

EXPROPIACIÓN: UNA VISIÓN ECONÓMICA ALTERNATIVA

Enrique Pasquel Rodríguez*

Frente a la justificación tradicional supuestamente coasiana de la expropiación por el Estado, el autor hace un análisis crítico de las bases de la misma, demostrando que parte de una lectura errónea de Coase y presupone erróneamente que el Estado pueda simular la situación eficiente en aquellos supuestos donde los costos de transacción son muy elevados. Básicamente, se ha propuesto que el Derecho actúe simulando al mercado, asignando la titularidad a quien más la valore. ¿Es posible simular o incluso simplemente conocer la situación óptima dados los enormes costos que suele suponer la actividad gubernamental y la escasa información que manejan los funcionarios estatales? Frente a estos interrogantes el autor plantea una serie de consideraciones y soluciones posibles para el legislador.

¿Cuándo se debe ofrecer compensación al propietario expropiado? ¿Cuáles son los efectos económicos de ofrecer una compensación plena y o de no hacerlo? ¿Cómo se calcula equitativamente el monto de una compensación "plena"? Estas preguntas son analizadas desde una perspectiva económica, en vista de una solución beneficiosa y predecible tanto para el inversionista como para el conjunto de la sociedad.

Enrique Pasquel Rodríguez

* Profesor de las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

1. INTRODUCCIÓN

En el análisis económico del derecho la expropiación ha sido un tema recurrente. Actualmente, existe cierto consenso sobre una serie de aspectos comúnmente desarrollados. Varios de los exponentes más conocidos de esta escuela proponen:

- (i) La expropiación se justifica porque, en escenarios donde se presenta un monopolio bilateral, los costos de transacción suelen impedir la venta de la propiedad. Así, siguiendo el teorema de Coase, el Estado debe lograr la asignación eficiente de recursos forzando el intercambio.
- (ii) Por diversas razones, en determinados casos la compensación al individuo expropiado no debe ser plena, es decir, sólo debe compensarse parte del valor del bien expropiado.

En el presente artículo, también desde una perspectiva económica, buscamos cuestionar estas ideas. Por un lado, sostendremos que la justificación económica tradicional de la expropiación es incorrecta y parte de una errónea lectura de lo propuesto por Ronald Coase. Por otro, argumentaremos que existen razones económicas para compensar plenamente en todos los casos a los individuos cuya propiedad fue expropiada. Finalmente, concluiremos haciendo un resumen de las reglas a las que debería encontrarse sometido el poder expropiatorio del Estado.

2. LA JUSTIFICACIÓN ECONÓMICA TRADICIONAL DE LA EXPROPIACIÓN

Existen situaciones donde los costos de transacción son prohibitivos para la celebración de un acuerdo que beneficiaría a las partes involucradas. Uno de estos casos es la existencia de un monopolio bilateral.

El monopolio bilateral es aquella situación en la que solamente existe un comprador y un vendedor para un determinado bien. Un ejemplo puede ser el caso de un arrendador y un arrendatario que negocian la prórroga del contrato de arrendamiento de un departamento. Imaginemos que el inquilino tiene deseos de permanecer en el inmueble por un tiempo indefinido, pues encuentra en él un lugar que se acomoda perfectamente a todas sus necesidades. Asimismo, el propietario quiere que el arrendatario permanezca en el departamento. Por un lado, es un sujeto bastante cumplido en sus pagos. Por otro, es sumamente difícil conseguir buenos inquilinos en esta época. Ambos individuos saben que, en tal circunstancia, son la única persona con quien su contraparte quiere contratar. Buscar una contraparte distinta sería sumamente costoso para ambos.

Esta situación de monopolio bilateral puede elevar considerablemente los costos de renegociación del con-

trato. Por un lado el propietario, sabiendo que el inquilino realmente quiere quedarse en el departamento, puede intentar elevar el monto de la renta que mensualmente cobra, utilizando la falsa amenaza de no encontrarse dispuesto a prorrogar el contrato si es que no se le paga una suma mensual superior. Por otro lado, el inquilino, intuyendo que el propietario realmente quiere que él se quede en el inmueble, puede intentar hacerle creer que si no baja la renta buscará otro departamento. Cada parte intentará llevar sus amenazas lo más lejos posible, siendo probable que el contrato no se llegue a celebrar.

Situaciones de monopolio bilateral también surgen cuando se quiere construir la infraestructura necesaria para la provisión de bienes de uso público. Cuando hablamos de bienes de uso público nos referimos a aquellos bienes y servicios que, sin ser de acceso abierto o gratuito, son utilizados por prácticamente la totalidad de individuos de la sociedad. En efecto, suele suceder que todo individuo que goce de un presupuesto que se lo permita hace uso de este tipo de bienes o servicios de manera directa o indirecta. Algunos conocidos ejemplos son las autopistas, la seguridad ciudadana, los servicios de electricidad, agua, luz, desagüe, los puertos, etc.

Para la implementación de bienes y servicios de uso público suele ser necesario adquirir la propiedad de inmuebles en zonas específicas. Por ejemplo, algunas bases militares deben ser construidas en lugares estratégicos y las carreteras, oleoductos y tuberías tienen que atravesar cierto camino determinado para poder cumplir su función de manera efectiva. Por este motivo, es usual que en la construcción de la infraestructura necesaria para proveer tales bienes y servicios aparezcan monopolios bilaterales. Muchos individuos que saben que es indispensable que se compre su propiedad para llevar a cabo el proyecto, tienen incentivos para aparentar no estar interesados en vender, con la finalidad de obtener un precio mayor por su inmueble. Por su parte, el potencial comprador buscará utilizar su posición de único interesado en adquirir la propiedad para intentar conseguir el precio más bajo posible. De esta forma, como cada parte adopta una conducta estratégica buscando obtener una mayor ganancia, puede que se rompan las negociaciones y que nunca se celebre el contrato, debido a los costos de transacción que supone la situación de monopolio bilateral.

En algunas ocasiones la situación de monopolio bilateral surge de manera distinta. Para la construcción del bien de uso público a veces es posible escoger entre varias locaciones. Sin embargo, en cualquiera de ellas será necesario comprar los terrenos de un gran número de propietarios. Una vez que varios ya fueron comprados, el resto sabe que al comprador -debido a

los enormes costos que ya asumió- no le queda otra opción que seguir comprando el resto de los terrenos. Así, surgen varias situaciones de monopolio bilateral¹.

Si comparamos el caso de los bienes de uso público con nuestro ejemplo del arrendatario y el inquilino, veremos que las consecuencias de que no se celebre el contrato en el primer caso suelen ser más graves. En el caso del contrato de arrendamiento quienes saldrán perdiendo si no se celebra la transacción serán, básicamente, las partes involucradas en la negociación. Sin embargo, cuando un bien de uso público no llega a ser construido debido a los costos de transacción impuestos por la situación de monopolio bilateral, quienes pierden no son solamente los contratantes, sino todos los individuos (prácticamente toda la sociedad), que no podrán acceder a los mismos.

Tradicionalmente, se ha sostenido que -supuestamente siguiendo lo propuesto por Coase en "The Problem of Social Cost"- en aquellos supuestos donde los costos de transacción son muy elevados, la misión del derecho es simular la situación eficiente, aquella que habría surgido si los costos de transacción no fuesen significativos. Básicamente, se propone que el Derecho actúe simulando al mercado, asignando la titularidad a quien más la valore.

De esta premisa, quienes han trabajado la figura de la expropiación desprenden que, en casos como los que hemos venido describiendo, el Derecho debe permitir que el Estado expropie al individuo para que se produzca la situación impedida por los altos costos que impuso el monopolio bilateral. Se argumenta que como el mercado no permite que se celebre este intercambio, el Estado debe corregir la situación forzándolo. Esta es la justificación que tradicionalmente se le ha dado a la expropiación desde el análisis económico del derecho².

3. UNA ERRÓNEA LECTURA DE COASE

En primer lugar, esta posición no se desprende de las ideas de Coase. Él señaló que en un contexto de altos costos de transacción la asignación de los derechos de propiedad repercutiría en el bienestar social. Sin em-

bargo, ello es distinto a afirmar que en tal escenario la misión del Estado es simular la situación eficiente. De hecho, Coase fue cuidadoso en señalar que no sabía si lo más conveniente era la intervención gubernamental o, sencillamente, no ocuparse del problema. La recomendación de Coase fue que en tales supuestos era conveniente llevar a cabo una profunda investigación empírica respecto de cada problema concreto, para evaluar la mejor solución.

En "The Problem of Social Cost", Coase señaló textualmente:

"Además, no hay razón alguna para suponer que las regulaciones restrictivas y de zonificación, establecidas por una administración falible sujeta a presiones políticas y que opera sin ningún control de la competencia, necesariamente logrará en todo caso incrementar la eficiencia con la que opera el sistema económico. [...] Por estas razones las regulaciones gubernamentales no necesariamente conseguirán mejores resultados que el dejar que el problema sea solucionado por el mercado o la empresa. [...] Existe, por supuesto, otra alternativa, que es no hacer nada respecto del problema. Y dado que los costos de solucionar el problema mediante regulaciones gubernamentales suelen ser altos [...] será bastante común que la ganancia que se obtendría con la regulación de los actos nocivos sea menor que los costos que supone la regulación. [...] Solamente se obtendrán políticas gubernamentales satisfactorias luego de un paciente estudio de cómo, en la práctica, el mercado, las empresas y el gobierno, manejan el problema de las externalidades"³.

Asimismo, en un artículo posterior titulado "Notes on the Problem of Social Cost", Coase indicó la posibilidad de internalizar externalidades mediante el establecimiento de impuestos:

"Todos estos sistemas impositivos tienen fallas extremadamente serias y ciertamente no producirán resultados que los economistas considerarían óptimos. Si es que en algunas circunstancias algún sistema impositivo, con todos sus defectos, puede, en algunos supuestos, ser mejor que alguna otra alternativa (inclu-

¹ Para ver cómo las situaciones de monopolio bilateral se presentan en numerosas ocasiones que van desde las pataletas que los niños hacen a sus padres hasta la guerra fría puede verse: FRIEDMAN, David. «Law's Order». Princeton University Press, 2000. p. 87-89.

² Entre otros, véase principalmente: COOTER, Robert y ULEN, Thomas. "Derecho y economía". Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 215. COOTER, Robert. "The Cost of Coase". En: WITTMAN, Donald. "Economic Analysis of the Law". Blackwell Publishers, 2003. pp. 14-18. POSNER, Richard. "El Análisis Económico del Derecho". pp. 60 y 61. CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. "Reglas de la propiedad, reglas de la responsabilidad e inalienabilidad. Un vistazo a la catedral". En: THEMIS N° 21. pp. 73-75. EPSTEIN, Richard. "Un vistazo más claro a la "catedral". El dominio de las reglas de propiedad". En: THEMIS N° 45. pp. 145-214. SHAVELL, Steven. "Economic Analysis of Property Law". Harvard John M. Olin Center for Law, Economics and Business. Discussion Paper N° 399. MICELI, Thomas. "Economics of the law". Oxford University Press, 1997. p. 138.

³ COASE, Ronald. "The Problem of Social Cost". En: "The Firm, the Market and the Law". The University of Chicago Press, 1988. pp. 117 y 118. La traducción es nuestra. La cita original es: "Furthermore, there is no reason to suppose that the restrictive and zoning regulations, made by a fallible administration subject to political pressures and operating without any competitive check, will necessarily always be those which increase the efficiency with which the economic system operates. [...] From this consideration it follows that direct governmental regulations will not necessarily give better results than leaving the problem to be solved by the market or the firm. [...] There is, of course, a further alternative, which is to do nothing about the problem at all. And given that the costs involved in solving the problem by regulations issued by the governmental administrative machine will often be heavy [...] it will no doubt be commonly the case that the gain which would come from regulating the actions which give rise to the harmful effects will be less than the costs involved in governmental regulation. [...] Satisfactory views on policy can only come from a patient study of how, in practice, the market, firms, and governments handle the problem of harmful effects".

yendo la inacción) es otro tema, y sobre éste no expreso opinión alguna". (El subrayado es nuestro)⁴.

Por otro lado, en la conferencia presentada en memoria de Henry C. Simons el 7 de abril de 1992 en la Universidad de Chicago, Coase recalcó lo que propuso anteriormente en "The Problem of Social Cost":

"Creo que los economistas y, en general quienes crean las políticas, han tendido a sobreestimar las ventajas de la regulación gubernamental. Pero esta creencia, aunque justificada, no hace más que sugerir que la regulación gubernamental debe ser reducida. No nos dice dónde debe trazarse el límite. [...] Esto debe provenir de una investigación detallada de los resultados actuales de manejar el problema de distintas maneras"⁵.

Como puede apreciarse de los textos citados, Ronald Coase no proponía que en un escenario de altos costos de transacción el Estado debía simular la situación eficiente. Más bien, contemplaba la posibilidad de dejar que el mercado resolviese el problema o, incluso, simplemente no actuar y dejar el problema en su sitio. Ello, pues era conciente de los enormes costos que suele suponer la actividad gubernamental y de la escasa información que manejan los funcionarios estatales. En efecto, Coase reconoce que no existe tal cosa como el "mundo donde los costos de transacción son iguales a cero" y que las transacciones suelen ser costosas⁶. Si su propuesta fuese que el Estado debe simular a dicho mundo ideal en tales situaciones, lo que el propondría sería más y no menos regulación estatal.

Lo que resulta sorprendente es que varios de los autores que sostienen la justificación económica tradicional de la expropiación son completamente conscientes de la propuesta de Coase. Sin embargo, cuando se enfrentan al problema de la expropiación, afirman sencillamente que por tratarse de un escenario de altos costos de transacción es necesario que el Estado fuerce la transacción, como si ello fuera a producir una situación eficiente⁷.

4. NUESTRA VISIÓN

La posición tradicional, además, comete el error de asumir que es posible conocer cuál es la situación efi-

ciente en un escenario donde los costos de transacción son prohibitivos, es decir, donde no permiten que se celebre la transacción.

La expropiación será socialmente eficiente si es que la ganancia social (suma de ganancias individuales) es mayor que la pérdida social (suma de pérdidas individuales)⁸. En otras palabras, si quienes obtienen el bien lo valoran más que quien lo pierde. Esto sucedería, por ejemplo, si el propietario expropiado valorase el bien en 20 y los que ganan con la expropiación en conjunto lo valorasen en 30. Así, en esta situación, el beneficio social sería 30 y la pérdida social 20, con lo que la ganancia social sería 10. Como puede verse, si los costos de transacción fuesen bajos, la propiedad del bien se transmitiría voluntariamente, pues el bien sería vendido a algún precio entre 20 y 30, con lo que ambas partes ganarían.

Para conocer si una situación es socialmente eficiente, sin embargo, tendríamos que saber de antemano cuáles son las valoraciones subjetivas de los individuos involucrados, pues solamente así podríamos determinar si es que forzar la transacción efectivamente supone una ganancia social.

Los intercambios, precisamente, se llevan a cabo porque las partes valoran los bienes intercambiados en distinta medida. Es decir, le asignan un valor subjetivo. Si usted le vende su automóvil a su vecino en US\$10,000, es porque para usted vale menos que esa suma y para su vecino más que la misma, lo que hace que ambas partes ganen con la transacción. En el caso contrario, ustedes no habrían celebrado el contrato de compraventa, pues no tendría sentido incurrir en los costos de contratar si no ganasen nada con el intercambio.

Ningún bien o servicio tiene un valor objetivo. Los valores dependen de la reacción personal del individuo a las opciones disponibles, sus necesidades y las preferencias que tenga en un determinado momento. De hecho, el motivo por el cual realizamos determinadas elecciones es que valoramos tales opciones en mayor medida que las opciones restantes⁹.

Inclusive, el mismo bien puede ser valorado de distinta forma por el mismo individuo en momentos distintos.

⁴ COASE, Ronald. "Notes on the Problem of Social Cost". En: "The Firm, the Market and the Law". The University of Chicago Press, 1988. p. 185. La traducción es nuestra. La cita original es "All these tax systems have extremely serious flaws and would certainly not produce results which economists would consider to be optimal. Whether some tax system, however defective, might, in some circumstances, be better than any alternative (including inaction) is another matter, and on this I express no opinion".

⁵ COASE, Ronald. "El Análisis Económico en Chicago". En: THEMIS N° 44. p. 15.

⁶ Ibid.

⁷ Posner, por ejemplo, reconoce que Coase no proponía la intervención gubernamental en cada situación de altos costos de transacción, sino comparar las soluciones que brinda un mercado imperfecto en relación con las que ofrece un Estado imperfecto. Sin embargo, cuando desarrolla el tema de la expropiación, afirma tranquilamente que « (...) en los contextos de altos costos de transacción deberá permitirse que los individuos recurran a los tribunales para desplazar los recursos hacia un uso más valioso, porque el mercado es, por definición, incapaz de realizar esta función de manera imperfecta». Ver: POSNER, Richard. Op. cit. pp. 55 y 61.

⁸ Asumimos que quienes defienden esta postura tradicional manejan el criterio de eficiencia Kaldor-Hicks.

⁹ MISES, Ludwig Von. "Human Action". Fox & Wilkes, 1996. p.14.

Un sujeto, por ejemplo, puede asignarle mayor valor a una piedra preciosa que a una botella de agua mientras se encuentre en su casa. Sin embargo, si se encuentra perdido en el desierto, es muy probable que se encuentre dispuesto a cambiar un diamante (o varios) por una botella de agua.

También puede suceder que las preferencias individuales simplemente hayan variado en el tiempo. Un hombre que en una época le otorgaba un enorme valor a su casa -por ejemplo- puede haber cambiado de parecer y considerar que ya no le acomoda tanto y que prefiere vivir en un departamento. Por ello, acepta vender su casa a un precio que antes no hubiese aceptado.

El beneficio que un determinado bien le reporta a un individuo también depende de la cantidad de dicho bien con la que actualmente cuente. El individuo asigna un menor valor a cada nueva unidad (a cada unidad marginal) de un mismo bien. Esto es lo que se conoce como la ley de la utilidad marginal decreciente. La razón es que los individuos buscan satisfacer sus necesidades más urgentes primero y destinan las primeras unidades de un bien a ello, por lo que éstas le resultan más valiosas¹⁰.

De la misma forma como los beneficios que reporta cada unidad de cada bien a un individuo son subjetivos, los costos que supone una determinada acción individual comparten dicha característica.

El costo que influye en las decisiones es el denominado costo de oportunidad¹¹. Por él se entiende aquello que se dejó de ganar, la segunda mejor opción que tenía el individuo. Este costo también se encuentra determinado por las preferencias, circunstancias y predicciones que realiza el individuo sobre los resultados de sus acciones. Por ello, es un costo que únicamente conoce el sujeto que lleva a cabo la elección.

Al ser los costos y beneficios de una determinada acción puramente subjetivos, solamente el individuo tiene cómo saber qué elecciones le benefician o perjudican. Ningún tercero tiene cómo conocer esta información, desde que solamente conocemos qué opción valora más un individuo en el momento en el que realiza la elección¹².

Así, básicamente, la posición tradicional propone simular un mercado ideal cuyas condiciones se desconocen, al no contar con las valoraciones subjetivas de los involucrados. Al no existir precios y acciones que revelen las preferencias de los individuos, no hay cómo determinar cuál habría sido la situación eficiente. Esta

presunción, supone algo así como la omnisciencia del burócrata que decidirá si realizar o no la expropiación. Se olvida que él realmente desconoce las valoraciones subjetivas de los individuos involucrados en la transacción, por lo que su decisión no necesariamente coincidirá con lo que hubiese sucedido en un escenario de bajos costos de transacción.

Por lo tanto, la línea de argumentación tradicional que señala que, en caso la situación de monopolio bilateral genere costos de transacción prohibitivos debe permitirse la expropiación para lograr la situación eficiente, se basa en un presupuesto a todas luces falaz. No tenemos cómo determinar que en un contexto de costos de transacción no significativos, se hubiese llevado a cabo el intercambio que fuerza la expropiación.

Esto nos deja en la siguiente situación. Si no existe la posibilidad de expropiar, es probable que no se produzcan una serie de transacciones que beneficiarían a las partes directamente involucradas y que permitirían que se generen bienes de uso público que beneficien al resto de individuos de la sociedad. Por otro lado, si existe la posibilidad de expropiar, es probable que se fueren intercambios que no se hubiesen llevado a cabo en un escenario de bajos costos de transacción y se sub-compense al individuo expropiado.

Ambas son situaciones ineficientes y no tenemos cómo saber cuál es la peor. En estos casos, lo mejor que puede hacer el Derecho, es brindar una regla que vuelva predecible el desenlace de la situación. Muchas veces, esta regla no generará la situación más beneficiosa u óptima para el caso concreto. Sin embargo, puede que lo logre en muchos casos y generará la seguridad que requieren los individuos para arriesgarse a llevar a cabo inversiones.

A pesar de que a veces no nos percatamos de ello, el Derecho se encuentra lleno de reglas de esta naturaleza. Quizá el mejor ejemplo es la regla que establece los 18 años como mayoría de edad. Esta regla crea la presunción legal de que aquellos individuos son conscientes de las consecuencias de sus actos y, por lo tanto, deben asumir sus consecuencias positivas y negativas. Todos sabemos que cada persona que se encuentra dentro de dicho supuesto no es necesariamente consciente, capaz y responsable. De hecho, son varios los sujetos que a lo largo de sus vidas no llegan a tener estas cualidades. Sin embargo, sabemos que no nos encontramos en capacidad de determinar para cada caso concreto cuál sería el momento de la vida de cada sujeto en el que deberíamos considerarlo legalmente

¹⁰ Ibid. p 122.

¹¹ BUCHANAN, James. "Cost and Choice". Chicago. University Of Chicago Press, 1969. pp. 43 y 47. También véase: PASOUR, E.C. "Cost and Choice: Austrians vs. Conventional Views". En: Journal of Libertarian Studies. Vol. 2, N° 4. pp. 327-336.

¹² MISES, Ludwig von. Op. cit. p. 95. También véase: ROTHBARD, Murray. "Toward a reconstruction of utility and welfare economics". The Mises Institute, 2002. p.25.

capaz. Seguramente, en muchas ocasiones, la regla de los 18 años determinará que hagamos legalmente responsable a algún sujeto que realmente no tiene la madurez para serlo. No obstante, sabiendo que lo perfecto es enemigo de lo bueno, optamos por tener una regla simple que otorga predictibilidad a los resultados de las acciones de los individuos.

Como señala Mario Rizzo, en aquellos casos en los que el Derecho se encuentra incapacitado de conseguir objetivos sociales específicos, lo mejor que se puede hacer es brindar un orden estable que permita a los individuos la libertad de luchar por alcanzar sus propios objetivos. La imprevisibilidad del efecto de una norma en un caso concreto es el precio que debemos pagar por la previsibilidad del orden abstracto¹³.

Algo similar deberíamos hacer para el caso del monopolio bilateral que se presenta cuando intentamos construir un bien de uso público. Tenemos que buscar la regla que brinde mayor predictibilidad al mercado en estos casos. Una primera posibilidad es que no exista la posibilidad de expropiar. En este supuesto, las empresas que quieran desarrollar bienes de uso público se enfrentarán al enorme alea de encontrarse en una problemática situación como la descrita, que probablemente frustrará la ejecución del proyecto. Usualmente, al suponer estos proyectos enormes inversiones, la constante posibilidad de que los mismos se frustren generará tal riesgo de pérdida que es esperable que muy pocos proyectos de éste tipo se inicien. La opción de eliminar la figura de la expropiación del mapa legal, entonces, termina generando un enorme rango de incertidumbre, que se convierte en un gran desincentivo para las inversiones en el mercado.

Una segunda posibilidad es contemplar la posibilidad de que el Estado pueda expropiar si se cumplen ciertas condiciones. En primer lugar, que se trate de un proyecto de construcción de un bien o servicio de uso público. En segundo lugar, que una situación de monopolio bilateral haya hecho fracasar la negociación de compra-venta del inmueble. En tercer lugar, que, como explicaremos más adelante, el individuo expropiado sea compensado con una suma que supera, en un monto fijado previamente por ley, el valor de mercado del bien.

En esta situación, toda empresa que se aventure a la construcción de un bien o servicio de uso público tendrá la certeza que las eventuales situaciones de monopolio bilateral que se presenten no frustrarán el proyecto que desarrollan. De esta manera, sabrán que su inversión se encuentra segura. Por otro lado, los propietarios de inmuebles que eventualmente puedan ser expropiados, conocerán de antemano en qué situaciones pueden ser víctimas de una expropiación y en qué medida serán compensados por ella. Esta regla, como adelantamos, no nos ofrece siempre la solución perfecta, pero permite un escenario que brinda un grado de certeza y predictibilidad bastante superior al que emerge en su ausencia.

Así, puede verse que existe una explicación económica distinta a la tradicional que nos permite justificar la expropiación. Esta, por cierto, es una defensa que no presupone la existencia de burócratas omniscientes.

5. ¿QUÉ DEBE COMPENSARSE?

Existe una serie de autores que cuestionan la compensación plena al individuo cuya propiedad fue expropiada. Este es el primer problema que discutiremos¹⁴. El segundo es -en el caso en que decidamos compensar plenamente al individuo- qué medida tomar ante la imposibilidad de medir el valor que el individuo expropiado le asignaba a la propiedad que ha sido limitada por el Estado, lo que impide calcular la indemnización plena.

5.1. El problema de la compensación plena

El argumento que usualmente se maneja para no otorgar una compensación plena en el caso de expropiación es que la compensación funciona como un seguro para la inversión. Los inversionistas sabrán que una eventual expropiación no dañará sus expectativas de ganancia, pues las pérdidas en las que tengan que incurrir serán por entero compensadas. Sin embargo, como sabemos, los seguros siempre traen problemas de azar moral¹⁵.

Se señala que si el Estado indemniza plenamente a los individuos, estos tendrán incentivos para invertir en infraestructura a un nivel ineficiente. Ello, pues no tendrán en cuenta la posibilidad de que el Estado los ex-

¹³ RIZZO, Mario. "Rules vs. Cost-Benefit Analysis in the Common Law". En: The Cato Journal. Vol. IV, N°3, 1985. p. 873.

¹⁴ Como podrá verse, varios de los autores más importantes que escriben desde el Análisis Económico del Derecho sostienen esta posición. Aquellos que no la comparten suelen alejarse para estos efectos de dicha escuela y desarrollar argumentos distintos. Esto es lo que, por ejemplo, hace Epstein. Él, a pesar de ser una de las más representativas figuras del Análisis Económico del Derecho, esgrime argumentos más bien filosóficos para fundamentar la compensación plena. Véase, principalmente: EPSTEIN, Richard. "Takings. Private property and the power of eminent domain". Harvard University Press, 1985.

¹⁵ Este argumento es desarrollado, entre otros, por: BLUME, Lawrence, RUBENFELD, Daniel y SHAPIRO, Perry. "The taking of land: When should compensation be paid?". En: The Quarterly Journal of Economics. Vol. 71, 1984; ROSE-ACKERMAN, Carol y ROSSI, Jim. "Takings law and infrastructure investment: certainty, flexibility and compensation". Yale Law School. Program for Studies in Law, Economics and Public Policy Working Paper N° 222, 1999; KAPLOW, Louis "An Economic analysis of legal transitions". Harvard Law Review. Vol. 99, 1986; MICELI. Op. cit. pp. 139-145. Aún cuando no se señala expresamente, también es sugerido en COOTER, Robert. "Unity in tort, contract and property". En: California Law Review, Vol. 73, 1985. Existen, por otro lado, algunos autores que creen que la compensación debe responder a ideales de igualdad social y responsabilidad, brindando algunos argumentos económicos para sostener esto. Entre otros véase: DAGAN, Hanoch. "Takings and distributive justice". En: Virginia Law Review. Vol. 85, 1999; y, "Just Compensation, incentives and social meaning". En: Michigan Law Review, Vol. 99, 2000. Esta no es una posición mayormente aceptada, por lo que no entramos a discutirla. Sin embargo, varios de los argumentos que desarrollamos en las siguientes páginas le son aplicables.

propie con la finalidad de construir un bien de uso público, para lo que tendrá que destruir la infraestructura construida por el anterior propietario.

Comúnmente se hace una analogía con un desastre natural. Si una persona construye un edificio en un terreno que -sin duda alguna- se sabe será arrasado por el río, estamos frente una pérdida social. Asumamos que la construcción costase 500,000 dólares. Luego de que el río destruyese la propiedad, la sociedad habría perdido dicha suma. Como el individuo es quien asume las consecuencias del desastre, tiene incentivos para no construir el bien, pues sabe que ello le generará una pérdida. Así, no pierde él ni la sociedad. Sin embargo, si el Estado le ofrece compensarlo por la pérdida, no tendrá reparos en construir el edificio, pues al final del día no será él quien pague los costos del desastre natural. En este escenario, la sociedad habrá perdido 500,000 dólares.

Se señala que con la expropiación sucede algo similar. Las empresas y los individuos saben que existe cierta probabilidad de ser expropiadas. Si el Estado les ofrece compensarlos plenamente en esta eventualidad, ellos construirían infraestructura a pesar que sea ineficiente, pues no asumirán los costos. Quien la asumirá, más bien, será el resto de la sociedad que financia la compensación. Tal como sucedía en el ejemplo del desastre natural.

Imaginemos que una empresa decide invertir un millón de dólares en infraestructura, calculando que existe una posibilidad del 50% de ganar cinco millones de dólares con tal inversión. En este escenario, la construcción es eficiente porque los beneficios (2.5 millones) son mayores que los costos (1 millón) Así, la ganancia esperada neta es de 1.5 millones de dólares¹⁶.

Supongamos ahora que la empresa sabe que existe una posibilidad del 40% de que el Estado expropie la propiedad y destruya la infraestructura en la que realizó la inversión. En este escenario, la posibilidad de obtener la ganancia esperada de 5 millones que antes era de 50% se ha reducido a un 10%. Así, los beneficios serían solamente de medio millón de dólares. Como los costos ascienden a un millón de dólares, existiría una pérdida social de medio millón de dólares¹⁷. Por esto, el proyecto es ineficiente y no debería realizarse. Sin embargo, al existir compensación ple-

na, la empresa únicamente tiene en cuenta los costos privados, y realiza una inversión que es socialmente ineficiente. Por este motivo, algunos autores señalan que para lograr un nivel de inversión eficiente es necesario que solamente se compense el nivel eficiente de inversión¹⁸.

El argumento que ofrecen estos autores, no obstante, tiene una serie de problemas. En primer lugar, supone que los individuos pueden predecir la posibilidad de que el Estado expropie una propiedad privada determinada. No puede realizarse un cálculo probabilístico de esta naturaleza pues los factores que determinan que una propiedad pueda ser expropiada son tremendamente variables e inciertos. Ellos comprenden la línea política del gobierno de turno, las presiones políticas del momento, las obras públicas que en cada época sea necesario ejecutar, los favores gubernamentales que consigan los grupos de interés, y hasta eventos naturales, entre otras variables imposibles de incluir en conjunto dentro de un pronóstico certero. Además, teniendo en cuenta que la infraestructura construida (edificios, fábricas, caminos, etc.) suele tener una duración de décadas, se les estaría exigiendo a los individuos predecir el riesgo de expropiación de su propiedad durante los próximos, digamos, cincuenta años.

¿Cree usted que alguien, dentro del primer gobierno de Belaúnde, podría haber estimado el riesgo de expropiación que existiría en los venideros gobiernos de Velasco, Morales Bermúdez, Belaúnde, García, Fujimori y Toledo? Esperar que alguien pudiese hacerlo es más que irreal. Además, teniendo en cuenta que el riesgo es variable dependiendo de cada época determinada ¿cuál debería tomarse y hasta cuántos años después de construido el proyecto debería estimarse el riesgo de expropiación?

Por otro lado, el juez que determine si procede o no la compensación plena se encuentra con dos serios problemas. El primero es que él también tendrá que determinar la probabilidad de expropiación para efectos de averiguar si se realizó una inversión eficiente o no. Si ya es poco probable que empresas sofisticadas logren este complejo cálculo, menos factible aún es exigirles a los jueces que realicen el mismo o que evalúen el llevado a cabo por un perito.

¹⁶ Ganancia neta (GN) = (Ganancia bruta x Probabilidad de que se logre la ganancia) - Inversión

GN= (5 millones x 0.5) - 1 millón.

GN= 2.5 millones - 1 millón

GN= 1.5 millones

¹⁷ GN= (5 millones x 0.1) - 1 millón

GN= 0.5 millones - 1 millón

GN= - 0.5 millones.

¹⁸ Carol Rose y Jim Rossi plantean reglas más complejas. Ellos proponen que el Estado compense siempre y cuando el gobierno no destruya la propiedad. En otros casos, se debe compensar solamente cuando exista aversión al riesgo, presumiéndose la existencia de éste en empresas extranjeras e individuos. Por último, se debe compensar a quienes sean neutrales al riesgo si es que no son políticamente influyentes para internalizar en los políticos los costos de su decisión. Véase: ROSE-ACKERMAN, Carol y ROSSI, Jim. Op. cit.

El segundo problema con el que se encontrará el juez es que para determinar si se llevó a cabo una inversión eficiente tendrá que averiguar cuál era el beneficio esperado y el costo asumido por el individuo que realizó la elección. Recordemos que los beneficios que espera obtener un individuo son puramente subjetivos y dependen del nivel de información que maneja en un momento determinado. Asimismo, el costo que determina que los individuos realicen una determinada elección es el costo de oportunidad, el cual también es subjetivo en la medida que es la siguiente opción que hubiese preferido tomar de acuerdo a su valoración subjetiva en un momento particular.

Como es evidente, los autores que proponen que no se otorgue compensación plena en los casos de inversión ineficiente, crean una regla tremendamente compleja, si no imposible de aplicar. La existencia de inversiones ineficientes es un problema para el que no tenemos una solución efectiva. El mundo legal se encuentra lleno de estos problemas y muchas veces es mejor asumir el problema que invertir en medidas que requieren de valiosos recursos, pero que no nos garantizan en grado alguno que el problema será solucionado.

Desconociendo estos problemas, tenemos autores que proponen soluciones aún más extremas. Kaplow, por ejemplo, señala que la función de la compensación es simplemente ser un seguro que incentive la inversión. A partir de ello, sostiene que los seguros suelen ser manejados con mayor eficiencia por los privados que por el Estado, por lo que no debería existir compensación con la finalidad de que los individuos utilicen seguros privados¹⁹.

Kaplow, en primer lugar, asume sin mayor sustento que puede aparecer un seguro de este tipo para un caso donde el riesgo es tremendamente impredecible. Pero, aún cuando existiese alguna empresa que pudiese diversificar su riesgo lo suficiente para ofrecer seguros de esta naturaleza, Kaplow olvida que el pago de un seguro simplemente dispersa la pérdida en el tiempo y lo vuelve más predecible. Sin embargo, no resuelve el problema de los desincentivos para la in-

versión ni la injusticia de transferencias de riqueza no compensadas. De hecho, como señalan Fischel y Shapiro, la existencia de un seguro no es argumento para legalizar las expropiaciones no compensadas tanto como no lo es para legalizar los robos de relojes²⁰.

Por otro lado, Kaplow no repara en que la regla que propone puede crear un problema de selección adversa. Un legislador o funcionario público puede avisar anticipadamente a quienes "vayan" "ser" expropiados para que adquieran un seguro y, de esta manera, reducir la presión en contra de su proyecto. En este escenario, los perdedores serán las compañías de seguros, quienes progresivamente podrían dejar de tener incentivos para ofrecer los mismos.

Posner, por su parte, señala que el argumento de que no compensar desincentivaría la inversión es falaz. Según él, si la regla fuese que nunca se compense, quienes conozcan tal regla de antemano no sufrirían ningún perjuicio, pues comprarían las propiedades con riesgo de expropiación a un precio menor²¹.

Posner, en primer lugar, asume que los individuos tienen información perfecta acerca de la posibilidad de que determinadas propiedades sean expropiadas. En segundo lugar, pasa por alto el hecho que, de ser así, a quien se estaría expropiando sería al vendedor. Este, una vez que surja el riesgo de expropiación, vería como el valor de su propiedad disminuye proporcionalmente.

Otra regla bastante conocida, y a la vez discutible, es la regla utilitarista que propone Frank Michaelman²². Él indica que debe compensarse siempre que el beneficio neto del proyecto sea mayor que los costos de llegar a un acuerdo y, adicionalmente, que estos últimos sean menores que los costos de la desmoralización generada por la expropiación²³.

Michaelman propone una regla cuya aplicación tiene como requisito la existencia de una burocracia omnisciente. Toda la información necesaria para aplicarla es completamente subjetiva. ¿Cómo calcular -en términos utilitarios- los beneficios y costos que el proyecto genera a toda la sociedad?

¹⁹ KAPLOW, Louis. Op. cit. p. 572. Este argumento también es adoptado por SHAVELL, Steven. Op. cit. Dentro de una línea similar, Posner señala que de no existir compensación no se generarían desincentivos a la inversión, pues surgiría un mercado privado de seguros contra la expropiación. Sin embargo, sostiene que la compensación impide un uso excesivo del poder de confiscación. Véase: POSNER, Richard. Op. cit. pp.62-64.

²⁰ FISCHEL, William y SHAPIRO, Perry. "Takings, Insurance and Michaelman: Comments on Economic Interpretations of 'Just Compensation' Law". En: Journal of Legal Studies. Vol. 17. p 290. Shavell, por su parte, llega al extremo de argumentar que no debe compensarse pues no existe una obligación general del gobierno de compensar por las consecuencias de sus acciones. Él señala que ello es así pues se presume que las acciones del gobierno contribuyen al bienestar general. Shavell, comete el grave error de suponer que los funcionarios públicos, bajo la estructura de incentivos existente, perseguirán cierto "bien común" que ni siquiera se encuentran en capacidad de determinar. Por otro lado, no toma en cuenta que el hecho de que el sistema jurídico no obligue al Estado a compensar los daños que genera no es más que una falla del mismo sistema. No tiene sentido que exista un Estado que lleve a cabo actividades que empeoran la situación de los individuos, en vez de mejorarla. La afirmación de Shavell es tremendamente peligrosa, puesto que abre una puerta para que el Estado desconozca por completo los derechos individuales de los ciudadanos.

²¹ POSNER, Richard. Op. cit. p. 62.

²² MICHAELMAN, Frank. "Property, utility and Fairness: Comments on the ethical foundations of 'just compensation' law". En: Harvard Law Review, Vol. 80.

²³ La teoría de Michaelman puede resumirse de la siguiente manera. B = beneficio del proyecto, C = costo del proyecto, D = costos de desmoralización y S = costos de llegar a un acuerdo. El proyecto debe llevarse a cabo siempre que $(B - C) > (D + S)$. Asimismo, si $[(B - C) > S] ? (S < D)$, debe compensarse la expropiación. Por último, si $[(B - C) > D] ? (D < S)$, no debe compensarse la expropiación.

Por otro lado, la regla de Michaleman es un peligro para la seguridad y la inversión. Dada la información que se requiere para establecer si una determinada expropiación será compensada o no, los individuos solamente conocerán este resultado cuando el funcionario público decida si procede o no la expropiación. Es una regla que ofrece cero predictibilidad. En la práctica, esta compleja e impredecible regla termina convirtiéndose en un enorme obstáculo para la inversión.

Además, hay que tener en cuenta que si el Estado expropia sin compensar, podríamos abrirle la puerta a que, en ciertas ocasiones, financie sus actividades mediante expropiación en vez de tributación. Esto no solamente crea el riesgo de que se utilice el mecanismo más caro para los individuos pero más barato para el Estado, sino que permite que se utilice un mecanismo que produce una mayor distorsión en el mercado²⁴.

Si no tuviesen que compensar, los gobernantes podrían elegir financiar al Estado mediante expropiaciones en vez de impuestos. En este supuesto, la expropiación terminaría siendo una suerte de impuesto sumamente selectivo. Los impuestos selectivos son más sencillos de evadir que los impuestos generales, por lo que generan más incentivos para la evasión y demandan más recursos en fiscalización. Así, terminan siendo más caros y menos efectivos. El requisito de compensación, además de responder a toda la lógica expuesta anteriormente, permite que el gobierno no se financie mediante expropiaciones, pues al tener que pagar por ellas, el Estado no se puede beneficiar de las mismas.

Adicionalmente, cabe considerar que, si no existe compensación plena, se crean incentivos para que quienes ven en riesgo su propiedad privada intenten influir en la decisión política, con la finalidad de paralizar el proyecto o lograr que la expropiación, de ser posible, se lleve a cabo en una propiedad ajena. Esto, no solamente crea la posibilidad de paralizar o volver más costosos valiosos proyectos estatales, sino que genera incentivos para que todas las partes involucradas lleven a cabo costosas actividades de presión política cuyo único objetivo es trasladar el daño de la expropiación²⁵.

Finalmente, es probable que los que sufran las consecuencias de tales actividades sean las mayorías y los grupos pequeños de menores recursos económicos. Por un lado, a las mayorías les es más difícil influir en las decisiones políticas para evitar un proceso de expropiación, pues suelen soportar mayores costos de organización que las minorías. Por otro lado, los grupos pequeños de menores recursos económicos suele tener menos nexos con el poder político, por lo que suelen ser menos influyentes políticamente.

En suma, queda claro que existen suficientes argumentos económicos para descartar la posición de que no debe ser compensado plenamente al propietario.

5.2. ¿Cómo determinar el monto compensable?

¿Cómo determinamos cuál es el monto que debe pagarse para compensar plenamente a los individuos? Sabemos que para lograr una plena indemnización es necesario pagarle al individuo una suma de dinero que lo haga sentir indiferente frente a la expropiación. El problema evidente es que ello requiere que los funcionarios públicos manejen información sobre las valoraciones subjetivas de los individuos, que no tienen forma de conocer.

No podemos caer en el error de considerar que la indemnización debe ser equivalente al precio del bien en el mercado. Usualmente, un individuo conserva un bien en su poder justamente porque le asigna un valor mayor que al dinero que recibiría si es que lo vendiese a precio de mercado. El precio de mercado suele ser simplemente el promedio del precio al que se suele vender un determinado bien. Por ello, cuando la compensación es equivalente al precio de mercado lo que suele terminar sucediendo es que se sub-compensa al ex-propietario.

El único supuesto donde no se sub-compensaría sería en el exótico caso donde el valor que el individuo asigne al bien corresponda exactamente al valor del mercado. Esto, dada la enorme posibilidad de valoraciones existente, sería tremendamente improbable. Además, si aquella fuese la valoración del individuo, sería altamente probable que hubiese encontrado a alguien dispuesto a pagar un precio ligeramente superior al promedio y habría vendido el bien para su propio beneficio. A fin de cuentas, el precio de mercado no es más que el promedio aproximado de la suma que suele pagarse por el bien.

Sin embargo, no tenemos cómo determinar qué porcentaje superior al precio de mercado supondría una compensación plena en cada caso particular. Por ello, quizá lo más conveniente sea fijar una regla predecible, por la cual el Estado pague un porcentaje superior al de mercado, previamente determinado por ley o, mejor aún, por la Constitución. Por ejemplo, la norma podría señalar que la compensación será superior en un 10% o 20% al precio de mercado. Adicionalmente a ello, como es evidente, deberá compensarse aquellos gastos en los que hubiese tenido que incurrir el propietario con motivo del proceso expropiatorio.

²⁴ COOTER, Robert. "The Strategic Constitution". Princeton University Press, 2000. p. 288 y 289.

²⁵ LUNNEY, Glyn. "Takings, efficiency and distributive justice. A response to professor Dagan". En: Michigan Law Review, Vol. 99, 2000. También véase: COOTER, Robert. Ibid, p. 286

De esta manera, reducimos el riesgo de que se sub-compense a los individuos. Es cierto que en algunas ocasiones se sobre-compensará, pagando un valor superior a la valoración del sujeto. Ello, sin embargo, no supone problema alguno, pues es lo mismo que sucedería si el Estado le estuviese comprando la propiedad al individuo.

Esta regla es mejor que la que establece que la compensación debe ser equivalente al valor del bien en el mercado, pues reduce el riesgo de sub-compensación e, incluso, crea la posibilidad de que el individuo expropiado también gane con la misma. El mismo Hayek, siendo conciente de esto, afirmaba que “[e]n razón a la dificultad de estimar las ventajas a menudo intangibles de la acción pública y las notorias tendencias del administrador experto a superestimar la importancia del objetivo concreto del momento, parecería incluso deseable que el propietario privado tuviese siempre el beneficio de la duda y que la compensación se fijase tan alta como fuese posible, sin abrir la puerta a francos abusos”²⁶.

Aún cuando siga existiendo cierto riesgo de sub-compensación, este es un riesgo que nos termina conviniendo a todos. Los beneficios que supone son enormes. La posibilidad de expropiar nos brinda una serie de innegables beneficios de los que gozamos diariamente. Ella ha permitido que se lleven a cabo una serie de obras de infraestructura que todos disfrutamos cotidianamente, que facilitan el desarrollo del comercio a un nivel impresionante y que contribuyen a que podamos satisfacer nuestras necesidades básicas.

Además, hay que tener en cuenta que, en varias ocasiones, el individuo también se ve beneficiado por el bien que permitió construir la expropiación, lo que en cierta forma constituye parte de su compensación.

Por otro lado, si la expropiación solamente se lleva a cabo en los limitados casos que hemos descrito y si la compensación es mayor que el valor de mercado, el riesgo de verse perjudicado por una de estas medidas termina siendo muy reducido.

Al no conocer las valoraciones subjetivas de los individuos no tenemos absoluta certeza de que esta regla suponga siempre más beneficios que perjuicios. No obstante, existen numerosos indicios de que el costo esperado es sumamente reducido, mientras los cotidianos beneficios son enormes. No es una regla perfecta, pero es lo más parecido que encontramos.

6. ¿A QUÉ REGLAS DEBE SOMETERSE EL PODER EXPROPIATORIO ESTATAL?

Después del análisis que hemos realizado, podemos resumir las reglas generales a las que debería estar sometida la regulación de la figura de la expropiación.

En primer lugar, solamente debería permitirse para aquellos supuestos donde se lleve a cabo la construcción de un bien de uso público. La exigencia de finalidad pública permite que grupos de interés particulares no puedan presionar al Estado para que expropie a un individuo con la finalidad de forzar una transferencia no deseada a un privado. Así, el requisito de uso público impide que la expropiación se utilice como un medio para eludir el mecanismo de mercado.

De esta manera, por ejemplo, todos los procesos de expropiación llevados a cabo en la época de la reforma agraria de la dictadura militar de Velasco serían ilegítimos. Básicamente, porque se utilizó el mecanismo de la expropiación para transferir la propiedad de una serie de individuos a otros y no para lograr la provisión de un bien o servicio de uso público.

En segundo lugar, debería proceder únicamente en aquellos casos donde un monopolio bilateral impida la transacción. En otras palabras, siempre debe dársele al propietario la opción de negociar voluntariamente la venta de su inmueble antes de iniciar un proceso expropiatorio.

Finalmente, debe compensarse todos los gastos en los que el propietario incurrió dentro del proceso y pagarle una suma superior al valor de mercado de la propiedad fijada previamente como regla general. Por un lado, la compensación mantiene los incentivos que crea el sistema de propiedad privada. Por otro, como hemos visto, es un instrumento que permite que los gobiernos no se financien mediante expropiaciones.

Todas estas disposiciones deberían encontrarse contempladas constitucionalmente. En primer lugar, porque de nada sirve señalar que existe un derecho constitucional a la propiedad privada si es que simultáneamente no se establecen límites constitucionales a los mecanismos que el Estado utiliza para restringirla. En segundo lugar, las reglas a las que se debe sujetar la expropiación tienen como una de sus principales funciones construir un sistema que permita a los individuos predecir con cierta certeza el futuro de sus inversiones y de sus derechos de propiedad privada. Ello solamente se conseguirá si las personas saben que el marco legal no será cambiado y la Constitución es la norma que mayor estabilidad en el tiempo garantiza a la sociedad.