

# PROHIBIDO REGAR: ¿EXPROPIACIÓN O DELIMITACIÓN DE LA PROPIEDAD NO INDEMNIZABLE? (\*) (\*\*)

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LOS HECHOS.– III. LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO.– IV. CRÍTICA DE LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO. V. POSICIÓN QUE SE ADOPTA: 1. A falta de reglas, buenos son los principios. 2. Beneficios y costes sociales derivados de indemnizar una restricción de la propiedad: A) Beneficios. B) Costes. 3. Por qué la prohibición de extraer de un acuífero sobreexplotado agua para regar constituye una delimitación de la propiedad no indemnizable.– VI. CONCLUSIONES.– VII. BIBLIOGRAFÍA.*

*RESUMEN:* Tomando como ejemplo ilustrativo la jurisprudencia producida por el Tribunal Supremo en relación con la prohibición de extraer de un acuífero sobreexplotado agua para regar, el presente estudio pone de relieve la insuficiencia de los criterios usualmente empleados para distinguir entre expropiaciones y delimitaciones de la propiedad no indemnizables, y esboza una propuesta alternativa basada en el análisis de los costes y beneficios sociales que se derivan de indemnizar.

*Palabras clave:* Derecho de aguas; aguas subterráneas; acuífero sobreexplotado; expropiación; delimitación de la propiedad no indemnizable.

*ABSTRACT:* Spanish courts have not been able to develop a clear and consistent case-law concerning the distinction between (compensable) takings and (non compensable) regulations. Cases concerning restrictions on withdrawing groundwater from an over-exploited aquifer can serve to illustrate this point, and to propose an alternative approach, which stresses the social costs and benefits of requiring compensation.

*Key words:* takings; non compensable regulations; over-exploited aquifer; groundwater; water Law.

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 4 de julio de 2011 y evaluado favorablemente para su publicación el 11 de octubre de 2011.

(\*\*) Este estudio ha sido realizado al amparo del proyecto de investigación «El paradigma medioambiental en el nuevo Derecho urbanístico español» (Plan Nacional de I+D+i, DER 2008-02309), dirigido por el Prof. Dr. D. José María BAÑO LEÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

Los poderes públicos pueden adoptar y de hecho adoptan constantemente medidas que restringen el derecho a la propiedad privada, que causan notables perjuicios a los propietarios afectados. Uno de los eternos problemas del Derecho público es el de distinguir, de entre esas medidas, cuáles constituyen expropiaciones y cuáles delimitaciones de la propiedad no indemnizables. La distinción tiene importantes consecuencias prácticas. La más relevante es que, de acuerdo con el artículo 33 de la Constitución española, los perjudicados tienen un derecho a ser indemnizados sólo cuando la actuación considerada puede calificarse como una expropiación.

La pega es que ni la Constitución ni otras normas jurídicas equivalentes —v. gr., el artículo 17.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o el artículo 1 del Protocolo Adicional número 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos— definen lo que es una expropiación o una delimitación de la propiedad no indemnizable. Y ni la jurisprudencia ni la doctrina españolas han elaborado criterios claros y consistentes que permitan colmar cabalmente esa laguna. Todo el mundo es más o menos consciente de ello. Todos sabemos que el problema «no se ha resuelto hasta el momento de modo muy solvente» (2), que se echa en falta «un sistema robusto y fiable que permita diferenciar claramente las intervenciones delimitadoras de las expropiatorias» (3), que la jurisprudencia es aquí «cuando menos confusa» (4), que nuestros Tribunales han empleado criterios de distinción insuficientes desde el punto de vista teórico (5), y que «sería deseable que [su] doctrina... se orientara en lo sucesivo hacia criterios mejor fundados» (6). El propio Tribunal Constitucional ha venido a reconocer implícitamente que las críticas no andan del todo desencaminadas, al señalar que el límite entre expropiación y delimitación «no es siempre fácil de determinar» (7).

El caso de las prohibiciones de extraer agua para riego de un acuífero sobreexplotado, el famoso acuífero número 24, del Campo de Montiel, puede

---

(2) Fernando REY MARTÍNEZ (1994a), *La propiedad privada en la Constitución española*, CEC, p. 381.

(3) Ferran PONS CÀNOVAS (2004), *La incidencia de las intervenciones administrativas en el derecho de propiedad*, Marcial Pons, Madrid, p. 86.

(4) Mar AGUILERA VAQUÉS (2008), «Propuestas para definir los límites constitucionales a la regulación de la propiedad privada (*regulatory takings* v. regulaciones inconstitucionales de la propiedad)», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, coord. Marc CARRILLO, Madrid, CEPC, vol. 2, p. 947, n. 18.

(5) Fernando REY MARTÍNEZ (1994b), «Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada», *Derecho Privado y Constitución*, 4, p. 197.

(6) REY MARTÍNEZ (1994a: 405).

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

servirnos para ilustrar el problema, algunos de los argumentos —poco convincentes— aducidos tradicionalmente al objeto de resolverlo y, finalmente, nuestra propuesta al respecto.

## II. LOS HECHOS

En virtud del Real Decreto 393/1988, de 22 de abril (8), el Consejo de Ministros declaró provisionalmente la sobreexplotación del acuífero del Campo de Montiel, con los efectos previstos en el artículo 171.4 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico (aprobado por Real Decreto 849/1986, de 22 de abril), a saber: la paralización de todos los procedimientos de autorización de investigación o de concesión de aguas subterráneas; la suspensión del derecho de apertura de nuevas captaciones; la paralización de todos los procedimientos de modificación de características de las concesiones de aguas subterráneas; y la constitución forzosa de la Comunidad de Usuarios del acuífero (9).

Adicionalmente, el Gobierno estableció que, desde la entrada en vigor del Real Decreto 393/1988 (que se produjo un día después de su publicación en el Boletín Oficial del Estado), quedaban suspendidas las extracciones de aguas subterráneas con destino a regadíos dentro del perímetro del acuífero hasta el 31 de diciembre de 1988.

Como fundamento jurídico habilitante para adoptar estas medidas, el Gobierno aducía el artículo 56 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas [equivalente al art. 58 del vigente Texto Refundido de esta Ley], de acuerdo con el cual:

«En circunstancias de sequías extraordinarias, de sobreexplotación grave de acuíferos, o en similares estados de necesidad, urgencia o concurrencia de situaciones anómalas o excepcionales, el Gobierno, mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, oído el Organismo de cuenca, podrá adoptar, para la superación de dichas situaciones, las medidas que sean precisas en relación con la utilización del dominio público-hidráulico, aun cuando hubiese sido objeto de concesión».

En opinión del Gobierno, concurrían las circunstancias previstas en este precepto para la adopción de las referidas medidas. En la exposición de motivos de la disposición se notaba cómo el progresivo proceso de extracción

(8) BOE núm. 100, de 26 de abril de 1988, p. 12705.

(9) Sobre el contexto en el que se enmarca esta disposición, vid. Francisco DELGADO PIQUERAS (1992), *Derecho de aguas y medio ambiente*, Tecnos, Madrid, pp. 320 y ss.

de aguas subterráneas del mentado acuífero había propiciado situaciones de sobreexplotación estacional. Y el problema se había agravado como consecuencia de la evolución del régimen hidrológico del año a la sazón corriente, con precipitaciones escasas en la región, lo que hacía que los manantiales presentaran caudales muy mermados. El Gobierno esgrimía cierto estudio hidrogeológico que se estaba llevando a cabo, en el que se indicaba claramente que se hacía precisa una intervención urgente de la Administración, así como otro informe en el que se aconsejaba la suspensión cautelar de las extracciones de aguas del acuífero por medio de pozos y con destino a regadíos, habida cuenta de que resultaban incompatibles —máxime tal y como se estaba desarrollando el año hidrológico— con los aprovechamientos preexistentes en la zona de manantiales y corrientes superficiales, tradicionalmente utilizados para abastecimientos urbanos y riegos.

En años posteriores, semejantes prohibiciones fueron establecidas mediante diversas resoluciones de la Dirección General de Obras Hidráulicas.

Numerosos titulares de derechos de propiedad de aguas subterráneas procedentes del referido acuífero exigieron una indemnización por los perjuicios que indudablemente les habían ocasionado todas esas prohibiciones. Desestimadas en la vía administrativa primero y en la primera instancia judicial después las pretensiones de los afectados, los casos llegaron al Tribunal Supremo.

En las dos primeras Sentencias dictadas por el Alto Tribunal sobre la materia, de 30 de enero (rec. 742/1993) y 14 de mayo de 1996 (rec. 382/1994), se estimaron los recursos de casación interpuestos y se declaró el derecho de los actores a obtener una indemnización (10).

Debe notarse, sin embargo, que esta última resolución contaba con un jugoso voto particular firmado por el Magistrado Jesús Ernesto PECES MORATE, que preludeaba el giro jurisprudencial que se produciría mediante la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1999 (rec. 6965/1994). A partir de entonces se consolida la doctrina según la cual las referidas prohibiciones constituyen delimitaciones de la propiedad no indemnizables (11).

---

(10) Vid. un comentario crítico a estas dos Sentencias en Ignacio BARRIOBERO MARTÍNEZ (1997), «La sobreexplotación grave de los acuíferos», *Revista de Administración Pública*, 144, pp. 219 y ss.

(11) Vid. las SSTS de 22 de mayo de 2000 (rec. 870/1993), 19 de septiembre de 2000 (rec. 3255/1996), 31 de octubre de 2000 (rec. 4484/1993), 15 de noviembre de 2000 (rec. 4388/1996), 20 de enero de 2001 (rec. 6048/1996), 27 de abril de 2001 (rec. 184/1997), 19 de julio de 2001 (rec. 6998/1994), 22 de septiembre de 2001 (rec. 2441/1997), 17 de octubre de 2002 (rec. 838/1995), 18 de diciembre de 2001 (rec. 6567/1997), 22 de enero de 2002 (rec. 2408/1995), 20 de febrero de 2003 (rec. 9357/1998), 13 de octubre de 2003 (rec. 6420/1998), 30 de junio de 2004 (rec. 2640/2000), 21 de octubre de 2004 (rec. 3407/2000),

Y ésta es la solución que luego consagra la disposición adicional segunda.2 *in fine* de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley de Aguas:

«Los derechos de aprovechamiento del artículo 52.2 y los derechos sobre aguas privadas a que se refiere la disposición transitoria tercera de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, estarán sujetos a las restricciones derivadas del plan de ordenación para la recuperación del acuífero o las limitaciones que en su caso se establezcan en aplicación del artículo 56, en los mismos términos previstos para los concesionarios de aguas, sin derecho a indemnización».

### III. LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Tanto la jurisprudencia inicial del Tribunal Supremo como la posterior giran alrededor del mismo eje argumental: el de la singularidad (o generalidad) de la prohibición. Recordemos que el artículo 1 de la todavía vigente Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 define esta figura como una «*privación singular* de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos», y que el mismo criterio ha utilizado ocasionalmente nuestro Tribunal Constitucional para distinguir entre medidas expropiatorias y regulaciones de la propiedad no indemnizables. En la jurisprudencia emanada en relación con el adelanto de la edad de jubilación de los funcionarios, por ejemplo, el Tribunal Constitucional estima que el artículo 33.3 CE, al remitirse a lo dispuesto en las leyes, «tuvo en cuenta» el concepto de expropiación forzosa previsto en dicho artículo. Sin embargo, en las medidas legislativas cuestionadas no concurría

«el dato de la privación singular propia de toda expropiación, que implica una sustracción o ablación de un derecho, como «sacrificio especial» impuesto a uno o varios sujetos por razones de utilidad pública o interés social, pero no —como en la jubilación anticipada— una limitación, delimitación o regulación —general— del contenido de un derecho, que no les priva del mismo,

---

2 de noviembre de 2004 (rec. 5158/2000), 2 de noviembre de 2004 (rec. 6732/2000), 5 de noviembre de 2004 (rec. 6312/2000), 19 de noviembre de 2004 (rec. 2173/2001), 31 de enero de 2005 (rec. 4046/2001) y 19 de octubre de 2005 (rec. 4987/2001). Vid., también, los AATS de 8 de febrero de 2002 (rec. 4270/2000), 27 de septiembre de 2002 (rec. 3708/2000), 25 de noviembre de 2002 (rec. 3407/2000), 25 de noviembre de 2002 (rec. 5158/2000), 2 de diciembre de 2002 (rec. 4215/2000), 13 de diciembre de 2002 (rec. 6307/2000), 20 de diciembre de 2002 (rec. 6312/2000), 7 de marzo de 2003 (rec. 2173/2001), 20 de marzo de 2003 (rec. 4986/2001), 24 de abril de 2003 (rec. 4043/2001), 8 de mayo de 2003 (rec. 4988/2001) y 29 de mayo de 2003 (rec. 6471/2001), que inadmiten los correspondientes recursos de casación por razón de la cuantía.

sino que lo configura *ex novo* o modificando una situación normativa general anterior» (12).

Este argumento guarda una estrecha relación con otros dos frecuentemente utilizados en similares contextos: el del sacrificio especial y el de la igualdad. Según se dice, la expropiación representa «un sacrificio singular, que afecta a determinados ciudadanos entre todos, supone una ruptura de la igualdad ante los beneficios y las cargas públicas (arts. 14 y 31 de la Constitución), ruptura que habrá de ser restablecida mediante una indemnización» (13), que hace que «la carga pública que la extinción de la propiedad supone no recaiga sobre la sola persona del afectado y se reparta entre toda la colectividad, a través del sistema fiscal que nutre los fondos de que la indemnización procede» (14).

Pues bien, las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero y 14 de mayo de 1996 consideran que la prohibición de extraer agua con destino a riego supone una privación singular y, en consecuencia, constituye una expropiación:

«El Real Decreto 393/1988... se refiere a una cuestión muy particular y... sólo afecta a un determinado número de personas y de bienes. Por otra parte, se limita a suspender, durante un periodo de tiempo... las extracciones de aguas subterráneas con destino a regadíos dentro del perímetro definido en el anexo que contiene. Es indudable que esto no tiene nada que ver con una legislación general sobre jubilación anticipada, o relativa al cese del personal recaudador» (STS de 30 de enero de 1996).

«No podemos admitir tampoco que... no se haya producido una privación singular de derechos por haberse impuesto la prohibición de regar a una generalidad de usuarios, puesto que solamente sufrieron tal privación los titulares de aprovechamientos de aguas subterráneas con destino a regadíos incluidos en la

---

(12) STC 99/1987, de 11 de junio (FJ 6). Vid., también, las SSTC 129/1987, de 16 de julio (FJ 4); y 41/1990, de 15 de marzo (FJ 4). Las SSTC 108/1986, de 29 de julio (FJ 22); 99/1987, de 11 de junio (FJ 6); 129/1987, de 16 de julio (FJ 4); 70/1988, de 19 de abril (FJ 3), y 100/1989, de 5 de junio (FJ 4), no obstante, declararon incidentalmente que los eventuales efectos negativos —consistentes en la «frustración de expectativas existentes y, en muchos casos, perjuicios económicos»— ocasionados por las reformas, «de no ser corregidos, [podían] merecer algún género de compensación», lo que propició que muchos de los afectados formularan pretensiones de indemnización por daños y perjuicios, que acabaron siendo desestimadas por el Tribunal Supremo. Vid. al respecto Fernando GARRIDO FALLA (1989), «Sobre la responsabilidad del Estado legislador», *Revista de Administración Pública*, 118, pp. 35 y ss.; María Jesús GALLARDO CASTILLO (1994), «Seis años de jurisprudencia sobre jubilaciones anticipadas: la consagración de la impunidad del legislador», *Revista de Administración Pública*, 133, pp. 343 y ss.

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

(14) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2008: 226). Vid., también, la STS de 3 de abril de 2009 (rec. 11221/2004).

delimitación fijada por el Real Decreto que ordena la suspensión temporal de las extracciones, de manera que se produjo una lesión individualizada a determinados usuarios, la cual ha de conllevar una adecuada compensación» (STS de 14 de mayo de 1996).

En cambio, la línea jurisprudencial que se inicia con la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1999 afirma justamente lo contrario: que dicha prohibición tiene carácter general y, por consiguiente, no es una expropiación (15).

«El sometimiento de la propiedad privada de las aguas a decisiones administrativas como la adoptada por el Consejo de Ministros en relación con el acuífero del Campo de Montiel constituye una delimitación ordinaria de tal dominio privado. Siempre que esta clase de medidas se adopten con la debida generalidad, como ha sucedido en este caso, no constituyen privación singular de derechos sino tan sólo aplicación de una previsión legal que forma parte del estatuto jurídico de las aguas de dominio privado» (STS de 18 de marzo de 1999).

#### IV. CRÍTICA DE LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Salta a la vista que la argumentación desarrollada por el Tribunal Supremo es muy poco consistente. Con los conceptos «general» y «singular», el Tribunal parece aludir al mayor o menor número de los afectados: las privaciones singulares (expropiaciones) afectan a unas pocos individuos; las generales (no indemnizables), a muchos. Este criterio presenta varias deficiencias. La primera es su relatividad e indeterminación. ¿Dónde está el umbral de lo general? ¿Cuántos son muchos o pocos? ¿Cuántos granos hacen un montón? El Supremo ni siquiera ofrece alguna pauta orientativa que permita concluir una u otra cosa. Sus afirmaciones al respecto son enteramente apodícticas.

El segundo problema es que la pura aplicación de un criterio numérico no es coherente con lo previsto para otros casos por el legislador y la propia jurisprudencia. Hay regulaciones indiscutiblemente generales, cuyo círculo de destinatarios es potencialmente más amplio que el del Real Decreto 398/1988, pero cuya naturaleza expropiatoria nadie pone en duda: sirva como ejemplo la incorporación legislativa al dominio público marítimo-terrestre de los terrenos enclavados en las playas que antes eran de propiedad privada (16). De hecho, el Tribunal Constitucional ha declarado explícitamente que una norma de carácter general puede constituir una expropiación, si desconoce el conte-

---

(15) La inexistencia de un deber de indemnizar los perjuicios ocasionados por estas restricciones había sido defendida anteriormente por DELGADO PIQUERAS (1992: 211 y ss.).

(16) Vid. la STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 8.B).

nido esencial del derecho de propiedad (17). Y, al contrario, hay privaciones singulares —como el decomiso y demás medidas previstas en los artículos 127 y siguientes del Código Penal, o la revocación de ciertos actos administrativos declarativos de derechos (18)— que no son consideradas expropiaciones.

La tercera crítica que se le puede hacer al mentado criterio es que en ningún momento se explica cuál es su fundamento jurídico. ¿Por qué razón (de índole constitucional) hay que entender que lo relevante para concluir que nos encontramos ante una expropiación, a los efectos del artículo 33.3 de nuestra Carta Magna, es el número de afectados por la correspondiente privación?

Los criterios del sacrificio especial e igualdad se muestran igualmente inservibles para resolver satisfactoriamente el caso. De un lado, porque prácticamente todas las regulaciones entrañan una cierta desigualdad. En alguna Sentencia, el Tribunal Supremo considera que la prohibición de extracción de agua cuestionada tenía carácter general, uniforme, pues afectaba por igual a todos los regantes del acuífero del Campo de Montiel, tanto a los propietarios de aguas privadas como a los concesionarios de aguas públicas:

«Siendo el agua un recurso único sólo cabe su correcta administración y su explotación racional a través del establecimiento de medidas uniformes para todos los aprovechamientos, ya sean a título de propietario, concesionario o mero usuario, pues lo contrario supondría beneficiar a unos en perjuicio de los otros, de manera que si al titular de aguas subterráneas de propiedad privada se le permitiese continuar con los riegos no sólo haría uso del agua de su propiedad sino que se beneficiaría del resto del agua en detrimento de los no regantes, cuyo sacrificio posibilita que el recurso único no se agote, y, por consiguiente, al compensar económicamente a aquél por la prohibición de regar temporalmente, se le deja absolutamente indemne de un coste que experimentan el resto de los concesionarios o usuarios de las aguas, quienes, para evitar que el recurso desaparezca, dejaron de regar y además se verían obligados a indemnizar a quien se está beneficiando, igual que ellos, del ahorro del agua» (19).

---

(17) En la STC 227/1988, de 29 de noviembre (FJ 11), se afirma que «la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente». Vid., también, las SSTC 204/2004, de 18 de noviembre (FJ 5); y 112/2006, de 5 de abril (FJ 10).

(18) Vid. el art. 22 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, así como el art. 26.2 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación. Cfr. Blanca SORO MATEO (2009), «El resarcimiento en casos de revocación de licencias ambientales: una cuestión controvertida», *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, 15, pp. 61-80.

(19) Vid., entre otras, las SSTs de 20 de febrero de 2003 (rec. 9357/1998) y 19 de octubre de 2005 (rec. 4987/2001).



Pero el Tribunal Supremo pasa por alto que la prohibición cuestionada trataba de manera evidentemente desigual a quienes destinaban el agua subterránea del acuífero para el riego y quienes le daban otros usos, como el abastecimiento de la población. La Administración dejaba indemnes a éstos últimos, que podían seguir utilizando su agua, en detrimento de aquéllos, que debían suspender las extracciones y, a fin de cuentas, soportar el coste de la sobreexplotación del acuífero.

Debe notarse, por otro lado, que la jurisprudencia nunca ha considerado indemnizables absolutamente todos los sacrificios impuestos por los poderes públicos a determinados individuos o grupos de personas. Recordemos que no toda desigualdad de trato está proscrita por la Constitución, sino sólo aquella «que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable» (20). Cabría entender, por consiguiente, que el principio de igualdad ante las cargas públicas únicamente exige la compensación de los sacrificios que suponen una diferencia injustificada, discriminatoria. El problema es que el Tribunal Supremo nunca ha explicado los criterios en virtud de los cuales ha de precisarse si existe o no dicha justificación, a los efectos del artículo 33.3 de la Constitución.

## V. POSICIÓN QUE SE ADOPTA

### 1. A falta de reglas, buenos son los principios

En ausencia de reglas constitucionales que precisen los lindes que separan las expropiaciones de las delimitaciones de la propiedad no indemnizables, no hay más remedio que servirse a estos efectos de principios jurídicos generales como los que la norma suprema consagra en sus artículos 31.2 («eficiencia y economía» en el gasto público), 33.1 («derecho a la propiedad privada»), 9.3 («seguridad jurídica»), 45 («los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales»), 46 («los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran»), etc. Y es claro que la solución prescrita por el conjunto de todos esos principios sólo puede determinarse mediante una ponderación, sopesando los costes y beneficios que para cada uno de aquéllos entrañan las alternativas consideradas en el caso concreto.

---

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

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

Cabe entender, asimismo, que el derecho a la propiedad privada, como todos los derechos garantizados por la Constitución, constituye un principio, un mandato de optimización que obliga a los poderes públicos a realizar algo valioso —v. gr., a proteger la libertad de usar y disponer de ciertos bienes— en la mayor medida de lo posible, habida cuenta de las limitaciones fácticas y jurídicas existentes (21). De acuerdo con esta concepción, habría que indemnizar *en principio* todas las restricciones de la propiedad impuestas en aras del interés general, si bien este contenido *prima facie* del derecho puede ser limitado —es decir, la indemnización puede ser excluida— en la medida en que ello resulte útil, necesario y proporcionado para alcanzar un fin legítimo, como, por ejemplo, la protección del medio ambiente (art. 45 CE) o del patrimonio histórico (art. 46 CE). Ya veremos más adelante que estos y otros bienes constitucionalmente protegidos pueden salir perjudicados o beneficiados en función de la solución que se adopte. Para resolver este conflicto entre principios constitucionales y determinar si procede resarcir habrá que efectuar, por consiguiente, una ponderación, habrá que averiguar y sopesar los costes y beneficios que para todos ellos se desprenden de las soluciones consideradas, en vista de las concretas circunstancias de cada caso.

Éste viene a ser el criterio empleado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para abordar la cuestión. El artículo 1 del Protocolo adicional número 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos 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.

---

(21) Esta concepción de los derechos fundamentales como mandatos de optimización, formulada inicialmente por Robert ALEXY (1994), *Theorie der Grundrechte*, Shurkamp, Frankfurt am Main, pp. 75 y ss., ha tenido un enorme éxito, cuando menos en el mundo jurídico iberoamericano. Vid., entre otros, Gloria Patricia LOPERA MESA (2004), «Los derechos humanos como mandatos de optimización», *Doxa*, 27, pp. 211 y ss.; Carlos BERNAL PULIDO (2007), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid; Agustín José MENÉNDEZ y Erik Oddvar ERIKSEN (eds.) (2010), *La argumentación y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid; Laura CLÉRICO, Jan R. SIECKMANN y Daniel OLIVER LALANA (coords.) (2010), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Comares, Granada; Jan R. SIECKMANN (ed.) (2011), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid.

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

El Tribunal de Estrasburgo ha interpretado este precepto en el sentido de que las «interferencias» del Estado en el derecho de propiedad, además de estar previstas por la ley y perseguir un interés público, deben ser proporcionadas, deben «lograr un justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y los requerimientos de la protección de los derechos fundamentales del individuo»; «debe haber una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido por la medida que priva a una persona de su propiedad». Y, a estos efectos, «las disposiciones compensatorias contenidas en la legislación aplicable son esenciales para evaluar si la medida cuestionada respeta el requisito del justo equilibrio y, especialmente, si imponen una carga desproporcionada sobre los recurrentes»; «la privación de la propiedad sin el pago de una cantidad razonablemente relacionada con su valor constituirá normalmente una interferencia, y la falta total de compensación puede considerarse compatible con el artículo 1 del Protocolo núm. 1 sólo en circunstancias excepcionales» (22). Viene a decirse, en fin, que una restricción del derecho de propiedad debe compensarse [es decir, debe considerarse un equivalente funcional de lo que en el Derecho español sería una expropiación a los efectos del art. 33.3 CE (23)] cuando la falta de una indemnización arrojaría sobre el ciudadano afectado una carga desproporcionada, excesiva, que rompería el justo equilibrio que ha de haber entre todos los intereses legítimos en juego. En caso contrario, no haría falta compensar, es decir, se trataría de lo que en el Derecho español suele denominarse una delimitación de la propiedad no indemnizable. Para determinar si la falta de compensación incurre en semejante desproporción habrá que ver, pues, cuáles son los costes y beneficios que para los intereses generales y la protección de los derechos del individuo entrañan las alternativas consideradas. Cabe afirmar, con otras palabras, que existe una expropiación cuando los beneficios sociales de indemnizar superan a sus costes. En caso contrario, nos hallamos ante una delimitación de la propiedad no indemnizable.

---

(22) Vid., 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.). 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, 2011, pp. 49 y ss.

(23) Sobre la conveniencia de efectuar una traducción no literal, sino «funcional», de doctrinas, reglas y conceptos jurídicos en el contexto del Derecho comparado, vid. Susana DE LA SIERRA MORÓN (2004), *Una metodología para el Derecho comparado europeo*, Civitas, Madrid, pp. 106 y ss.

## 2. Beneficios y costes sociales derivados de indemnizar una restricción de la propiedad (24)

### A) Beneficios

La obligación de indemnizar funciona, por de pronto, como una suerte de *seguro* contra el riesgo de sufrir (ciertas) privaciones (25). 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.

El deber de compensar también proporciona a los propietarios un *incentivo* para realizar ciertas actividades, para trabajar e invertir en la adquisición, mantenimiento, conservación y mejora de cosas. Los beneficios sociales de esta compensación dependerán, principalmente, de dos factores. En primer lugar, de si las actividades e inversiones consideradas son beneficiosas o nocivas para la sociedad; parece claro que la indemnización resulta pertinente sólo en el primer caso. En segundo lugar, de lo elásticamente que respondan dichas actividades e inversiones frente a una privación no indemnizada.

Dicho deber de compensar *disminuye la resistencia* que los titulares de los bienes que se sacrifican 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 indemnizar también *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 (26).

El deber de indemnizar, 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

---

(24) Puede verse un análisis más pormenorizado de estos costes y beneficios sociales en nuestro trabajo (2012) «Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable», *InDret*, 1/2012..

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

(26) Abraham BELL y Gideon PARCHOMOVSKY (2010), «The Hidden Function of Takings Compensation», *Virginia Law Review*, 96, p. 1695.

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) (27). 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».

La magnitud de este riesgo de abusos depende de varios factores. De entre ellos cabe destacar, en primer término, la capacidad de influencia que sobre dichas autoridades tengan los sujetos afectados por la privación: a menor capacidad, mayor riesgo. Cabe esperar, por ello, que el peligro revista singular intensidad cuando las víctimas no forman parte del círculo de quienes votan o dan soporte político a los gobernantes encargados de acordar la privación, por ejemplo porque son extranjeras (28). Y este peligro se agravará, seguramente, cuanto menor sea el número de perjudicados, cuanto más *singular* sea la ablación, permaneciendo todo lo demás constante.

El riesgo aumentará, en segundo término, cuanto mayor sea la discrecionalidad —o, si se quiere decir así, el margen de apreciación— de que las autoridades competentes dispongan a los efectos de precisar si el correspondiente proyecto es de interés público.

En tercer lugar, también tendrán cierta relevancia los beneficios netos que las autoridades competentes —o los grupos capaces de presionarlas— puedan extraer de las correspondientes medidas ablatorias. Todas, absolutamente todas, las actuaciones de los poderes públicos —incluidos los llamados «actos

---

(27) Vid., por todos, Richard A. POSNER (2007), *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, New York, pp. 58 y 59; BELL y PARCHOMOVSKY (2010: 1672 y ss.).

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

desfavorables», tales como las expropiaciones, delimitaciones de la propiedad, sanciones, etc. — deben reportar algún tipo de beneficio o utilidad para alguien: la Administración, por imperativo constitucional, debe actuar siempre al servicio de los intereses generales (art. 103.1 CE), y lo mismo vale decir para el legislador. Pero debe notarse que el círculo de los individuos beneficiados por una actuación pública puede ser más o menos amplio. Y cuanto más diseminados, entre una multitud de personas, queden los beneficios derivados de un proyecto público, menos a cuenta les saldrá a cada una de ellas presionar a quien corresponda para que lo lleve a cabo. Cuanto más se concentren sobre uno o unos pocos individuos dichos beneficios, por el contrario, más rentables les resultarán sus esfuerzos encaminados a realizarlo, y más peligroso será no indemnizar. De ahí la tesis defendida por varios autores y alguna resolución judicial según la cual uno de los criterios a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos frente a una expropiación es el de la existencia de un *beneficiario*. Existe un beneficiario —según esta doctrina— cuando el sacrificio en que la expropiación consiste tiene como correlato la obtención de un beneficio o enriquecimiento por una tercera persona (29) o, dicho con otras palabras, cuando los beneficios derivados de la operación expropiatoria se concentran sobre una persona o un grupo muy reducido de personas.

## B) Costes

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.

La determinación del importe del justiprecio constituye muchas veces un arduo y disputado problema, que debe dilucidarse a través de un costoso *procedimiento*. Estos costes procedimentales serán tanto más elevados cuanto mayor sea el número de propietarios afectados.

Pero lo que sobre todo interesa señalar, en relación con el caso que estamos considerando, es que el derecho a ser indemnizado puede *estimular* económicamente la realización por parte de su titular de inversiones y, en

---

(29) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2008), *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, t. II, pp. 247 y 248; Juan Antonio CARRILLO DONAIRE (2003), *Las servidumbres administrativas*, Lex Nova, Valladolid, pp. 97 y 98; PONS CÁNOVAS (2004: 85); David BLANQUER (2010), *Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, vol. II, pp. 685 y ss.; Santiago MUÑOZ MACHADO (2011), *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, Iustel, Madrid, t. IV, pp. 838 y ss. En la jurisprudencia, vid. la STS de 14 de marzo de 2006 (rec. 624/2002).

general, de *actividades socialmente ineficientes*, indeseables (30). 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 aquéllas fueran 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 interés público. Ese riesgo lo pagarían los contribuyentes.

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 euros y le permitiría ingresar 1.200.000 euros. El problema es que hay una probabilidad del 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. Es evidente que, desde el punto de vista del bienestar social, la nave no debería ser construida, pues su utilidad social esperada es negativa (-400.000 euros) (31). 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 y no el lucro cesante), 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 euros) (32). 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 euros) (33). Ni que decir tiene que a la sociedad no le conviene indemnizar la frustración de estas inversiones que son ineficientes desde un punto de vista *ex ante*, pues de esa manera las está incentivando.

Supongamos ahora que el Gobierno español prohíbe importar plasma sanguíneo de cierto país y ordena la destrucción de todos productos derivados de tal plasma importados desde allí. La razón esgrimida es que las medidas de seguridad adoptadas para obtener y procesar la sangre se consideran insuficientes para proteger adecuadamente la salud. Si las empresas que han adquirido estos productos no tienen derecho a ser indemnizadas por su destrucción, tratarán de evitar comprar e importar plasma sanguíneo y sus derivados de países donde existe un nivel similar de seguridad. Si, por el contrario, tuvieran derecho a obtener una compensación, seguirían comprando plasma sanguíneo

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

(31)  $(1.200.000 \text{ €} - 1.000.000 \text{ €}) \cdot 0,5 - 1.000.000 \text{ €} \cdot 0,5$ .

(32)  $(1.200.000 \text{ €} - 1.000.000 \text{ €}) \cdot 0,5 + (1.000.000 \text{ €} - 1.000.000 \text{ €}) \cdot 0,5$ .

(33)  $(1.200.000 \text{ €} - 1.000.000 \text{ €}) \cdot 0,5 - 1.000.000 \text{ €} \cdot 0,5$ .

procedente de tales países, comercializando o utilizando en España un producto que es inaceptablemente inseguro de acuerdo con nuestros estándares. Éste no es un resultado que podamos considerar positivo.

Si en estos y otros casos semejantes el Gobierno no está obligado a indemnizar, habrá un riesgo de que intervenga excesivamente. Pero parece claro que dicho riesgo es mucho menos serio que el que entraña la importación de plasma sanguíneo inseguro. La actividad privada regulada es más peligrosa que la actividad pública reguladora. Cuando tal ocurre, no debería indemnizarse.

El deber de indemnizar hace que el riesgo de la adopción de las medidas requeridas por el interés público (v. gr., la destrucción de productos peligrosos) recaiga sobre el Gobierno, lo que encarece su acción reguladora, pudiendo inhibirla hasta cierto punto y provocando que su volumen no alcance el que sería socialmente óptimo. Por otro lado, abarata y estimula la realización de las actividades privadas reguladas, propiciando que el volumen de las mismas supere el que sería óptimo para el bienestar social.

La regla de la no indemnización, por el contrario, carga el riesgo de la adopción de tales medidas sobre los individuos que llevan a cabo las actividades reguladas, encareciéndolas y provocando un cierto efecto inhibitor sobre las mismas. Pero también hace que al Gobierno le resulte más barato tomar aquellas medidas, lo que puede propiciar un exceso de regulación.

La pertinencia de una u otra regla dependerá de cuál de las dos actividades —la regulada o la reguladora— sea más peligrosa y, por lo tanto, convenga controlar para que no se realice en exceso. Si la que llevan a cabo los particulares encierra mayores riesgos para la comunidad, convendrá no indemnizarles. Si la regulación pública resulta más peligrosa, será preferible compensarles.

### **3. Por qué la prohibición de extraer agua de un acuífero sobreexplotado para regar constituye una delimitación de la propiedad no indemnizable**

A la vista de cuanto se ha dicho, parece claro que en este caso no procede indemnizar, principalmente porque ello supondría dar a los regantes un perverso incentivo para efectuar inversiones socialmente ineficientes.

Analicemos los beneficios sociales de una regla que obligara a compensar. Pudiera pensarse que esta regla tiene al menos la ventaja de que hace recaer el coste de los eventuales daños derivados de la prohibición de regar sobre la Administración estatal, que por lo general es menos aversa al riesgo que los regantes y, por consiguiente, puede soportarlo mejor. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los sistemas de seguros privados permiten asegurar y com-



pensar daños de una manera más eficiente (34). De un lado, porque engendran menos costes de gestión. De otro, porque proporcionan una cobertura ajustada a las singulares preferencias de cada uno de los propietarios. Imaginemos que varios de los regantes son grandes empresas que aquí se comportan de manera prácticamente neutral frente a dicho riesgo. Dado que no les cuesta nada asumirlo, ningún beneficio social se derivaría de asegurarlas forzosa e íntegramente contra el mismo mediante la referida regla. Los contribuyentes les estaríamos pagando un seguro contra un riesgo que pueden soportar sin coste alguno y frente al cual ellas nunca se asegurarían.

Es cierto que la falta de compensación por el sacrificio del derecho a regar engendra ciertos peligros: 1º) las potenciales víctimas pueden dedicarse a realizar actividades socialmente indeseables (v. gr., sobornar a las autoridades competentes) con el fin de evitar que se adopte la referida prohibición; 2º) las autoridades pueden coaccionar a los regantes afectados amenazándoles con imponerles tal prohibición; y 3º) se propicia que la Administración ejerza en exceso esta potestad.

Es razonable pensar, sin embargo, que en el presente caso estos riesgos no son muy considerables, fundamentalmente por dos razones. La primera es que el margen de discrecionalidad de que la Administración dispone para declarar sobreexplotado un acuífero y establecer una prohibición de uso como la adoptada en el caso que nos ocupa es relativamente reducido (35). El espacio de maniobra para tomar esta decisión es mucho menor que el disponible para acometer los proyectos de interés público que típicamente conllevan expropiaciones (v. gr., un proyecto de carreteras). Como los afectados tienen la posibilidad efectiva de impugnar dichas medidas y a los Tribunales no les resulta excesivamente complicado comprobar si están objetivamente justificadas —si realmente concurren en cada caso las circunstancias del supuesto de hecho de la norma que permite su adopción (36)—, es difícil que las autoridades puedan coaccionar efectivamente a los usuarios del agua, ya que el mal con el que se les amenaza —las referidas actuaciones— no es demasiado grave, en la medida en que puede combatirse judicialmente con relativa facilidad.

---

(34) Oriol MIR PUIGPELAT (2002), *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, pp. 242 y ss.

(35) Según DELGADO PIQUERAS (1992: 215), «no cabe considerar esta potestad como discrecional o facultativa». En sentido similar, Silvia DEL SAZ (1990), *Aguas subterráneas, aguas públicas*, Marcial Pons, Madrid, p. 237. Según Juan Miguel DE LA CUÉTARA (1989), *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*, Tecnos, Madrid, p. 132, «puede estimarse razonablemente garantizada la objetividad de la declaración... se trata de una calificación con base en hechos, en circunstancias comprobables, en cuantificaciones exactas».

(36) Vid. el art. 171.2 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico (aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril).

Por eso mismo, el riesgo de que se produzcan excesos en el ejercicio de esa potestad no reviste una gran magnitud.

Además, este último riesgo es relativamente reducido por una segunda razón: a diferencia de lo que típicamente ocurre en el caso de las expropiaciones, la prohibición que estamos considerando no implica la transferencia del derecho sacrificado a una tercera persona —el denominado «beneficiario»—. Los caudales de los que los regantes no pueden disponer temporalmente tampoco pueden ser utilizados por otros individuos (37). No hay una persona o grupo reducido de personas que experimente un enriquecimiento especial, un incremento en su patrimonio, como consecuencia de la prohibición, por lo que nadie tiene incentivos demasiado intensos para presionar a las autoridades competentes a fin de que declaren la sobreexplotación del acuífero. Nótese la diferencia existente entre este supuesto y el previsto en el artículo 55.2 del vigente Texto Refundido de la Ley de Aguas, donde puede leerse que el organismo de cuenca:

«Con carácter temporal, podrá también condicionar o limitar el uso del dominio público hidráulico para garantizar su explotación racional. Cuando por ello se ocasione una modificación de caudales que genere perjuicios a unos aprovechamientos en favor de otros, los titulares beneficiados deberán satisfacer la oportuna indemnización, correspondiendo al organismo de cuenca, en defecto de acuerdo entre las partes, la determinación de su cuantía».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1996 veía una identidad de razón entre ambos supuestos, por lo que venía a entender que el deber de indemnizar establecido en este precepto debía aplicarse analógicamente al caso de los acuíferos sobreexplotados:

«La propia Ley de Aguas... contempla el resarcimiento de los perjuicios generados a unos titulares de aprovechamientos hidráulicos en beneficio de otros cuando, con carácter temporal, se haya condicionado o limitado por el organismo de cuenca correspondiente el uso del dominio público hidráulico para garantizar su explotación racional, por lo que no resulta coherente con tal régimen jurídico considerar como no indemnizables las limitaciones impuestas al dominio privado de las aguas mediante el ejercicio de la potestad conferida al Consejo de Ministros... en circunstancias de sequías extraordinarias, de sobreexplotación de acuíferos, o en similares estados de necesidad, urgencia o concurrencia de situaciones anómalas o excepcionales».

Sin embargo, ya en el voto particular a esta misma resolución, así como en Sentencias posteriores del Tribunal Supremo, se advierte certeramente que hay una diferencia relevante entre ambos casos:

---

(37) Como dice DELGADO PIQUERAS (1992: 215), «no se trata de privar del agua a unos usuarios para entregarla a otros, sino de racionar el uso que todos hacen del recurso».

«Creemos que no existe equivalencia o paralelismo alguno entre el supuesto contemplado por el artículo 53.2 [hoy, art. 55.2 del Texto Refundido citado] y el previsto por el artículo 56 [hoy, art. 58 del Texto Refundido], ambos de la Ley de Aguas, ya que éste se refiere a circunstancias extraordinarias de sequías, sobreexplotación de acuíferos y similares estados de necesidad, en que no se perjudica a unos titulares de aprovechamientos en beneficio de otros sino que se establecen medidas de carácter general afectantes a todos los que se encuentren en tales circunstancias, y éstas fueron las medidas acordadas por el Consejo de Ministros en relación con el acuífero del Campo de Montiel, sin que supusiesen modificación de caudales en beneficio de unos y perjuicio de otros titulares».

Analicemos ahora los costes de indemnizar los perjuicios ocasionados por la prohibición de riego. Es claro, en primer lugar, que la consideración de esta y otras medidas semejantes como expropiatorias generaría un aumento de la presión fiscal y, sobre todo, significativos costes de gestión, derivados de la tramitación de los procedimientos a través de los cuáles las víctimas exigirían el resarcimiento y se determinaría el importe de los justiprecios. Tales costes serían relativamente elevados, habida cuenta del elevado número de personas afectadas por la prohibición y de que no resulta sencillo precisar la magnitud de los daños ocasionados y de las correspondientes compensaciones.

El deber de indemnizar, en segundo lugar, podría provocar un cierto efecto inhibitorio sobre el ejercicio de la potestad administrativa de declarar sobreexplotado un acuífero y limitar la extracción de agua para riego. Es probable que la Administración se lo piense dos veces antes de adoptar tales medidas, en atención a los desembolsos presupuestarios que las mismas desencadenarían (38). Esa inhibición podría menoscabar de un modo intolerable intereses públicos como los de la protección del medio ambiente (consagrada en el artículo 45 de la Constitución) y los que exigen que el agua se destine preferentemente a otros usos de mayor utilidad (v. gr., al abastecimiento de poblaciones) (39).

Pero, seguramente, el principal coste de una hipotética indemnización viene dado por la circunstancia de que la misma daría a los regantes un acicate económico para efectuar inversiones socialmente ineficientes. En efecto, si los usuarios del agua saben que se les van a resarcir los daños que les ocasione

---

(38) Como advierte Francisco DELGADO PIQUERAS (2002), en Pedro BRUFAU y M. Ramón LLAMAS (eds.), *Conflictos entre el desarrollo de las aguas subterráneas y la conservación de los humedales: aspectos legales, institucionales y económicos*, Fundación Marcelino Botín, Madrid, p. 116, la confirmación legal de la jurisprudencia que niega la indemnización en estos casos «debe favorecer la aplicación de las medidas necesarias para salvaguardar los humedales en grave peligro de desaparición por falta de decisión administrativa a la hora de llevar a la práctica los planes de reordenación tantas veces anunciados».

(39) Vid. el art. 60 del Texto Refundido de la Ley de Aguas.

la prohibición de regar durante un tiempo —daños consistentes, básicamente, en la pérdida de las cosechas y, eventualmente, de las plantas—, se dedicarán a cultivar aquellos vegetales que les resulten más rentables a la vista del agua de que en principio disponen, sin tener en cuenta el riesgo —nada remoto— de que en épocas de sequía o en casos de sobreexplotación del acuífero se les prohíba usar el agua para riego y sus cultivos acaben arruinándose. Y no tendrían en cuenta ese riesgo a la hora de decidir qué plantan, porque serían los contribuyentes y no ellos quienes lo soportarían. La regla de la indemnización propicia que los regantes inviertan en cultivos que requieren más agua de la que probablemente podrán usar y que, por consiguiente, previsiblemente se echarán a perder.

La regla de la no indemnización, por el contrario, propicia que los agricultores tengan en cuenta, a la hora de planificar sus inversiones y decidir qué cultivan, el riesgo de que sobrevengan situaciones de sequías extraordinarias, sobreexplotación grave de acuíferos o circunstancias análogas que pudieran provocar que dichas inversiones se malograrán. Esta regla les fuerza a internalizar este riesgo. Les proporciona los incentivos adecuados para cultivar aquellos vegetales más rentables en función no de la cantidad máxima de agua que en el mejor de los casos podrían extraer del acuífero, sino de la cantidad que previsiblemente podrán utilizar de manera efectiva, a la vista de la situación hidrológica que cabe razonablemente esperar. Esta regla reduce significativamente el riesgo de que sus cosechas y plantas se echen a perder por falta de agua.

## VI. CONCLUSIONES

El caso de las prohibiciones de extraer de un acuífero sobreexplotado agua para regar pone de manifiesto la insuficiencia de los criterios empleados por la jurisprudencia española —y, en particular, los criterios de la singularidad de la privación, la especialidad del sacrificio y la ruptura del principio de igualdad— para determinar si con arreglo al artículo 33 de la Constitución estas y otras medidas ablatorias deben ser indemnizadas o no, esto es, si constituyen expropiaciones o delimitaciones de la propiedad no indemnizables.

A nuestro juicio, la respuesta a esta cuestión exige ponderar los costes y beneficios sociales —para los diversos bienes constitucionales en juego— que se derivan de cada una de las soluciones consideradas. Si los beneficios de indemnizar superan a sus costes, nos encontramos ante una expropiación. En caso contrario, se trata de una delimitación que no es obligado compensar.

Analizados dichos costes y beneficios, es evidente que la prohibición referida no debe considerarse una expropiación, principalmente porque indemnizar a los regantes supondría ofrecerles un potente incentivo pecuniario para realizar

actividades socialmente ineficientes, en concreto para invertir en cultivos que requieren más agua de la que probablemente habrá disponible y que, por esa razón, previsiblemente se echarán a perder. Adicionalmente, el deber de indemnizar podría producir un cierto efecto inhibitorio sobre el ejercicio de la potestad administrativa de declarar sobreexplotado un acuífero y adoptar las medidas adecuadas para proteger el medio ambiente y asegurar la utilización racional del agua.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA VAQUÉS, Mar (2008): «Propuestas para definir los límites constitucionales a la regulación de la propiedad privada (*regulatory takings* v. regulaciones inconstitucionales de la propiedad)», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, coord. Marc CARRILLO, Madrid, CEPC, vol. II, pp. 939 y ss.
- ALEXY, Robert (1994): *Theorie der Grundrechte*, Shurkamp, Frankfurt am Main.
- 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, 2011, pp. 49 y ss.
- BARRIOBERO MARTÍNEZ, Ignacio (1997): «La sobreexplotación grave de los acuíferos», *Revista de Administración Pública*, 144, pp. 219 y ss.
- BELL, Abraham y PARCHOMOVSKY, Gideon (2010): «The Hidden Function of Takings Compensation», *Virginia Law Review*, 96, pp. 1673 y ss.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2007): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid.
- BLANQUER, David (2010): *Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, vol. II.
- BLUME, Lawrence y RUBINFELD, Daniel L. (1984): «Compensation for Takings: An Economic Analysis», *California Law Review*, 72, pp. 569 y ss.
- BLUME, Lawrence E., RUBINFELD, Daniel L. y SHAPIRO, Perry (1984): «The Taking of Land: When Should Compensation Be Paid?», *Quarterly Journal of Economics*, 99, pp. 71 y ss.
- CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio (2003): *Las servidumbres administrativas*, Lex Nova, Valladolid.
- CLÉRICO, Laura, SIECKMANN, Jan R. y OLIVER LALANA, Daniel (coords.) (2010): *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Comares, Granada.

- DE LA CUÉTARA, Juan Miguel (1989): *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*, Tecnos, Madrid.
- DE LA SIERRA MORÓN, Susana (2004): *Una metodología para el Derecho comparado europeo*, Civitas, Madrid.
- DE VICENTE DOMINGO, Ricardo: «Regímenes especiales de explotación, sobre-explotación y salinización de las aguas subterráneas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 64, 1989, pp. 569 y ss.
- DEL SAZ, Silvia (1990): *Aguas subterráneas, aguas públicas*, Marcial Pons, Madrid.
- DELGADO PIQUERAS, Francisco (1992): *Derecho de aguas y medio ambiente*, Tecnos, Madrid.
- (2002), en Pedro BRUFAU y M. Ramón LLAMAS (eds.): *Conflictos entre el desarrollo de las aguas subterráneas y la conservación de los humedales: aspectos legales, institucionales y económicos*, Fundación Marcelino Botín, Madrid, pp. 111 y ss.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María (2003): *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (2012): «Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable», *InDret*, 1/2012.
- GALLARDO CASTILLO, María Jesús (1994): «Seis años de jurisprudencia sobre jubilaciones anticipadas: la consagración de la impunidad del legislador», *Revista de Administración Pública*, 133, pp. 343 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2008): *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, t. II.
- GARRIDO FALLA, Fernando (1989): «Sobre la responsabilidad del Estado legislador», *Revista de Administración Pública*, 118, pp. 35 y ss.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia (2004): «Los derechos humanos como mandatos de optimización», *Doxa*, 27, pp. 211 y ss.
- MENÉNDEZ, Agustín José y ERIKSEN, Erik Oddvar (eds.) (2010): *La argumentación y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid.
- MIR PUIGPELAT, Oriol (2002): *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2011): *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, Iustel, Madrid, t. IV.
- PONS CÀNOVAS, Ferran (2004): *La incidencia de las intervenciones administrativas en el Derecho de propiedad*, Marcial Pons, Madrid.

- POSNER, Richard A.: *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, New York, 2007.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (1994a): *La propiedad privada en la Constitución española*, CEC, p. 381.
- (1994b): «Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada», *Derecho Privado y Constitución*, 4, pp. 169 y ss.
- SIECKMANN, Jan R. (ed.) (2011): *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid.
- SORO MATEO, Blanca (2009): «El resarcimiento en casos de revocación de licencias ambientales: una cuestión controvertida», *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, 15, pp. 61-80.

