

EN TORNO AL DERECHO DE PROPIEDAD

RAIMUNDO CLAR GARAU
NOTARIO

I. MOTIVOS Y RIESGOS

Soy consciente del atrevimiento y osadía que representa intentar en tres cuartos de hora abordar un tema sobre el que se ha escrito tanto que podría formarse una biblioteca con los materiales existentes. Sólo en el Colegio Notarial de Baleares en estos dos últimos años se han pronunciado dos conferencias sobre la propiedad por dos Catedráticos de Madrid, D. Luis Díez-Picazo y D. Alejandro Nieto; en este mismo plazo se ha publicado —sin salir del ámbito de nuestra Comunidad Autónoma— el importante libro del Catedrático de D.º Civil de nuestra Universidad, D. Miguel Coca Payeras, «Tanteo y retracto. Función social de la propiedad y Competencia Autonómica» que aborda extensa y profundamente aspectos muy importantes sobre el tema.

Se han dado una serie de hechos que han despertado mi curiosidad e interés por la profundización sobre estas materias: 1.º el de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la expropiación de RUMASA, que me produjo, como, me imagino, a muchos de vosotros, gran perplejidad y asombro, cuando no «escalofríos jurídicos». 2.º Una sentencia de la Audiencia de Madrid de la que fue ponente nuestro amigo el ex-Juez y ex-Magistrado de nuestra Audiencia D. Ramón Montero Fernández Cid, de la que transcribo la parte que me llamó la atención, dice así: «Es preferible que haya abundantes delitos contra la propiedad a que el Estado haga operar un sistema antisocial en las relaciones de propiedad». Me pregunto: ¿Podemos deducir del constante aumento de delitos contra la propiedad reconocido, en la última memoria del Fiscal de nuestra Audiencia que el sistema vigente sobre propiedad es antisocial? 3.º

Otro aldabonazo fueron las manifestaciones de un Alcalde de un pueblo extremeño con ocasión de la muerte, al ahogarse en el río, de unos «supuestos» cazadores furtivos «supuestamente» acosados por la Guardia Civil. Dicha manifestación, a primera vista demagógica y motivada por el apasionamiento y la tristeza de la muerte de dos o tres vecinos de su pueblo, pero que no deja de ser reflejo de una postura frente al problema de la propiedad; dijo el Alcalde: «La función de la Guardia Civil no es la de proteger la propiedad y la caza de unos señores, sino la vida y la seguridad de los vecinos».

Imagino que en los tres casos, la clave del Tribunal Constitucional, del Magistrado y del Alcalde tenía mucho que ver con la «función social» de la propiedad; no me cabe la menor duda.

El dilema que se me plantea es el siguiente: Siendo yo Diputado por Unión de Centro Democrático, en el Pleno del Congreso, durante los debates relativos al artículo 33 de la actual Constitución Española que consagra el «Sentido Social de la Propiedad», me correspondió su defensa e hice hincapié en esta «función social» del derecho de propiedad. Pero me temo —y aquí está mi dilema— que el Tribunal Constitucional, el Magistrado, el Alcalde y yo tenemos un sentido distinto de esta misión que debe cumplir el propietario en ejercicio de sus titularidades y facultades y del grado de protección y tutela por parte del poder público al interés privado y al social.

Este cuestionamiento me espoleó a estudiar este tema.

Después se han producido otros fenómenos que me reafirmaron que estaba ante un asunto de plena actualidad: el derrumbamiento de los regímenes del Este europeo, las expropiaciones de fincas en Extremadura, etc.

Sé que la elección de un tema tan amplio y polémico conlleva un riesgo grande: el de que se vayan Vds. de aquí con las manos vacías de conocimientos, nuevos planteamientos y reflexiones sobre la propiedad; que no llegue a conseguir la síntesis de las ideas más importantes e interesantes y que me quede en la pura anécdota. Intentaré hacerlo, pero sólo a posteriori cada uno de Vds. sabrá si he logrado o no comunicarles estas ideas fundamentales sobre la propiedad.

Mi intención es intentar aclarar un poco las ideas sobre los temas planteados en torno a la propiedad, especialmente en nuestro derecho vigente actual, no sin antes hacer un repaso a la historia, para comprender este presente y ver algunos aspectos sobre la propiedad —algunos tipos de propiedad— futuros. Considero que es perfectamente lícito en un discurso —a diferencia de lo que ocurre en una conferencia o artículo especializado o monográfico— no defender ideas originales y nuevas —lo que sería de una presunción imperdonable en este caso— sino divulgar en forma sintética las posiciones defendidas por los autores que han estudiado más a fondo la materia, matizada por los principios de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

II. SITUACION ACTUAL DE REVISION DE «INSTITUCIONES» BASICAS

El marco general o las coordenadas en que hay que situar la cuestión de la propiedad es el de «CRISIS Y REVISION DE LAS GRANDES INSTITUCIONES» que han venido consideradas como básicas de la sociedad.

Basta citar algunos botones de muestra: la familia, el matrimonio y el aborto, de un lado; el mismo concepto de contrato que puede no ser un convenio o acuerdo entre partes sino que se le puede imponer a las partes un contenido contractual no convenido, según la legislación de protección a los consumidores. La letra de cambio, la acción de la S.A. pueden convertirse en simples impulsos eléctricos o electrónicos en la memoria de un ordenador.

ALVIN TOFFLER dice que éstos y muchos otros fenómenos, acontecimientos o tendencias, aparentemente inconexos, se hallan relacionados entre sí, son, de hecho, artes de un fenómeno mucho más amplio: la muerte del industrialismo y el nacimiento de una nueva civilización.

Esta «movida» ha alcanzado también a la propiedad: la llamada «propiedad estatal» de los países del Este ha entrado en crisis profunda. Quería haberles hablado sobre la nueva Ley de Propiedad y Herencia recientemente aprobada en la URSS, pero ni la Embajada Soviética en España, ni uno de los Secretarios de su Embajada —Sergei Sisoiev— que dio una conferencia en Palma hace unos días sobre la Perestroika, han podido facilitarme más información sobre la nueva Ley de Propiedad en Rusia que sea la que han publicado los periódicos españoles, que ya tenían fichadas y que no dan mucha luz; únicamente se refieren a la ampliación del derecho a la propiedad privada y a la consagración del derecho de herencia.

En la Comunidad Autónoma Andaluza se ha dictado una ley de Reforma Agraria que ha superado la siempre difícil prueba del Tribunal Constitucional. En la Comunidad Extremeña se ha seguido un camino diferente, el de la expropiación forzosa, con resultados menos positivos para su Junta, con el consiguiente enfrentamiento con los jueces, que, en el momento de redactar estas líneas, sigue en el ojo del huracán.

Repito que todo, absolutamente todo gira en torno a la «función social de la propiedad». La pregunta es obligada, ¿cómo, quién cuándo y cuáles son los límites y el alcance de la función social de la propiedad? En todo Estado social democrático de Derecho estas preguntas han de tener respuesta.

Pero, como ocurre con todos los grandes principios constitucionales, no hay una respuesta tajante. La Constitución que se elaboró bajo el vilipendiado «consenso» —para mí, providencial— que permite gobiernos de distintos signos sin necesidad de su modificación, consagra el principio pero no da, ni puede dar, unos límites precisos. Luego volveremos sobre este punto.

III. EVOLUCION HISTORICA

Cambiemos de tercio y dediquemos unos minutos al estudio de la evolución histórica de la propiedad. Seguiré, en un alto porcentaje, las investigaciones practicadas por el Politécnico francés JACQUES ATTALI en su «Historia de la Propiedad» cuya traducción se ha publicado en España en 1989. También el libro de Engels «El origen de la familia, la propiedad jurídica y el Estado», obra tan citada como poco leída.

El planteamiento histórico lo hace ATTALI de la siguiente forma y que transcribo literalmente: «Lo que menos cambia en el hombre son las preguntas que se hace acerca de sí mismo. En todas las épocas, en todas las latitudes, en todas las sociedades ha experimentado las mismas angustias, alimentado las mismas dudas, formulado las mismas preguntas sobre su identidad, sobre el sentido de su vida, sobre el dolor y la muerte, sobre las mejores maneras de ser, de tener, de permanecer, de transmitir.

En algunas épocas, ha logrado contestar a estas preguntas con respuestas naturales, coherentes, tranquilizadoras. Luego ha vuelto a plantearse la duda, han vacilado las certidumbres, han resurgido las interrogaciones, se han opuesto entre sí diversas convicciones, se han disuelto los diversos órdenes sociales.

Lo mismo ha ocurrido con la propiedad. En todas la épocas la humanidad se ha preguntado cuál era la mejor forma de organizarse, la más justa, la más libre. A veces, ha creído saberlo. Unos han sostenido que el hombre evolucionaba, al ritmo de un progreso irreversible, de la propiedad comunitaria a la propiedad individual. Otros han afirmado que la evolución y las luchas iban exactamente en sentido contrario. Hay, finalmente, quien ha soñado con una sociedad sin propiedad, ni privada ni colectiva.

Me ha parecido descubrir que, detrás de todas esas concepciones que se han sucedido y opuesto desde siempre, había como una señal siempre presente, como una obsesión insoslayable que yo resumiría así: Lo que oculta la propiedad es el miedo a la muerte.»

La verdad es que la historia de la propiedad ocupa un amplio porcentaje de la historia de la Humanidad y de la civilización. Se me ha ocurrido que una de las mejores formas de exponerla consiste en la cita de los textos, escritores y pensadores que han marcado hitos o huellas importantes en la cultura y estructura de la humanidad.

Arrancamos del año 2000 a.C. con los papiros del Libro de los Muertos, Egipto. Contiene referencia a los enterramientos y el acompañamiento de los objetos de su propiedad en relación a la vida futura. Es la idea que explica los hallazgos de objetos en las tumbas en todo el mundo.

Hacia 1800 a. de C., el Código de Hammurabi, rey de Babilonia que repartió todos los terrenos entre los soldados, esclavos libertos y Sacerdotes, en

principio, en precario, pero con posibilidad de larga duración. En dicho código se establece la primera clasificación de las diversas categorías de propiedad: bienes privados de los que se puede disponer libremente y los bienes «ilku» (tal como la tierra), propiedad del imperio delegadas por el rey, que no pueden ser vendidas, ni dadas en prenda, ni transmitidas por herencia, salvo a un hijo, que estará encargado de pagar las rentas al rey.

De 1500 antes de Cristo arrancan los libros sagrados de los judíos. Una de las características esenciales del pueblo judío, según el actual Embajador de Israel en España, radica en la relación vital y esencial con el suelo, con la tierra, incluso superior a un derecho de propiedad. Dos de los diez mandamientos de la Ley de Dios protegen la propiedad privada (8.º y 10.º). Numerosos textos de los libros sagrados se refieren al derecho de propiedad. El libro de Ruth (4, 7): Toda transacción debe ser hecha ante testigos; el derecho de propiedad mobiliaria se transmite por la recepción del objeto; la propiedad territorial, por una ceremonia de toma de posesión simbólica en la que al que cede le quita su zapato. Isaías, sin embargo, protesta contra la pobreza, la explotación y el acaparamiento de tierras. Los mitos de Adán y Eva, Caín y Abel, como después Rómulo y Remo han querido ser explicados desde la óptica de la propiedad.

En la antigua Grecia, Platón, Demóstenes, Aristóteles son defensores de la propiedad. Aristóteles llega a decir que «la propiedad de las tierras debe ser privada de manera que incite a cualquiera de ellos en interés de todos», subrayo «en interés de todos».

Creo que no hace falta insistir mucho sobre la gran trascendencia de la regulación de la propiedad en el D.º Romano y su evolución. Sólo citaré las XII Tablas, como texto significativo, básico e inicial: contiene una clasificación de los objetos y las reglas de la propiedad en la que se integra el disfrute y abuso (como consunción). Sólo recordar que a través de las relaciones de vecindad y los actos de emulación se van estableciendo límites al poder del propietario.

No creo que sea necesario repetir las numerosas referencias a la propiedad y a la pobreza contenidas en los Evangelios y Hechos y Cartas de los Apóstoles. Es clarísima la función social de la propiedad en dichos textos.

Entre los germanos fue defendida la propiedad colectiva en la Sippe o comunidad familiar amplia.

Según el Corán: Dios posee todas las cosas y todas las criaturas y el hombre es su «Kalifa» (o delegado). La vida sólo es tránsito y no propiedad; se parte sin nada. No obstante, la tierra, como todo objeto o todo hombre, salvo las cosas inútiles (como los animales salvajes) o prohibidos (como el cerdo y el estiércol) pueden llegar a ser propiedad privada. También pueden ser propiedad religiosa o del Estado.

Reconoce la propiedad privada como un derecho del hombre; pero le impone dos condiciones: que su adquisición sea «justa» y que no sea demasiado importante.

En el tránsito a la Epoca Moderna: es difícil citar algún texto especial de esta etapa, por otra parte, una de las más trascendentales. En ella aparecen las Compañías de Indias y los primeros bancos, la letra de cambio, etc. Se empieza a diferenciar en la empresa: la financiación, la gestión y el trabajo asalariado. Todo ello constituirá la base del capitalismo.

Podemos citar a tres pensadores importantes:

1. Hugo Grocio: hace de la propiedad privada el máximo fundamento del Derecho y del orden político, así como la justificación del Estado.

2. Hobbes: La propiedad es del Leviathan que puede delegarla en los hombres. Resultado: la dictadura es la figura inevitable del capitalismo.

3. Rousseau: El derecho de propiedad es el más sagrado de todos los derechos de los ciudadanos y más importante en ciertos aspectos que la libertad misma. Es fundamento de la sociedad civil. Debe ser multiplicada en número y limitada en superficie.

El Bill of Rights de Virginia de 1776, año de la Declaración de Independencia de USA, consagra como el primer derecho, el de la propiedad. En la Constitución USA también es pieza clave.

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, consecuencia de la Revolución Francesa: la propiedad es declarada un d.º natural imprescriptible, inviolable y sagrado y nadie puede ser privado de él si no es por necesidad pública y mediante una indemnización previa y justa.

No es extraño que pasara al Código civil francés un concepto absoluto de la propiedad que se transmitió al resto de los códigos europeos.

Las encíclicas papales también se han ocupado de la Propiedad: «Sollicitudo rei socialis», que es la última, de 1987, dice en su párrafo 42: «Los bienes de este mundo están destinados, originariamente, a todos. El derecho a la propiedad privada es válido y necesario, pero no anula el principio anterior».

Ante los abusos del liberalismo y la industrialización tenía que venir una reacción que tiene su origen en autores como Proudhon y Engels, y que cristaliza en Marx y da lugar al Socialismo marxista, hoy en revisión crítica, después de haber pasado toda una serie de variantes y matizaciones.

Attali lo profetizó en un párrafo que transcribo literalmente: «Allí como en otras partes, tanto en el Este como en el Oeste, no se hará nada sin aumentar el ahorro y sin reducir estructuralmente los costes de organización, o dicho de otro modo, sin crear, en lo político, otra esperanza de libertad y, en lo económico, sin ofrecer otros objetos que consumir, otros valores que promover».

Para acabar, diría, de forma sintética, que, conforme a las investigaciones llevadas a cabo por autores como Engels, Attali y otros, la propiedad nació en su forma colectiva o de grupo y sobre la base de la familia matrilineal; a medida que las comunidades aumentan de tamaño y se pasa a una organización patrilienal va surgiendo la propiedad individual. Las dos vías por las que el poder establecido va perdiendo la propiedad colectiva son el arrendamiento o cesión en cualquier forma de la posesión a sus individuos a cambio de un canon o renta y en segundo lugar, cuando ese canon se convierte en un impuesto indirecto o «gabela», como ocurrió con la sal. El resto de la evolución hacia la propiedad privada, que se ha impuesto, no es sino una fijación de límites para evitar los abusos que se derivan de la propiedad privada absoluta, síntesis de las ideas de poder y libertad. Esto es lo que vamos a examinar a continuación.

IV. DERECHO ESPAÑOL ACTUALMENTE VIGENTE

Dos obras importantes y completas sobre esta materia y que me han servido de guía para esta parte son las de los Catedráticos Montés y Coca Payeras.

1. «PROPIEDAD» O «PROPIEDADES»

El planteamiento de la cuestión es claro y escueto: el artículo 348 del C.c. da un concepto descriptivo de la propiedad, completado por otros artículos de dicho código que regulan esta figura.

Al margen del Código civil han ido surgiendo una serie de leyes especiales. Algunas de ellas incluidas en el propio Código civil. Se han creado unos estatutos especiales para ciertos bienes, a veces sobre la base de principios diferentes, si bien con un común denominador que es la «función social». Como más significativas y actuales podemos citar la propiedad urbana, la agraria, la de costas, aguas, minas, intelectual, etc. De otro lado tenemos la Ley de Expropiación Forzosa, clave en esta materia. Y, finalmente, a partir del año 1978 el artículo 33 y concordantes de la C.E. complementan esta regulación del derecho de propiedad.

Ante este complejo de normas hay que preguntarse: ¿Subsiste el concepto unitario de propiedad como derecho subjetivo, aplicable a todos los supuestos de dominio?, ¿O, por el contrario, la diversificación de regímenes es tan fuerte que ha desaparecido el concepto unitario de dominio y ya no puede hablarse de «propiedad» sino de «propiedades»?

Lógicamente se dan las dos posiciones. Un sector de la doctrina opina que hoy resulta ya inútil e inaplicable el concepto general de propiedad del Código

civil y que cada propiedad especial tiene su régimen específico e incluso los principios básicos diferentes. Ultimamente esta posición ha sido defendida por el Catedrático Díez-Picazo y ha recibido el espaldarazo de la importante Sentencia del T.C. de 1978. Consideran irreconciliables los principios que informan la propiedad urbana o urbanística con los de la legislación agraria, los de aguas, minas, costas, etc., por lo tanto resulta inútil y falto de contenido el concepto liberal e individualista del artículo 348 del C.c.

Frente a esta postura está la de los otros autores que siguen pensando que el concepto de propiedad del C.c. aún es útil, si bien matizado por su «función social».

2. IMPORTANCIA DEL CONCEPTO UNITARIO DE PROPIEDAD

No es una cuestión puramente teórica como podría parecer a primera vista. Su trascendencia deriva de una doble consideración: a) De una parte, como ocurre con todas las instituciones o situaciones tipificadas en el mundo jurídico, se destaca lo que podríamos llamar fuerza expansiva de las normas para colmar las lagunas de ley mediante la analogía. Si calificamos una determinada situación como semejante a la tipificada le podremos aplicar sus normas reguladoras, aunque sólo sea en aspectos parciales. Son muy numerosos los ejemplos en nuestro ordenamiento jurídico en que algunas instituciones insuficientemente reguladas completan su normativa por su analogía con otras figuras. Pensemos en la figura de albacea, pobremente regulada, que se ha completado con las normas del mandato, en algunos aspectos, por el citado mecanismo de la analogía. b) Pero hay otro motivo mucho más importante: si se puede deducir del C.c. y de la C.E. un «mínimo» de derecho o situación de propiedad más allá del cual ésta desaparece y nos encontramos en la no-propiedad habremos encontrado una barrera al intervencionismo creciente del Estado en materia de propiedad. O sea, si logramos establecer un «contenido mínimo» del d.º de propiedad, derivado del C.c., de la Constitución de los principios generales de las leyes que regulan propiedades especiales, tendremos unos límites a la intervención del Estado: lo que vaya en contra de este núcleo o será anticonstitucional o tendrá que ir por el camino de la expropiación forzosa y la indemnización.

3. ESTUDIO DEL ARTICULO 348 C.C. Y CONCORDANTES

Dice el art. 348 C.c.: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.- El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de una cosa para reivindicarla».

Y el 349, C.c.: «Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la

correspondiente indemnización.- Si no precediera este requisito los Jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en la posesión al expropiado».

No hay ninguna duda en cuanto a los antecedentes liberales que inspiraron esta redacción, respondiendo a las ideologías imperantes en aquellos momentos en Europa que cristalizaron en el C.c. francés y de allí pasaron a los principales Códigos europeos. El C.c. francés construyó el sistema jurídico-civil sobre la libertad, y proyectó esta idea de libertad sobre dos aspectos fundamentales: la libertad de gozar de los bienes y la libertad de intercambio de bienes y servicios. Esto es, la propiedad y el contrato.

Las palancas de lanzamiento que necesitaban estas dos ideas básicas de libertad las encontraron, casi hechas a la medida, en los conceptos de «derecho subjetivo» y «negocio jurídico» elaborados por la pandektística alemana; el derecho subjetivo, como poder de la voluntad, y el negocio jurídico, como manifestación de la voluntad, con la que el individuo persigue fines tutelados por el ordenamiento jurídico, se convierten los medios técnicos adecuados para poner en movimiento este sistema liberal de «propiedad» como señorío, como poder, incardinado en la idea de personalidad individual.

No obstante de los dos sentidos que tiene la propiedad: el de «derecho fundamental de la persona», o sea, lo que nuestra Constitución protege que es el «derecho a la propiedad», de una parte, y el ejercicio concreto de este derecho, por otra, el C.c. no consagra este derecho fundamental —tampoco tiene por qué hacerlo siendo un Código y no una Constitución— sino que regula el ejercicio del derecho subjetivo de propiedad aunque preocupado por reforzar más la titularidad que el control de dicho ejercicio.

Se le ha asignado por la doctrina unas características que perfilan su naturaleza. Son las siguientes:

- a) La unidad: Hay un solo tipo de dominio.
- b) La perpetuidad: En el sentido de que tiende a durar tanto como su objeto.

La duración física de la cosa determina la duración del derecho. No podemos entrar en los dos problemas que giran a su alrededor: la posibilidad de la «propiedad revocable» y la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria.

- c) La exclusividad: en el sentido de que nadie puede obtener utilidad servicio o ventaja de la cosa, aunque con ello no se perjudicará al propietario. Es difícil aceptarlo en nuestro art. 348 C.c. Como máximo, se admitiría como «oponibilidad erga omnes».

- d) Ilimitación y abstracción de facultades: En el art. 348 se deriva de la expresión «Sin más limitaciones».

Concluye MONTES que «la idea liberal del dominio fundamentada en un axioma sobre el valor del individuo y apoyada en la relación entre persona y

libertad como valores fundamentales, podemos constatar que la propiedad, en cuanto derecho subjetivo paradigmático se halla sometido a una revisión profunda».

A lo largo de estos últimos años se ha criticado fuertemente la regulación que de la propiedad hace nuestro Código civil. Yo quiero, antes de pasar a estudiar la evolución posterior, romper una lanza a favor de nuestro viejo y sabio Código civil. Muchas veces nos olvidamos de un principio básico en el derecho que es el que la interpretación lógica y sistemática ha de primar sobre la literal, lo que puede representar —y estimo que es así en el caso de la propiedad— que unos determinados artículos pueden cambiar totalmente de sentido sin cambiar su redacción; el diverso sentido se produce por el cambio del entorno. Un ejemplo no los aclarará: no es posible interpretar de la misma forma el art. 348 bajo la antigua Ley de la propiedad de las aguas que bajo la actual. Los principios de una y otra son distintos o antitéticos; sin embargo el artículo 348 continúa igual de válido con la misma redacción aun cuando debamos interpretarlo de forma distinta. Todo el problema está en la expresión «Sin más limitaciones que las establecidas en las leyes». Aun cuando gramaticalmente y por su origen habría que darle este carácter inicialmente absoluto, lo cierto es que estimamos que ni siquiera inicialmente tuvo este carácter ilimitado aunque aún no estuviera clara la «función social» de la propiedad. Lo destaca el Profesor COCA en su obra, citando una serie de autores de la propia época de la codificación que ya admitían que la propiedad no tenía este carácter liberal e individualista que aparenta. Ya se incluían en su concepto las notas de «deber», «límite» y «función social», incluso en el propio año 1889 en que se publicó nuestro C.c.

Con todo ello no intento defender el sentido liberal-individualista de la propiedad; el Diario de Sesiones del Pleno del Congreso de los Diputados me avala como defensor de una propiedad moderna y solidaria, anclada en su «función social». Lo único que intento es afirmar que el texto de los artículos 348 y siguientes del C.c. son perfectamente válidos siempre que se interpreten a la luz de los principios derivados de la C.E. y de los principios generales derivados de las leyes especiales.

4. LA CONSTITUCION DE 1978 Y EL NUEVO CONCEPTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Además de los antecedentes dentro del D.º Comparado, nuestra Constitución de 1978 tiene dos claros antecedentes: el artículo 44 de la Constitución de 1931 y las Leyes Fundamentales del Estado Español bajo el régimen de Franco, el Fuero del Trabajo, el Fuero de los Españoles y los Principios del Movimiento Nacional, cuyo principio x decía: «Se reconoce a la propiedad privada en todas sus formas como derecho condicionado a su función social».

Las Constituciones españolas desde la de 1812 hasta la de 1931 se ocupan preferentemente de proteger al propietario. En 1931, después de un interesante debate parlamentario muy bien sintetizado por Miguel COCA, el artículo 44 de la Constitución quedó redactado de la siguiente forma: «Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afectada al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las Leyes.- La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una Ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes.- Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada.- Los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común pueden ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija.- El Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación de Industrias y Empresas cuando así lo exigieran la nacionalización de la producción y los intereses de la economía nacional. En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes».

A pesar de los intensos debates parlamentarios, en el artículo no se recogen las expresiones «función social» o «función útil» de la propiedad.

Transcribo del libro del profesor COCA la síntesis de las dos posiciones: «Desde los bancos socialistas, se partía de la idea de “socialización” de la propiedad, admitiendo como “concesión” que la propiedad privada existiera en tanto implicara una función social. Desde los bancos del republicanismo burgués y de los conservadores, partiendo de la idea del respeto al d.º de propiedad en manos privadas se concedía el que sólo fuera garantizada dado que cumplía una función social».

En 1978 no se produjo un debate parlamentario tan intenso en relación al reconocimiento de la propiedad privada, porque todos los grupos parlamentarios admitían el condicionamiento de «la función social». El debate nació como consecuencia de un voto particular del actual Presidente de la Comunidad Autónoma de Aragón D. HIPOLITO GOMEZ DE LAS ROCES que pretendía introducir otro párrafo al final del art. 33 para constitucionalizar la expropiación-sanción, respecto de la cual el PSOE se abstuvo y de la que tanto uso hace en el nuevo texto de la Ley del Suelo aprobada a finales de abril por el Congreso de los Diputados.

Dice el artículo 33: «1.- Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2.- La función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes. 3.- Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y conformidad con lo dispuesto por las leyes».

Este artículo está situado dentro del Capítulo 2.º de la C.E. cuyo epígrafe es «Derechos y libertades», subdividido en una Sección 1.ª que se titula: «De

los derechos fundamentales y de las libertades públicas» y una Sección 2.^a que bajo la denominación «De los derechos y deberes de los ciudadanos» regula una categoría inferior de derechos. Entre ellos se sitúa el d.^o a la propiedad. La importancia de esta diferenciación radica en su grado de protección como veremos después.

En el n.^o 1 del art. 33 se consagra el «d.^o a la propiedad». Lo que se quiso, primordialmente, en aquellos momentos fue hacer una declaración de tipo programático; el integrarse dentro de un sistema de organización socio-económica-política caracterizada por el reconocimiento y protección de la propiedad privada frente a otros sistemas que la habían negado de forma casi total o en relación a ciertos medios de producción.

El n.^o 2 ya se refiere al derecho subjetivo de propiedad. Lógicamente no da un concepto de propiedad porque presupone que las leyes inferiores y materiales lo dan; entre ellos el Código civil en su artículo 348. Se refiere al contenido y ejercicio del derecho de propiedad.

Establece el principio básico de que el contenido del derecho de propiedad vendrá delimitado por las leyes, o sea, que el contorno del dominio, sus delimitaciones y limitaciones, preceptivamente se han de hacer por ley.

Enseguida se nos plantean dos preguntas:

1.^a ¿Hay un contenido mínimo esencial a proteger? ¿El propietario tiene unos derechos mínimos? Por pura lógica parece evidente que ha de ser así porque, en caso contrario, si estas leyes delimitadoras del contenido del dominio lo suprimen del todo, ¿dónde está su reconocimiento y protección? Sería una burla.

2.^a ¿Qué criterio han de seguir estas leyes que delimitan la propiedad? Evidentemente han de guiarse por la «función social» de la propiedad.

Estos son los dos puntos de los que voy a tratar a continuación:

A. El contenido mínimo o esencial del d.^o de propiedad

El artículo 53 C.E. lo determina claramente, dice así: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo 2.^o del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161. 1 a).

De ello podemos decir que la propiedad privada constituye un «d.^o de los ciudadanos», no fundamental, que es objeto de tutela exclusivamente a través del recurso de inconstitucionalidad de una ley o disposición normativa con fuerza de ley, que no haya respetado el contenido esencial de la propiedad privada; no se podrá acudir al recurso de amparo ni al especial aludido en el n.^o 2 del art. 53 C.E.

Es importante insistir en que el contenido de la propiedad es «normal» (en el sentido de que está establecido por una norma) y hay que huir de la idea de «limitaciones» y su interpretación restrictiva.

Interesa determinar este contenido mínimo por dos razones: porque si se invade este contenido mínimo cabrá el recurso de inconstitucionalidad, si se hace con carácter general, especialmente en relación a determinados bienes como serían los urbanos, por ejemplo. Si se lesionan intereses particulares, sin afectar a este contenido mínimo ni hay inconstitucionalidad ni indemnización.

Cuando se lesiona individualmente este contenido mínimo surge la obligación de indemnizar por parte del poder público.

Se plantea la difícil cuestión de determinar qué es lo que hay que entender por «contenido esencial» del dominio, lo que envuelve el delicado problema de identificar la propiedad, esto es, encontrar los rasgos característicos de la situación jurídica de propiedad; ver si debajo de la pluralidad de tipos o figuras dominicales hay una única institución, un mínimo de propiedad, un máximo común divisor de todos ellos; hallar la facultad última del dominio, más allá de la cual ya no hay propiedad.

La respuesta requiere un análisis meditado en el que hay que ponderar factores y elementos de muy diversa índole, arrancando del «pluralismo de la propiedad», viendo la calidad del poder conferido en cada caso al propietario. La configuración de cada tipo de propiedad deberá hacerse mediante ley que, a su vez habrá de estar a la «función social» de aquel tipo de apropiación.

Para el profesor MONTES, el contenido mínimo o esencial de la propiedad está constituido por unos ciertos poderes de goce y disposición que constituyen en un momento dado y según la conciencia social, la forma natural y típica del ejercicio de este derecho. Por otra parte la imposición de vínculos y deberes o ablación de facultades, aun dando por descontado que es en beneficio de la comunidad, desembocarían en una verdadera expropiación por «disminución de la sustancia» de la propiedad, cuando se impida la utilización económica fundamental de un bien. Para la determinación de esta utilización fundamental habrá que hacer un juicio concreto en cada caso, pero basado en criterios objetivos fundados en la conciencia social en aquel momento, de acuerdo con lo que dispone el artículo 3.º del C.c. dejando, lógicamente, el margen necesario al arbitrio judicial.

Por ello no podemos dar respuesta concreta y completa al contenido esencial de la propiedad sin pasar al estudio de la otra cuestión: ¿Cuál es el papel de la «función social» como inspiradora de las leyes delimitadoras del contenido del derecho de propiedad?

B. La otra pregunta es: ¿En qué consiste y cómo juega «la función social» en relación al contenido de la propiedad?

Actualmente el concepto de propiedad es difícilmente encasillable en el concepto técnico estricto del «derecho subjetivo». Seguramente habría que colocarlo entre las llamadas «situaciones jurídicas» ya que se juntan situaciones de poder, juntamente con las de deber u obligación de actuar en un determinado sentido. A su vez, esta situación jurídica de propiedad está inmersa en un entramado de relaciones sociales lo que hace que haya dos intereses claramente diferenciados: el interés egoísta del propietario, tendente a la satisfacción de sus necesidades, con exclusión de los demás, y de otro lado, puede haber un interés de la sociedad en que una apropiación no perjudique al interés general o se ejercite de tal forma que, aunque se tenga que sacrificar el interés individual, redunde en beneficio de la mayoría o de una mayoría.

Los recortes derivados de la función social se pueden traducir en: la falta de atribución de determinadas facultades (del derecho de edificar, por ejemplo); establecer un complejo de condicionamientos para el ejercicio de las facultades atribuidas (por ejemplo, podrá edificar pero deberá obtener licencia y los proyectos deberán reunir una serie de requisitos) o establecer obligaciones o deberes derivados del ejercicio del derecho (por ejemplo, cesiones de terrenos para viales o para escuelas, zonas verdes, u otras dotaciones).

Esto nos lleva a preguntarnos de forma general y abstracta ¿cómo juega, qué representa la función social para el sujeto propietario y para su derecho?

Han sido muchas las posturas adoptadas desde antiguo; ya hemos hablado de la síntesis hecha por el profesor COCA de los debates parlamentarios previos a la aprobación de la Constitución de 1931. En relación a este problema ya se adoptaron tres posiciones: la función social es un algo añadido al derecho de propiedad que, por definición, es un derecho individual; fue la posición de Gil Robles; otros defendían que era como una barrera exterior al mismo derecho, que lo recortaba y, finalmente, otros estimaron que era como un último confin al que llega la garantía constitucional del derecho de propiedad.

Las mismas posiciones se han defendido actualmente:

1. La posición negativa, que no admite limitaciones porque la propiedad es un poder individual «sin más limitaciones que las establecidas por las leyes». Ha desaparecido totalmente después de la Constitución. Yo creo que ya antes; que sólo es una posición puramente de plantemiento.

2. También se ha defendido que no es más que una «regla moral». Según esta tesis la propiedad «tiene» no «es» una función social y en todo caso resulta indiferente para la estructura del derecho y ni siquiera incide en su definición formal. Del análisis de las diferentes manifestaciones del derecho de propiedad resulta evidente que es algo más profundo y que afecta a su contenido.

3. Otros dicen que la función social afecta a la «institución» no a las diferentes formas de propiedad. Es la institución y no cada derecho subjetivo el que debe cumplir esta función social. También es claro que no puede aceptarse esta posición después de la Constitución. O la función social impregna a todo derecho de propiedad o no significa nada. Además, tengamos en cuenta que la función social incide con alcances muy distintos según las diferentes formas de propiedad.

4. Posición actual defendida por MONTES y COCA. La idea de la función social se corresponde con la presencia de cada tipo de propiedad, junto al interés individual del propietario, de un interés de la colectividad o público que determina dos cosas: de un lado fija el contenido del dominio, imponiendo limitaciones, condicionamientos o deberes; de otro, justifica la tutela y protección por parte del poder público al titular del derecho de propiedad.

La función social no es un límite del dominio sino la razón y justificación de los límites y de los deberes de la propiedad y del propietario.

El factor determinante del interés público que motiva la intervención estatal en la delimitación del contenido de la propiedad no siempre es la naturaleza de los bienes objeto de la propiedad (viviendas, suelo urbano, explotaciones agrícolas, aguas, minas, etc.) sino que, en otros casos, puede venir determinado por el sujeto; importa proteger a personas de bajo nivel económico o que desarrollan un tipo de actividad específica.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, refiriéndose a la función social dice: «debe ser entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio sino como parte integrante del derecho mismo» y produce «la definitiva incorporación del interés general o colectivo junto al puro interés individual del titular en la propia definición de cada derecho de propiedad o, si se prefiere, en la delimitación concreta de su contenido».

CONCLUSIONES

Creemos que del artículo 348 del C.c., que continúa siendo válido, complementado por la Constitución, no sólo en su artículo 33 y 53-I examinados sino también con los artículos: 38, que reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado), el 128 (que subordina al interés general toda la riqueza del país), el 131 (relativo a la planificación económica) y el 132 (que regula los bienes de dominio público) y, a su vez, C.c. y C.E. puestos en relación con los diferentes estatutos de las diferentes formas de propiedad, nos darán un concepto actual de propiedad que podemos resumir de la siguiente forma:

a) Subsiste la «propiedad privada» bajo la forma de un derecho subjetivo o situación jurídica compleja y sus titulares son tenidos en cuenta como ciu-

dadanos libres, no como funcionarios ni como personas vinculadas a un orden jerárquico preestablecido.

b) El contenido de este derecho de propiedad viene conformado en cada caso por la función social. La ley, de acuerdo con esta función social ha de coordinar los dos intereses concurrentes: el individual y el general.

c) La intervención del poder público tiene como límites: el mantenimiento de un «contenido esencial» mínimo y el respeto a la libre empresa y la economía de mercado. Si el poder público se excede surgirá la inconstitucionalidad o la obligación de indemnización si es un caso particularizado.

Es evidente que todos estos conceptos de «función social», «contenido mínimo», «planificación», «libre empresa», «interés general», etc. son de difícil concreción o cuantificación y habrá que esperar a que el Tribunal Constitucional nos dé luz. Lógicamente también dependerá de la ideología o signo del Gobierno del Estado y de las Comunidades Autónomas que son las que deberán fijar el alcance de este «interés general o público» que encarna en la función social de la propiedad.

Queda una tarea muy larga a desarrollar —en contenido y en tiempo— que consiste en ir examinando las leyes posteriores a la Constitución que han ido configurando diferentes formas de propiedad y ver de extraer sus principios. Como ejemplos podemos citar la Ley de 1979 sobre fincas manifiestamente mejorables, la de Patrimonio Histórico Español, de 1985; la de Aguas; la Ley de Costas y su Reglamento; las diversas leyes dictadas por las Comunidades Autónomas, sobre reforma agraria, etc.

No olvidemos que también hay que meditar sobre las leyes anteriores a la Constitución con fuerte tinte social como ha sido la legislación sobre arrendamientos rústicos y urbanos y las reguladoras del contrato de trabajo que, al excederse en la protección pudieron producir una reacción de la propia sociedad que puede redundar en perjuicio del colectivo que intenta proteger. Incluso en algunas leyes posteriores se vislumbra su rechazo o la enorme dificultad en su aplicación, por ejemplo, la Ley de Aguas y la de Reforma de la Enseñanza Universitaria. Tal es el augurio del proyecto de Ley del Suelo recientemente aprobada, que crea una extraña propiedad con integración sucesiva de facultades con numerosos supuestos de tanteo, retracto, de expropiación y ventas forzosas, como telón de fondo que permite abrir un pesimista interrogante sobre la pervivencia de la propiedad urbanística. En resumen, no hay que olvidar la nota de equilibrio que debe imperar en su imposición, dentro de los márgenes de la ideología de cada gobierno.

Otra tarea muy interesante que también me había propuesto deberá quedar aparcada para otra ocasión; es la del estudio de formas nuevas de propiedad: por ejemplo, sobre la vida, que se inició con la patente de Pasteur sobre una levadura como ser vivo y que en 1980, en U.S.A. donde el T.S. ha atribuido

la propiedad de una especie viva producida artificialmente. Del organismo unicelular a multicelular, al clonaje, quimeras y demás manipulaciones genéticas ¿hasta dónde podrá llegar esta propiedad?

No hablo de utopías. Yo ya he autorizado un testamento a favor de una persona «clonizada», legalmente muerta, pero conservada en USA en una cámara especial en espera de la revitalización.

En otro terreno podríamos considerar el volumen edificable como conjunto de propiedad específica e independiente del solar y así muchos otros supuestos, pero... otra vez será. ¡Gracias!