

ESTUDIOS

Función social de la propiedad y derecho a la vivienda

Social function of property and the right to housing

por

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ

Registrador de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles.

Doctor en Derecho y Ciencia Política

RESUMEN: El artículo tiene como principal objetivo poner de manifiesto la apelación a una concepción de la función social del derecho de propiedad, con especial referencia al derecho de propiedad sobre la vivienda, que permite convertir la titularidad dominical en prácticamente nominal, y, de ese modo, abrir la vía para que los poderes públicos trasladen las obligaciones que les impone la CE a los ciudadanos propietarios de vivienda por el hecho de serlo. Ello dificulta que la propiedad y el mercado puedan cumplir su función, excusa la ausencia de gasto social en vivienda y explica la grave crisis de asequibilidad de vivienda para sectores cada vez más amplios de población.

ABSTRACT: *The main purpose of the article is to highlight the appeal to a conception of the social function of the right to property, with special reference to the right of ownership over housing, which makes it possible to convert proprietary ownership into practically nominal ownership, and, in this way, open the way for the public authorities to transfer the obligations imposed by the Spanish Constitution on citizens who own housing by virtue of being homeowners. This makes it difficult for property and the market to fulfill their function, excuses the absence of social spending on housing and explains the serious crisis of housing affordability for increasingly large sectors of the population.*

PALABRAS CLAVE: Propiedad, función, contenido, función social, vaciamiento, vivienda, poderes públicos, mercado.

KEYWORDS: *Property, function, content, social function, emptying, housing, public authorities, market.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SOBRE LA PROPIEDAD PRIVADA. 2.1. DERECHO DE PROPIEDAD Y CRECIMIENTO ECONÓMICO. 2.2. LA PROPIEDAD PRIVADA COMO CONSENSO SOCIAL RESPALDADO POR EL ESTADO SOBRE EL RÉGIMEN DE UTILIZACIÓN DE RECURSOS ESCASOS. 2.3. LA NECESIDAD DEL ESTADO PARA QUE HAYA PROPIEDAD PRIVADA. 2.4. PROPIEDAD Y MERCADO. 2.5. REFERENCIA A LA IDEA DE CONTENIDO ESENCIAL O MÍNIMO PARA QUE HAYA PROPIEDAD PRIVADA. 2.6. LA INTERNALIZACIÓN DE LAS EXTERNALIDADES COMO FUNDAMENTO DEL FUNDAMENTO DE LA PROPIEDAD PRIVADA.—III. LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD. 3.1. INTRODUCCIÓN. 3.2. LA CONCEPCIÓN USUAL DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA. 3.3. LA DIVERSIDAD DE LA FUNCIÓN SOCIAL EN FUNCIÓN DE LA NATURALEZA DE LOS BIENES. FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD Y FUNCIÓN SOCIAL DE LOS BIENES. 3.4. LA NECESIDAD DE QUE LAS RESTRICCIONES A LAS FACULTADES DEL PROPIETARIO, PARA SER ADMISIBLES, SUPEREN EL TEST DE PROPORCIONALIDAD. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 3.5. EL CONTENIDO ESENCIAL COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL MERAMENTE NOMINAL. 3.5.1. *Planteamiento.* 3.5.2. *La concepción de la función social como parte del contenido del derecho de propiedad en lugar de como límite del mismo.* 3.6. PROPIEDAD, LIBERTAD Y ESTADO DE DERECHO.—IV. ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA.—V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo no tiene por objeto un estudio sistemático sobre la función social del derecho de propiedad privada, sino, sobre todo, llamar la atención sobre el inquietante recurso a la denominada función social del derecho de propiedad, particularmente del derecho de propiedad sobre la vivienda, como instrumento para poder convertir el derecho de propiedad privada en una titularidad potencialmente vacía de contenido y hacer recaer sobre los propietarios de viviendas la obligación que el artículo 47 CE impone a los poderes públicos, no a los ciudadanos propietarios de vivienda por el hecho de serlo, de realizar ciertas actuaciones para que los ciudadanos que carecen de una vivienda en cualquier forma de tenencia, puedan acceder a una vivienda digna, sea en propiedad u otra forma de tenencia.

Son numerosas las normas que debilitan las facultades de los propietarios de vivienda sobre sus propias viviendas y que, además, les imponen obligaciones activas o *funcionales*, partiendo del supuesto de que tales medidas son instrumentos necesarios o, al menos, facilitadores de que quienes carecen de una vivienda puedan acceder a una vivienda digna. Por ello, haré una referencia especial a la Ley 12/23 de 24 de mayo por el derecho a la vivienda.

Pese a que el trabajo no tiene por objeto el estudio sistemático de la función social de la propiedad ni, más ampliamente, del derecho de propiedad, sin embargo, es necesario exponer algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad, así como sobre su función, antes de abordar el objeto principal de estudio.

Ello plantea la cuestión de si debe hablarse de la función social de la propiedad o, si, por el contrario, debemos hablar de propiedades y, consecuentemente, de la función social de cada una de ellas. Como sostiene DIEZ-PICAZO¹, “*el problema es si existe un quid común a todos los tipos de propiedad (dotados de diferentes estatutos o regímenes jurídicos) que permita llamarlos a todos propiedad, o si les seguimos llamando propiedad porque somos incapaces de encontrar una denominación diversa en el supuesto por demostrar de que el problema sea solo de denominación, porque una cosa es el reconocimiento de la pluralidad de diversos regímenes jurídicos y otra diferente la total disolución del instituto*”. Y continúa afirmando: “*Creo que una franja de caracterización común existe y que el artículo 33 de la Constitución nos obliga, ahora más que nunca, a sostener que existe*”.

Ello significa que la función social corresponde a la propiedad privada en tanto que institución, no en tanto que derecho subjetivo (SANTORO-PASSARELLI²), lo que implica, por un lado, considerar los límites como algo que no forma parte del contenido del derecho de propiedad, sino que se halla fuera del mismo y, por otro lado, partir del planteamiento de que el contenido de la propiedad privada tiene un núcleo esencial, concebido como algo *a priori* de las posibles modificaciones o limitaciones (RODOTÀ³).

Partiendo de esta configuración, es preciso destacar que las legislaciones modernas, al regular el derecho de propiedad en sus manifestaciones concretas, prestan una atención relevante a la distinta naturaleza de los bienes sobre los que recae, incentivando su uso de acuerdo con el interés que se considera preferente⁴.

Este es el punto de partida conceptual de este estudio: la existencia de la propiedad privada como institución, sin perjuicio de la existencia de diversos regímenes estatutarios, que no son sino modulaciones de un único instituto, posición que es la mantenida por la mayor parte de la doctrina⁵. De ahí, se deriva la existencia de una única función social o de una función social fundamental de la propiedad privada, sin perjuicio de las modulaciones que para su consecución puedan establecerse o de las funciones específicas dependiendo del tipo de bien sobre el que recaiga.

II. SOBRE LA PROPIEDAD PRIVADA⁶

2.1. DERECHO DE PROPIEDAD Y CRECIMIENTO ECONÓMICO

La primera observación que cabe hacer al referirse al derecho de propiedad es que todas las cuestiones relativas a los derechos de propiedad constituyen el

núcleo esencial del sistema económico, lo cual explica por qué los diferentes grados de desarrollo y de bienestar que se observan a lo largo de la historia entre países con niveles similares de recursos se hallan íntimamente relacionados con los diferentes modos de organización de la propiedad⁷.

Como han observado NORTH D. C y THOMAS R.P, las causas por las que se produce este fenómeno en las diversas sociedades hay que buscarlas en una organización social eficiente y, más concretamente, en el establecimiento de un sistema eficiente de derechos de propiedad, que hacen que valga la pena emprender actividades socialmente productivas.⁸

En este sentido, afirman que una organización eficaz implica el establecimiento de un marco institucional y de una estructura de la propiedad capaces de canalizar los esfuerzos económicos individuales hacia actividades que supongan una aproximación de la tasa privada respecto a la tasa social de beneficios.

Los beneficios o costes privados son las ganancias o pérdidas de quien participa individualmente en cualquier transacción económica. Los costes o beneficios sociales son los que afectan al conjunto de la sociedad. La discrepancia entre los beneficios y los costes sociales significa que un tercero, sin su consentimiento, recibe parte de los beneficios o incurre en parte de los costes. Esta diferencia ocurre siempre que el derecho de propiedad no está suficientemente definido o no se hace respetar. Si los costes privados exceden de los beneficios privados, los individuos no estarán dispuestos a emprender esa actividad, aun cuando sea socialmente provechosa⁹, pero sí lo estarán en caso contrario.

En efecto, aun admitiendo que los miembros de una sociedad pueden ignorar tales estímulos positivos y que en todas las sociedades algunos se contentan con su situación actual, la experiencia demuestra que la mayoría prefiere tener más bienes a tener menos y que actúa de acuerdo con esta premisa.

Por ello, para que se produzca el crecimiento bastará con que una parte de la sociedad sea ambiciosa y que la organización económica sea eficaz, es decir, que los derechos de propiedad estén adecuadamente estructurados, en el sentido de que incentiven adecuadamente la conducta de los individuos, o, expuesto de otro modo, en el sentido de que, por un lado, ofrezcan incentivos suficientes para que a los individuos les merezca la pena iniciar actividades y, por otro, dichas actividades sean socialmente rentables.¹⁰

2.2. LA PROPIEDAD PRIVADA COMO CONSENSO SOCIAL RESPALDADO POR EL ESTADO SOBRE EL RÉGIMEN DE UTILIZACIÓN DE RECURSOS ESCASOS

Como afirman SJAASTAD E. y BEMBLEY E.D,¹¹ los derechos de propiedad, especialmente sobre inmuebles, no son otra cosa que convenciones sociales

respaldadas por el Estado —mediante la ley— que permiten adjudicar con carácter exclusivo un beneficio o flujo de renta, mediante la imposición de deberes a otros que pueden desear o interferir de cualquier modo en la corriente de beneficios procedente del bien. Se trata, por lo tanto, de la adjudicación, fundamentada en una convención social respaldada por el Estado, con carácter exclusivo y excluyente, de los beneficios reales y/o potenciales generados y/o generables por el recurso sobre el cual recae el derecho.

En este mismo sentido, observa DE SOTO¹², la propiedad no es tanto una cualidad primaria de los activos cuanto la expresión legal de un consenso económicamente significativo acerca de ellos. La propiedad no son los activos mismos sino el consenso entre personas sobre cómo estos deben ser poseídos, utilizados e intercambiados. Cuanto más amplio sea ese consenso y mayor y más eficaz la protección del Estado, en mayor medida se incentivará un uso responsable y eficiente de los recursos, y, por lo tanto, más valiosos serán los bienes, o, dicho de otro modo, en mayor medida podrán ser utilizados como activos económicos.

Ciertamente, como observa SUGDEN¹³, el hecho de que los derechos de propiedad sean convenciones no favorece necesariamente que dichas convenciones generen reglas eficientes en el sentido de PARETO¹⁴. De hecho, observa, es raro que así sea, lo cual obedece a diferentes razones, entre otras, a la monopolización de la propiedad privada por quienes toman las decisiones o por ciertos cuerpos gubernamentales.

Por otro lado, es necesario recordar que, como observó HARDIN¹⁵, los bienes comunes, es decir, los recursos escasos sin dueño, tienen un destino trágico, cual es su extinción como consecuencia de la sobreexplotación, de modo que, como ha observado LAMSDORF GALAGANE¹⁶ la propiedad privada vendría a ser nuestro sistema de conservación de los bienes escasos, porque un bien escaso sin dueño desaparece.¹⁷

2.3. LA NECESIDAD DEL ESTADO PARA QUE HAYA PROPIEDAD PRIVADA

Según NORTH y THOMAS¹⁸, el Estado es ante todo un acuerdo institucional que aporta protección y administración de justicia a sus ciudadanos, lo cual lleva a cabo monopolizando la definición y la aplicación de los derechos de propiedad sobre los bienes y los recursos y la concesión de derechos para la transmisión de estos activos y, a cambio, el Estado recibe pagos en forma de impuestos.

La moderna propiedad privada se concibe así como una función del Estado moderno¹⁹, concebido, a su vez, como tercera parte independiente²⁰, dotada del monopolio del uso legítimo de la violencia para la defensa de los derechos que él mismo reconoce²¹. A él corresponde el reconocimiento del derecho como tal en

abstracto, el establecimiento de las reglas de adquisición del mismo, y la protección de los propietarios que hayan llegado a serlo de conformidad con las mismas. En otros términos, le corresponde no sólo el reconocimiento y protección del derecho de propiedad privada en abstracto, sino también la protección concreta de quienes hayan llegado a adquirirlo conforme a las reglas establecidas.²²

La razón de que el Estado tenga el monopolio de la protección en última instancia —*the organization of enforcers*²³— hay que buscarla en las economías de escala: cuanto mayor es el número de clientes de un protector, menor es el coste de la protección, por lo que el número óptimo de protectores es igual a uno²⁴. Ello permite organizar la protección del derecho de propiedad en consideración a su *función*,²⁵ de un modo particularmente eficaz, tanto en lo referente al aprovechamiento material del bien, como a la facultad de disponer del mismo, facilitando su circulabilidad —*liquidez*— sin merma de la *seguridad* del propietario.

La función de la propiedad es una función creadora de capital, pues eso es lo que se persigue al dotarla de un contenido institucional que fomenta las inversiones a largo plazo y la reasignación constante de recursos a quienes muestran ser capaces de usarlos más eficientemente. Esa es, precisamente, la función de la propiedad privada y en esa función muestra ser más eficiente —en general— que otras formas alternativas de explotación de los recursos (*commons resources, open access fields, etc*), si bien no todos los recursos son susceptibles de explotación mediante el sistema de propiedad privada, como argumentaré más adelante.

Esta perspectiva es esencial para entender que las notas de exclusividad y circulabilidad son esenciales para que la propiedad cumpla su función y que todas las facultades que integran el dominio —esencialmente, las de aprovechamiento material y el *ius disponendi*— se hallan al servicio de esta función creadora de capital, por lo que no se justifican al margen de la misma.

En cualquier caso, el concepto de propiedad privada —especialmente sobre la tierra y, en general, sobre los bienes inmuebles— se halla estrechamente relacionado con la idea y la realidad del Estado, hasta tal punto de que, como ha afirmado NORTH, es esencial elaborar una teoría del Estado porque es él quien especifica la estructura de los derechos de propiedad²⁶.

Puede afirmarse, por ello, que la propiedad privada, tal y como la conocemos, no es posible sin el Estado. Como ha afirmado OLSON, no hay propiedad privada sin gobierno²⁷. Ciertamente, puede haber Estado sin propiedad privada, pero no propiedad privada sin Estado. Ello es así porque los altos costes transaccionales en los que sería necesario incurrir para transferir, capturar y proteger los derechos de propiedad, harían inviables tales derechos para la mayor parte de los bienes.

El ahorro permitido por las economías de escala contribuye a posibilitar que la propiedad privada, o, si se prefiere, el sistema de derechos de propiedad se haga

extensible a toda una serie de bienes a los que de otro modo no sería extensible, con las pérdidas consiguientes en términos de productividad y de crecimiento.

La expansión de este proceso, a su vez, interesa sobremanera al Estado en la medida en que posibilita un incremento de sus ingresos fiscales. Ahora bien, por diversos factores, el Estado puede optar por la vía opuesta: la de ser un Estado depredador que limite los derechos de propiedad de los ciudadanos y asfixie la economía, como demuestran los análisis históricos de NORTH y THOMAS y la teoría neoclásica del Estado desarrollada por NORTH²⁸.

Es difícil, en efecto, que el Estado promueva derechos de propiedad eficientes y se comporte como un tercero imparcial. Existe el riesgo claro de que se convierta en un Estado depredador que use su poder no para fomentar el crecimiento económico, sino para el beneficio de quienes lo dirigen a costa de asfixiar las posibilidades de crecimiento. Para evitarlo, se requiere la presencia de instituciones que controlen efectivamente a quienes dirigen el Estado. De ahí la necesidad de establecer sistemas efectivos de controles y contrapesos al poder político. Ese es el sentido de Estado de Derecho²⁹.

Pero por muchos contrapesos y controles que se establezcan, no es nada fácil conseguir que el Estado promueva derechos de propiedad eficientes, como lo acredita el hecho de la pervivencia de reglas y de derechos de propiedad ineficientes a lo largo de la historia. Que la estructura de los derechos de propiedad sea más o menos eficiente, se halla en función del grado de eficiencia del sistema político.

Según NORTH³⁰, las reglas y los derechos de propiedad ineficientes se mantienen porque los gobernantes no deben antagonizar con electores poderosos mediante reglas eficientes y opuestas a sus intereses o porque los costes de establecer, medir y cobrar impuestos pueden desembocar fácilmente en una situación en la que derechos de propiedad ineficientes produzcan derechos más cuantiosos que los derechos de propiedad eficientes.

Llegados a este punto, ya podemos afirmar que los *derechos de propiedad*, en un sentido muy general, hacen referencia a todo aquello que el Estado asigna a una persona o, si se prefiere, a los derechos reconocidos y protegidos por el Gobierno.³¹ El concepto de propiedad se halla estrechamente vinculado con la idea de exclusividad en el uso y aprovechamiento de los recursos, así como con la protección de la misma mediante una regla de propiedad. En este sentido, POSNER define los derechos de propiedad como “*derechos para el uso exclusivo de recursos valiosos*”³². Este es el sentido general que daré a esta expresión a lo largo de este trabajo.

2.4. PROPIEDAD Y MERCADO

Analizada la cuestión de por qué el Estado es necesario para el derecho de propiedad, procede ahora referirse brevemente a la cuestión de *por qué es ne-*

cesario tal derecho. Ya he expuesto que porque en esa misma medida se genera capital. Para comprenderlo, es necesario abordar esta cuestión tanto desde una perspectiva estática como desde una perspectiva dinámica.³³

Desde una *perspectiva dinámica*, una propiedad con facultades suficientes de exclusión —y, por tanto, de aprovechamiento exclusivo—, bien definida y bien protegida por el Estado es una condición necesaria para generar incentivos para la inversión y, en consecuencia, para un uso eficiente de los recursos a largo plazo.

La *exclusividad* de aprovechamiento de los recursos que la propiedad confiere a su titular, no es, sin embargo, condición suficiente para el uso eficiente de los mismos.

Para entender el papel que juega la propiedad privada en la promoción de la eficiencia, es necesario tener muy presente que la misma es condición necesaria, pero no suficiente para que haya competencia. Para ello, tiene que haber, además, libertad contractual, libertad de transferencia y un tercero imparcial que imponga coactivamente el cumplimiento de las normas.³⁴

Por lo que se refiere a la libertad contractual, como observa LEPAGE, una de las características más valiosas del sistema de propiedad privada es, precisamente, la de permitir una gran flexibilidad en las formas en que se pueden organizar y reorganizar libremente, por medio de contratos, la asignación de los derechos de control y uso de los recursos productivos atribuidos al propietario.³⁵

Por lo que se refiere a la libertad de transferencia, en la medida en la que dicha propiedad sea *transferible voluntariamente con facilidad y seguridad* será reasignada a sus lugares de uso más eficientes, a través de los mecanismos de mercado, los más eficaces de los desarrollados por la humanidad —hasta el momento— para la creación de riqueza. Ello permite un uso más especializado de los recursos y, por tanto, más productivo, lo que genera crecimiento y bienestar.

Desde una *perspectiva estática*, resulta clara la superioridad de la propiedad privada sobre el régimen de bienes comunes, ya que, en tales casos, es inevitable la sobreexplotación y, en consecuencia, la extinción del recurso.

Todo ello explica cuál es la auténtica función social de la propiedad: incentiva un uso eficiente de recursos escasos, permite conservarlos, y, mediante su intercambio, estimula el uso especializado y productivo de los mismos.

Propiedad y mercado son, pues, dos conceptos inescindibles, si se desea que la propiedad cumpla la función que le es propia. Como afirma OLSON, si una sociedad tiene derechos individuales claros y seguros, hay poderosos incentivos para producir, invertir y embarcarse en un comercio mutuamente ventajoso y, como consecuencia, se produce, al menos, un cierto grado de avance económico.

Las ganancias potenciales derivadas de los intercambios son puestas de manifiesto por diversos estudios comparativos, los cuales muestran cómo las

economías con mayor libertad económica, derechos de propiedad privada más seguros y más fácilmente transferibles, protegidos por el imperio de la ley, obtienen mejores resultados que aquellas otras economías que adolecen de tales características.³⁶

Si solamente hubiese un ser humano sobre la tierra o si los recursos no fueran escasos³⁷, o si en las economías reales la información fuese completa³⁸ y, por lo tanto, intercambiar no fuese costoso, no tendría sentido hablar de propiedad privada tal y como la entendemos.

2.5. REFERENCIA A LA IDEA DE CONTENIDO ESENCIAL O MÍNIMO PARA QUE HAYA PROPIEDAD PRIVADA

Propiedad privada no quiere decir propiedad irrestricta, sino atribución a los individuos ³⁹de un poder directo, inmediato y exclusivo sobre los recursos. La profundidad y extensión de ese poder es función de cada ordenamiento jurídico⁴⁰. La propiedad privada es el poder directo e inmediato, de mayor extensión y profundidad, sobre los recursos reconocido a los individuos por el ordenamiento jurídico⁴¹. Dicho poder incluye diferentes posibilidades de aprovechamiento — facultades—. ⁴² Para que dicho poder puede ser considerado propiedad privada ha de tener un contenido mínimo esencial.⁴³

A este respecto, es preciso ser conscientes de que —como afirma LIBECAP⁴⁴ y, en general, la economía neoinstitucional—, cuando los derechos de propiedad no están bien definidos o cuando se hallan atenuados por un grupo o por el Estado, ello conlleva implicaciones negativas para el crecimiento económico.

Las restricciones pueden ser desde triviales hasta significativas. La atenuación de los derechos de propiedad sobre un activo afecta a las expectativas del propietario sobre los usos de ese activo, al valor del activo para el propietario y para otros y, consecuentemente, a los términos de un acuerdo. Cualquiera que sea la forma específica que adopte, una atenuación de los derechos de propiedad implica una reducción de las opciones económicas para el propietario del activo y la correspondiente reducción del valor del activo mismo. En cualquier sociedad, la atenuación generalizada de los derechos de propiedad puede tener como resultado una reducción del crecimiento económico y, por lo tanto, del nivel de prosperidad y de bienestar de los ciudadanos.

Cuando todas las facultades recaen en el mismo individuo se habla de propiedad privada plena. Esta incluye: 1) El derecho del titular a usar él solo el activo, excluyendo a los demás del uso del mismo —*ius utendi*—⁴⁵; 2) El derecho del titular a derivar hacia él mismo el valor del activo, excluyendo a los demás—*ius*

fruendi—; 3) El derecho del titular a modificar él solo su forma y sustancia, y a transferir enteramente el derecho o algunas o cada una de sus facultades —*ius disponendi*—. ⁴⁶

Es nota común a estas tres facultades que integran el dominio la *exclusion* de todos los demás. En eso consiste precisamente la absolutividad del dominio, lo que no hay que confundir con dominio ilimitado, idea que no ha sido defendida por ninguno de los más relevantes autores que han tratado el tema de la propiedad, por la sencilla razón de que no hay ningún derecho ilimitado.

Con esta precisión, solo el propietario de un activo goza, en relación al mismo, de las facultades que integran el poder directo e inmediato sobre la cosa en que la propiedad consiste, salvo que el propietario, en uso de una de esas facultades —*ius disponendi*— autorice a un tercero a ejercer alguna o algunas de esas facultades, dando lugar a que ciertos aprovechamientos parciales del bien deriven hacia personas distintas a él (*iura in re aliena*).

Ello es posible porque las diferentes facultades que integran el dominio — *ius utendi*, *ius fruendi et ius disponendi*— son, a su vez, divisibles cada una de ellas —cabén diferentes formas y grados de uso, de disfrute y de disposición— y, al propio tiempo, ampliamente combinables —y recombina-bles— entre sí, lo que suministra una panoplia, amplia y flexible a la vez, de modalidades de aprovechamiento, las cuales posibilitan una explotación eficiente de los recursos.

En todos estos casos, la exclusión es una nota común. En el caso de la propiedad privada plena, la exclusión abarca cualquier forma de aprovechamiento del activo, dentro de las permitidas por el ordenamiento jurídico, distintas en función de los diferentes tipos y características de los recursos. En el caso de un derecho real limitado tan solo abarca la forma concreta de aprovechamiento conferida por la facultad adquirida.

2.6. LA INTERNALIZACIÓN DE LAS EXTERNALIDADES COMO FUNDAMENTO DEL FUNDAMENTO DE LA PROPIEDAD PRIVADA

La forma más eficiente de explotación de los recursos escasos es, en general, la propiedad privada, cuando es posible, es decir, cuando los costes de establecimiento y mantenimiento de la misma son inferiores a las ganancias derivadas. Ello significa que cuantos menores sean tales costes, mayor es el número de recursos susceptibles de ser explotados bajo este régimen y mayor el número potencial de propietarios. Ello, además, explica el papel esencial del Estado en relación con la propiedad privada. ⁴⁷

La razón por la cual la propiedad privada permite un mayor grado de bienestar que la propiedad comunal o el régimen de acceso libre radica en que posibilita una explotación más eficiente de los recursos —escasos por definición—, lo que significa la explotación de un mayor número de recursos por un mayor número de personas durante un periodo más prolongado de tiempo.

Ello se debe a que la exclusividad del derecho de aprovechamiento material del recurso que la propiedad privada confiere a su titular genera incentivos para que éste realice inversiones a largo plazo que redundan en una mejora de los recursos, y, a su vez, la libertad de transferencia, articulada mediante el *ius disponendi* del titular, junto con el reconocimiento general de la libertad contractual, permiten la acomodación constante de los derechos de propiedad y el intercambio voluntario de los mismos, esto es, el comercio, del cual deriva una reasignación permanente de los recursos hacia quienes, en cada momento, se hallan en condiciones de hacer un uso más eficiente de los mismos, lo cual facilita la especialización, el incremento de productividad, de competitividad y, en última instancia, de bienestar.

Ahora bien, ¿por qué la propiedad privada puede cumplir esta función mejor que otras formas alternativas de explotación como la propiedad comunal o los regímenes de acceso libre?

La respuesta la dio DEMSETZ⁴⁸ en un artículo que ha devenido un clásico del análisis económico de los derechos de propiedad: porque permite la internalización de las externalidades producidas por la acción humana dirigida a la explotación de los recursos, de donde deriva que los individuos se benefician de las consecuencias positivas y sufren las negativas derivadas de sus acciones de explotación de los recursos, a diferencia de lo que sucede en los demás regímenes, lo cual les obliga a comportarse eficientemente, pues, de lo contrario, sufrirían las consecuencias negativas.

Posteriormente, DEMSETZ extrajo algunas de las consecuencias que se derivan de tal análisis⁴⁹. Concretamente, que una estructura óptima de los derechos de propiedad no solamente disminuye costes transaccionales, sino que socava los problemas derivados de la existencia de externalidades.

Los derechos de propiedad privada solamente aparecen —solamente pueden aparecer— cuando la internalización de las externalidades produce beneficios superiores al coste mismo de la internalización, es decir, a los costes necesarios para el establecimiento y funcionamiento de los derechos de propiedad privada, los cuales varían en función de las características físicas de los recursos, de la evolución de las tecnologías de identificación y medición de sus atributos físicos, así como de identificación de los titulares, de los atributos jurídicos de los derechos, y de la tecnología jurídica disponible para posibilitar el intercambio, venciendo los obstáculos que lo dificultan en una sociedad impersonal. En la medida

en que las tecnologías físicas, jurídicas e institucionales disponibles permitan rebajar tales costes, en tanta mayor medida podrá expandirse la explotación de los bienes mediante el régimen de propiedad privada, con todas las consecuencias expuestas.

La función del derecho de propiedad o, más exactamente, de la propiedad privada como institución, no es, por lo tanto, exclusivamente individual, sino, principalmente, social, lo que exige su expansión y fortalecimiento hasta donde sea posible, en lugar de su debilitamiento, que, por las razones expuestas, no actúa a favor, sino en contra del interés general. La función social de la propiedad exige, por lo tanto, generar y facilitar las condiciones para que la propiedad privada pueda cumplir la función que justifica su existencia.

El hecho de que el régimen de propiedad privada, cuando es posible, sea el sistema más eficiente de explotación de los bienes no quiere decir que la regulación de tal régimen sea en todo momento la más eficiente.

La razón de ello hay que buscarla en las urgencias fiscales de los gobernantes en el Antiguo Régimen, las cuales daban lugar a pactos con grupos especiales de interés, con un especial poder negociador, pactos que, a su vez, eran la fuente de una regulación ineficiente de los derechos de propiedad⁵⁰, lo que, a su vez, sofocaba la expansión económica.

En los estados modernos, la razón habría que buscarla, paralelamente, en la existencia de grupos con especial poder o influencia —las denominadas *élites extractivas*— o especial poder electoral —lo que ARRUÑADA⁵¹ denomina, en expresión afortunada, *masas extractivas*, aquellas que usan su poder electoral, en beneficio propio a costa, en último término, del interés de la mayoría—.

En el ámbito urbano, el aumento de la densidad demográfica junto con el desarrollo de nuevas tecnologías edificatorias en materia de vivienda ha generalizado la propiedad en régimen de condominio o propiedad horizontal, una mezcla de propiedad comunal y de propiedad privada, en el que los problemas de gobernanza interna, característicos de la propiedad comunal⁵², aparecen solventados o minimizados mediante la imposición de normas estatales imperativas y, parcialmente, dispositivas. Normas similares rigen el desarrollo de las urbanizaciones privadas.⁵³

El desarrollo de estos regímenes obedece a la siguiente lógica: mantenimiento del régimen de propiedad privada hasta donde es posible —pisos, locales, plazas de aparcamiento—, e imposición de la propiedad comunal en aquellos ámbitos en los que las propias características de la tecnología edificatoria lo impone: escaleras, ascensores, pasillos de acceso, etc.

III. LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD

3.1. INTRODUCCIÓN

El artículo 33.1 CE, subraya LÓPEZ CÁNOVAS⁵⁴, se limita a reconocer la propiedad privada, que no define, sino que presupone, como un concepto apriorístico, ya preexistente en la realidad y en el ordenamiento jurídico, y que define el Código civil —artículo 348—. Subraya asimismo que la doctrina ha observado que el artículo 33.1 CE se refiere al “derecho *a* la propiedad privada”, lo que supone que todo individuo tiene amparada constitucionalmente la facultad o posibilidad de acceder al dominio de cosas o bienes para tener la condición de propietario, sin que la ley pueda establecer un principio contrario. El reconocimiento de este derecho implica también el de propiedad privada sobre cosas o bienes, una vez adquiridos. Se trata, por lo tanto, de un derecho de garantía institucional⁵⁵

Afirmado lo anterior, destaca acertadamente VERDERA SERVER⁵⁶, que el apartado segundo del artículo 33 CE resulta doblemente singular por dos razones:

- a) No hay en la Constitución ninguna otra mención a la “función social” que puede incidir en la configuración de un derecho, sea del tipo que sea.
- b) No hay en la Constitución ninguna otra mención a la posibilidad de “delimitar” un derecho, sea del tipo que sea.

A ello hay que añadir que:

a. Prácticamente no hay Ley que, cada vez que usa la expresión “derecho de propiedad” no añada inmediatamente la expresión “función social”, como si la primera fuera algo vergonzante solo admisible porque desempeña una “función social”, función, por otra parte, inherente a todo lo jurídico y, por lo tanto, al Derecho en general, el cual no tendría sentido si solo hubiese un habitante sobre la tierra.

En efecto, si solamente hubiese un ser humano sobre la tierra o si los recursos no fueran escasos, o si en las economías reales la información fuese completa y, por tanto, intercambiar no fuese costoso, no tendría sentido hablar de propiedad privada tal y como la entendemos.

Sin pluralidad de personas gobernadas por la ley de la supervivencia en un contexto de recursos escasos, ni el Derecho ni la Economía tendrían sentido alguno. Sin embargo, la “función social” parece que solo es predicable del derecho de propiedad privada.

Por estas razones, no hay ningún derecho absoluto, en el sentido de ilimitado, ni siquiera el derecho a la vida, pues cede, bajo ciertas condiciones, ante el derecho a la legítima defensa. Tampoco el derecho de propiedad lo es ni han

reivindicado que sea un derecho absoluto, en el sentido de ilimitado, ni siquiera las corrientes de pensamiento más firmemente defensoras del mismo, conscientes de que solo su función justifica su existencia y contenido, como sucede con cualquier otro derecho subjetivo.

Como observa acertadamente LASARTE⁵⁷, la concepción de la propiedad como derecho de carácter absoluto, —expresión que debe entenderse en el sentido de ilimitado— no se encuentra en ningún ordenamiento jurídico que haya superado fases arcaicas o primitivas, por la sencilla razón de que sería incompatible con la coexistencia social, pues el desenvolvimiento simultáneo de las facultades de diversos propietarios exige restringir el campo de actuación propio de cada uno de ellos. En palabras de IHERING⁵⁸, “*la idea de propiedad no puede conllevar algo que esté en oposición con la idea de sociedad*”.

b. Como afirma MOLTÓ DARNER⁵⁹, pese a que el concepto de función social de la propiedad es utilizado constantemente por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, además de por innumerables resoluciones administrativas, dicho concepto no está definido en lugar alguno.

Ello plantea la cuestión de qué debe entenderse por “función social” de la propiedad. En el ámbito de la doctrina jurídica, se trata de una cuestión compleja que requiere un estudio específico, por lo que aquí me limitaré a exponer unas reflexiones ligadas al derecho a una vivienda digna y adecuada, en expresión del artículo 47 CE.

3.2. LA CONCEPCIÓN USUAL DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA

Como afirma PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS⁶⁰, si antes los límites se consideraban excepciones singulares, hoy puede decirse que el derecho de propiedad es un derecho cuyo ámbito de poder es, como en los demás derechos reales, un derecho que, en muchos aspectos, está ordinariamente acotado, lo que no quiere decir que la propiedad sea, por ello, una función social —o una potestad para servir solo los intereses de la sociedad—, sino, ante todo, un derecho subjetivo —un ámbito de poder discrecional de su titular—. Otra cosa es que este derecho pueda depender, con arreglo a las leyes, en su contenido, de la función social —ej.: construcción sobre un solar—.

Si se admitiera que la propiedad privada es solo una función social, señala acertadamente LÓPEZ CÁNOVAS, el propietario dejaría de ser tal para convertirse en una especie de funcionario o concesionario y, como tal —debe añadirse— sometido a relaciones especiales de sujeción respecto del poder público; por lo que, al ser incompatible con la naturaleza de derecho subjetivo que tiene la propiedad privada, tal concepción no suele ni puede prosperar. La función social

no puede ni debe llegar, no ya al extremo de anular la utilidad o interés individual del propietario, sino ni siquiera a desfigurar, en su regulación estatutaria, a la propiedad privada como institución⁶¹.

Como sostiene VERDERA SERVER⁶², en un primer momento, el planteamiento legislativo en lo relativo a la función social de la propiedad privada parece encaminarse a la previsión de limitaciones o de restricciones a las facultades del propietario, pero, en un segundo momento, la función social se amplía a la imposición al propietario de deberes, cargas u obligaciones positivas, habiendo sido aceptadas ambas vertientes por la jurisprudencia constitucional.

Parafraseando a MOLTÓ DARNER⁶³ y a VERDERA SERVER, puede afirmarse que la función social de la propiedad es considerada por la generalidad de la doctrina como el conjunto de limitaciones y de deberes, cargas u obligaciones positivas establecidas por los poderes públicos, singularmente por ley, para conseguir finalidades de interés general que, por supuesto, se consideran prevalentes ante el puro interés particular.⁶⁴

Quizás con mayor precisión, DOMENECH⁶⁵ considera que la función social de la propiedad no está integrada tanto por las referidas limitaciones y los deberes cuanto por las razones de interés público que legitiman su imposición. Así, afirma: *“con la expresión “función social” se designan las razones de interés público que exigen limitar el derecho a la propiedad privada, es decir, que fundamentan la restricción de las facultades que los titulares de este derecho ostentan para usar con carácter exclusivo y disponer libremente de ciertos recursos. De acuerdo con esta idea, el ejercicio libre de las referidas facultades de uso y disposición no cumpliría una función social, no tendría valor o utilidad para el conjunto de la comunidad, sino una utilidad meramente individual; no serviría a los intereses de la colectividad, sino sólo al interés puramente privado del propietario. Lo que cumple una función social, lo que es de interés público, es restringir el derecho de propiedad, imponer a su titular ciertos deberes y obligaciones”*.

Esta concepción de la función social de la propiedad es la comúnmente aceptada por doctrina y jurisprudencia. Esta concepción parte de dos supuestos conceptuales no explicitados:

1. De que la única función de la propiedad privada, en tanto que derecho subjetivo, consiste en satisfacer el interés privado de su titular, función que, antes o después, entra en conflicto necesariamente con el interés social o público, concebido como una entidad propia distinta de la suma e interacción de los intereses de cada uno de los ciudadanos que integran la sociedad e, incluso, concebido exclusivamente como el interés de la Administración Pública, en cuanto ente encargado de defender el interés social, y, por esas razón, titular de potestades cuya

existencia y atribución se justifican, clásicamente, por ser un medio necesario para cumplir esa función.

2. De que para evitar que se produzca ese conflicto, o para limitarlo, la solución consiste en debilitar el contenido del derecho de propiedad, incluso hasta convertirlo en residual, lo cual permite proteger el interés social, tal y como lo entienda en cada momento el poder público y, además, sin necesidad de demostrar que es el derecho de propiedad, en tanto que derecho subjetivo, el que perjudica dicho interés social, ni tampoco que no hay fórmulas alternativas que permitan protegerlo sin necesidad de debilitar el derecho de propiedad, o que la solución debería ser exactamente la contraria, esto es, el fortalecimiento de los derechos de propiedad.

Estos dos puntos de partida conceptuales revelan, a su vez, que se parte de la convicción de que, idealmente, la solución sería que no se reconociese el derecho de propiedad privada como derecho subjetivo, pese a que la realidad histórica demuestra que la supresión del mismo ha sido la principal causa de pobreza, desigualdad y pérdida de libertad personal y política en las sociedades que lo han suprimido, el cual, para cumplir su función, necesita insertarse en un Estado democrático de derecho.

Dado que el derecho no se puede suprimir, pues la CE lo reconoce como un derecho fundamental, si bien devaluado⁶⁶, la función social de la propiedad viene operando como recurso para convertir el derecho de propiedad en meramente residual, constreñido a las facultades y con los deberes que en cada momento decida el poder público, mediante ley, para cada tipo de bienes, sin que la obligación constitucional de respetar un contenido mínimo esencial opere, *de facto*, como límite, de modo que la propiedad puede acabar convertida en una titularidad puramente nominal, prácticamente vacía de contenido o, incluso, en determinadas circunstancias, con contenido negativo desde la perspectiva del valor o de la rentabilidad del bien para su titular⁶⁷.

Una construcción jurídica como la referida solo se explica si se prescinde de o se ignora la función del derecho de propiedad privada, esto es, la función que justifica su existencia⁶⁸, a la que me he referido en páginas anteriores.

3.3. LA DIVERSIDAD DE LA FUNCIÓN SOCIAL EN FUNCIÓN DE LA NATURALEZA DE LOS BIENES. FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD Y FUNCIÓN SOCIAL DE LOS BIENES

El TC, en la STC 37/1987 (FJ 2), viene a definir la función social de la propiedad como “*un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir*”.

No habría, por lo tanto, propiedad, sino propiedades, ni tampoco función social, sino funciones sociales y no tanto del derecho de propiedad sobre los bienes, como de los mismos bienes, entendidas como las diferentes utilidades susceptibles de proporcionar cada uno de ellos, las cuales condicionarían el régimen jurídico de la propiedad sobre los mismos, convirtiéndolo en estatutario.

En otros términos, el TC no predica la función social del derecho de propiedad, sino de los bienes objeto de propiedad, mientras que el artículo 33.2 CE habla de la función social de la propiedad, no de los bienes objeto de la misma⁶⁹. Siguiendo esta estela del TC numerosos autores y disposiciones legales no hablan de la función social del derecho de propiedad, sino de la función social de los bienes sobre los que recae.⁷⁰

Ello se debe a que el TC no considera que el derecho de propiedad privada sea de interés público, sino solo las limitaciones de su contenido. Con ello, el TC obvia que es precisamente el reconocimiento y protección del derecho de propiedad privada lo que constituye el mayor interés público, tanto (1) desde la perspectiva de la protección de la libertad individual y, por lo tanto, de la dignidad de la persona, como (2) desde el punto de vista de la creación de riqueza, (3) de la explotación de los bienes por el mayor número posible y (4) del modo más sostenible que el posibilitado por cualquiera de los sistemas alternativos conocidos, en todos aquellos supuestos en los que es posible la explotación mediante el sistema de propiedad privada, como he argumentado en páginas anteriores.

A los efectos de determinar el grado de intervención pública sobre el contenido del derecho de propiedad, esto es, el grado de restricción de las facultades que integran el dominio, la categorización más relevante de los bienes es la que distingue entre bienes de consumo y bienes de producción⁷¹

Desde esta perspectiva, los *bienes de consumo* son aquellos que satisfacen de un modo inmediato una necesidad del individuo —alimentación, vivienda, etc—. Como observa LÓPEZ CÁNOVAS⁷² la función social de tales bienes —y, por lo tanto, el interés general que la define—, se agota en su goce y disfrute por el propietario. La función social, en relación a este tipo de bienes, no se consigue, por lo tanto, limitando las facultades que integran el derecho de propiedad privada sobre los mismos, sino adoptando medidas que faciliten el acceso a la titularidad de dicho derecho.

Respecto de los *bienes de naturaleza productiva*, la función social de la propiedad tendría un alcance diferente. Al tratarse de bienes susceptibles de producir un rendimiento económico, no solo el propietario está interesado en extraerlo, sino que también está interesada la sociedad y no solo está interesada en que el propietario lo obtenga, sino también en participar en el mismo.

Esta concurrencia de intereses en juego, en parte coincidentes y en parte divergentes, da lugar a la creencia de que la forma de garantizar el interés de la

sociedad en que el recurso sea eficientemente explotado y, además, participar en los beneficios derivados, se consigue limitando las facultades normales u ordinarias del propietario.

Las diferentes utilidades potencialmente derivadas de los diferentes bienes productivos son las diferentes funciones sociales, no tanto del derecho de propiedad sobre los mismos como de los mismos bienes, diferentes utilidades que condicionan el régimen jurídico de la propiedad sobre los mismos, convirtiendo dicho régimen en estatutario. El instrumento a cuyo través se implementan dichas funciones sociales es el conjunto de normas que limitan las facultades del propietario y/o le imponen deberes funcionales

Actualmente, en clave constitucional, como sostiene LÓPEZ CÁNOVAS⁷³, el reconocimiento que la CE hace en su artículo 33.1 del “derecho a la propiedad privada” engloba genéricamente a los bienes de una y de otra naturaleza, es decir, en general, a todos los bienes susceptibles de apropiación, mientras que la función social a tener en cuenta en la delimitación legal de este derecho —artículo 33.2 CE—, bajo el principio de reserva legal y con la garantía que respecto al legislador constituye el deber de respetar el contenido esencial del derecho, se refiere, especialmente, aunque no exclusivamente, a la concepción estatutaria de los bienes de naturaleza productiva y, en especial, de los que constituyen objeto de la propiedad privada inmobiliaria.

Ciertamente, los bienes pueden ser objeto de clasificación en función de diferentes criterios, siendo especialmente relevante la distinción entre bienes de producción y bienes de consumo. Ahora bien, tal distinción no significa necesariamente —ni siquiera normalmente— que unos bienes sean solo y en todo caso de producción y otros solo y en todo caso de consumo. De hecho, la mayor parte de los bienes deben ser producidos para poder ser consumidos, esto es, para cubrir las necesidades para cuya satisfacción los adquiere el consumidor final. Tal es el caso de la vivienda, entre otros muchos.

Por lo tanto, el bien que se destina a satisfacer las necesidades habitacionales de su titular tiene la naturaleza de bien de consumo. Si dicho bien es producido por una persona física o jurídica para que lo adquieran otros, mientras le pertenezca en pleno dominio o lo explote mediante la transmisión de cualquier facultad integrante del mismo, tiene la naturaleza de un bien de producción. Si el adquirente no lo usa para satisfacer sus propias necesidades habitacionales, sino para ponerlo en el mercado —venta, arrendamiento o cualquier otra modalidad—, respecto de él, tal bien sigue siendo un bien de producción. Diversamente, si el adquirente, adquiere la propiedad o cualquier otro *ius in rem* sobre el bien para satisfacer sus necesidades habitacionales, respecto de él, tal bien tiene la naturaleza de bien de consumo.⁷⁴

Teniendo en cuenta estas consideraciones, puede afirmarse que, en general, las normas de Derecho Público que articulan la función social de la propiedad de la vivienda, restringiendo las facultades de los propietarios e imponiéndoles deberes funcionales, son normas que forman parte de la regulación de una actividad empresarial, cual es la destinada a la producción y/o comercialización de bienes que tienen la consideración jurídica de vivienda, siendo normas que, en última instancia, afectan a la libertad de empresa, derecho de los ciudadanos reconocido por el artículo 38CE.

En este aspecto, resulta especialmente relevante la observación formulada por RODRIGUEZ DE SANTIAGO⁷⁵ que, conectando el artículo 33 CE con los artículos 35.1 y 38 CE, considera que *“cuando el fundamento de una actividad económica es un bien y la actividad empresarial consiste en un determinado aprovechamiento de aquel, la protección de la libertad de empresa no puede ir más lejos que la de la propiedad; o, dicho de otro modo, los límites o las cargas u obligaciones que —en virtud de la función social de la propiedad— pesen sobre el bien, constituyen también cargas constitucionalmente admisibles del derecho a la libertad de empresa”*.

Por ello, no es de extrañar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional también sea laxa en cuanto a la exigencia de proporcionalidad para las restricciones introducidas por las leyes al ejercicio de la libertad de empresa, si bien no lo es para las introducidas en relación al acceso a la actividad empresarial⁷⁶, al igual que sucede con el derecho de propiedad.

3.4. LA NECESIDAD DE QUE LAS RESTRICCIONES A LAS FACULTADES DEL PROPIETARIO, PARA SER ADMISIBLES, SUPEREN EL TEST DE PROPORCIONALIDAD. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Conforme a lo expuesto al tratar de la función de la propiedad privada, la regla general es que lo más conveniente para el interés público, entendido como interés general, no es el debilitamiento ni de las facultades de aprovechamiento ni de las de disposición de los derechos de propiedad, sino, más bien, lo contrario: suprimir los obstáculos que permitan la explotación en régimen de propiedad privada del mayor número de bienes, así como fortalecer tanto las facultades de aprovechamiento como de disposición de los mismos, dada su función nuclear en cualquier sociedad democrática sustentada en un Estado de Derecho. Y ello, al menos en principio, con independencia de que se trate de un bien de producción o de un bien de consumo.

Sin embargo, como afirma DOMENECH⁷⁷: *“la jurisprudencia y la doctrina dominantes, cuando enjuician si las restricciones de la propiedad examinadas*

logran un “justo equilibrio” entre todos los intereses en juego, efectúan una ponderación incompleta y sesgada de éstos. En el lado de la balanza de las razones para proteger el poder del propietario de usar y disponer libremente de sus bienes, colocan únicamente la utilidad puramente individual de éste, sus intereses estrictamente privados. En el lado de la balanza de las razones esgrimidas para dar soporte a las limitaciones legislativas del referido poder, colocan los “intereses de la colectividad”, la “finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir”. Así las cosas, se comprende que estas segundas razones terminen pesando siempre más que las primeras. Este planteamiento ignora que, en el primer plato de la balanza, debe ponerse también la genuina función social del derecho a la propiedad privada, las razones de interés general que demandan la protección de la libertad del propietario para usar y disponer de sus bienes”.

A continuación, formula una acertada observación directamente relacionada con el objeto de este estudio: “A la hora de ponderar los intereses afectados, hay que tener en cuenta que el aseguramiento de esa libertad de uso y disposición puede satisfacer y, de hecho, satisface normalmente también los intereses de la colectividad. Y, por lo tanto, que la limitación de esa libertad puede provocar graves perjuicios para el conjunto de la sociedad. Sirvan a modo de ejemplo las deletéreas consecuencias provocadas por ciertas regulaciones legislativas que han limitado el precio de los alquileres de viviendas, consecuencias que innumerables análisis teóricos han predicho y varios estudios empíricos han corroborado: reducción de la oferta de viviendas en alquiler; reducción de la calidad de las viviendas ofertadas, disminución de la movilidad social, aparición de mercados negros, discriminación de personas vulnerables, etc.”⁷⁸

Excepcionalmente, cabe que el interés general exija una atenuación o debilitamiento del derecho de propiedad en determinadas situaciones o en relación a determinado tipo de bienes —he puesto el ejemplo de la propiedad horizontal—. Ahora bien, al tratarse de excepciones a la regla general, las mismas deberían justificarse plenamente para que no haya duda alguna de su necesidad y de que respetan la propiedad privada como institución y, por lo tanto, no vulneran al derecho de propiedad reconocido por el artículo 33 CE.

Para ello, en la técnica constitucional española, deberían superar el *test de proporcionalidad* exigido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para determinar la adecuación a la CE de las leyes que restrinjan los derechos fundamentales, test cuyo contenido expone claramente la STC 112/2021 (FJ 6).

Dicho test está integrado por:

“Tres pasos sucesivos dirigidos a comprobar:

Si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más

moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.

Sin embargo, para precisar si una concreta delimitación del derecho de propiedad en relación a determinados bienes no vulnera la regulación constitucional, el Tribunal Constitucional no exige que se supere el test de proporcionalidad, sino tan solo que respete un “*canon de justo equilibrio, razonabilidad o adecuación de las medidas al objeto perseguido, y al respeto del contenido esencial*”, basándose en que “*decisiones de índole social y económica*”... “*Cuando se trata de acomodar la explotación económica de bienes o empresas a intereses colectivos*”⁷⁹, es necesario reconocer “*al legislador un amplio margen de apreciación sobre la necesidad, los objetivos y las consecuencias de sus disposiciones*” (STC 112/2021, FJ 6).

El TC no argumenta por qué en estos casos hay que dispensar al legislador de la necesidad de superar el test de proporcionalidad. A ello hay que añadir que la CE no establece distinciones entre derechos fundamentales a la hora de respetar su contenido esencial, ni tampoco el artículo 33CE en relación a la propiedad privada⁸⁰.

Como afirma DOMENECH⁸¹, el trato especial y devaluador que se ha dispensado al derecho fundamental a la propiedad privada carece de justificación y soporte constitucional. Particularmente cuestionable resulta el hecho de que el Tribunal Constitucional utilice para enjuiciar las restricciones de este derecho (y las de las libertades empresarial y profesional) un canon de licitud constitucional distinto del utilizado para las limitaciones de los restantes derechos fundamentales y en virtud del cual no se enjuicia la necesidad ni la proporcionalidad en sentido estricto de aquéllas.

Por el contrario, continúa el citado autor: “*Todos deberíamos hacer aquí, mutatis mutandis, algo similar a lo que el Tribunal Constitucional hace cuando enjuicia la proporcionalidad de las restricciones de las libertades de expresión e información: tomar en consideración que de su protección se derivan normalmente beneficios no sólo para sus titulares, sino también para el resto de la sociedad (STC 172/1990, FJ 2).*”

Adicionalmente, VERDERA SERVER⁸², observa que, con ello, el Tribunal Constitucional prescinde de los criterios que suministra el artículo 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde el respeto al contenido esencial de esos derechos y libertades solo permite la introducción de limitaciones que, a su vez, respeten el principio de proporcionalidad, y, además, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reco-

nocidos por la Unión Europea o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

Aunque el Tribunal Constitucional ha manifestado que esas limitaciones no pueden suponer “*la desaparición o negación del contenido esencial del derecho de propiedad, ni esa delimitación puede llevarse a cabo careciendo de fundamento o justificación constitucional*” (STC 89/1994, de 17 de marzo), sin embargo, como afirma VERDERA SERVER,⁸³ esa manifestación no se ha plasmado en un control efectivo sobre la concurrencia o no de ese fundamento constitucional para la delimitación de la propiedad.

Como consecuencia, tal y como afirma este autor⁸⁴, a pesar de su reconocimiento constitucional, el derecho a la propiedad privada ha experimentado un evidente vaciamiento, a través de su función social.

3.5. EL CONTENIDO ESENCIAL COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL MERAMENTE NOMINAL

3.5.1. *Planteamiento*

El límite que puede suponer el contenido esencial presenta tal grado de imprecisión que, en la abstracta valoración de su constitucionalidad que lleva a cabo el Tribunal Constitucional, cualquier delimitación que no sea la absoluta privación del derecho se considera admisible, hasta el punto de que la propiedad privada puede acabar identificada con una mera titularidad, que no necesariamente proporcione utilidad individual al propietario. Como afirmó el magistrado RODRIGUEZ BEREIJO en su voto particular a la STC 89/1994 de 17 de marzo, al que se adhirieron los magistrados CRUZ VILLALÓN y GABALDÓN LÓPEZ, afirmación generalizable, según REY⁸⁵, a toda la jurisprudencia constitucional sobre el artículo 33 CE, según resultaba de la sentencia de la que discrepaba, el contenido dominical “*será lo que el propio legislador diga en cada caso y según el criterio dominante en cada momento histórico*”; y, por ello, “*huérfano de todo referente ex constitutione, la garantía institucional que para el derecho de propiedad representa el concepto de ‘contenido esencial’ (art. 53.1 CE) se desvanece y volatiliza*”.

3.5.2. *La concepción de la función social como parte del contenido del derecho de propiedad en lugar de como límite del mismo*

Toda esta arquitectura jurídica del Tribunal Constitucional dando forma a la función social de la propiedad privada es, en cierto modo, como afirma REY⁸⁶, una consecuencia del importante asunto de la expropiación, mediante Real De-

creto-ley 2/1983, de 23 de febrero, del grupo de empresas RUMASA, que ha originado cuatro sentencias del Tribunal Constitucional (111/1983, de 2 de diciembre; 166/1986, de 19 de diciembre; 67/1988, de 18 de abril y 6/1991, de 15 de enero), sosteniendo la adecuación a la Constitución de tan rigurosa decisión, lo que ha hipotecado, en gran medida, su línea jurisprudencial posterior⁸⁷.

Para justificar dicha adecuación, el Tribunal Constitucional defendió la idea de que los deberes, prohibiciones y obligaciones impuestas al propietario en virtud de la función social del derecho de propiedad no constituyen limitaciones de éste, sino que forman parte del contenido mismo del derecho⁸⁸. En palabras de la STC 37/1987 (FJ 2):

“La Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del “contenido esencial” de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente, el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes”.

A la vista de estas consideraciones del Tribunal Constitucional, DIEZ-PICAZO⁸⁹ afirma que *“según esta idea, no existe un contenido esencial de la propiedad, sino un contenido esencial de las propiedades, para cuya configuración legislativa no parecen ponerse más límites a la acción del legislador que su admisibilidad de acuerdo con el criterio dominante en el momento histórico que se produzca”*. Lo que significa que el contenido esencial al que se refiere el artículo 33 CE no operaría como límite.

LÓPEZ CÁNOVAS⁹⁰, contrariamente a la posición mantenida por el TC, sostiene que la función social no forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad privada. Afirma acertadamente esta autora que si se integraran en el contenido esencial del derecho de propiedad privada o formarían parte del mismo, en interés general o colectivo, junto a las facultades que protegen el interés individual, las limitaciones, los deberes y las cargas, en suma, las obligaciones legales, no sólo quedaría desnaturalizada la propia institución civil, sino también la propiedad privada como tipo de derecho subjetivo, que devendría así en otro tipo de situación jurídica, no activa de poder, sino mixta o compleja.

En definitiva, incluir en el contenido del “derecho”, no solo facultades, sino también deberes u obligaciones, pese a reconocer la CE —artículo 33— a la propiedad privada como un tipo de derecho —englobado en su artículo 53.1— sería tanto como desconocer tal derecho en su dimensión institucional y de referente paradigmático y como tal vinculante para los diversos regímenes jurídicos o, si se quiere, regulaciones estatutarias.

En opinión de DOMENECH⁹¹ resulta disparatado afirmar que los deberes y obligaciones que, por razones de interés social, se imponen al propietario forman parte del contenido mismo del derecho de propiedad establecido en el artículo 33CE. Se basa en las siguientes razones:

1. Es un contrasentido afirmar que un deber o una obligación forma parte del contenido de un derecho. Que el legislador imponga una obligación al titular de un derecho no significa que aquélla forme parte de éste.
2. Esa afirmación conduce a resultados manifiestamente contrarios a la reserva de ley establecida en los artículos 33 y 53.1 CE. El artículo 33.1 CE es una norma constitucional, que establece un derecho que vincula directamente a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE) y que ha de ser respetado por todos ellos incluso cuando la ley guarde silencio al respecto o incluso en contra de lo dispuesto por el legislador. El derecho a la propiedad privada no nace de la ley, sino inmediatamente de la Constitución.
3. En cambio, los deberes y obligaciones que pesan sobre los propietarios por razones de interés social no nacen directamente del artículo 33 CE, sino de las leyes que los han previsto. Si formaran parte del contenido mismo del derecho de propiedad garantizado por el artículo 33 CE, esos deberes y obligaciones vincularían inmediatamente a todos los poderes públicos sin necesidad de intermediación legislativa, lo que sería incompatible con la reserva de ley que, para delimitar el contenido del derecho de propiedad y regular su ejercicio, han dispuesto expresamente los artículos 33 y 53.1 CE.

La tesis contraria, mantenida por el TC, se fundamenta, en general y en materia de vivienda en particular, en la idea de que la vía para facilitar el acceso a una vivienda en cualquier modalidad de tenencia —a lo que se refiere el artículo 47 CE— consiste en debilitar el derecho de propiedad —al que se refiere el artículo 33 CE— o de cualquier derecho real limitado sobre la vivienda, a sus titulares. En otros términos, se fundamenta en la idea de que la vía para facilitar el acceso a la vivienda como bien de consumo, consiste en debilitar el derecho de propiedad sobre la vivienda como bien de producción.

Se ha llegado a un punto en el que, como sostiene NOGUERA FERNANDEZ⁹²: “*La función social de la propiedad es un recurso jurídico-discursivo mediante el cual el Estado (a través de leyes o políticas públicas) o los sujetos*

sociales (a través de ocupaciones, etc.) legitiman socialmente políticas y/o acciones de reasignación, reapropiación y/o redistribución de recursos, bienes y riqueza en los que hay unos beneficiados (los que no tienen) y unos perjudicados (los que tienen)”.

Nada de ello debe sorprendernos. Como ya constató GARCIA DE ENTERRIA⁹³ *“España es quizá el país occidental en el que el Legislador y la Administración exhiben una falta de respeto más marcada con la propiedad”*. Ello tiene como consecuencia que, como afirma ARRUNADA⁹⁴, con referencia a España: *“El derecho de propiedad sufre una desprotección creciente derivada de cambios legales y regulatorios que exceden los criterios de razonabilidad imperantes tanto en la Unión Europea como en el ámbito de las inversiones transnacionales; o que subvierten la propiedad privada para suplir, sin coste para el erario, las carencias de las políticas públicas”*.

Este último aspecto viene ratificado no solo por la decreciente cantidad de recursos públicos dedicados a la vivienda social en los sucesivos planes de vivienda desde 2007, sino por el voto particular de RODRIGUEZ BEREIJO en la Sentencia 89/1994, según el cual el Alto Tribunal utilizó la fórmula de la función social como una exigencia de que el Estado realice la política social a costa de los derechos de los particulares, incluso aunque el beneficio de la medida no recaiga sobre la sociedad en su conjunto, sino sobre una categoría de ciudadanos (en este caso, los inquilinos de la vetusta Ley de Arrendamientos Urbanos), tratándose además de una medida de la que no siempre se puede probar su necesidad social. Tal es el caso de la Ley 12/23 de 24 de mayo por el derecho a la vivienda.

Se trata de una concepción que no está basada en ninguna concepción teórica mínimamente consistente y que, además, está refutada por las evidencias empíricas disponibles, pero que se ha convertido en la concepción imperante, que, por ello, se ha proyectado en numerosas normas jurídicas y que explica en gran parte la crisis habitacional que sufre una parte importante de los ciudadanos.

La Ley 12/23 de 24 de mayo denominada “por el derecho a la vivienda”, es el más reciente y uno de los mejores ejemplos de ello. Y su impacto negativo sobre el acceso a la vivienda es una buena prueba de las consecuencias a las que conduce elaborar leyes que contradicen las construcciones teóricas más sólidas sobre la función del derecho de propiedad privada, así como las evidencias empíricas disponibles.

3.6. PROPIEDAD, LIBERTAD Y ESTADO DE DERECHO

Todo ello reviste una especial relevancia, si tenemos en cuenta la relación directa que existe entre propiedad privada, libertad individual y Estado de Derecho.

Como recuerda VERDERA SERVER⁹⁵ esa conexión entre propiedad y libertad, concebida como un “símbolo cargado de contenido ideológico”, permitió a los estados la creación de instrumentos técnico-constitucionales que configuraron el Estado Liberal de Derecho: derechos fundamentales, reserva de ley, división de poderes y control judicial del poder.

Recuerda también que quizá una prueba de la salud de nuestras instituciones es el grado de respeto del legislador hacia la propiedad. Por eso, como señala RODRIGUEZ SANTIAGO ⁹⁶, llama la atención que esa conexión propiedad-libertad esté por completo ausente en nuestra jurisprudencia constitucional.

Paradójicamente, como señala DIEZ-PICAZO⁹⁷ se suele subrayar más la coexistencia de ese derecho a la propiedad privada con otros elementos más característicos de una democracia social, más concretamente con la posibilidad de una configuración pública de la economía.

Por ello, la conexión entre propiedad y libertad debe ser resaltada. Como subraya REY⁹⁸, parece del todo extrapolable a nuestro ordenamiento la conclusión que obtiene el Tribunal Constitucional Federal alemán en la Sentencia *Feldmühle*, de 7 de agosto de 1962: a la propiedad “*corresponde la tarea, dentro del contexto global de los derechos fundamentales, de posibilitar a su titular un espacio de libertad en el campo del derecho patrimonial*”, por lo que el artículo 33 CE se convertiría en una garantía integral del patrimonio privado frente a los poderes públicos.

Este “*espacio de libertad*” preservaría al individuo “*de verse reducido a mero objeto del Estado*”. Precisa en esta dimensión esencial de la propiedad que “*cuanto más sirva el derecho de propiedad en cuestión a la protección de la libertad personal, tanto más fuerte ha de ser su protección y cuanto más se inscriba en el contexto social (por ejemplo, en el caso de las propiedades inmobiliarias urbanas o de empresas), tanto mayor deberá ser la posibilidad de conformación legislativa de acuerdo con la función social del bien*”⁹⁹.

Subraya REY a continuación que “*el derecho de propiedad privada no sólo está intrínsecamente ligado a la libertad y, por tanto, al Estado de Derecho; también lo está al principio democrático, pues constituye un presupuesto del pluralismo político. Sin propiedad privada no puede haber democracia*”¹⁰⁰. De ello eran perfectamente conscientes los constituyentes gaditanos, los cuales, junto con el sufragio censitario, manifestaron la necesidad de que fueran propietarios el mayor número de españoles.

Señala, por último¹⁰¹, que “*a las dimensiones liberal y democrática del derecho de propiedad es preciso añadir una muy importante, ya desde el tenor literal de su reconocimiento constitucional, vertiente social, de la que derivarían dos cláusulas constitucionales: la de función social (principio de igualdad “en” la propiedad ya adquirida) y la de accesibilidad a la propiedad (principio de*

igualdad “ante” la adquisición de la propiedad, al menos de aquella propiedad indispensable para el desarrollo de la personalidad y dignidad humanas)”.

El Tribunal Constitucional parece centrado en la protección de esta última dimensión, incluso a costa de las dos primeras funciones, esenciales como presupuestos para la convivencia y la prosperidad y, por lo tanto, para la denominada vertiente social del derecho de propiedad privada, lo cual constituye un error, pues el desarrollo de la vertiente social depende directamente del grado de desarrollo de las dos primeras conexiones: con la libertad individual —y, por lo tanto, con la dignidad de la persona— y con el principio democrático. Con ello el Tribunal Constitucional se aproxima mucho a quienes creen, sin aportar evidencia empírica alguna, que la denominada función social de la propiedad solo puede conseguirse a costa de debilitar, incluso hasta convertirlas en residuales, las facultades de los propietarios.

IV. ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA

La Ley 12/23 de 24 de mayo denominada “por el derecho a la vivienda” y la STC de 21 de mayo de 2024, primera de las que el TC ha pronunciado en relación a la misma, son buena prueba de ello.

Aun cuando la Ley 12/23 de 24 de mayo se denomine “por el derecho a la vivienda”, en realidad, no lo define. Se limita a repetir el artículo 47 de la Constitución y a enumerar ciertas facultades de actuación de los ciudadanos tales como acceder a información pública (artículo 8.b), inscribirse en los registros de solicitantes de vivienda protegida (artículo 8.c) o participar en los programas públicos (8.d).

Ninguna de estas facultades atribuye a los ciudadanos posibilidades de actuación que no tuvieran ya, por obvias, ni les atribuyen el derecho a acceder a una vivienda digna en los términos que resultan del artículo 47 CE, puesto en relación con los artículos 96.1 CE y con el artículo 34.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Según el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 16 de julio de 2015, el artículo 34.3 de la Carta Social Europea “*no garantiza el derecho a la vivienda, sino el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda basadas en el marco de las políticas sociales basadas en el artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*”. Es esta la perspectiva desde la cual hay que interpretar la STC de 21 de mayo de 2024, conforme a la cual “*los compromisos internacionales de España en materia de derechos humanos refrendan la existencia de un derecho a la*

vivienda (...) cuya efectividad es precisamente lo que se encomienda a todos los poderes públicos en el art.47 CE”.

Dado que esta Ley no regula un derecho subjetivo a la vivienda, no menciona nada parecido a la obligación de proveer de vivienda a quien no la tenga ni de facilitar una ayuda para acceder a una vivienda a quien no posea medios suficientes para ello, obligaciones que, en todo caso, deberían recaer en los poderes públicos, pues el mandato constitucional del artículo 47CE va dirigido a ellos, no a los ciudadanos que tienen una o varias viviendas en propiedad, por lo que el Estado no puede exonerarse de su responsabilidad traspasándosela a los mismos como sucede con cualquier obligación¹⁰².

Sin embargo, la Ley introduce medidas en esta dirección, como las relativas a la intervención de precios de los arrendamientos o la ampliación de la prórroga forzosa para los arrendadores, con mayor intensidad si el arrendador es un gran tenedor, esto es, un arrendador profesional, lo que dificulta la profesionalización y, por lo tanto, el crecimiento del mercado de vivienda en general y, especialmente, del mercado arrendaticio.¹⁰³

Una de las características mas relevantes de la Ley por el derecho a la vivienda es la consideración de la vivienda como un “bien esencial de rango constitucional”, según reza su Preámbulo, lo que fundamenta un cambio de paradigma en la consideración jurídica de la misma, reforzando su función como servicio social de interés general, función que, sin embargo, solo es predicable de la vivienda social, pero no de la vivienda en general¹⁰⁴.

Ello, a su vez, permite reforzar la concepción de la propiedad privada sobre la vivienda en general y no solo sobre la vivienda social como una institución de carácter estatutario, como ya sucede con la denominada propiedad urbanística y otras¹⁰⁵, esto es, como un conjunto de derechos y de deberes, fundamentados estos últimos en la denominada función social de la propiedad proclamada por el artículo 33 CE, o, al menos, sobre una determinada concepción de la misma.

Con base en ello, el artículo 1.2 de la Ley dispone:

“Con objeto de asegurar el ejercicio del derecho a la vivienda, será asimismo objeto de esta Ley la regulación del contenido básico del derecho de propiedad de la vivienda en relación con su función social, que incluye el deber de destinar la misma al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, en el marco de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, así como de mantener, conservar y rehabilitar la vivienda, atribuyendo a los poderes públicos la función de asegurar su adecuado cumplimiento, en el ámbito de sus respectivas competencias”.

El contenido básico al que se refiere el artículo 1.2 aparece regulado en los artículos 9 y 10 de la Ley, para los cuales la Disposición Final Séptima invoca

como título competencial “la competencia que el artículo 149.1.8.ª de la Constitución Española atribuye al Estado en materia de legislación civil.”

Ello significa un cambio conceptual sustancial, pues implica que la regulación de los derechos y deberes en materia de vivienda deja de ser administrativa, basada en una concreta política de vivienda, para formar parte del contenido civil del derecho de propiedad.

Con ello, el legislador parece pretender circunvenir lo determinado por, entre otras, la STC 93/2015 referente al Decreto Ley 6/2013 de la Junta de Andalucía, que declaró inconstitucional la imposición a los propietarios de una vivienda del “*deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico*”. Limitando el uso de este tipo de bien inmueble a uno solo, afectaba, dice el TC, al poder de disposición, reduciéndose el número de compradores; dijo que eso era parte del contenido esencial del derecho de propiedad y que no podía regularse por Decreto-Ley (art. 86.1 CE).

No obstante, el Tribunal Constitucional precisaba que: “*Esta conclusión no significa que la configuración constitucional del derecho de propiedad impida al legislador restringir de ese modo la amplitud de las facultades de uso y disposición del propietario de vivienda, análisis que no procede desarrollar en este momento*”.

Ello abre la puerta a que el Tribunal Constitucional pueda declarar constitucionales los artículos 10 y 11¹⁰⁶ de la Ley por el derecho a la vivienda.

De ser declarados constitucionales estos preceptos, ello implicaría que los poderes públicos, en tanto que tutores de que la vivienda cumpla su función social, podrían intervenir directamente si el propietario, por ejemplo, incumple su deber de “uso” y “disfrute” “propio” y “efectivo” que le impone el artículo 11 1.a de la Ley, en los términos del número 2 del citado artículo:

“2. *Corresponde a las Administraciones competentes en materia de vivienda la declaración del incumplimiento de los deberes asociados a la propiedad de la vivienda, habilitando a adoptar, de oficio o a instancia de parte y previa audiencia, en todo caso, del obligado, cuantas medidas prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística y la de vivienda*”.

Y esa legislación no tendría como límite que, por ejemplo, la Administración pudiera subrogarse en las facultades del propietario si no realiza actos de disfrute propios, tales como la percepción de frutos civiles derivados de un contrato de arrendamiento, pues los derechos del propietario sobre la vivienda son los que deriven de la legislación estatal del suelo (artículo 1.1.), sin referencia alguna a la necesidad de respetar un contenido mínimo esencial, tal y como exige el artículo 33 de la Constitución, al configurar el derecho de propiedad como un derecho de garantía institucional.

Por ello, a juicio de NASARRE AZNAR¹⁰⁷, la Ley por el derecho a la vivienda no introduce —no puede introducir—, una delimitación de la propiedad no indemnizable, porque las SSTC 227/1988, 204/2004 y 112/2006 afirman que *“la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente”*.

No obstante, por la vía referida, los poderes públicos pueden trasladar a los ciudadanos las responsabilidades que en materia de vivienda impone a tales poderes, no a los ciudadanos, el artículo 47CE¹⁰⁸, tal y como puso de manifiesto el voto particular de RODRIGUEZ BEREJO en la Sentencia 89/1994, que, dada su importancia, reitero: el Alto Tribunal utilizó la fórmula de la función social como una exigencia de que el Estado realice la política social a costa de los derechos de los particulares, incluso aunque el beneficio de la medida no recaiga sobre la sociedad en su conjunto, sino sobre una categoría de ciudadanos, tratándose además de una medida de la que no siempre se puede probar su necesidad social. Tal es el caso de la Ley 12/23 de 24 de mayo por el derecho a la vivienda.

Como última reflexión, no deja de sorprender que en un país en que el régimen de tenencia muy mayoritario de la vivienda —del 76% aproximadamente— es el de propiedad privada, adquirida con un gran esfuerzo ahorrador durante muchos años y mediante el recurso a préstamos hipotecarios en la gran mayoría de los casos, se haya desarrollado esta concepción de la función social de la propiedad.

En efecto, sorprende que se considere que la severa limitación de las facultades de goce y disposición que dicha concepción implica, no solo para los dueños de su propia vivienda sino, especialmente, para los inversores en vivienda para destinarla al arrendamiento —y en tanta mayor medida cuanto más inviertan—, es el instrumento adecuado para que quienes no han podido o querido asumir sacrificios equivalentes a los primeros para acceder a una vivienda en cualquier régimen de tenencia puedan hacerlo.

Una política de vivienda, para ser eficiente, debe moverse dentro de los parámetros conceptuales que justifican la función del derecho de propiedad privada. Como he expuesto en las páginas iniciales de este estudio, la función de la propiedad es una función creadora de capital, pues eso es lo que se persigue al fomentar las inversiones a largo plazo y la reasignación constante de recursos a quienes muestran ser capaces de usarlos más eficientemente.

Todo ello explica cuál es la auténtica función social de la propiedad: incentiva un uso responsable y, por lo tanto, eficiente de recursos escasos, permite conservarlos, y, mediante su intercambio, estimula el uso especializado y productivo de los mismos. Esta perspectiva es esencial para entender que las notas de exclusividad y circulabilidad son esenciales para que la propiedad cumpla su función y que todas las facultades que integran el dominio —esencialmente, las de aprovechamiento material y el *ius disponendi*— se hallan al servicio de esta función creadora de capital, por lo que no se justifican al margen de la misma.

La función del derecho de propiedad o, más exactamente, de la propiedad privada como institución, no es, por lo tanto, exclusivamente individual, sino, principalmente, social, lo que exige su expansión y fortalecimiento hasta donde sea posible, en lugar de su debilitamiento, que, por las razones expuestas, no actúa a favor, sino en contra del interés general. La función social de la propiedad exige, por lo tanto, generar y facilitar las condiciones para que la propiedad privada pueda cumplir la función que justifica su existencia.

Una política de vivienda adecuada debe ajustar incentivos para que los individuos, al perseguir su propio interés, generen la mayor rentabilidad social posible. En otros términos, debe ajustar incentivos para que el mercado genere la vivienda que una sociedad necesita. Solo donde no llegue el mercado, debe intervenir el Estado mediante la política social financiada con recursos fiscales.

Sí, por el contrario, el Estado, en lugar de ajustar incentivos, pretende sustituir a los agentes del mercado, entonces impedirá que éste cumpla su función. El Estado puede sustituir a los agentes de un modo directo o, indirectamente, restringiendo la libertad contractual y debilitando el contenido de los derechos de propiedad. La consecuencia será, por un lado, que el Estado no cumplirá con su obligación de llevar a cabo una política social que cubra las necesidades de los sectores de población con menos recursos y, por otro, impedirá que el mercado cumpla con su función, por lo que el problema de la vivienda, inexorablemente, se agravará. La historia del arrendamiento de vivienda en España o el impacto negativo que está teniendo la Ley por el derecho a la vivienda, entre otros ejemplos, son buena prueba de ello.

Tanto las concepciones teóricas más fundamentadas y generalmente aceptadas en nuestro entorno económico, político y cultural como las evidencias empíricas ponen de manifiesto tozudamente que la línea a seguir es exactamente la opuesta, por las razones expuestas a lo largo de las páginas precedentes. A ello hay que añadir que en un Estado social y democrático de Derecho, los ciudadanos ya colaboran, mediante el pago de impuestos, para que los poderes públicos creen las condiciones necesarias para que los ciudadanos puedan acceder a una vivienda digna y adecuada.

A la actual crisis de acceso a la vivienda para una parte de la población no se ha llegado por una falta de contribución fiscal de los ciudadanos ni por una concepción del derecho de propiedad como un derecho ilimitado, sino por una regulación errónea caracterizada por la falta de respeto a los derechos de los propietarios y de los inversores en vivienda, en general, así como por una grave falta de inversión pública en vivienda social.

V. CONCLUSIONES

I. El punto de partida conceptual de este estudio es la existencia de la propiedad privada como institución, sin perjuicio de la existencia de diversos regímenes estatutarios, que no son sino modulaciones de un único instituto, posición que es la mantenida por la mayor parte de la doctrina. De ahí, se deriva la existencia de una única función social o de una función social fundamental de la propiedad privada, sin perjuicio de las modulaciones que para su desempeño puedan establecerse o de las funciones específicas dependiendo del tipo de bien sobre el que recaiga.

II. Pese a que el concepto de función social de la propiedad es utilizado constantemente por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, además de por innumerables resoluciones administrativas, dicho concepto no está definido en lugar alguno. No obstante, puede afirmarse que la función social de la propiedad es considerada por la generalidad de la doctrina como el conjunto de limitaciones y de deberes, cargas u obligaciones positivas establecidas por los poderes públicos, singularmente por ley, para conseguir finalidades de interés general que, por supuesto, se consideran prevalentes ante el interés particular.

Por ello, bajo el pretendido respaldo de dicha función social, son numerosas las normas que debilitan las facultades de los propietarios sobre sus viviendas y que, además, les imponen obligaciones activas o *funcionales*, partiendo del supuesto de que tales medidas son instrumentos necesarios o, al menos, facilitadores de que quienes carecen de una vivienda puedan acceder a una vivienda digna.

III. Esta concepción de la función social del derecho de propiedad privada no parece, sin embargo, consistente con la función de dicho derecho que es, precisamente, la que posibilita sus beneficiosos efectos sociales y, por ello, justifica su existencia.

La función de la propiedad es una función creadora de capital, pues eso es lo que se persigue al dotarla de un contenido que fomenta las inversiones a largo plazo y la reasignación constante de recursos a quienes muestran ser capaces de usarlos más eficientemente.

Todo ello explica cuál es la auténtica función social de la propiedad: incentiva un uso responsable y, por lo tanto, eficiente de recursos escasos, permite conservarlos, y, mediante su intercambio, estimula el uso especializado y productivo de los mismos. Esta perspectiva es esencial para entender que las notas de exclusividad y circulabilidad son esenciales para que la propiedad cumpla su función y que todas las facultades que integran el dominio —esencialmente, las de aprovechamiento material y el *ius disponendi*— se hallan al servicio de esta función creadora de capital, por lo que no se justifican al margen de la misma.

La función del derecho de propiedad o, más exactamente, de la propiedad privada como institución, no es, por lo tanto, exclusivamente individual, sino, igualmente, social, lo que exige su expansión y fortalecimiento hasta donde sea posible, en lugar de su debilitamiento, que, por las razones expuestas, no actúa a favor, sino en contra del interés general. La función social de la propiedad exige, por lo tanto, generar y facilitar las condiciones para que la propiedad privada pueda cumplir la función que justifica su existencia.

Por ello, lo más conveniente para el interés público, entendido como interés general, no es el debilitamiento ni de las facultades de aprovechamiento ni de las de disposición de los derechos de propiedad, sino, más bien, lo contrario: suprimir los obstáculos que permitan la explotación en régimen de propiedad privada del mayor número de bienes, así como fortalecer tanto las facultades de aprovechamiento como las de disposición de los mismos, dada su función nuclear en cualquier sociedad democrática sustentada en un Estado de Derecho. Y ello, al menos en principio, con independencia de que se trate de un bien de producción o de un bien de consumo.

IV. El TC, sin embargo, no parece considerar que el derecho de propiedad privada sea de interés público, sino solo las limitaciones de su contenido. Con ello, el TC obvia que es precisamente el reconocimiento y protección del derecho de propiedad privada lo que constituye el mayor interés público, tanto (1) desde la perspectiva de la protección de la libertad individual y, por lo tanto, de la dignidad de la persona, como (2) desde el punto de vista de la creación de riqueza, (3) de la explotación de los bienes por el mayor número posible y (4) del modo más sostenible que el posibilitado por cualquiera de los sistemas alternativos conocidos, en todos aquellos supuestos en los que es posible la explotación mediante el sistema de propiedad privada.

De las tres dimensiones que vertebran el derecho de propiedad —liberal, democrática y social— el TC parece centrado en la protección de esta última dimensión, incluso a costa de las dos primeras, pese a ser esenciales como presupuestos para la convivencia y la prosperidad y, por lo tanto, para la denominada vertiente social del derecho de propiedad privada, lo cual constituye un error, pues el desarrollo de la vertiente social depende directamente del grado de desa-

rollo de las dos primeras conexiones: con la libertad individual —y, por lo tanto, con la dignidad de la persona— y con el principio democrático. De hecho, una atenta observación de la jurisprudencia constitucional pone de manifiesto que la conexión propiedad-libertad está por completo ausente en nuestra jurisprudencia constitucional.

Con ello, el Tribunal Constitucional se aproxima a quienes creen, sin aportar evidencia empírica alguna y contra las evidencias disponibles, que la denominada función social de la propiedad solo puede conseguirse a costa de debilitar, incluso hasta convertirlas en residuales, las facultades de los propietarios.

V. Excepcionalmente, cabe que el interés general exija una atenuación o debilitamiento del derecho de propiedad en determinadas situaciones o en relación a determinado tipo de bienes —v.gr.: la propiedad horizontal—. Ahora bien, al tratarse de excepciones a la regla general, las mismas deberían justificarse plenamente para que no haya duda alguna de su necesidad y de que respetan la propiedad privada como institución y, por lo tanto, no vulneran al derecho de propiedad reconocido por el artículo 33 CE.

Para ello, en la técnica constitucional española dichas excepciones deberían superar el *test de proporcionalidad* exigido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para determinar la adecuación a la CE de las leyes que restrinjan los derechos fundamentales, test cuyo contenido expone claramente la STC 112/2021 (FJ 6).

Sin embargo, para precisar si una concreta delimitación del derecho de propiedad en relación a determinados bienes no vulnera la regulación constitucional, el TC no exige que se supere el test de proporcionalidad, sino tan solo que respete un “*canon de justo equilibrio, razonabilidad o adecuación de las medidas al objeto perseguido, y al respeto del contenido esencial*”, basándose en que “*decisiones de índole social y económica*”...“*Cuando se trata de acomodar la explotación económica de bienes o empresas a intereses colectivos*”, es necesario reconocer “*al legislador un amplio margen de apreciación sobre la necesidad, los objetivos y las consecuencias de sus disposiciones*” (STC 112/2021, FJ 6).

El TC no argumenta por qué en estos casos hay que dispensar al legislador de la necesidad de superar el test de proporcionalidad. A ello hay que añadir que la CE no establece distinciones entre derechos fundamentales a la hora de respetar su contenido esencial, ni tampoco el artículo 33CE en relación a la propiedad privada.

El trato especial y devaluador que se ha dispensado al derecho fundamental a la propiedad privada carece de justificación y soporte constitucional. Particularmente cuestionable resulta el hecho de que el Tribunal Constitucional utilice para enjuiciar las restricciones de este derecho (y las de las libertades empresarial y profesional) un canon de licitud constitucional distinto del utilizado para las

limitaciones de los restantes derechos fundamentales y en virtud del cual no se enjuicia la necesidad ni la proporcionalidad en sentido estricto de aquéllas.

VI. Adicionalmente, el límite que puede suponer el contenido esencial presenta tal grado de imprecisión que, en la abstracta valoración de su constitucionalidad que lleva a cabo el Tribunal Constitucional, cualquier delimitación que no sea la absoluta privación del derecho se considera admisible, hasta el punto de que la propiedad privada puede acabar identificada con una mera titularidad, que no necesariamente proporcione utilidad individual al propietario. Como afirmó el magistrado RODRIGUEZ BEREIJO en su voto particular a la STC 89/1994 de 17 de marzo, al que se adhirieron los magistrados CRUZ VILLALÓN y GABALDÓN LÓPEZ, afirmación generalizable a toda la jurisprudencia constitucional sobre el artículo 33 CE, el contenido dominical *“será lo que el propio legislador diga en cada caso y según el criterio dominante en cada momento histórico”*; y, por ello, *“huérfano de todo referente ex constitutione, la garantía institucional que para el derecho de propiedad representa el concepto de ‘contenido esencial’ (art. 53.1 CE) se desvanece y volatiliza”*. O, en otros términos, el Alto Tribunal utilizó la fórmula de la función social como una exigencia de que el Estado realice la política social a costa de los derechos de los particulares, incluso aunque el beneficio de la medida no recaiga sobre la sociedad en su conjunto, sino sobre una categoría de ciudadanos, tratándose además de una medida de la que no siempre se puede probar su necesidad social. Tal es el caso, también, de la Ley 12/23 de 24 de mayo por el derecho a la vivienda.

VII. Toda esta arquitectura jurídica del Tribunal Constitucional dando forma a la función social de la propiedad privada es, en cierto modo, una consecuencia del importante asunto de la expropiación, mediante Real Decreto-ley 2/1983, de 23 de febrero, del grupo de empresas RUMASA, que ha originado cuatro sentencias del Tribunal Constitucional (111/1983, de 2 de diciembre; 166/1986, de 19 de diciembre; 67/1988, de 18 de abril y 6/1991, de 15 de enero), sosteniendo la adecuación a la Constitución de tan rigurosa decisión, lo que ha hipotecado, en gran medida, su línea jurisprudencial posterior.

Para justificar dicha adecuación, el Tribunal Constitucional defendió la idea de que los deberes, prohibiciones y obligaciones impuestas al propietario en virtud de la función social del derecho de propiedad no constituyen limitaciones de éste, sino que forman parte del contenido mismo del derecho (confer.: STC 37/1987 (FJ 2)).

Esta posición, sin embargo, no es sostenible por las siguientes razones:

- a. Es un contrasentido afirmar que un deber o una obligación forma parte del contenido de un derecho. Que el legislador imponga una obligación al titular de un derecho no significa que aquélla forme parte de éste.

Si se integraran en el contenido esencial del derecho de propiedad privada o formarían parte del mismo, junto a las facultades que protegen el interés individual, las limitaciones, deberes y cargas, en suma, las obligaciones legales, no sólo quedaría desnaturalizada la propia institución civil, sino, también, la propiedad privada como tipo de derecho subjetivo, que devendría así en otro tipo de situación jurídica, no activa de poder, sino mixta o compleja.

- b. Esa afirmación conduce a resultados manifiestamente contrarios a la reserva de ley establecida en los artículos 33 y 53.1 CE. El artículo 33.1 CE es una norma constitucional que establece un derecho que vincula directamente a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE) y que ha de ser respetado por todos ellos, incluso cuando la ley guarde silencio al respecto o incluso en contra de lo dispuesto por el legislador. El derecho a la propiedad privada no nace de la ley, sino inmediatamente de la Constitución.
- c. En cambio, los deberes y obligaciones que pesan sobre los propietarios por razones de interés social no nacen directamente del artículo 33 CE, sino de las leyes que los han previsto. Si formarían parte del contenido mismo del derecho de propiedad garantizado por el artículo 33 CE, esos deberes y obligaciones vincularían inmediatamente a todos los poderes públicos sin necesidad de intermediación legislativa, lo que sería incompatible con la reserva de ley que, para delimitar el contenido del derecho de propiedad y regular su ejercicio, han dispuesto expresamente los artículos 33 y 53.1 CE.

VIII. La tesis contraria, mantenida por el TC y por una parte de la doctrina, se fundamenta, en última instancia y, en particular, en materia de vivienda, en la idea de que la vía para facilitar el acceso a una vivienda en cualquier modalidad de tenencia —a lo que se refiere el artículo 47 CE— consiste en debilitar el derecho de propiedad —al que se refiere el artículo 33 CE— o de cualquier derecho real limitado sobre la vivienda. En otros términos, se fundamenta en la idea de que la vía para facilitar el acceso a la vivienda como bien de consumo, consiste en debilitar el derecho de propiedad sobre la vivienda como bien de producción.

Se trata de una tesis que no está basada en ninguna concepción teórica mínimamente consistente y que, además, está refutada por las evidencias empíricas disponibles, tanto nacionales como internacionales, pero que se ha convertido en la concepción imperante, que, por ello, se ha proyectado en numerosas normas jurídicas, lo que explica, en buena medida, la crisis habitacional que sufre una parte importante de los ciudadanos.

La Ley 12/23 de 24 de mayo denominada “por el derecho a la vivienda”, es el más reciente y uno de los mejores ejemplos de ello. Y su impacto negativo

sobre el acceso a la vivienda es una buena prueba de las consecuencias a las que conduce elaborar leyes que contradicen las construcciones teóricas más sólidas sobre la función del derecho de propiedad privada, así como las evidencias empíricas disponibles.

IX. Aun cuando la Ley 12/23 de 24 de mayo se denomine “por el derecho a la vivienda”, en realidad, no lo define. Se limita a repetir el artículo 47 CE y a enumerar ciertas facultades de actuación de los ciudadanos, tales como acceder a información pública (artículo 8.b), inscribirse en los registros de solicitantes de vivienda protegida (artículo 8.c) o participar en los programas públicos (8.d).

Ninguna de estas facultades atribuye a los ciudadanos posibilidades de actuación que no tuvieran ya, por obvias, ni les atribuyen el derecho a acceder a una vivienda digna en los términos que resultan del artículo 47 CE, puesto en relación con los artículos 96.1 CE y con el artículo 34.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Según el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 16 de julio de 2015, el artículo 34.3 de la Carta Social Europea “*no garantiza el derecho a la vivienda, sino el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda basadas en el marco de las políticas sociales basadas en el artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*”. Es esta la perspectiva desde la cual hay que interpretar la STC de 21 de mayo de 2024, conforme a la cual “*los compromisos internacionales de España en materia de derechos humanos refrendan la existencia de un derecho a la vivienda (...) cuya efectividad es precisamente lo que se encomienda a todos los poderes públicos en el art.47 CE*”.

Dado que esta Ley no regula un derecho subjetivo a la vivienda, no menciona nada parecido a la obligación de proveer de vivienda a quien no la tenga, ni de facilitar una ayuda para acceder a una vivienda a quien no posea medios suficientes para ello, obligaciones que, en todo caso, deberían recaer en los poderes públicos, pues el mandato constitucional del artículo 47CE va dirigido a ellos, no a los ciudadanos que tienen una o varias viviendas en propiedad, por lo que el Estado no puede exonerarse de su responsabilidad traspasándosela a los mismos como sucede con cualquier obligación¹⁰⁹.

Sin embargo, la Ley introduce medidas en esta dirección, como las relativas a la intervención de precios de los arrendamientos o la ampliación de la prórroga forzosa para los arrendadores, con mayor intensidad si el arrendador es un gran tenedor, esto es, un arrendador profesional, lo que dificulta la profesionalización y, por lo tanto, el crecimiento del mercado de vivienda en general y, especialmente, del mercado arrendaticio. Por la vía de los artículos 10 y 11, los poderes públicos pueden trasladar a los ciudadanos las responsabilidades que en materia de vivienda impone a tales poderes, no a los ciudadanos, el artículo 47CE, como

puso de manifiesto el voto particular de RODRIGUEZ BEREIJO en la Sentencia 89/1994.

X. No deja de sorprender que en un país en el que el régimen de tenencia muy mayoritario de la vivienda —del 76% aproximadamente— es el de propiedad privada, adquirida con un gran esfuerzo ahorrador durante muchos años y mediante el recurso a préstamos hipotecarios en la gran mayoría de los casos, se haya desarrollado esta concepción de la función social de la propiedad.

En efecto, sorprende que se considere que la severa limitación de las facultades de goce y disposición que dicha concepción implica, no solo para los dueños de su propia vivienda sino, también, para los inversores en vivienda para destinarla al arrendamiento —y en tanta mayor medida cuanto más inviertan—, es el instrumento adecuado para que quienes no han podido o querido asumir sacrificios equivalentes a los primeros para acceder a una vivienda en cualquier régimen de tenencia puedan hacerlo.

Una política de vivienda, para ser eficiente, debe moverse dentro de los parámetros conceptuales que justifican la función del derecho de propiedad privada. Una política de vivienda adecuada debe ajustar incentivos para que los individuos, al perseguir su propio interés, generen la mayor rentabilidad social posible. En otros términos, debe ajustar incentivos para que el mercado genere la vivienda que una sociedad necesita. Solo donde no llegue el mercado, debe intervenir el Estado mediante la política social financiada con recursos fiscales.

Si, por el contrario, el Estado, en lugar de ajustar incentivos, pretende sustituir a los agentes del mercado, entonces impedirá que éste cumpla su función. El Estado puede sustituir a los agentes de un modo directo o, indirectamente, restringiendo la libertad contractual y debilitando el contenido de los derechos de propiedad. La consecuencia será, por un lado, que el Estado no cumplirá con su obligación de llevar a cabo una política social que cubra las necesidades de los sectores de población con menos recursos y, por otro, impedirá que el mercado cumpla con su función, por lo que el problema de la vivienda, inexorablemente, se agravará. La historia del arrendamiento de vivienda en España o el impacto negativo que está teniendo la Ley por el derecho a la vivienda, entre otros ejemplos, son buena prueba de ello.

A la actual crisis de acceso a la vivienda para una parte de la población no se ha llegado por una falta de contribución fiscal de los ciudadanos ni por una concepción del derecho de propiedad como un derecho ilimitado, sino por una regulación errónea caracterizada por la falta de respeto a los derechos de los propietarios y de los inversores en vivienda, en general, así como por una grave falta de inversión pública en vivienda social.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN B. *Economic Foundations of Property Law*, Little Brown & Company, 1975
- AGUDO GONZÁLEZ J. *Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria*, Revista de Administración Pública, n.º 185 (2011)
- ALBALADEJO M., *Derecho Civil III, Derecho de Bienes*, vol 1.º, 8.ª ed., Barcelona, Bosch, 1994
- ALONSO PÉREZ M. “La propiedad en el Código Civil”, en la obra colectiva coordinada por DE DIOS S., INFANTE J., ROBLEDO R. y TORIJANO E. *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV-XX*, Ed.: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999
- ALSTON L. J y MUELLER B., “Property Rights and The State”, en MÉNARD C. y SHIRLEY M.M. *Handbook of New Institutional Economics*, MÉNARD C. y SHIRLEY M.M., Ed.: Springer, Berlin Heidelberg, 2008
- ÁLVAREZ BARBEITO P., *Reflexiones sobre la fiscalidad de la vivienda en España*, AF-DUDC, 12, 2008
- ARNAIZ EGUREN R., *Terreno y Edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Ed.: Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010
- ARRUÑADA B “La crisis del derecho de propiedad”, en AA.VV., *La propiedad privada en España. La necesidad de reconocer los derechos de propiedad en materia de vivienda. Índice de Derecho de Propiedad 2020*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2021
- ARRUÑADAB. <https://www.bing.com/videos/riverview/relatedvideo?q=The+objective%2c+entrevista+a+Benito+Arruñada&qvt=The+objective%2c+entrevista+a+Benito+Arruñada&mid=D679BD4CFB2391A16D03D679BD4CFB2391A-16D03&&FORM=VRDGAR>
- BARZEL Y. *A Theory of The State. Economic Rights, Legal Rights, and the Scope of the State*, Cambridge University Press, 2002
- COASE R.H. *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Ed. Madrid, 1994
- DE SOTO H. *El misterio del capital*. Ed.: Península. Barcelona, 2001
- DEMSETZ H. *Toward a Theory of Property Rights*. American Economics Review, n.º: 57, mayo 1967
- DEMSETZ H., “Ownership and The Externality Problem”, en *Property Rights. Cooperation, Conflict and Law*, pág. 145. Editores: ANDERSON T.L y McCHESNEY F.S, Princeton University Press, 2003
- DEMSETZ H. “Ownership and Exchange” en *From Economic Man to Economic System. Essays on Human Behavior and the Institutions of Capitalism*. Ed.: Cambridge University Press, 2008
- DÍEZ-PICAZO, L.: “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, T. II, De los derechos y deberes fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991

- DNES A. W., *The Economic of Law. Property, Contracts and Obligations*, Ed.: Thomson-South-Western, Canadá, 2005
- DOMENECH G. *¿Son constitucionalmente lícitas las restricciones de la libertad de empresa innecesarias o desproporcionadas?*, publicado el 15 de julio de 2024 en El Almacén del Derecho. <https://almacenederecho.org/son-constitucionalmente-licitas-las-restricciones-de-la-libertad-de-empresa-innecesarias-o-desproporcionadas>
- DOMENECH G., *La verdadera función social del derecho a la propiedad privada*, El Almacén del Derecho, jul.22,2024. <https://almacenederecho.org/la-verdadera-funcion-social-del-derecho-a-la-propiedad-privada>. Consultado el 5 de agosto de 2024
- DUGUIT L. *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoléon*, Ed.: Beltrán, Madrid, 1921
- EGGERTSSON T., *Open Access versus Common Property*, pp.: 73-90, en *Property Rights. Cooperation, Conflict and Law*, ANDERSON T.L & McCHESNEY F.S (ed), Princeton University Press, 2003
- ELLICKSON R.C., *Property in Land*, en The Yale Law Journal, 1992-1993
- FURUBOTN E.G y RICHTER R., *Institutions & Economic Theory. The Contribution of the New Institutional Economics*, pp. 79-80. Second Edition. University of Michigan Press, 2005
- GARCIA DE ENTERRIA E: *Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas*, Revista de Administración Pública, 1996, n.º 141
- GWARTNEY J., LAWSON R., y BLOCK W. *Economic Freedom of the World: 1975-1995*. Vancouver, BC, Canada: The Fraser Institute
- IHERING R. *El fin en el Derecho*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1978
- KEEFER PH. y KNACK S., *Why Don't Poor Countries Catch Up? A Cross-National Test of an Institutional Explanation*. Economic Inquiry 35: 590-562. 1997
- LACRUZ-LUNA-MENDOZA, *Elementos de Derecho Civil III*, vol. 1.º.2.ª p.2.ª ed. Barcelona, Bosch. 1988
- LAMSDORFF-GALAGANE V. *Teoría Económica del Derecho*, Ed.: Personal, Madrid, 2007
- LASARTE C. “Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad”, Bilbao, 1977, en *Estudios de Deusto*, Vol.XXV, Enero-junio
- LASARTE ALVAREZ C. *Principios de Derecho Civil*, T.IV, Ed.: Trivium, 1998
- LEPAGE H. *¿Por qué la propiedad?*, Ed.: Instituto de Estudios Económicos, 1986
- LIBECAP G. D., *Contracting for Property Rights*, Cambridge, University Press, 1989
- LÓPEZ CÁNOVAS A., *La propiedad privada inmobiliaria. Bases constitucionales y régimen estatutario del contenido y función social de la propiedad urbana y la propiedad rústica*, ed. Thomson-Reuters-Aranzadi, 2015
- MARÍN GARCÍA, I. y MILÀ RAFEL, R.: *El alquiler forzoso de la vivienda desocupada*, InDret, mayo 2007
- MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P. *Estado, Propiedad, Mercado*. RCDI, núm 708, 2008
- MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Ed.: Thomson Reuters, 2011

- MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *La crisis de asequibilidad de la vivienda. Análisis y propuestas*. Ed.: Titant Lo Blanch, 2024
- MOLTÓ DARNER J.M., “Algunas reflexiones sobre la función social de la propiedad en el siglo XXI”, en MOLTÓ DARNER J.M y PONCE SOLÉ J., *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad*, Ed.: Thomson Reuters Aranzadi, 2017
- MONTÉS. V.L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, Ed.: Civitas, Madrid, 1980
- MUÑOZ GUIJOSA M.^a A., *El derecho de propiedad del suelo: De la constitución a la Ordenación Urbana*, Ed.: Civitas-Thompson, 2009
- NASARRE AZNAR S. *El proyecto de Ley de vivienda de 2022*, en FEDEA, 2022, Informes y Papeles de Grupo de Trabajo Mixto, Covid-19
- NOGUERA FERNÁNDEZ, A.: “Regular los alquileres en un entorno hostil: la función social de la propiedad y la lucha por el derecho a la vivienda en España”, en AA.VV., *Regular los alquileres. La lucha por el derecho a una vivienda digna en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022
- NORTH D.C., *Estructure and Change in Economic History*, New York, W.W Norton, 1981
- NORTH D.C y THOMAS R.P. *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva Historia económica (900-1700)*. Ed.: Siglo XXI, Madrid, 1990
- NORTH D. C. *Estructura y cambio en la historia económica*. Alianza Ed.: Madrid, 1994
- NORTH. D.C. *Understanding The Process of Economic Change*, Ed.: Princeton University Press, 2005
- NORTH D.C., WALLIS J.J. y WEINGAST B.R. *Violence and Social Orders. A conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*, Cambridge University Press, 2009
- OSTROM E., *Governing the Commons, The Evolution of Institutions of Collective Action*, Cambridge University Press, primera edición, 1990, impresión —número veintidós, 2008—
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M. *Derechos reales. Derecho Hipotecario. T. II*, Ed.: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999
- POSNER R.. *El análisis económico del derecho*. Ed.: Fondo de Cultura Económica, México, 1998
- PUGLIATTI S., “La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)”, en *La proprietà nel nuovo diritto*, Milan, 1954
- REY F., *El devaluado derecho de propiedad privada*, en Persona y Derecho, Vol.55,2006
- RODOTÀ S., *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Ed.Civitas, 1986
- RODRIGUEZ SANTIAGO, J. M: “Artículo 33”, en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española. xl Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer Boletín Oficial del Estado-Tribunal Constitucional-Ministerio de Justicia, Madrid, 2018
- SANTORO-PASSARELLI F., “Proprietà e lavoro in agricoltura”, en *Libertà economica e proprietà fondiaria (Atti del IV Convegno dell'Unione giuristi cattolici italiani)*, Roma 1953
- SCHMITT C., *Teoría de la Constitución*, Ed.: Alianza, Madrid, 2001
- SJAASTD E y BEOMLEY E.D, *The Prejudices of Property Rights: On Individualism, Specificity, and Security in Property Regimes*, en Development Policy Review, 18 (4)

- SUGDEN R. *Spontaneous Order*, Journal of Economic Perspectives 3, n.º4, 1989
- VERDERA SERVER R., *Pro proprietate. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada*, ADC, tomo LXXVI, 2023, fasc. III (julio-septiembre)
- VIEIGAS DE LIMA F.H., *Condominio em Edificações*, Editora Saraiva, Sao Paulo, 2010
- VINUESA J.; RIVA. J.M. y A.. PALACIOS A.J., *El fenómeno de las viviendas desocupadas*, FUAM, 2008

NOTAS

¹ DÍEZ-PICAZO L. M.^a, “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, t. II, De los derechos y deberes fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, pág.55

² SANTORO-PASSARELLI F., “Proprietà e lavoro in agricoltura”, en *Libertà economica e proprietà fondiaria (Atti del IV Convegno dell’Unione giuristi cattolici italiani)*, Roma 1953, págs. 64-86

³ RODOTÀ S., *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Ed.Civitas, 1986, pág 240.

⁴ RODOTÀ S., *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Ed.Civitas, 1986, pág.248

⁵ MUÑOZ GUIJOSA M.^a A., *El derecho de propiedad del suelo: De la constitución a la Ordenación Urbana*, Ed.: Civitas-Thompson, 2009, págs..150 ss.. En sentido contrario, entre otros, PUGLIATTI, para el cual: “La palabra propiedad no tiene hoy un significado unívoco, si es que alguna vez lo ha tenido. Por el contrario, designa demasiadas cosas, porque se puede utilizar con la pretensión de ser fácilmente entendida. En todo caso, su uso, con las cautelas y las aclaraciones necesarias, aunque se prolongará todavía en el futuro próximo, no puede mantener la ilusión de que a la unidad del término corresponde la unidad real de una institución sólida y compacta”. PUGLIATTI S., “La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)”, en *La proprietà nel nuovo diritto*, Milan, 1954, pág.,309.

⁶ El contenido de este apartado núm 2. viene a ser una síntesis de lo expuesto al respecto en el artículo *Estado, Propiedad, Mercado*. RCDI n.º: 708, año 2008, en el que se desarrolla más ampliamente la función del derecho de propiedad privada. Me ha parecido necesario traer a este estudio una síntesis porque difícilmente se puede tratar el tema de la función social de la propiedad sin tratar previamente de su función, pues, en última instancia, la función social de la propiedad consiste en que la propiedad cumpla la función que justifica su existencia, como se argumenta a lo largo de este estudio.

⁷ LIBECAP G. D., *Contracting for Property Rights*, Cambridge, University Press, 1989, pág.2.

⁸ NORTH D.C y THOMAS R.P. *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva Historia económica (900-1700)*. Ed.: Siglo XXI, Madrid, 1990, págs. 5-7

⁹ NORTH D.C y THOMAS R. P. *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva Historia económica (900-1700)*. Ed.: Siglo XXI, Madrid, 1990, págs. 5-7. Dan, además, muy sólidos argumentos al respecto desde la perspectiva de la historia económica. Entre otros, exhiben el ejemplo español de los privilegios de la Mesta sobre los agricultores como ejemplo de derechos —los de los agricultores—, que, por no ser exclusivos, dificultaron el desarrollo económico en España. En efecto, los agricultores de diversas zonas no tenían la seguridad de recoger su cosecha —es decir, de apropiarse de sus ganancias— puesto que no podían evitar que los ganaderos llevaran sus ovejas a pastar a sus tierras. Los efectos del privilegio dado a la Mesta —e, inversamente, la falta de propiedad exclusiva de los agricultores—tuvieron efectos muy perniciosos, no solo sobre la voluntad de los agricultores de plantar sus cosechas cada año, sino sobre las inversiones en equipo capital —semillas, abancalamientos, drenajes— que aumentan la productividad y son la base del crecimiento a largo plazo.

Los derechos de propiedad los concedió el Rey a cambio de unos ingresos fiscales. De esta forma se estipularon unos derechos de propiedad que impidieron que el aumento de la tasa

social de beneficios derivada de los aumentos potenciales de la productividad de la tierra los llevasen a cabo los agricultores, porque no se podían apropiar de estos beneficios potenciales.

En conclusión, el sistema ineficiente de derechos de propiedad —la falta de derechos exclusivos— frenó el desarrollo en España. Algo parecido sucedió en Francia con los privilegios de ciertos monopolios locales. Por el contrario, en Inglaterra y Países Bajos, donde los intereses comerciales eran políticamente más fuertes, y la sociedad tenía cuerpos representativos más poderosos, el sistema institucional de derechos de propiedad permitió un uso más ágil de los recursos que, de un lado, promovía y, de otro, respondía a las necesidades crecientes de los mercados. Véase capítulo 8 de la citada obra.

¹⁰ NORTH D.C y THOMAS R.P. op. cit. pp. 7-9.

¹¹ SJAASTD E y BEOMLEY E.D, *The Prejudices of Property Rights: On Individualism, Specificity, and Security in Property Regimes*, en *Development Policy Review*, 18 (4):365-89.

¹² DE SOTO H. *El misterio del capital*. Ed.: Península. Barcelona, 2001, pág. 184. Observa DE SOTO que es la ley la que fija y realiza el capital. En occidente la ley no se preocupa tanto por representar la realidad física de las edificaciones o de la propiedad raíz, sino más bien por establecer un proceso o reglas que permitan a la sociedad extraer el potencial excedente de esos activos. Hoy, en la mayor parte de los países del tercer mundo el desafío no consiste en poner todas las edificaciones y la tierra sobre el mismo mapa —algo que probablemente ya se ha hecho— sino en integrar las convenciones legales formales con las extralegales.

¹³ SUGDEN R. *Spontaneous Order* en *Journal of Economic Perspectives* 3, n.º4, 1989, pp.85-97.

¹⁴ En economía, la noción de eficiencia tiene, básicamente, dos acepciones: 1) La eficiencia en el sentido de PARETO. La asignación de recursos es superior en el sentido de Pareto cuando mejora la posición de, al menos, una persona sin empeorar la posición de nadie. Esta noción parte del supuesto de información completa, voluntariedad de la transacción y ausencia de efectos externos. En otras palabras, el criterio de la superioridad en el sentido de Pareto requiere la unanimidad de todas las personas afectadas. Se trata, por lo tanto, de una concepción de la eficiencia válida para el modelo perfectamente competitivo pero con pocas aplicaciones en el mundo real; 2) Criterio de KALDOR-HICKS o de maximización de la riqueza. Si A valora un bien en 5 y B en 12 con un precio de venta de 10 —de hecho, con cualquier precio de venta entre 5 y 12— la transacción generará un beneficio total de 7. Con un precio de 10, p. ej., A se considerará 5 mejor y B 2 mejor. Habría una transacción eficiente siempre que el daño causado —si hay alguno— a terceros —menos los beneficios que se les confieran— no excedan de 7. La transacción solo sería superior en el sentido de PARETO si A y B compensaran efectivamente a los terceros por los daños que les causen. El concepto de KALDOR-HICKS también recibe el nombre de superioridad potencial de PARETO: los ganadores podrían compensar a los perdedores aunque no lo hicieran efectivamente.

Dado que, en el mundo real, casi nunca se dan las condiciones para la superioridad en el sentido de PARETO, pero los economistas hablan constantemente de la eficiencia —de hecho, es el nervio de la Economía— está claro que la noción de eficiencia comúnmente aceptada no es la superioridad en el sentido de PARETO sino en el sentido KALDOR-HICKS. Véase POSNER R., *El análisis económico del derecho*. Ed.: Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 21.

¹⁵ HARDIN G. “The Tragedy of the Commons,” en ACKERMAN B. *Economic Foundations of Property Law*, Little Brown & Company, 1975, pp 2-12. En relación a los problemas que plantea la propiedad comunal. OSTROM E., *Governing the Commons, The Evolution of Institutions of Collective Action*, Cambridge University Press, primera edición, 1990, impre-

sión —número veintidós, 2008—. También MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Ed.: Thomson Reuters, 2011, pág.45.

¹⁶ LAMSDORFF-GALAGANE V. *Teoría Económica del Derecho*, Ed.: Personal, Madrid, 2007, pág.12

¹⁷ En relación a la diferente eficiencia de los regímenes de propiedad privada —cuando es posible—, propiedad comunal y bienes de acceso libre, véase ELLICKSON R.C., *Property in Land*, en *The Yale Law Journal*, 1992-1993. Véase también MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P. *Estado, Propiedad, Mercado*. RCDI, núm 708, 2008.. También MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Ed.: Thomson Reuters, 2011, especialmente páginas 29 a 67.

¹⁸ NORTH D.C. y THOMAS R. P. *El nacimiento el mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)*. Ed.: Siglo XXI-Madrid, 1990, pp.: 157-160.

¹⁹ Para un análisis detallado de esta cuestión, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Estado, Propiedad, Mercado*, en RCDI núm.: 708 (Julio-Agosto 2008), especialmente pp.: 1505-1523.

²⁰ Véase NORTH D.C y THOMAS R.P., op. cit. especialmente capítulo 8 y NORTH D.C., en *Estructure and Change in Economic History*, New York, W.W Norton, 1981, especialmente el capítulo 3 “A Neoclassical Theory of the State”. Véase, asimismo, NORTH. D.C. *Understanding The Process of Economic Change*, Ed.: Princeton University Press, 2005. NORTH D.C. WALLIS J.J. y WEINGAST B.R. *Violence and Social Orders. A conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*, Cambridge University Press, 2009. En este ultimo trabajo argumentan que la lógica del control de la violencia en las *open access societies* —que corresponden en líneas generales a los Estados de Derecho—, incluye tres elementos:1)La organización consolidada de las fuerzas militares y de policía debe estar sujeta al control del sistema político; 2) el sistema político debe estar constreñido por un conjunto de instituciones y de incentivos que limiten el uso ilegítimo de la violencia,y 3) para que una facción política o partido permanezca en el poder debe contra con el apoyo de los intereses económicos y sociales ampliamente definidos. (op. cit. pp.: 21-22).

²¹ Es ésta una idea general dentro de la economía neo-institucional. Además de las referencias de NORTH D.C. ya citadas, reviste especial interés BARZEL Y. *A Theory of The State. Economic Rights, Legal Rights, and the Scope of the State*, Cambridge University Press, 2002. Para BARZEL, el surgimiento —por razones de economía de escala— de un *force-using protector* común a dos o más individuos, junto con el mecanismo de *enforcement* que él crea, constituye el fundamento de los *legal rights* (pág. 165). Una vision ligeramente distinta puede encontrarse en EGGERTSSON T., *Open Access versus Common Property*, pp.: 73-90, en *Property Rights. Cooperation, Conflict and Law*, ANDERSON T.L & McCHESNEY F.S (ed), Princeton University Press, 2003.. ALSTON L. J y MUELLER B., “Property Rights and The State”, en MÉNARD C. y SHIRLEY M.M. *Handbook of New Institutional Economics*, MÉNARD C. y SHIRLEY M.M., Ed.:Springer, Berlin Heidelberg, 2008.

²² Por “protección de los propietarios” no hay que entender la protección de los propietarios como clase social, sino la protección del sistema de “*property rights*” que implica la protección de quienes hayan adquirido recursos escasos conforme a las reglas establecidas o reconocidas por el Estado. Cuanto mayor sea el alcance de la intervención del Estado en la definición y protección de estos derechos y más facilite su transferencia, mayor número de propietarios habrá, pues menores serán sus costes de protección. BARZEL Y., *A Theory of The State. Economic Rights, Legal Rights, and the Scope of the State*, Cambridge University Press, 2002, pág. 32. Entre nosotros, esta idea ya fue resaltada por PEÑA BERNALDO DE

QUIRÓS, en relación a los bienes inmuebles, el cual afirmaba: “El Registro, al dar seguridad a los derechos inscritos, facilita su tráfico y facilita el crédito, y, sobre todo el crédito territorial; ha contribuido, así, al desarrollo de la economía (la construcción, la agricultura, la industria) y también ha facilitado la multiplicación de los propietarios (al contribuir a la seguridad de la adquisición de pisos y locales a plazos)”. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M. *Derechos reales. Derecho Hipotecario. T. II*, pág. 439. Ed.: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999.

²³ Esta definición del Estado como *the organization of enforcers* es utilizada por NORTH D.C, WALLIS J.J. y WEINGAST B.R. en op. cit., pág. 17, para referirse al Estado. Según estos autores, cuanto mayor sea el tamaño de una sociedad, mayor es el conjunto de *enforcers* que debe ser organizado. Teóricamente, sobre este punto, los argumentos pueden seguir dos caminos: el Estado puede ser tratado como un actor singular o como una organización de organizaciones. La mayor parte de los científicos sociales lo consideran como *the organization of the enforcers*, tratándolo como una entidad singular que actúa de reguladora, ostentando el monopolio del uso legítimo de la violencia. Como observan estos autores, este planteamiento, si bien simplifica el análisis, omite cómo la dinámica interna de las relaciones entre la élite afecta al modo como el Estado interactúa con toda la sociedad.

²⁴ Véase BARZEL Y.A *A Theory of The State. Economic Rights, Legal Rights, and the Scope of the State*, Cambridge University Press, 2002, pág. 46. Por otro lado, como ponen de manifiesto ANDERSON T. L. y McCHESNEY, hay al menos tres razones por las cuales los individuos atribuyen a un agente único —el Estado— el monopolio del uso legítimo de la violencia (op. cit. pág.: 196):

1. Un agente independiente con un poder de coerción sancionado colectivamente puede servir de salvaguarda contra los problemas del dilema del prisionero inherentes a los acuerdos privados. En el dilema del prisionero, una parte de un acuerdo pueda ganar rompiéndolo si la otra parte permanece en él, y viceversa. P. ej.: A y B acuerdan limitar el uso de un recurso de acceso abierto. Si A respeta el acuerdo, B puede ganar expandiendo su uso. Dado que ambas partes tienen un incentivo para romper el acuerdo, éste puede ser roto, y de este modo, se reproduciría la tragedia de los bienes comunes. Recurrir a una “*third party enforcer*” con el poder de forzar a las partes a permanecer en el acuerdo o de castigar a los incumplidores provee un potencial de ganancias netas suficientes como para organizar un Gobierno.

2. Relacionado con los problemas del dilema del prisionero, la acción colectiva puede hacer surgir el problema del “*free-rider*” en relación con los pagos necesarios por protección contra las fuerzas exteriores. Es un problema que afecta, en general, a los bienes públicos no exclusivos. La protección de la propiedad frente a las amenazas exteriores, especialmente las relacionadas con las fronteras nacionales, no escapa del problema del “*free-rider*” porque es difícil proteger a un individuo sin proteger a los demás. La capacidad para resolver el problema del *free-rider* suministra otra justificación económica para obligar coercitivamente a que todos los beneficiarios paguen.

3. A menudo, la acción colectiva puede defender el derecho de propiedad más eficientemente mediante el uso de la fuerza. En muchas situaciones hay economías de escala en el uso de la fuerza. Así, un ejército puede defender mejor un territorio que un número de individuos desorganizados. En este sentido, la atribución al Estado del monopolio del uso legítimo de la violencia se configura como un monopolio natural.

²⁵ Afirma DE SOTO que no sabemos encontrar el proceso clave que permite convertir el potencial económico de un inmueble en capital. Eso se debe a que ese proceso clave no fue deliberadamente establecido para crear capital, sino con el propósito más sencillo de proteger la

propiedad inmueble. A medida que los sistemas de propiedad de los países occidentales fueron creciendo, imperceptiblemente fueron desarrollando diversos mecanismos cuya combinación en un proceso empezó a producir más capital que nunca. En Occidente estos mecanismos se usan todo el tiempo, pero la gente no advierte sus funciones generadoras de capital, pues no llevan esa etiqueta. Los percibimos como parte del sistema que protege la propiedad, no como mecanismos entrelazados para la fijación del potencial económico de un activo de modo que pueda ser convertido en capital. DE SOTO H. *El misterio del capital*, pág. 65. Ed.: Península, Barcelona, 2001..

²⁶ 19 NORTH D. C. *Estructura y cambio en la historia económica*. Alianza Ed.: Madrid, 1994, p. 22.

²⁷ OLSON M. *Poder y prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas*. Ed.: Siglo XXI, Madrid, 2001, pág. 231.

²⁸ Véase NORTH D.C y THOMAS s R. P, *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva Historia económica (900-1700)*. Ed.: Siglo XXI, Madrid, 1990, págs. 5-7, especialmente capítulo 8 y NORTH D.C, *Estructure and Change in Economic History*. Nueva York W.W Norton, 1981. Especialmente el capítulo 3: "A Neoclassical Theory of the State". El poder del soberano está limitado por los costes de agencia y sometido a las restricciones de la competencia. Si el soberano suministra el orden público y otros servicios a precios desorbitados, lo más probable es que su comportamiento provoque el que otros agentes del poder de dentro o de fuera del Estado ofrezcan un sistema de impuestos más favorable. La capacidad impositiva se halla también limitada por el problema de los costes de agencia y de medición. Para recaudar impuestos se debe definir y medir la base imponible y se deben liquidar y recaudar los impuestos. Para acometer esta tarea, el soberano deberá delegar en un gran número de agentes, y si es un gobernante racional, tratará de establecer acuerdos que minimicen el coste de agencia. Si los gobernantes no incurrieran en costes de transacción positivos al proceder a la recaudación de impuestos, preferirían una estructura de derechos de propiedad que maximizara la base imponible. Cuando los costes de transacción son elevados, es frecuente que, por su propio interés, los gobernantes diseñen estructuras adecuadas de derechos de propiedad para que la economía crezca rápidamente.

²⁹ NORTH D.C. *Instituciones, cambio institucional desempeño económico*. Ed.: Fondo de Cultura Económica, México 1995pp. 82-83.

³⁰ NORTH D.C. *Instituciones, cambio institucional desempeño económico*. Ed.: Fondo de Cultura Económica, México 1995. pág. 73.

³¹ BARZEL Y., *A Theory of The State. Economic Rights, Legal Rights, and the Scope of the State*, Cambridge University Press, 2002 pág. 4.

³² POSNER R. *El análisis económico del derecho*. Ed.: Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 37. Traducción de la obra original *Economics Analysis of Law*. Little Brown & Company, Boston & Toronto, 2.^a ed. 1977. En las páginas que siguen utilizaré indistintamente la expresión *derechos reales*, -que en español suele excluir el derecho de propiedad en sentido estricto y referirse únicamente a los derechos reales limitados que el propietario puede conceder a terceros mediante la atribución de una o varias de las facultades que integran su dominio— y la expresión *derechos de propiedad* con un sentido semejante al que tiene la expresión anglosajona *property rights* en el ámbito del análisis económico del derecho, que incluye no solamente el derecho de propiedad, tal y como suelen definirlo los Códigos Civiles, sino también los derechos reales limitados.

³³ Véase DNES A. W., *The Economic of Law. Property, Contracts and Obligations*, Ed.: Thomson-South-Western, Canadá, 2005 16 y 17.

³⁴ Véase DNES A.W *The Economics of Law. Property, Contracts and Obligations*. Ed.: Thomson-South-Western, Canada, 2005, pp. 16 ss. Asimismo, Lepahe H. *Por qué la propiedad*. Ed.: Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1986. Pp. 85 ss. También North D.C *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Ed.: Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pp. 53 ss.

³⁵ LEPAGE H. *¿Por qué la propiedad?*, pág. 100. Ed.: Instituto de Estudios Económicos, 1986.

³⁶ GWARTNEY J., LAWSON R., y BLOCK W., ponen de manifiesto cómo en economías con más altos niveles de libertad económica la renta *per capita* creció aproximadamente un 2.5%, frente a una caída del 1.5%, en economías con un menor grado de libertad entre 1980 y 1995. En *Economic Freedom of the World: 1975-1995*. Vancouver, BC, Canada: The Fraser Institute. KEEFER PH. y KNACK S. afirman asimismo que la ausencia de seguridad en el imperio de la ley disminuye las tasas de crecimiento económico. En *Why Don't Poor Countries Catch Up? A Cross-National Test of an Institutional Explanation*. *Economic Inquiry* 35: 590-562. 1997. Asimismo, NORTON pone de manifiesto cómo la existencia de unos derechos de propiedad fuertes y de un entorno institucional de calidad se revelan como importantes factores en la mejora del bienestar humano. NORTON S.W. 1998. *Property Rights, the Environment, and Well-Being*. En *Who Owns the Environment?*. Ed.: ANDERSON T.L. y HILL P.J.. LANHAM, MD: Rowman and Little Field Publishers, 37-54. Citados por estos últimos autores en op. cit. pág. 7.

³⁷ La idea de que la escasez de recursos se halla en el origen de la propiedad está muy extendida entre los autores. En este sentido. FUROBOTN y RICHTER sostienen que la regulación de la conducta es indispensable en un mundo de escasez. La relacionan también con la existencia de costes transaccionales. Véase FUROBOTN E.G y RICHTER R. *Institutions & Economic Theory. The Contribution of the New Institutional Economics*, pp. 79-80. Second Edition. University of Michigan Press, 2005. Desde otro punto de vista, LAMSDORFF-GALAGANE —partiendo de las ideas expuestas por HARDIN G.— pone de manifiesto que la propiedad privada es nuestro sistema de conservación de los bienes escasos, porque éstos, sin dueño, desaparecen. Esta y no otra es la función social de la propiedad, pues permite optimizar el aprovechamiento de los recursos escasos de nuestro planeta. Véase LAMSDORFF-GALAGANE V. *Teoría económica del Derecho*, pp. 11-12, Edición personal. Madrid, 2007. Fundamental sobre la materia, Ackerman B. *Economic Foundations of Property Law*, Little Brown & Company.

³⁸ El modelo perfectamente competitivo —modelo walrasiano estándar neoclásico— parte de la premisa básica de información plena —cada uno elige como si conociese el resultado de todas sus posibles acciones— y de racionalidad paramétrica —cada uno elige como si sus acciones fueran el único factor variable, tomando las acciones de los demás como circunstancias fijas. En el mundo real, sin embargo, hay imperfecciones en la información. El mercado opera bajo condiciones de incertidumbre y, precisamente por eso, falla. De hecho, si a los modelos teóricos les agregamos información imperfecta nos acercamos muy deprisa a los mercados reales, que se caracterizan porque el mercado resulta muy costoso. El hecho de que realizar transacciones sea costoso hace que sea primordial la asignación de derechos de propiedad, introduce la cuestión de la organización económica y hace que la estructura de las instituciones políticas sea clave para la comprensión del crecimiento económico. Para el desarrollo de estas ideas, véase COASE R.H. *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Ed. Madrid, 1994. ACKERMAN B.A *Economics Foundations of Property Law*, Little Brown and Company.

³⁹ Como afirma MONTÉS, en la concepción liberal, que inspira el Código civil español, el individuo es la unidad social primaria y básica. El fin de la propiedad es atribuir los bienes al individuo, por lo que la propiedad es remitida al querer del individuo, y no puede ser caracterizada por una destinación típica, que implicaría una diversa estructura de la relación entre el particular y el grupo. Concebido el individuo como ser trascendente, como valor en sí, desgajado e independiente de los grupos sociales —de los grupos intermedios— solo frente al Estado, el ejercicio del derecho se concibió como acto de libertad individual, defendido formalmente y remitido a la determinación de la libertad individual. MONTÉS. V.L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, pág.54, Ed.: Civitas, Madrid, 1980.

⁴⁰ Como afirma DEMSETZ una característica esencial de la propiedad privada es la exclusividad, la cual significa que el propietario puede usar el recurso como le plazca, si bien sujeto a las limitaciones legales, y que quienes no son propietarios no pueden usar el recurso sin permiso del propietario. Véase DEMSETZ H. “Ownweship and Exchange” en *From Economic Man to Economic System. Essays on Human Behavior and the Institutions of Capitalism*, pág 96. Ed.: Cambridge University Press, 2008.

⁴¹ En este mismo sentido puede verse LASARTE C. según el cual la propiedad es el “*poder de maxima amplitud que el ordenamiento jurídico otorga sobre las cosas*”. LASARTE C. Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad”, Bilbao, 1977, en *Estudios de Deusto*, Vol.XXV, Enero-junio, pág.105.

⁴² Desde una perspectiva de dogmática jurídica, la doctrina distingue claramente el poder o señorío en que la propiedad consiste, de cada una de sus facultades e, incluso, de la suma de todas ellas. De ese señorío se predicen los caracteres de generalidad, abstracción y elasticidad. ALONSO PÉREZ. los define del siguiente modo: “*La generalidad emanada de esa especie de infinitud dominical predicada por la codificación napoleónica o por el absolutismo conceptual pandectista, significa la totalidad de los poderes que, al menos en potencia, puede el dominus ostentar sobre sus propios bienes. La abstracción, evocada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de España, de 26 marzo 1987 como característica esencial del tipo descrito en el artículo 348 del Código civil español español, supone la posibilidad de que el dominio como título jurídico, como derecho individual, viva separado de sus facultades naturales, con las que, abstraídas del derecho dominical, pueden constituirse otros derechos sobre bienes de menor entidad frutiva o posesoria (usufructo, arrendamiento, superficie, etc). La elasticidad, como la goma que tenemos entre las manos, supone que la propiedad se amplía o reduce en mayor o menor cantidad, respectivamente. “El dominio, se ha dicho, atrae y contiene necesariamente cuantas facultades dominicales no estén en poder de persona distinta del dueño. Cualquier facultad contenido de un ius in re aliena que queda nullius o se extingue, se reincorpora forzosa e inmediatamente a la propiedad por virtud de la vis atractiva de ésta” “.* Véase ALONSO PÉREZ M. “La propiedad en el Código Civil”, en la obra colectiva coordinada por DE DIOS S., INFANTE J., ROBLEDO R. y TORIJANO E. *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV-XX*, pág. 496. Ed.: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999. La cita del autor remite, a su vez a LACRUZ-LUNA-MENDOZA, *Elementos de Derecho Civil III*, vol. 1.º 2.ª p.2.ª ed. Barcelona, Bosch. 1988, pág. 24. En realidad las facultades no son sumandos, sino contenido o “aspectos parciales del señorío total o poder unitario del propietario”, ALBALADEJO M., *Derecho Civil III, Derecho de Bienes*, vol 1.º, 8.ª ed., Barcelona, Bosch, 1994, pág. 250. Como ha señalado el Tribunal Supremo español en diferentes sentencias el “dominio es el señorío abstracto y unitario sobre la cosa y no la suma de facultades de las que el propietario puede verse privado temporalmente, sin que por ello pierda la interacción potencial de su derecho, determinante

de la posibilidad de recuperación efectiva de todas las facultades dominicales” (STS de 2-oct-1975). En principio, estas afirmaciones del Tribunal Supremo hay que entenderlas referidas a la propiedad *abstracta* definida por el artículo 348 del Código civil. Por su parte, el Tribunal Constitucional, en un contexto más amplio ha afirmado —STC de 26 de Marzo de 1987— que “*la propiedad privada, en su doble dimensión, como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 del Código Civil... (Es un error) identificar el contenido esencial de la propiedad, atendiendo exclusivamente a lo que el Código Civil, declinando el siglo XIX, dispuso con carácter general en su artículo 348, porque tal pretensión no tiene para nada en cuenta las modulaciones y cambios que ha venido sufriendo desde entonces el instituto de la propiedad privada*” (F.J 2.º)

⁴³ La denominada “*función social de la propiedad*”, es un concepto jurídico vago e indeterminado, introducido por LEON DUGUIT a principios del siglo XX – véase su obra, *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, Ed.: Beltrán, Madrid, 1921, y el progresivo intervencionismo estatal, paralelo a la consagración de los denominados derechos sociales, así como el gran desarrollo tecnológico y el crecimiento demográfico han ido teniendo como consecuencia que sean cada vez más los objetos susceptibles de aprovechamiento respecto de los cuales se vayan imponiendo restricciones a tal aprovechamiento, hasta el punto de que se discute la existencia de un contenido mínimo o esencial del derecho de propiedad para que siga pudiendo hablarse del mismo. Una crítica sólida a las posiciones de DUGUIT, puede verse en LASARTE C., “Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad”, en *Estudios de Deusto* Vol. XXV (enero-junio 1977), págs.. 101 ss.. No se trata ahora de entrar en la discusión, sino, simplemente, de ponerla de manifiesto. La Constitución española reconoce el “derecho de propiedad privada” —art. 33.1.—, aunque no como derecho fundamental “en sentido estricto”, y establece en su favor, como garantía constitucional, que las leyes deben respetar “su contenido esencial” —art. 53—. Pero, a la vez, la Constitución proclama que la función social de la propiedad “delimitará su contenido de acuerdo con las Leyes”; y admite, mediante la correspondiente indemnización, la expropiación forzosa por causa de utilidad pública y de interés social —art. 33—. Prevé, además, diversas limitaciones: para preservar el medio ambiente —art. 45—, conservar el legado histórico, cultural y artístico —art. 46— o utilizar adecuadamente el suelo urbano —art. 47—. Diferentes leyes han ido desarrollando con gran amplitud estas denominadas limitaciones de la propiedad, bien imponiendo un modo de ejercicio —construir, sembrar— en función de los intereses sociales, bien acotando el poder del propietario para no menoscabar los fines comunes a que los bienes, no obstante la propiedad, siguen estando afectos— art.: 128.1 CE:” *Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general*”—.

⁴⁴ LIBECAP G., *Contracting for Property Rights*, Cambridge, University Press, 1989, pág. 142

⁴⁵ El *ius abutendi* no significa “derecho de abusar” en un sentido coloquial, sino extraer de la cosa todas sus potencialidades hasta consumirla si preciso fuere. Véase ALONSO PÉREZ M. “La propiedad en el Código Civil”, en la obra colectiva coordinada por DE DIOS S., INFANTE J., ROBLEDO R. y TORIJANO E. *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV-XX.*, pág. 480. Ed.: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.

⁴⁶ El *Code* —que inspira al Código civil en esta materia— construye el sistema jurídico-civil sobre la libertad, proyectando la 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 pro-

propiedad y el contrato. Es claro que la liberalización de la propiedad y la supresión de las cargas feudales hubiera tenido poco sentido si no hubiese sido acompañada por la plena posibilidad de hacer circular los bienes que son objeto de la misma propiedad. MONTÉS V.L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, Ed.: Civitas, Madrid, 1980, pp-54-58. En realidad, el *ius disponendi* es una característica esencial de la propiedad liberal y el contrato el instrumento jurídico para hacerlo efectivo.

⁴⁷ MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Ed.: Thomson Reuters, 2011, págs..84-101.

⁴⁸ DEMSETZ H. *Toward a Theory of Property Rights*. American Economics Review, n.º: 57, mayo 1967, pp. 347 ss.

⁴⁹ DEMSETZ H., “Ownership and The Externality Problem”, en *Property Rights. Cooperation, Conflict and Law*, pág. 145. Editores: ANDERSON T.L y MCCHESENEY F.S, Princeton University Press, 2003, pp.: 282-301.

⁵⁰ Esta idea aparece desarrollada por NORTH D.C. en *Instituciones, cambio institucional desempeño económico*. Ed.: Fondo de Cultura Económica, México 1995, especialmente págs, 53 ss. En esta obra el autor sostiene y desarrolla la tesis, fundamental en toda su obra, de que la eficiencia del sistema de derechos de propiedad depende de la eficiencia del sistema político, por lo que se requiere la elaboración de una teoría del Estado.

⁵¹ <https://www.bing.com/videos/riverview/relatedvideo?&q=The+objective%2c+entrevista+a+Benito+Arruñada+qpvt=The+objective%2c+entrevista+a+Benito+Arruñada&mid=D679BD4CFB2391A16D03D679BD4CFB2391A16D03&&FORM=VRDGAR>

⁵² En relación a los problemas de gobernanza de la propiedad comunal véase OSTROM E., *Governing the Commons, The Evolution of Institutions of Collective Action*, Cambridge University Press, primera edición, 1990, impresión —número veintidós, 2008—. También MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Ed.: Thomson Reuters, 2011, pág.45.

⁵³ Un excelente estudio de las diferentes tipologías edificatorias y de su evolución jurídica y urbanística puede verse en ARNAIZ EGUREN R., *Terreno y Edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*, especialmente págs.: 109-120. Ed.: Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010. En el mismo sentido, véase el excelente trabajo de VIEIGAS DE LIMA F.H., *Condominio em Edificações*, Editora Saraiva, Sao Paulo, 2010.

⁵⁴ LÓPEZ CÁNOVAS A., *La propiedad privada inmobiliaria. Bases constitucionales y régimen estatutario del contenido y función social de la propiedad urbana y la propiedad rústica*, ed. Thomson-Reuters-Aranzadi, 2015, pág.51

⁵⁵ El concepto de derechos de garantía institucional fue elaborado por C. SCHMITT partiendo del concepto de institución de M. HAURIOU. Afirma SCHMITT: “*mediante la regulación constitucional puede garantizarse una especial protección a ciertas instituciones. La regulación constitucional tiene entonces la finalidad de hacer imposible una supresión en vía legislativa ordinaria.*” SCHMITT C., *Teoría de la Constitución*, Ed.: Alianza, Madrid, 2001,pág.175. Esta concepción tuvo una gran repercusión posterior entre la doctrina iuspublicista y fue recogida en la Ley Fundamental de Bonn, cuyo artículo 19.2 dispone: “*En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial*”. Siguiendo esta misma línea, el artículo 53.1 CE dispone: “*Los derechos vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá respetarse el ejercicio de los derechos y libertades*”. No cabe, por lo tanto, invocar la función social de la propiedad, a la que se refiere el artículo 33.2 CE, para erosionar el contenido esencial del derecho.

⁵⁶ VERDERA SERVER R., *Pro proprietate. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada*, ADC, tomo LXXVI, 2023, fasc. III (julio-septiembre), pág. 891.

⁵⁷ LASARTE ALVAREZ C. *Principios de Derecho Civil*, T.IV, Ed.: Trivium, 1998, pág. 64.

⁵⁸ IHERING R. *El fin en el Derecho*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1978, págs. 251 ss.

⁵⁹ MOLTÓ DARNER J.M., “Algunas reflexiones sobre la función social de la propiedad en el siglo XXI”, en MOLTÓ DARNER J.M y PONCE SOLÉ J., *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad*, Ed.: Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pág. 36.

⁶⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario. T.I.*, Ed.: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, págs.: 205-206.

⁶¹ LÓPEZ CÁNOVAS A., *La propiedad privada inmobiliaria. Bases constitucionales y régimen estatutario del contenido y función social de la propiedad urbana y la propiedad rústica*, ed. Thomson-Reuters-Aranzadi, 2015, especialmente pág. 41.

⁶² VERDERA SERVER R., *Pro proprietate. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada*, ADC, tomo LXXVI, 2023, fasc. III (julio-septiembre), págs. 894-895.

⁶³ MOLTÓ DARNER J.M., “Algunas reflexiones sobre la función social de la propiedad en el siglo XXI”, en MOLTÓ DARNER J.M y PONCE SOLÉ J., *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad*, Ed.: Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pág. 36.

⁶⁴ Sobre la distinción entre interés general, interés público e interés particular, especialmente en el ámbito de la propiedad inmobiliaria, LÓPEZ CÁNOVAS A., *La propiedad privada inmobiliaria. Bases constitucionales y régimen estatutario del contenido y función social de la propiedad urbana y la propiedad rústica*, ed. Thomson-Reuters-Aranzadi, 2015, especialmente págs. 33-36. Como resalta el Tribunal Supremo —Sala Tercera— en su Sentencia de 24 de noviembre de 1981, “en la actualidad lo público y lo privado se entremezclan, a veces se confunden”.

⁶⁵ DOMENECH G., *La verdadera función social del derecho a la propiedad privada*, El Almacén del Derecho, jul, 22, 2024. <https://almacenederecho.org/la-verdadera-funcion-social-del-derecho-a-la-propiedad-privada>. Consultado el 5 de agosto de 2024. Como señala, esta concepción se refleja claramente, por ejemplo, en la STC 37/1987 (FJ 2), relativa a la reforma agraria andaluza. Y también se plasma en numerosas disposiciones legales, como la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana, en cuyo preámbulo se afirma que «la función social de la vivienda configura el contenido esencial del derecho [a la propiedad privada] mediante la posibilidad de imponer deberes positivos a su titular que aseguren su uso efectivo para fines residenciales».

⁶⁶ Véase REY F., *El devaluado derecho de propiedad privada*, en Persona y Derecho, Vol. 55, 2006, págs. 959-995.

⁶⁷ En este aspecto, resulta de especial interés la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2013 —Nobel vs. Holanda—, conforme a la cual: “Incluso suponiendo que el alquiler pagado no cubra todos los gastos relacionados con la vivienda, no puede decirse que la decisión del Tribunal Regional haya sido desproporcionada. El solicitante compró el edificio consciente de la cuantía del alquiler. Además, cabe suponer que una persona que compra un edificio para alquilarlo es consciente de las restricciones impuestas por el derecho interno en cuanto a la cuantía máxima del alquiler exigible por una determinada norma y los máximos aumentos anuales de alquiler permitidos. El Tribunal está de acuerdo con las autoridades nacionales que era responsabilidad del segundo solicitante incorporar este conocimiento en las negociaciones del precio cuando compró el edificio”.

⁶⁸ MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Ed.: Thomson Reuters, 2011, pp.51-64.

⁶⁹ DOMENECH subraya que esta es una de las ideas destacables de la interpretación dominante del artículo 33.2 CE: "Habida cuenta de que, conforme a la referida interpretación dominante, lo que se considera de interés público no es que los propietarios ejerzan sus facultades de usar y disponer libremente de ciertos bienes, sino que el legislador las restrinja, se comprende que muchos autores, disposiciones legales y sentencias eviten normalmente utilizar la expresión «función social del derecho de propiedad», que es la que emplea el artículo 33.2 CE, y hablen en su lugar de la función social de los correspondientes bienes. Sirva como ejemplo la citada Ley valenciana 2/2017, en la que la función social no se predica del derecho a la propiedad de la vivienda, sino de la vivienda misma". DOMENECH G., *La verdadera función social del derecho a la propiedad privada*, El Almacén del Derecho, jul,22,2024. <https://almacendederecho.org/la-verdadera-funcion-social-del-derecho-a-la-propiedad-privada>. Consultado el 5 de agosto de 2024

⁷⁰ Por ejemplo la Ley valenciana 2/2017, en la que la función social no se predica del derecho a la propiedad de la vivienda, sino de la vivienda misma.

⁷¹ En este sentido RODOTÀ S. Según este autor, si se lleva a cabo un análisis atento de los datos históricos, no puede ocultarse el hecho de que siempre ha existido una distinción de los bienes por razón de interés público, siendo éste el único resultado seguro no solo para distinguir entre bienes productivos y de consumo sino también para considerar tal distinción como no definitiva o exclusiva. RODOTÀ S. *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Ed.:Civitas, 1986, pág. 250

⁷² LÓPEZ CÁNOVAS A., *La propiedad privada inmobiliaria. Bases constitucionales y régimen estatutario del contenido y función social de la propiedad urbana y la propiedad rústica*, ed. Thomson-Reuters-Aranzadi, 2015, págs. 105-107.

⁷³ LÓPEZ CÁNOVAS A., *La propiedad privada inmobiliaria. Bases constitucionales y régimen estatutario del contenido y función social de la propiedad urbana y la propiedad rústica*, ed. Thomson-Reuters-Aranzadi, 2015, pág.106.

⁷⁴ Ello plantea la interesante cuestión de qué sucede cuándo una persona tiene un número relativamente elevado de viviendas. Puede considerarse que aquellas que son usadas regularmente por el titular o su familia son bienes destinados a satisfacer sus necesidades habitacionales y, por lo tanto, son bienes de consumo. No puede afirmarse lo mismo de las que no son usadas, permaneciendo cerradas o lo son muy ocasionalmente. En estos casos, no cubren necesidades habitacionales, por lo que pueden considerarse bienes de producción, pero improductivos. De ahí que en todos los países de la UE haya un tratamiento singular para este tipo de viviendas. Véase, MARÍN GARCÍA, I. y MILÀ RAFEL, R.: *El alquiler forzoso de la vivienda desocupada*, InDret, mayo 2007, ÁLVAREZ BARBEITO P., *Reflexiones sobre la fiscalidad de la vivienda en España*, AFDUDC, 12, 2008, 9-24, VINUESA J.; RIVA, J.M. y A.. PALACIOS A.J., *El fenómeno de las viviendas dsocupadas*, FUAM, 2008.

⁷⁵ RODRIGUEZ SANTIAGO, J. M: "Artículo 33", en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer Boletín Oficial del Estado-Tribunal Constitucional-Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, págs.1257-1258.

⁷⁶ Véase DOMENECH G. *¿Son constitucionalmente lícitas las restricciones de la libertad de empresa innecesarias o desproporcionadas?*. El Almacén del Derecho,15 de julio de 2024, <https://almacendederecho.org/son-constitucionalmente-licitas-las-restricciones-de-la-libertad-de-empresa-innecesarias-o-desproporcionadas>.

⁷⁷ DOMENECH G., *La verdadera función social del derecho a la propiedad privada*, El Almacén del Derecho, jul, 22, 2024. <https://almacenederecho.org/la-verdadera-funcion-social-del-derecho-a-la-propiedad-privada>

⁷⁸ Sobre los efectos negativos para el acceso a la vivienda de las leyes de control de precios de los alquileres, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *La crisis de asequibilidad de la vivienda. Análisis y propuestas*. Ed.: Tirant Lo Blanch, 2024, págs. 160-171

⁷⁹ DOMENECH G., *¿Son constitucionalmente lícitas las restricciones de la libertad de empresa innecesarias o desproporcionadas?*, publicado el 15 de julio de 2024 en El Almacén del Derecho. <https://almacenederecho.org/son-constitucionalmente-licitas-las-restricciones-de-la-libertad-de-empresa-innecesarias-o-desproporcionadas>.

⁸⁰ No obstante, no está de más recordar que el derecho a la propiedad privada no está entre los derechos más intensamente protegidos por la Constitución, no está en la sección primera del capítulo 2º del Título I, sino en la sección segunda. Concretamente, no puede ser objeto del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, carece de la protección judicial ordinaria “preferente y sumaria” a la que alude el artículo 53.2 CE, su regulación no se reserva a ley orgánica (art. 81.1 CE), Y no está protegido por la reforma constitucional más agravada del artº 168 CE. No extraña, por ello, que gran parte de la literatura española le niegue el carácter de “derecho fundamental”. REY F., *El devaluado derecho de propiedad privada*, en *Persona y Derecho*, Vol. 55, 2006, págs. 962-963.

⁸¹ DOMENECH G., *La verdadera función social del derecho a la propiedad privada*, El Almacén del Derecho, jul, 22, 2024. <https://almacenederecho.org/la-verdadera-funcion-social-del-derecho-a-la-propiedad-privada>

⁸² VERDERA SERVER R., *Pro proprietate. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada*, ADC, tomo LXXVI, 2023, fasc. III (julio-septiembre), pág. 898.

⁸³ VERDERA SERVER R., *Pro proprietate. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada*, ADC, tomo LXXVI, 2023, fasc. III (julio-septiembre), pág. 896.

⁸⁴ VERDERA SERVER R., *Pro proprietate. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada*, ADC, tomo LXXVI, 2023, fasc. III (julio-septiembre), págs. 938-939.

⁸⁵ REY F., *El devaluado derecho de propiedad privada*, en *Persona y Derecho*, Vol. 55, 2006, pág. 964.

⁸⁶ REY F., *El devaluado derecho de propiedad privada*, en *Persona y Derecho*, Vol. 55, 2006, pág. 962.

⁸⁷ También es una consecuencia, según REY del “arraigo que en la cultura jurídica española posee la concepción de la propiedad, prototípicamente la urbana, como un derecho de exclusiva configuración legislativa, ante el que la Constitución poco o nada tendría que decir, salvo, claro está, por lo que se refiere a la última (y casi única) barrera de protección, la garantía expropiatoria; por cierto, también muy debilitada a su vez”. *El devaluado derecho de propiedad privada*, en *Persona y Derecho*, Vol. 55, 2006, pág. 962.

⁸⁸ DOMENECH G., *La verdadera función social del derecho a la propiedad privada*, El Almacén del Derecho, jul, 22, 2024. <https://almacenederecho.org/la-verdadera-funcion-social-del-derecho-a-la-propiedad-privada>

⁸⁹ Díez-PICAZO L. M.^a, “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, *De los derechos y deberes fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 84-85

⁹⁰ LÓPEZ CÁNOVAS A., *La propiedad privada inmobiliaria. Bases constitucionales y régimen estatutario del contenido y función social de la propiedad urbana y la propiedad rústica*

ca, ed. Thomson-Reuters-Aranzadi, 2015, pág.85. En el mismo sentido, AGUDO GONZÁLEZ —citado por LÓPEZ CÁNOVAS— según el cual la interpretación sistemática de los artículos constitucionales “exige entender (...) que en ningún caso la función social forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad”. AGUDO GONZÁLEZ J. *Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria*, Revista de Administración Pública, n.º 185 (2011), pág.27.

⁹¹ DOMENECH G., *La verdadera función social del derecho a la propiedad privada*, El Almacén del Derecho, jul,22,2024, <https://almacenederecho.org/la-verdadera-funcion-social-del-derecho-a-la-propiedad-privada>

⁹² NOGUERA FERNANDEZ, A.: “Regular los alquileres en un entorno hostil: la función social de la propiedad y la lucha por el derecho a la vivienda en España”, en AA.VV., *Regular los alquileres. La lucha por el derecho a una vivienda digna en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág.24.

⁹³ GARCIA DE ENTERRIA E: *Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas*, Revista de Administración Pública, 1996, n.º 141, p. 134

⁹⁴ ARRUNADA B “La crisis del derecho de propiedad”, en AA.VV., *La propiedad privada en España. La necesidad de reconocer los derechos de propiedad en materia de vivienda. Índice de Derecho de Propiedad 2020*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2021, pag.54

⁹⁵ VERDERA SERVER R., *Pro proprietate. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada*, ADC, tomo LXXVI, 2023, fasc. III (julio-septiembre), págs..875-876.

⁹⁶ RODRIGUEZ SANTIAGO, J. M: “Artículo 33”, en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española. xl Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer Boletín Oficial del Estado-Tribunal Constitucional-Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, págs.1257-1258.

⁹⁷ DíEZ-PICAZO, L.: “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, t. II, De los derechos y deberes fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, págs.152-1153

⁹⁸ REY F., *El devaluado derecho de propiedad privada*, en Persona y Derecho, Vol.55,2006,pág.974.

⁹⁹ REY F., *El devaluado derecho de propiedad privada*, en Persona y Derecho, Vol.55,2006, pág.975: “Se impone, pues, como es corriente en la literatura y la jurisprudencia alemanas, una diferenciación “por escalas” de los distintos tipos de propiedad (semejante a la que se postula también en relación con otros derechos constitucionales igualmente abstractos, como los de libertad e intimidad)”.

¹⁰⁰ REY F., *El devaluado derecho de propiedad privada*, en Persona y Derecho, Vol.55,2006,pág.976.

¹⁰¹ REY F., *El devaluado derecho de propiedad privada*, en Persona y Derecho, Vol.55,2006,pág.976.

¹⁰² NASARRE AZNAR S. *El proyecto de Ley de vivienda de 2022*, en FEDEA, 2022, Informes y Papeles de Grupo de Trabajo Mixto, Covid-19, pág.5.

¹⁰³ Desarrollo más ampliamente esta idea en MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P, *La crisis de asequibilidad de la vivienda. Análisis y propuestas*. Ed.: Titant Lo Blanch, 2024, págs. 127-152.

¹⁰⁴ Los servicios sociales de interés general son aquellos que atienden a las necesidades de los ciudadanos más vulnerables y se basan en los principios de solidaridad e igualdad de acceso. Pueden ser tanto económicos como no económicos. Como ejemplos cabe citar los regímenes de seguridad social, los servicios de empleo y la vivienda social. Por ello, solo la vivien-

da social puede ser considerada como servicio social de interés general, lo que no obsta para poder considerarla como servicio de interés general, que son aquellos que las administraciones públicas de los Estados miembros de la UE consideran como tales y que, en consecuencia, están sujetos a obligaciones específicas de servicio público. Pueden prestarlos tanto el Estado como el sector privado. Algunos ejemplos de servicios de interés general son los transportes públicos, los servicios postales y la asistencia sanitaria. Y, concretamente, como un servicio de interés general, de carácter no económico. Los servicios no económicos —por ejemplo, la policía, la justicia y los regímenes obligatorios de seguridad social— no están sometidos a ninguna legislación europea específica ni a las normas de competencia y mercado interior. Véase file:///Users/fpmendez/Documents/Vivienda%20Servicios%20de%20interés%20general%20-%20Comisión%20Europea.webarchive. Consultado el 28 de marzo de 2024.

¹⁰⁵ En este sentido NASARRE AZNAR S. *El proyecto de Ley de vivienda de 2022*, en FEDEA, 2022, Informes y Papeles de Grupo de Trabajo Mixto, Covid-19, págs. 9 y 10. GÓMEZ GÁLLIGO J., *El Registro de la Propiedad forma parte del núcleo esencial del dominio*, RCDI, núm.801, enero-febrero-2024, págs. 21-31

¹⁰⁶ “En el recurso interpuesto por la Junta de Andalucía no se impugna el artículo 10 y del artículo 11 solamente el núm.1. e, sin trascendencia alguna en relación a las facultades de los propietarios. El 11.1.e dispone: “1. Además de los deberes establecidos en la legislación estatal de suelo en función de la situación básica de los terrenos en los que se sitúe la vivienda, de conformidad con la legislación en materia de ordenación territorial y urbanística de aplicación, el derecho de propiedad de vivienda queda delimitado por su función social y comprende los siguientes deberes: ... e) En caso de que la vivienda se ubique en una zona de mercado residencial tensionado, cumplir las obligaciones de colaboración con la Administración competente y suministro de información en los términos establecidos en el Título II de esta Ley.”

¹⁰⁷ NASARRE AZNAR S. *El proyecto de Ley de vivienda de 2022*, en FEDEA, 2022, Informes y Papeles de Grupo de Trabajo Mixto, Covid-19, pág.19

¹⁰⁸ Si llegan a declararse constitucionales los artículos 10 y 11 de la Ley por el derecho a la vivienda, entonces podrían ser constitucionales medidas contenidas en leyes que el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucionales, como ha puesto de manifiesto NASARRE AZNAR: “...la STC 106/2018 (sobre la Ley 2/2017 de vivienda de Extremadura) afirmó que lo de imponer sanciones por viviendas vacías “no implica necesariamente una regulación que imponga el ‘deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto en el ordenamiento jurídico’ como configurador del real contenido esencial de aquel derecho”. Esta sentencia, recoge lo que previamente habían ya estipulado las SSTs 16/2018 (sobre Ley de vivienda de Navarra) y 32/2018 sobre la de Andalucía (esta vez, su Ley 4/2013 en este punto con el contenido del DL 6/2013 mencionado), pronunciándose esta segunda, en el sentido que “este tipo de previsiones autonómicas en que se establece el deber de destinar la vivienda de un modo efectivo a habitación, en la medida en que en el contexto normativo en que se inserta no se configura como real deber del propietario, sino como un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda, no puede afirmarse que forme parte del contenido esencial de ese tipo de derecho de propiedad”. Y la primera que: “Ello supone que el destino efectivo de la vivienda al uso residencial [...] no es un deber del propietario sino un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda” y que “[los preceptos impugnados] no prevén, ni siquiera de un modo tácito, que el deber de destinar la vivienda de un modo efectivo a habitación forme parte del contenido esencial de ese tipo de derecho de propiedad como manifestación de su función social”, de manera que el TC no vio que se habían vulnerado las competencias de los artículos 149.1.1 ni 149.1.8, es decir, competencia en Dere-

cho civil.” NASARRE AZNAR S. *El proyecto de Ley de vivienda de 2022*, en FEDEA, 2022, Informes y Papeles de Grupo de Trabajo Mixto, Covid-19, pág.9

¹⁰⁹ NASARRE AZNAR S. *El proyecto de Ley de vivienda de 2022*, en FEDEA, 2022, Informes y Papeles de Grupo de Trabajo Mixto, Covid-19, pág.5.

*Trabajo recibido el 20 de enero de 2025 y aceptado
para su publicación el 24 de febrero de 2025*

