

El concepto de propiedad y su incidencia en la actual crisis económica

FRANCISCO LA MONEDA DÍAZ

Doctor en Derecho. Abogado

Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Extremadura

Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

El artículo 348 del Código Civil establece que:

«La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes» (1).

En realidad esta concepción obedece a la época en que dicho precepto nació. Nuestro Código Civil, promulgado el 24 de julio de 1889, venía gestándose desde la Constitución de Cádiz de 1812, que en su artículo 258 establecía:

«El Código Civil y Criminal serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes».

Pues bien, por las contingencias políticas y sociales del siglo XIX en nuestra nación, de sobra conocidas (2), de tremendos y repentinos cambios en

(1) En realidad se trata de una copia prácticamente literal del *Code* francés o Código Civil napoleónico de 1804, en su artículo 544, así como del concepto recogido en el Código Civil italiano (copia, a su vez, del francés) de 1849.

(2) Desde el punto de vista histórico, durante el precitado siglo, como acontecimientos más destacables, podemos citar el motín de Aranjuez, la guerra de la independencia (con las tremendas convulsiones y cruentas batallas como las de Bailén, Arapiles, Ciudad Rodrigo, La Albuera, Vitoria, Zaragoza...), vuelta del absolutismo con la llegada de Fernando VII, pronunciamiento de Riego en 1820, trienio liberal, los Cien Mil Hijos de San Luis, vuelta al absolutismo, regencia de María Cristina, reinado de Isabel II, regencia de

la presidencia del gobierno de turno, y correspondientemente en el Ministerio de Gracia y Justicia (García Goyena, Francisco Silvela, Alonso Martínez...) y consecuentemente en la Comisión General de Codificación, no es hasta la indicada fecha de 1889 cuando ve la luz nuestro cuerpo sustantivo civil. Durante este siglo son varias las constituciones de distinto carácter que van a alumbrarse y truncarse, como el Estatuto de Bayona (que tiene categoría de carta otorgada), la Constitución de Cádiz de 1812, el Estatuto Real de 1837, la Constitución de 1845, la de 1869, la de 1876 que rigió hasta la de la II República de 1931.

En dicho precepto se pone de manifiesto prácticamente la inexistencia de límites al derecho de propiedad, considerado en la realidad de la época como un derecho por naturaleza absoluto.

Sin duda ello responde a la concepción individualista de la época, propia y característica del romanticismo reinante, corriente ésta imperante durante el desarrollo de los trabajos de la propia Comisión General de Codificación que desarrollaba la redacción de los preceptos del Código Civil y que alargó sus trabajos durante varios decenios.

Como es bien sabido, el romanticismo nace en las postrimerías de la Alemania de finales del siglo XVIII y se extiende en Europa hasta bien entrada la primera mitad del siglo XIX.

El *romanticismo* preconiza lo infinito, lo sublime, lo maravilloso y lo fantástico. Era la convicción suscitada por KANT de la originalidad y de la actividad de la naturaleza espiritual (3).

Espartero, alternancia de diversos y variados gobiernos, entre ellos los de Narváez, O'Donnell, tres guerras carlistas, revolución de 1868 con la batalla de Alcolea, regencia de Serrano, presidencia y asesinato de Prim, instauración de nueva dinastía en la persona del Duque de Aosta, Amadeo de Saboya, 1.^a República (Salmerón, Pi y Margall, Castelar...) entrada del general Pavía, pronunciamiento del General Martínez Campos en Sagunto, restauración de la monarquía en la persona de Alfonso XII, gobierno de Cánovas, Sagasta, pérdida de las últimas colonias en 1898...

(3) Los primeros románticos alemanes se distinguieron por su individualismo radical. Uno de sus aspectos más característicos era la íntima conexión entre el arte y la vida. El poeta no lo era por lo que su genio creaba, sino que su vida humana era también materia esencial de su creación artística. De ahí provenía con frecuencia el desequilibrio, a veces trágico (piénsese en Mariano José de Larra), en la vida del poeta, resultado del conflicto permanente entre el ideal y la realidad.

Esto se manifiesta claramente en Schiller y Goethe, donde *Fausto* (interpretada musicalmente por otro romántico Franz Liszt) representa la supeditación de la vida al ideal. En Inglaterra, el *Manfredo* de Lord Byron es el que mejor representa el desequilibrio moral producido por el conflicto permanente entre realidad e ideal.

Francia presenta como exponentes a Chateaubriand, Madame Staël, Madame de Staël, Alejandro Dumas o el mismo Víctor Hugo, enorme y profuso como un soplo único en la poesía de su país.

En España, como señala Menéndez Pelayo, los primeros atisbos de esta corriente la encontramos en 1823 en las revistas publicadas por Aribau y López Soler. El Duque de Rivas (primer presidente del Ateneo de Madrid) se lanza frenético al romanticismo con su

En la Filosofía y el Derecho destaca la Escuela Histórica del famoso jurisconsulto Federico Carlos VON SAVIGNY, quien en contraposición a la concepción racionalista, como comenta ENNECCERUS, presenta al derecho como dado por el pueblo mismo, como el lenguaje y las costumbres y como incorporado al mismo pueblo. Es el inicio de la exaltación de los nacionalismos periféricos de escaso fondo histórico que exaltan el individualismo de los pueblos, en contra de los anteriores y posteriores postulados de grandes naciones como pueblos integradores de una colectividad.

Como vemos, a título meramente enunciativo (en la literatura, la música, la pintura o la filosofía) y nunca con carácter taxativo ni excluyente, el siglo XIX fue bien distinto al XX, y no digamos al siglo XXI. Sin duda se trataba de un siglo en el que imperaban modas o corrientes de forma unívocamente global, en todas las artes y las ciencias. Un estilo que se adueñó durante una decena de décadas de la sociedad de la época. Esa exaltación del sentimiento, la exacerbada presencia del individualismo, no podía dejar indemnes a nuestros textos legislativos que quedaron impregnados de aquellos efluvios románticos encarnados en textos y artículos que hoy perviven y cuyas consecuencias en el campo del Derecho, a diferencia de otros del mundo del arte, van a ser nefastos.

La influencia de las revoluciones en Francia en 1848, con el destronamiento de Luis Felipe de Orleáns (4), y las subsiguientes de carácter republicano

drama *Don Álvaro o la fuerza del sino*, y Martínez de la Rosa proclama su drama en la *Conjuración de Venecia*. Vinieron después Mariano José de Larra, Hartzenbusch (autor de los *Amantes de Teruel*), Gustavo Adolfo Bécquer, Ventura de la Vega, Escosura, Quintana y por encima de todos ellos, a nuestro juicio, José Zorilla y José de Espronceda (basta leer el dramático *Canto a Teresa*) sin olvidar las figuras femeninas señeras de Patrocinio de Biedma y de la Moneda, de Carolina Coronado y Romero de Tejada, Rosalía de Castro. En la música destacan desde el propio Beethoven hasta Schubert, Medelssohn, Schumann (que refleja sus traumas amorosos prematuros en *Mi primer dolor*, Strauß (padre e hijos que dan a luz el resplandor brillante de esta vertiente con los conocidos vals en los salones de Viena), Chopin (que compone sus *Nocturnos* en su idilio amoroso en el palacio de Valldemosa en Mallorca con la célebre novelista George Sand). La *Traviata* de Verdi, *Tosca* o la *Bohème* de Puccini. En España, Chueca, Barbieri, Chapí hacen lucir las mejores galas del llamado género chico, la zarzuela (el famoso compositor francés Saint-Saens, al escuchar «La Gran Vía» tras su estreno en Madrid en 1886 comentó: «¿y a esto llaman ustedes género chico?»). La pintura tampoco fue ajena a tan influyente corriente. En España despunta Goya, con su afición a los temas populares, el amor a lo fantástico, a lo dramático, o el tratar el paisaje como algo sustantivo y principal. Merecen especial mención Madrazo, Esquivel, Alenza, Villamil, Pradilla, o Rosales (que traza con gran realismo el crudo trance de la muerte de Isabel de Castilla). Palmaroli llega a plasmar en un óleo el cadáver de Gustavo Adolfo Bécquer. O Cano de la Peña, que describe con su pincel a la «Novia enterrada en vida» al ser abandonada por su amado (no podemos olvidar tampoco a Cabral, Gutiérrez de la Vega o Cecilio Pizarro).

(4) Destronamiento que trae al segundo imperio tras la nueva instauración de la monarquía francesa en los hermanos del decapitado Luis XVI, los monarcas Luis XVIII y Carlos X. A las revoluciones que tuvieron lugar en centroeuropa en 1848 se les llamó la «Primavera de los Pueblos». No pueden obviarse las de Alemania o las de Austria, que

socialistas, la influencia de las doctrinas marxistas, o la propia revolución de septiembre en España de 1868, el derrocamiento del segundo imperio de Napoleón III en la batalla de Sedán, junto con innumerables pronunciamientos y conatos de movimientos revolucionarios, no se van encarnar en nuestro precepto, que regula la propiedad, en 1889, nacido con gran desfase en el aspecto social, aunque ajustado a la mentalidad generalizada de la política y la clase dirigente del XIX (especialmente vivo en el proyecto de García Goyena de 1851), y como hemos relatado, hijo predilecto de una época de la que es notable heredero. Sin duda latía una nueva concepción, apenas formulada, pero que presagiaba concepciones bien distintas de las marcadas por nuestro Código Civil. Éste plasmó tardíamente en la definición de la propiedad un concepto que ya en el momento de su publicación definitiva el 24 de julio de 1889 resultaba desfasado, por acrisolar en él aspectos que ya comentaban a matizarse y a cuestionarse de forma imparable. En suma, es preciso destacar que en realidad nuestro concepto no era otro que el del *Code* francés de 1804, con la singularidad de que nuestro código es de 1889, es decir, que ochenta y cinco años después de la formulación napoleónica, nuestro concepto aparece inalterado, como si entre una y otra formulación apenas hubiere pasado el tiempo o no se hubiere modificado el trascendental concepto de la propiedad.

Cuando el 15 de mayo de 1891 el Papa *León XIII* lanzó su resonante mensaje sobre la condición de los obreros, la Iglesia estaba ya preparada para oírlo. ¿De dónde le venía a este aristócrata, arzobispo de Perusa, su preocupación por la cuestión social? Sin duda su visita a los barrios marginales de Bélgica, cuando de nuncio visitó y comprobó la realidad de la dureza de la vida de millones de personas. Igualmente recibió influencia del español Balmes, de Lamennais... Ya en 1877, antes de recibir el solio pontificio, había denunciado el indigno abuso de los pobres y de los débiles por parte de quienes quieren explotarlos en provecho propio, denunciando el exagerado número de las horas de trabajo, denunciando que la crisis moral y religiosa que padecían tantos buenos católicos no tenía otra causa que la miseria inmerecida. Se hablaba del tráfico inhumano de obreros, etc...

Sin lugar a dudas la *Rerum Novarum* de León XIII (5), en una sociedad y estados confesionalmente católicos, supuso un revulsivo importante que marcaría un antes y un después (incluso la Alemania conservadora del can-

provocan la caída del mítico gobernante Metternich. En realidad se ha dicho que todo ello tiene su origen en el reparto que las grandes potencias aliadas llevan a cabo en el Congreso de Viena en 1815, interrumpido por la vuelta de Napoleón de la Isla de Elba y el gobierno de los cien días, hasta que tiene lugar su definitiva derrota en la batalla de Waterloo bajo el mando de Sir Arthur Wellesley (Duque de Wellington) y posterior y definitivo confinamiento del que fuera emperador de los franceses en Santa Elena.

(5) No puede perderse de vista el hecho de que en aquella época no pocos países del entorno eran confesionalmente católicos y la repercusión de las palabras del pontífice eran muy superiores a las que pueda imaginarse.

ciller von Bismarck llevó a cabo importantes iniciativas sociales durante la época especialmente de los kaiser Guillermo I, Federico III y tímidamente con Guillermo II. El Papa denunciaba sin ambigüedades que

«los hombres de las clases inferiores están, en su mayoría, en una situación de miseria y de infortunio inmerecida... los trabajadores aislados e indefensos, se han visto con el tiempo entregados a merced de dueños inhumanos y a la concupiscencia de una dolorosa competencia. A aumentar el daño ha venido una usura devoradora... La concentración en las manos de algunos de la industria y el comercio impone un yugo casi servil a la infinita muchedumbre de los proletarios». La encíclica pedía a gritos directamente la justicia social a todos los legisladores del mundo.

A nuestro juicio, queda claro que la propiedad no es un derecho natural ni consustancial de la persona. Es un derecho ordinario, lógico, correspondiente y primordial de las mismas, pero en absoluto, un derecho innato al ser humano, pues el hombre tiende a la propiedad, a la posesión tiene el derecho de adquirir y poseer bienes, pero en ningún caso se trata de un derecho inherente a su dignidad la mera posesión o titularidad de los mismos.

Es de destacar, en este sentido, al maestro *Francisco de Vitoria*, quien en sus *Relecciones, Comentarios y Sentencias* desde su cátedra de la Universidad de Salamanca, ya en el siglo XVI afirmaba que:

«El derecho de propiedad no es natural, sino positivo, teniendo el origen en el consentimiento de los hombres. Dios hizo todas las cosas comunes para todos los hombres (6).

Los indios tienen derecho a sus propiedades, a sus dominios, a sus leyes, a sus magistrados, a sus industrias y comercios... Los indios son verdaderos dueños de sus cosas, como los cristianos de las suyas (7).

En un principio las cosas eran comunes. La división de las cosas y la propiedad nació por el consentimiento de los hombres, para evitar luchas y disensiones.

En caso de extrema necesidad puede cualquiera tomar lo ajeno, cuando de otra forma no se puede conseguir lo que se necesita. Esto es evidente porque es de derecho natural.

Para los que se encuentran en extrema necesidad, todas las cosas son comunes, de forma que aquéllas que se necesitan no son, en este caso, propias del rico, sino del que padece necesidad (8)».

(6) FRANCISCO DE VITORIA, *Comentarios*, III, pág. 75 y sigs.

(7) FRANCISCO DE VITORIA, *Relecciones*, pág. 664 y sigs.

(8) FRANCISCO DE VITORIA, *Relecciones*, pág. 659 y sigs.

Francisco DE VITORIA llega a definir la propiedad como «la facultad de usar de una cosa conforme a los derechos o a las leyes racionalmente establecidas» (9). Verdaderamente guarda similitudes con el artículo 348 del Código Civil mencionado anteriormente, pero como vemos el eminente jurista parte de la base de la existencia de leyes preestablecidas (que no existían de carácter positivo apenas sobre este asunto), mientras que casi cuatrocientos años después, nuestro texto obedece a un principio menos social de la propiedad que el que tuviera el propio padre Vitoria.

La primacía del interés particular sobre el interés general, propio de mentalidades arcaicas y poco desarrolladas intelectual y socialmente, va a ir siendo sustituida por una concepción del derecho objetivo y subjetivo (10). Así el derecho subjetivo, aún en su versión más legítima, queda supeditado a los intereses de la colectividad (a salvo siempre de los verdaderos derechos innatos irrenunciables, como el derecho a la vida, a la dignidad y a la integridad de las personas), y el derecho objetivo que debe regular y garantizar el ordenamiento jurídico en su conjunto, se convierte en un instrumento para hacer efectiva la bondad de la prevalencia de los intereses generales de la colectividad sobre el puro y mero interés particular.

Concebida como teoría, la *doctrina del abuso del derecho*, que no es totalmente nueva, gozando de antecedentes en el propio Derecho romano, ordenamiento en el cual se prohibían determinados actos perjudiciales (11), fue, no obstante, su desarrollo en núcleos urbanos durante el Medievo y la inherente intensificación de las relaciones de convivencia, la causa determinante de buscar solución a conflictos derivados de un ejercicio del derecho que derivaba en abusos, lo que plasmó en la doctrina de los actos de emulación (12).

La revitalización de esta doctrina sin duda vino de la mano del BGB alemán (13) al formular la doctrina del abuso, cuyo párrafo 226 determina: «El ejercicio de un derecho es inadmisibile cuando solo puede tener por fin dañar a otro» (14).

JOSSERAND (15) estudia en Francia, a principios del XX, las consecuencias de lo que supone ejercitar el derecho de propiedad de modo arbitrario y ex-

(9) FRANCISCO DE VITORIA, *Sentencias*, I, pág. 85 y sigs.

(10) Vid. PERTICONE, *La Proprietà e i suoi limiti*, Roma, 1930, pág. 23 y sigs.

(11) *Ius tollendi*, D. 6, 1, 38; desviación del curso del agua de la propia finca, D. 39, 3, 2, 9.

(12) (Formulada por CINO DE PISTOIA y transmitida por BARTOLO y BALDO).

(13) Se comenzó a redactar en 1881 y entró en vigor el 1 de enero de 1900.

(14) A partir de ahí, los ulteriores Códigos (suizo, 1907; soviético, 1922; peruano, 1936; italiano, 1942, etc.) han recogido el principio.

(15) JOSSERAND, *Derecho Civil*. Revisada y completada por Andre BRUN. Buenos Aires, 1950. Este autor decía que «cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; quien quiera que pretenda desviarlo de su misión social comete una culpa, delictual o cuasidelictual, un abuso del derecho susceptible de comprometer con este motivo su res-

clusivo, con abuso del propio derecho, que aunque propio, afecta, en su ilimitado ejercicio, a la órbita de los demás derechos y libertades de los otros ciudadanos.

En 1917 (16), el Abogado del Estado, don José CALVO SOTELO, que fuera Ministro de Hacienda, publicó su tesis doctoral sobre la «Teoría del abuso del Derecho como límite al ejercicio del derecho de propiedad». En esta tesis se pone de manifiesto la imposibilidad, no ya moral, sino legal de utilizar un derecho con exceso de su verdadera naturaleza y contenido, excediendo por tanto el ámbito de su ejercicio.

Parece recordar aquella antiquísima máxima romana que decía que «*del uso vino el abuso, y del abuso vino el aviso*». Sin duda, tras el indebido uso del ejercicio de la propiedad se produce un abuso manifiesto del mismo, y de ahí nace el aviso del legislador, plasmado en textos de diversa índole.

Un hito importante lo constituyó, sin duda, la sentencia del *Tribunal Supremo*, de 14 de febrero de 1944 (17), en que por primera vez el Alto Tribunal recrimina el abuso del Derecho y el ejercicio antisocial del mismo. Esta doctrina, verdaderamente avanzada, pasa a nuestras legislaciones de los años cincuenta, sesenta y sucesivos hasta nuestros días, como lo fueran la Ley de Expropiación Forzosa (18), la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, la Ley de Arrendamientos Rústicos, la Ley de Arrendamientos Urbanos, la Ley de

ponsabilidad». Este autor se basa a su vez en BUFNOIR, *Propriété et contrat*, París, 1900. Este último concebía el abuso en el ejercicio como la ausencia de motivación, la presencia de legítima motivación excluiría el abuso, mientras que la inexistencia de aquella motivación, actuando en detrimento de tercero, hace el ejercicio abusivo. El motivo legítimo estaría presente cuando se da un criterio personal y especializado de ese otro criterio universal, e incluso abstracto, que es dado por el destino social de los diferentes derechos.

Con posterioridad MARKOVITCH, *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, París, 1936.

(16) Esta tesis doctoral fue publicada en Madrid el mismo 1917, prologada por Gumersindo de Azcárate.

(17) De esta sentencia fue ponente el que fuera presidente del Tribunal Supremo, el gran maestro CASTÁN TOBEÑAS. La misma recoge que son varios los elementos esenciales: a) Uso de un derecho, objetiva o externamente legal; b) Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; c) Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o simplemente sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de un exceso de normalidad en el ejercicio del derecho).

La jurisprudencia posterior ha recogido que se requiere en todo caso que la conducta del inminente constituya un ejercicio abusivo del derecho de propiedad, proscrito por el artículo 7.2 del Código Civil. Recordemos que existe abuso de derecho cuando la inmisión no reporta utilidad alguna a su autor y se realiza con la sola intención de causar daño, y también cuando la conducta del inminente sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho de propiedad (STS de 14 de febrero de 1944 y de 3 de diciembre de 1987).

(18) Permite la expropiación de bienes, derechos e intereses legítimos siempre sometido al lógico criterio de utilidad pública e interés social y previa la correspondiente indemnización.

Fincas Manifiestamente Mejorables, la Ley del Suelo, las legislaciones tributarias, fiscales, urbanísticas, medioambientales (19), etc..., de suerte que todo ello motivó la modificación del Título preliminar del Código Civil, que introdujo un párrafo segundo en su artículo 7 (20):

«2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

A mi juicio, constituye uno de los más bellos artículos de nuestro Derecho Civil, pues consagra el culmen de lo que constituye nuestra más rica tradición filosófica greco-romana y germánica, y de nuestros propios autores españoles (como hemos visto) transida por la influencia del cristianismo, las conquistas sociales revolucionarias y la superación de postulados de índole romántica, en suma, la preeminencia del bien común, del servicio a la sociedad, frente a postulados individualistas y egocéntricos que consideran al individuo como un ser aislador de sus deberes sociales.

Es la propia sociedad, la organización humana jurídicamente estructurada la que otorga valor a esos bienes. Es evidente que la plusvalía que genera el valor a una vivienda en la calle Serrano de Madrid, se lo confiere su ubicación en un contexto urbano concreto desde el punto de vista geográfico, social y urbanístico en un momento dado en la sociedad madrileña y en una época determinada. Ese es su valor. Esa misma vivienda con idénticas características constructivas y configuración física en un caserío perdido de Cantabria o en las Hurdes extremeñas, carecería de valor, más allá del de su propia utilidad. Es por ende, ese organigrama jurídico-social el que dota de un valor patrimonial determinado la propiedad, del que es deudora y que por tanto ha de corresponder con imposiciones fiscales, urbanísticas, etc...

Nuestra *Constitución de 1978* recoge en su articulado dos importantes preceptos en cuestión:

(19) Esta disciplina aspira a un equilibrio entre el interés social de los bienes que protege, y el sujeto que los disfruta o transforma. El derecho al medio ambiente actual configura el límite normal hasta donde ha de llegar el propietario, y que forma parte del régimen normal de restricciones a que está sometido tal poder, cumpliendo con ello la FUNCIÓN SOCIAL.

(20) La incorporación del abuso del derecho a nuestra legislación aparece por vez primera en el Texto Refundido de la LAU de 1964, en el artículo 9.2 al establecer que «Los Jueces y Tribunales rechazarán las pretensiones que impliquen manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho...».

El artículo 33, que reconoce el derecho a la propiedad y a la herencia, si bien puntualiza que «la función social *delimitará su contenido*», y por otra parte, el que nos parece verdaderamente revolucionario y escasamente conocido, cual es el artículo 128, que establece que:

«1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas, y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general».

Pensemos en épocas, como la crisis actual, a qué posibilitaría al Estado.

No podemos obviar preceptos tan importantes en nuestra legislación penal como el artículo 289 de nuestro propio Código Penal, que establece que considera punibles la destrucción, inutilización o daño en cosa propia de utilidad social o cultural, o cuando de cualquier otro modo se sustrajere al cumplimiento de los deberes impuestos en interés de la comunidad. En el mismo sentido la imposibilidad de incendiar bienes propios en el artículo 357.

Cuando el artículo 33 de la Constitución (21) recoge tal aserto, no hace otra cosa que establecer con otras palabras, que las leyes serán las que concreten la función, es decir, las que determinarán las funciones ínsitas en el dominio, así como su extensión e intensidad, cargas, deberes y obligaciones que el propietario ha de soportar por razón de su titularidad. Los límites de la propiedad traen su causa de la función social, y este es un aspecto netamen-

(21) La propiedad privada no alcanza el rango de derecho fundamental en la Constitución Española. La integración de un determinado derecho, dentro de la categoría de los derechos fundamentales, es una cuestión técnico-jurídica de gran importancia práctica.

El artículo 53 de la Constitución justifica claramente por qué los derechos comprendidos en el capítulo segundo aparecen divididos en dos secciones distintas: «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas», artículos 15 a 29, y «De los derechos y deberes de los ciudadanos», artículos 30 a 38.

Tanto los derechos fundamentales como los demás derechos de los ciudadanos se encuentran especialmente garantizados constitucionalmente, ya que solo podrán ser regulados por ley. Y esta ley habrá de respetar su contenido esencial, al tiempo que queda sometida al control constitucional —arts. 53.1 y 161.1 de la CE—. Respecto de los derechos fundamentales, esta ley deberá tener el rango de ley orgánica por imperativo del artículo 81.1 de la CE. En conclusión, los derechos fundamentales solo podrán ser regulados por Ley Orgánica.

Por otra parte, según el artículo 53.2 de la CE, los derechos fundamentales gozan de una peculiar garantía constitucional:

a) Su reconocimiento y respeto puede ejercitarse «ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad». En la actualidad dicho procedimiento se regula en la Ley 62/1978, del 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Si queréis consultar esta ley.

b) En el caso de que cualquiera de los derechos fundamentales, no el derecho de propiedad, haya sido conculcado o vulnerado en cualquier proceso judicial, una vez que haya agotado los recursos judiciales ordinarios, su titular podrá recabar la tutela del Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo. Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (art. 44 y sigs.).

te importante que han puesto de relieve de forma explícita los profesores Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (22).

En realidad, como ya señaló el profesor CASTÁN, el problema de la propiedad es un problema de límites, o como dice JOSSEAND, no hay propiedad sino propiedades (no es lo mismo los límites y deberes y derechos que confiere la propiedad de un bien inmueble rústico que un bien mueble o un sombrero) (23).

No vamos ahora a entrar en el examen pormenorizado de cuáles son las *limitaciones de la propiedad* que traen causa de esa función social, si bien merecen una breve mención las siguientes:

1.º Limitaciones genéricas:

- A) Limitaciones al ejercicio del dominio: El abuso del Derecho (es decir, aquellos actos que impliquen un ejercicio del derecho de propiedad anormal o contrario a los fines económicos-sociales del mismo) y los actos de emulación (que obedezcan tan solo al deseo de dañar).
- B) Las limitaciones a la facultad de excluir: como el *ius usus inocui* que COVARRUBIAS formulaba como *lo que cada uno puede hacer en el fundo del otro que a él aprovecha y no daña al fundo*, o como LÓPEZ DE HARO definía *derecho de aprovechar una cosa sin que el dueño sufra perjuicio*.

— Otras manifestaciones consuetudinarias son el espigueo, el pastoreo inocuo o el rebusco, en Extremadura...

2.º Limitaciones legales:

- A) Limitaciones de utilidad pública: Limitaciones urbanísticas, administrativas o fiscales (impuestos, seguridad, salubridad, defensa nacional, etc...). Responsabilidades por razón del dominio (ruina de edificaciones y caída de árboles) (24). La Expropiación Forzosa.
- B) Limitaciones de utilidad privada: Las relaciones de vecindad —por cierto no regladas en nuestro Código, y sí en el italiano (25), y en el alemán (26)—. Los derechos de tanteo y retracto.

(22) Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, vol. III, Madrid, 2003, pág. 140 y sigs.

(23) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español. Común y Foral*, Tomo 2, vol. I, Madrid, 1987, pág. 149 y sigs.

(24) La Ley Orgánica del Poder Judicial, verbigracia, reconoce el derecho a los Jueces y Tribunales el rechazo de las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso del derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

(25) Artículo 844.

(26) Artículo 906.

3.º Limitaciones impuestas por voluntad del transmitente: entre las que destacan las prohibiciones de disponer.

4.º Limitaciones impuestas por el dueño que sigue siéndolo: como la obligación de no enajenar (no inscribibles en caso de no reunir los requisitos del art. 26 de la Ley Hipotecaria, pues hay que asegurar su cumplimiento con alguna garantía).

En realidad los dos instrumentos que más han servido para acreditar y poner de manifiesto la impronta clara y evidente de la función social de la propiedad en las legislaciones han sido, desde hace décadas, tradicionalmente dos: el impuesto y la expropiación forzosa.

Hay que destacar que la Constitución (27) optó claramente por no incluir el derecho de propiedad entre los de la Sección 2.ª y no 1.ª del Capítulo II, unido ello al hecho de que el titular del dominio puede ser privado del mismo mediante la correspondiente indemnización, por causa justificada de utilidad pública o interés social, nos lleva a decir con el Tribunal Constitucional en su sentencia de 2 de diciembre de 1983 (Recurso 116/83) que se trata de «*un derecho subjetivo, debilitado, sin embargo, por cuanto cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad, concretado en el artículo 33.3 por referencia a los conceptos de utilidad pública o de interés social, legitima la expropiación*».

En realidad nuestra Constitución, con gran plagio de lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949, obliga al legislador al respeto del contenido «esencial» de la propie-

(27) Sobre este tema, vid. también, ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, Madrid, 1995. ALONSO PÉREZ, «Las relaciones de vecindad», en *Anuario de Derecho Civil*, 1993. AMAT LLARI, *La regulación de las inmisiones en el Código Civil*, Madrid, 1990. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La responsabilidad por inmisiones industriales», en *Anuario de Derecho Civil*, 1993. CORDERO LOBATO, *Derecho de daños y medio ambiente*, Valladolid, 2000. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, coordinación y presentación: MARTÍN RETORTILLO, vol. II, pág. 1257 y sigs., Madrid, 1991. JORDANO FRAGA, «El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado: elementos para su articulación expansiva», en *Revista de Derecho Ambiente*, Sevilla, 2002. MONTES PEÑADES, *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, Madrid, 1980. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà, in la proprietà nell nuovo diritto*, Milán, 1964. PULIDO QUECEDO, *La Constitución Española: con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Elcano (Navarra), 2001. PÉREZ LUÑO y RODRÍGUEZ DE QUIÑÓNEZ Y TORRES, «Propiedad privada y herencia: artículo 33», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigidos por ALZAGA VILLAMIL, Tomo III, pág. 491 y sigs., Madrid, 1996-1999. RODRÍGUEZ ZAPATA, «La propiedad privada: de cienienta a derecho fundamental», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (julio-septiembre de 2001), pág. 601 y sigs. ROMERO COLOMA, «Expropiación forzosa, función social de la propiedad y artículo 24.1 de la Constitución Española de 1978», en *Actualidad Administrativa*, núm. 29 (20-26 de julio de 1998), pág. 621 y sigs.

dad». Nuestro Tribunal Constitucional, sin extrema claridad, entiende que tal esencialidad se mantiene siempre que no se rebase su contenido, es decir, que las limitaciones no sean tan estrictas que hagan impracticable el derecho o lo despojen de la necesaria protección (28).

Antes de finalizar, quiero hacer mención a un importante precedente, a mi juicio único en el Derecho de nuestro entorno y bastante poco conocido. Casualmente se trata del también artículo 7.2, pero ahora de la Ley de Propiedad Horizontal (29), en la que en virtud de este principio de absoluta prevalencia en nuestro Derecho de los intereses generales sobre los particulares, se impide llevar a cabo al propietario u ocupante del piso o local actividades prohibidas, molestas, insalubres, nocivas y peligrosas. Las consecuencias de tal incumplimiento no son menores. Antes al contrario, se legitima al presidente de la comunidad para instar la acción de cesación ante la vía judicial y con ello llegar a obtener una medida que supone el más importante límite al derecho de propiedad conocido en nuestro Derecho, cual es la privación del uso del inmueble al propio propietario por un plazo no superior a tres años (aún teniendo que soportar el mismo los tributos y gastos inherentes a su titularidad). Igualmente, y como precepto absolutamente excepcional en nuestro ordenamiento jurídico, se faculta al presidente a instar la resolución del contrato o título cuando el que ocupe el inmueble sea un arrendatario, precarista, comodatario... Fíjese que por vez primera se faculta a un tercero que nos parte en la relación jurídica, por razones de interés general, entablar acción judicial y llegar a obtener al amparo de tal precepto la resolución de relaciones jurídicas que le son absolutamente ajenas.

Lo cierto es que si hoyuviésemos que redactar de nuevo el artículo 348 del Código Civil, no diríamos que «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes», sino con todas las limitaciones que establecen las leyes.

Sin duda, este error de concepción, que ha podido llevar, en algunos casos, a especulaciones inmobiliarias desajustadas, prácticas financieras arriesgadas o desmedidas, han puesto de manifiesto el anclamiento de muchos en filosofías individualistas de propiedad exclusiva y excluyente, ampliamente superadas desde hace décadas en nuestro Derecho, y que sin duda estimamos puede ser uno de los orígenes endógenos de la actual crisis económica que padecemos.

(28) Sentencia del Tribunal Constitucional, de 8 de abril de 1981. Vid. también las SSTC 156/1995 y de 20 de marzo de 1997.

(29) Vid. LA MONEDA DÍAZ, *Actividades prohibidas en la Ley de Propiedad Horizontal: Privación de uso y extinción de derechos del ocupante*, Barcelona, 2003.

RESUMEN

**FUNCIÓN SOCIAL. PROPIEDAD
ABUSO DERECHO**

Se trata en este estudio el concepto de propiedad desde la promulgación del Código Civil en 1889 hasta nuestros días. La concepción individualista que nuestro cuerpo civil sustantivo sostuvo, no se correspondió ya con la imperante en la época de su entrada en vigor. Importantes acontecimientos anteriores y posteriores van a influir de forma notoria, a fin de corregirlo en darle un importante y trascendental matiz social, que convierten en la actualidad, y desde hace décadas, a nuestro concepto de propiedad, en unos de los más avanzados, desde el punto de vista social y de limitaciones que sobre la misma se imponen por cuestión de interés general. Desde la teoría del abuso del derecho, la histórica sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 1944, de la que fue ponente Castán Tobeñas, las formulaciones que nuestra doctrina histórica recogía en autores como Francisco de Vitoria, la propia Constitución de 1978, hasta las modernas regulaciones de propiedad horizontal, urbanismo o medio ambiente, ponen en cuestión desde luego el concepto que recoge el artículo 348 del Código Civil y ponen de manifiesto que el derecho de propiedad ha sido interpretado a menudo, de forma decimonónica, obviando los avances legislativos y doctrinales que en este campo se han dado, especialmente en España. Tal vez, la ignorancia de la función social reconocida a nuestro concepto desde hace más de medio siglo, ha podido contribuir a prácticas, en el mundo de las finanzas o de la especulación, que han contribuido en alguna medida al advenimiento de la presente crisis que abarca diversos órdenes.

ABSTRACT

**SOCIAL FUNCTION OF
PROPERTY OWNERSHIP
ABUSE OF RIGHTS**

This study discusses the concept of property ownership from the enactment of the 1889 Spanish Civil Code to the present day. The individualistic conception that Spanish substantive civil law once upheld became out of tune with the conception reigning at the time when it went into force. Important events before and after exerted a well-known corrective influence, lending an important, transcendental social nuance. These events now make—and for decades have made—our concept of property ownership one of the most advanced from the social standpoint and from the standpoint of limitations set on property ownership for the sake of the general interest. From the theory of abuse of rights, the historical Supreme Court ruling of 14 February 1944 (reported by Castán Tobeñas), the formulations that Spanish historical doctrine gathered in authors such as Francisco de Vitoria and the 1978 Constitution itself to modern regulations on horizontal property, development and the environment. They all certainly question the concept given in article 348 of the Civil Code and make it clear that property rights have been often interpreted in a nineteenth-century way, overlooking all the progress that has been made in legislation and doctrine in this field, especially in Spain. Perhaps ignorance of the social function acknowledged as belonging to the Spanish concept of property ownership for over half a century has fanned practices in the worlds of finance and speculation that have to some extent contributed to the onset of the present crisis, which spans diverse spheres.

*(Trabajo recibido el 19-10-2010 y aceptado
para su publicación el 15-3-2011)*