169 y ss.
- BELL, Abraham (2003), «Not Just Compensation», *Journal of Contemporary Legal Issues*, 13, págs. 29 y ss.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (2012), «Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable», *InDret*, 1/2012.
- ESCUIN PALOP, Vicente (2008), *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, Madrid.
- FUERTES LÓPEZ, Mercedes (1999), «Comentario al art. 36», en FRANCISCO SOSA WAGNER (dir.), *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Aranzadi, Pamplona.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2008), *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, t. I.
- GÓMEZ POMAR, Fernando (2000), «Daño moral», *InDret*, 1/2000.
- MEDINA ALCOZ, Luis (2007), *La teoría de la pérdida de oportunidad*, Civitas, Madrid.
- POLINSKY, A. Mitchell, SHAVELL, Steven (1979), «The Optimal Tradeoff between the Probability and Magnitude of Fines», *American Economic Review*, págs. 880 y ss.
- (1998), «Punitive Damages: An Economic Analysis», *Harvard Law Review*, 111, págs. 869 y ss.

SALVADOR CODERCH, Pablo (2000), «Punitive damages», *InDret*, 1/2000.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María (1984), «El delito de expropiación ilegal en la legislación española», *Revista de Administración Pública*, 105, págs. 7 y ss.

TIDEMAN, T. Nicolaus, PLASSMANN, Florenz (2005), «Fair and Efficient Compensation for Taking Property under Uncertainty», *Journal of Public Economic Theory*, 7:3, págs. 471 y ss.