

## El principio de indemnidad y sus excepciones

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL

Universidad de Valencia

Revista Española de Derecho Administrativo 156  
Octubre – Diciembre 2012  
págs. 59 a 86

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE INDEMNIDAD. III. FUNDAMENTO POSITIVO DEL PRINCIPIO. IV. EL PRINCIPIO CUENTA CON EXCEPCIONES. 1. *Excepciones a la baja*. 2. *Excepciones al alza*. V. JUSTIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DE INDEMNIDAD. 1. *Ventajas e inconvenientes derivados de indemnizar las privaciones de la propiedad*. A. Ventajas. B. Inconvenientes. 2. *Por qué, por regla general, conviene dejar indemne al expropiado*. A. Por qué no conviene quedarse corto. B. 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. TAMBIÉN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EL PRINCIPIO DE INDEMNIDAD CUENTA CON EXCEPCIONES. 1. *Justificación del principio de reparación integral del daño*. 2. *Algunas excepciones*. A. Culpa concurrente de la víctima. B. Daño moral. C. Pérdida de una oportunidad. D. Limitaciones legales de la responsabilidad para actividades especialmente riesgosas. E. «Punitive damages». VIII. CONCLUSIONES.

**RESUMEN:** El de indemnidad suele ser considerado el principio fundamental que inspira las normas jurídicas que regulan la determinación del justiprecio y de las indemnizaciones por daños. En virtud del mismo, el expropiado –o la víctima del daño– debe ser compensado por todos los perjuicios patrimoniales que para él se

**ABSTRACT:** Under the so-called principle of full compensation, individuals are entitled to be compensated for all of the losses they have actually suffered as a result of either having been the victims of torts or having been deprived of their rights for a public purpose. There are, however, various exceptions to this principle, which

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación DER2008-02309 (Plan Nacional de I+D+I), dirigido por el Profesor José María Baño León.

deriven del sacrificio de sus bienes y derechos, y sólo por dichos perjuicios. Este principio, sin embargo, ha sido desmentido en no pocos casos por el legislador y los Tribunales, que han admitido la posibilidad de otorgar indemnizaciones que excedan o no alcancen la cuantía que resultaría de aplicarlo. En el presente trabajo se examinan tanto el fundamento de este principio como el de algunas de sus excepciones

**PALABRAS CLAVE:** Expropiación forzosa; responsabilidad civil; justiprecio; indemnización.

is considered fundamental by many. Under current Spanish law, the magnitude of such compensation does not always need to equal the level of the losses suffered by victims. In some cases, it can be either higher or lower. This paper analyzes, from an economic point of view, the rationale of both the principle and its exceptions.

**KEYWORDS:** Tort Law; takings; full compensation.

## I. INTRODUCCIÓN

Como bien dice el preámbulo de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, 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 principio de indemnidad, también denominado de compensación integral, o de equivalencia. No es nada raro que sea invocado en los escritos procesales de las partes<sup>1</sup> o en la motivación de las resoluciones judiciales dictadas sobre el particular<sup>2</sup>. En virtud del mismo, el justiprecio debería compensar todos los perjuicios que al expropiado ocasiona la privación de su derecho, debería dejarlo absolutamente indemne, sin daño alguno. Sobre este fundamental principio se asentaría el entero edificio normativo, sumamente complejo, que regula la determinación del justiprecio.

Sin embargo, la importancia que suele atribuirse al principio de indemnidad contrasta llamativamente con la escasa atención que éste ha recibido por parte de nuestra doctrina. No hemos podido encontrar estudio alguno en el que se trate de razonar por qué el justiprecio ha de compensar integralmente al expropiado la privación de sus bienes. Se trata de una regla 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 chocante cuando se repara en que el referido principio encuentra en la práctica no pocas excepciones. En efecto, tanto el legislador como la jurisprudencia han admitido con toda naturalidad 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 la justificación del principio de total indemnidad y de sus excepciones. Tras revisar la legislación, la jurisprudencia y la doctrina relevantes, trataremos de averiguar qué razones militan a

1. Vid., a título ilustrativo, las SSTs (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 16 junio de 2009 (rec. 4238/2005) y 20 de abril de 2009 (rec. 5566/2005).
2. Vid., entre otras muchas, las SSTs (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 20 marzo de 1997 (rec. 2436/1992) y 23 de mayo de 2000 (rec. 1061/1996).

favor de respetarlo o de hacer una salvedad al mismo. Conviene advertir que aquí no vamos a analizar pormenorizada y exhaustivamente todas sus posibles excepciones, pero sí algunas de las más importantes, a efectos ilustrativos.

## 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 expropiación de sus bienes y derechos, y sólo dichos perjuicios. No más, pero tampoco menos. 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» del bien objeto de la privación. «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»<sup>3</sup>. La indemnización expropiatoria debe «conseguir que el valor del patrimonio del expropiado antes y después de la actuación expropiatoria sea idéntico»<sup>4</sup>; 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»<sup>5</sup>.

## III. FUNDAMENTO POSITIVO DEL PRINCIPIO

Este principio no ha sido consagrado explícitamente como tal por el constituyente, ni tampoco por el legislador. Cabría entender, sin embargo, que el artículo 33.3 de la Constitución española vigente lo ha establecido tácitamente 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 económica que obligatoriamente ha de acompañar a toda expropiación debe dejar literalmente indemne al titular de los derechos expropiados.

No puede decirse que el Tribunal Constitucional se haya pronunciado en este sentido; más bien al contrario. En su segunda Sentencia relativa al caso RUMASA declara que la indemnización exigida por el art. 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

3. STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 26 junio de 1992.

4. STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala Cont.-Adm., Secc. 1ª) de 12 marzo de 2003 (rec. 769/2000), relativa al sometimiento del justiprecio al impuesto sobre la renta de las personas físicas.

5. STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 6 de abril de 1994 (rec. 354/1992).

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»<sup>6</sup>. El Tribunal estima, pues, que el artículo 33.3 CE no impone que la indemnización deje totalmente indemne al titular del bien expropiado, sino tan sólo que exista un razonable equilibrio entre la cuantía de aquélla y el valor real de éste, lo cual es algo distinto. Las reglas que flexibilicen el principio de indemnidad son admisibles, siempre que cuenten con una base mínimamente razonable. El legislador goza aquí de un amplio margen de discrecionalidad.

El Tribunal Supremo, por su parte, ha declarado que «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»<sup>7</sup>. Y que tal «principio de indemnidad [está] presente en el art. 33.3 de la Constitución», por lo que debe tenerse en cuenta, por ejemplo, a la hora de determinar el momento en el que ha de valorarse el bien expropiado a los efectos de fijar el justiprecio<sup>8</sup>.

#### IV. EL PRINCIPIO CUENTA CON EXCEPCIONES

Tanto el legislador como los Tribunales han considerado que el principio de indemnidad 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.

##### 1. EXCEPCIONES A LA BAJA

Repárese, a modo de ejemplo, en el artículo 36.2 de la Ley de Expropiación Forzosa, 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 probablemente inferior a lo que dicho bien vale para su titular. La compensación que se le ha de pagar no le alcanzará para adquirir un bien equivalente, que incorpore mejoras análogas.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido explícita-

6. STC 166/1986, de 19 de diciembre (FJ 13).

7. STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 9 diciembre de 1997 (rec. 4568/1993).

8. STS (Sala 3ª, Secc. 2ª) de 18 marzo de 1989.

mente que la indemnización expropiatoria pueda ser inferior al valor de mercado de los bienes sacrificados, sin que ello implique una vulneración del derecho de propiedad reconocido en el artículo 1.1 del Protocolo adicional número 1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 20 de marzo de 1952<sup>9</sup>, donde se 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». El Tribunal de Estrasburgo 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 privación. Para no vulnerar este derecho, las «interferencias» del Estado en el mismo 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»<sup>10</sup>.

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»<sup>11</sup>. En particular, debe considerarse que «sin el abono de una suma razonable en relación con el valor del bien, una privación de la propiedad constituye normalmente» una violación del referido artículo 1.1. Y, a estos efectos, la regla general es que «sólo una indemnización integral puede ser considerada razonable», si bien esta regla puede ceder en casos excepcionales. En suma, normalmente, la compensación debe ser plena, equivalente al valor de mercado de los bienes expropiados, pero en circunstancias extraordinarias puede ser inferior al mismo:

«Aun cuando en numerosos casos de expropiación lícita, como la expropiación aislada de un terreno con vistas a la construcción de una carretera o a otros fines de "utilidad pública", sólo una indemnización integral puede ser considerada razonable en relación con el valor del bien, esta regla no deja de tener excepciones (...) objetivos legítimos de "utilidad pública", como los que persiguen medidas de reforma económica o de justicia social, pueden militar en favor de un reembolso inferior al pleno valor de mercado

9. BOE núm. 11, de 12 de enero de 1991.

10. Sobre esta jurisprudencia, vid., por todos, Javier BARCELONA LLOP (2011), «Privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, 185, pp. 49 y ss.; Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO (2012), *Las garantías del derecho de propiedad privada en Europa*, Civitas, Madrid, pp. 56 y ss.

11. Véanse, entre otras, la STEDH de 23 de noviembre de 2000 (*ex-rey 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.).

[...] una indemnización inferior a una reparación total puede imponerse igualmente, si no *a fortiori*, cuando se produce la privación de bienes con el fin de "operar cambios del sistema constitucional de un país tan radicales como la transición de la monarquía a la república"; «la indemnización no debe reflejar necesariamente el valor pleno e íntegro de los bienes»<sup>12</sup>.

## 2. EXCEPCIONES AL ALZA

Sirva como ejemplo de las mismas 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 expropiatorio incrementado en un 25%, a pesar de que este incremento no ha sido previsto por el legislador<sup>13</sup>. Es evidente que si el justiprecio refleja ya el valor real o de sustitución del bien expropiado, acrecentarlo en un 25% implica sobrecompensar a la persona que ha sufrido la privación. Supone hacer que el valor neto de su patrimonio aumente como consecuencia de la operación expropiatoria.

## V. JUSTIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DE INDEMNIDAD

La finalidad de cualesquiera normas jurídicas –también de las que regulan el justiprecio– debería ser establecer los incentivos adecuados para que las personas se comporten de la manera más beneficiosa posible para el conjunto de la sociedad. El denominado principio de indemnidad estará justificado en la medida en que sirva a este objetivo.

Para determinar si conviene dejar total o parcialmente 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 la sociedad se derivan de compensar la privación de un derecho por una causa de utilidad pública<sup>14</sup>. Analicémoslos.

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

#### A. Ventajas

La obligación de indemnizar funciona, en primer lugar, como una suerte

12. Vid., entre otras muchas, la STEDH de 28 de noviembre de 2002 (*ex-rey de Grecia y otros c. Grecia*, 25701/94, § 78).

13. Vid., entre otras, las SSTs (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 25 de octubre de 1996 (rec. 13511/1991) y 18 de enero de 2000 (rec. 9422/1996), así como las citadas en Vicente ESCUIN PALOP (2008), *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, Madrid, pp. 935 y ss.

14. Puede verse un análisis pormenorizado de estas ventajas y desventajas en Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2012), «Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable», *InDret*, 1/2012.

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 utilidad pública.

Dicho deber también *disminuye la resistencia* que los titulares de los bienes sacrificados podrían oponer a la realización de proyectos de interés público; mitiga el riesgo de que los propietarios potencialmente afectados por la privación de sus bienes lleven a cabo actividades socialmente indeseables –v. gr., ejercer presión sobre 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 actúen excesiva e ineficientemente su potestad* de privar a los ciudadanos de sus derechos por supuestas causas de interés público. Si no hubiera que pagar un justiprecio, las autoridades 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 individuos que promueven la privación, quienes frecuentemente constituyen grupos de presión bien organizados que participan repetidas veces en el «juego».

## B. *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, tales como trabajar, intercambiar cosas, etc. Es evidente que, cuanto mayor sea el justiprecio, más habrá que elevar dicha presión, y más graves serán las mentadas consecuencias.

Además, la determinación del importe del justiprecio constituye muchas

veces un arduo y disputado problema, que debe dilucidarse a través de un procedimiento administrativo, seguido, muchas veces de un ulterior proceso. Ni que decir tiene que 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, procuradores y peritos– depende, en cierta medida, de la cuantía de la indemnización controvertida. Tanto la Administración como los interesados tenderán a invertir más en aquellos procedimientos donde hay más dinero en juego.

Debe señalarse, finalmente, que el derecho a ser indemnizado puede estimular económicamente la realización por parte de su titular de inversiones y, en general, de *actividades socialmente ineficientes*, indeseables. Las inversiones efectuadas por los propietarios con el fin de adquirir, conservar y mejorar sus bienes pueden echarse a perder si la Administración los sacrifica por una causa de interés público. Si estas inversiones 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 por una causa de aquella índole. Ese riesgo lo pagarían los contribuyentes.

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

### A. *Por qué no conviene quedarse corto*

Fácilmente 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 soportando un riesgo que la Administración podría asumir con un menor coste; 2º) éstos tendrían menos incentivos para trabajar, invertir, conservar y mejorar sus bienes; 3º) aumentaría su resistencia a la realización de proyectos públicos que suponen un incremento del bienestar social; 4º) se incrementaría el riesgo de que las autoridades competentes coaccionaran a los propietarios con la amenaza de una expropiación; y 5º) se elevaría el peligro de que dichas autoridades abusaran de su potestad expropiatoria, llevando a cabo proyectos cuyos costes para la comunidad superan a sus beneficios.

### B. *Por qué tampoco hay que pasarse*

Parece claro que, en principio, tampoco conviene que la cuantía del justiprecio supere el valor de sustitución de los derechos expropiados. Esta sobrecompensación conlleva inconvenientes significativos y prácticamente ninguna ventaja para la sociedad. Por el lado de los costes, supondría: 1º) incrementar la presión fiscal; 2º) estimular aún más la realización por parte de los propietarios de inversiones ineficientes; 3º) dar a los mismos un acicate para presionar

a las autoridades competentes con el objeto de ser expropiados; y 4º) disuadir a los poderes públicos de acometer ciertos proyectos socialmente beneficiosos.

Por el lado de los beneficios, 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 la expropiación; y 4º) por la misma razón, tampoco enerva el peligro de que se vean sometidos a extorsiones. Sólo en el caso de que las autoridades competentes subestimaran sistemática y significativamente los costes de los correspondientes proyectos públicos, o sobreestimaran de igual modo sus beneficios, podría resultar deseable dicha solución, en la medida en que ésta reduciría el riesgo de que se aprobasen proyectos que no mejoran el bienestar del conjunto de los ciudadanos.

## 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 partes implicadas se comporten de la manera más conveniente para los intereses generales.

### 1. EL CASO DE LAS MEJORAS NO APROVECHABLES

Las mejoras que se echan a perder al ejecutarse el proyecto público que justifica la expropiación —a las que denominaremos mejoras no aprovechables, o ineficientes *ex post*— 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.

Este problema puede ser parcialmente resuelto si se distingue, a efectos compensatorios, entre dos tipos de mejoras, en función de su eficiencia o ineficiencia considerada desde un punto de vista *ex ante*. Veamos.

Cabe considerar que una mejora es eficiente cuando sus beneficios superan a sus costes; e ineficiente, en caso contrario. La eficiencia de una determinada inversión 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 operación expropiatoria, fuese eficiente *ex ante*, aunque también puede darse 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*, a la luz de la información disponible ya en el momento de efectuarlas. 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. Lo cual es sabido por todas las personas implicadas. Es obvio que, desde el punto de vista del bienestar social, la nave no debería ser construida, pues su utilidad social esperada es negativa (- 400.000 €)<sup>15</sup>. Pero si el propietario sabe que se le abonará el coste de la construcción (1.000.000 €) y el lucro cesante (200.000 €) en caso de que le sea expropiada, 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 200.000 €)<sup>16</sup>. 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 €)<sup>17</sup>. Obviamente, a la sociedad no le conviene en modo alguno indemnizar la frustración de estas inversiones que son ineficientes desde un punto de vista *ex ante*, pues de esa manera las está fomentando.

Las cosas se plantean de manera distinta en el caso de las mejoras eficientes *ex ante* (aunque ineficientes *ex post*). Si los beneficios sociales esperados de una inversión exceden de los riesgos que entraña, resulta deseable acometerla. Y el ordenamiento jurídico debería alentarla. De ahí que convenga compensar las mejoras de este tipo efectuadas en los bienes expropiados, máxime cuando no hacerlo conlleva además el peligro de que la Administración ejerza abusiva y excesivamente su potestad expropiatoria. Volvamos sobre el ejemplo anterior e introduzcamos en él un cambio. 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 €)<sup>18</sup>. 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 (200.000 €)<sup>19</sup>. La solución legislativa contraria parece claramente desaconsejable, por varias razones:

En primer lugar, porque arrojaría sobre el propietario un riesgo nada desdeñable (una probabilidad 0,1 de perder 1.000.000 €), que incluso podría disuadirle de efectuar la mejora si su aversión al riesgo es muy elevada. La Adminis-

15.  $(1.200.000 \text{ €} - 1.000.000 \text{ €}) \cdot 0,5 - 1.000.000 \text{ €} \cdot 0,5 = - 400.000 \text{ €}$ .

16.  $(1.200.000 \text{ €} - 1.000.000 \text{ €}) \cdot 0,5 + (1.200.000 \text{ €} - 1.000.000 \text{ €}) \cdot 0,5 = 200.000 \text{ €}$ .

17.  $(1.200.000 \text{ €} - 1.000.000 \text{ €}) \cdot 0,5 - 1.000.000 \text{ €} \cdot 0,5 = - 400.000 \text{ €}$ .

18.  $(1.200.000 \text{ €} - 1.000.000 \text{ €}) \cdot 0,9 - 1.000.000 \text{ €} \cdot 0,1 = 80.000 \text{ €}$ .

19.  $(1.200.000 \text{ €} - 1.000.000 \text{ €}) \cdot 0,9 + (1.200.000 \text{ €} - 1.000.000 \text{ €}) \cdot 0,1 = 200.000 \text{ €}$ .

tración, como ya sabemos, es capaz de soportar ese riesgo con un coste mucho menor, habida cuenta de que puede considerarse a estos efectos como un sujeto prácticamente neutral frente a riesgos de semejante entidad.

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 aquél. Nótese que, una vez realizada la inversión, al propietario amenazado por una expropiación inminente, sacrificio no indemnizable en principio, le saldría a cuenta pagar hasta 1.199.999,99 € a fin de eludirlo.

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. Imaginemos 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 150.000 €) 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 (1.200.000 €), 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 arriba citado artículo 36.2 de la Ley de Expropiación Forzosa. La idea subyacente 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 muy 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 por la jurisprudencia:

1ª) Las mejoras anteriores no se compensan si en el momento de efectuarlas el propietario sabía que, muy probablemente, el bien iba a ser expropiado. Así hay que interpretar, a nuestro juicio, la alusión de la Ley a la «mala fe»<sup>20</sup>. 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 conocía cuando las realizó, su utilidad social esperada era negativa.

2ª) Las mejoras posteriores se indemnizan si son indispensables para conservar la cosa mientras dura el procedimiento expropiatorio, en la medida en

20. Como bien señala ESCUIN PALOP (2008: p. 435, n. 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), «Comentario al art. 36», en Francisco SOSA WAGNER (dir.), *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Aranzadi, Pamplona, p. 227, 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».

que resulta razonable entender que los beneficios sociales derivados de las mismas superan a sus costes. En cambio, que cabe presumir que con las no indispensables sucede precisamente lo contrario. 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 tanto ese riesgo como, adicionalmente, los restantes costes que entraña su ejecución.

3ª) De la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Cont.-Adm.) de 25 de mayo de 1985 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, a resultas de una torpeza administrativa. El Tribunal tuvo en cuenta que el expropiado difícilmente podía haberse enterado de 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 incoación del procedimiento expropiatorio, le indujo incluso a efectuarlas, al otorgarle la licencia de apertura después de haber incoado dicho procedimiento, sin advertirle de la pendencia del mismo.

Obsérvese cómo estas reglas crean los incentivos apropiados para que tanto la Administración como los expropiados actúen eficientemente: la parte que comete una negligencia, la paga. Si el expropiado efectúa una mejora ineficiente *ex ante*, sabiendo o pudiendo razonablemente saber que la probabilidad de que se frustrara era excesiva, no tendrá derecho a obtener una indemnización por ella. Si la Administración propicia, con su torpeza, que se realice una mejora tal, deberá compensarla.

Debe señalarse, finalmente, que también otros preceptos legislativos establecen una regulación semejante, calificando explícitamente como no indemnizables las mejoras hechas en bienes cuya expropiación resulta altamente probable, tratando de prevenir así el riesgo de que se efectúen inversiones ineficientes. Pueden traerse aquí algunos ejemplos:

El artículo 23.3 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, dispone que en las construcciones e instalaciones ya existentes en la denominada zona de afección de las carreteras estatales, cabe acometer, bajo ciertas condiciones, obras de reparación y mejora, pero el incremento de valor que éstas comporten no podrá ser tenido en cuenta a efectos expropiatorios.

En el Derecho urbanístico de algunas Comunidades autónomas se permite la realización de ciertas obras en los edificios situados fuera de ordenación, si bien las mismas no son indemnizables –«no suponen aumento de valor»– en caso de expropiación<sup>21</sup>.

21. Vid., por ejemplo, el art. 108.2 del texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto (redactado de acuerdo con la Ley 3/2012, de 22 de febrero).

Las legislaciones autonómicas suelen contemplar, asimismo, la posibilidad de que en los terrenos afectados por la próxima ejecución de una actuación urbanística se autoricen usos y obras provisionales, sin que los propietarios concernidos tengan derecho a ser indemnizados si esas inversiones autorizadas se echan a perder como consecuencia de la referida actuación<sup>22</sup>.

## 2. EL CASO DE LAS EXPROPIACIONES ILEGALES

Ya hemos visto que, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia, el expropiado que sufre una expropiación ilegal tiene derecho a una indemnización equivalente al justiprecio expropiatorio incrementado en un 25%, si la devolución del bien expropiado no resulta posible. Esta solución jurisprudencial pudiera considerarse acertada, a pesar de carecer de cobertura legal y de los costes que encierra sobrecompensar al afectado. Este incremento del 25% es, seguramente, una medida razonable a los efectos de disuadir a las autoridades públicas de llevar a cabo expropiaciones ilegales. Veamos por qué.

La ley permite, excepcionalmente y bajo determinadas condiciones, que ciertos sujetos puedan adquirir o sacrificar coactivamente los derechos de otros a cambio de una compensación por los perjuicios ocasionados. Pero más allá de esos casos excepcionales, tales sacrificios están prohibidos. Quienes pretendan conseguir bienes pertenecientes a otras personas, deben negociar y llegar a un acuerdo con ellas.

Pues bien, es obvio que las infracciones de dicha prohibición no pueden ser eficazmente prevenidas si la única consecuencia jurídica anudada a las mismas consiste en obligar a los infractores a reparar los perjuicios ocasionados. Y ello por la sencilla razón de que entonces la violación de la ley no supone coste añadido alguno para los violadores. Si éstos sacrifican intencionada e ilegalmente derechos ajenos, a sabiendas de que van a tener que resarcir los daños causados a las víctimas, hay que suponer que el beneficio –ilegítimo– que obtienen al actuar de esa manera supera el coste que para ellos encierra la obligación de resarcir. Se comprende entonces que la mera amenaza de tener que indemnizar nunca puede disuadirlos de cometer tales ilegalidades, pues va de suyo que con la ilegalidad ganan más de lo que ésta les cuesta.

Si se quiere asegurar la eficacia de las normas jurídicas, hay que configurarlas de modo que a la gente le resulte más costoso infringirlas que respetarlas, y no viceversa. Es por ello que, para garantizar efectivamente la integridad de los derechos frente a los daños intencionados, dolosos, la obligación de reparar íntegramente los perjuicios causados no basta. Hace falta un elemento disuasorio adicional. Se requiere la intervención del Derecho sancionador<sup>23</sup>.

22. Vid., por ejemplo, el art. 53 del texto refundido citado en la nota anterior.

23. Vid., en este sentido, Guido CALABRESI y A. DOUGLAS MELAMED (1972), «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral», *Harvard Law Review*, 85:6, pp. 1124 y ss. Hay, al menos, otras dos razones adicionales por la que conviene imponer a los autores de daños dolosos una «sanción» cuya magnitud exceda del valor del daño ocasionado. La primera es que normalmente existe alguna probabilidad, superior a cero, de que aquéllos no sean descubiertos y sancionados. La segunda es que

Esto vale también para el ejercicio de la potestad expropiatoria. La ley permite a la Administración privar a los ciudadanos de sus derechos a cambio de una indemnización sólo si se cumplen ciertas condiciones. Fuera de los estrictos límites fijados por el legislador, tales privaciones están prohibidas.

Imaginemos que una autoridad pública se extralimita a sabiendas en el ejercicio de esta potestad, sacrificando ilegalmente derechos a cambio de un determinado precio. Si la única consecuencia jurídica de la infracción cometida consistiera entonces en que la correspondiente Administración ha de pagar al expropiado aquel precio, infringir la ley no conllevaría para la autoridad culpable coste alguno. Para disuadir a los potenciales infractores de incurrir en tales ilegalidades hace falta la intervención del Derecho sancionador.

De ahí que el legislador español haya tipificado como delito la expropiación ilegal. El artículo 541 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, 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, posiblemente desproporcionada y, en cualquier caso, acreditadamente ineficaz<sup>24</sup>. A pesar de que este delito existe sobre el papel desde 1870, en el terreno de los hechos sólo muy rara vez se ha perseguido y declarado efectivamente<sup>25</sup>. Y, desde luego, no ha sido por falta de ocasiones para ello, pues las expropiaciones ilegales son relativamente frecuentes en la práctica. Pero la jurisprudencia ha mostrado fuertes reticencias a entender cometido tal ilícito penal<sup>26</sup>, interpre-

---

las actividades encaminadas a descubrir, perseguir, procesar, condenar y castigar a los infractores engendran casi siempre importantes costes sociales, que pueden reducirse, sin merma de la eficacia disuasoria de las sanciones pertinentes, incrementando la magnitud de las mismas. Vid. Gary S. BECKER (1968), «Crime and Punishment: An Economic Approach», *Journal of Political Economy*, 76, pp. 169 y ss.; A. Mitchell POLINSKY y Steven SHAVELL (2000), «The Economic Theory of Public Enforcement of Law», *Journal of Economic Literature*, 38:1, pp. 45 y ss.

24. Vid. José María RODRÍGUEZ DEVESA (1984), «El delito de expropiación ilegal en la legislación española», *Revista de Administración Pública*, 105, pp. 25 y 26.
25. *Ibidem*, pp. 16 y ss. Algún caso hay, no obstante, en que tal ocurrió. Vid. la STS (Sala 2ª) de 12 de julio de 2003 (núm. 1020).
26. Vid. las SSTS (Sala 2ª) de 3 julio de 1982, 14 de febrero de 1990, 23 de septiembre de 1993 (núm. 2088) y 28 de diciembre de 2001 (núm. 2542), la SAP de Segovia de 4 de febrero de 1999 (núm. 10), el AAP de Castellón (Sección 3ª) de 5 julio de 2001 (núm. 180), la SAP de Jaén (Sección 2ª) de 11 de febrero de 2003 (núm. 14), el AAP de Madrid (Sección 4ª) de 18 de septiembre de 2003 (núm. 405), el AAP de Tarragona (Sección 2ª) de 7 de junio de 2004 (núm. 260), los Autos de la AP de Almería de 2 de marzo de 2007 (núm. 24), 21 de marzo de 2007 (núm. 37) y 24 de marzo de 2011 (núm. 57), los Autos de la AP de Palma de Mallorca (Sección 1ª) de 3 de mayo de 2007 (núm. 137) y 22 de enero de 2008 (núm. 20), las SSAP de Córdoba (Sección 3ª) de 4 julio de 2008 (núm. 155) y 17 de junio de 2009 (núm. 161), el AAP de Pontevedra (Sección 2ª) de 31 de julio de 2008 (núm. 393), el AAP de Las Palmas (Sección 1ª) de 26 de septiembre de 2008 (núm. 600), los Autos de la AP de Toledo de 28 enero de 2008 (núm. 6), 17 de septiembre de 2008 (núm. 204) y 13 de febrero de 2009 (núm. 21) y el AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª) de 14 mayo de 2009.

tando a estos efectos de manera muy restrictiva la ley. Se ha considerado que en virtud del «principio de intervención mínima, básico en materia penal, la obligada interpretación de las normas legales de conformidad con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, y la existencia, dentro del campo administrativo y contencioso, de unos cauces adecuados para que los interesados puedan resolver sus conflictos con la Administración Pública, imponen, como lógica consecuencia, una aplicación restrictiva de las normas represivas correspondientes, pues el aparato punitivo ha de reservar su actuación para aquellos comportamientos cuya trascendencia o gravedad hace que no puedan ser tratados adecuadamente más que con el recurso a la pena»<sup>27</sup>. Se ha interpretado así, por ejemplo, que sólo se incurre en este delito cuando en la operación expropiatoria se hayan cometido «irregularidades en la tramitación que no sean susceptibles de ser corregidas por vía administrativa»<sup>28</sup>, interpretación que hace muy difícil que en la práctica pueda realizarse este tipo penal, habida cuenta de que prácticamente cualquier irregularidad relativa a una expropiación es susceptible de ser corregida en dicha vía.

La ausencia de preceptos legislativos equivalentes en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural refuerza, desde luego, 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 autoras de las mismas. Pero es muy probable que tal solución presentase también problemas de ineficacia. 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 referida doctrina jurisprudencial 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 la imposición de una suerte de compensación punitiva (*punitive damages*) a las Administraciones expropiantes, a pesar de los costes sociales que encierra sobrecompensar al expropiado y de que la misma no está prevista por la ley.

Por similares razones, también podría estar justificado imponer semejante sanción cuando la ilegalidad cometida en el ejercicio de la potestad expropiatoria haya sido el fruto de una negligencia grave. Esa indemnización punitiva resulta probablemente necesaria a fin de prevenir que las autoridades públicas expropiantes incurran en tales conductas. 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 bene-

27. SAP de Ávila de 26 de septiembre de 1998 (núm. 78/1998).

28. SAP de Ávila de 26 de septiembre de 1998 (núm. 78/1998).

ficio 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. TAMBIÉN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EL PRINCIPIO DE INDEMNIDAD CUENTA CON EXCEPCIONES

En efecto, también en este ámbito suele afirmarse la existencia de un principio de indemnidad —o, como a veces se le llama, de reparación integral del daño—, al que se atribuye una fundamental importancia. Y también aquí el referido principio cuenta con varias excepciones análogas<sup>29</sup>.

### 1. JUSTIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO

Las normas sobre responsabilidad patrimonial deberían crear igualmente los incentivos para que todas las personas potencialmente afectadas, en calidad de víctimas o causantes de los correspondientes daños, se comporten de manera que se minimice la suma de todos los costes sociales de los accidentes, a saber: el daño emergente y el lucro cesante experimentados por las víctimas; el riesgo de tener que soportar o reparar daños; y los recursos consumidos en prevenirlos, asegurarlos y repararlos<sup>30</sup>.

Para lograr dicho objetivo y, en particular, para asegurar que los agentes toman las precauciones socialmente óptimas, es necesario que la cuantía de las indemnizaciones que en su caso deban pagar coincida, en principio, con la magnitud de los daños efectivamente causados. Ello permite alinear los intereses privados de los agentes con los intereses de la sociedad en su conjunto. Si aquella cuantía fuese siempre inferior, los potenciales causantes tenderían a no adoptar todas las medidas preventivas eficientes. No actuarían con la diligencia exigible. Si, por el contrario, fuese superior, adoptarían seguramente un nivel de precaución excesivo. Sólo si la gente soporta el coste de todos los daños que realmente causa, y sólo de esos daños, tratará de evitarlos apropiadamente. Cuando la indemnización es igual al daño ocasionado, los agentes tenderán a adoptar un nivel de cuidado socialmente óptimo, tenderán a invertir en precauciones hasta el punto en que éstas les cuestan menos de lo que con ellas salen ganando, tanto ellos —al ahorrarse dinero en indemnizaciones— como la sociedad —al reducirse, en la misma cuantía, los daños a terceros—. Por la misma razón, si la compensación que han de pagar los responsables es inferior o superior al

29. Estamos muy lejos de ser los primeros en haber llamado la atención sobre esta circunstancia. Vid. Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (1991), «La superación del empobrecimiento de la víctima como medida indemnizatoria frente a la responsabilidad extracontractual», *Revista de Derecho Privado*, 75, 1021 y ss., donde se hace referencia a alguna excepción al alza.

30. Vid. Guido CALABRESI (1970), *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven.

daño realmente causado, éstos elevarán o reducirán, respectivamente, su volumen de actividad por encima o por debajo del nivel socialmente óptimo<sup>31</sup>.

Si, por ejemplo, cierta empresa sólo compensara el 1% de los daños medioambientales por ella causados, seguramente no tomaría todas las medidas eficientes para evitarlos, y su nivel de actividad se elevaría por encima del socialmente óptimo. Pero si se le impusiera la obligación de compensar el 1.000.000%, probablemente adoptaría excesivas precauciones o, directamente, cerraría.

El respeto del principio de indemnidad también es importante para evitar que las potenciales víctimas incurran en ciertas prácticas indeseables. Si no se les compensara todo el daño causado, es probable que los potenciales responsables no se comportasen con el cuidado exigible y que su volumen de actividad fuese excesivo, lo que a su vez podría propiciar que las potenciales víctimas tomasen precauciones ineficientes y redujesen su actividad excesivamente. Imaginemos que los conductores de automóviles sólo resarcieran un 1% de los daños ocasionados al atropellar a peatones en determinadas zonas urbanas. Cabe pensar que entonces aquéllos conducirían demasiado y sin el cuidado debido por tales zonas, mientras que los peatones tomarían medidas de seguridad socialmente ineficientes –más costosas que las que deberían adoptar los conductores– y no se prodigarían por allí como sería deseable.

Si, por el contrario, las indemnizaciones exceden del daño ocasionado, las potenciales víctimas pueden comportarse oportunistamente, provocando o fingiendo accidentes, lo que además puede incrementar significativamente la litigiosidad y los costes a ella asociados. Imaginemos que los propietarios de animales domésticos fatalmente atropellados por vehículos a motor recibieran una indemnización que cubriese el 1.000% del valor de mercado del animal. No es en absoluto descartable que tan generosa compensación acabara desencadenando un aumento del número de atropellos y pleitos.

## 2. ALGUNAS EXCEPCIONES

### A. *Culpa concurrente de la víctima*

De acuerdo con una reiteradísima jurisprudencia, cuando el daño ha sido causado por las culpas concurrentes de un agente y de la propia víctima, ésta no tiene derecho a exigir de aquél una compensación que repare integralmente el perjuicio sufrido, sino sólo una compensación reducida, proporcional a la importancia relativa de sus respectivas negligencias en la causación del daño<sup>32</sup>.

31. Vid., por todos, Robert COOTER y Thomas ULEN, *Law and Economics*, Pearson, Boston, 2011, pp. 254; Steven SHAVELL (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, pp. 236 y 237; Louis T. VISSCHER (2009), «Tort Damages», en Michael FAURE (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. 1: Tort Law and Economics, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, pp. 156 y ss.

32. Vid., a modo de ejemplo, la STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 25 de abril de 2000 (rec. 1842/1996). Sobre el tema, vid. María MEDINA ALCOZ (2003), *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid.

Esta solución se consagra igualmente en algunas disposiciones legislativas. El artículo 1.1.IV del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor<sup>33</sup>, por ejemplo, establece que «si concurrieren la negligencia del conductor y la del perjudicado se procederá a la equitativa moderación y al reparto en la cuantía de la indemnización, atendida la entidad respectiva de las culpas concurrentes».

Esta doctrina es razonable. Si las víctimas tuviesen derecho a obtener una reparación integral del daño sufrido, a pesar de haber contribuido con su culpa a causarlo, seguramente carecerían de los incentivos económicos suficientes para adoptar las precauciones exigibles con el fin de evitar daños semejantes, pues sus negligencias dañosas nada les costarían en los casos en los que éstas concurrieran con las de otros sujetos<sup>34</sup>.

### B. Daño moral

Las víctimas de ciertos daños –comúnmente llamados morales o no patrimoniales– carecen del derecho a exigir una reparación integral y plena de los mismos. La razón es bien sencilla. Estos daños son irreparables, pues implican una reducción de utilidad que ni el dinero ni bienes intercambiables por éste pueden compensar. Todo el oro del mundo no basta para eliminar el sufrimiento que un deportista experimenta al quedar tetrapléjico como consecuencia de un accidente; ni siquiera una cantidad infinita de dinero podría dejarlo totalmente indemne, restablecerlo en la situación de utilidad en la que se encontraba antes de sufrir el daño<sup>35</sup>.

Es más, se ha defendido que las víctimas no deberían recibir compensación alguna por tales daños, pues la indemnización –siquiera parcial– equivaldría a garantizar a las víctimas un seguro cuyo precio éstas, muy probablemente, no estarían dispuestas a pagar, en la medida en que dicho seguro implica transferir renta del presente, donde el dinero les reporta cierta utilidad, a un estado futuro donde el dinero es menos útil. Repárese en que nadie contrata seguros para cubrir el dolor que pudiera derivarse de la muerte de sus hijos. Para asegurar que los potenciales causantes de estos daños adopten las medidas de prevención óptimas, cabría utilizar mecanismos alternativos, como tipificar penalmente la causación negligente o dolosa de daños graves de tal índole<sup>36</sup>. De hecho, muchas veces, las cantidades que los Tribunales dicen fijar para resarcir a las vícti-

33. Aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

34. Sobre si esta regla (*comparative negligence*) es preferible, desde un punto de vista económico, a la consistente en excluir absolutamente la indemnización cuando concurre la culpa de la víctima (*contributory negligence*), vid., por todos, Mireia ARTIGOT I GOLOBARDES y Fernando GÓMEZ POMAR (2009), «Contributory and Comparative Negligence in the Law and Economics Literature», en Michael FAURE (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. 1: Tort Law and Economics, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, pp. 46 y ss.

35. Fernando GÓMEZ POMAR (2000), «Daño moral», *InDret*, 1/2000.

36. GÓMEZ POMAR (2000).

mas por los daños morales sufridos esconden en realidad una sanción a los causantes<sup>37</sup>.

No puede decirse que la jurisprudencia española acerca de la responsabilidad por daños morales brille precisamente por su claridad, rigor y consistencia<sup>38</sup>. Pero, sea como fuere, resulta indudable que las compensaciones otorgadas por nuestros órganos jurisdiccionales en tal concepto, al menos cuando se trata de ciertos daños auténticamente no patrimoniales, no permiten repararlos plenamente.

### C. Pérdida de una oportunidad

El problema de la pérdida de una oportunidad se presenta cuando la actuación de un individuo ha privado a otro de la posibilidad de lograr una ganancia que finalmente no obtuvo (por ejemplo, de participar y vencer en un juego de azar, en una competición deportiva o en un concurso, o de obtener la estimación de una pretensión procesal o de una solicitud administrativa, o de celebrar un contrato), o de la posibilidad de evitar un daño que finalmente se produjo (por ejemplo, de curarse, si se le hubiera diagnosticado o tratado correctamente su enfermedad o si se hubiera recabado su consentimiento informado antes de intervenirlo quirúrgicamente). En todos esos casos hay una elevada incertidumbre acerca de cuál hubiese sido el resultado si no se hubiese privado a la víctima de la correspondiente oportunidad. Aunque el agente dañoso hubiera actuado correctamente, no es seguro que la víctima hubiera logrado el correspondiente beneficio o eludido el daño en cuestión; tan sólo puede afirmarse que existía alguna probabilidad de que ello ocurriera.

La jurisprudencia y ciertas disposiciones legales han considerado que los daños causados por algunas de esas pérdidas de oportunidad deben ser compensados, pero no totalmente, sino de manera parcial, proporcional. La víctima tiene derecho a exigir una indemnización equivalente no a la totalidad del lucro cesante o del daño emergente, sino a la cantidad resultante de multiplicar la magnitud de los mismos por la probabilidad de que la víctima los hubiese obtenido o esquivado, respectivamente, si el causante hubiese actuado correctamente<sup>39</sup>.

Esta doctrina resulta razonable. La incertidumbre acerca de si un sujeto ha

- 
37. Luis Díez-Picazo y Ponce de León (1999), *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, p. 324; Gómez Pomar (2000); Gómez Pomar (2005), «El sudor de la frente y el daño moral», *InDret*, 1/2005, pp. 8 y ss. En general, sobre las funciones que pueden cumplir las compensaciones otorgadas por daños morales, con referencia a diversos ordenamientos jurídicos, vid. Marcelo Barrientos Zamorano (2007), *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Salamanca, Ratio Legis.
  38. Vid., por ejemplo, la obra de Luis Díez-Picazo (2008), *El escándalo del daño moral*, Civitas, Madrid, cuyo título no puede ser más ilustrativo.
  39. Vid., por todos, Luis Medina Alcoz (2007), *La teoría de la pérdida de oportunidad*, Civitas, Madrid, pp. 106 y ss.

causado un daño puede resolverse básicamente de dos maneras<sup>40</sup>. La primera consiste en aplicar la regla «todo o nada»: si la probabilidad de que originara el daño rebasa cierto umbral (pongamos el 50%), se le considerará causante del mismo y deberá resarcirlo por entero; si la referida probabilidad no excede dicho umbral, se estimará que no lo ha causado y no responderá en absoluto. La segunda consiste en utilizar una regla de responsabilidad proporcional: una persona debe considerarse causante de un daño siempre que exista una probabilidad positiva (por ejemplo, un 30%) de que lo haya causado, pero la indemnización que habrá de pagar por él deberá reducirse proporcionalmente en función de dicha probabilidad (en el ejemplo, habría de resarcir un 30% del daño total). Las denominadas «responsabilidad por cuota de mercado»<sup>41</sup> y «responsabilidad por pérdida de una oportunidad» constituyen aplicaciones de esta segunda regla.

El tradicional criterio del todo o nada tiene indudables ventajas. 1ª) Combinado con un umbral de probabilidad del 50%, normalmente permite minimizar el número de veces en que se considera erróneamente que un individuo ha causado un daño (falsos positivos) o no lo ha causado (falsos negativos)<sup>42</sup>. 2ª) Proporciona fuertes incentivos a las partes para reducir la incertidumbre, para buscar pruebas que evidencien que la probabilidad de que el sujeto en cuestión causó el daño supera o no alcanza determinado umbral<sup>43</sup>. 3ª) Y engendra menos costes de procedimiento, pues: a) reduce el número de litigios, ya que las víctimas se abstendrán muchas veces de litigar cuando la probabilidad de que se condene al potencial demandado sea muy escasa; b) minora el número de litigantes, ya que las víctimas tenderán a no demandar a aquellos individuos cuya participación en la causación del daño no puede acreditarse con un grado suficiente de probabilidad; y c) reduce la complejidad de los pleitos, pues no requiere precisar cuál es la concreta probabilidad de que cada uno de los demandados haya provocado el daño, sino sólo determinar si la probabilidad de que lo hayan originado rebasa cierto punto<sup>44</sup>.

Pero el «todo o nada» también tiene una importante desventaja: la de distorsionar los incentivos de los potenciales causantes para actuar con el cuidado debido, especialmente cuando la probabilidad acreditada de que hayan causado el daño queda sistemáticamente por debajo –o por encima– del correspondiente

40. Para más detalles, vid. Omri BEN-SHAHAR, 2009, «Causation and Foreseeability», en Michael FAURE (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. 1: Tort Law and Economics, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, pp. 91 y ss.

41. Vid. Albert RUDA GONZÁLEZ (2003), «La responsabilidad por cuota de mercado a juicio», *InDret*, 3/2003.

42. David KAYE (1982), «The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiable Naked Statistical Evidence and Multiple Causation», *American Bar Foundation Research Journal*, 7, pp. 487 y ss.

43. Saul LEVMORE (1990), «Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs», *Journal of Legal Studies*, 19, pp. 691 y ss.

44. Steven SHAVELL (1987), *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge, p. 117.

umbral. Si, por ejemplo, esa probabilidad es siempre del 40%, tales sujetos nunca responderán –a pesar de ser los causantes en un 40% de los casos–, por lo que tenderán a omitir las medidas de cuidado exigibles.

Este serio problema puede resolverse mediante la regla de la responsabilidad proporcional. En virtud de la misma se impone a cada uno de los probables causantes una responsabilidad igual al daño social esperado derivado de su conducta, por lo que cada uno de ellos adoptará precauciones adecuadas para prevenirlo. Imaginemos un sujeto que causa un daño de 1.000 € en un 40% de los casos. El daño social esperado de su actividad alcanza de media los 400 € por caso, que es justamente la cantidad que tendrá que pagar conforme a la regla de la responsabilidad proporcional, lo que representa un incentivo para que trate de prevenirlo mediante medidas de seguridad apropiadas.

Es por todo ello que no parece descabellado aplicar la regla de la responsabilidad proporcional cuando concurren determinadas circunstancias, como sucede en los casos paradigmáticos en los que se resarce la pérdida de una oportunidad, donde: la probabilidad de que un individuo haya causado el daño es relativamente alta<sup>45</sup>, sin llegar al umbral que determinaría la responsabilidad conforme a la regla del todo o nada; esa probabilidad queda por debajo del referido umbral en un número desproporcionado de las ocasiones; y no se demanda a un elevado número de sujetos por haber contribuido a la causación del daño<sup>46</sup>. Bajo estas condiciones, la responsabilidad proporcional puede ser preferible, en la medida en que, por un lado, crea los incentivos adecuados para que los potenciales agentes dañosos actúen con la diligencia exigible y, por otro, no genera una excesiva litigiosidad, ni hace excesivamente complejos y costosos los pleitos que puedan surgir.

#### D. Limitaciones legales de la responsabilidad para actividades especialmente riesgosas

En muchos ordenamientos jurídicos, el legislador ha limitado la cuantía de las indemnizaciones que pueden exigirse por los daños causados en el desarrollo de ciertas actividades especialmente riesgosas. Cabe citar, a título ilustrativo, la limitación de la responsabilidad de los explotadores de centrales nucleares<sup>47</sup>, la de los navieros<sup>48</sup> y la de los productores de productos defectuosos<sup>49</sup>.

45. Luis MEDINA ALCOZ (2007: pp. 315 y ss.) estima que esa probabilidad debe ser superior al 15%.

46. El de las licitaciones públicas es, por ejemplo, un ámbito en el que se ha planteado la aplicación de esta doctrina. Vid. Silvia DIEZ SASTRE (2012), *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, pp. 258 y ss. y 275 y ss.

47. Vid. el art. 4 de la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos. Sobre el tema, vid. Andrés Miguel COSIALLS UBACH (2012), «La Responsabilidad civil derivada de sustancias nucleares y radiactivas en España», *InDret*, 4/2012.

48. Vid. los arts. 587 y 837 del Código de Comercio. En la doctrina, vid., por todos, José Luis GARCÍA-PITA Y LASTRES (1996), *La limitación de la responsabilidad del naviero: análisis sistemático del Derecho comparado y perspectivas de reforma del Derecho español*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria; Inmaculada GONZÁLEZ CABRERA (2002), *La limitación de la responsabilidad del naviero: análisis del Derecho vigente*, tesis doctoral, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, Las Palmas de Gran Canaria.

49. Vid. los arts. 141 y 148.III del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los

Las limitaciones de este tipo encierran indudablemente el peligro de que los agentes, al no internalizar en sus decisiones todos los daños que pueden ocasionar, omitan algunas precauciones exigibles y eleven el nivel de su actividad –que cabe considerar anormalmente riesgosa– por encima del punto socialmente óptimo.

A pesar de ello, tales regulaciones pueden estar justificadas si propician, justamente, que se incremente el volumen de realización de una actividad que, seguramente, sería demasiado escaso bajo un régimen de responsabilidad ilimitada. Lo cual puede suceder si concurren tres circunstancias. La primera es que los agentes muestren una relevante aversión al riesgo y, en concreto, al riesgo de tener que pagar cuantiosas indemnizaciones por los daños provocados al ejercer la actividad en cuestión. Nótese que la explotación de centrales nucleares, la fabricación de productos de consumo y la navegación marítima pueden causar daños de una extraordinaria envergadura. La segunda circunstancia es que resulte imposible o excesivamente costoso contratar un seguro que cubra tales daños. La tercera es que se trate de una actividad que engendre suficientes beneficios sociales como para compensar los notables riesgos que la misma entraña<sup>50</sup>. La limitación de las eventuales indemnizaciones vendría a constituir una suerte de medida de fomento necesaria para que el volumen de realización de la actividad se eleve, acercándose al socialmente óptimo. La limitación «neutraliza» el efecto inhibitor que sobre dicha actividad ejercen los considerables riesgos que la misma encierra.

Esos riesgos, por lo demás, pueden ser controlados a través de otros instrumentos distintos de la responsabilidad civil. Cabe, por ejemplo, someter a una intensa regulación pública y a estrictos controles administrativos el desarrollo de las correspondientes actividades. Esto es lo que ocurre paradigmáticamente en el ámbito de la energía nuclear<sup>51</sup>.

### E. «Punitive damages»

En algunos ordenamientos jurídicos, señaladamente en el de los Estados Unidos de América, se permite que, en determinados casos, las sentencias que deciden pleitos por responsabilidad civil condenen a los causantes a pagar indemnizaciones cuya cuantía supera la magnitud del daño ocasionado a las víctimas<sup>52</sup>. El Derecho español no se ha mantenido absolutamente impermeable frente a esta controvertida figura de origen anglosajón. También aquí puede encontrarse algún precepto –de alcance limitado, eso sí– que contempla la posibilidad de imponer semejantes compensaciones. El artículo 123 del texto refun-

---

Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

50. Vid. VISSCHER (2009: pp. 174 y 175).

51. Vid. Juan Manuel AYLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ (1999), *Derecho nuclear*, Comares, Granada; VV.AA. (2012), *El futuro de la energía nuclear en España*, coord. Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, Tirant lo Blanch, Valencia.

52. Vid., por todos, Pablo SALVADOR CODERCH (2000), «Punitive damages», *InDret*, 1/2000; Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ (2012), *Daños punitivos*, Civitas, Madrid.

dido de la Ley General de la Seguridad Social<sup>53</sup>, por ejemplo, establece que cuando la lesión derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, se impondrá al empresario responsable un recargo de un 30 a un 50%, según la gravedad de la falta, sobre las correspondientes prestaciones económicas<sup>54</sup>.

Se han esgrimido diversas razones con el fin de justificar semejante excepción –al alza– del principio de reparación integral<sup>55</sup>. La imposición de *punitive damages* permite, en primer lugar, compensar la pérdida de eficacia preventiva de la responsabilidad civil cuando hay una probabilidad positiva de que el causante de los daños consiga eludir su obligación de repararlos, por ejemplo porque a veces las víctimas no logran saber o probar quién los ha ocasionado, o porque a muchas de éstas –que pueden contarse por miles– no les sale rentable demandar al causante, a la vista de que los costes procesales derivados de ejercer sus acciones de responsabilidad superan a los beneficios que, en el mejor de los casos, obtendrían si se les pagara con arreglo al principio de reparación integral.

Los *punitive damages* también cumplen una función preventiva similar en los casos en que los responsables obtienen al causar el daño un beneficio privado que cabe estimar ilegítimo<sup>56</sup>. Si se les obligara simplemente a reparar los perjuicios ocasionados, sin imponerles una sanción adicional, a los agentes les podría resultar más atractiva la opción de dañar –o de omitir el cuidado exigible– que la de actuar conforme a Derecho. Nótese que, por esta razón, algunos preceptos legislativos establecen diversos mecanismos dirigidos a neutralizar o «absorber» dichas ganancias. Así, se establece que para calcular la cuantía de la indemnización procedente hay que tener en cuenta los beneficios obtenidos por el responsable al causar el daño<sup>57</sup>. O se fija en calidad de indemnización, como mínimo, la cuantía del beneficio obtenido por el responsable si éste es superior al valor del daño<sup>58</sup>. O se otorga al perjudicado un derecho a optar

53. Aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

54. Sobre la naturaleza punitiva de este recargo, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI (2008), «Recargo de las prestaciones de las prestaciones de la Seguridad Social: un supuesto específico de *punitive damages*», *Anuario de Derecho Civil*, 61, pp. 113 y ss.

55. Vid. A. Mitchell POLINSKY y Steven SHAVELL (1998), «Punitive Damages: An Economic Analysis», *Harvard Law Review*, 111, pp. 869 y ss.; de los mismos autores (2009) «Punitive Damages», en Michael FAURE (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. 1: Tort Law and Economics, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, pp. 228 y ss.

56. Vid. Polinsky y Shavell (1998, pp. 918 y ss.).

57. Vid. el art. 100.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; y el art. 316.3 del texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre.

58. Vid. el art. 100.3 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; y el art. 316.2 del texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre.

entre diversos métodos de cálculo de la indemnización, alguno de los cuales computa los beneficios obtenidos por el responsable como consecuencia de haber lesionado a la víctima<sup>59</sup>.

En estrecha conexión con lo que acaba de decirse, los *punitive damages* pueden servir igualmente para prevenir daños dolosos y transferencias coactivas de derechos impuestas en contra de lo establecido por el ordenamiento jurídico. Quienes pretenden adquirir o sacrificar un derecho perteneciente a otra persona tienen básicamente dos opciones: o bien contratar con ésta o bien imponerle unilateralmente el sacrificio o la transferencia y pagarle la indemnización correspondiente. Ni que decir tiene que la primera es, en principio, la solución preferible y la que favorece el ordenamiento jurídico, principalmente por las siguientes tres razones.

En primer lugar, porque si la transferencia se produce voluntariamente, hay que presumir que las dos partes salen ganando con el acuerdo, sin que nadie más se vea perjudicado, por lo que el bienestar social se incrementa. El acuerdo supone una mejora respecto de la situación anterior. El derecho transferido va a parar a un nuevo titular que lo valora más que el anterior y que le puede extraer más utilidad. En cambio, si la transferencia se verifica de manera coactiva, unilateral, se corre el riesgo de que la operación reduzca el bienestar social, de que el nuevo propietario valore el bien realmente menos que el anterior, de que el bien valga más en manos de éste que en las de aquél.

Debe notarse, en segundo lugar, que las autoridades competentes –los Tribunales, en última instancia– pueden equivocarse al fijar el valor del derecho sacrificado y la cuantía de la indemnización procedente, con las perniciosas consecuencias que ello puede acarrear.

Finalmente, conviene reparar en que los procedimientos que las autoridades competentes han de seguir para determinar la debida indemnización son, normalmente, mucho más costosos que los utilizados por las partes para fijar de común acuerdo el precio de una transacción voluntaria.

Hay casos, no obstante, en los que resulta razonable pensar que la transferencia incrementaría el bienestar agregado de los individuos concernidos, pero el acuerdo entre el interesado en adquirir el bien y su actual titular es prohibitivamente costoso o sencillamente imposible. Los costes de transacción, en que habrían de incurrir las partes para negociar y llegar a un acuerdo, superan a los riesgos que entraña recurrir a la privación coactiva del bien. Es por ello que, en estos casos, el Derecho suele permitir tal privación, si bien sujetándola a ciertas condiciones, a fin de garantizar que la operación supone efectivamente un incremento del bienestar social.

Sirva como ejemplo precisamente la expropiación forzosa. La construcción

59. Vid. el art. 66.2.a) de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de utilidad; el art. 140.2 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril; y el art. 43.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

de una carretera estatal puede redundar en beneficio de la sociedad, siempre que se cumplan ciertos requisitos, como la previa declaración del legislador de que se trata de una obra de utilidad pública. Pero resulta muy difícil, por no decir prácticamente imposible, que la Administración competente adquiera puntualmente los terrenos necesarios contratando con todos los propietarios afectados, habida cuenta de que cada uno de ellos tiene la posibilidad de abusar de su posición de monopolio, esperándose a vender en último lugar para exigir entonces un precio desorbitado por su finca<sup>60</sup>. La privación forzosa está aquí justificada, porque, a pesar de los riesgos que la misma encierra, es imprescindible para llevar a cabo un proyecto de (suficiente) interés público.

Ese poder de sacrificar derechos ajenos se otorga, en determinadas circunstancias, también a particulares, en cuyo caso cabe hablar de «expropiaciones privadas»<sup>61</sup>. El artículo 612.I del Código civil, por ejemplo, establece que «el propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho a perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado. Si estuviere cercado, necesitará el consentimiento del dueño para penetrar en él». El legislador ha tenido en cuenta que los beneficios derivados de perseguir y capturar el enjambre pueden ser superiores a los daños que esta actividad genere en un fundo ajeno no cercado. Como también ha considerado que, por lo general, al propietario del enjambre le resultará prácticamente imposible o excesivamente costoso recabar y obtener el consentimiento previo de todos los poseedores de los fundos no cercados por los que ha de pasar en su empresa persecutoria. Por lo común, le resultará excesivamente difícil obtenerlo una vez se le ha escapado el enjambre, dada la premura que requiere el éxito de la persecución. Y le costará demasiado obtenerlo preventivamente, contratando antes de que se le escape algún enjambre con todos los poseedores de fundos no cercados que pudiera necesitar atravesar. De ahí que se le permita sacrificar, a cambio de una indemnización, ciertos derechos de otras personas<sup>62</sup>.

Lo que interesa señalar es que ese poder de sacrificar forzosamente derechos ajenos sólo se otorga para ciertos casos y bajo ciertas condiciones. Sólo dentro de esos límites cabe presumir que el sacrificio forzoso es socialmente beneficioso. Fuera de ellos, cabe presumir lo contrario. Más allá de esos lindes, queda prohibido sacrificar coactivamente derechos a cambio de una compensación que cubra el valor de los perjuicios causados.

Pues bien, es obvio que, para asegurar el respeto efectivo de esa prohibi-

60. Vid., por todos, Steven SHAVELL (2010), «Eminent Domain versus Government Purchase of Land Given Imperfect Information about Owners' Valuations», *Journal of Law and Economics*, 53, pp. 1 y ss.; Thomas J. MICELI (2011), *The Economic Theory of Eminent Domain*, Cambridge University Press, Cambridge, cap. 2.4.

61. Vid. Abraham BELL (2009), «Private Takings», *University of Chicago Law Review*, 76:2, pp. 517 y ss.

62. Vid. otros ejemplos en los artículos 564 y 569 del Código civil (relativos a la constitución forzosa de servidumbres de paso) y los arts. 546-12 («estado de necesidad») y 546-14 («inmisiones legítimas») de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código civil de Cataluña, relativo a derechos reales.

ción, el ordenamiento jurídico ha de arbitrar algún mecanismo que haga costosa su infracción para quienes la cometan, lo que no ocurre cuando a la misma se anuda como única consecuencia jurídica la obligación de los infractores de reparar los daños causados. Si un individuo considera que le resulta más rentable sacrificar ilegalmente un derecho ajeno pagando una compensación por los perjuicios ocasionados, ninguna eficacia disuasoria sobre su conducta tendrá asociar a dicha ilegalidad sólo la obligación de pagar semejante compensación, porque entonces el coste –de oportunidad– que le supone cumplir la ley es superior al de violarla. Le sale más a cuenta esto último que lo otro. Para disuadirlo de cometer tal violación hace falta una amenaza adicional. Se requiere conminar esa conducta intencionada ilegal con algún tipo de sanción.

Hemos visto, en suma, que cuando concurren determinadas circunstancias es necesario recurrir al *ius puniendi* a fin de prevenir eficientemente ciertos daños, pues para ello no basta la obligación de repararlos impuesta a los causantes. Ahora bien, esto no implica, ni mucho menos, que haya que otorgar a los Tribunales –no penales– que conocen de pleitos por responsabilidad civil la potestad de imponer las correspondientes sanciones, bajo la forma de *punitive damages*. Esta solución sólo resulta admisible en la medida en que aventaje en algún aspecto al modelo tradicional, donde el *ius puniendi* se ejerce, en algunos casos, por los Tribunales penales y, en otros, por la Administración y, eventualmente, por los órganos jurisdiccionales que enjuician la actividad administrativa. No procede analizar aquí con la profundidad deseable las ventajas y los inconvenientes de ambos sistemas<sup>63</sup>. Pero sí cabe, al menos, efectuar algunos breves apuntes.

El sistema de *punitive damages* tiene dos grandes ventajas. La primera es que permite ahorrar costes de procedimiento, pues a través de un mismo cauce procesal se decide sobre dos cuestiones estrechamente relacionadas: la compensación por daños y el pago de una cantidad adicional en concepto de sanción. La segunda es que da a las víctimas un potente estímulo para poner en marcha los procedimientos a través de los cuales se harán efectivas las correspondientes responsabilidades civil y sancionadora. Y esa colaboración de las víctimas puede ser necesaria para hacer responder efectivamente a los causantes de ciertos daños, porque a veces ellas tienen incentivos más adecuados, mejor información o más facilidad para iniciar los referidos procedimientos que las autoridades públicas competentes en un sistema centralizado tradicional.

El principal inconveniente de los *punitive damages* es que sobrecompensar a las víctimas puede propiciar que éstas se comporten de manera oportunista e incrementar el número y la complejidad de los pleitos. Este problema, no obstante, se podría mitigar «desacoplando» la cantidad que el responsable ha de pagar y la cantidad que la víctima tiene derecho a recibir, haciendo que aquélla

63. Vid., por todos, Pablo SALVADOR CODERCH y María Teresa CASTIÑEIRA PALOU (1997), *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del Derecho de daños*, Marcial Pons, pp. 163 y ss.; y DE ÁNGEL YAGÜEZ (2012: pp. 41 y ss.), así como la bibliografía allí citada.

fuese superior a ésta. En algunos Estados norteamericanos, la Hacienda pública se queda con una buena parte del dinero que las víctimas reciben en concepto de *punitive damages*<sup>64</sup>.

Por lo demás, huelga decir que en la imposición de tales compensaciones sancionadoras deben respetarse las garantías relativas al ejercicio del *ius puniendi* estatal consagradas en los artículos 24 y 25 de la Constitución, a saber: tipificación legal de las infracciones y sanciones, presunción de inocencia, *non bis in idem*, etc. Aunque también cabe considerar que, al igual que ocurre en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, esas garantías rigen para los *punitive damages* «con las lógicas adaptaciones y modulaciones»<sup>65</sup>, «en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza»<sup>66</sup>, sólo «en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base» de los preceptos constitucionales citados<sup>67</sup>.

## VIII. CONCLUSIONES

El llamado principio de compensación integral no es el alfa y omega del cuerpo normativo que regula la determinación del justiprecio, como tampoco lo es del conjunto de disposiciones relativas a las indemnizaciones por daños y perjuicios. 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»<sup>68</sup>, 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<sup>69</sup>.

El deber de dejar indemne al expropiado –o a la víctima de un daño accidental– no es un principio fundamental del Derecho, sino más bien una regla derivada, que además cuenta con varias y notables excepciones. La una y las

64. Vid. A. Mitchell POLINSKY y Yeon-Koo CHE (1991), «Decoupling Liability: Optimal Incentives for Care and Litigation», *RAND Journal of Economics*, 22:4, pp. 562 y ss.; Marcel KAHAN y Bruce TUCKMAN (1995), «Special levies on punitive damages: Decoupling, agency problems, and litigation expenditures», *International Review of Law and Economics*, 15:2, pp. 175 y ss.; Andrew F. DAUGHETY y Jennifer F. REINGANUM (2003), «Found Money? Split-award Statutes and Settlement of Punitive Damages Cases», *American Law and Economics Review*, 5, pp. 134 y ss.; Claudia M. LANDEO y Maxim NIKITIN (2006), «Split-Award Tort Reform, Firm's Level of Care, and Litigation Outcomes», *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 162, pp. 571 y ss.; C.Y. Cyrus CHU y Hung-Ken CHIEN (2007), «Asymmetric information, pretrial negotiation and optimal decoupling», *International Review of Law and Economics*, 27:3, pp. 312 y ss.

65. STC 120/1996, de 8 de julio (FJ 5).

66. SSTC 22/1990, de 15 de febrero (FJ 4); 197/1995, de 21 de diciembre (FJ 7), y 14/1999, de 22 de febrero (FJ 3), entre otras muchas.

67. STC 18/1981, de 8 de junio (FJ 2), entre otras muchas. Sobre el tema, vid. Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR (2007), *Procedimiento administrativo sancionador y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid.

68. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2011), *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, t. I, p. 89.

69. Robert ALEXY (1994), *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., pp. 75 y 76.

otras resultan de la articulación de otros principios jurídicos –éstos, auténticos–, que son los que hay que realizar en la mayor medida de lo posible, en función de las particulares circunstancias concurrentes. Éstos exigen que se establezcan las normas que constituyan los incentivos adecuados para que tanto las autoridades expropiantes –o causantes de los perjuicios– 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 y de la indemnización por daños, 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 varios ejemplos.