

Pro proprietate.
Notas sobre la configuración constitucional
de la propiedad privada¹

RAFAEL VERDERA SERVER
Catedrático de Derecho civil
Universitat de València

Fue peor que un crimen. Fue un error.
Atribuido a Joseph Fouché (1759-1820),
ante la ejecución del Duque de Enghien

RESUMEN

En su interpretación del art. 33 CE, desde la STC 37/1987, de 26 de marzo, la jurisprudencia constitucional señaló que los dos factores que inescindiblemente definen el contenido del derecho de propiedad son la utilidad individual y la función social. El análisis de los criterios del Tribunal Constitucional pone de manifiesto que, a través de la delimitación de ese derecho con base en la función social, se está produciendo un progresivo vaciamiento del contenido de ese derecho. Se expande el margen concedido al legislador a través de la categoría de la delimitación, frente a situaciones más garantistas como la expropiación. El resultado al que conduce este proceso cuestiona el respeto al contenido esencial del derecho de propiedad privada y plantea serias dudas acerca de su compatibilidad con la función económica de la propiedad.

PALABRAS CLAVE

Art. 33 CE, Propiedad privada, Jurisprudencia constitucional, Función social, Delimitación, Expropiación.

¹ Este texto, de manera obviamente más sintética, sirvió como base para las ideas expuestas en la ponencia «Acerca de la función social de la propiedad en nuestro ordenamiento jurídico», en el Curso «La función social de la propiedad y gestión del suelo. Incumplimiento de los deberes urbanísticos y sus consecuencias. Las expropiaciones urbanísticas», organizado por el Consejo General del Poder Judicial y dirigido por el Magistrado Manuel J. Domingo, a quienes agradezco la oportunidad de esa participación.

Debo también destacar los comentarios y las sugerencias de Alejandro Valiño, Agustín Verdera y María Luisa Atienza sobre diversos aspectos del texto. Una mención especial merecen Jesús Estruch y Gabriel Doménech, que leyeron con detenimiento y perspicacia este texto, formulando adecuadas indicaciones y planteando oportunas discrepancias. Como es evidente, todos los aciertos del texto deben serles justamente atribuidos y todos los errores e imprecisiones solo a mí me corresponden.

Este trabajo es resultado de la investigación realizada en el marco del Proyecto titulado «Los datos como bien patrimonial y su utilización en el mercado digital» (CIPRÓM/2022/67).

Pro proprietate. Notes on the constitutional configuration of private property

ABSTRACT

In its interpretation of art. 33 CE, since STC 37/1987, of March 26th, constitutional jurisprudence has pointed out that the two factors that inseparably define the content of the right to property are the individual utility and the social function. The analysis of the Constitutional Court's criteria shows that, through the delimitation of this right on the basis of the social function, a progressive emptying of the content of this right is taking place. The margin granted to the legislator through the category of delimitation is being expanded, as opposed to more guaranteed situations such as expropriation. The result of this process calls into question the respect for the essential content of the right to private property and raises serious concerns about its compatibility with the economic function of property.

KEYWORDS

Art. 33 EC, Private property, Constitutional jurisprudence, Social function, Delimitation, Expropriation.

SUMARIO:—I. *Propiedad y propiedades: una aproximación económica.* 1. Los modelos contrapuestos: la propiedad feudal, la propiedad liberal, la propiedad constitucional. 2. La codificación de un modelo de propiedad. 3. La curiosa vigencia del modelo codificado. 4. La propiedad urbana como nuevo paradigma. 5. La pluralidad de estatutos dominicales. 6. Una aproximación económica a la propiedad privada.—II. *La propiedad privada en la Constitución española.* 1. El derecho de propiedad en los textos internacionales. 2. Propiedad, libertad y seguridad. 3. Una aproximación al art. 33 CE. 4. ¿Interpretación conjunta de los tres apartados? 5. Consecuencias de la ubicación sistemática del art. 33 CE. 6. Decisiones del Tribunal Constitucional sobre el art. 33 CE. 7. ¿Qué debemos entender por «propiedad privada» en el art. 33 CE?—III. *¿Para qué sirve la «función social»?* 1. La singularidad de la «función social». 2. Los múltiples orígenes de la función social. 3. La concreción de la función social. 4. Test de proporcionalidad vs. juicio de razonabilidad. 5. ¿Todos los bienes pueden cumplir una función social? De la propiedad inmobiliaria a otras categorías de bienes. 6. Algunos ejemplos de apelación a la función social. 7. La nueva propiedad estatutaria: de los bienes a los titulares.—IV. *El «contenido esencial» de la propiedad privada.* 1. La transcendencia del «contenido esencial». 2. El contenido esencial de la propiedad privada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.—V. *Delimitación y expropiación.* 1. El deslinde entre delimitación y expropiación. 2. Actuaciones distintas a la delimitación y a la expropiación. 3. ¿Cómo diferenciar entre delimitar y expropiar? 4. Preferencia entre delimitación

y expropiación.—VI. *Una conclusión melancólica.*—VII. *Anexo: Fragmentos de una jurisprudencia constitucional sobre la función social de la propiedad.* 1. Planteamiento general. 2. Una valoración general de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho de propiedad. 3. El *leading case*: imposición de deberes positivos a los propietarios de tierras rústicas y expropiación de las facultades de uso y disfrute. 4. Prórroga forzosa en los arrendamientos. 5. Presunción legal de abandono de los saldos de cuentas corrientes sin movimiento durante veinte años, y atribución al estado. 6. Derechos de tanteo y retracto en favor de la Administración. 7. Criterios que definen el contenido esencial del derecho de propiedad e imponen a los propietarios de viviendas el destino efectivo a uso habitacional. 8. Restricciones a la explotación agrícola del suelo. 9. Límites a las rentas arrendaticias. 10. Suspensión de lanzamientos. *Bibliografía. Listado Jurisprudencial.*

I. PROPIEDAD Y PROPIEDADES: UNA APROXIMACIÓN ECONÓMICA

1. LOS MODELOS CONTRAPUESTOS: LA PROPIEDAD FEUDAL, LA PROPIEDAD LIBERAL, LA PROPIEDAD CONSTITUCIONAL

Nadie duda de que la institución de la propiedad tiene un sentido, en la actualidad, distinto al de tiempos pasados. Para evidenciar esas transformaciones se suele recurrir a modelos de propiedad que permiten describir y comparar los rasgos esenciales de su régimen jurídico. Probablemente se trate de una visión simplificada (casi maniquea) de la realidad², pero es un modo eficaz de exponer esos cambios. Y así se acostumbra a mencionar un modelo feudal, un modelo liberal, burgués o codificado, un modelo social o un modelo constitucional. Es, además, un diseño de posturas extremas: se contraponen los modelos y se califica un texto normativo, jurisprudencial o doctrinal por su adscripción a una u otra perspectiva³.

Aun siendo conscientes de las limitaciones expuestas, recurriremos a ese enfoque de modelos en la necesariamente sintética exposición de sus rasgos conformadores.

² SERNA VALLEJO (AHDE, 2011, pp. 477-478) constata la convivencia, bajo el régimen liberal, de diferentes estructuras o tipos de propiedad, y propone hablar de propiedad burguesa para referirse a la tradicionalmente calificada como liberal. En sentido parecido, pueden verse los tipos de propiedad medieval que menciona DE LOS MOZOS, 1993, pp. 23-25.

³ Como denuncia AGUDO GONZÁLEZ (RAP, 2011, p. 11), por influencia de la jurisprudencia constitucional, «se ha extendido la idea de que quienes no propugnan una propiedad mediatizada desde su contenido más íntimo por la función social, defienden una concepción conservadora del derecho más cercana a la noción del Código Civil que a la inspirada por la Constitución».

2. LA CODIFICACIÓN DE UN MODELO DE PROPIEDAD

Entre las prioridades de la codificación decimonónica se encuentra, sin duda, la plasmación de un modelo de propiedad que supere las características de la propiedad feudal. Una propiedad liberal que se presenta como sagrada⁴; que es absoluta por cuanto comprende todo lo que se encuentra por encima y por debajo de la tierra (art. 350 CC); que tiene carácter individual en la medida que la copropiedad y la indivisión se reputan anomalías, que tienden a verse como puramente transitorias (art. 400 CC); que se presenta libre de cargas y exclusiva, dado que toda restricción a la propiedad requiere el consentimiento del propietario; y que puede ser objeto de un régimen de plena libertad de comercio⁵. Una propiedad, en suma, perfecta que aúna todas las virtudes posibles y que contrasta con los inconvenientes de la propiedad del Antiguo Régimen⁶.

Ésa es la propiedad que trata de plasmar nuestro Código Civil en su art. 348⁷. Pero la propiedad no escapa al componente histórico de los conceptos jurídicos⁸. Por ello, nuestro art. 348 CC debe leerse en función de su contexto histórico y, en particular, debe compararse con su precedente más evidente que es el art. 544 del Código Civil francés⁹. Ese precepto establece que la propiedad es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta siempre que no se haga un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos.

Obsérvese que nuestro art. 348 CC se diferencia del precedente francés en algunos extremos significativos¹⁰.

⁴ Recuérdense que el art. 17 de la francesa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 calificaba la propiedad de «derecho inviolable y sagrado», añadiendo que, en consecuencia, «nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de que haya una justa y previa indemnización».

⁵ Como dice LÓPEZ Y LÓPEZ (*ADC*, 1998, p. 1641), los Códigos Civiles decimonónicos instauran el «absolutismo propietario».

⁶ La exposición de los caracteres de la propiedad liberal corresponde a SERNA VALLEJO (*AHDE*, 2011, pp. 470-471), que la contrapone a la propiedad feudal: amortizada, frecuentemente colectiva, sometida a múltiples cargas y dividida. *Vid.* también GARRIDO FALLA, *RDP*, 1959, pp. 457-458. Para una revisión crítica de esa contraposición, SERNA VALLEJO, *AHDE*, 2011, pp. 469 y ss.

⁷ Como decía GARRIDO FALLA (*RDP*, 1959, p. 457), la definición del art. 348 CC «pertenece a una época». Téngase en cuenta el añadido de la referencia a los animales, introducida por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre.

⁸ Por todos, LOBATO GÓMEZ, 1989, pp. 196-197; y CABANILLAS SÁNCHEZ, *AUAFD*, 1993, p. 203.

⁹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN (*JARDA*, 2008, p. 39) resalta que, mientras la normativa decimonónica sobre propiedad tuvo como modelo el francés, la Constitución Española de 1978 miró hacia el modelo alemán. Sobre los caracteres del planteamiento francés, Lobato Gómez, 1989, pp. 50-67. Baño León (2008, p. 1782) conecta acertadamente la STC 37/1987, de 26 de marzo, con la doctrina alemana.

¹⁰ Una aproximación a esas diferencias en LOBATO GÓMEZ, 1989, pp. 217-229.

Por un lado, desaparece del texto español la referencia al disfrute y a la disposición de la manera más contundente, que es semánticamente errónea¹¹. Por otro lado, lo que en el Código Civil francés son usos prohibidos por leyes y reglamentos, en el español son limitaciones establecidas en las leyes¹². De ello se desprende que el planteamiento del Código Civil francés respecto a la propiedad es mucho más intenso, mucho más exaltadamente revolucionario¹³.

¿Cuál es la razón de esas diferencias? El Código Civil francés se promulga en un momento en que el Antiguo Régimen y su paralela concepción de la propiedad acaba de ser abolida. La Revolución es todavía reciente. Se hace necesario proclamar con energía cuál es la nueva situación¹⁴. El Código Civil español, por el contrario, se promulga cuando la labor revolucionaria se ha ido realizando a lo largo de décadas y décadas. La supresión de las vinculaciones y mayorazgos¹⁵ y de los señoríos¹⁶, a pesar de los intentos de Fernando VII, o la desamortización¹⁷ son muy anteriores al Código Civil. El Código Civil español no es un fruto de la revolución, sino una exigencia de la consolidación de una situación que ya se ha alcanzado y que se pretende conservar¹⁸.

3. LA CURIOSA VIGENCIA DEL MODELO CODIFICADO.

Han pasado más de cien años desde la promulgación del Código Civil español y más de doscientos del Código Civil napoleónico. ¿Queda algo del modelo codificado¹⁹? Es cierto que en pocas materias como la propiedad se puede constatar una proliferación

¹¹ Lo absoluto ya es absoluto; no puede ser más absoluto.

¹² Señala COLINA GAREA (1997, p. 95) que, en el planteamiento burgués, las limitaciones a la propiedad únicamente se admiten como excepciones puntuales y aisladas que solo caben cuando vienen impuestas por una ley o un reglamento. En la práctica, sin embargo, en esa época ni las leyes son muy numerosas, ni son frecuentes los casos en que se acude al ejercicio de la potestad reglamentaria.

¹³ A pesar de ello, SÁNCHEZ BALLESTEROS (*RDC*, 2023, p. 146) sitúa en la codificación napoleónica el origen de la función social de la propiedad.

¹⁴ Sobre la definición de la propiedad en la codificación napoleónica, RODOTÀ, 1986, pp. 71 y ss.

¹⁵ Real Decreto de 11 de septiembre de 1820.

¹⁶ Decreto del 6 de agosto de 1811.

¹⁷ Decreto de 19 de febrero de 1836 y Ley de 1 de mayo de 1855.

¹⁸ Por eso, MONTÉS (1980, p. 37) califica «la normativa del Código sobre la propiedad como el final del proceso de implantación del orden burgués en España». Un resumen en DE LOS MOZOS, 1993, pp. 63 y ss.

¹⁹ Ese modelo demuestra su sentido en la medida en que se repite, con uno u otro alcance, en cualquier codificación. Como muestra reciente, el Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales. El art. 541-1 CCCat, bajo la (bastante inexacta) rúbrica «[c]oncepto», indica que

tan acusada de leyes especiales²⁰. ¿Tiene algún valor entonces el concepto del art. 348 CC?

Quizá convenga enfocarlo con cierta resignación. Si, para aproximarnos al concepto jurídico de la propiedad privada, incluso tras la promulgación del texto constitucional, no acudimos al art. 348 CC²¹, ¿qué otro recurso nos queda? ¿Valorar las cambiantes descripciones doctrinales? Cuando se dice que la referencia constitucional a la propiedad privada conecta con el metalenguaje de los juristas²² solo se quiere poner de manifiesto que no puede prescindirse de la percepción de los especialistas en Derecho acerca de si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo²³, es decir, en palabras de la STC 37/1987, de 26 de marzo, se ajusta o no a la «recognoscibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta», puesto que «[m]uchas veces el “nomen” y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo»²⁴. La paradoja estriba en que conectamos el concepto constitucional de propiedad, a los efectos de dibujar los contornos de actuación legislativa, con un concepto legal de propiedad, para el que, en su momento, el

«1. La propiedad adquirida legalmente otorga a los titulares el derecho a usar de forma plena los bienes que constituyen su objeto y a disfrutar y disponer de ellos.

2. Los propietarios conservan las facultades residuales que no se han atribuido a terceras personas por ley o por título».

Y el art. 541-2 CCCat, bajo la rúbrica «[f]unción social», establece:

«Las facultades que otorga el derecho de propiedad se ejercen, de acuerdo con su función social, dentro de los límites y con las restricciones establecidas por las leyes».

²⁰ Como es sabido, el propio Código Civil dedica un Título a las propiedades especiales: arts. 407 y ss. Pero es que, además, leyes especiales sobre propiedad han sido entusiastamente promulgadas antes y después del Código Civil.

²¹ Vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, *ADC*, 1998, pp. 1665 y ss. MUÑOZ GUIJOSA (2009, p. 36) considera imprescindible recurrir al Derecho civil y, en particular, a los arts. 348 y ss. CC. Vid. también LOBATO GÓMEZ, 1989, pp. 367-368.

²² Díez-PICAZO, 2006, p. 17.

²³ Aisladamente, la STS (cont.) de 21 de febrero de 1981 [vid. también, del mismo ponente, STS (cont.) de 5 de mayo de 1981] recuerda, en un *obiter dictum*, que:

«[P]or mucho que se enfatice sobre la mutación sufrida por el derecho de propiedad en materia urbanística, hasta convertirse en un derecho de los llamados “estatutarios”, su declinación, respecto del sentido que ha tenido en sus momentos de mayor esplendor, en los que le estaba permitido, en su ejercicio, hasta el *ius abutendi*, no puede llegar al extremo de reducirlo a un derecho inerte, totalmente sometido a cuantas prohibiciones y limitaciones tengan a bien adoptar las distintas autoridades administrativas, por rectas que sean sus intenciones; y no puede llegar a estos extremos porque la propiedad del particular sigue siendo algo más que una simple función pública o social, puesto que conserva su núcleo primario de derecho subjetivo, uno de los principales de los que integran la constelación de derechos de la personalidad, amparado en la cobertura legal que le proporciona el Código Civil (arts. 348, 349, 350) y la propia Constitución Española (art. 33)».

²⁴ Para una crítica de este criterio de inspiración platónica, DOMÉNECH PASCUAL, *InDret*, 2012a, p. 11.

legislador decimonónico no se vio (aparentemente) sometido a cortapisa alguna²⁵.

Pero hay otra paradoja: el modelo codificado se diseña pensando, en lo fundamental, en la propiedad inmobiliaria. Y es precisamente en ese ámbito donde la influencia del modelo público va a ser más intensa y va a poner en cuestión los perfiles tradicionales²⁶.

4. LA PROPIEDAD URBANA COMO NUEVO PARADIGMA

Ya se han expuesto cuáles son los caracteres de la propiedad privada en el Código Civil. Es un modelo típicamente de derecho privado²⁷. Lo que ocurre es que a ese modelo clásico o privado se le contraponen más modernamente un modelo público, que toma como paradigma la propiedad urbana²⁸. Y este modelo público está prevaleciendo en cada vez más ámbitos: es paradigmática al respecto la postura del Tribunal Constitucional²⁹. El modelo clásico continúa anclado en el Código Civil; el modelo administrativo, urbanístico o público de propiedad se remite a la legislación espe-

²⁵ Un planteamiento distinto en PRATS ALBENTOSA (*RJNot*, 2018, p. 337) que considera que el modelo constitucional de propiedad «supone, en primer término, no configurar el poder jurídico que reconoce a los particulares, más allá de establecer la legitimidad de la apropiación de los bienes no demaniales. En segundo término, no determinar las facultades esenciales que conforman tal poder, y, en tercer lugar, atribuir al legislador ordinario [...] la competencia para determinar el contenido “no esencial” o “normal” del derecho de propiedad que tenga por objeto un cierto bien (una forma o régimen de propiedad), de acuerdo con la función social que con tal bien se haya de realizar».

²⁶ Y SANTAELLA QUINTERO (2019, p. 31) aun destaca otra paradoja: «cercado en todos sus frentes por el Estado y el interés general, este derecho no es ya lo que era antes; sin embargo, está en todas partes y nadie (ni las autoridades ni los particulares) parece dispuesto a renunciar a él».

²⁷ Una exposición de ese enfoque en MONTÉS, 1980, pp. 59 y ss.

²⁸ Aunque MENÉNDEZ REXACH (1994, pp. 64-65) llama la atención acerca del falseamiento de la realidad que supone esa simplificación.

²⁹ Como recuerda REY MARTÍNEZ (2005, p. 196), «[e]n la treintena de sentencias en las que se ha referido al derecho de propiedad, el Tribunal Constitucional se ha hecho eco de las transformaciones que ha experimentado la concepción liberal individualista de la propiedad [...], pero su jurisprudencia está marcada por un intenso signo devaluador de la garantía constitucional dominical». AGUDO GONZÁLEZ (*RAP*, 2011, pp. 12, 15 y 19-20) y SIMÓN MORENO (*DPyC*, 2023, p. 150) hablan también de la relativización del contenido esencial, fundamentada en la función social de la propiedad.

PONS CÀNOVAS (2004, pp. 13-16) identifica tres factores que contribuyen a ese debilitamiento de la propiedad: a) la proliferación de leyes que establecen o permiten el establecimiento por parte de la Administración de limitaciones, cargas y/o deberes en el ejercicio de las facultades de los propietarios, sin ninguna contrapartida indemnizatoria, en virtud de la delimitación del contenido del derecho de propiedad por su función social; b) una expansión de la expropiación forzosa como potestad administrativa, a través, por un lado, de la interpretación amplia de la *causa expropriandi*, y por otro lado, en la superación de la exigencia de una declaración legislativa específica de la causa de expropiación por declaraciones genéricas y por declaraciones implícitas; y c) el insuficiente reforzamiento de las garantías de los afectados.

cial³⁰. Como señala la doctrina³¹, esos modelos conviven, ignorándose mutuamente. Su punto de coincidencia es la constatación de una carencia, la de un contenido constitucionalmente garantizado de la propiedad, más allá del devaluado instituto expropiatorio³².

En ese modelo público de propiedad cobra especial relevancia la propiedad urbana. Superadas otras épocas de indiferencia normativa hacia el urbanismo, la propiedad urbana es objeto predilecto de la legislación especial. La conformación necesariamente estatutaria (es decir, dependiente de las reglamentaciones urbanísticas) de la propiedad urbana ve con naturalidad la delimitación legal de su contenido³³. Ni siquiera hacía falta apelar a la función social. Lo que ocurre es que esa configuración que puede encajar más o menos adecuadamente en el contenido de la propiedad urbana³⁴ se ha proyectado a otros ámbitos y, vinculada a la vivienda, ha distorsionado el debate. Podemos incluso llegar a plantearnos si la influencia del modelo de propiedad urbana no da lugar a una distorsión en el análisis del problema. En cualquier caso, parecía lógica su extensión a la propiedad agraria o a algunos aspectos de la propiedad horizontal³⁵. Pero ha trascendido a otros bienes y ha alcanzado otras facultades, derivadas en última instancia del título de propiedad: ¿puede obligarse a un propietario a que dedique su propiedad a vivienda? ¿y que esté efectivamente ocupada? ¿y puede imponérsele una duración y una renta? No basta con respon-

³⁰ GARRIDO FALLA (*RDP*, 1959, p. 459) hablaba de «régimen administrativo de la propiedad privada» para identificar todas las instituciones en cuya virtud se manifestaba la subordinación del derecho de propiedad al interés público.

³¹ REY MARTÍNEZ, 1994a, pp. xxvi-xxix y 7 y ss.; 2005, p. 197; *PyD*, 2006, p. 963; y *TyRC*, 2007, p. 401.

³² Un apunte similar en Díez-PICAZO (1991, p. 1259): «sobre todo en la legislación urbanística, se ha tratado de definir un contenido normal de la propiedad con el fin de eliminar el carácter excepcional de las limitaciones y con el fin de excluir que las limitaciones que no traspasen ese contenido normal signifiquen expropiación». Así, indica MUÑOZ MACHADO (2015, p. 192) que «[l]a operación legislativa de delimitación de los derechos radica en la fijación del contenido normal del mismo».

³³ Respecto a la contraposición entre un sistema de cláusula (que remite a elementos extraños al propio sistema) y un sistema de estatuto (donde la ley en cada caso fija el contenido), CARRASCO PERERA, 1986, pp. 417-420.

³⁴ *Vid.* PAREJO ALFONSO, 1978a, p. 255; y MUÑOZ MACHADO, 2015, pp. 200 y ss.

³⁵ Por ejemplo, BARNÉS VÁZQUEZ (1988, p. 292) considera que el contenido esencial parece estar representado por la suma de dos elementos inescindibles: la rentabilidad económica derivada de la explotación de los bienes, sin necesidad de intermediario alguno, de modo tal que haga accesible a todos un mejor disfrute de los bienes económicos. Por tanto, se trata de una explotación o aprovechamiento del titular que permita la difusión de los bienes económicos. El aprovechamiento del titular implica una productividad o aprovechamiento que se deriva de la utilización: para el propietario urbano, ello supone el aprovechamiento representado por la edificabilidad, mientras que, para el titular de una propiedad agraria, la productividad se identifica con la explotación de cultivos. Y este aprovechamiento ha de ejercitarse en el sentido que más convenga a la entera colectividad, esto es, que mejor permita el acceso y participación de todos en la propiedad (urbana y agraria) y en los bienes que desee, que de su utilización dimanen.

der que quien puede lo más puede lo menos, y si, por tanto, puede ser expropiado de su titularidad, con más razón se le puede imponer un alquiler forzoso, con una duración y renta obligatoria³⁶. La cuestión estriba en la identificación de las razones que permitían esa expropiación y hasta qué punto una mera referencia a la función social justifica cualquier intervención (que además no siempre se considerará indemnizable). Y anticipo los dos grandes elementos que van a ponerse sobre la mesa para potenciar esa función social: la vivienda y la protección medioambiental³⁷.

Llevando al extremo el argumento: ¿Por qué ciertos titulares de derechos (como son los propietarios), y no otros titulares de factores económicos, deben contribuir a financiar los déficits estructurales de recursos públicos en determinado sector? Piénsese, por ejemplo, en todas las limitaciones en favor de los arrendatarios de vivienda en la legislación arrendaticia. En el fondo, por esta vía, se impone a los propietarios la internalización de unos costes que, en principio, no les corresponden, con lo que se ataca el núcleo del sentido económico de la propiedad.

La delimitación presenta una característica que, en ocasiones, no se destaca suficientemente. Constituye (y a ello han contribuido los intentos de deslindarla de la expropiación) una medida que incide en la totalidad de los derechos de propiedad que encajan en un determinado tipo de bienes. Se delimita, pues, el derecho de propiedad sobre todos esos bienes. La función social afecta a todos los titulares. Este planteamiento contrasta con el que, de forma absolutamente excepcional, se seguía en épocas pasadas en las que no se imponía una función social a todos los propietarios, sino que solo se reprochaba la actuación antisocial de un propietario concreto. Para ello, obviamente, se recurría a instrumentos completamen-

³⁶ Según MESSÍA DE LA CERDA (*RCDI*, 2020, pp. 3445-3446) el alquiler social obligatorio «constituye un mecanismo que raya en la finalidad expropiatoria, por cuanto desfigura el derecho y sus facultades definitivas, priva al propietario de la utilidad individual o, cuando menos, obvia el interés legítimo –término empleado por el propio TC– de su titular».

³⁷ En algunos ámbitos se detecta un fenómeno preocupante. Pese a los intentos de fomentar ciertas explotaciones agrícolas de las fincas, aumenta el abandono de las tierras rústicas. En toda España, el número de tierras que se dejaron de cultivar en 2022 se incrementó un 2% respecto al año anterior, es decir, 20.240 hectáreas más que elevan el cómputo general a 1.043.239 hectáreas. Disponible en: <https://www.mapa.gob.es/es/estadistica/temas/estadisticas-agrarias/agricultura/esyrce/> (última consulta: el 4 de marzo de 2023). Y una de cada tres hectáreas que se abandonaron en 2022 se situaron en la Comunitat Valenciana. Es evidente que ese fenómeno se produce por una pluralidad de factores, derivados, entre otros, de la falta de rentabilidad de esas explotaciones (por ejemplo, problemas en la cadena alimentaria o aumento de costes) y envejecimiento de la población agraria. Pero curiosamente parece olvidarse el modelo de reforma agraria (y su intervención en la propiedad rústica) que tanta relevancia alcanzó en otras épocas.

te distintos (y de alcance claramente diverso en cuanto a extensión e intensidad a la función social), como el abuso del derecho³⁸.

5. LA PLURALIDAD DE ESTATUTOS DOMINICALES

La proliferación de leyes especiales, que toman en consideración los diversos bienes y sus diversas formas de explotación, es una de las consecuencias del proceso descodificador. Es una respuesta a la inadecuación de las reglas codificadas para regular convenientemente esas situaciones, aunque algunas de esas especialidades ya estaban apuntadas en el propio Código Civil. Esta diversificación de las reglas sobre la propiedad justifica la afirmación de una pluralidad de tipos de propiedad y una pluralidad de estatutos de la propiedad. Se considera, en este sentido, más adecuado hablar de las propiedades que de la propiedad³⁹; y las reglas sobre propiedad del Código Civil dejan de tener carácter central y pasan a tener un carácter subsidiario: solo se recurre a ellas, en defecto de previsión más específica.

La pluralidad de estatutos de la propiedad tiene una indudable conexión con la función social de la propiedad. Como se verá, es la función social de la propiedad la que justifica que no todos los bienes se vean sometidos a las mismas reglas y a los mismos principios: la diversidad de fines de cada categoría de bien explica su estatuto. Pero, además, una vez constatada esa diversidad de tipos de propiedad, la función social permite una delimitación ulterior de su contenido⁴⁰.

En consecuencia, y sin perjuicio de la existencia de un concepto unitario de propiedad, que justifica la unidad del instituto, es doctrina mayoritaria la constatación de una pluralidad de estatutos dominicales⁴¹.

³⁸ Un apunte en MONTÉS, 1980, pp. 82-83, 228 y 254-260; LOBATO GÓMEZ, 1989, pp. 113-118; y COLINA GAREA, 1997, pp. 107-111 y 149.

³⁹ En sentido crítico, sin embargo, DE LOS MOZOS, 1993, pp. 152 y ss.

⁴⁰ Para MUÑOZ GUIJOSA (2009, p. 148), «si la función social es el elemento del derecho de propiedad privada que hace referencia a la destinación económica del bien objeto de derecho, que es activado legislativamente en la medida en que se aprecie la relevancia social de aquel, y si una vez activado opera sobre el contenido del derecho, configurándolo y delimitándolo de conformidad con el destino concretado, la necesaria consecuencia resulta ser la diversidad de contenidos del derecho de propiedad sobre cada bien o categoría de bienes». En sentido parecido, MONTÉS, 1980, p. 154; y LÓPEZ Y LÓPEZ, 1988, p. 65.

⁴¹ Por todos, MONTÉS, 1980, pp. 100 y ss.; BARNÉS VÁZQUEZ, 1988, pp. 98 y ss.; LÓPEZ Y LÓPEZ, 1988, p. 39; REY MARTÍNEZ, 1994a, pp. 253 y ss.; COLINA GAREA, 1997, pp. 156 y ss.; y MUÑOZ GUIJOSA, 2009, pp. 150 y ss. Siguen siendo de interés las sugerencias de RODOTÀ, 1986, pp. 49 y ss.

La previsión del art. 11.1 TRLSRU («El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística»), que no hace sino reiterar una tendencia ya consolidada⁴², se ha generalizado⁴³. Esa idea de que el régimen de la propiedad es estatutario⁴⁴ ha contaminado otros ámbitos. Piénsese no solo en la propiedad urbana, sino también la agraria, la forestal, la de minas, aguas y costas, la intelectual e industrial, etc.⁴⁵ Aunque pueda pensarse que el estatuto es una consecuencia de la configuración objetiva de cada bien⁴⁶, importa destacar que depende del tipo de explotación y de uso que se asocia a cada bien. Por ello, se ha llegado a decir en la doctrina que el derecho de propiedad se ha convertido en un derecho estatutario que depende (casi exclusivamente) de la concepción que en cada momento histórico asuma el legislador⁴⁷.

Esta perspectiva estatutaria del derecho de la propiedad privada tiene otras consecuencias: supone el abandono de una concepción general y abstracta de la propiedad por una visión particular y concreta⁴⁸. Es cierto que el planteamiento de los Códigos Civiles decimonónicos pretendía deliberadamente ofrecer una caracterización de la propiedad que disimulara la profunda diversidad de los bienes sobre los que recaía. Pero ahora, con un movimiento pendular, estamos incurriendo en una fragmentación normativa de tal magnitud que aboca al instituto de la propiedad a un carácter residual, dado que solo se aplicará cuando no exista un régimen estatutario

⁴² Para los precedentes de esa normativa, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, 2004, pp. 32 y ss.; y GALLEGO ANABITARTE, *RDUyMA*, 2006, pp. 151 y ss. Tiene razón CARRASCO PERERA (1986, pp. 28 y 52) al apuntar que el Código Civil aborda el *ius aedificandi* solo desde la perspectiva del dueño del terreno y de sus facultades e ignora, como consecuencia de ese enfoque abstracto, por completo el fenómeno urbano.

⁴³ En opinión de GALLEGO ANABITARTE (*RDUyMA*, 2006, p. 139), con esta concepción, desaparece el derecho fundamental a la propiedad.

⁴⁴ Referencias doctrinales en AGUDO GONZÁLEZ, *RAP*, 2011, p. 10, nt. 1. Sobre su origen, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *JARDA*, 2008, p. 39. Para GALLEGO ANABITARTE (*RDUyMA*, 2006, pp. 138 y 136), la concepción estatutaria de la propiedad «no significa nada, tan sólo que la propiedad urbanística está definida por la Ley y el Reglamento. La llamada concepción estatutaria no es más que la concepción legalista y reglamentaria de la propiedad urbanística» y la califica de «ocurrencia doctrinal».

⁴⁵ Una relación de ámbitos sectoriales en los que se han plasmado limitaciones, condicionantes o deberes no sujetos a indemnización en PONS CÁNOVAS, 2004, pp. 39 y ss.

⁴⁶ Decía CABANILLAS SÁNCHEZ (*AUAFD*, 1993, p. 210) que «[l]a propiedad había sido construida [en los Códigos Civiles] sobre un modelo que se presentaba como abstracto, unitario e intemporal, idóneo para acoger lo mismo un latifundio que una caja de cerillas o un par de zapatos. La idea de la multiplicidad de las propiedades trata de romper con ese esquema».

⁴⁷ REY MARTÍNEZ, 1994a, p. 119; y SIMOU, *InDret*, 2017, p. 12.

⁴⁸ «[E]l momento de la disciplina arroja la pluralidad, el momento sistemático arroja la unidad» (LÓPEZ Y LÓPEZ, *ADC*, 1998, p. 1648). *Vid.* también SANTAELLA QUINTERO, 2019, pp. 105-106.

preferente. Y el número de esos regímenes estatutarios no deja de aumentar⁴⁹.

6. UNA APROXIMACIÓN ECONÓMICA A LA PROPIEDAD PRIVADA

Los juristas, seamos privatistas o publicistas, acostumbramos, como no podía ser menos, a recurrir a un concepto exquisitamente jurídico de la propiedad. No hay, por supuesto, objeción alguna a este proceder. Desde una perspectiva jurídica, la caracterización de la propiedad acostumbra a subrayar sus notas básicas, que se localizan en ser una titularidad de todas aquellas facultades sobre los bienes que no han sido específicamente asignadas a otro titular, en configurarse con una fuerza atractiva y residual y en presentar una tendencia a la perpetuidad⁵⁰. Sin embargo, es oportuno no cerrar los ojos a la lectura que de la propiedad se hace en la literatura económica⁵¹.

Las necesidades de las personas, como colectivo, no pueden ser atendidas de modo ilimitado. Hay que aprender a gestionar los recursos de que disponemos. Por ello, hay que evaluar cómo se asignan los recursos escasos.

Si solo existiera una persona, no habría conflicto posible en la asignación de los recursos. No hay posibilidad de conflicto en la isla de Robinson. Del mismo modo, no habría cuestión que analizar si nos halláramos en un escenario parecido al edén, al paraíso terrenal, en el que los recursos a nuestra disposición fueran ilimitados y apropiables sin necesidad de esfuerzo alguno.

La realidad, sin embargo, no es ni la de Robinson Crusoe, ni la de Adán y Eva. Los recursos valiosos son limitados y, por ello, son escasos, y hay que decidir cómo se asignan y se gestionan⁵². La

⁴⁹ Este planteamiento entraña un peligro evidente. Si se justifica la diversa función social a partir del uso o destino del bien y se articula su correspondiente estatuto dominical, se corre el riesgo de potenciar una absoluta fragmentación de los regímenes dominicales (por ejemplo, vivienda de más de 50 metros cuadrados en ciudades de más de 25.000 habitantes; parcelas de huerta inferiores a 1.000 metros cuadrados en zonas de regadío con déficit de recursos hídricos). De aceptarse la libertad omnímoda del legislador en la configuración de los estatutos dominicales, a través de la prevalencia casi absoluta de una supuesta función social vinculada con cierto destino o uso, se llega a la disolución del concepto unitario de propiedad reducido a un mero *nomen*.

⁵⁰ Una aproximación a la propiedad a través de sus caracteres (unidad, perpetuidad, exclusividad y abstracción) en MONTÉS, 1980, pp. 67 y ss.; LOBATO GÓMEZ, 1989, pp. 244 y ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, *AUAFD*, 1993, pp. 209-210; y MONTÁNCHEZ RAMOS, 2005, p. 159. Ampliamente, MUÑOZ GUIJOSA, 2009, pp. 45 y ss.

⁵¹ Para una eficaz visión panorámica, POSNER, 2007, pp. 67 y ss.; COOTER y ULEN, 2016, pp. 98 y ss.; y SHAVELL, 2017, pp. 9 y ss.

⁵² CABANILLAS SÁNCHEZ, *AUAFD*, 1993, p. 204.

pregunta a la que debemos tratar de responder es la siguiente: ¿cuál es la forma más eficiente de asignar derechos sobre los recursos económicamente valiosos? La respuesta, sin entrar a valorar cómo se realiza la primera asignación, se sitúa entre dos extremos: una titularidad individual y una titularidad comunal.

Un par de ejemplos clásicos en la teoría económica permitirán situar la cuestión.

El primer caso hace referencia a los derechos sobre la tierra en la península del Labrador entre los siglos XVII y XVIII y la incidencia del comercio de pieles⁵³.

Hasta mediados del siglo XVII, mientras no existió comercio de pieles o este se mantuvo en niveles muy bajos, la caza de animales solo tenía como finalidad la satisfacción de las necesidades de comida y de pieles del propio cazador y de su familia. La caza se desarrollaba sin especiales restricciones y, aunque podía tener cierto impacto en las condiciones de caza de otros individuos, ese impacto era tan bajo que podía no tenerse en cuenta. La propiedad sobre los recursos naturales susceptibles de ser cazados no necesitaba ser articulada. Cada cazador podía cazar sin restricciones, porque solo lo hacía en función de sus propias y limitadas necesidades.

Sin embargo, cuando, con la llegada de los europeos, el comercio de pieles empezó a desarrollarse, la situación cambió radicalmente. Así sucedió desde principios del siglo XVIII. Por un lado, se produjo un considerable aumento del valor de las pieles para los indios. Y, por otro, como consecuencia de lo anterior, una vez superada la fase de satisfacción de las necesidades primarias, la caza se incrementó también de forma considerable.

Para limitar esos efectos, se produjo un cambio en las asignaciones de los territorios. De no existir restricciones, se pasó a una distribución primero temporal y luego definitiva de las zonas de caza⁵⁴. Téngase en cuenta que los animales de bosque, como nutrias o castores, se localizan en áreas territoriales relativamente pequeñas. Se abría así paso un sistema de derechos de propiedad.

En cambio, en otros territorios, como las llanuras del sudoeste norteamericano, la situación era otra. Por un lado, no había animales de llanura de importancia comercial comparable a los castores o nutrias de los bosques del norte: esto solo cambió con la llegada del ganado europeo. Y, por otro lado, los animales de llanura son básicamente especies herbívoras que se desplazan sobre amplios territorios. La transcendencia de definir territorios de caza se redu-

⁵³ DEMSETZ, *AER*, 1967, pp. 347 y ss.

⁵⁴ Curiosamente, se permitía a un indio hambriento matar y comer las nutrias de otro si se dejaba en poder de su dueño la piel y la cola, que era lo realmente relevante a efectos de su comercio.

cía por el coste de impedir que los animales se dirigieran hacia parcelas adyacentes.

El segundo caso es el conocido como la «tragedia de los comunes»⁵⁵. Pensemos en una llanura de pastos abierta al uso de todos los pastores. Cada pastor puede llevar a pacer a la llanura todo el ganado posible. Mientras las dimensiones de la llanura soportan todas las necesidades del ganado, no surgen conflictos. Pero, al aparecer más pastores y más ganado, comienza a saturarse la capacidad de alimentación que ofrece la llanura (es decir, los pastos y el agua se irán convirtiendo en bienes cada vez más escasos). Actuando racionalmente, cada pastor trata de maximizar individualmente sus beneficios, por lo que implícita o explícitamente se pregunta cuál es la utilidad que le significa aumentar una cabeza de ganado a su rebaño. Esta utilidad tiene un componente positivo y uno negativo. El positivo es el beneficio que obtendría de este nuevo animal (por ejemplo, el beneficio obtenido por la venta de los productos que de él se deriven, como carne, leche, cuero, etc.), y el negativo es el sobrepastoreo adicional creado. Así, el exceso de pastoreo no le implica un coste pues el mismo se distribuye entre todos los usuarios de los pastos a los cuales se externaliza. Un sistema planteado en estos términos incentiva a incrementar los rebaños sin ningún límite (en un mundo que es, por definición, limitado). El resultado es el agotamiento de la llanura⁵⁶.

¿Qué es lo que sucede? Muy sencillo: cada pastor, al llevar el ganado a pastar, toma en cuenta el beneficio, pero no su coste. Esto es un claro ejemplo de una externalidad. Un sistema de propiedad común lleva a que los individuos usen como un bien infinito (los pastos) un bien que es finito, es decir, escaso.

La conclusión es fácil de intuir: determinados sistemas de asignación de recursos no son adecuados, porque sus titulares solo tienen en cuenta los beneficios que pueden extraerse para ellos mismos, sin que ponderen los costes que su actividad, su uso o su explotación pueden significar para terceros. Los costes y beneficios no asumidos por el agente, o que no le son compensados, son externalidades.

Frente a la propiedad comunal, la propiedad privada (si se quiere: la propiedad burguesa e individualista que se consagró en los códigos decimonónicos) supone una fórmula de internalización de

⁵⁵ HARDIN, *Science*, 1968, pp. 1243 y ss. Garrett Hardin no era ni un economista, ni un jurista. Era un zoólogo y su publicación estaba dirigida a destacar, siguiendo la estela malthusiana, los peligros de la sobrepoblación y de la sobreexplotación.

⁵⁶ Tampoco cabe ignorar que, en determinadas circunstancias, puede verificarse una infraexplotación de los recursos: es la denominada tragedia de los anticomunes (HELLER, 1998, pp. 622 y ss.).

las externalidades. Esta es la hipótesis de Harold Demsetz: la principal función de la propiedad es la internalización de los efectos beneficiosos y dañinos derivados del uso de bienes.

La propiedad privada es, pues, una técnica de atribución de la titularidad de los recursos económicamente valiosos⁵⁷. Nada más, pero tampoco nada menos. Los derechos de propiedad aparecen, entonces, cuando la internalización de las externalidades produce beneficios superiores al coste mismo de la internalización (es decir, el coste de poner en vigor los derechos de propiedad). La internalización crea los incentivos para la utilización eficiente de los recursos. Este es, a fin de cuentas, la justificación de todo sistema de propiedad⁵⁸.

II. LA PROPIEDAD PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

1. EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES

El reconocimiento del derecho a la propiedad privada que efectúa nuestra Constitución no es un caso aislado en otros ordenamientos. Pero más interés si cabe tiene su plasmación en textos internacionales, dada la previsión del art. 10.2 CE⁵⁹. Desde esta perspectiva, podemos recordar tres hitos.

En primer lugar, el art. 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁶⁰ establece:

«1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.

⁵⁷ En este sentido, también RIBOT IGUALADA, *DPyC*, 1994, p. 230. Hablaba en su momento Díez-Picazo (*RDU*, 1971, p. 33) de la propiedad como de «una determinada manera de organizar la gestión y la explotación de los bienes económicos».

⁵⁸ Ahora bien, lo anterior no significa que, bajo determinadas circunstancias, un uso compartido no pueda ser económicamente eficiente. Este es precisamente uno de los aspectos más relevantes de la investigación de OSTROM (2000). El planteamiento que subyacía a la tragedia de los comunes se refiere a bienes de acceso libre (*open access*), donde nadie tiene derecho a impedir que otros utilicen el activo, y este es un supuesto distinto al analizado por Ostrom, que se centra en casos de propiedad colectiva (*common property*) donde los sujetos que tienen derecho a utilizar y explotar el recurso de titularidad común están definidos, de manera que los miembros del grupo tienen derecho a excluir a los que no lo sean del uso y disfrute del activo común. Curiosamente, Ostrom citaba como uno de los ejemplos de su tesis el sistema de riegos de la huerta de Valencia.

⁵⁹ Y sin entrar a valorar si la mención a «derechos fundamentales y a las libertades» se limita o no a los arts. 15 a 28 CE.

⁶⁰ Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad».

En segundo lugar, el art. 17.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea indica:

«Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general»⁶¹.

Y, por último, en tercer lugar, aunque no se alude a la protección de la propiedad en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁶², en cambio, sí se la menciona en el Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁶³, cuyo art. 1, bajo la rúbrica «[p]rotección de la propiedad», establece:

«Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

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

Este precepto ha dado lugar a una variada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha sido tomada en consideración por nuestro Tribunal Constitucional, aunque no se haya seguido el planteamiento (al menos, formalmente) más protector de la propiedad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁴.

⁶¹ Sobre la necesidad de proyectar y ajustar la visión comunitaria de propiedad en el ordenamiento español, BAÑO LEÓN, 2008, pp. 1787-1790.

⁶² Roma, 4 de noviembre de 1950.

⁶³ París, 20 de marzo de 1952. El Instrumento de Ratificación de España se publicó en el BOE de 12 de enero de 1991 y contiene una reserva al art. 1. Para una posible explicación, BARCELONA LLOP, 2013, pp. 12 y ss.

⁶⁴ *Vid.*, por todos, JIMÉNEZ HORWITZ, *DPyC*, 2001; BARCELONA LLOP, *RAP*, 2011; y RICCIO, 2018.

2. PROPIEDAD, LIBERTAD Y SEGURIDAD

No resulta oportuno un análisis aislado del enfoque constitucional del derecho de propiedad privada⁶⁵. El art. 33 CE debe ser analizado en su contexto, no solo jurídico, sino también ideológico. Para ello siquiera someramente es conveniente exponer las relaciones entre propiedad y libertad, por un lado, y propiedad y seguridad, por otro.

a) Propiedad y libertad.

Hay un punto que resulta especialmente relevante en el pensamiento jurídico continental europeo y es la conexión entre propiedad y libertad⁶⁶. Así, por ejemplo, se destaca que la protección constitucional de la propiedad está vinculada con la defensa de una vertiente patrimonial del libre desarrollo de la personalidad, que se traduce en la posibilidad de contar con un presupuesto patrimonial indispensable para configurar la vida personal libremente y de desplegar la libertad en los ámbitos de la actividad económica (trabajo y libertad de empresa)⁶⁷. Y más llamativo resulta todavía, como indica también la doctrina⁶⁸, que esa conexión propiedad-libertad esté por completo ausente en nuestra jurisprudencia constitucional. No falta quien⁶⁹ relaciona esa ausencia con cierto prejuicio antidominal del Tribunal Constitucional⁷⁰. Paradójicamente, se suele subrayar más la coexistencia de ese derecho a la propiedad privada con otros elementos más característicos de una democracia social, con la posibilidad de una configuración pública de la economía⁷¹.

Recordemos, por un instante, que esa conexión propiedad-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 con-

⁶⁵ En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, 1991, pp. 1257-1258.

⁶⁶ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2013. Una referencia fundamental es PIPES, 2002.

⁶⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, pp. 1152-1153; *vid.* también DÍEZ-PICAZO, 1991, pp. 1257-1258. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2018a, p. 1158) apunta asimismo las conexiones del art. 33 CE con los arts. 35.1 y 38 CE, y considera que «[c]uando 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».

⁶⁸ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1153; y 2018b; y REY MARTÍNEZ, *DPyC*, 1994b, pp. 183-185.

⁶⁹ REY MARTÍNEZ, 2005, p. 203; y 2006, p. 974.

⁷⁰ También hablaba de «un marcado signo antigarantista del derecho de propiedad privada» (REY MARTÍNEZ, *DPyC*, 1994b, pp. 170 y 171).

⁷¹ DÍEZ-PICAZO, 1991, p. 1257.

trol judicial del poder⁷². Y que quizá una prueba de la salud de nuestras instituciones es el grado de respeto del legislador hacia la propiedad. Se llegó autorizadamente a decir que «España es quizá el país occidental en el que el Legislador y la Administración exhiben una falta de respeto más marcada con la propiedad»⁷³.

b) Propiedad y seguridad.

Ha sido frecuente que, ante la introducción de restricciones legales a los derechos de contenido económico, se alegara, conjuntamente a la posible violación del art. 33 CE, la vulneración de la seguridad jurídica o la irretroactividad de las disposiciones limitativas de derechos individuales, esto es, del art. 9.3 CE.

Cuando se trata de situaciones patrimoniales previamente existentes, la conexión entre los arts. 33 y 9.3 CE es clara. La protección que el art. 33 CE dispensa a las situaciones patrimoniales ya existentes coincide, por un lado, con la prohibición de la retroactividad de las disposiciones restrictivas de esos derechos y, por otro, con la necesidad de proteger la confianza de quien es titular de situaciones patrimoniales ya adquiridas⁷⁴. Claro está, sin embargo, que el propio art. 33 CE introduce un factor ajeno al art. 9.3 CE: la posibilidad de expropiación permite incidir sobre situaciones patrimoniales ya consolidadas y, en consecuencia, incidir en la confianza de quien era su titular.

Obviamente, esa conexión entre los arts. 33 y 9.3 CE carece de la misma transcendencia cuando lo que el legislador pretende es una regulación *ex novo*, creadora de situaciones patrimoniales hasta entonces inexistentes.

3. UNA APROXIMACIÓN AL ART. 33 CE

Aunque quizá sea ocioso recordarlo, es preciso partir de lo dispuesto en el art. 33 CE. Cada uno de sus tres apartados tiene una finalidad y un sentido específicos⁷⁵ y es evidente que la norma no

⁷² Así, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1153.

⁷³ GARCÍA DE ENTERRÍA, *RAP*, 1996, p. 134.

⁷⁴ En este sentido, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2018a, p. 1157) subraya que esos principios constitucionales contienen un mismo principio «antirrevolucionario» en materia económica de protección de lo ya existente o consolidado en el ámbito de las situaciones patrimoniales. *Vid.* también SANTAELLA QUINTERO, 2019, pp. 130-136.

⁷⁵ LÓPEZ Y LÓPEZ (1988, pp. 45 y 56) destaca la heterogeneidad entre los planos en que se mueven los dos primeros apartados del art. 33 CE. La redacción del art. 1 del Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales presenta matices similares, explicables por su contexto: *vid.* JIMÉNEZ HORWITZ, *DPyC*, 2001, pp. 241 y ss., que habla de «mestizaje de tradiciones e intereses»; y BARCELONA LLOP, 2013, pp. 1 y ss.

pretende una brusca ruptura con la situación precedente⁷⁶. El primer apartado «reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia». Tras ese reconocimiento, que parece identificar una realidad extra- y preconstitucional, el segundo apartado asigna al legislador la delimitación del contenido de esos derechos, de conformidad con su función social. Y, por último, en el tercer párrafo se configura la expropiación como mecanismo de privación de los bienes y derechos, sometida a tres factores: a) que concurra «causa justificada de utilidad pública o interés social»; b) que exista la «correspondiente indemnización»⁷⁷; y c) que se lleve a cabo «de conformidad con lo dispuesto por las leyes»⁷⁸.

A poco que se reflexione se constatará que este art. 33 CE presenta en su contenido un buen número de categorías cuyos perfiles no se muestran con la suficiente claridad y que, por ello, no es pequeño el margen que queda a criterio del legislador. No todos los apartados obedecen a la misma lógica y parecen fruto de tendencias de diverso signo⁷⁹. Por un lado, obsérvese que mientras el

⁷⁶ MONTÉS (1980, p. 151) habla de «continuidad matizada». Conforme, MONTÁN-CHEZ RAMOS, 2005, p. 160.

⁷⁷ Lo que es diferente a la posibilidad de que el justiprecio sea cero: LÓPEZ Y LÓPEZ, *TyD*, 2020, p. 117.

⁷⁸ La STC 166/1986, de 19 de diciembre, relativa a una cuestión de inconstitucionalidad derivada de la expropiación del Grupo Rumasa, dijo:

«La expropiación forzosa se concibe en los orígenes del Estado liberal como último límite del derecho natural, sagrado e inviolable, a la propiedad privada y se reduce, inicialmente, a operar sobre los bienes inmuebles con fines de construcción de obras públicas. La transformación que la idea del Estado social introduce en el concepto del derecho de propiedad privada al asignarle una función social con efectos delimitadores de su contenido y la complicación cada vez más intensa de la vida moderna, especialmente notable en el sector económico, determinan una esencial revisión del instituto de la expropiación forzosa, que se convierte, de límite negativo del derecho absoluto de propiedad, en instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social, frente al cual el derecho de propiedad privada, tan sólo garantiza a su titular, ante el interés general, el contenido económico de su propiedad, produciéndose paralelamente un proceso de extensión de la expropiación forzosa a toda clase de derechos e intereses patrimoniales y a toda categoría de fines públicos y sociales».

⁷⁹ Está lejos, sin embargo, del más radical planteamiento del art. 44 de la Constitución de la República Española de 1931:

«Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes.

La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes.

Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada.

Los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común pueden ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija.

El Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional.

En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes».

apartado primero efectúa un reconocimiento del derecho a la propiedad privada que supone una garantía frente a la intervención del legislador⁸⁰, el apartado segundo impone a ese mismo legislador que, apoyándose en la función social, delimite ese derecho⁸¹. Y, por otro, mientras el apartado segundo abre la puerta a la configuración legal del derecho de propiedad, el apartado tercero fija un límite consistente en la privación de bienes y derechos, con lo que se plantea el deslinde del alcance de una y otra situación.

Como ha puesto de relieve la doctrina⁸², el análisis del art. 33 CE plantea en lo fundamental dos grandes problemas suscitados básicamente por el sentido de su apartado segundo (de hecho, los apartados primero y tercero del art. 33 CE son normas perfectamente paralelas a los arts. 348 y 349 CC⁸³). La principal cuestión problemática del art. 33 CE estriba, justamente, en la identificación del alcance y de los límites de la función social en la configuración del derecho de propiedad privada⁸⁴ y ello se proyecta en dos planos.

En primer lugar, hay que determinar los posibles límites de la intervención legislativa en la configuración del derecho de propiedad privada, con base en la función social. La cuestión se reconduce a la identificación del contenido esencial del derecho de propiedad, que debe ser respetado por la intervención del legislador.

⁸⁰ Para RIBOT IGUALADA (*DPyC*, 1994, p. 219), el art. 33.1 CE cumple una doble función: «l'una, de garantia dels drets preexistents enfront al poder de l'estat, i l'altra com a proclamació del criteri d'ordenació, per al futur, del sistema econòmic».

⁸¹ No comparto el planteamiento de BARNÉS VÁZQUEZ (*RAP*, 1989, p. 286), que considera que «[l]a posición jurídico-privada del derecho de propiedad –art. 33.1 CE– parece descansar en un particular modo de utilización de los bienes frente a terceros: la susceptibilidad de explotación directa de los bienes objeto del dominio, sin necesidad de intermediarios. De ahí se deriva una posición de ventaja, en las relaciones jurídico-privadas: la «competencia» del propietario para decidir –*domino volente*– sobre la participación de los restantes derechos patrimoniales –arrendatario, usufructuario...– en su propiedad. Por su parte, el párrafo segundo [...] puede ser entendido como comprensivo de la posición jurídico-pública del dominio. Vertiente esta que se traduce en la competencia de los poderes públicos para elegir el tipo de goce –aprovechamiento– y disposición sobre cada categoría de bienes y, señaladamente, para cada clase de suelo –urbano, forestal, espacio natural, etc.–. Implica, pues, la delimitación del contenido normal de toda forma de exteriorización del derecho. Decisión jurídico-pública acerca del destino económico del bien –urbanístico, agrario o forestal, *v. gr.*– y del concreto aprovechamiento que al titular corresponde, así como la sujeción del ulterior tráfico jurídico a un estatuto determinado». Este planteamiento asigna a la función social un alcance que excede claramente del criterio constitucional.

⁸² RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1148.

⁸³ La STS (cont.) de 27 de octubre de 1979 reconocía que las previsiones del art. 33 CE eran «escasamente innovadoras por hallarse otras similares en los textos fundamentales precedentemente vigentes».

⁸⁴ Son muchos los derechos y los deberes, incluso de transcendencia puramente patrimonial, reconocidos en la Constitución española, pero solo de la propiedad privada y de la herencia se constata la necesidad de proclamar su «función social».

Y, en segundo lugar, conviene precisar cuándo la delimitación del contenido del derecho de propiedad, al amparo de esa función social, se traduce en una privación del derecho, que da lugar a una situación que deba ser calificada como un supuesto de expropiación.

El Tribunal Constitucional ha pretendido poner en conexión ambos problemas interpretativos. Y, por ello, ha podido resaltar la doctrina⁸⁵ que:

«[...] en último término, la frontera que separa el art. 33.2 CE del art. 33.3 CE (para el legislador que regula el contenido de la propiedad; no para otros casos de intervención del poder público en la propiedad) coincide con la que impide al legislador que interviene en el contenido del art. 33.1 CE –en virtud del art. 53.1 CE– pasar de los límites de su contenido esencial (salvo que indemnice, en virtud del art. 33.3 CE)».

Ello significa que el legislador, al amparo de la función social, puede intervenir en la delimitación de la propiedad privada, pero si esa delimitación afecta al contenido esencial, se activa la garantía expropiatoria y la intervención solo es posible si se indemniza. Si se analiza esta idea, parece que no puede sino llegarse a la conclusión de que el verdadero alcance de la propiedad privada se reconduce a la existencia de indemnización como consecuencia de la expropiación⁸⁶.

Hay, sin embargo, en este punto un elemento que conviene subrayar y que nos debe evitar llegar a una conclusión apresurada: en nuestro sistema, la privación de la titularidad de un bien o un derecho no se supedita solo a su indemnización. El art. 33.3 CE (al igual que el art. 349 CC, la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa y el Decreto de 26 de abril de 1957 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa) exige que concurra además una «causa justificada de utilidad pública o interés social». Lo que ocurre es que, aparentemente, se da por supuesto que la intervención legislativa basada en la función social ya cumple esa exigencia. Convendría, por ello, valorar hasta qué punto toda intervención legislativa basada en la función social es «causa justificada de utilidad pública o interés social»⁸⁷. Si lo es, esa intervención legislativa que supone privación da lugar a expro-

⁸⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1149.

⁸⁶ Pero tiene razón BAÑO LEÓN (2008, p. 1785) cuando destaca que la garantía del contenido esencial no debe confundirse necesariamente con la garantía expropiatoria, entre otras razones, porque en tal caso sería superflua la garantía del art. 53.1 CE respecto de la del art. 33.3 CE.

⁸⁷ «[L]a función social de la propiedad *per se* no permite la expropiación salvo que haya una razón cualificada» (BAÑO LEÓN, 2008, p. 1786).

piación. Si no lo es, la intervención carece de justificación, excede de los límites constitucionales y no es necesario que se articule como expropiación.

Un ejemplo puede ilustrar esa situación. La STC 116/2019, de 16 de octubre, desestima el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley balear 13/2018, de 28 de diciembre, de caminos públicos y rutas senderistas de Mallorca y Menorca. El recurso cuestionaba que concurriera causa para legitimar cualquier medida de naturaleza expropiatoria, por la incidencia de las rutas en fincas privadas. Señala el Tribunal Constitucional que:

«La *causa expropriandi* es el fin de utilidad pública o interés social que en cada caso declara el legislador. Es una de las garantías de toda expropiación [...] [E]n la medida en que la expropiación esté fundada en un fin público o social, ninguna lesión del contenido esencial del derecho de propiedad se producirá, ya que ese contenido no exige, ni conlleva, ineludiblemente, el que la declaración de utilidad pública o interés social se encuentre previa y genéricamente amparada en una ley general que contenga una tipificación o catálogo tasado de los fines legitimadores de la expropiación».

El Tribunal Constitucional considera que los poderes públicos pueden facilitar a los usuarios la práctica del senderismo, lo que se relaciona con la ordenación territorial y el turismo; y además se enuncian una serie de fines públicos, conectados con el interés general:

«Se trata de fines relacionados fundamentalmente con la necesidad de garantizar una utilización adecuada de estas rutas, permitiendo un uso público compatible con la preservación de los valores naturales, culturales y etnológicos propios de las mismas, facilitando una mayor sensibilización ambiental, al acercar la población a la naturaleza y al medio rural en general. Uso que posibilite tanto la preservación del entorno en el que dichas rutas discurren, tomando en consideración sus valores naturales, su paisaje o su patrimonio cultural, como su contribución al desarrollo sostenible del medio rural. Finalidad de protección medioambiental y su conexión con el objetivo del desarrollo rural que cumplen este tipo de rutas que ya ha sido destacada por la doctrina de este Tribunal...».

Es, evidentemente, un planteamiento que concede un amplísimo margen al legislador.

Por lo demás, la conexión entre expropiación y función social parece tener su plasmación más acabada en los arts. 71 y ss. LEF,

que se ocupan de la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad⁸⁸. En concreto, el art. 71 LEF señala que:

«Existirá causa de interés social para la expropiación forzosa, además de en los casos en que haya lugar con arreglo a las Leyes, cuando con esta estimación expresa se haya declarado específicamente por una Ley la oportunidad de que un bien o una clase de bienes se utilicen en el sentido positivo de una determinada función social y el propietario incumpla esta directiva».

En consecuencia, si una Ley declara que cierto tipo de bienes cumple una función social y el propietario la incumple, se abre la puerta a una expropiación por ese incumplimiento, por causa de interés social⁸⁹.

¿Dónde radica el problema? Con la legislación de expropiación forzosa, la declaración de obligación de cumplimiento de una función social era excepcional⁹⁰. Sin embargo, al establecer el art. 33.2 CE la relevancia de la función social en cuanto a la delimitación del contenido, basta que una ley se apoye en que pretende el desarrollo de esa función social para que, en un primer momento, se legitime (al menos, aparentemente) una intervención y para que, en un segundo momento, si se considera que supone privación de derechos, justifique la expropiación. En último término, el problema estriba en determinar si la referencia a la función social de la legislación de expropiación forzosa coincide con la función social del art. 33.2 CE. La singularidad de la función social en la legislación de expropiación forzosa contrasta con su generalidad en el art. 33.2 CE.

4. ¿INTERPRETACIÓN CONJUNTA DE LOS TRES APARTADOS?

En la jurisprudencia constitucional se ha mantenido la necesidad de una interpretación combinada de los tres apartados del art. 33 CE. Es paradigmática, en este sentido, la STC 37/1987, de 26 de marzo. Para el Tribunal Constitucional, los tres apartados del art. 33 CE «no pueden ser artificiosamente separados», puesto que

⁸⁸ *Vid.* arts. 87 y ss. REF.

⁸⁹ *Vid.*, por ejemplo, Ley 24/1977, de 1 de abril, de expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad de viviendas de protección oficial; o Ley 34/1979, de 16 de noviembre, sobre fincas manifiestamente mejorables.

⁹⁰ Decían GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2022) que la aplicación de este tipo de expropiación «ha sido, sin embargo, escasa, tanto a nivel legal o formal, como, especialmente, a nivel práctico, en el que permanece prácticamente inédito, salvo en materia urbanística [...] y agraria», aunque advertían que «[l]a consagración del principio de la función social de la propiedad en la Constitución (art. 33.3) puede extender la aplicación de esta importante técnica expropiatoria».

«[...] revelan la naturaleza del derecho a la propiedad en su formulación constitucional. Se trata de un derecho reconocido, como ha declarado este Tribunal en la Sentencia 111/1983 (fundamento jurídico 8.º) [Caso Rumasa], desde la vertiente institucional⁹¹ y desde la vertiente individual, siendo, desde este último punto de vista, un derecho subjetivo que «cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad... legitima la expropiación»⁹².

Ahora bien, esa exigencia de una valoración combinada de los tres apartados del art. 33 CE no ha vuelto a ser repetida, aunque es evidente que el alcance de los apartados segundo y tercero ha afectado decisivamente el sentido del reconocimiento del derecho de propiedad privada.

En mi opinión, sin negar la conveniencia de tener en cuenta el alcance de los apartados segundo y tercero, no se puede obviar cierta prevalencia del apartado primero y de ese reconocimiento del derecho a la propiedad privada. No se trata de interpretar ese primer apartado como la consagración de un derecho similar a los plasmados en los Códigos Civiles decimonónicos, sino de algo más simple. Toda la estructura del art. 33 CE parte de y presupone una subordinación de los apartados segundo y tercero al apartado primero. Los apartados segundo y tercero se explican como matizaciones al apartado primero. Dicho de otro modo, sin el apartado primero, los otros dos apartados no tienen sentido; en cambio, sin esos dos apartados, el apartado primero sí mantiene su sentido (anacrónico si se quiere, pero sentido, al fin y al cabo). El reconocimiento del derecho es la regla, la delimitación es una posibilidad de incidencia que requiere ser justificada.

Lo que, en última instancia, quiero poner de manifiesto es que, por muy importante que sea el alcance que queramos conferir a los apartados segundo y tercero, no podemos prescindir de la proclamación del derecho a la propiedad privada. Ese reconocimiento, sin adición de otros elementos, requiere un ordenamiento jurídico

⁹¹ Para RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2018a, p. 1159), esa vertiente objetiva (expresión que considera más clara que la de institución) de la propiedad «se traduce en la directiva constitucional (entregada, desde luego, a la configuración del legislador) de que el orden económico se base sustancialmente en la titularidad privada de los bienes, con independencia de las posibles excepciones (también previstas constitucionalmente en el art. 128.2 CE: reserva de recursos al sector público); y de que exista una adecuada protección en el ordenamiento jurídico (también en el jurídico-privado) de las posiciones jurídico-patrimoniales».

⁹² Respecto a la STC 111/1983, de 2 de diciembre, el Tribunal Constitucional elimina una referencia al debilitamiento del derecho de propiedad. Para una crítica de esa referencia al debilitamiento de la propiedad, *vid.* REY MARTÍNEZ, 1994a, pp. 199-219; DPyC, 1994b, pp. 185-189; y 2005, pp. 206 y ss.; y COLINA GAREA, 1997, pp. 208 y ss.

que proteja la utilidad individual consustancial a esa técnica de gestión de los recursos escasos.

5. CONSECUENCIAS DE LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL ART. 33 CE

Aunque sea una cuestión hartamente conocida, creo que es necesario no perder de vista las consecuencias de la ubicación sistemática del art. 33 CE. Su ubicación es relevante en diversos sentidos.

- Se encuentra en el Título Primero, dedicado a los derechos y deberes fundamentales y, más en concreto, en el Capítulo Segundo dedicado a los derechos y libertades.
- Está excluido, sin embargo, de la Sección dedicada a los derechos fundamentales y libertades públicas.
- Pero está incluido en la Sección dedicada a los derechos y deberes de los ciudadanos.
- Y no forma parte del Capítulo Tercero, dedicado a los principios rectores de la política social y económica.

Esta ubicación implica diversas consecuencias⁹³, en lo que ahora interesa:

- a) Es un derecho que vincula a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE).
- b) Su ejercicio solo puede regularse por ley⁹⁴, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE).
- c) Es cuestión sujeta a interpretación y a discusión si cabe dictar disposiciones legislativas en forma de Decretos-leyes en la medida que no pueden afectar «a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I» (art. 86.1 CE)⁹⁵.
- d) Es un derecho tutelable a través del recurso de inconstitucionalidad [arts. 53.1 y 161.1.a) CE], pero no se protege mediante

⁹³ Una explicación de su menos intensa protección, relacionada con los «derechos de los ricos», en Díez-PICAZO GIMÉNEZ, 2013. Como constata BAÑO LEÓN (2008, pp. 1781-1782), «el constituyente minusvaloró el derecho de propiedad como derecho fundamental [...] En lo que podríamos considerar la ideología constitucional predominante, tanto las fuerzas políticas de la izquierda como las de la derecha reservaban un papel central al intervencionismo estatal en todos los órdenes de la vida social».

⁹⁴ *Vid.*, por todos, BARNÉS VÁZQUEZ, 1988, pp. 188 y ss.; REY MARTÍNEZ, 1994a, pp. 405 y ss.; y COLINA GAREA, 1997, pp. 253 y ss. Sobre la flexibilización de la exigencia de reserva de ley, ampliando el espacio de los reglamentos, *vid.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1151.

⁹⁵ Es, en cambio, claro que no se requiere ley orgánica para su desarrollo, porque no se trata de uno «de los derechos fundamentales y libertades públicas» (art. 81.1 CE).

recurso de amparo [arts. 53.2 y 161.1.b) CE]⁹⁶. Y se admite que se pueda plantear cuestión de constitucionalidad ante su eventual vulneración por una disposición legal (art. 163 CE).

En nuestro sistema constitucional, la propiedad privada se configura como un derecho fundamental, no como una mera garantía de instituto⁹⁷. Esta consideración tiene una especial importancia por cuanto, en el planteamiento del Tribunal Constitucional, el alcance de la intervención legislativa es mayor respecto a las situaciones que pueden calificarse de garantías de instituto que las reputadas como derechos fundamentales. Ahora bien, en lo que se refiere a la propiedad privada, y vista la escasa trascendencia del respeto a su contenido esencial, su caracterización como derecho fundamental se revela poco fecunda y, en la práctica, se asemeja más bien a una simple garantía de instituto.

6. DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL ART. 33 CE

Como consecuencia de la exclusión del recurso de amparo para la tutela del derecho a la propiedad privada (sin perjuicio de que pueda alegarse en combinación con otros derechos sí susceptibles

⁹⁶ La STC 67/1988, de 18 de abril, recuerda que «[...] el derecho de propiedad y sus garantías, incluidos los límites constitucionales a la expropiación, no son susceptibles, de acuerdo al art. 53 CE, del recurso constitucional de amparo, por lo que éste no podría servir como instrumento para proteger al ciudadano frente a expropiaciones que no respetaran las garantías del art. 33.3 CE. Ello no supone, sin embargo, la desprotección de tales derechos, sino sólo que el constituyente no ha estimado necesario incluir este derecho y sus garantías en el ámbito de la protección reforzada que el art. 53.2 CE confiere a determinados derechos y libertades fundamentales, encomendando a los Tribunales ordinarios, que a su vez tienen abierta la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, la tutela de tal derecho y sus garantías».

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2018a, p. 1153) apunta a la falta de conexión entre propiedad y libertad como una de las razones que explica esa no protección de la propiedad mediante el recurso de amparo. Para CARRASCO PERERA (*REDC*, 1984, p. 92), ««[c]ientíficamente» constituye una «lástima» que el derecho de propiedad no esté incluido en el ámbito del amparo».

⁹⁷ Así, LOBATO GÓMEZ, 1989, pp. 308-316; REY MARTÍNEZ, 1994a, pp. 220-232; 2005, pp. 210-211; *PyD*, 2006, pp. 979-980; y *TyRC*, 2007, p. 399; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, 2004, pp. 40-42; AGUILERA VAQUÉS, 2008, pp. 941 y 949; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1152; PRATS ALBENTOSA, *RJNot*, 2022, pp. 151-153; y SÁNCHEZ BALLESTEROS, *RDC*, 2023, p. 145 (que lo califica como no «fundamentalísimo»); un criterio distinto en MONTÉS, 1980, pp. 161-162; PARADA, *DA*, 1990, pp. 41-42; CABANILLAS SÁNCHEZ, *AUAFD*, 1993, p. 213; PONS CÀNOVAS, 2004, pp. 29-30; y TORNOS MAS, *RVAP*, 2014, p. 2857. Para Díez-Picazo Giménez (2013), es tanto un derecho fundamental como una garantía de instituto (*Vid.* también PRATS ALBENTOSA, *RJNot*, 2018, pp. 325-335). Sobre la posible consideración del derecho a una vivienda digna como derecho fundamental, PRATS ALBENTOSA, *RJNot*, 2022, pp. 142 y ss. En sentido crítico, NASARRE AZNAR, *CRL*, 2017, pp. 45-51; y LÓPEZ Y LÓPEZ, *CDL*, 2022, p. 17. Una propuesta «de lege ferenda» en SIMÓN MORENO, 2018, pp. 55 y ss.

de amparo), la doctrina del Tribunal Constitucional se ha configurado fundamentalmente a través de recursos de inconstitucionalidad y, mucho más esporádicamente, a través de cuestiones de inconstitucionalidad. Como se ha resaltado acertadamente⁹⁸, esta negación de la vía de amparo ha tenido una influencia decisiva en la conformación de la doctrina constitucional, en la medida que el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo un análisis abstracto de la inconstitucionalidad de las normas:

«Es prácticamente imposible determinar en un juicio a priori y en abstracto si una determinada regulación de la propiedad impide al propietario una utilidad económica al bien. Lo normal es que en términos teóricos no pueda llegarse a una conclusión inequívoca en uno u otro sentido, de manera que el Tribunal Constitucional tenderá a fallar en favor del legislador, pues estaremos por definición en el ámbito propio del juicio discrecional que al legislador incumbe».

Y hay un aspecto que merece ser destacado. Las decisiones del Tribunal Constitucional en torno al derecho de propiedad privada no se basan exclusivamente en el contenido y el alcance del art. 33 CE, sino que la *ratio decidendi* tiene frecuentemente otros perfiles. Es importante subrayar este extremo, porque en ocasiones las referencias al art. 33 CE pueden ser consideradas *obiter dicta* y, por ello, su valor debe ser matizado. ¿Cuáles son esas otras razones que explican las concretas decisiones del Tribunal Constitucional?

a) En ocasiones, el Tribunal Constitucional analiza los límites del Decreto-ley que afecta al derecho de propiedad, y la inconstitucionalidad se basa en la infracción de esos límites, por ejemplo, cuando se reprocha que un Decreto-ley pretenda establecer un régimen general de este derecho.

b) En otras ocasiones, la declaración de inconstitucionalidad se sustenta en la distribución competencial entre el estado y las comunidades autónomas: la inconstitucionalidad obedece, simplemente, a que el legislador, sea estatal, sea autonómico, se excede en las materias sobre las que versa su normativa⁹⁹. Piénsese, por ejemplo y sin ánimo exhaustivo, desde la perspectiva de la competencia estatal, en materias como legislación mercantil (art. 149.1.6.^a CE) o sobre propiedad intelectual e industrial (art. 149.1.9.^a CE), o ferrocarriles (art. 149.1.21.^a CE), recursos y aprovechamientos hidráulicos (art. 149.1.22.^a CE), legislación básica sobre protección del medio ambiente (art. 149.1.23.^a CE), bases de régimen minero y energético (art. 149.1.25.^a CE), o defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español (art. 149.1.28.^a CE). Y,

⁹⁸ BAÑO LEÓN, 2008, pp. 1782-1783.

⁹⁹ Interesantes reflexiones en LÓPEZ Y LÓPEZ, *ADC*, 1998, pp. 1680 y ss.

desde la perspectiva contraria, esto es, desde la perspectiva de la competencia autonómica, podemos mencionar, también a título de ejemplo, la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (art. 148.1.3.^a CE), montes y aprovechamientos forestales (art. 148.1.8.^a CE), gestión en materia de protección del medio ambiente (art. 148.1.9.^a CE), proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés autonómico (art. 148.1.10.^a CE), o patrimonio monumental de interés autonómico (art. 148.1.16.^a CE).

Acaso sorprenda que en esa amplia enumeración de títulos competenciales no se haya mencionado el art. 149.1.8.^a CE. Y sorprende porque es evidente que el derecho de propiedad privada es legislación civil. O, mejor dicho, es también, pero no solo, legislación civil. Lo cierto es que entre las materias reservadas exclusivamente al estado no hay una conexión inmediata con la propiedad o los derechos reales y ello parece abrir la puerta a la legislación de algunas comunidades autónomas. Sin embargo, si el art. 149.1.8.^a CE se lee con calma no es difícil llegar a concluir que hay, al menos, dos elementos que sí pueden vincularse inmediatamente con las titularidades patrimoniales. Por un lado, la ordenación de los registros e instrumentos públicos y, por otro, las bases de las obligaciones contractuales, son materias que sí pueden relacionarse con el estatuto de la propiedad privada y determinar la inconstitucionalidad de una norma. Piénsese, por ejemplo, en una legislación autonómica que imponga con carácter constitutivo para la adquisición de un derecho real su inscripción en el registro de la propiedad; o que limite los contratos que un propietario puede llevar a cabo sobre un bien, o restrinja su contenido, o le imponga una contratación forzosa. Pero, evidentemente, que una norma autonómica sea inconstitucional por incidir en una de las bases de las obligaciones contractuales no significa que una norma estatal idéntica lo sea. Las razones por las que una norma estatal puede llegar a ser inconstitucional se mueven en otro plano.

Una de las mejores oportunidades que tuvo el Tribunal Constitucional fue desaprovechada. La STC 95/2017, de 6 de julio, versó sobre la Ley catalana 19/2015, de 29 de julio, que introdujo la propiedad temporal (y también la propiedad compartida) en el libro quinto del Código Civil de Cataluña¹⁰⁰. Pero nada dijo el Tribunal

¹⁰⁰ El Tribunal Constitucional admitió la constitucionalidad de esa regulación autonómica, a partir de la idea de desarrollo del art. 149.1.8.^a CE, basándose en la conexión entre la propiedad temporal y diversas instituciones ya reguladas en Derecho catalán, como la sustitución fideicomisaria sometida a plazo o condición, los legados hechos bajo condición o término resolutorios, las donaciones sujetas a condición o a plazo o a reversión, la cláusula típica de recuperación de la propiedad en la compraventa a carta de gracia o la enfiteusis.

Constitucional acerca de qué relación podía existir entre el derecho de propiedad del art. 33 CE y una propiedad meramente temporal. La cuestión puede explicarse por la introducción *ex novo* de esa figura: no se trataba, pues, de modificar el contenido de las titularidades ya existentes, sino de permitir nuevas situaciones jurídico-patrimoniales.

Llama, no obstante, la atención el énfasis del legislador catalán en recurrir a la expresión «propiedad», sea temporal, sea compartida. En cambio, como es conocido, el legislador estatal expulsó del lenguaje jurídico la expresión «multipropiedad»: la Ley 42/1998, de 15 de diciembre¹⁰¹, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, rechazó esa expresión por impropia¹⁰².

7. ¿QUÉ DEBEMOS ENTENDER POR «PROPIEDAD PRIVADA» EN EL ART. 33 CE?

El art. 33.1 CE reconoce el «derecho a la propiedad privada». No voy a entrar aquí en disquisiciones acerca de si supone alguna diferencia de nota la indicación de que se trata del derecho a la propiedad, y no del derecho de propiedad¹⁰³. El adjetivo «privada» se contraponen a «pública» y hace referencia no tanto al titular, sino a la técnica de asignación del recurso¹⁰⁴. Cabe, obviamente, que entes públicos ostenten derecho de propiedad privada sobre ciertos bienes (arts. 7 y 8 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas)¹⁰⁵.

La constitucionalización de categorías jurídicas preconstitucionales produce resultados chocantes¹⁰⁶. La constitucionalización no

¹⁰¹ Esa Ley fue derogada por el Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, sustituido, a su vez, por la vigente Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.

¹⁰² «El término «multipropiedad» tenía la gran ventaja de haber calado en la opinión pública, hasta el punto de ser, con mucho, la forma más habitual de denominar entre nosotros a la institución, con independencia de que se hubiera constituido como una forma de propiedad o como una forma de derecho personal. Pero es precisamente ese carácter globalizador con el que normalmente se utiliza, por un lado, y el hecho de hacer referencia a una forma concreta de propiedad, por otro, lo que lo hacen un término inadecuado por equívoco».

¹⁰³ Sobre las diferencias entre «derecho de» y «derecho a» en el texto constitucional, LÓPEZ Y LÓPEZ, 1988, pp. 46-52; Díez-PICAZO, 2006, p. 18; MUÑOZ GUIOSA, 2009, pp. 85-88; y ROGEL VIDE, 2017, pp. 45 y ss.

¹⁰⁴ Por ello, BARNÉS VÁZQUEZ (1988, p. 49) subraya que la función social no se identifica con el interés general, puesto que no persigue el uso o servicio públicos al que está afectado el dominio público.

¹⁰⁵ Para la sujeción de esos bienes a la función social, *vid.* LÓPEZ Y LÓPEZ, 1988, pp. 83 y ss.

¹⁰⁶ Interesantes consideraciones en SANTAELLA QUINTERO, 2019, pp. 54 y ss.

supone la elevación de rango normativo de una categoría y tampoco significa que esa categoría reste petrificada o inalterada respecto de su significado preconstitucional¹⁰⁷. Pero la constitucionalización tampoco implica que la categoría nazca *ex novo* y sin conexión con sus perfiles preconstitucionales: de lo contrario, si el legislador postconstitucional tuviera absoluta libertad para configurar cada categoría (propiedad, herencia, familia, matrimonio, etc.), su misma consagración constitucional serviría de bien poco.

Esa cuestión se apunta en la STC 37/1987, de 26 de marzo, al aludir a la naturaleza jurídica de los derechos:

«Muchas veces el “nomen” y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta...».

Hay, en este punto, un difícil equilibrio entre la continuidad tipológica de la categoría preconstitucional y las posibilidades de configuración postconstitucional¹⁰⁸. No cabe duda de que no se ha constitucionalizado el contenido de los arts. 348 y 349 CC, pero también está claro que no se puede prescindir de esos preceptos a la hora de perfilar el alcance de la intervención legislativa postconstitucional¹⁰⁹. Lo que sí es cierto es que la previsión constitucional de la expropiación forzosa en el art. 33.3 CE ha hecho que la delimitación de los derechos tutelables por esa vía («cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos...»: art. 1.1 LEF) «contamine» la

¹⁰⁷ DÍEZ-PICAZO, 1991, pp. 1258-1259.

¹⁰⁸ El planteamiento de RIBOT IGUALADA (*DPyC*, 1994, p. 212) amplía el margen del legislador: «cal entendre que la Constitució no fa seu un determinat concepte tècnic (abstracció falsament lògica de les dades subministrades per l'ordenament positiu extraconstitucional), sinó que remet la determinació del dret objecte de reconeixement al legislador (art. 33.2 CE). Pero no amb una llibertat completa, que desfiguraria el sentit normatiu que hom coincideix a atribuir al precepte constitucional, sinó dins dels límits que es deriven tant de la lectura conjunta dels tres apartats que componen l'art. 33, com del principi de concordança pràctica i unitat de la Constitució».

¹⁰⁹ Para RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2018a, p. 1154), «[c]ada concepto que pasa al texto constitucional cobra un sentido propio que puede ser distinto (y en el caso de la propiedad, sin duda, lo es) del originario de la legalidad infraconstitucional de la que procede. Más contundente es BARNÉS VÁZQUEZ (1988, p. 287; y *RAP*, 1989, p. 274), para quien «[l]a Constitución posee la virtual capacidad para crear *conceptos propios*» y alude a que «[n]uestro Alto Tribunal ha utilizado este poder de definición autónoma para el ámbito de su competencia otorgando a los conceptos un contenido valorativo de carácter material. Contenido que no puede ser ya determinado por una mera definición formal o por la remisión igualmente formal a la disciplina jurídica en que dicho concepto ha sido tradicionalmente cultivado». Claro está que ello supone, como recuerda CARRASCO PERERA (*REDC*, 1984, p. 80), refiriéndose a la doctrina alemana, que el legislador ordinario ya no puede llamar propiedad a cualquier cosa y con los caracteres cualesquiera que se le ocurran.

noción de propiedad privada del art. 33.1 CE¹¹⁰: esto es, que el ámbito objetivo del art. 33.1 CE se lea a partir del ámbito objetivo del art. 33.3 CE, lo cual no deja de ser curioso en la medida que simultáneamente se subraya la desvinculación del legislador postconstitucional del concepto preconstitucional de propiedad¹¹¹.

Lo que nos interesa es qué significa propiedad en el art. 33.1 CE. En una primera aproximación, cabe pensar en una identificación con el concepto preconstitucional del derecho de propiedad. Más aún: es fácil recurrir al concepto codificado en el art. 348.I CC, como «derecho de gozar y disponer de una cosa o de un animal¹¹², sin más limitaciones que las establecidas en las leyes». Pero ello significaría olvidar las importantes modificaciones que ese concepto sufrió entre 1889 y 1978¹¹³. Y tampoco puede pensarse en una petrificación constitucional de ese concepto. La STC 37/1987, de 26 de marzo, afirmaba con rotundidad 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 una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 CC». Es evidente: el contexto liberal-burgués de finales del siglo XIX¹¹⁴ no es el contexto social de comienzos del siglo XXI¹¹⁵.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha preocupado por resaltar que el concepto de propiedad privada no se identifica en el art. 33.1 CE con la titularidad dominical sobre bienes materiales¹¹⁶. Esa referencia a propiedad privada ha permitido cobijar la

¹¹⁰ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1154.

¹¹¹ El planteamiento se constata, por ejemplo, en la STC 108/1986, de 29 de julio, sobre jubilación anticipada de los jueces:

«No define la Constitución qué deba entenderse exactamente por expropiación de «bienes y derechos», pero dado que el precepto se remite a «lo dispuesto por las Leyes», parece que hay que referirse a la legislación vigente, que acoge un concepto amplio respecto al posible objeto de la expropiación».

¹¹² Referencia añadida por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre.

¹¹³ LÓPEZ Y LÓPEZ (ADC, 1998, pp. 1679-1680) caracterizaba de este modo la propiedad: «un derecho patrimonial privado, el más pleno posible, con carácter general sobre una determinada categoría de bienes corporales, oponible *erga omnes*, insusceptible de titularidad solidaria, y no derivado de otro derecho subjetivo de mayor contenido de facultades».

¹¹⁴ Interesantes indicaciones, incluyendo una exposición de sus postulados ideológicos, en REY MARTÍNEZ, 1994a, pp. 11 y ss.; y COLINA GAREA, 1997, pp. 21 y ss.

¹¹⁵ Según MONTÉS (1980, pp. 391 y ss.), la «nueva» propiedad presenta cuatro aspectos fundamentales: pluralismo, conexión social, desconexión de la idea de libertad y actividad o ejercicio como centro de la regulación.

¹¹⁶ LÓPEZ Y LÓPEZ (1988, p. 42) considera que bajo la fórmula abstracta y unificadora «propiedad privada» se incluyen todos los títulos jurídicos privados de apropiación, gestión y transmisión de los bienes económicos, con indiferencia de cuál sea su contenido. *Vid.* también REY MARTÍNEZ, 1994a, pp. 255-256; y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, 2013. En sentido crítico, MUÑOZ GUILIOSA, 2009, pp. 81-82.

tutela de un amplio conjunto de situaciones patrimoniales que, en una primera aproximación, quizá no hubiéramos calificado como propiedad privada. De esta suerte, toda clase de derechos e intereses patrimoniales son reconducibles al art. 33 CE¹¹⁷. Las razones de esta expansión son diversas. Por un lado, como señala la doctrina¹¹⁸, ello es fruto de un cambio en la concepción de la garantía expropiatoria, que supera su planteamiento como procedimiento de traslado a la propiedad del estado de los inmuebles necesarios para la realización de obras públicas. Hay en este punto una recíproca influencia entre el concepto de propiedad privada y el de expropiación. Y, por otro, creo que puede destacarse la orfandad en la que se encuentran las situaciones jurídico-patrimoniales privadas en su enfoque constitucional. Quizá pueda decirse que su inclusión en la referencia a la propiedad privada no es la mejor de las soluciones, pero tampoco la peor.

Curiosamente, esta interpretación amplia de la referencia a la propiedad privada en el art. 33.1 CE¹¹⁹ permite solucionar uno de los problemas de disparidad normativa más llamativos entre, por un lado, el *common law* y el análisis económico del Derecho, y, por otro, el *civil law*. Como se ha subrayado¹²⁰, el uso por parte de la literatura económica de la expresión *property rights* no coincide con el uso jurídico. En una perspectiva económica, esa expresión supone una visión más general, que, en un vocabulario dogmático-jurídico, se acerca más a los de titularidad o situación jurídica subjetiva activa (obviamente, con contenido económico). De este modo, abarca los derechos subjetivos en sentido técnico –y las meras facultades que componen su contenido–, pero también otras situaciones como las expectativas o las potestades¹²¹.

Dada la amplitud de las situaciones que pueden ser englobadas en esa categoría de los *property rights*, no es de extrañar que algunos autores se planteen el uso en español de una expresión menos

¹¹⁷ Para una aproximación a esas situaciones, *vid.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, pp. 1155-1157. *Vid.* también SANTAELLA QUINTERO, 2019, pp. 265 y ss.

¹¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, *RAP*, 1996, pp. 134-136; y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, pp. 1149 y 1154 y ss.

¹¹⁹ Por lo demás, coincidente con la interpretación amplia de la referencia a «bienes» en el art. 1 del Protocolo adicional del Convenio de Roma: JIMÉNEZ HORWITZ, *DPyC*, 2001, pp. 253-254; y BARCELONA LLOP, *RAP*, 2011, pp. 57-62.

¹²⁰ GÓMEZ POMAR, *ADC*, 1998, pp. 1037-1038.

¹²¹ GÓMEZ POMAR, *ADC*, 1998, p. 1037. Por ello, indica GÓMEZ POMAR (*ADC*, 1998, p. 1038) que toda posibilidad de comportamiento, activo u omisivo, de que un individuo dispone en relación con otros sujetos, a objetos del mundo material o a cualesquiera otras entidades imaginables, tales como creaciones artísticas o espirituales –derechos de autor–, nuevos procedimientos productivos –derechos de patente–, y simples nombres o denominaciones asociadas a una actividad económica, bien o servicio –derechos de marca–, resulta incluida en la amplia categoría de los «derechos de propiedad».

literal, y aludan simplemente a «derechos»¹²². Sin embargo, siendo conscientes de sus límites, no hay inconveniente en seguir empleando la noción de «derechos de propiedad» o, si se quiere, una expresión menos comprometida, «derechos patrimoniales». En cualquier caso, la amplitud con la que se entiende la referencia a la propiedad privada en el art. 33 CE facilita la asimilación de categorías.

III. ¿PARA QUÉ SIRVE LA «FUNCIÓN SOCIAL»?

1. LA SINGULARIDAD DE LA «FUNCIÓN SOCIAL»

Es preciso señalar que el apartado segundo del art. 33 CE resulta doblemente singular:

- 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 sea¹²³.
- b) No hay en la Constitución ninguna otra mención a la posibilidad de «delimitar» un derecho, sea del tipo que sea.

Lo anterior no significa, obviamente, que los otros derechos constitucionales no pueden desarrollar una función social, ni que no pueda delimitarse su contenido, sea con arreglo a su función social, sea en virtud de otros criterios. Lo llamativo es que el constituyente se viera en la necesidad de incluir esa referencia expresa respecto a la propiedad privada (y a la herencia), cuando, aun no habiéndola incluido, no podría dudarse de su virtualidad. El liberalismo moderado español nunca llegó, sin embargo, a proclamar la ausencia de límites a la actuación del propietario. En un planteamiento liberal-burgués, es decir, en el planteamiento que recoge el Código Civil, también la propiedad se encontraba sometida a ciertos límites (art. 348 CC)¹²⁴.

¹²² Por ejemplo, PAZ-ARES, 1995, p. 2851, nt. 13. MARTÍNEZ VELENCOSO (*InDret*, 2008, p. 4, nt. 2) sugiere que la traducción más adecuada sería «derechos de apropiación».

¹²³ Evidentemente, también puede relacionarse con la subordinación de toda la riqueza del país al interés general (art. 128.1 CE).

¹²⁴ Cuestión distinta es hasta qué punto esos límites eran extrínsecos al propio derecho del propietario y motivados, en la mayoría de ocasiones, por los intereses de otros propietarios. Pero, desde 1889, la evolución ha discurrido por otras vías.

2. LOS MÚLTIPLES ORÍGENES DE LA FUNCIÓN SOCIAL

La función social de la propiedad puede localizar antecedentes en una multiplicidad de corrientes y de ideologías¹²⁵: desde la doctrina social de la Iglesia católica, al sociologismo jurídico o las tendencias socializantes¹²⁶. No es esta una cuestión que tenga demasiada importancia, una vez prevista en el art. 33.2 CE: lo que importa es el alcance que se asigna a esa función social en la configuración de la propiedad privada. Para cierta doctrina¹²⁷, se trata de «la clave de bóveda de la regulación constitucional del derecho de propiedad»; también con agudeza otra doctrina¹²⁸ habla de «nudo gordiano del problema»¹²⁹.

Sin que resulte paradójico también se ha destacado que la inclusión de la función social actúa como elemento legitimador de la admisión de la propiedad privada. Así, no ha faltado en la doctrina¹³⁰ quien haya aludido a que la función social funciona como una especie de coartada para el mantenimiento de una institución, esto

¹²⁵ Por ello, LÓPEZ Y LÓPEZ (*ADC*, 1998, p. 1651) alude a que es un «topos» con muchos «padres legítimos». No era, pues, de extrañar que LASARTE (*RGLJ*, 1975, pp. 143 y 146) aludiera a la ambivalencia de la expresión, que apuntara que «la expresión seguirá conservando un cierto sentido de magia e indeterminación» o que subrayara «el valor puramente semántico de semejante concepto jurídicamente indeterminado». Ni siquiera en la legislación preconstitucional la expresión era utilizada en sentido unívoco: MUÑOZ GUIJO-SA, 2009, p. 115.

¹²⁶ Como señala REY MARTÍNEZ (2005, pp. 214-215), el planteamiento de una función social de la propiedad social procede inicialmente de la orientación positivista, antimarxista e industrialista de A. Comte y L. Duguit. Pero para estos autores, no existe un componente auténticamente social entendido como búsqueda de un equilibrio entre los intereses del propietario y los de la colectividad, sino más bien en el contexto de la apoteosis de la revolución industrial, se conforma una visión de una propiedad funcionalmente dirigida a la producción de riqueza. Por ello, no es extraño que la plasmación de este pensamiento tomara cuerpo precisamente en la doctrina del corporativismo productivista fascista de la década de 1930. Tras la Segunda Guerra Mundial se impone en el constitucionalismo democrático una tradición de esa función social procedente de la socialdemocracia y del cristianismo social, como una cláusula que atempera un eventual despotismo individualista sobre los bienes. Una amplia exposición de esos diversos factores en LOBATO GÓMEZ, 1989, pp. 74 y ss.; DE LOS MOZOS, 1993, pp. 109 y ss.; REY MARTÍNEZ, 1994a, pp. 89 y ss.; y COLINA GAREA, 1997, pp. 21 y ss.; 178 y ss.; y 195 y ss. Para MECO TÉBAR (2023, p. 434), el rol de la función social «no era otro que el de componer en cada contexto los intereses en presencia, los de los particulares y las necesidades de la colectividad». Un planteamiento diferente es el de NOGUERA FERNÁNDEZ (2022, p. 24): «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)».

¹²⁷ LÓPEZ Y LÓPEZ, 1988, p. 57; y *ADC*, 1998, p. 1651; y REY MARTÍNEZ, 2005, p. 214; y *PyD*, 2006, p. 987.

¹²⁸ BARNÉS VÁZQUEZ, 1988, p. 42.

¹²⁹ Parecidamente, Díez-PICAZO (1991, p. 1267) considera la función social como «la clave de la configuración legal o el principio ordenador de las intervenciones legales».

¹³⁰ Díez-PICAZO, 2006, p. 19.

es, el cumplimiento de una función social permite mantener incuestionado el estatus de propietario.

Técnicamente, se discute la naturaleza de la función social. Parte de la doctrina¹³¹ considera que se trata de una cláusula general y no un concepto jurídico indeterminado: la fijación de su contenido no consiente una interpretación jurídica unívoca. En cambio, otra doctrina¹³² lo califica de concepto jurídico indeterminado, aunque ello no signifique un cheque en blanco para el legislador.

Una idea más relevante es la que considera que, a través del concepto de la función social, la Constitución otorga carácter normativo a la idea de la pluralidad de tipos dominicales¹³³. La función social no se puede determinar como un elemento positivamente regulado, sino solo por referencia a los diferentes tipos de bienes que pueden integrar el objeto de la relación propietaria y que son configurados por la norma en función de un interés que se considera prevalente. En consecuencia, la función social de la propiedad es la expresión legislativa de la finalidad socioeconómica que cumplen los bienes sobre los que recae el dominio. Por ello, esa atribución de relevancia constitucional a la función social de propiedad no puede tener más que contenidos concretos: se refiere siempre a distintos tipos de propiedad. Esa diversidad de estatutos dominicales es la lógica consecuencia de la adaptación de la misma estructura jurídico-propietaria a una multiplicidad de realidades sociales¹³⁴.

De ello se deriva también que la Constitución no deja libre al legislador para conformar a su libre criterio, la gradualidad de la pertenencia de los bienes, sino que le impone identificar caso por caso los estatutos dominicales para que, promoviendo el interés individual, correspondiente a todo derecho subjetivo, se permita la satisfacción de otros intereses. Desde esta perspectiva, cuanto más los derechos del propietario sean expresión de ese desarrollo individual y cuanto más se utilice la propiedad en el sentido de una dirección básica de derechos de libertad, tanto más acusada será la protección constitucional del art. 33 CE. Es, como resulta obvio, la teoría de las escalas en el derecho de propiedad privada¹³⁵.

¹³¹ REY MARTÍNEZ, 2005, p. 215.

¹³² BARNÉS VÁZQUEZ, *RAP*, 1989, p. 275; y CABANILLAS SÁNCHEZ, *AUAFD*, 1993, p. 215. *Vid.* también COLINA GAREA, 1997, p. 246.

¹³³ REY MARTÍNEZ, 1994a, pp. 365-366.

¹³⁴ *Vid.* también BARNÉS VÁZQUEZ, 1988, pp. 84-86; y, ampliamente, MUÑOZ GUIJOSA, 2009, pp. 116 y ss.

¹³⁵ REY MARTÍNEZ, 1994a, p. 374.

3. LA CONCRECIÓN DE LA FUNCIÓN SOCIAL

La literalidad del art. 33.2 CE deja bien a las claras que la función social delimita el contenido de la propiedad privada. Es importante destacar que el precepto no habla de delimitación de la titularidad o delimitación del ejercicio del derecho¹³⁶. El enfoque del art. 33.2 CE es más hábil. Plantear una delimitación de la titularidad significa una casi segura inclusión en el ámbito de la expropiación. Enfocarlo como una delimitación del ejercicio supone concebir la función social como un elemento ajeno al mismo concepto de propiedad. Referir la función social al contenido de la propiedad permite, en la práctica, incidir en las facultades de que dispone el propietario, sin que, aparentemente, se afecte a su titularidad, y modelizar el ejercicio de ese derecho a través de un mecanismo interno al propio derecho¹³⁷.

La función social puede concretarse de múltiples formas. Cada sociedad en cada momento histórico puede optar por unos mecanismos u otros¹³⁸. Es una decisión que compete a cada legislador¹³⁹. De todos modos, y aunque resulte obvio, la función social de la propiedad privada no equivale a lo que la mayoría social considera que debe ser la función de ese derecho. No basta, pues, con la legítima adopción por el órgano competente (ni siquiera legislativo) para que una pauta sobre la función social de la propiedad sea considerada constitucional.

Sí que parece observarse una clara evolución en la configuración de esos mecanismos. En un primer momento, el planteamiento legislativo parece encaminarse a la previsión de limitaciones o

¹³⁶ Como apunta COLINA GAREA (1997, p. 144), «[e]l problema que se plantea el Código Civil es la atribución de la titularidad de los derechos de propiedad, no el control o valoración de su ejercicio, que solo preocupa al legislador cuando este se ha llevado a cabo de manera que pueda lesionar los derechos ajenos de los restantes titulares dominicales». Ampliamente, MONTÉS, 1980, pp. 81 y ss.

¹³⁷ Díez-PICAZO (1991, p. 1265) sugiere, al hilo del art. 53.1 CE, que «no es difícil establecer un íntimo enlace entre ejercicio y contenido del derecho para sacar la conclusión de que solo se regula el ejercicio, estableciendo previamente el contenido».

¹³⁸ Sobre limitaciones, deberes y obligaciones, MUÑOZ MACHADO, 2015, pp. 196 y ss.

¹³⁹ Según MONTÉS (1980, p. 204), la función social «consiste en una atribución causalizada del derecho de propiedad sobre determinados bienes, lo que se traduce en una reducción de facultades, en un control de ejercicio o en una carencia de legitimación sobrevenida por el incumplimiento de deberes o por una actuación o un ejercicio que ha traspasado los límites. En nuestro sistema, el principio es la base de la intervención legislativa configuradora del dominio. Pero la ley ha de respetar, salvo caso de expropiación, el “contenido esencial” de la propiedad, so pena de inconstitucionalidad [...] [L]a intervención legislativa ha de dirigirse a asegurar la conexión entre el interés público y el interés del propietario, pero no a anular la propiedad privada, idea que hay que completar con la constatación de que la propiedad privada, como situación jurídica, consiste en la tipificación operada por el ordenamiento de una relación económica de goce o disfrute, o, si se quiere, de utilización de los bienes».

de restricciones a las facultades del propietario¹⁴⁰. Por ejemplo, prohibiciones derivadas de las zonas limítrofes con el mar, o por razones medioambientales, o por criterios urbanísticos.

Pero, en un segundo momento, la función social se traduce en la imposición al propietario de deberes, cargas u obligaciones positivas. Por ejemplo, tipos de aprovechamiento agrícola de cierta finca, necesidad de aprovechamiento residencial o costes urbanísticos.

Ambas manifestaciones de la función social son admitidas por nuestra jurisprudencia constitucional¹⁴¹. Pero quizá convenga señalar que, desde un punto de vista económico, su alcance es sustancialmente diverso. Las limitaciones negativas reducen el valor de la propiedad. Las cargas positivas aumentan el coste de la titularidad. Las limitaciones meramente negativas pueden suponer un valor meramente residual de la propiedad. Las cargas positivas pueden implicar que la titularidad sea deficitaria para el propietario. Tanto en un caso como en otro lo que nos debemos plantear es qué nivel de utilidad individual permite seguir hablando de propiedad privada.

Creo que cierta doctrina¹⁴² tiene toda la razón cuando destaca que el Tribunal Constitucional «ha utilizado sistemáticamente la noción de la función social para vaciar de contenido la utilidad individual del derecho»¹⁴³. Y no era ésa la finalidad de la función social: en mi opinión, se pretendía más bien un equilibrio entre el interés particular y el interés general, y no la prevalencia de este frente a aquel¹⁴⁴.

¹⁴⁰ De prohibiciones hablaba Díez-PICAZO (2006, p. 16).

¹⁴¹ MONTÉS (1980, pp. 1841-185) menciona también el «establecimiento de una serie de condicionantes para poder desarrollar las facultades que el derecho de propiedad atribuye». *Vid.* también LÓPEZ Y LÓPEZ, 1988, p. 64; y ADC, 1998, p. 1654; y MONTÁN-CHEZ RAMOS, 2005, p. 168.

¹⁴² REY MARTÍNEZ, *DPyC*, 1994b, p. 197; 2005, pp. 215-216; y *PyD*, 2006, p. 988. También DE LOS MOZOS, 1993, pp. 179 y ss.; y MESSÍA DE LA CERDA, *RCDI*, 2020, p. 3449.

¹⁴³ Acertadamente, AGUDO GONZÁLEZ (*RAP*, 2011, pp. 16-17) indica que, en los casos más controvertidos, la jurisprudencia constitucional ha aceptado que la salvaguarda de la rentabilidad del propietario sea simplemente potencial, con lo que su verdadera materialización «se traslada o bien a la facultad de disposición del propietario [...], o bien se identifica incluso con el equivalente económico inherente a la garantía expropiatoria (privación total o parcial). En otras palabras, la rentabilidad que define al derecho, paradójicamente y en última instancia, supone la negación-desaparición misma del derecho, ya de forma voluntaria, ya de forma coactiva mediante la expropiación del bien».

¹⁴⁴ Con rotundidad, Díez-PICAZO GIMÉNEZ (2013) rechaza que se pueda convertir a los propietarios en «simples gestores del interés público». En cambio, RIBOT IGUALADA (*DPyC*, 1994, p. 229) considera que «la función social (del dret a la propietat privada) és una fórmula resumptiva dels interessos d'aquells col·lectius socials directament o indirectament afectats per l'ús que es faci dels béns objecte de propietat privada».

4. TEST DE PROPORCIONALIDAD VS. JUICIO DE RAZONABILIDAD

Hay una consideración que, en mi opinión, resulta especialmente preocupante. La función social actúa como un mantra que pretende legitimar cualquier delimitación legislativa de la propiedad privada. La simple mención de esa función social excluye cualquier discusión acerca de su justificación. Se me puede reprochar que el Tribunal Constitucional sí que ha manifestado expresamente 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, 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.

La doctrina¹⁴⁵ planteó la aplicación del test de proporcionalidad que, elaborado en el Derecho público alemán, había sido asumida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y que ha sido en ocasiones empleada por nuestro Tribunal Constitucional. En el plano de la propiedad, este test había de suponer que la imposición de límites, cargas y obligaciones derivadas de la función social de la propiedad no pudiera ir más lejos de lo que fuera necesario para la defensa de los intereses generales que constituyen en cada caso la concreción de la función social¹⁴⁶.

La cuestión, que ya había sido apuntada en otras resoluciones¹⁴⁷, se planteó con toda claridad en la STC 112/2021, de 13 de mayo, que analiza la constitucionalidad de diversos preceptos de la Ley de la Asamblea Regional de Murcia 3/2020, de 27 de julio, de recuperación y protección del Mar Menor. Los recurrentes pretendían que a las restricciones previstas en esa Ley se les aplicara el test o juicio de proporcionalidad¹⁴⁸ y consistente en tres pasos sucesivos dirigidos a comprobar:

«[S]i la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido

¹⁴⁵ Por todos, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1162; y 2018b. *Vid.* también SIMÓN MORENO, *DPyC*, 2023, pp. 156-158.

¹⁴⁶ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1162.

¹⁴⁷ STC 16/2018, de 22 de febrero, sobre la Ley foral de vivienda; y STC 32/2018, de 12 de abril, sobre la Ley de vivienda de Andalucía. *Vid.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018b.

¹⁴⁸ Para una exposición sintética, *vid.* ROCA TRÍAS y AHUMADA RUIZ, 2013, pp. 11 y ss.

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)».

El Tribunal Constitucional rechaza ese enfoque, porque la aplicación de ese test se produce «normalmente y de forma muy particular» en el ámbito de los derechos fundamentales; mientras que el legislador dispone de «un amplio margen de apreciación sobre la necesidad, los objetivos y las consecuencias de sus disposiciones», cuando se trata de acomodar la explotación económica de bienes o empresas a intereses colectivos¹⁴⁹.

Y cita su STC 16/2018, de 22 de febrero, donde se afirmó que:

«[A] diferencia de lo sostenido en la demanda, este tribunal aprecia que el legislador del derecho de propiedad, aparte del necesario respeto a su contenido esencial que predica el art. 53.1 CE de “los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título”, no encuentra otro límite que el de no sobrepasar el “equilibrio justo” o “relación razonable entre los medios empleados y la finalidad pretendida” (por todas, asunto *James y otros c. Reino Unido*, 21 de febrero de 1986, § 50), teniendo en cuenta que en las decisiones de índole social y económica se reconoce al legislador un amplio margen de apreciación sobre la necesidad, los fines y las consecuencias de sus disposiciones (*inter alia*, asuntos *James y otros c. Reino Unido*, 21 de febrero de 1986, § 46; *ex Rey de Grecia y otros c. Grecia*, 23 de noviembre de 2000, § 87; *Bro-niowski c. Polonia*, 22 de junio de 2004, § 149)».

Y se concluye que:

«[N]i en la delimitación de la función social de la propiedad (art. 33.2), ni en la regulación del ejercicio de actividades económicas (art. 38), el legislador está sujeto *ex Constitutione* al test de proporcionalidad que invocan los recurrentes, sino a un canon de justo equilibrio, razonabilidad o adecuación de las medidas al objetivo perseguido, y al respeto del contenido esencial de ambos derechos (art. 53.1 CE)».

En consecuencia, es el criterio de la razonabilidad o de la adecuación de las medidas al objetivo perseguido, y no el test de proporcionalidad, el canon que utiliza el Tribunal Constitucional para considerar si una delimitación es constitucionalmente adecuada¹⁵⁰.

¹⁴⁹ No queda claro si, con ello, el Tribunal Constitucional está negando a la propiedad privada la calificación de derecho fundamental.

¹⁵⁰ Sobre el origen de la recepción de ambos criterios en nuestro Tribunal Constitucional y su no lineal evolución, *vid.* ROCA TRÍAS y AHUMADA RUIZ, 2013, pp. 4-7, que destacan que el Tribunal Constitucional, en una fase inicial, «aplicó en numerosas ocasio-

El Tribunal Constitucional prescinde de los criterios que suministra el art. 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 reconocidos por la Unión Europea o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

Es evidente que de este modo el Tribunal Constitucional asume un criterio más liviano para valorar la constitucionalidad de una medida que delimita la propiedad privada como consecuencia de su función social. Acaso se pretenda ser coherente con un planteamiento del Tribunal Constitucional que asume el amplio margen de decisión que corresponde al legislador en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE) y de la iniciativa pública y del interés general (arts. 128 y ss. CE). Pero lo cierto es que esa heterogeneidad de factores que se constata en cuanto a esa definición del modelo económico no aparece con tanta intensidad respecto de la propiedad privada, con lo cual la explicación del criterio del Tribunal Constitucional parece hallarse en que la propiedad privada es una pieza central y, por tanto, no puede permanecer al margen, del modelo económico constitucional¹⁵¹. Son, pues, razones extrínsecas al propio reconocimiento del derecho a la propiedad privada en el art. 33 CE. El planteamiento del Tribunal Constitucional demuestra, a mi juicio, un punto de apriorismo: expulsada del ámbito de los derechos fundamentales, la propiedad puede someterse a un simple juicio de razonabilidad y no al más exigente del juicio de proporcionalidad.

El Tribunal Constitucional no aporta justificaciones sustanciales que expliquen la exclusión del test de proporcionalidad y la aplicación del criterio de razonabilidad¹⁵² y ello es crucial en la medida que determina una mayor deferencia hacia las decisiones legislativas que afectan al derecho de propiedad.

No se proporcionan, pues, razones que determinen por qué tanto la propiedad privada como la libertad de empresa merecen

nes un juicio «conjunto», casi intuitivo, de razonabilidad y proporcionalidad en asuntos en los que estaba en juego la garantía de derechos».

¹⁵¹ Como explica REY MARTÍNEZ (2005, p. 197), «el Tribunal Constitucional ha ubicado la propiedad privada en el espacio más lejano para él de la legislación socio-económica y no en el más próximo (y astringente) terreno de los derechos fundamentales». Comparte el enfoque del Tribunal Constitucional RIBOT IGUALADA (*DPyC*, 1994, pp. 203-204).

¹⁵² De «revolución silenciosa» habla RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018b. ROCA TRÍAS y AHUMADA RUIZ (2013, pp. 17 y ss.) destacaban que el canon de razonabilidad había sido usado fundamentalmente por el Tribunal Constitucional en casos de igualdad y tutela judicial efectiva.

ser sometidos a un criterio de valoración distinto al de otros derechos y libertades constitucionalmente reconocidos¹⁵³. Cuando una cuestión puede ser valorada conforme a dos criterios sustancialmente distintos (proporcionalidad vs. razonabilidad), es imprescindible tener muy claro el factor que determina la aplicación de uno u otro criterio y justificar adecuadamente las razones por las que se recurre a ese factor para que la cuestión sea sometida a una u otra pauta. El problema ya no es solo la coexistencia de dos criterios de valoración, sino la justificación de su respectivo ámbito de proyección.

5. ¿TODOS LOS BIENES PUEDEN CUMPLIR UNA FUNCIÓN SOCIAL? DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA A OTRAS CATEGORÍAS DE BIENES

En el planteamiento del art. 33 CE no se contemplan diferencias entre categorías de bienes, en la medida que se habla, sin más, de propiedad privada. La consecuencia lógica de ese enfoque sería, pues, que la delimitación derivada de la función social pudiera predicarse de cualquier tipo de bien. Sin embargo, una conclusión de ese alcance parece exagerada, para cierta doctrina. En esta línea, se plantea una restricción del alcance de la función social. Así, se dice¹⁵⁴ que los límites, obligaciones o cargas fundados en la función social solo tienen sentido sobre los bienes o derechos privados que son, al mismo tiempo, soporte de intereses generales o colectivos. Y, especialmente, cuando esos otros intereses gozan de rango constitucional.

La Constitución española proporciona un amplio refrendo a esos otros intereses. Baste pensar, a estos efectos, en la vivienda (art. 47 CE), o en la protección de la familia (art. 39.1 CE), de la juventud (art. 48 CE), de las personas con discapacidad (art. 49 CE) o de la tercera edad (art. 50 CE), o en la distribución equitativa de la renta personal (art. 40.1 CE), o en el disfrute de un medio ambiente adecuado (art. 45 CE) o del patrimonio histórico, cultural y artístico (art. 46 CE).

En conclusión, cuando los bienes privados sean simultáneamente soporte de intereses generales, las posibilidades delimitadoras del legislador son más amplias y se llega a sugerir que cuando los bienes privados «carecen de esa dimensión de utilidad general

¹⁵³ Como expone BARNÉS VÁZQUEZ (*RAP*, 1994, pp. 501-502 y 514-515), en el Derecho alemán, el juicio de proporcionalidad se aplicaba en punto a la función social y a la garantía expropiatoria de la propiedad.

¹⁵⁴ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1161.

puede (quizá, debe) prescindirse, por definición, de la vertiente de la función social»¹⁵⁵. No todos los bienes cumplen, pues, una función social. Esta idea entronca con una cuestión que, en su momento, se consideraba central: la diferencia entre los medios de producción y los bienes de consumo¹⁵⁶.

Esta idea parece fecunda. ¿Cuál es, por retomar los ejemplos que apunta esa doctrina, la función social del mobiliario o de los electrodomésticos de una vivienda, o sobre los utensilios de trabajo o de aseo personal? Lo que ocurre es que esas consideraciones son solo válidas a modo de fotografía, esto es, no van más allá de la captación de la situación de un instante concreto. Las cambiantes necesidades sociales pueden exigir que se delimiten estatutos propietarios que hasta la fecha habían quedado al margen de esa intervención legislativa. Planteo un caso concreto. ¿Cuál es la función social que cabe asignar a un automóvil? ¿Podemos asimilarlo a un bien de uso personal? Y, sin embargo, ¿no es posible que la protección del medio ambiente exija una delimitación del contenido de ese derecho sobre el automóvil? ¿Hasta dónde puede llegar esa delimitación, al amparo de la protección del medio ambiente?

La función social no significa simplemente una actualización o revisión del concepto de propiedad privada. Como se expone en la STC 37/1987, de 26 de marzo, esa función social impone una verdadera diversificación de la propiedad y la necesidad de tener en cuenta las diferencias entre los estatutos de propiedad. De este planteamiento se deriva que, como consecuencia de su función social, no todos los tipos de propiedad están encaminados a la satisfacción de los mismos intereses. Y, por ello, a la vista de los diversos perfiles de esos estatutos de propiedad, puede llegarse a constatar que algunos tipos de bienes carecen de función social relevante. Dicho de otro modo: la función social permite diferenciar los estatutos de propiedad y asignar diversa intensidad a la delimitación, con lo que la función social es causa y efecto.

Y aún hay otro aspecto que merece ser destacado. Si no todos los bienes cumplen una función social, de ello se extrae que la función social no forma parte del contenido esencial del derecho a la propiedad privada. En el mismo sentido, un argumento literal (de valor más dudoso) se encuentra en la propia redacción del art. 33.2 CE: si la función social delimita su contenido, no necesariamente forma parte de su contenido esencial.

¹⁵⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1161; *vid.* también MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, 2004, p. 53.

¹⁵⁶ *Vid.* LÓPEZ Y LÓPEZ, 1988, pp. 64-65.

6. ALGUNOS EJEMPLOS DE APELACIÓN A LA FUNCIÓN SOCIAL

La apelación a una justificación derivada de la función social es cláusula de estilo de toda norma que pretenda incidir en el contenido de la propiedad privada. Veamos algunos ejemplos.

a. Una ley estatal. La controvertida¹⁵⁷, por tantos motivos, Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda mezcla alegramente en su Exposición de Motivos referencias a la función social de la propiedad, a la función social de la vivienda y a la función social de la propiedad de la vivienda, cuando es evidente que se trata de cuestiones de diverso alcance y transcendencia.

¿En qué se concreta, según esta Ley 12/2023, esa función social de la vivienda? Según el art. 1.2, el contenido básico del derecho de propiedad de la vivienda en relación con su función social «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», permitiendo que los poderes públicos aseguren su adecuado cumplimiento «a través de la aplicación de las medidas que legalmente procedan».

Es de destacar que el art. 3.k) de la Ley 12/2023 considera, a los efectos establecido en la propia Ley, gran tenedor a:

«[...] la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m² de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros. Esta definición podrá ser particularizada en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado hasta aquellos titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así sea motivado por la comunidad autónoma en la correspondiente memoria justificativa».

Pretendiendo más concreción, la Ley 12/2023 dedica su Título I a la «[f]unción social y régimen jurídico de la vivienda», y el art. 7, que lleva como rúbrica «[p]rincipios rectores de la garantía de la función social de la vivienda», constituye más bien una declaración programática, carece, en lo sustancial, de contenido y es perfectamente suprimible. Lo que importa es, obviamente, el desarro-

¹⁵⁷ Una crítica demoledora al Proyecto de Ley en NASARRE AZNAR, 2022; LÓPEZ Y LÓPEZ, *CDL*, 2022; y ARGELICH COMELLES, 2023, pp. 25 y ss. Sobre la calificación del derecho a disfrutar de una vivienda digna como principio rector o como derecho subjetivo, PRATS ALBENTOSA, *RJNot*, 2022, pp. 136-139.

llo que se lleva a cabo en los artículos siguientes y en este aspecto son de destacar algunos preceptos¹⁵⁸.

En cuanto al régimen jurídico básico del derecho de propiedad de la vivienda, la Ley 12/2023 distingue facultades (art. 10) y deberes y cargas (art. 11), remitiéndose también en ambos casos a las previsiones de la legislación sobre el suelo¹⁵⁹. Las facultades previstas en la Ley 12/2023 son, básicamente, las de uso, disfrute y disposición¹⁶⁰; de consulta sobre la situación urbanística; y de realización de las obras de conservación, rehabilitación, accesibilidad universal, ampliación o mejora. Y, en cuanto a los deberes y cargas, la Ley 12/2023 advierte de que «el derecho de propiedad de vivienda queda delimitado por su función social» y enumera, sustancialmente, los deberes de uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda¹⁶¹ conforme a su calificación, estado y características objetivas, pero garantizando en todo caso la función social de la propiedad; de mantenimiento, conservación y, en su caso, rehabilitación de la vivienda; de evitación de la sobreocupación o el arrendamiento para usos y actividades que incumplan los requisitos y condiciones de habitabilidad legalmente exigidos; de cumplimiento de las obligaciones de información en operaciones de venta o arrendamiento; y de cumplimiento de obligaciones de colaboración y suministro de información cuando la vivienda se ubique en una zona de mercado residencial tensionado.

Más allá de la curiosa caracterización de ciertas situaciones simultáneamente como facultad y como deber, la enumeración de deberes refunde obligaciones previstas en otros apartados de la propia Ley. Pero una de las consecuencias más relevantes para el derecho de propiedad se contiene en la disp. final 1.^a, relativa a «[m]edidas de contención de precios en la regulación de los contratos de arrendamiento de vivienda»¹⁶², aunque en realidad suponga, en lo esencial, la simple modificación de los arts. 10 y 17 LAU¹⁶³.

¹⁵⁸ Para un análisis detallado, ARGELICH COMELLES, 2023, pp. 75 y ss.

¹⁵⁹ Vid. ARGELICH COMELLES, 2023, pp. 107-117.

¹⁶⁰ Pero «conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación».

¹⁶¹ Sobre las dificultades de interpretación de esa referencia a uso y disfrute propios y efectivos, ARGELICH COMELLES, 2023, pp. 115-116; y MAGRO SERVET, *LL*, 2023.

¹⁶² Vid. ARGELICH COMELLES, 2023, pp. 209 y ss.; y MAGRO SERVET, *LL*, 2023. Tampoco son desdeñables las modificaciones que se introducen por la disp. final 5.^a ter en el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

¹⁶³ Es también muy relevante el art. 31.3 de la Ley 13/2023, cuando la vivienda se encuentre en una zona de mercado residencial tensionado, porque al propietario y, en su caso, a la persona que intervenga en la intermediación en la operación que informe de la cuantía de la última renta del contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, así como del valor que le

Por un lado, se establece una prórroga adicional extraordinaria hasta de tres años cuando se trate de contratos de arrendamiento de vivienda habitual sobre inmuebles ubicados en una zona de mercado residencial tensionado. Además, si se trata de un arrendatario en situación de vulnerabilidad social y económica y el arrendador es un gran tenedor, podrá aplicarse, previa solicitud del arrendatario, una prórroga extraordinaria del plazo del contrato de arrendamiento por un periodo máximo de un año, durante el cual se seguirá aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor.

Y, por otro, en cuanto a la fijación de la renta de nuevos contratos, cuando el inmueble se ubique en una zona de mercado residencial tensionado y se trate de arrendamiento de vivienda, se prevén diversas medidas:

- La renta no podrá exceder de la última renta de contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, una vez aplicada la cláusula de actualización anual de la renta del contrato anterior, sin que se puedan fijar nuevas condiciones que establezcan la repercusión al arrendatario de cuotas o gastos que no estuviesen recogidas en el contrato anterior. Solo se admite excepcionalmente un aumento de hasta el 10 % de la renta en determinados supuestos (ciertas obras de rehabilitación, mejora o accesibilidad, o duración superior a diez años)¹⁶⁴.
- si el arrendador es gran tenedor, la renta pactada al inicio del nuevo contrato no podrá exceder del límite máximo del precio aplicable¹⁶⁵ conforme al sistema de índices de precios de referencia¹⁶⁶.

pueda corresponder atendiendo al índice de referencia de precios de alquiler de viviendas que resulte de aplicación–

También se anuncia (disp. adic. 5.ª de la Ley 13/2023) la constitución de un grupo de trabajo «para avanzar en una propuesta normativa de regulación de los contratos de arrendamiento de uso distinto del de vivienda a que se refiere el artículo 3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos y, en particular, de los contratos de arrendamiento celebrados por temporada sobre fincas urbanas de uso vivienda [sic]».

¹⁶⁴ Antes del 31 de diciembre de 2024, el Instituto Nacional de Estadística debe definir un índice de referencia para la actualización anual de los contratos de arrendamiento de vivienda que se fijará como límite de referencia a los efectos del art. 18 LAU, con el objeto de evitar incrementos desproporcionados en la renta de los contratos de arrendamiento (disp. final 2.ª ter, que introduce una disp. trans. 11.ª LAU).

¹⁶⁵ La misma limitación se aplica a los contratos de arrendamiento de vivienda en los que el inmueble se ubique en una zona de mercado residencial tensionado, y sobre el que no hubiese estado vigente ningún contrato de arrendamiento de vivienda vigente en los últimos cinco años.

¹⁶⁶ La disp. final 3.ª introduce una disp. trans. 7.ª LAU, según la cual

«La resolución del Departamento Ministerial competente en materia de Vivienda que apruebe el referido sistema de índices de precios de referencia se realizará por ámbi-

A lo anterior se deben añadir las diferentes y profundas modificaciones que experimentan las normas procesales destinadas a conseguir el lanzamiento de arrendatarios y ocupantes. Los requisitos y las exigencias que se imponen al propietario, con la nueva redacción, entre otros, de los arts. 439 o 441 LEC, son de tal magnitud que es fácil augurar un sustancial retraso en la recuperación de la posesión de los inmuebles¹⁶⁷, lo que también afecta a la utilidad individual de los propietarios respecto de esos bienes.

Una cuestión cercana se ha planteado en las STC 9/2023, de 22 de febrero, y 15/2023, de 7 de marzo, en relación con el Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y sus previsiones acerca de la suspensión del lanzamiento de la vivienda habitual habitada sin título para ello y planteada en un proceso penal. Y el Tribunal Constitucional ha continuado en su línea de debilitamiento del contenido de la propiedad privada.

b. Una normativa autonómica. En los últimos años se está dando un paso más en la relevancia de la función social y, especialmente, en relación con ciertos bienes como la vivienda. La normativa autonómica es abundantísima¹⁶⁸. Tomemos el ejemplo de legislación valenciana, y en particular, de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana¹⁶⁹.

El Preámbulo de la Ley valenciana alude a la función social de la propiedad y al derecho a una vivienda digna y adecuada, para afirmar que:

«[H]a de partirse de la constatación de que el derecho a la vivienda y su efectiva garantía, así como el desarrollo de la función social del derecho de propiedad para facilitarlos, plantean varias dimensiones. Por un lado, la más obvia: la existencia de un efectivo derecho exigible a disponer de una vivienda digna y asequible en todos los casos. Pero, por otro, la vertiente relacionada con el derecho a conservar una vivienda digna, que afecta particularmente a quienes han realizado un importante esfuerzo personal y económico para lograrla y que, por diversas razones, puedan haber quedado en una situación especialmente vulnerable como consecuencia de muy diversas circunstancias, particularmente acrecentadas en los

tos territoriales, considerando las bases de datos, sistemas y metodologías desarrolladas por las distintas comunidades autónomas y asegurando en todo caso la coordinación técnica».

Pero no se establece plazo para la aprobación de ese sistema.

¹⁶⁷ Vid. ARGELICH COMELLES, 2023, pp. 239 y ss.; y MAGRO SERVET, *LL*, 2023.

¹⁶⁸ Una enumeración en MECO TÉBAR, 2023, p. 444. SIMÓN MORENO (*DPyC*, 2023, p. 143) destaca el proceso de paulatina erosión del derecho de propiedad que ha supuesto la legislación autonómica.

¹⁶⁹ Su constitucionalidad fue analizada por la STC 80/2018, de 5 de julio.

últimos años con motivo de la importante crisis económica y de precarización que ha sufrido toda España y que ha azotado en especial a la Comunitat Valenciana. Por último, la función social de la vivienda obliga a disponer de mecanismos que permitan hacer efectivas estas medidas, desde las relacionadas con el incremento y mejora del parque público de vivienda a las que tienen que ver con la puesta en marcha de mecanismos que permitan movilizar y poner en el mercado el importante stock de vivienda que, en estos momentos, están desocupadas en la Comunitat Valenciana y que, según las estadísticas oficiales del Instituto Nacional de Estadística, alcanza un elevadísimo porcentaje en torno al 15 % de todo el conjunto de viviendas que hay en territorio valenciano»¹⁷⁰.

Como puede constatar en ese párrafo se mezclan atropelladamente cuestiones diversas. La Constitución proclama la función social de la propiedad, pero no de la vivienda. El derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada no exige que sea una consecuencia de la función social de la propiedad: ese disfrute puede fundarse en un título distinto. Supone, en fin, un evidente salto cualitativo la alusión a un «derecho a conservar una vivienda digna».

Es más, el Preámbulo de la Ley valenciana manifiesta también que:

«Los poderes públicos no pueden, y no deben, intervenir en las relaciones jurídicas obligacionales más allá de asegurar la función pública de los bienes sujetos a tráfico de las personas. Sin embargo, la función social de la vivienda configura el contenido esencial del derecho mediante la posibilidad de imponer deberes positivos a su titular que aseguren su uso efectivo para fines residenciales, entendiéndose desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales. La función social de la vivienda, en suma, no es un límite externo a su definición o a su ejercicio, sino una parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social, por tanto, componen de forma inseparable el contenido del derecho de propiedad, de manera que, respetando en todo caso la delimitación constitucional de la función social de la vivienda realizada por el legislador estatal, esta ley desarrolla y aplica estos postulados determinando la obligación de que ciertas viviendas desocupadas por un largo período de tiempo pasen a ser destinadas a usos habitacionales».

Una vez más hay que insistir en que la función social no configura el contenido esencial del derecho, sino que el contenido esencial es un límite a la función social. Y que la Constitución no reconoce la función social de la vivienda sino de la propiedad privada.

¹⁷⁰ Lo cierto es que los datos corresponden al Censo de Población y Viviendas 2011 que el Instituto Nacional de Estadística hizo público en 2013.

Todo ello se traduce en un art. 5¹⁷¹, bajo la rúbrica «[f]unción social de la vivienda»:

«1. El derecho de propiedad de una vivienda se ejercerá de acuerdo con su función social¹⁷², determinada de conformidad con lo establecido en la Constitución y en las leyes.

2. El incumplimiento de la citada función social dará lugar a la incoación de los procedimientos previstos en los artículos siguientes, que podrán incluir medidas de fomento y concertación, así como las intervenciones de advertencia y persuasión que resulten necesarias y en su caso las de carácter fiscal que a tal efecto se habiliten por norma con rango de ley formal.

En todo caso, la incoación de un procedimiento por incumplimiento de la función social de la vivienda será compatible con el uso de medios de ejecución forzosa como las multas coercitivas y, además, con el oportuno procedimiento sancionador por la comisión de alguna de las infracciones administrativas tipificadas en materia de vivienda por la legislación que en cada momento resulte de aplicación.

3. En los términos previstos en la legislación estatal, y a los efectos de esta ley, se considera que existe incumplimiento de la función social de la propiedad de una vivienda en los siguientes supuestos:

a) Cuando se incumpla el deber de conservación y rehabilitación de la vivienda, en los términos señalados en la legislación de vivienda y urbanística, a fin de garantizar en todo caso unas condiciones adecuadas de habitabilidad. La legislación en materia de vivienda podrá, además, establecer obligaciones particulares respecto de estos deberes en relación con la vivienda protegida.

b) Cuando una vivienda esté deshabitada¹⁷³ de forma permanente e injustificada, en las condiciones establecidas en esta ley.

¹⁷¹ Este precepto ha sido desarrollado por el Decreto 130/2021, de 1 de octubre, del Consell, de aprobación del reglamento para la movilización de viviendas vacías y deshabitadas.

¹⁷² Naturalmente, no es lo mismo que la función social delimite el contenido de un derecho que condicione su ejercicio (una vez delimitado).

¹⁷³ Conforme al art. 14.1, «[s]e entiende por vivienda deshabitada aquella que, siendo propiedad de un gran tenedor, sea declarada como tal mediante resolución administrativa por incumplir su función social al no ser destinada de forma efectiva al uso residencial legalmente previsto o por permanecer desocupada de forma continuada durante un tiempo superior a un año, sin que concurra causa justificada de desocupación». Y, conforme al art. 14.2, «[t]endrá la consideración de vivienda vacía aquella que permanece desocupada, sin causa justificada, por un tiempo superior a un año. El cómputo del periodo de desocupación se iniciará desde el último día de efectiva habitación, desde el otorgamiento de la autorización para su uso como vivienda o, para el caso de las viviendas que no hayan estado nunca habitadas, desde que el estado de ejecución de estas permita solicitar las autorizaciones legales para su efectiva ocupación».

c) Cuando una vivienda sujeta a un régimen de protección pública no se destine a residencia habitual y permanente de su adjudicataria o adjudicatario o titular, excepto en los casos expresamente previstos en las normas reguladoras.

d) El uso inadecuado de la vivienda, alojamiento o edificación cuando se someta a una utilización distinta a la de su calificación urbanística, autorización y destino coherente y legal o reglamentariamente autorizable.

e) La sobreocupación por explotación económica de la vivienda o alojamiento».

La STC 80/2018, de 5 de julio, declaró constitucional ese párrafo. Se basaba en lo resuelto en las STC 32/2018, de 12 de abril; y 16/2018, de 22 de febrero:

«[A]unque este precepto contiene una restricción relevante para el titular del derecho de propiedad, el legislador, como explica la exposición de motivos de la norma, la adopta «en función de un fin de relevancia constitucional como es garantizar el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47.1 CE), a lo que se une que un análisis de dichas medidas, respetuoso del amplio margen de apreciación que incumbe al legislador en este ámbito, conduce a este Tribunal a concluir que con ellas no se desborda el justo equilibrio entre los medios empleados y la finalidad pretendida».

Conviene recordar que el Tribunal Constitucional sostuvo en esas Sentencias que:

«[E]l 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. En el presente caso, tomando en consideración el contexto normativo en que se incluye la expresa mención que el artículo 1.3 hace a que ese deber “forma parte del contenido esencial del derecho a la propiedad” y, especialmente, teniendo en cuenta que también se afirma que dicho deber forma parte de ese contenido esencial en la medida en que está previsto en el ordenamiento jurídico, hay que deducir que ello no implica una regulación que imponga ese deber como configurador del real contenido esencial de aquel derecho».

Con ello, el problema se traslada: no estriba tanto en determinar si existe o no un deber impuesto a los propietarios, sino cuáles son las consecuencias anudadas al incumplimiento de ese deber. Y piénsese en el amplio abanico que puede constatarse, por ejemplo, en la legislación de vivienda: desde medidas tributarias a multas

coercitivas, desde la expropiación temporal al alquiler forzoso o la cesión obligatoria, desde los derechos de adquisición preferente a actuaciones de intermediación, desde subvenciones a otras medidas incentivadoras¹⁷⁴.

Más reciente es el Decreto Ley 3/2023, de 17 de febrero, por el que se adoptan medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad y emergencia residencial en la Comunitat Valenciana agravadas por la guerra de Ucrania, y para evitar abusos en el ámbito inmobiliario.

El art. 2.6 considera «[g]ran tenedor de viviendas de la Comunitat Valenciana a:

«[...] aquellas personas físicas, jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que, destinando su actividad a la construcción, promoción, intermediación, inversión o financiación de la construcción, compra o arrendamiento de vivienda, dispongan de más de 10 viviendas en régimen de propiedad, alquiler, usufructo u otras modalidades de disfrute que les faculten para determinar los usos a que se destinan, y las excluyan del mercado de venta, alquiler o derecho de superficie que cumplan los requisitos del art. 15 de Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana».

Los requisitos del art. 15.1 de Ley valenciana 2/2017, de 3 de febrero, son:

- a) No se destine de forma efectiva al uso residencial legalmente previsto.
- b) Esté desocupada de forma continuada durante un tiempo superior a un año¹⁷⁵.

De ese cómputo de diez viviendas se excluyen, conforme al art. 15.3 de la Ley valenciana 2/2017, de 3 de febrero, ciertos casos

¹⁷⁴ Vid. ANDERSON, *DPyC*, 2021, pp. 100 y ss.; y MECO TÉBAR, 2023, pp. 444-445. La experiencia catalana en NASARRE AZNAR y MOLINA ROIG, 2018, pp. 199 y ss. Una enumeración de medidas urbanísticas filoclimáticas en SIMOU, *InDret*, 2017, pp. 10-12. La clara conclusión de TORNOS MAS (*RVAP*, 2014, p. 2870) es que las medidas de carácter coactivo (expropiación, sanción y medidas impositivas) «son respuestas políticas urgentes a la fuerte presión social que exige a los representantes políticos soluciones inmediatas. Pero más allá de ofrecer una rápida respuesta con medidas que parecen contundentes, creemos que son poco eficaces, ya que su implementación genera una enorme conflictividad y permite alcanzar escasos resultados prácticos. Ni las medidas correctivas son disuasorias, en el sentido de favorecer la voluntaria puesta en el mercado de las viviendas desocupadas, ni permiten imponer su cambio de destino (vía expropiación del uso), ni generan recursos con los que incrementar las políticas de fomento (recaudación vía sanción o impuestos). Por ello nos parece más conveniente desarrollar políticas de fomento, planes de vivienda bien diseñados que puedan incorporar al sector privado en su ejecución, medidas a favor del alquiler.... Los acuerdos alcanzados con entidades bancarias para que éstas cedan a la Administración viviendas de su propiedad o las coloquen en alquiler social son mucho más fructíferos que los intentos de sancionar o exigir el pago de impuestos».

¹⁷⁵ Hasta el segundo año de vigencia de la ley, ese plazo de desocupación es de dos años.

como segunda residencia, vivienda turística, usos terciarios o dotacionales, objeto de oferta (en condiciones de mercado) de venta o alquiler, pendientes de partición hereditaria o sometidos a procedimientos de extinción de comunidad de bienes o sociedad de gananciales o cuyo uso esté pendiente de resolución en un proceso judicial, o razones laborales, de salud, de dependencia o emergencia social.

El art. 13 del Decreto Ley 3/2023, de 17 de febrero, regula la cesión temporal obligatoria del usufructo de las viviendas declaradas deshabitadas propiedad de grandes tenedores de viviendas de la Comunitat Valenciana¹⁷⁶. Para ello, es necesaria la declaración de utilidad pública e interés social por parte del Consell valenciano, siempre que existan unidades de convivencia en situaciones de vulnerabilidad, en la localidad no exista disponibilidad de vivienda del parque público y se constate una necesidad habitacional, y existan viviendas propiedad de grandes tenedores. Esta cesión temporal obligatoria del usufructo puede tener una duración de 5 años o de 7 años, en función de si el gran tenedor es persona física o jurídica y se garantiza una «justa compensación» a los grandes tenedores, calculada de acuerdo con la normativa estatal de expropiación forzosa. Además, si como consecuencia de la cesión temporal del usufructo, el mantenimiento de la propiedad del inmueble resulta antieconómico para el propietario, este puede solicitar de la Administración que se proceda a la expropiación del pleno dominio.

El art. 14 del Decreto Ley 3/2023, de 17 de febrero, prevé la expropiación forzosa de las viviendas de protección pública de las que dispongan los grandes tenedores de viviendas de la Comunitat Valenciana que se encuentren deshabitadas durante más de un año y figuren en el registro de registro de viviendas deshabitadas.

A lo anterior se unen las medidas previstas en el Decreto-ley 6/2020, de 5 de junio, del Consell, para la ampliación de vivienda pública en la Comunitat Valenciana mediante los derechos de tanteo y retracto¹⁷⁷. Por un lado, el art. 1 confiere a la Generalitat

¹⁷⁶ La medida ya se planteó en otros ámbitos: *vid.* MARÍN GARCÍA y MILÀ RAFEL, *InDret*, 2007, pp. 4 y ss.; y TORNOS MAS, *RVAP*, 2014, pp. 2859 y ss.

¹⁷⁷ La STC 8/2023, de 22 de febrero, ha considerado constitucional esa normativa. Entre otras cuestiones de interés, se planteaba la vulneración del derecho de propiedad en su manifestación de garantía patrimonial al no reconocerse el reembolso de ciertos costes de transacción vinculados, en especial, a operaciones de cierto volumen (auditoría, asesoramiento jurídico y técnico, notaría). Según el Tribunal Constitucional,

«Los derechos de adquisición preferente, por su naturaleza de derechos reales, no constituirían propiamente, y como punto de partida, una privación del derecho de propiedad, sino que más bien limitan las facultades del propietario, que, como hemos dicho, no puede elegir libremente a la persona del adquirente. Ha de considerarse entonces que se trata de una delimitación del contenido normal del derecho de propiedad de acuerdo con su función social (art. 33.2 CE), que no es indemnizable. Y por ello, el establecimiento de tanteos y retractos a favor de la administración no da

valenciana derechos de tanteo y retracto respecto de todas las viviendas de protección pública y sus anejos, en tanto se mantenga dicha calificación. Estos derechos serán de aplicación a las segundas y sucesivas transmisiones *inter vivos*, gratuitas (salvo a ciertos parientes) u onerosas, voluntarias o derivadas de un procedimiento de ejecución patrimonial o realización patrimonial extrajudicial¹⁷⁸. Y, por otro, el art. 10 también confiere a la Generalitat valenciana derechos de tanteo y retracto en ciertas transmisiones de viviendas, si están ubicadas en municipios incluidos en las áreas de necesidad de vivienda o, en su caso, en sus áreas de influencia:

- a) En las transmisiones de viviendas que hubieren sido adquiridas mediante dación en pago de deuda con garantía hipotecaria.
- b) En las transmisiones de viviendas que hubieren sido adquiridas en un proceso judicial de ejecución hipotecaria o en un procedimiento de venta extrajudicial en sede notarial.
- c) En las transmisiones de edificios, con un mínimo de cinco viviendas, cuyo destino principal sea el residencial, cuando se transmita un porcentaje igual o superior al 80% de dicho edificio.
- d) En las operaciones de venta referidas a diez o más viviendas.

Es importante destacar que estos derechos de adquisición preferente afectan a la primera y posteriores transmisiones de las viviendas y edificios.

Conviene recordar, una vez más, que la delimitación permite al legislador incidir en el contenido del derecho de propiedad privada. Pero no puede afectar a su contenido esencial (salvo que el supues-

derecho, per se, a una indemnización sino al pago del precio cuando el propietario decide enajenar y la administración ejercita su derecho de adquisición preferente. Si bien esto es así desde la perspectiva del propietario inicial, transmitente, en el caso del retracto, que opera cuando la transmisión ya se ha producido, el ejercicio del derecho comporta para el adquirente retraído una auténtica privación de su derecho de propiedad. Y en el caso del retracto administrativo, esta privación del derecho de propiedad que sufre el adquirente retraído se contempla en la ley en atención a un interés público o social, debiendo mediar la correspondiente indemnización, lo que nos conduce a situarnos, en principio, en el ámbito del art. 33.3 CE [...] [T]eniendo en cuenta que la regulación sustantiva en esta materia corresponde a la legislación estatal cuando se haya incurrido en gastos distintos del precio con ocasión de la transacción, hay que acudir a lo dispuesto en la legislación civil, en concreto, los arts. 1525 y 1518 CC, conforme a los cuales la obligación de pago no se restringe al precio, sino que incluye los gastos. Y así lo recogen los arts. 7.3 y 8.4 del Decreto-ley que determinan quiénes son los obligados a satisfacer ambas cantidades cuando se ejerciten los derechos de adquisición preferente a favor de tercera persona (art. 7.3) o se cedan tales derechos al municipio donde radique la vivienda (art. 8.4). En definitiva, la afirmación de que los derechos de adquisición preferente del decreto-ley ocasionan una pérdida patrimonial con relación a los costes de la transacción no se corresponde con la interpretación sistemática de las normas...».

¹⁷⁸ Se exceptúan las aportaciones a cualquier régimen económico-matrimonial (y la adjudicación tras su disolución) y los actos de extinción de condominio.

to se repute expropiación). Ahora bien, constatada la flexibilidad con la que el Tribunal Constitucional admite que existe mera delimitación, debemos preguntarnos hasta dónde puede llegar en la práctica el regulador¹⁷⁹. Los ejemplos anteriores demuestran una intensificación en el cumplimiento de la función social de la vivienda, traducida en su efectiva ocupación como tal. Pero ¿puede el legislador dar un paso más y prohibir de forma absoluta el arrendamiento o cualquier otra forma de explotación de los inmuebles destinados a vivienda? ¿Puede el legislador imponer que el propietario use personalmente toda vivienda?

7. LA NUEVA PROPIEDAD ESTATUTARIA: DE LOS BIENES A LOS TITULARES

Como se ha expuesto, la influencia del régimen urbanístico de la propiedad ha supuesto la consagración casi indiscutida de la configuración estatutaria de la propiedad. Se dice que hay que atender a la finalidad o al destino que a cada bien se le asigna legalmente¹⁸⁰ y es esa misma ley la que se encarga de ajustar el régimen jurídico de la propiedad a las características de cada bien. De este modo, son las especiales características de cada bien y el uso que se le atribuye los elementos que justifican un especial régimen jurídico.

Sin embargo, tanto la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda como la normativa autonómica valenciana (al igual que otras regulaciones autonómicas) introducen un régimen distinto, y mucho más restrictivo en cuanto al contenido de la propiedad privada, cuando su titular merece la calificación de «gran tenedor».

No se trata ahora de discutir si el concepto de gran tenedor está adecuadamente perfilado o de si muestra cierta imprecisión. Lo que resulta absolutamente relevante es que se asiste a un sustancial cambio en el estatuto jurídico de los bienes en función de quién sea su titular. Abandonamos (o, al menos, complementamos), pues, la identificación objetiva del régimen dominical por el protagonismo

¹⁷⁹ Piénsese, por ejemplo, en las exigencias del Decreto 80/2022, de 28 de junio, de regulación de las condiciones mínimas de habitabilidad y normas de diseño de las viviendas y alojamientos dotacionales en la Comunidad Autónoma del País Vasco, que, entre otros objetivos, persigue «la incorporación efectiva de la perspectiva de género en el diseño de las nuevas viviendas en la Comunidad Autónoma del País Vasco, a fin de que todas las personas que vayan a habitar en las mismas lo hagan en condiciones de igualdad en relación con los espacios que las componen y las actividades que desarrollan».

¹⁸⁰ Lo que en su momento se denominó, en la doctrina administrativista, «vinculaciones»: LASARTE, *RGLJ*, 1975, pp. 136-142. Pero, *vid.*, actualmente (art. 48 TRLSRU), MUÑOZ GUIJOSA, *RAP*, 2015a.

del sujeto del derecho¹⁸¹. La relevancia del «gran tenedor» es un primer paso, pero no podemos saber si será el único.

Todo ello resulta, además, difícilmente explicable a la vista del art. 33 CE. La función social delimita el contenido del derecho de propiedad privada y se conecta esa función social con el destino o el uso del bien¹⁸², pero no con quién sea su titular. La justificación de la delimitación del contenido del art. 33.2 CE se halla en las características del bien, no de su titular. Parece, en fin, que lo importante no es el qué, sino el quién.

Lo anterior no excluye, por supuesto, que pueda establecerse un régimen jurídico delimitado por la condición de «gran tenedor» o cualquier otra, por ejemplo, en el plano tributario o contractual (piénsese, a estos efectos, en la legislación sobre consumidores). Pero carece de justificación que ese régimen particularizado se construya modificando el estatuto de la propiedad. Desde el punto de vista de la función, no hay una propiedad destinada a vivienda que sea diferente de la propiedad de los grandes tenedores destinada a la vivienda. La función social corresponde a la propiedad, no a su titular.

IV. EL «CONTENIDO ESENCIAL» DE LA PROPIEDAD PRIVADA

1. LA TRANSCENDENCIA DEL «CONTENIDO ESENCIAL»

De lo expuesto se desprende, sin atisbo de duda, que la clave interpretativa del art. 33 CE se encuentra, como sucede con otros derechos, en la difícil identificación de cuál sea el contenido esencial de la propiedad privada.

a) ¿Cómo identificar el contenido esencial de la propiedad privada? De la privación total a la limitación.

Comencemos por una advertencia que quizá resulte innecesaria. En el planteamiento constitucional, la función social delimita el contenido de la propiedad, pero no delimita su contenido esencial. Como se deriva del art. 53.1 CE, el contenido esencial es justamente el límite que no puede traspasar el legislador, ni siquiera invocando exigencias de la función social¹⁸³.

¹⁸¹ Un apunte en este sentido, aunque contraponiendo persona física y persona jurídica, en SIMÓN MORENO, *DPyC*, 2023, pp. 163-165.

¹⁸² Por ejemplo, AGUILERA VAQUÉS, 2008, p. 942.

¹⁸³ En el mismo sentido, REY MARTÍNEZ, 1994a, p. 347; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1161; MESSÍA DE LA CERDA, *RCDI*, 2020, p. 3446; y SIMÓN MORENO, *DPyC*,

La STC 6/1991, de 15 de enero, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad del asunto Rumasa, recuerda que:

«[C]orresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes y, consecuentemente, apreciar también las exigencias dimanantes de las necesidades colectivas que imponen la conversión de la propiedad en un equivalente económico por medio de la expropiación forzosa, sin que, no obstante, ello suponga exención alguna del control que respecto de tales decisiones puedan corresponder a este Tribunal».

¿Y en qué consiste ese contenido esencial?¹⁸⁴ El Tribunal Constitucional dijo, en la STC 37/1987, de 26 de marzo, que los dos factores que inescindiblemente definen el contenido del derecho de propiedad son la utilidad individual y la función social¹⁸⁵. Estoy seguro de que una afirmación de esas características gozará de general aceptación. Sin embargo, si descendemos a un análisis más concreto, las cosas no están tan claras¹⁸⁶. Por lo pronto, es curioso que, de esos dos factores, uno sea mencionado explícitamente en el art. 33 CE. ¿De dónde se extrae, pues, la relevancia de la utilidad individual? Si la función social delimita el contenido de la propiedad privada, esa utilidad privada resulta consustancial al propio concepto de propiedad. Apurando el razonamiento, puede llegar a pensarse que hablar de propiedad privada implica de suyo una utilidad privada y que, por ello, no es necesario mencionarla expresamente, como sí sucede con la función social.

Además, y en conexión con lo anterior, si la función social es un factor delimitador de ese contenido, ello significa que el elemento central del derecho es la utilidad individual¹⁸⁷, lo que, por

2023, p. 151. Para AGUILERA VAQUÉS (2008, pp. 941-942 y 944), la función social «forma parte del contenido esencial», pero ello no significa que la función social pueda «desconstitucionalizar» el derecho de propiedad. El respeto al contenido esencial es un límite al legislador en el desarrollo del estatuto de la propiedad. En cambio, para PRATS ALBENTOSA (*RJNot*, 2018, pp. 329 y 331), el contenido esencial se conecta con las formas, regímenes o estatutos concretados por la ley ordinaria, por lo que «sólo podemos estudiar y referirnos al contenido esencial del derecho de propiedad en una forma o estatuto concreto de propiedad entendido en sentido objetivo».

¹⁸⁴ Gráficamente, decía MONTÉS (1980, p. 182) que «[e]s algo así como ir a la búsqueda de la “facultad esencial” del dominio, la “facultad última” del dominio, más allá de la cual ya no hay propiedad».

¹⁸⁵ Ya había anticipado Díez-PICAZO (*RDU*, 1971, p. 29) que «la imagen individualista se ha roto. Sobre las cosas y sobre los bienes no existen solo los intereses privados, sino también públicos e intereses generales [...] [E]n todos los bienes privados existe siempre un interés público tutelable».

¹⁸⁶ REY MARTÍNEZ (*DPyC*, 1994b: 182) subraya el «carácter paradójico» de la jurisprudencia constitucional por cuanto, a pesar de esas correctas manifestaciones, en la práctica «entrega por completo al legislador de la propiedad, invocando la función social, la configuración del contenido de cada tipo de propiedad».

¹⁸⁷ Desde otra perspectiva, MESSÍA DE LA CERDA (*RCDI*, 2020, p. 3452) plantea si la finalidad financiera no debe considerarse como elemento integrante de la función social de la propiedad.

otra parte, resulta perfectamente coherente con el reconocimiento de una propiedad que se adjetiva como privada.

En consecuencia, una delimitación legislativa que elimine la utilidad individual que proporcione cierta titularidad dominical afecta a su contenido esencial y no puede ser justificada por la vía de la función social del derecho¹⁸⁸.

Ahora bien, la solución es fácil ante una eliminación o privación total. Si la utilidad individual desaparece, la situación no merece ser calificada de propiedad privada y una intervención de ese tipo no puede ser justificada al amparo de la función social¹⁸⁹. Pero, como en tantas ocasiones, el problema se suscita ante la posibilidad de diversos grados de intervención delimitadora. No hay discusión en los extremos: ni la abstención legislativa ni la total supresión de utilidad privada plantean dificultades. La duda surge en aquellos supuestos en que la delimitación legislativa afecta a la utilidad individual, sin llegar a suprimirla totalmente. Podemos decir, imitando a Paracelso, que el veneno está en la dosis (*dosis sola facit venenum*). Del mismo modo que la dosis diferencia un veneno de un remedio, es la intensidad y la extensión de la delimitación de la propiedad la que puede llegar a afectar a su contenido esencial.

Este enfoque requiere mayor concreción. Es necesario tratar de precisar en qué momento se incide en el contenido esencial del derecho de propiedad privada. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional llevó a cabo, desde época bien temprana, una interesante labor de aproximación, casi pedagógica, a qué debía entenderse por contenido esencial. Pero lo cierto es que esa formulación, que ha sido útil para teorizaciones y declaraciones¹⁹⁰, no ha proporcionado elementos adecuados para concretar en un caso concreto si afecta o no al contenido esencial del derecho.

¹⁸⁸ Para MONTÉS (1980, p. 240), «[l]o que parece en este momento, factor esencial del dominio es la actuación económica del bien que puede realizar el propietario [...] Se trata de una “utilización” más que de un goce, porque se trata de expresar la valoración social del fenómeno en los términos de la economicidad concreta de la actividad del propietario [...] El poder del propietario es, en este sentido, [...] pleno, pero no absoluto». Para DÍEZ-PICAZO (2006, p. 14), el goce del propietario, tal y como aparece en el Código Civil, consiste en «un monopolio del señorío de esa percepción de los rendimientos económicos».

¹⁸⁹ ¿Y puede excluirse que determinados bienes cumplan una función social? Antes, se ha apuntado la existencia de categorías de bienes de los que no cabe predicar esa función. Pero, además, conviene recordar que, en cualquier caso, la propiedad privada como técnica de gestión de los recursos económicos ya cumple una función social en la medida que permite aumentar la eficiencia en la asignación de esos recursos.

¹⁹⁰ BAÑO LEÓN (2008, p. 1783) destaca que, al excluirse el recurso de amparo en relación con el derecho de propiedad, el Tribunal Constitucional se limita a un análisis abstracto de la regulación, lo que, por otra parte, dificulta la evolución jurisprudencial.

Como se recordará, la STC 37/1987, de 26 de marzo, recuperando la doctrina de la STC 11/1981, de 8 de abril, identificaba dos perspectivas complementarias para perfilar el contenido esencial: por un lado, la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho (traducido en la reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta: aquella parte del contenido del derecho que permite reconocerlo como perteneciente a un tipo dado); y, por otro, los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos (aquellos aspectos que resulten necesarios para proteger las finalidades y los intereses a los que el derecho subjetivo debe servir y de los que es instrumento)¹⁹¹. Aun reconociendo el valor dogmático de esa formulación, el planteamiento del Tribunal Constitucional no permite, a nuestro juicio, prever si una determinada medida (que no sea totalmente ablativa) afecta a ese contenido esencial¹⁹².

¹⁹¹ DÍEZ-PICAZO, 1991, p. 1262.

¹⁹² La cuestión ha sido abordada más recientemente por la STC 148/2021, de 14 de julio, relativa a la declaración del estado de alarma como consecuencia del covid-19, al advertir que:

«No es esta la sede adecuada para resolver cuestiones teóricas que han suscitado y siguen suscitando polémicas doctrinales, por importantes que sean, pero sí para establecer, recogiendo los términos del reiterado ATC 40/2020, “pautas importantes en la interpretación y aplicación» de la norma impugnada, que se pueden «traducir en la enunciación de criterios de actuación” para el futuro. Nuestra jurisprudencia, necesariamente ajustada a la casuística que caracteriza la actividad jurisdiccional, ofrece a día de hoy diversos conceptos que permiten diferenciar, dentro del contenido de ciertos derechos fundamentales, facultades o derechos de distinta naturaleza, adaptándose a las características de cada uno de ellos y a las circunstancias concurrentes en cada supuesto. Así, en algunos casos, se ha identificado un «contenido absoluto» de los derechos, un “núcleo irrenunciable” de los mismos que “puede alcanzar proyección universal” [...] En otros, se habla de un “contenido constitucional indisponible” [...] Por su parte, las SSTC 119/2011, de 5 de julio, FJ 9, o 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 6, aluden a un “contenido central”. Mientras que las SSTC 201/1999, de 8 de noviembre, FJ 4, o 70/2000, de 13 de marzo, FJ 4, la distinguen dentro del contenido de algún derecho fundamental no solo un “contenido esencial mínimo”, sino también un “contenido adicional” integrado por “derechos o facultades adicionales de origen legal o convencional”, cuya vulneración puede comportar también (aunque no siempre lo hace) la del derecho fundamental afectado.

Junto a estas fórmulas elaboradas en la doctrina constitucional para diferenciar, dentro del contenido de los derechos fundamentales, ámbitos o esferas cuya protección puede ser distinta según las circunstancias, la literalidad constitucional añade otra técnica, dado que el art. 53 CE exige al legislador de los derechos fundamentales que “en todo caso” respete “su contenido esencial”. Como hemos señalado en ocasiones anteriores, con referencia a un derecho concreto, la fórmula constitucional “en todo caso” [...] encierra un núcleo indisponible” en el contenido de ese derecho (STC 16/1994, FJ 3)».

En su Voto Particular a esta Sentencia, y también a la STC 183/2021, de 27 de octubre, el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos indica que:

«[A]unque el art. 53.1 CE establece que la ley que regule los derechos fundamentales “en todo caso deberá respetar el contenido esencial”, el llamado “contenido esencial” de un derecho fundamental no es un concepto absoluto ni inmutable, pues este contenido se ve delimitado por el contenido de otros bienes o valores constitucionales y por ello el “contenido esencial” de un derecho tendrá un alcance u otro dependiendo de si su ejercicio incide en otros bienes o valores constitucionales que se consideran mere-

b) En busca del contenido esencial de la propiedad privada: los intentos doctrinales.

Las vacilaciones de la doctrina demuestran las dificultades de concretar el contenido esencial de la propiedad privada.

Como se ha apuntado certeramente¹⁹³, desde la perspectiva de la reconocibilidad, la esencia de la propiedad privada no se identifica en función de un *quantum* de facultades¹⁹⁴: no ha de atenderse al mayor o menor número de facultades que pueden ser detraídas por el legislador, sino a cuáles han sido sustraídas legislativamente, y valorar en qué medida suponen que ese derecho ya no sea reflejo de la fisonomía dominical abstracta. Y, desde la jurisprudencia de intereses, hay que atender a cuál es el interés jurídicamente protegido en función del tipo de propiedad de que se trate (por ejemplo, al propietario urbano, la facultad de cultivar le resulta irrelevante) y ha de comprender la tutela de su efectiva realización.

Sin perder de vista ese planteamiento, la doctrina ha sugerido tomar en consideración las facultades que típicamente se reconocen a todo propietario para verificar qué grado de delimitación es constitucionalmente admisible¹⁹⁵. Así, se distingue¹⁹⁶ entre la garantía esencial del instituto de la propiedad y la garantía de un contenido esencial en las diferentes categorías de bienes (es decir, de los estatutos de propiedad). En cuanto a la institución de la propiedad privada, entendida genéricamente, se inclina por una posición absoluta: «[n]o se puede configurar una propiedad con privación del *ius utendi et fruendi* y del *ius disponendi*»¹⁹⁷. Ello se traduce en la imposibilidad de configuración de determinadas categorías de bienes (como, por ejemplo, propiedad pública de todos los medios de producción) o la imposibilidad de conversión de la

cedores de mayor protección (límites inmanentes). Si no se produce esta colisión entre bienes y derechos constitucionales, el contenido esencial del derecho es aquel que hace al derecho reconocible. En cambio, en aquellos casos en los que el ejercicio del derecho fundamental colisione con otros bienes o valores constitucionales este contenido podrá limitarse, pudiendo incluso adoptar medidas que conlleven la privación del derecho, siempre que tales medidas las adopte el legislador y cumplan las exigencias de la proporcionalidad».

¹⁹³ COLINA GAREA, 1997, pp. 355 y ss.

¹⁹⁴ Vid. también BARNÉS VÁZQUEZ, 1988, p. 251; y MUÑOZ GUIJOSA, 2009, pp. 195-197.

¹⁹⁵ Un enfoque más radical en MONTÉS (1980, p. 197): «ha cambiado el esquema tradicional desde el momento en que el ordenamiento prevé que el ejercicio de las facultades no se dirija solamente a la satisfacción del interés (privado) del titular, sino también se oriente a la satisfacción de exigencias más generales de la propiedad en su conjunto. Ya no habrá, entonces, una atribución abstracta e incondicionada de facultades, sino una atribución “para que” el titular realice actividades o utilice la cosa en el sentido determinado por la ley».

¹⁹⁶ DÍEZ-PICAZO, 1991, pp. 1263-1265.

¹⁹⁷ Vid. BARNÉS VÁZQUEZ, 1988, pp. 319 y ss.; y 338 y ss. Sobre la conveniencia de recurrir al art. 348 CC para la identificación del contenido esencial de la propiedad privada, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, 2004, pp. 57 y ss.

propiedad en una concesión enfitéutica o en una concesión administrativa¹⁹⁸. En este ámbito, el contenido esencial se rige en límite infranqueable de la acción legislativa, de modo que, cuando se sobrepase, determina la inconstitucionalidad de las leyes. En cambio, si la configuración legislativa de la categoría de bienes se considera constitucionalmente legítima, el sacrificio de aspectos que afectan al contenido esencial de la institución implica, si se trata de propiedades preexistentes, expropiación y conlleva la correspondiente indemnización.

Como puede constatarse, en este planteamiento el problema se traslada: la incidencia en el contenido esencial puede desembocar sea en la inconstitucionalidad, sea en la expropiación. Y, además de plantear una dificultad añadida, consistente en precisar cuándo la intervención se refiere al instituto general de la propiedad o a un concreto estatuto de bienes, seguimos sin saber cuándo una intervención legislativa afecta al contenido esencial de la propiedad.

La doctrina¹⁹⁹ ha intentado reconducir la cuestión apelando a la doble garantía que supone la previsión constitucional, para lo que subraya que, en su vertiente subjetivo-individual, el art. 33 CE contiene una garantía de estabilidad y una garantía de valor. La garantía de estabilidad comprende la utilidad o el interés privado y el derecho de disponer, en principio, del objeto dominical. Supone, ante todo, la garantía de su existencia. La garantía de valor presupone que la libertad de propiedad no se protege incondicionalmente, puesto que, en caso de conflicto con el interés privado y siempre bajo los requisitos del art. 33.3 CE, la propiedad está a disposición del legislador. Por ello, indica agudamente que cabe concebir el mecanismo expropiatorio como una garantía de la conservación de la utilidad privada para los supuestos en los que el interés público exija el sacrificio del derecho. Desde esta perspectiva, la garantía patrimonial reduce la potestad expropiatoria a su efecto mínimo de desapoderamiento específico del objeto expropiado, pero sin suponer el empeoramiento patrimonial de su valor, que ha de restablecerse con la indemnización. Por eso, a pesar de la doctrina constitucional, la propiedad no cede cuando es expropiada, sino que se transforma o sustituye por un equivalente económico. Y solo puede estar justificada cuando sea imprescindible para alcanzar el fin de utilidad pública o de interés social que con ella se persigue. De ello se deriva la necesidad de que la definición de la *causa expropriandi* se haga en términos precisos, inequívocos y objetivos y que resulte

¹⁹⁸ Aunque debe recordarse el caso de la STC 149/1991, de 4 de julio, sobre la Ley estatal 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

¹⁹⁹ REY MARTÍNEZ, 2005, pp. 212-213; y PyD, 2006, pp. 983-985; también AGUILERA VAQUÉS, 2008, p. 950; y SIMOU, *InDret*, 2017, p. 13.

claramente la relación existente entre ella y los bienes expropiados²⁰⁰.

También se ha considerado²⁰¹ que, por un lado, la intervención legislativa no puede suponer la privación al propietario de los poderes de goce y disposición que constituyen, en un momento dado y según la conciencia social, la forma natural y típica del ejercicio del derecho. Y, por otro lado, la imposición de vínculos y deberes al propietario o la disminución del contenido no pueden realizarse sino en beneficio de la comunidad y no de otros particulares. Hay que precisar, además, que la anulación de facultades o la imposición de vínculos, incluso en favor de la comunidad, desembocan en una verdadera expropiación por disminución de la sustancia de la propiedad cuando se impide la utilización económica fundamental de un bien. Y para verificar cuál es esa utilización económica fundamental se hace necesario un juicio de hecho, basado en criterios objetivos y, por tanto, prescindiendo de las valoraciones y de las intenciones personales del propietario.

c) Una nueva aproximación al contenido esencial.

El Tribunal Constitucional ha elaborado una doctrina sumamente abstracta y general, construida sobre factores que pueden conducir a valoraciones diferentes, que no permite afirmar con seguridad si determinada medida afecta al contenido esencial de la propiedad privada y que, por ello, proporciona al legislador un instrumento sumamente flexible para incidir en derechos, facultades, obligaciones y deberes del titular de la propiedad privada.

La conexión con lo previsto (gozar y disponer) en el art. 348 CC a los efectos de precisar ese contenido esencial de la propiedad privada permite recurrir, una vez más, a la clásica contraposición de Adam Smith entre valor de uso y valor de cambio²⁰². Importa, pues, ponderar el rendimiento normal que el propietario puede extraer de la explotación de cierto bien y tener presente sus posibilidades de enajenación onerosa. No debe tomarse en consideración una visión de la propiedad como mera referencia a un bien y a unas facultades, sino las posibilidades de actuación económica que

²⁰⁰ Es de interés el ejemplo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: BARCELONA LLOP, 2013, pp. 103 y ss.

²⁰¹ MONTÉS, 1980, pp. 226-227.

²⁰² «Se debe observar que la palabra "valor" tiene dos significados diferentes: algunas veces significa la utilidad de un objeto particular, y otras significa la facultad que otorga la posesión de este objeto de comprar otras mercancías. Al primero se le puede llamar valor de uso, y al segundo, valor de cambio» (SMITH, 1996, p. 62). MUÑOZ GUIJOSA (2009, pp. 65 y 69) relaciona el valor en uso como la facultad de goce y el valor en venta con la facultad de disposición del propietario.

comporta²⁰³ y su valor. Hemos de recordar aquí la función económica de la propiedad privada.

Un enfoque similar en la jurisprudencia norteamericana para ponderar si cierta acción administrativa tiene naturaleza expropiatoria puede servirnos de ayuda: entre otros factores, se valora la extensión de la interferencia con las expectativas razonables del particular en función de su inversión, el impacto económico de la acción administrativa sobre el particular y la no repercusión al particular de una carga que deba recaer sobre un colectivo. Lo cierto, sin embargo, es que tampoco los tribunales norteamericanos han mostrado una línea uniforme²⁰⁴.

En mi opinión, sea desde la perspectiva económica (valor de uso, valor de cambio), sea desde la jurídica (goce, disposición), esos son los elementos que identifican el contenido esencial de la propiedad privada. La cuestión, naturalmente, no se plantea en relación con las medidas que suprimen esos elementos, sino con las que inciden sustancialmente en ellos. Según mi criterio, la transcendencia de la función social de la propiedad privada se ha sobredimensionado y ha servido para justificar actuaciones que sí han afectado sustancialmente a esos elementos y que, por tanto, exceden de la mera delimitación.

2. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En relación con el contenido esencial de la propiedad privada, es inevitable el recurso al *leading case*. Pero conviene no olvidar que esta STC 37/1987, de 26 de marzo, en su afán de sentar doctrina, incorpora factores hasta cierto punto contradictorios. Por un lado, considera que la fijación del contenido esencial no puede efectuarse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales, sino que debe incluir una necesaria referencia a su función social. De este modo, sostiene el Tribunal Constitucional que tanto la utilidad individual como la función social definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes. Pero, por otro lado, el Tribunal Constitucional también indica que existe un mínimo irre-

²⁰³ Como pone de manifiesto GUILOFF TITIUN (*EC*, 2019, pp. 268-271), se trata de superar la concepción de la propiedad que toma como referencia las cosas físicas sobre las que recae, por su valor económico.

²⁰⁴ *Vid.* PONT CASTEJÓN, *DA*, 1990, p. 249; DELAVEAU SWETT, *RChD*, 2006, pp. 411 y ss.; AGUILERA VAQUÉS, 2008, pp. 956 y ss.; y GUILOFF TITIUN, *EC*, 2019, pp. 271 y ss.

ductible de la propiedad frente a las exigencias derivadas de la función social; y ese mínimo se concreta en la imposibilidad de anular la utilidad meramente individual del derecho o la rentabilidad del propietario o de la empresa.

Si se analiza este planteamiento, puede repararse en el difícil equilibrio que procura alcanzar el Tribunal Constitucional. Por una parte, destaca la presencia de dos componentes (además, inescindibles). Pero, por otra, sitúa el mínimo irreductible en la salvaguarda de cierta rentabilidad para el propietario. De este modo, y aunque parezca a regañadientes, el Tribunal Constitucional no puede por menos que apuntar la prevalencia del elemento utilidad individual frente al elemento función social, lo que, por lo demás, es perfectamente conforme con el sentido jurídico y económico de la propiedad privada.

El Tribunal Constitucional sitúa el límite (irreductible) frente a las exigencias de la función social en la anulación de la utilidad individual. Se trata, a mi juicio, de una lectura demasiado restrictiva y que no es coherente con los perfiles que deben concurrir en la propiedad privada. No es necesario que se anule esa utilidad individual para que se incida en el contenido esencial de la propiedad privada. Basta con que repercuta de modo sustancial en esa utilidad. La función social no justifica que el legislador prive de manera sustancial al propietario de la rentabilidad del bien.

Es evidente que este planteamiento entraña mayores dificultades que el del Tribunal Constitucional²⁰⁵. El Tribunal Constitucional pone el límite en la anulación de esa rentabilidad individual, es decir, en la pérdida total de ese rendimiento. En mi opinión, conviene equiparar a esa anulación aquellos supuestos que tengan una incidencia fundamental en el valor en uso y en venta del bien. Pero el problema surgirá, como es natural, en la identificación de cuándo se produce una afectación sustancial o fundamental de la propiedad privada. Y, para ello, la vía más sencilla resultará de comparar el valor del bien antes y después de la concreta medida.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no comparte esta perspectiva y ha interpretado muy generosamente el grado de intervención legislativa en la configuración del derecho de propiedad²⁰⁶. Con ese enfoque admite una delimitación consis-

²⁰⁵ Sugerencias de interés en SANTAELLA QUINTERO, 2019, pp. 193 y ss.

²⁰⁶ Y, con ello, cierta doctrina considera constitucional la expropiación temporal del usufructo (MARÍN GARCÍA y MILÀ RAFEL, *InDret*, 2007, pp. 15 y ss.), aunque reconoce que no supera el test de proporcionalidad (téngase en cuenta que, en la valoración de esas medidas, el Tribunal Constitucional prefiere actualmente el test de razonabilidad al de proporcionalidad, sin justificar adecuadamente la singularidad de esa decisión). Pero esa misma doctrina cuestiona la eficacia de esas medidas: MARÍN GARCÍA y MILÀ RAFEL, *InDret*, 2007, pp. 24 y ss.

tente en la privación temporal del uso, a cambio de una retribución establecida administrativamente (esto es, un arrendamiento forzoso, con precio tasado). La justificación del Tribunal Constitucional estriba en que, a pesar de esa intervención, el propietario del bien afectado sigue disfrutando de cierta utilidad. Y, en mi opinión, ese enfoque no puede ser compartido. La utilidad individual que resulta consustancial al derecho de propiedad o, si se quiere, la utilidad individual que supone contenido esencial, no puede ser una utilidad residual, equivalente, prácticamente, a la mera titularidad. Para el Tribunal Constitucional, en el fondo, mientras se siga siendo propietario, no hay incidencia en el contenido esencial²⁰⁷. Pero, claro está, si se deja de ser propietario, ya nos encontramos en el ámbito de la expropiación.

Y, entonces, asistimos a un curioso fenómeno. Si hay privación total o ablación completa del derecho, hay expropiación; pero, mientras no se llegue a ese extremo, la intervención delimitadora (que puede suponer una intensa privación de facultades) se encuentra amparada por la función social.

De este modo, la función social se convierte cabalmente en un elemento que adquiere un peso que, probablemente, fuera ajeno al constituyente: se convierte en una suerte de carta blanca para cualquier delimitación legislativa de la propiedad, siempre que no llegue al extremo de suponer una privación de la titularidad que daría lugar a la expropiación.

El resultado es fácil de intuir: cuanto más espacio se otorgue a la delimitación legislativa derivada de la función social (art. 33.2 CE), menos supuestos se considerarán como expropiación (art. 33.3 CE). Y a la inversa, cuanto mayor sea el peso de la necesaria utilidad individual del propietario (art. 33.1 CE), más casos deberán caer en el ámbito de la expropiación (art. 33.3 CE)²⁰⁸.

¿Cuál es la consecuencia del peso que se le asigna por el Tribunal Constitucional a la función social? El planteamiento del Tribunal Constitucional tiende a consagrar una noción residual de la propiedad privada. La propiedad privada es el resto de utilidad privada que le queda al titular, tras haber sido delimitado su contenido por la función social²⁰⁹. Como con precisión ha señalado cierta doctri-

²⁰⁷ También SIMÓN MORENO (*DPyC*, 2023, p. 150) subraya que la jurisprudencia constitucional implica «una relativización del concepto esencial, siempre que se garantice una vaporosa utilidad individual o económica suficiente para el titular del derecho»

²⁰⁸ Así, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1148.

²⁰⁹ Para BARNÉS VÁZQUEZ (*RAP*, 1989, p. 285), «[e]l contenido esencial [de la propiedad privada] parece comprender dos elementos inescindibles: la rentabilidad económica, que trae su origen de la explotación de los bienes, alcanzada de tal modo que haga accesible a todos el disfrute y participación en los bienes económicos; aprovechamiento del titular que permita la difusión de los bienes y sus utilidades; rentabilidad económica y

na²¹⁰, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del derecho de propiedad privada (frente a otros derechos constitucionales) se detecta que su contenido se determina finalmente en cada caso después de una ponderación interna o intrínseca entre la utilidad individual del titular del derecho y la utilidad social del bien objeto de regulación, con lo que «el derecho de propiedad no parece tener un contenido previo a dicha ponderación, sino que es siempre tan solo lo que *resta* después de ella. Ponderación, por lo demás, que siempre se ha decantado hacia el interés social tal y como ha sido apreciado por la autoridad pública»²¹¹.

Todo ello impone una reflexión adicional acerca de la relación entre contenido esencial y expropiación. A pesar de las ambiguas declaraciones del Tribunal Constitucional, entiendo que la función social no forma parte del contenido esencial. El derecho que reconoce constitucionalmente el art. 33 CE es el derecho a la propiedad privada. Y es de ese derecho del que debe predicarse la existencia de un contenido esencial, y no de los elementos que contribuyen a delimitar su contenido (ya no esencial), como es la función social.

El contenido esencial es, como se ha dicho reiteradamente²¹², un límite a la delimitación que puede suponer la función social de la propiedad privada. Sin embargo, como consecuencia de lo previsto en el apartado tercero del art. 33 CE, admitimos con naturalidad que sea posible constitucionalmente una privación de bienes y derechos, que supone una evidente incidencia en el contenido esencial de la propiedad privada, siempre que se respeten los presupuestos y requisitos de dicho apartado²¹³. La pregunta no se hace esperar: hasta qué punto ese planteamiento es coherente con la exigencia del art. 53.1 CE en la medida que este establece que el contenido esencial deberá ser, en todo caso, respetado por la ley que regule el ejercicio de los derechos y libertades. Dicho de otra forma, el art. 33.3 CE pone de manifiesto que puede no respetarse el contenido esencial de la propiedad privada, como exige el art.

rendimiento social; fin individual y utilidad social; es decir, aprovechamiento económico ejercido con eficacia social difusiva». Pero también indica (BARNÉS VÁZQUEZ, 1988, p. 55) que «por virtud de la función social, la utilización del bien, su explotación económica, no constituye el objetivo final de la propiedad privada. El rendimiento económico que pueda derivarse del bien ha de contribuir –con una cuota de participación que determinará el legislador– al beneficio social, verdadero fin de la institución».

²¹⁰ REY MARTÍNEZ, 2005, p. 202; y *PyD*, 2006, pp. 972-973.

²¹¹ Un enfoque distinto en BARNÉS VÁZQUEZ (*RAP*, 1989, p. 277): «la propiedad privada –dimensionada desde su interior por la función o utilidad social– está, subordinada al interés general –art. 128.1 CE–; el ejercicio dominical, una vez delimitado por el legislador y la Administración, comporta inexcusablemente un beneficio social, pero persigue intereses diferenciados de los intereses generales, confiados a los poderes públicos».

²¹² Por todos, BARNÉS VÁZQUEZ, *RAP*, 1989, p. 282; y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1149.

²¹³ En sentido similar, AGUDO GONZÁLEZ, *RAP*, 2011, p. 18.

53.1 CE, siempre que se cumplan las exigencias previstas en el art. 33.3 CE. Con ello, resulta que el contenido esencial de la propiedad privada se limita a la obtención de una indemnización para los casos en que el titular sea privado del mismo. Frente a la administración y concurriendo los presupuestos de la expropiación, la posición del propietario se tutela a través de una regla de responsabilidad. En otros casos, su protección se articula a través de una regla de propiedad²¹⁴.

Esta constatación entraña otros peligros. Si se considera que la expropiación significa una vulneración del contenido esencial del derecho de propiedad privada, puede caerse en la tentación de restringir su ámbito de aplicación. Es decir, ante la posible confrontación de dos preceptos constitucionales, reduzcamos el alcance de uno de ellos (en este caso, el art. 33.3 CE). Pero, si bien se observa, la restricción del sentido del art. 33.3 CE puede llevarse a cabo de dos modos. Por un lado, propiciando una interpretación más amplia del art. 33.2 CE y de la noción de delimitación (no indemnizable), aunque para ello deban reducirse los perfiles del contenido esencial. Y, por otro, negando que determinadas situaciones sean consideradas como expropiación, pero negando también que sean delimitación: si afectan al contenido esencial, serán, sin más, inconstitucionales. A mi juicio, es esta segunda línea la que protege más adecuadamente la propiedad privada.

²¹⁴ A partir de un trabajo de CALABRESI y MELAMED (*ADC*, 1997, pp. 187 y ss.), se distingue entre reglas de propiedad (*Property Rules*), reglas de responsabilidad (*Liability Rules*) y reglas de disponibilidad (*Alienability Rules*). Tengamos en cuenta que se trata de una formulación sumamente abstracta, útil en su potencia analítica, pero que tiene que ser matizada en su concreta aplicación práctica.

Se dice, en primer lugar, que un derecho está protegido por una regla de propiedad cuando solo a través de un acuerdo con su titular se le puede desalojar de la posición de tal; es decir, el que quiera ocupar la posición de titular deberá convencer al que actualmente la ocupa para que se la ceda por un precio. En segundo lugar, un derecho está protegido por una regla de responsabilidad, cuando cualquiera puede privar del mismo a su titular si está dispuesto a pagar por ello una cantidad establecida objetivamente. Y, por último, un derecho es inalienable cuando no está permitido un intercambio voluntario de su titularidad. No se podrá, pues, transmitir uno de estos derechos por mucho que exista un acuerdo en tal sentido entre el titular actual del mismo y un tercero interesado en su adquisición.

La mayor parte de los derechos que conocemos en la práctica serían de carácter mixto (CALABRESI y MELAMED, *ADC*, 1997, p. 192); es decir, no responderían exclusivamente a uno de los tipos de reglas que acabamos de exponer. Y consideran que «[e]n nuestro marco conceptual, lo que se denomina propiedad privada está usualmente protegida por una regla de propiedad, ya que nadie puede ocupar la posición de titular a menos que el titular actual acceda a venderla y se pague el precio en que él valora subjetivamente su derecho. Habrá otras ocasiones en las que el interés social o la utilidad pública justifiquen la expropiación de ese derecho, por lo que diremos que entonces sólo estará protegido según una regla de responsabilidad, en la medida en que se utiliza un criterio objetivo para determinar un valor (precio) que facilite la transmisión del derecho desde el titular actual al beneficiario de la expropiación. Finalmente, habrá otros casos en los que no se permita enajenar la propiedad, es decir, que protegeremos el derecho con una regla de inalienabilidad» (CALABRESI y MELAMED, *ADC*, 1997, p. 207).

V. DELIMITACIÓN Y EXPROPIACIÓN

1. EL DESLINDE ENTRE DELIMITACIÓN Y EXPROPIACIÓN

Del propio art. 33 CE se desprende, sin asomo de duda, la importancia de diferenciar entre una intervención delimitadora y una actuación expropiatoria. En nuestra literatura jurídica se considera unánimemente que la delimitación excluye que se deba compensar económicamente a los afectados²¹⁵. Su derecho, simplemente, se delimita, esto es, se precisa su contenido. Por el contrario, si se trata de expropiación, además de la concurrencia de una causa de utilidad pública o interés social y del respeto al procedimiento legal, se requiere la correspondiente indemnización. La privación reclama indemnización. Por lo tanto, desde la perspectiva de los poderes públicos, la calificación como delimitación o como expropiación es, cuanto menos, un problema de costes.

Sin embargo, pese a la importancia de la distinción, los criterios normativos, jurisprudenciales y doctrinales que pueden permitir fundamentar el ámbito de cada categoría no se formulan con la suficiente nitidez y transmiten una clara sensación de inseguridad.

La dificultad del deslinde entre la delimitación y la expropiación ha sido constatada también por el Tribunal Constitucional. Baste, a estos efectos, con recordar las indicaciones de la STC 170/1989, de 19 de octubre, relativa a la Ley madrileña 1/1985, de 23 de enero, del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares:

«[T]al y como este Tribunal ha indicado en varias ocasiones, el límite entre la privación de un derecho patrimonial y su simple incidencia o delimitación legal amparándose en la función social a la que debe sujetarse (art. 33.2 CE) no es siempre fácil de determinar. En este sentido, y a partir de la doctrina general sobre el contenido esencial de los derechos constitucionales, se ha señalado respecto del derecho de propiedad que “la fijación de su contenido esencial 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” (STC 37/1987). Partiendo de este dato y de las previsiones de otros preceptos constitucionales (arts. 128.1, 40, 45 y 130, entre otros), los poderes públicos deben “delimitar el contenido del derecho de

²¹⁵ Si bien se mira, una cosa es que si se expropia se deba indemnizar, y otra distinta es que delimitar el contenido del derecho no deba producir ninguna consecuencia jurídica. Pero se ha tendido a ver la expropiación como la única situación que incidiendo en el derecho de propiedad da a lugar a indemnización al propietario.

propiedad en relación con cada tipo de bienes". Esto no supone, claro está, una absoluta libertad del poder público que llegue "a anular la utilidad meramente individual del derecho", o, lo que es lo mismo, el límite se encontrara, a efectos de la aplicación del art. 33.3 CE, en el contenido esencial, en no sobrepasar las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulte reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho».

La doctrina parece impecable, pero luego su aplicación resulta un tanto superficial. El Tribunal Constitucional considera en este caso que:

«Las limitaciones del derecho de propiedad que introduce la Ley madrileña con carácter no indemnizable no vulneran el contenido esencial de los derechos afectados, al tratarse de medidas tendentes a proteger el espacio natural, según la distinta calificación del terreno y en cumplimiento del mandato que impone el art. 45 CE.

Los apartados 3 y 4 del art. 3 de la Ley impugnada ponen de manifiesto que el legislador ha establecido un límite a partir del cual entiende que sí existe privación de derechos. En efecto se establece que los límites fijados no serán indemnizables salvo que los vínculos que se impongan "no resulten compatibles con la utilización tradicional y consolidada de los predios". Se ha acudido, pues, a una técnica habitual en el ordenamiento para fijar el límite entre la simple configuración del derecho y la estricta privación: el uso tradicional y consolidado. Esta técnica, utilizada también en el art. 87 de la Ley del Suelo respecto del suelo no urbanizable, tiende precisamente a permitir la identificación del contenido esencial de los derechos; el mismo principio se ha utilizado en la Ley de Aguas, estimándose por este Tribunal que no suponía vulneración alguna de la garantía indemnizatoria del art. 33.3 CE, sino delimitación del contenido de los derechos patrimoniales (STC 227/1988)».

De seguirse el planteamiento de esta resolución, cabría pensar que cualquier limitación en los usos no es indemnizable (por ser meramente delimitación y no expropiación) en tanto se haga en cumplimiento (más o menos intenso: eso no se cuestiona) de un principio constitucional y no afecte a los usos tradicionales y consolidados. Y, es más: se afirma que así se identifica el contenido esencial de los derechos.

La doctrina en la que se basa este planteamiento es identificable. La STC 227/1988, de 29 de noviembre, sobre la Ley estatal 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, y su desarrollo, declaró, en relación con la expropiación forzosa, que:

«[D]ebe entenderse por tal la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos, por causa justifica-

da de utilidad pública o interés social. De ahí que sea necesario, para que se aplique la garantía del art. 33.3 CE, que concurra el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la sustracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos.

Distintas son las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho que, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración “ex novo” modificativa de la situación normativa anterior. Estas medidas legales, aunque impliquen una reforma restrictiva de aquellos derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no están prohibidas por la Constitución ni dan lugar por sí solas a una compensación indemnizatoria. Muy al contrario, al establecer con carácter general una nueva configuración legal de los derechos patrimoniales, el legislador no sólo puede, sino que debe tener en cuenta las exigencias del interés general. Así resulta con toda evidencia por lo que se refiere al régimen jurídico de la propiedad privada, pues por imperativo constitucional, la ley debe delimitar el contenido de ese derecho en atención a su función social (art. 33.2 CE). Y lo mismo puede decirse de los derechos individuales de aprovechamiento sobre bienes de dominio público, ya que su regulación general no sólo puede tener en cuenta el interés individual de los usuarios o titulares de aquellos derechos, sino que debe también tomar en consideración el interés general inherente al carácter público del bien sobre el que recaen.

Es obvio, por otra parte, 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. Pero no puede olvidarse que, de manera semejante a lo que ya dijéramos en la STC 37/1987 sobre el derecho de propiedad, la fijación del contenido esencial “no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales” que en cada derecho patrimonial subyace, sino que debe incluir igualmente la dimensión supraindividual o social integrante del derecho mismo».

2. ACTUACIONES DISTINTAS A LA DELIMITACIÓN Y A LA EXPROPIACIÓN

Con carácter previo a la formulación de posibles criterios de distinción entre delimitación y expropiación, hemos de verificar cuáles son las fronteras entre ambas categorías. Más concretamen-

te, lo que interesa analizar es si las intervenciones en la propiedad privada solo pueden ser delimitadoras o expropiatorias.

En principio, si la actuación, al amparo de la función social, supone delimitación del derecho de propiedad privada, no puede calificarse de expropiatoria y, por lo tanto, no genera compensación alguna. Si, por el contrario, la actuación excede de la delimitación e implica privación del derecho, debe considerarse expropiatoria y, en consecuencia, debe dar lugar a indemnización. De ello, podría aparentemente deducirse la clara separación entre una y otra categoría. La actuación será reputada o como delimitadora o como expropiatoria²¹⁶.

Este planteamiento ha sido cuestionado por influencia de la doctrina alemana, apelando a la existencia de una tercera categoría de supuestos: la delimitación que sí genera indemnización (*ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*)²¹⁷. Pero este *tertium genus* ha sido, a su vez, criticado, al señalar que complica innecesariamente el análisis sin resolver el problema, porque, de admitirse esa categoría, la dificultad se traslada a la distinción entre delimitaciones necesitadas de compensación y delimitaciones no indemnizables²¹⁸. Es obviamente cierto que la introducción de una tercera categoría acentúa los problemas de fijar su respectivo ámbito de aplicación, pero ello no excluye que una categoría con esos perfiles puede dar respuesta más adecuada a algunas de las dudas que se suscitan. En el fondo, se trata de valorar si la dicotomía delimitación (no indemnizable)-expropiación (indemnizable) se adecua correctamente a la variedad de supuestos que pueden derivarse de la adopción legítima de medidas.

Aun descartando esa tercera categoría, conviene señalar que no todos los supuestos se verán abocados a ser calificados como delimitación o como expropiación. Si se observa con una mínima atención, se comprobará que la inclusión en una u otra categoría no se somete a los mismos requisitos. En efecto, una hipotética delimitación que afecte al contenido esencial de la propiedad no puede ser calificada como tal: la función social no justifica esa incidencia. Pero negar que se trate de delimitación no significa que ineludiblemente sea expropiación: para que pueda ser considerada como expropiación es necesario que se den los tres elementos que prevé el art. 33.3 CE (*causa expropriandi*, procedimiento legal e indemnización). En particular, la

²¹⁶ Así, MENÉNDEZ SEBASTIÁN (*JARDA*, 2008, p. 43), tras reconocer la dificultad de diferenciar delimitación y expropiación, indica que «se trata de un *continuum*, donde acaba una comienza la otra», aunque matiza que, en el segundo caso, si no se cumplen los requisitos de la expropiación, la regulación se convierte en inconstitucional.

²¹⁷ MIR PUIGPELAT, 2002, pp. 80 y 114 y ss. Una sintética exposición en MUÑOZ GUIJOSA, *RAP*, 2015b, pp. 191 y ss.

²¹⁸ En este sentido, DOMÉNECH PASCUAL, *InDret*, 2012a, p. 5.

ausencia de *causa expropriandi* impide que se pueda tildar, en rigor, de expropiación y, por lo tanto, al tratarse de una intervención que afecta al contenido esencial de la propiedad privada, debe sencillamente considerarse inconstitucional.

Obviamente, la relevancia de este planteamiento se ve disminuida por un factor distinto: una generosa valoración de la concurrencia de la *causa expropriandi* determinará que sean más frecuentes los casos que, no pudiendo ser calificados como delimitadores, sean considerados como expropriatorios. Y, en concreto, es fácil la tentación de entender que la justificación de una medida, con base en la función social de la propiedad privada, ya colma la exigencia de *causa expropriandi*²¹⁹.

3. ¿CÓMO DIFERENCIAR ENTRE DELIMITAR Y EXPROPIAR?

El intento de formular elementos para construir la distinción entre delimitación y expropiación ha preocupado, por su gran transcendencia, al legislador, a la judicatura y a la doctrina. Resulta, por ello, difícil ofrecer algo más que un *status quaestionis*, poniendo de relieve la separación que media entre su teorización general y abstracta y su concreta aplicación para la resolución de supuestos determinados. En última instancia, y más allá de formulaciones teóricas, ante cada caso concreto habrá que responder sucesivamente a dos preguntas:

- a) ¿Se trata de una mera delimitación y, por tanto, no indemnizable?;
- b) Si excede de la delimitación, ¿se han cumplido las exigencias del art. 33.3 CE?

Si la respuesta al primer interrogante es afirmativa, no es necesario formularse la segunda pregunta: hay simple delimitación.

Si la respuesta al primer interrogante es negativa, y la respuesta al segundo interrogante es afirmativa, nos encontramos ante una expropiación²²⁰.

²¹⁹ Apunta MUÑOZ GUIJOSA (2009, p. 245) que, mientras la función social de la propiedad privada resulta ser un elemento integrante de la propia estructura del derecho de propiedad en cuanto a derecho subjetivo, la utilidad pública y el interés social resultan ser circunstancias ajenas al derecho, que avienen al mismo *ad extra* y que, en caso de concurrir en un concreto supuesto, determinan la subordinación del interés del propietario al interés de la colectividad.

²²⁰ Tiene razón PONS CÁNOVAS (2004, pp. 87 y ss.) al señalar que, en ese planteamiento, subyace una interpretación amplia del concepto de expropiación forzosa, conforme a la cual la imposición de una obligación o de una restricción general o singular del ejercicio de los derechos y facultades de uso y disposición de un bien que sea desproporcionada, que haga irreconocible e impracticable el tipo concreto de derecho dominical es

Y si tanto la respuesta al primer interrogante como al segundo es negativa, la actuación legislativa es inconstitucional por vulnerar lo dispuesto en el art. 33 CE²²¹.

¿Cuáles son los criterios más habituales para determinar si nos encontramos ante una mera delimitación o ante una expropiación? Distinguiré entre argumentos o criterios puramente jurídicos y la más reciente perspectiva económica²²².

A. Los criterios exclusivamente jurídicos.

1) La naturaleza singular de la privación. La expropiación tiene un carácter singular y afecta a una o varias personas determinadas²²³. En cambio, la delimitación consiste en una regulación de índole general, que se dirige a una pluralidad indeterminada de sujetos.

Pero este criterio no permite explicar por qué hay regulaciones generales consideradas expropiatorias (como ocurrió con la incorporación al dominio público marítimo-terrestre de terrenos enclavados en playas que antes eran propiedad privada: STC 149/1991, de 4 de julio, sobre la Ley estatal 22/1988, de 28 de julio, de Costas) o por qué hay privaciones singulares no expropiatorias (como el decomiso y otras medidas previstas en los arts. 127 y ss. CP)²²⁴.

considerada como expropiación. A su juicio, la cuestión podría resolverse de forma más adecuada a través de una revisión del alcance de la responsabilidad patrimonial de la administración.

²²¹ Vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, *CDL*, 2022, pp. 26-27.

²²² Sigo en este punto y resumo las muy interesantes consideraciones y críticas de DOMÉNECH PASCUAL, *InDret*, 2012a, pp. 8 y ss.

²²³ Destaca MIR PUIGPELAT (2002, p. 96) que cuando este criterio se adoptó en la Ley española de Expropiación Forzosa de 1954, ya había sido abandonado por la doctrina alemana.

²²⁴ Como plantea Díez-Picazo Giménez (2013), la cuestión estriba en determinar si ante una privación (total o parcial) de alcance general, rigen solo los límites a la regulación de los bienes (art. 33.2 CE) o rige, además, la garantía expropiatoria (art. 33.3 CE). De aceptarse el primer planteamiento, los cambios de régimen jurídico de toda una clase de bienes, incluso en el supuesto extremo de nacionalización pura y simple, no darían nunca derecho a indemnización. La única defensa frente a una privación de alcance general sería, así, la declaración de inconstitucionalidad de la norma legal que la aprueba (aunque minoritariamente también se haya defendido que las privaciones de bienes de alcance general no son jamás constitucionalmente admisibles). En cambio, si se adopta la segunda postura, los cambios de régimen jurídico de toda una clase de bienes pueden engendrar derecho a indemnización. Obviamente, ello supone que cualquier reforma legislativa de una cierta envergadura sería inviable en la práctica, por excesivamente costosa; y ello chocaría con el mandato constitucional de sometimiento de toda la riqueza del país al interés general (art. 128 CE). En su opinión, la solución más prudente consiste en matizar la aplicabilidad de la garantía expropiatoria a las privaciones (totales o parciales) de bienes de alcance general: mientras que la garantía expropiatoria opera siempre para las privaciones singulares, solo es exigible para aquellas privaciones generales que alcanzan un nivel de intensidad fuera de lo común. En otras palabras, cuando una reforma legislativa, por supuesto justificada por el interés general, comporta el empobrecimiento sustancial de los antiguos propietarios de una clase de bienes, habrá que indemnizar; y ello porque, de lo contrario, el coste de la realización del interés general pesaría especialmente sobre un determinado grupo de ciudadanos.

La STEDH de 30 de junio de 2005 (Jahn y otros c. Alemania) se ocupó directamente de la cuestión (*vid.* también Díez-Picazo Giménez, 2005, pp. 119 y ss.; y BARCELONA LLOP, 2013, pp. 81 y ss., y 191 y ss.), al analizar una ley de la Alemania reunificada que

2) La intensidad del sacrificio. Si el sacrificio de derechos que supone la intervención supera cierto umbral de intensidad (por su profundidad, gravedad o alcance objetivo), la medida es expropiatoria; si no lo supera, es simplemente delimitación.

Pero este criterio no permite predecir cuándo una restricción será expropiatoria o delimitadora: ¿dónde se fija la frontera de sacrificio tolerable sin indemnización?

Este criterio se relaciona con el que se basa en la lesión del contenido esencial (STC 227/1988, de 29 de noviembre, sobre la estatal Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, y otras disposiciones): será expropiatoria la restricción que, aun teniendo carácter generalizado, incida en el contenido esencial del derecho. Ello significa que se admite la afección en el contenido esencial, siempre que sea compensada por la correspondiente indemnización.

Pero ello significa aceptar que son posibles normas que vulneran el contenido esencial de un derecho, siempre que den lugar a indemnización, lo que, para cierta doctrina²²⁵, es erróneo: la norma que ataca ese contenido esencial es inconstitucional; y se concluye poniendo de manifiesto que «[e]l contenido esencial, en definitiva, sirve de parámetro de constitucionalidad de las Leyes, no de criterio de la expropiación».

3) El carácter especial del sacrificio. Aunque no es fácil distinguirlo de la privación singular, se considera que hay expropiación cuando la medida causa una pérdida patrimonial de especial intensidad a ciertos propietarios. Más sencillamente: cuando un grupo relativamente reducido de personas sufre una restricción demasiado intensa.

Pero este criterio se enfrenta a la dificultad de fijación de los umbrales entre la mera delimitación y la expropiación: ¿cuándo el número de afectados resulta relevante? ¿cuándo es el sacrificio suficientemente intenso?

4) La ruptura de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. La expropiación supone una ruptura de la igualdad de los ciudadanos ante los beneficios y las cargas públicas (arts. 14 y 31 CE), en la medida que solo afecta a determinados ciudadanos. La indemnización derivada de la expropiación permite que la carga, en su caso, se reparta entre toda la colectividad.

revisaba la atribución de propiedad agraria hecha por una ley de la extinta República Democrática Alemana. En primera instancia (STEDH de 22 enero 2004), se entendió que el legislador no podía establecer una nueva regulación notablemente restrictiva de toda una clase de bienes sin indemnizar. Pero la Gran Sala acabó afirmando lo contrario, es decir, la validez de la reforma legislativa sin indemnización. En un sentido similar se pronunciaron también las STEDH de 8 de diciembre de 2011 (Althoff y otros c. Alemania; y Göbel c. Alemania: *vid.* BARCELONA LLOP, 2013, pp. 203 y ss.).

²²⁵ MIR PUIGPELAT, 2002, pp. 110-111.

Pero este criterio no aporta tampoco suficiente precisión, porque no suministra elementos para determinar cuándo se produce esa ruptura de la igualdad entre los ciudadanos, habida cuenta de que son perfectamente admisibles las desigualdades que obedecen a justificaciones objetivas y razonables.

5) La distinción entre derechos adquiridos y simples expectativas (no indemnizables). La jurisprudencia constitucional ha recurrido en ocasiones²²⁶ a esta distinción para perfilar el carácter delimitador o expropiatorio de una medida. Si la privación afecta a derechos adquiridos o intereses patrimoniales legítimos, tiene carácter expropiatorio; en cambio, si recae sobre simples expectativas, se excluye esa naturaleza²²⁷.

Pero este criterio implica, como se ha criticado²²⁸ con razón, un razonamiento circular: se debe indemnizar la privación de derechos adquiridos, y los derechos adquiridos son aquellos que generan derecho a la indemnización. No se proporciona, sin embargo, ninguna pauta razonable para determinar cuándo una posición deja de ser una simple expectativa y pasa a ser un derecho adquirido.

6) La existencia de un beneficiario. Una perspectiva distinta supone ponderar si la intervención comporta la atribución de un beneficio para unos grupos de personas. De este modo, si esa intervención supone un enriquecimiento para unos grupos de beneficia-

²²⁶ Aunque también la ha criticado. La STC 27/1981, de 20 de julio, dijo, en punto al alcance retroactivo de ciertas disposiciones, que:

«Desde el punto de vista de la constitucionalidad, debemos rehuir cualquier intento de aprehender la huidiza teoría de los derechos adquiridos, porque la Constitución no emplea la expresión “derechos adquiridos” y es de suponer que los constituyentes la soslayaron, no por modo casual, sino porque la defensa a ultranza de los derechos adquiridos no casa con la filosofía de la Constitución, no responde a exigencias acordes con el Estado de Derecho que proclama el artículo primero de la Constitución; fundamentalmente, porque esa teoría de los derechos adquiridos, que obliga a la Administración y a los tribunales cuando examinan la legalidad de los actos de la Administración, no concierne al Legislativo, ni al Tribunal Constitucional cuando procede a la función de defensa del ordenamiento, como intérprete de la Constitución».

²²⁷ Por ejemplo, STC 144/2015, de 22 de junio, respecto a la no actualización de las pensiones, recuerda esa doctrina:

«Reiterando lo declarado en la STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 20, “sólo son expropiables y, por tanto indemnizables la privación de bienes y derechos o incluso intereses patrimoniales legítimos aun no garantizados como derechos subjetivos (por ejemplo, las situaciones en precario); pero en ningún caso lo son las expectativas. Más aún, la doctrina jurídica y la jurisprudencia consideran, casi unánimemente, que sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales o futuros”. De ello se deduce que la norma cuestionada “resulta acorde con el art. 33 CE en la medida en que su aplicación no ha supuesto la expropiación de derechos patrimoniales consolidados”, pues “de lo que se ha privado a los pensionistas es de una expectativa, pero no de un derecho actual consolidado, por lo que esa privación no es expropiatoria”.

²²⁸ DOMÉNECH PASCUAL, *InDret*, 2012a, p. 15.

rios, la medida es expropiatoria; por el contrario, si no hay beneficiario concreto, no hay deber de indemnizar.

Pero el criterio resulta poco preciso por varios motivos. No explica, por ejemplo, por qué tiene carácter expropiatorio una medida que tiene como finalidad la protección del medio ambiente, del paisaje o del patrimonio histórico-artístico, cuando no existen concretos beneficiarios. Además, todos los actos administrativos (art. 103.1 CE) y legislativos deben encaminarse al interés general²²⁹.

7) La vulneración del principio de protección de la confianza. El Tribunal Supremo ha acudido en ocasiones²³⁰ a valorar la previsibilidad de la medida adoptada como parámetro para calificar la medida como expropiatoria. Si la medida afecta a la confianza que podían razonablemente ostentar los titulares en el mantenimiento de una determinada situación, o si la medida, sorpresiva e imprevisible, frustra inversiones efectuadas presuponiendo el mantenimiento de cierta situación jurídica, surge el deber de indemnizar, dado su calificación como expropiatoria²³¹.

Pero, una vez más, el criterio evidencia un alto grado de imprecisión. ¿Qué grado de confianza merece ser protegido? ¿Cuál es el nivel de sorpresa e imprevisibilidad de una medida que desencadena la indemnización?

8) El carácter nocivo de la actividad cuyo ejercicio se limita. No supone expropiación y, por tanto, no cabe indemnización, la medida que limita o restringe una actividad que se considera nociva de conformidad con los valores sociales imperantes. Piénsese, por ejemplo, en las prohibiciones de venta de productos que son perjudiciales para la salud.

Pero este criterio resulta demasiado estrecho y no proporciona una pauta para la mayoría de casos: hay muchas medidas que se adoptan sin que repercutan en actividades manifiestamente perjudiciales para la comunidad. Solo puede tener alcance general si se efectúa una lectura muy amplia del carácter nocivo de la actividad, pero, de procederse de ese modo, pierde buena parte de su utilidad.

9) Recapitulación.

La conclusión que se desprende de la exposición de los distintos criterios tendentes a diferenciar la delimitación y la expropiación es la imposibilidad de atender a uno solo de ellos como elemento fundamental. Esta constatación explica que la doctrina y la

²²⁹ DOMÉNECH PASCUAL, *InDret*, 2012a, p. 17.

²³⁰ Aunque no siempre mantiene un criterio coherente: ejemplos en DOMÉNECH PASCUAL, *InDret*, 2012a, pp. 18-20.

²³¹ El alcance de este criterio se mitiga con la inclusión de medidas transitorias y compensatorias.

jurisprudencia recurran con frecuencia, y siempre en función de las concretas circunstancias del caso, a una combinación de criterios que les permitan confirmar su planteamiento o reforzar su decisión²³². El peligro, naturalmente, estriba en que de este modo se validen soluciones intuitivas, invirtiendo el proceso razonable de argumentación jurídica.

Es, por lo demás, evidente que ni siquiera hay acuerdo en torno a los ingredientes de la combinación. No se puede anticipar cuáles, y por qué, serán los factores a los que se dará relevancia ante una determinada situación. Y todo ello genera una considerable inseguridad²³³.

Acaso de forma intuitiva, la jurisprudencia recurre para diferenciar entre expropiación y delimitación a un elemento que es absolutamente impropio de esa polémica²³⁴. La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece en su art. 32.1 el derecho de los particulares «a ser indemnizados [...] de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley». De este modo, se enumeran los requisitos de la responsabilidad patrimonial administrativa y, entre ellos, destaca el, no siempre bien comprendido, «deber jurídico de soportar el daño». Da la sensación de que, de manera subyacente, los tribunales valoran si determinada intervención en un derecho de propiedad tiene o no que ser soportada por el titular. Si se considera que la intervención excede de lo que razonablemente debe soportar el titular del derecho, será expropiación, y habrá lugar a la indemnización. Si se considera que esa intervención no excede de lo que razonablemente debe soportar el titular del derecho, será delimitación, y no será compensado²³⁵.

²³² El problema también se constataba en el Derecho alemán (PAREJO ALFONSO, 1978a, pp. 260 y ss.; y 1978b, pp. 541 y ss.). Como decía NIETO (*RAP*, 1962, pp. 85-86) «[e]l verdadero método ha de consistir, pues, en ofrecer un repertorio de puntos de vista, lo más precisos posibles, que ha de tenerse en cuenta en el momento de analizar cada caso concreto, y aceptar resignadamente la imprecisión última que de este método ha de derivarse». Por ello, los criterios expuestos son de aplicación, «si bien no como criterios esenciales, y por tanto únicos, sino como simples puntos de vista que pueden tenerse en cuenta en cada caso concreto». La conclusión de GUILLOFF TITUN (*EC*, 2019, p. 289) es más rotunda: no cabe identificar un test o un algoritmo que permita saber cuándo una intervención afecta de tal modo al derecho de propiedad privada que requiere una compensación económica; solo cabe una solución casuista que pondere los intereses en juego.

²³³ En este sentido, DOMÉNECH PASCUAL, *InDret*, 2012a, p. 21.

²³⁴ Sobre la relación entre delimitación, expropiación y responsabilidad patrimonial, MIR PUIGPELAT, 2002, pp. 72 y ss.

²³⁵ Esta intuición se confirma si se tiene en cuenta la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, que ha considerado que las declaraciones

B. El criterio económico.

Se ha propuesto²³⁶ una nueva perspectiva para tratar de deslindar expropiación y delimitación. Y se hace recurriendo a un enfoque económico: hay expropiación cuando los beneficios sociales de indemnizar la restricción de un derecho superan a sus costes sociales, es decir, cuando los costes que a la comunidad le supone no pagar el justiprecio exceden los beneficios que obtendría si se lo ahorrara; de lo contrario, se tratará de una delimitación de la propiedad no indemnizable.

En todo caso, la decisión de intervenir siempre se debe basar en que los beneficios sociales superan los costes sociales. Por ello, para un legislador que quiera actuar con racionalidad económica, tanto en el caso de delimitación como en el de expropiación, los beneficios sociales exceden a los costes sociales. Una vez tomada la decisión de intervenir, la consideración de la actuación como delimitación o como expropiación dependerá de los costes y beneficios sociales asociados, en su caso, a la indemnización.

Lógicamente, este criterio exige identificar cuáles pueden ser esos beneficios y costes sociales²³⁷. Entre los beneficios sociales de indemnizar, se encuentran a) el aseguramiento del riesgo de sufrir privaciones por causas de interés público; b) el estímulo a la realización de actividades socialmente valiosas; c) la reducción del riesgo de que los ciudadanos desarrollen actividades socialmente perjudiciales con el fin de evitar el sacrificio de sus derechos; d) la mitigación del riesgo de que las autoridades públicas coaccionen a ciertos propietarios con la amenaza de la confiscación; y e) la enervación del riesgo de que los poderes públicos adopten medidas ablatorias ineficientes, que sean perjudiciales para los intereses generales. Entre los costes sociales de indemnizar, se identifican los siguientes: a) los costes derivados del aumento de la presión fiscal; b) los costes derivados de la calificación de una medida como expropiatoria o delimitadora; c) los costes derivados de la determinación del justiprecio; d) el peligro de sobreinversión; e) el riesgo de estimular actividades anormalmente peligrosas; f) el riesgo de inhibir actuaciones estatales de interés público; y g) con más

legislativas de espacios naturales protegidos son supuestos de delimitación (y, por tanto, no indemnizables), pero a la vez apuntaban la posible responsabilidad patrimonial. En principio, esa responsabilidad debería excluirse por concurrir un deber jurídico de soportar el daño, pero lo cierto es que en algunas ocasiones sí se ha admitido por esta vía la indemnizabilidad del perjuicio: MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *JARDA*, 2008, pp. 47-48; y DOMÉNECH PASCUAL, *InDret*, 2012a, pp. 17-20.

²³⁶ DOMÉNECH PASCUAL, *InDret*, 2012a, pp. 22 y ss.

²³⁷ Para una exposición más detallada, es imprescindible DOMÉNECH PASCUAL, *InDret*, 2012a, pp. 23 y ss.; y, más sintéticamente, *RAAP*, 2012b, pp. 280 y ss.

dudas, el incremento del riesgo de aprobación de proyectos socialmente beneficiosos²³⁸.

La primera cuestión que se plantea ante el análisis de este interesante enfoque es el de su aplicación práctica. Más allá de su formulación literaria, su eficacia como criterio decisor depende de la ponderación de una serie de factores de concreción cuantitativa extremadamente difícil. Y, si no se pueden cuantificar correctamente los costes y los beneficios sociales, la efectividad de este criterio se reduce. El recurso a un criterio que pone el acento de modo casi exclusivo en una valoración social resulta muy poco operativo y esa dificultad puede conducir a su inutilidad.

Además, otro de los problemas de la adopción de un criterio basado en los costes y los beneficios sociales de una determinada medida estriba en que implica un sensible cambio en la trascendencia de la decisión: no se trata de cómo afecta esa medida al titular del derecho, sino de cómo afecta a la colectividad. Pero el derecho de propiedad privada tiene un componente individual que no se puede desconocer. Lo relevante es la pérdida de utilidad privada que cierta medida supone para el titular.

Conviene también tener en cuenta la necesaria diferencia que media entre la existencia de una medida expropiatoria y la determinación de la cuantía de la indemnización. Son dos problemas que teóricamente pueden distinguirse, pero que, a veces, se presentan de forma combinada. Primeramente, hay que verificar si la medida es expropiatoria o delimitadora, aplicando el criterio que se considere más adecuado; y si se ha calificado como expropiatoria, a continuación se debe cuantificar el importe de la indemnización. Hay criterios que son útiles para valorar si se trata de una expropiación o una delimitación, pero otros tienen su principal proyección en la cuantificación de la compensación.

La relación entre delimitación del contenido y expropiación de un derecho debe partir de una diferencia transcendental. La delimitación puede tener un alcance muy diverso, mientras que, en nuestro sistema, la expropiación se conecta con la existencia de una privación de bienes y derechos (art. 33.3 CE). Delimitar puede significar, fundamentalmente, una reducción o una ampliación del contenido del derecho, o una fijación de condiciones para su ejercicio. Delimitar supone precisar los límites del derecho²³⁹. Expropiar

²³⁸ Aunque la discusión acerca de la delimitación o de la expropiación se plantee en términos jurídicos, esta perspectiva económica puede ser especialmente adecuada para reforzar una línea argumentativa.

²³⁹ Como señala MUÑOZ MACHADO (2015, p. 192), «[l]as operaciones de delimitación, esto es, de fijación del contenido ordinario de cada derecho, no concluyen, sin embargo, en la regulación legal, sino que se completan a través de actuaciones de la propia

implica, en lo sustancial, una privación de lo que hasta ese momento ostentaba una persona. Como dice la doctrina más autorizada²⁴⁰,

«[p]rivación supone un ataque [...] y una sustracción positiva [...] de un contenido patrimonial de cuya integridad previa se parte. La “privación”, por eso, adviene ad extra, es, en el genuino sentido de la expresión, un despojo»²⁴¹.

Por ello, es evidente que cuando la delimitación significa ampliación de las facultades o derechos que hasta ese momento ostentaba el titular no puede hablarse en modo alguno de expropiación. Y, por el contrario, cuando la delimitación supone privación de parte del contenido de un derecho que se ostentaba, la delimitación equivale a expropiación. La duda puede surgir cuando la medida consiste, básicamente, en la previsión de condiciones que hasta ese momento no existían: en tales casos, habrá que decir que la medida tiene carácter expropiatorio si supone en lo sustancial una privación de facultades hasta entonces existentes.

Consecuentemente, la diferencia entre delimitación y expropiación opera de modo completamente distinto en función del derecho al que se refiere. Si la medida crea un nuevo derecho (atribución de derechos *ex novo*), hasta entonces inexistente, la delimitación de ese derecho, sea cual sea, no tiene nunca carácter expropiatorio (delimitación originaria²⁴²). En cambio, si la medida se predica de un derecho ya existente, es imprescindible valorar el concreto contenido de la medida y su incidencia en el conjunto de facultades previamente reconocido al titular. La diferencia radica, por tanto, en si la medida afecta a una situación jurídica previa²⁴³.

Administración que usa, a tal efecto, las potestades de que ordinariamente dispone, principalmente de carácter normativo o ejecutivo, es decir, a través de reglamentos y actos».

²⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2017.

²⁴¹ Subrayaba Díez-PICAZO (*RDU*, 1971, p. 19) que «los “límites” son más bien las líneas o las coordenadas con las cuales la ley define el “contenido normal de la propiedad”. En el fondo, es una cuestión de perspectiva y de relativismo histórico. Una propiedad resulta “limitada” por comparación o en relación con otra históricamente anterior o contemporánea, pero considerada como ideal o paradigmática [...] Partiendo de un derecho absoluto, del más absoluto de todos, solo pueden existir limitaciones. Partiendo de infinito sólo existen sustracciones. Partiendo en cambio de cero, el problema cambia por completo de sentido».

²⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2017.

²⁴³ Pero CARRASCO PERERA (1986, pp. 422-423) considera que la legislación del suelo no puede abordarse como una relación entre preexistencia y limitación del derecho: «[e]stamos ante la atribución de contenidos positivos de aprovechamiento, no ante restricciones de facultades previamente existentes en el dominio».

4. PREFERENCIA ENTRE DELIMITACIÓN Y EXPROPIACIÓN

Los ecos del test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto) pueden llevarnos a pensar que entre una medida delimitadora y una medida expropiatoria siempre deba ser preferida la delimitación. Se puede pensar, desde esta perspectiva, que el propietario sufrirá menor afección en sus intereses si su propiedad se delimita, en lugar de ser expropiada.

En mi opinión, pueden compartirse las dudas de cierta doctrina²⁴⁴ en el sentido de que, tomando en consideración la posición del propietario afectado en sus intereses económicos, no siempre será menos limitativa la imposición de cargas u obligaciones derivadas de la función social que la simple expropiación:

«Una propiedad muy gravada puede ser, en ocasiones, económicamente peor que una propiedad expropiada, si se permite el juego de palabras».

La eventual preferencia de las medidas delimitadoras frente a las expropiatorias podía tener (aparentemente) sentido cuando aquellas consistían fundamentalmente en prohibiciones o límites al propietario: acaso podía pensarse que era preferible una propiedad limitada que una no propiedad (en realidad, el equivalente económico de la propiedad). Pero cuando se trata de la imposición de deberes al propietario, nos encontramos además ante una cuestión de posibles costes impuestos al propietario, y en tal caso la comparación se establece (aparentemente, de nuevo) de otro modo: entre una propiedad menos el coste de las medidas delimitadoras, y una propiedad sin esas medidas.

Hay, además, como ya se ha apuntado, otro problema. Si el propietario pudiera tener la seguridad de que, tras una concreta delimitación, su derecho ya no se vería alterado, podría comparar el valor (presente y futuro) de su propiedad antes y después de esa primera delimitación. Pero si el propietario teme que el contenido de su propiedad puede verse progresivamente delimitado hasta llegar a quedar reducido a una titularidad residual, los incentivos para no ser expropiado cuanto antes disminuyen: de hecho, lo que sucede es que al propietario le interesa una expropiación cuando su pro-

²⁴⁴ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, pp. 1162-1163.

piEDAD tiene mayor valor, esto es, antes de que haya delimitado al amparo de la función social²⁴⁵.

Con agudeza, la doctrina administrativista ya abordaba de forma similar el problema hace más de treinta años²⁴⁶:

«[D]e no establecerse algún límite a estas configuraciones legales, poco a poco, la propiedad puede aparecer como la margarita que el legislador deshoja, dejando en las manos del titular sólo el tallo de la flor y la espina del pago de los impuestos que toda titularidad en mayor o menor medida comporta.

En cualquier caso, no es posible aceptar que la propiedad, en su manifestación más típica, como es la propiedad sobre bienes inmuebles, pueda ser saqueada una y otra vez, indefinidamente por uno u otro concepto, privándose ayer del subsuelo minero, otro día del derecho a edificar, después de la posibilidad de cultivar determinados productos, más adelante de las aguas subterráneas, a lo que habría que sumar la imposición de deberes positivos de hacer bajo amenaza de expropiación, soportar impuestos directos y toda clase de servidumbre y limitaciones no indemnizables. Siendo, en principio, todas esas actuaciones aisladamente legítimas habrá que pensar que existe un tope cuantitativo, de forma que pese a la suma de todas estas configuraciones, limitaciones y gravámenes exista siempre respecto de cada concreta propiedad un último aprovechamiento inatacable o indemnizable que justifique en términos económicos el interés del titular por el bien en cuestión de forma que alejen la propiedad de la imagen del animal disecado, que tiene la apariencia de los vivos, pero al que se ha privado de todas sus vísceras y facultades».

VI. UNA CONCLUSIÓN MELANCÓLICA

A pesar de su reconocimiento constitucional, el derecho a la propiedad privada ha experimentado un evidente vaciamiento, a través de su función social. 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 priva-

²⁴⁵ Hay un ejemplo que resulta en este punto especialmente gráfico: el caso de la rana y el caldero (también descrito como el síndrome de la rana hervida). La historia, que fue apuntada en un reciente libro de un escritor franco-suizo (Olivier Clerc: *La rana que no sabía que estaba hervida... y otras lecciones de vida*, Maeva, Madrid, 2008) y que se reputa científicamente falsa, compara dos situaciones. Si introducimos de repente una rana en una cazuela con agua hirviendo, la rana saltará alejándose del agua. Pero si introducimos una rana en una cazuela con agua fría, que progresiva y lentamente llevamos a ebullición, la rana no se dará cuenta del peligro y se mantendrá en el agua hasta su cocción y muerte.

²⁴⁶ PARADA, DA, 1990, pp. 48-49.

ción del derecho se considera admisible. La propiedad privada puede acabar identificada con una mera titularidad, que no necesariamente proporcione utilidad individual al propietario.

En el Voto Particular²⁴⁷ a la STC 6/1991, de 15 de enero, se recuerda que la propiedad privada «ocupa un lugar central en el orden económico-social español, idéntico en esto al de los demás Estados de la Comunidad Económica Europea»²⁴⁸. En ocasiones, parece que esta constatación, pese a su obviedad, se olvida.

Los juristas no podemos cerrar los ojos a las consecuencias de las decisiones legislativas. Por ello, no está de más recordar que, como apunta la doctrina económica²⁴⁹:

«El derecho de propiedad sufre [en España] 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 [...] Confirma esta evolución negativa el informe anual del Instituto de Estudios Económicos que, sobre la base del Índice Internacional de Derechos de Propiedad elaborado por la Property Rights Alliance (IIDP), afirma que: «La puntuación obtenida por España en la clasificación del IIDP resulta decepcionante, puesto que figuramos en la zona baja del ranking (posición 26 sobre 37) y nos situamos lejos de los países de referencia en materia de protección de los derechos de propiedad. [...] España recibe apenas 91,7 puntos sobre 100 en el IIDP 2020, 8,3 puntos porcentuales (p.p.) por debajo del promedio observado en la OCDE y 6,8 p.p. por debajo de la nota media que reciben los países de la UE pertenecientes a la OCDE...».

Nuestros legisladores no parecen conscientes de la necesidad de que las instituciones faciliten los procesos productivos y desincentiven los procesos puramente extractivos. Y para conseguir ese resultado las instituciones deben proteger los derechos de propiedad y reducir los costes de transacción para facilitar el intercambio, lo que también se logra mediante una mejor definición de los derechos de propiedad. Con frecuencia se olvida, cuando los países alcanzan cierto grado de desarrollo, que la seguridad del derecho de propiedad es condición necesaria para la prosperidad económica.

Éste es el escenario ante el que nos encontramos. La propiedad privada constituye una pieza fundamental de nuestro sistema jurídico y económico, y debemos ser absolutamente conscientes de esa

²⁴⁷ Formulado por los Magistrados don Francisco Rubio Llorente y don José Gabaldón López.

²⁴⁸ LÓPEZ Y LÓPEZ (*TyD*, 2020, p. 118; y *CDL*, 2022, pp. 19-20) pone de manifiesto, sin embargo, cómo ese papel se ha visto reducido en beneficio de la empresa. *Vid.* también RODOTÀ, 1986, pp. 141 y ss.

²⁴⁹ ARRUÑADA, 2021, pp. 54-55.

relevancia antes de plantearnos cualquier tipo de intervención en su diseño. Esas medidas no son un juego de suma cero. Sus repercusiones van mucho más allá de las concretas pérdidas que puede sufrir un concreto propietario. Sus externalidades son manifiestas, en especial en el plano de la seguridad jurídica. La mejor función social que se le puede asignar a la propiedad es la protección de la propiedad.

VII. ANEXO: FRAGMENTOS DE UNA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Puede compartirse la opinión que destaca que el núcleo de la doctrina constitucional sobre el art. 33 CE se ha generado a partir de una temprana jurisprudencia (elaborada en el caso de la Ley andaluza de reforma agraria y los asuntos Rumasa)²⁵⁰ y que se ha vivido de esa jurisprudencia sin dar posteriormente demasiados pasos relevantes²⁵¹. Hay que añadir que esa formulación se planteó en unos términos tan generales y abstractos que ha servido para justificar posteriores decisiones del Tribunal Constitucional de alcance no siempre concordante.

No son pocas las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la propiedad privada, su función social y la garantía expropiatoria²⁵², pero su doctrina acaba siempre refiriéndose al *leading case*²⁵³. Tanto respecto a la función social como al contenido esencial del derecho de propiedad privada, hay un exceso de literatura y deliberada falta de precisión en la jurisprudencia constitucional. Es probable que ello se deba al nivel de abstracción que se plantea en los recursos de inconstitucionalidad frente a los recursos de amparo. Aunque se trate de un análisis necesariamente casuístico, lo que importa es determinar si una medida es adecuada desde la función social de la propiedad y si afecta o no al contenido

²⁵⁰ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1149.

²⁵¹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2018a, p. 1150. BARCELONA LLOP (2013, p. 11) subraya, en cambio, que «la jurisprudencia de Estrasburgo ha llevado a cabo una auténtica “relectura” del art. 1 del Protocolo Adicional, hasta el punto de conferirle un significado distante de su formulación textual».

²⁵² Una clasificación en REY MARTÍNEZ, *DPyC*, 1994b, pp. 173-174; y 2005, pp. 198-199.

²⁵³ Una adecuada síntesis de la evolución de la jurisprudencia constitucional en SIMÓN MORENO, *DPyC*, 2023, pp. 150 y ss.

esencial del derecho. Y para ello, posiblemente la mejor fórmula hubiera sido recurrir al juicio de proporcionalidad frente al criterio de razonabilidad, abrazado en este punto injustificadamente por el Tribunal Constitucional²⁵⁴.

2. UNA VALORACIÓN GENERAL DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD

La lectura de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el art. 33 CE conduce a una conclusión bastante evidente²⁵⁵: en los casos en que el Tribunal Constitucional ha entrado en el fondo del asunto, ha mantenido, por lo general, una interpretación extraordinariamente favorable a la delimitación legislativa del derecho de propiedad a través de la función social²⁵⁶. Ha avalado, pues, las decisiones legislativas tendentes a la limitación de las facultades de los propietarios y lo ha hecho, además, potenciando su consideración como delimitación antes que como expropiación²⁵⁷.

²⁵⁴ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2018b) sugiere que «hubiera sido preferible el mantenimiento del más elaborado examen de la proporcionalidad, aunque se aceptara que en materia de regulaciones de contenido patrimonial el control de la medida legislativa por parte del Tribunal Constitucional en el segundo y tercer escalón del examen tuviera una intensidad limitada, menos estricta y más deferente con el legislador, que para otros derechos fundamentales. Esa menor intensidad del control podría ser fácilmente justificable (entre otras razones relativas a la neutralidad constitucional sobre las políticas económicas) con el argumento de que el Tribunal Constitucional no se encuentra en una adecuada posición institucional para realizar los juicios comparativos sobre los efectos fácticos previsibles de medidas político-económicas que requieren el análisis de la necesidad (hay una medida menos limitativa con la misma eficacia) y el de la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto (los efectos sobre el interés general compensan los de la limitación en el derecho)».

²⁵⁵ No deja de llamar la atención que una época que se caracteriza por una insólita ampliación de derechos de la persona sea la época en que las restricciones al derecho de la propiedad privada alcancen mayor intensidad y extensión.

²⁵⁶ BAÑO LEÓN (2008, p. 1794) considera, acertadamente, que «[c]omo la función social del derecho de propiedad justifica a priori cualquier limitación y como resulta prácticamente imposible establecer en un juicio abstracto de inconstitucionalidad la desproporción de una obligación o de una limitación, el resultado es que la garantía constitucional de la propiedad –excluida la garantía expropiatoria– se reduce prácticamente a cero». Y, por ello, cabe plantearse, como hace MESSÍA DE LA CERDA (*RCDI*, 2020, p. 3446), si la interpretación sostenida por el Tribunal Constitucional se corresponde con la intención del constituyente o si se puede deducir del texto constitucional.

²⁵⁷ Como decía REY MARTÍNEZ (2005, p. 196; ampliamente sobre la configuración de la propiedad privada como derecho fundamental, REY MARTÍNEZ, 1994a, pp. 141 y ss.; y 196 y ss.), a «consecuencia de una comprensión tal vez excesivamente poderosa de la idea de función social, el derecho de propiedad del art. 33 CE no sería, en rigor, un derecho fundamental, sino, a lo sumo, una simple especificación en el ámbito del derecho patrimonial del principio de legalidad de la actividad administrativa, pues su reconocimiento constitucional no tendría más efecto que el de una remisión al legislador ordinario para que éste determine por entero el estatuto jurídico correspondiente a cada tipo de bien con atención

¿Cuáles son las razones que explican esta tendencia del Tribunal Constitucional? La doctrina²⁵⁸ ha apuntado dos causas principales, una concreta y otra general. La causa concreta se encuentra en el precedente determinado por las resoluciones relativas al asunto de la expropiación del grupo de empresas Rumasa²⁵⁹. Al sostener el Tribunal Constitucional la adecuación a la Constitución de tan rigurosa medida, hipotecó, en gran medida, su línea jurisprudencial posterior. La causa general se localiza en

«el arraigo que en la cultura jurídica española posee la concepción de la propiedad, típicamente 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».

También se ha destacado²⁶⁰, como ya se ha apuntado, que la exclusión del recurso de amparo ha supuesto que el Tribunal Constitucional se haya limitado a un control puramente abstracto de la constitucionalidad de las normas, en el que resulta extraordinariamente difícil, por no decir prácticamente imposible, considerar inconstitucional una regulación; y que además dificulta la evolución jurisprudencial.

Hay, además, una causa adicional, cercana a lo que se denomina «efecto trinquete»²⁶¹. El progresivo debilitamiento de la propiedad privada es un camino de sentido único. No hay por ahora vuelta atrás en la delimitación de facultades del propietario²⁶². Una vez

preferente a su utilidad social [...], y, desde luego, no tendría apenas contenido *ex Constitutione* oponible frente a los poderes públicos. De hecho, en ninguno de los recursos que ha resuelto sobre esta materia, el Tribunal Constitucional ha estimado hasta ahora que se haya violado el derecho de propiedad». Téngase en cuenta la fecha de esa opinión, porque la STC 48/2005, de 3 de marzo que resolvía una cuestión de inconstitucionalidad relativa a la Ley canaria 2/1992, de 26 de junio, sobre declaración de utilidad pública de la expropiación forzosa de varios edificios, apuntaba (aunque para un supuesto muy particular) a un cierto cambio de criterio: *vid.* REY MARTÍNEZ, *PyD*, 2006, p. 965; y *TyRC*, 2007, pp. 398 y ss., aunque la considere más «anecdótica» que «epocal» (REY MARTÍNEZ, *TyRC*, 2007, p. 401). *vid.* también BAÑO LEÓN, 2008, p. 1781.

²⁵⁸ REY MARTÍNEZ, 2005, p. 196; *PyD*, 2006, pp. 961-962; y *TyRC*, 2007, pp. 400-401.

²⁵⁹ También alude REY MARTÍNEZ (1994a, p. xxxv; y *DPyC*, 1994b, p. 172) al «síndrome Rumasa» que incide en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

²⁶⁰ BAÑO LEÓN, 2008, pp. 1781 y ss. También subraya BAÑO LEÓN (2008, p. 1784) que «la perspectiva del caso concreto que es prototípica del recurso de amparo mejora notablemente la interpretación constitucional, mientras que la perspectiva de un recurso abstracto de inconstitucionalidad o de una cuestión de inconstitucionalidad es mucho más pobre porque solo permite el contraste entre la norma y la Constitución, pero no autoriza, en absoluto, la recreación de la norma constitucional a través del análisis de los hechos del caso en concreto, que son siempre el nervio de la interpretación jurídica».

²⁶¹ Un trinquete es un «[g]arfo que resbala sobre los dientes de una rueda, para impedir que esta se vuelva hacia atrás». Disponible en: <https://dle.rae.es/trinquete>

²⁶² El único ámbito donde se han constatado ciertas idas y venidas es la legislación arrendaticia.

se ha admitido como constitucionalmente adecuada cierta delimitación, no se plantea la posibilidad de que el propietario recupere esas facultades, sino que, en su caso, lo que se atisbará es una nueva delimitación de sus menguantes facultades. La función social opera en cada ocasión sobre el contenido actual del derecho de propiedad privada: si, aceptada constitucionalmente una delimitación, se produce con posterioridad una ulterior delimitación, esta ya no toma como referencia el contenido inicial, sino el contenido previamente delimitado, y así sucesivamente. El único límite a este procedimiento se localiza en el (impreciso) contenido esencial del derecho de propiedad.

3. EL *LEADING CASE*: IMPOSICIÓN DE DEBERES POSITIVOS A LOS PROPIETARIOS DE TIERRAS RÚSTICAS Y EXPROPIACIÓN DE LAS FACULTADES DE USO Y DISFRUTE

Como es sabido, la resolución fundamental en esta materia es la STC 37/1987, de 26 de marzo, relativa a la constitucionalidad de la Ley andaluza 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria. No deja de ser significativo que, pese a la frecuencia con la que se apela a la función social, el *leading case* continúe siendo una sentencia con más de treinta y cinco años de antigüedad. Lo anterior puede ser interpretado de múltiples formas: por ejemplo, cabe entender que esa pervivencia es lógica en la medida que la función social de la propiedad no ha experimentado cambios de nota²⁶³; pero también cabe pensar en que sí se han introducido matices a esa doctrina, pero de modo soterrado y sin manifestar su alejamiento de los criterios sentados en 1987.

¿Qué es lo que dice la STC 37/1987, de 26 de marzo, en cuanto a la función social de la propiedad? El recurso de inconstitucionalidad subrayaba que la regulación andaluza afectaba al contenido esencial del derecho de propiedad (art. 53.1 CE), por lo que el Tribunal Constitucional tuvo que entrar a determinar qué debía entenderse por ese contenido esencial²⁶⁴.

²⁶³ En la valoración de su doctrina no puede ignorarse que el Tribunal Constitucional español no había asumido plenamente la transcendencia del juicio de proporcionalidad: *vid.* BARNÉS VÁZQUEZ, *RAP*, 1994, pp. 531-534.

²⁶⁴ Según GARCÍA DE ENTERRÍA (*RAP*, 1996, p. 134), «[e]n términos generales, nada tenemos que objetar a estos conceptos en sí mismos, salvo quizá su tendencia implícita a intentar desvalorizar lo que el derecho de propiedad como derecho fundamental es en su misma esencia, una titularidad subjetiva plena y no una concesión, como han tendido a verlo ciertas posiciones socialistas genuinas, presentes en nuestro Derecho, por cierto, durante toda la época franquista, como contrapeso teórico de sus contenidos autocráticos más visibles».

El Tribunal Constitucional recurre a sus propios precedentes y reproduce la doctrina establecida en la STC 11/1981, de 8 de abril, a propósito del Real Decreto-Ley 17/77, de 4 de marzo de dicho año, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo. En aquella Sentencia, el Tribunal Constitucional acudió a un doble criterio que el mismo Tribunal Constitucional se apresuraba a considerar no contradictorio ni incompatible.

Por un lado, la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo –y, por tanto, también de los derechos fundamentales de las personas– viene marcada en cada caso por el elenco de

«facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales».

Y, por otro lado, el contenido esencial se identifica con

«aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».

Aunque la STC 37/1987, de 26 de marzo, no lo recuerde, la STC 11/1981, de 8 de abril, era más explícita y señalaba que:

a) El primer criterio se conectaba con

«la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el «nomen» y el alcance de un derecho subjetivo²⁶⁵ son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar

²⁶⁵ No deja de ser paradójico que, como es bien sabido, la propia teoría del derecho subjetivo haya sido elaborada tomando como paradigma la concepción clásica de la propiedad privada: por todos, COLINA GAREA, 1997, pp. 175 y ss. Por ello, MONTÉS (1980, p. 37) o LÓPEZ Y LÓPEZ (1988, p. 60; y ADC, 1998, p. 1640) la califican como «el derecho subjetivo por excelencia».

de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo».

b) El segundo criterio, por el contrario, consistía en

«tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos».

Y añadía la STC 11/1981, de 8 de abril, que:

«Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por “contenido esencial” de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse».

Trasladando ese planteamiento al derecho de propiedad, la determinación de su contenido esencial ha de decidir la medida en que cierta normativa permite que

«[...] las situaciones de derecho que allí se regulan puedan ser reconocidas como un derecho de huelga [propiedad] en el sentido que actualmente se atribuye con carácter general a esta expresión, decidiendo al mismo tiempo si con las normas en cuestión se garantiza suficientemente la debida protección de los intereses que a través del otorgamiento de un derecho de huelga [propiedad] se trata de satisfacer»²⁶⁶.

En la STC 37/1987, de 26 de marzo, el enfoque es algo distinto. El Tribunal Constitucional valora conjuntamente los tres apartados del art. 33 CE, puesto que «no pueden ser artificiosamente separados». Para el Tribunal Constitucional, esos tres apartados

«[...] revelan la naturaleza del derecho a la propiedad en su formulación constitucional. Se trata de un derecho reconocido, como ha declarado este Tribunal en la Sentencia 111/1983 (fundamento jurídico 8.º) [Caso Rumasa], desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual, siendo, desde este último punto de

²⁶⁶ Para LÓPEZ Y LÓPEZ (1988, p. 44; y ADC, 1998, p. 1641), «más que una definición de lo que sea “contenido esencial”, lo que indica el Tribunal Constitucional es una serie de indicativos metodológicos para apreciar la esencialidad, “caso por caso”. Son criterios para la determinación de la “esencialidad” del “contenido”, según el supuesto [...] La doctrina del “contenido esencial” [...] no es apta para definir el derecho de propiedad (ni ningún otro); es más, presupone un concepto tipo, que “no” suministra, “sino requiere”».

vista, un derecho subjetivo que «cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad... legitima la expropiación»²⁶⁷.

Y, entonces, entra, aparentemente, en materia el Tribunal Constitucional:

«[...] [L]a referencia a la “función social” como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, 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.

Al filo de esta perspectiva, que es la adoptada por la Constitución, resulta oportuno hacer notar que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablatorias en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho hoy generalmente admitido. Pues, en efecto, esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y, por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la

²⁶⁷ La STC 111/1983, de 2 de diciembre, decía, en concreto, que el art. 33 CE «contiene una doble garantía de tal derecho, ya que se reconoce desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual, esto es, como un derecho subjetivo, debilitado, sin embargo, por cuanto cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad, concretado en el art. 33.3 por la referencia a los conceptos de utilidad pública o interés social, legitima la expropiación». Obsérvese cómo el Tribunal Constitucional ha suprimido esa referencia al debilitamiento del derecho de propiedad.

imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito. Por otra parte, no cabe olvidar que la incorporación de tales exigencias a la definición misma del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados por la propia Constitución, y de cuya eficacia normativa no es posible sustraerse a la hora de pronunciarnos sobre la vulneración o no por la Ley impugnada del contenido esencial o mínimo del derecho a la propiedad agraria que ésta delimita y regula. En este orden de cosas, hay que recordar: que el art. 128.1 CE subordina toda la riqueza del país, “en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad”, al interés general; que el art. 40 impone a todos los poderes públicos la obligación de promover “las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa”, así como realizar una política orientada al pleno empleo; que el art. 45 ordena a los poderes públicos para que velen “por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”; o que, finalmente, el art. 130 exige asimismo de los poderes públicos que atiendan a la “modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura y la ganadería...”. Es claro, en consecuencia, que, de acuerdo con las Leyes, corresponde a los poderes públicos competentes en cada caso delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes.

Es cierto, en cualquier caso, que la traducción institucional de tales exigencias colectivas no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho y que, por tanto, la definición de la propiedad que en cada caso se infiera de las Leyes o de las medidas adoptadas en virtud de las mismas, puede y debe ser controlada por este Tribunal Constitucional o por los órganos judiciales, en el ámbito de sus respectivas competencias. Pero, de nuevo en este supuesto, la referencia a que ha de atender el control jurídico por una u otra jurisdicción habrá de buscarse en el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable.

Como corolario de estas reflexiones iniciales, que juzgamos imprescindibles para situar la impugnación planteada en su verdadera perspectiva constitucional, no es ocioso añadir ahora 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 una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 CC[...]

Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae.

En lo que concierne a la restricción o modalización de las facultades dominicales e imposición de deberes positivos al titular, la transformación antes dicha ha afectado de una manera más intensa a la propiedad inmobiliaria, tanto a la que recae sobre suelos susceptibles de aprovechamiento urbanístico como a la propiedad de tierras agrícolas o forestales, lo que es fácilmente explicable, entre otras razones, por el carácter no renovable o naturalmente limitado en su extensión de este tipo de bienes y por la trascendencia económica que ofrece como soporte físico de las actividades productivas».

Y, con específica referencia a la propiedad agraria, y a la legislación andaluza, señala el Tribunal Constitucional:

«[...] [N]o hay razón para entender que infrinja dicho contenido esencial, ahora constitucionalmente garantizado, aquella regulación legal que, restringiendo las facultades de decisión del propietario con relación al uso, destino y aprovechamiento de los fundos rústicos, imponga a éste o permita imponerle determinados deberes de explotación y, en su caso, de mejora, orientados a la obtención de una mejor utilización productiva de la tierra, desde el punto de vista de los intereses generales, siempre que quede salvaguardada la rentabilidad del propietario o de la empresa agraria. Y por la misma razón no puede compartirse la tesis de que una regulación de la propiedad rústica que, atendiendo a estos principios, no haga impracticable ni prive de protección a los intereses individuales inherentes al dominio delimitado por su función social sea en sí misma contraria al derecho reconocido en el art. 33 CE, pues tal intervención normativa no entraña una desnaturalización de aquel derecho constitucional que lo haga irreconocible como perteneciente al tipo descrito, tanto desde el punto de vista histórico como por relación al conjunto de intereses que la propiedad privada incorpora como institución jurídica».

Esta es la doctrina que, con claras pretensiones de generalización, sienta el Tribunal Constitucional. Su aplicación concreta, sin embargo, reduce su impacto.

En lo que se refiere a la imposición de deberes positivos a los propietarios de tierras rústicas, dice el Tribunal Constitucional que:

«Resulta, sin embargo, evidente que el art. 33.2 de la propia Constitución flexibiliza la reserva de ley en lo que concierne a la delimitación del contenido de la propiedad privada en virtud de su función social, que debe ciertamente regularse por la Ley, pero también por la Administración “de acuerdo con las Leyes” cuando éstas recaben la colaboración reglamentaria de aquélla. Prohíbe esta concreta reserva de ley toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada por reglamentos independientes o *extra legem*, pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos, remisión inexcusable, por lo demás, cuando, como es el caso arquetípico de la propiedad inmobiliaria, las características naturales del bien objeto de dominio y su propia localización lo hacen susceptible de diferentes utilidades sociales, que pueden y deben traducirse en restricciones y deberes diferenciados para los propietarios y que, como regla general, sólo por vía reglamentaria pueden establecerse».

Y, por lo que respecta a la expropiación de las facultades de uso y disfrute, reconoce el Tribunal Constitucional que

«[c]iertamente no sería constitucional una expropiación que, afectando parcialmente a algunas de las facultades del propietario reconocidas por la Ley, privase en realidad de todo contenido útil al dominio sin una indemnización adecuada a esta privación total del derecho, que puede, desde luego, medirse desde el punto de vista del aprovechamiento económico o rentabilidad de la nuda propiedad o de las facultades que el propietario conserve tras la operación expropiatoria, teniendo siempre en cuenta que tal utilidad individual o tales facultades no pueden ser absolutas e ilimitadas, en razón de las exigencias de la función social de la propiedad. Si así fuera, la tesis de los recurrentes sería también irreprochablemente correcta, pues es claro que la regulación constitucional de la expropiación no supone una negación del derecho de propiedad privada, sino sólo su sacrificio concreto ante la presencia de intereses públicos o sociales superiores, con respeto del contenido económico del derecho sacrificado, que se transforma en el derecho a obtener una indemnización por el valor del bien o derecho del que el titular ha sido forzosamente privado.

Ahora bien, los recurrentes yerran cuando afirman que a priori toda expropiación de las meras facultades de uso y disfrute implica de hecho una expropiación total del dominio, y no resulta convincente tampoco la argumentación aportada para intentar demostrar que es esta expropiación total o plena, sin adecuada indemnización, la que se contiene en la regulación de la expropiación del uso y disfrute establecida por la Ley andaluza recurrida, regulación que, por añadidura, es sustancialmente igual a la prevista en la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables, que sirve de modelo y a la que reenvía en aspectos esenciales el art. 20 de aquélla.

Que la privación de las facultades de uso y disfrute no supone por sí misma una ablación plena de la propiedad, lo demuestra simplemente el hecho de que tales facultades son *domino volente* perfectamente separables de la titularidad del propietario y enajenables a un tercero, sin que por ello pierda aquél su señorío sobre el bien. Por lo demás este tipo de expropiación no plena está reconocido y regulado en nuestro ordenamiento por la vigente Ley de Expropiación Forzosa de 1954, aparte de por otras Leyes especiales, sin que la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia dejen de reconocer y calificar como derecho de propiedad la relación que sigue mediando entre el titular y el objeto, una vez que haya sido privado singularmente aquél de las facultades jurídicas de uso y disfrute.

Por otra parte, este Tribunal no puede compartir la afirmación de que la expropiación del uso regulada en la Ley de Reforma Agraria viene a despojar al propietario de la totalidad de su derecho, en el sentido material de pérdida de toda utilidad económica. El tenor literal del art. 20 desmiente esta tesis. En primer lugar, el arrendamiento forzoso o convenio forestal forzoso con el IARA en que, conforme al art. 20.2 c), consiste este tipo de expropiación, tiene un plazo de duración de doce años transcurrido el cual no se prevé en la Ley, en contra de lo que los recurrentes sostienen, una prórroga indefinida de dicho plazo. Cosa distinta es que eventualmente se pueda producir una nueva expropiación temporal porque el titular reincida en el incumplimiento de la función social de su propiedad. En segundo lugar, el arrendamiento o convenio forzoso genera una contraprestación económica en favor del propietario conforme a unos valores expropiatorios establecidos no en la Ley de Reforma Agraria, sino en la legislación estatal a la que ésta se remite, y que en sí mismos no han sido cuestionados por los recurrentes. En tercer lugar, si bien es cierto que el art. 20.2 c) de la Ley andaluza permite a la Administración autonómica, en ciertos casos, acordar la expropiación plena del dominio durante el período de vigencia del arrendamiento o convenio forzoso, para ello es necesario no sólo que concurra una nueva y excepcional *causa expropriandi*, determinada por la existencia de “graves motivos de orden económico y social”, sino que además esta nueva intervención expropiatoria habrá de comportar la correspondiente indemnización, por lo que no puede afirmarse que las fincas objeto de arrendamiento o convenio forzoso estén sometidas a unas expectativas de expropiación total más intensas que las demás. Cabe añadir, por último, que si al finalizar el período de arrendamiento o convenio forzoso la finca no ha experimentado mejora alguna, que es precisamente la finalidad que la Ley persigue, sino que incluso se han producido daños o lesiones que menoscaben su valor económico, el propietario podrá exigir, en su caso, las oportunas responsabilidades patrimoniales conforme a la legislación general, como se subraya en el escrito del Parlamento de Andalucía. No puede sostenerse, por tanto, que el propietario, sancionado por el incumplimiento de la función social legalmente exigible, se vea privado de

toda utilidad económica durante el tiempo que dure la expropiación del uso y disfrute de sus tierras».

Por consiguiente, en el planteamiento del Tribunal Constitucional la duración temporal del arrendamiento forzoso (doce años), la existencia de contraprestación económica fijada con arreglo a la legislación estatal, la necesidad de que concurra una nueva y excepcional *causa expropriandi* para que se proceda a la expropiación total y la posibilidad de que, bajo determinadas circunstancias, el propietario pueda exigir responsabilidad patrimonial, demuestra que no se priva de toda utilidad económica al titular mientras dura la expropiación del uso y disfrute.

La relevancia de la función social de la propiedad aparece en dos aspectos más, en la medida que se cuestiona la constitucionalidad de la Ley andaluza por vulneración de la competencia estatal exclusiva en materia de legislación civil (art. 149.1.8.^a CE) y para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1.^a CE).

En cuanto a su relación con la legislación civil, el Tribunal Constitucional rechaza la argumentación de los recurrentes:

«En el fondo del mismo [del argumento] subyace una vez más una concepción de la propiedad privada como institución unitaria, regulada en el Código Civil, que sólo admite limitaciones externas a su libre ejercicio en virtud de Leyes especiales. Por el contrario, como se ha expuesto, el derecho a la propiedad privada que la Constitución reconoce y protege tiene una vertiente institucional, precisamente derivada de la función social que cada categoría o tipo de bienes sobre los que se ejerce el señorío dominical está llamado a cumplir, lo que supone, como ya sabemos, la definitiva incorporación del interés general o colectivo junto al puro interés individual del titular en la propia definición de cada derecho de propiedad o, si se prefiere, en la delimitación concreta de su contenido. Como es lógico, esta delimitación no se opera ya sólo en la legislación civil, sino también en aquellas otras Leyes que cuidan principalmente de los intereses públicos a los que se vincula la propiedad privada. Así ocurre en el caso de la propiedad urbana, cuyas Leyes de ordenación están muy lejos de establecer sólo, como los recurrentes pretenden, “medidas de policía concretas”, respetando, como regulación ajena, “la imposición de obligaciones y limitaciones al ejercicio de los derechos dominicales”, sino que, muy al contrario, establecen por sí mismas, o por remisión a los instrumentos normativos del planeamiento, los deberes y límites intrínsecos que configuran la función social de la propiedad del suelo, desde el punto de vista de la ordenación del territorio. Y así ha sucedido y sucede también en el caso de la legislación agraria, cuyos objetivos conducen a una regulación de la propiedad de la tierra destinada a usos agrícolas, que se superpone a la legislación

civil propiamente dicha. Así las cosas, resulta también evidente que si la Comunidad Autónoma andaluza es titular de una competencia específica para legislar en materia de “reforma y desarrollo del sector agrario”, como efectivamente así es según dispone el art. 18.1.4.^a de su Estatuto de Autonomía, dicha competencia incluye la posibilidad de legislar asimismo sobre la propiedad de la tierra y su función social, dentro del territorio de Andalucía. De todo lo cual se desprende que la Ley de Reforma Agraria impugnada no ha invadido las competencias exclusivas que al Estado reserva el art. 149.1.8.^a de la Constitución».

Y, en cuanto a la posible vulneración del art. 149.1.1.^a CE, se alegaba que «no puede haber funciones sociales distintas en distintas áreas del territorio nacional». Pero el Tribunal Constitucional contesta que

«[l]a función social de la propiedad, determinada de acuerdo con las Leyes, presupone la identificación de los fines de interés general que, sin perjuicio de la utilidad individual de su titular, están llamados a satisfacer los bienes objeto de dominio privado. Por lo que concierne singularmente a la propiedad inmobiliaria, es evidente que esos fines de interés general pueden justificar el empleo de distintos instrumentos jurídicos en atención a la propia localización de los bienes o en razón de las cambiantes condiciones económicas, sociales e, incluso, de orden cultural en cada parte del territorio. Por otra parte, la definición de la función social de la propiedad no es algo que derive sustancialmente de una regulación unitaria del derecho de propiedad ni es tampoco aceptable que, al socaire de una ordenación uniforme de la propiedad privada, puedan anularse las competencias legislativas que las Comunidades Autónomas tienen sobre todas aquellas materias en las que entren en juego la propiedad y otros derechos de contenido patrimonial, tesis ésta que subyace a buena parte de las alegaciones de los recurrentes y que vuelve a aflorar en relación con el art. 149.1.1.^a de la Constitución, hasta el punto de que la pretendida infracción de este precepto se considera por aquéllos unida a la del art. 149.1.8.^a

A este propósito, ya hemos dicho, y conviene repetirlo ahora, que precisamente la incorporación de una vertiente institucional al derecho de propiedad privada hace que la función social que este derecho debe satisfacer no es ni puede ser igual en relación con todo tipo de bienes. Carece por lo mismo de sentido la exigencia de una regulación, necesariamente abstracta, de la función social –las funciones sociales, mejor– del dominio, realizada con carácter general y uniforme, pues sin duda resultaría altamente artificiosa. Por el contrario, esa dimensión institucional del derecho de propiedad privada no puede desligarse de la regulación de los concretos intereses generales que imponen una delimitación específica de su contenido. En consecuencia, corresponde a quien tiene atribuida la tutela de tales intereses –o, lo que es lo mismo, la competencia en relación con cada materia que pueda incidir sobre el contenido de la propiedad establecer, en el marco de la

Constitución, las limitaciones y deberes inherentes a la función social de cada tipo de propiedad. Así hay que entenderlo en relación con la propiedad agrícola, cuya regulación no puede ser arbitrariamente separada, como ya queda dicho, de la correspondiente a la materia de reforma y desarrollo agrario desde la óptica de los intereses generales, que, en el caso que nos ocupa, compete a la Comunidad Autónoma de Andalucía en virtud de lo dispuesto en el art. 18.1.4.^a de su Estatuto».

4. PRÓRROGA FORZOSA EN LOS ARRENDAMIENTOS

La STC 89/1994, de 17 de marzo, analiza, fundamentalmente, la constitucionalidad de la prórroga forzosa prevista en la legislación arrendaticia de 1964, y planteada a través de unas cuestiones de constitucionalidad. Un elemento que se apuntaba en esas cuestiones era que la modificación introducida por el Real Decreto-ley 2/1985 demostraba que las limitaciones del derecho de propiedad previstas en el art. 57 LAU'1964 ya no derivaban de una función social de la propiedad, en la medida que el mismo legislador había reconocido que esa función social, traducida en la prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos, ya no existía.

Tras una brevísima síntesis de la doctrina constitucional (esto es, de la STC 37/1987, de 26 de marzo) y de afirmar que corresponde al legislador la competencia para delimitar el contenido de los derechos dominicales, competencia que también se extiende a la materia de arrendamientos urbanos, el Tribunal Constitucional rechaza que la prórroga forzosa vulnere el art. 33 CE: los preceptos cuestionados

«[...] ni suponen la desaparición o negación del contenido esencial del derecho allí reconocido, ni, por otro lado, la delimitación que de ese derecho realizan carece de fundamento o justificación constitucional».

El Tribunal Constitucional centra su análisis en la utilidad económica que, pese a la prórroga forzosa, reporta el arrendamiento al arrendador:

«En primer lugar, no puede estimarse que los artículos cuestionados eliminen o supriman el contenido esencial del derecho de propiedad. Las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas hacen residir tal eliminación o supresión en la pérdida o vaciamiento de la utilidad económica del bien arrendado. Pero a este respecto es necesario concluir que ni la prórroga forzosa, ni la severidad de los requisitos exigidos para que proceda la excepción a la prórroga por causa de necesidad, en los casos de los arts. 70 y

71 LAU ocasionan por sí mismas la pérdida de la utilidad económica de los arrendamientos concertados.

La utilidad económica de la propiedad dada en arrendamiento implica la percepción de la correspondiente merced arrendaticia, por lo que una disposición que supusiera el vaciamiento del contenido económico de la renta acordada podría representar la vulneración del derecho reconocido en el art. 33 de la Constitución. Ahora bien, la determinación de la cuantía y actualización de la merced arrendaticia no es consecuencia de lo previsto en los artículos que se cuestionan, sino, fundamentalmente, de otros elementos del complejo normativo que regula los arrendamientos urbanos. No cabe olvidar que en los supuestos que han dado lugar a las presentes cuestiones de inconstitucionalidad, los mecanismos de actualización de las correspondientes rentas arrendaticias son los instituidos por los arts. 95 y ss. LAU. Serán las normas allí contenidas, en particular la efectiva aplicación, por parte del Gobierno, del mandato de actualización previsto en el art. 100, apartados 1 y 4, LAU las determinantes de la mayor o menor pérdida de la utilidad económica derivada del arrendamiento de inmuebles urbanos. Pero [...] no son esas normas, ni su aplicación, los elementos a tener en cuenta en los procesos que han dado lugar a las cuestiones de inconstitucionalidad que ahora se examinan, ni se ha planteado en ningún momento su eventual inconstitucionalidad, quedando, por tanto, fuera del presente análisis.

De lo expuesto resulta que no es la prórroga forzosa *per se* el origen de una pérdida esencial, o vaciamiento, de la utilidad económica del bien arrendado. Naturalmente, si la prórroga fuera potestativa para el arrendador, la recuperación del inmueble para su propietario a la finalización del contrato podría entrañar eventualmente una mayor utilidad para aquél, en un mercado en que se incrementan los precios de los alquileres urbanos: en este sentido, los preceptos cuestionados pueden implicar una limitación del derecho de propiedad en cuanto a su utilidad económica. Pero ello no significa que la prórroga forzosa convierta en inexistente o puramente nominal, el derecho de propiedad del arrendador. Supone, ciertamente, una restricción o limitación de este derecho, en cuanto dificulta que la merced arrendaticia se adecue con total fidelidad a la evolución del mercado de arrendamientos. Pero esa dificultad, y consiguiente limitación, no puede considerarse una supresión del derecho sino, en todo caso, una afectación de su contenido que no lo hace desaparecer ni lo convierte en irreconocible. Esa limitación derivada de la prórroga forzosa queda dentro de las facultades del legislador y queda justificada en virtud de la función social que a la propiedad atribuye el art. 33 de la Constitución.

La historia de la regulación de los arrendamientos urbanos muestra efectivamente que la introducción de la prórroga forzosa, entre otras medidas, respondía a una finalidad tuitiva de intereses que se consideraban necesitados de una especial protección, concretamente la de los arrendatarios ante la situación del mercado

inmobiliario; ello se verifica incluso en las mismas Exposiciones de Motivos de las leyes reguladoras de este tipo de arrendamientos (así, en la de la Ley de Bases de 22 de diciembre de 1959). En el contexto de la vigente Constitución, esa delimitación del derecho de propiedad encuentra una justificación en la proclamación del art. 47 del Texto fundamental, que recoge el derecho a disfrutar de una vivienda y ordena a los poderes públicos que promuevan las condiciones para ello necesarias. Además, no puede olvidarse la relevancia que la continuidad del arrendamiento reviste para la protección de la estabilidad del domicilio familiar, y de la misma familia, en la línea de lo dispuesto en el art. 39.1 de la Constitución. Responde así a la función social de la propiedad inmobiliaria, sin vulneración constitucional, que el legislador establezca una limitación de esa propiedad que, sin suponer su vaciamiento o desfiguración, pueda contribuir (con mayor o menor fortuna, según las distintas teorías económicas) a satisfacer un derecho constitucionalmente afirmado. Y debe señalarse que un razonamiento similar puede llevarse a cabo respecto del arrendamiento de locales de negocio, en cuanto que la prórroga forzosa representa un favorecimiento, por el legislador, del mantenimiento de empresas o actividades económicas ya establecidas, atendiendo a consideraciones de apoyo a la producción y al empleo, respaldadas por los mandatos de los arts. 35, 38 y 40 de la Constitución».

Un interesante Voto Particular²⁶⁸, por el contrario, sí entendía que esas provisiones normativas eran inconstitucionales:

«El contenido esencial de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución (art. 53.1 C.E.), y en este caso del derecho de propiedad del art. 33, se erige así en el límite infranqueable a la intervención delimitadora del Legislador ordinario, creando un núcleo indisponible (el “núcleo duro”, que dicen los alemanes) a su libertad de configuración. Constituye, como se ha repetido en la doctrina²⁶⁹, el límite de los límites de aquellos derechos y libertades. Corresponde, pues, al Tribunal Constitucional, y no únicamente al propio Legislador, la determinación última de los valores y atributos que subyacen en el contenido esencial de un derecho constitucionalmente garantizado [...]

Aunque es cierto, como antes se ha apuntado, que la fijación del contenido esencial del derecho a la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales subyacentes, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida como parte integrante del derecho mismo. Y por ello, es constitucionalmente legítimo que el Legislador limite o restrinja las facultades

²⁶⁸ Formulado por el Magistrado don Álvaro Rodríguez Bereijo, y al que se adhieren los Magistrados don Pedro Cruz Villalón y don José Gabaldón López.

²⁶⁹ *Vid.*, por ejemplo, BARNÉS VÁZQUEZ, 1988, pp. 234 y ss.

dominicales, comprimiendo el derecho de propiedad para garantizar otros principios, bienes y derechos constitucionalmente protegidos dentro de los fines de la política social y económica que tiene encomendados [...], sin que, sólo por ello, eso signifique que “hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito” (STC 37/1987, fundamento jurídico 2.9).

Pero, claro está, ello no exime, por innecesaria, de toda ulterior tarea por parte de este Tribunal, antes bien, la requiere de modo inexcusable pues la utilidad individual del propietario define también, junto con la función social, el contenido esencial de la propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes; y habrá que decir cuál es el núcleo de utilidad meramente individual del derecho de propiedad –porque alguno tiene que haber– cuya pervivencia tras la acción del Legislador es indispensable para que la propiedad que ahora consideramos (la inmobiliaria) sea reconocible como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito, tanto desde el punto de vista histórico como por relación al conjunto de intereses que la propiedad privada incorpora en tanto institución jurídica.

Lo que llevaría, inevitablemente, a tratar de delimitar de alguna manera los rasgos del tipo de propiedad descrito en nuestra Constitución, por encima o más allá de la “pluralidad de propiedades” en que se diversifica la institución dominical (propiedad urbanística, propiedad agraria o forestal, propiedad inmobiliaria, propiedad horizontal, propiedad industrial, etc...), a fin de que sirviese de canon en el control jurisdiccional que corresponde a este Tribunal. Y en segundo término, habría de determinarse cuál es el contenido esencial de la categoría de propiedad aquí contemplada, la propiedad inmobiliaria urbana.

Esta labor, ciertamente nada fácil, de interpretación constitucional, partiendo de la doctrina general sobre el derecho de propiedad contenida en la STC 37/1987, constituye, a mi modo de ver, el problema central que suscita el presente proceso constitucional pero que en la Sentencia, sin embargo, se evita afrontar en todas sus consecuencias y, en la medida que lo hace, con una respuesta poco satisfactoria, en una aplicación mecánica de la doctrina de la mencionada Sentencia, dictada a propósito de la propiedad agraria o rústica en relación con una Ley de Reforma Agraria.

En la Sentencia de la que disiento viene a dejarse en manos del Legislador ordinario, en aras de la función social de la propiedad, la definición del contenido esencial de las “propiedades” a distintos tipos o categorías de propiedad, al establecer para cada una de ellas su propio y específico régimen jurídico, reconociéndole además una gran disponibilidad o libertad de configuración. En definitiva, el contenido esencial del derecho de propiedad, según el tipo o categoría, será lo que el propio Legislador diga en cada caso y según el criterio dominante en cada momento histórico.

Así, 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.

No creo, pues, por todo lo dicho, que pueda compartirse, la afirmación que sostiene el Abogado del Estado en sus alegaciones y que parece inspirar también el enfoque dogmático de la Sentencia, de que “la consideración de la función social como conformadora del contenido mismo del derecho, nos exime de una indagación exhaustiva de la proporcionalidad o razonabilidad de la norma o de la prueba de sus presupuestos fácticos; bastará que la finalidad de la norma examinada se inserte con naturalidad en la función social para determinar la constitucionalidad de la misma”».

El Voto Particular reprocha a la Sentencia que se limite a valorar la transcendencia de la prórroga forzosa y no tenga en cuenta la normativa arrendaticia en su conjunto y, en particular, la falta de actualización de la renta (art. 96 LEC’1964):

«No se trata de si el Legislador, en aras de la función social de la propiedad y de la protección de otros derechos constitucionales (singularmente los reconocidos en los arts. 39.1 y 47 CE), puede limitar el poder que normalmente el dueño tiene sobre la cosa y, en consecuencia, restringir o anular las facultades de disposición, de uso o de disfrute de los bienes inmobiliarios, sino de otra bien distinta: si al constreñir el derecho de propiedad lo hace de tal manera y con tal intensidad que, el contenido esencial del derecho, reducido en último término a la utilidad individual o a su conversión en un equivalente económico, quede amputado y la propiedad inmobiliaria de bienes urbanos se transforme en una peculiar institución jurídica cuya reconocibilidad como propiedad privada, según los rasgos de la institución perfilados por el Derecho Civil, resulte imposible.

Y la respuesta, en el presente caso, ha de ser afirmativa, lo que lleva necesariamente a la declaración de inconstitucionalidad del precepto cuestionado. Y ello es así no, claro está, porque en sí mismo y aisladamente considerado, la limitación que constituye el derecho de prórroga forzosa del contrato de arrendamiento del art. 57 LAU vacíe de contenido el derecho de propiedad que lo haga irreconocible como tal. Y lo mismo cabría decir de otras restricciones de las facultades dominicales como el derecho de subrogación (AATC 671/1985 y 540/1987 y STC 222/1992) o la imposición de deberes positivos al propietario (STC 301/1993). Es precisamente el carácter trabado del régimen jurídico de los arrendamientos urbanos, que forma un todo único, un *continuum*, y esa consecuencia, cierre de todo el sistema, que es la no actualización de la renta arrendaticia (con el efecto consiguiente de desvalorización debido a la inflación de los precios) lo que determina, en numerosos casos, el vaciamiento total del derecho de propiedad, incluso de ese núcleo mínimo que es su utilidad económica individual, y lo hace

por ello constitucionalmente inaceptable. Y sin que los jueces que han de aplicar el Derecho puedan, por sí mismos, reparar la integridad del derecho de propiedad lesionado.

Se vulnera, así, el art. 33 CE por cuanto se priva de su derecho al titular sin que el Legislador haya establecido ningún género de compensación económica que restablezca, a modo de conversión en un equivalente económico (art. 33.3 CE y STC 37/1987, fundamento jurídico 2.º), la integridad del contenido esencial de la propiedad.

Este resultado no pasa inadvertido para el parecer mayoritario del Pleno, cuando en el fundamento jurídico 5.º de la Sentencia se afirma que “la utilidad económica de la propiedad dada en arrendamiento implica la percepción de la correspondiente merced arrendaticia, por lo que una disposición que supusiera el vaciamiento del contenido económico de la renta acordada podría representar la vulneración del derecho reconocido en el art. 33 CE”, aunque luego no se extraiga de tan importante aserto consecuencia alguna».

5. PRESUNCIÓN LEGAL DE ABANDONO DE LOS SALDOS DE CUENTAS CORRIENTES SIN MOVIMIENTO DURANTE VEINTE AÑOS, Y ATRIBUCIÓN AL ESTADO

La STC 204/2004, de 18 de noviembre, resolvió unas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Audiencia Provincial de Barcelona en relación con el art. 29.2 del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria; en concreto, el precepto decía que

«[...] [s]on bienes abandonados por su titular y, como tales, pertenecientes al Estado, los valores, dinero y demás bienes muebles constituidos en depósito, voluntario o necesario, en toda clase de sociedades de crédito o entidades financieras, respecto de las cuales y en el plazo de veinte años, no se haya practicado gestión alguna por los interesados que impliquen el ejercicio de su derecho de propiedad. Este mismo régimen es aplicable a los saldos de cuentas corrientes abiertas en los referidos establecimientos o entidades».

Y se planteaba la constitucionalidad de la norma por vulneración del derecho a la propiedad privada del art. 33.1 CE. La STC 204/2004, de 18 de noviembre, ofrece, para ese análisis, una síntesis

sis de la doctrina constitucional²⁷⁰, reiterando una vez más los criterios de las STC 11/1981, de 8 de abril, y 37/1987, de 26 de marzo, complementándola con una referencia más detallada a la expropiación forzosa:

«El derecho a la propiedad privada, que mediante el Protocolo adicional primero de 20 de marzo de 1952 se incorporó al catálogo del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, está reconocido en el art. 33 de nuestra Constitución. Este derecho, en su doble dimensión, como institución y como derecho individual, ha experimentado una extraordinaria y profundo transformación en el último siglo que, como este Tribunal ya puso de manifiesto, “impide considerarlo hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo extremo descrito en el art. 348 del Código civil”, habiéndose producido, por el contrario, “una extraordinaria diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diverso. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos” (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2). En efecto, el derecho constitucional a la propiedad privada puede recaer en la actualidad, y por lo que aquí interesa, como se infiere de la interpretación conjunta de los apartados 1 y 3 del art. 33 CE, tanto sobre bienes como sobre derechos, en este caso los del titular de la cuenta corriente sobre su saldo. Al derecho a la propiedad privada le es aplicable la garantía del necesario respeto a su contenido esencial, en virtud de lo dispuesto en el art. 53.1 CE. A este propósito es oportuno recordar sucintamente que sobre el concepto del contenido esencial de los derechos, a que se refiere el mencionado art. 53.1 CE, este Tribunal tiene declarado que la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo –y, por tanto, también de los derechos fundamentales de la persona– viene marcada en cada caso por el elenco de “facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas cuando se trate de derechos constitucionales”. Determinación que, desde otro ángulo metodológico, no contradictorio ni incompatible con aquél, ha sido expresada también por este Tribunal como “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho

²⁷⁰ Que es mencionada, por ejemplo, en la STC 112/2006, de 5 de abril, relativa a diversos preceptos de la Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos.

queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10)” (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2). A partir de esta doctrina general sobre el contenido esencial de los derechos constitucionales, proyectándola sobre el derecho a la propiedad privada, este Tribunal tiene declarado, poniendo en estrecha conexión los tres apartados del art. 33 CE, que revelan la naturaleza del derecho en su formulación constitucional, “que 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 derechos y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está 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 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” (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2; 170/1989, de 19 de octubre, FJ 8.b; 89/1994, de 17 de marzo, FJ 4; ATC 134/1995, de 9 de mayo). Corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2; 170/1989, de 19 de octubre, FJ 8.b; 89/1994, de 17 de marzo, FJ 4; ATC 134/1995, de 9 de mayo). Incumbe, pues, al legislador, con los límites señalados, la competencia para delimitar el contenido de los derechos dominicales, lo que no supone, claro está, una absoluta libertad en dicha delimitación que le permita “anular la utilidad meramente individual del derecho” o, lo que es lo mismo, el límite lo encontrará, a efectos de la aplicación del art. 33.3 CE, en el contenido esencial, esto es, en no sobrepasar “las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulte reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho” [STC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 8 b)]. En este sentido ha de recordarse también que este Tribunal se ha referido ya en más de una ocasión al concepto de expropiación o privación forzosa que se halla implícito en el art. 33.3 CE, declarando en esencia, y por lo que aquí interesa, que debe entenderse por tal la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública o interés social. De ahí que sea necesario, para que se aplique la garantía del

art. 33.3 CE, que concurra el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la substracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos, siendo distintas a esta privación singular las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido del derecho. Es obvio 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, aun cuando 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 (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 11)».

Después de analizar los antecedentes de la norma y descomponer su estructura (presunción de abandono y atribución al Estado), el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que, en relación con la presunción de abandono,

«desde la perspectiva de control que en este caso corresponde a este Tribunal ante la delimitación y regulación por el legislador del derecho de propiedad en relación con ese concreto y determinado tipo de bienes, ha de señalarse que la declaración de abandono por su titular de los saldos de las cuentas corrientes que se efectúa en el inciso final del art. 29.2 LGP respeta en este caso el contenido esencial del derecho de propiedad, pues ni modifica la imagen reconocible del derecho en relación con el mencionado tipo de bienes, tal y como ha sido históricamente configurado (ATC 134/1995, de 9 de mayo), ni hace impracticable o imposibilita más allá de lo razonable el ejercicio por el titular del derecho propiedad sus facultades de dominio ni, en fin, le despoja de la necesaria tutela, resultando privado de una real, concreta y efectiva protección. En este sentido la carga que del precepto se deriva para el titular de la cuenta, esto es, la realización en el plazo de veinte años de cualquier acto de gestión que implique el ejercicio de su derecho no puede calificarse de irrazonable o desproporcionada o, más aún, no puede afirmarse que imposibilite, haga impracticable o dificulte más allá de lo razonable el ejercicio por su titular de las facultades dominicales sobre el bien ni, en fin, que despoje el derecho de una efectiva y real protección. Así pues, con independencia del juicio que pueda merecer desde el punto de vista de la oportunidad, conveniencia o pertinencia la previsión legal cuestionada, ha de concluirse, desde la perspectiva de control que compete a este Tribunal, que la declaración de abandono en relación con los saldos de las cuentas corrientes que el legislador efectúa en el inciso final del art. 29.2 LGP no es contraria al derecho a la propiedad privada reconocido en el art. 33.1 CE».

Y, en lo que se refiere a la atribución al Estado, se señala que

«[e]sta regla atributiva en favor del Estado es la consecuencia jurídica del abandono de los bienes, que extingue el derecho de su titular sobre los mismos y los convierte, por consiguiente, en bienes *nullius*, susceptibles, por tanto, de apropiación [...] [E]sta regla atributiva, expresamente establecida por el legislador, constituye una excepción al régimen general dispuesto en el Código Civil de adquirir la propiedad de los bienes muebles por ocupación (art. 610 CC). Ha de resaltarse, en este sentido, que la regla atributiva en favor del Estado que se recoge en el precepto cuestionado es la plasmación de una específica y determinada opción del legislador, quien pudo, por tanto, haber previsto otra consecuencia jurídica a la declaración de abandono por su titular de los bienes a los que se refiere el precepto. Pues bien, ninguna objeción cabe oponer desde la óptica del derecho a la propiedad privada a la opción de legislador de atribuir al Estado unos bienes abandonados por sus titulares y, por tanto, bienes *nullius*, pues tal atribución encuentra fundamento en su condición de gestor de los intereses generales de la comunidad que el Estado representa, al objeto de destinarlos a la satisfacción de aquellos intereses, lo que se conecta con el mandato del art. 128.1 CE de subordinación al interés general de toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad. Como señala el Abogado del Estado en su escrito de alegaciones, no puede dirigirse reproche alguno al legislador por haber preferido la aplicación de los saldos de cuentas corrientes abandonados a fines públicos, mediante su ingreso en el Tesoro para ser aplicados al pago de gastos públicos, en vez de preferir la apropiación de dichos saldos por la entidad de crédito».

6. DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO EN FAVOR DE LA ADMINISTRACIÓN

Una diferente incidencia en el derecho de propiedad privada es la analizada por la STC 154/2015, de 9 de julio. El recurso se dirigía contra algunos preceptos de la Ley del Parlamento de Andalucía 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y suelo. En lo que ahora interesa, se preveían derechos de tanteo y retracto en favor de la Administración en caso de segundas o posteriores transmisiones *inter vivos* de la titularidad del derecho de propiedad o de cualquier otro derecho real de uso y disfrute sobre viviendas protegidas y se cuestionaba su constitucionalidad al proyectarse sobre viviendas que fueron adquiridas bajo regímenes de protección que no atribuían a la Administración esos derechos.

El Tribunal Constitucional rechaza que se vulnere el derecho de propiedad:

«[E]mpezaremos por constatar lo evidente: los preceptos señalados limitan derechos, que en Andalucía atribuía el ordenamiento jurídico a los titulares de vivienda protegida para transmitir estas sin que la Administración pudiera adquirirlas forzosamente con preferencia sobre otros. La nueva regulación ha delimitado de este modo, restringiéndola, la libertad con que contaban estos titulares de viviendas protegidas para elegir comprador o adquirente, gravándoles, además, con nuevas obligaciones de comunicación destinadas a asegurar que la Junta de Andalucía pueda ejercer sus derechos de adquisición preferente. Dicho de otro modo, el legislador andaluz ha cambiado la posición jurídica de una serie de titulares de vivienda protegida al variar el contenido estatutario de su derecho de propiedad.

El derecho restringido en este caso es el que había previamente atribuido la propia Administración en el marco de una política social que aseguró a su titular un régimen privilegiado de acceso a una vivienda. No por ello este derecho queda desprovisto de las garantías reconocidas en el art. 33 CE, sin perjuicio de lo que después se dirá. Conforme a las STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 2, y 65/1987, de 21 de febrero, FFJJ 12 y 15, la garantía constitucional del derecho de propiedad cubre también los derechos reconocidos a través de acciones de protección social [...]

Sentado lo anterior, es también claro que en el marco del Estado social (art. 1.1 CE), el legislador está autorizado a negar pura y simplemente el derecho de propiedad por razones de utilidad pública e interés general –con los límites que impone el art. 33.3 CE– o, sin llegar hasta este extremo, a restringirlo para ajustar su contenido a los más variados objetivos colectivos (arts. 33.2 y 128.1 CE) con la consiguiente generación de “diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos” (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2, y 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5); la Constitución reconoce el derecho a la propiedad como un “haz de facultades individuales”, pero también como “un conjunto de derechos y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad” (STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5). El legislador puede de este modo articular la función social de la propiedad imponiendo cargas o extrayendo facultades del haz que él mismo ha asegurado previamente a través, por ejemplo, de prohibiciones de construir edificaciones destinadas a residencia o de instalar carteles de publicidad en la zona de la servidumbre de protección de la ribera del mar (art. 25 de la Ley de costas; STC 149/1991, de 4 de julio, FFJ 2 y 8), extinguir [*sic*] el contrato de arrendamiento de un inmueble destinado a vivienda llegado el día del vencimiento pactado (STC 89/1994, de 17 de abril, FJ 5) o destinar una finca a cualquier aprovechamiento incompatible con una rigurosa protección medioambiental (STC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 8).

En este caso, el sometimiento del titular de viviendas protegidas a derechos de adquisición preferente responde claramente a

una finalidad de interés general: el acceso a una vivienda digna por parte de personas necesitadas. La limitación coadyuva a este objetivo porque sirve a la evitación del fraude en las transacciones (el cobro de sobreprecios en “negro”) y a la generación de bolsas de vivienda protegida de titularidad pública. La limitación señalada se ampara de este modo en razones que, por lo demás, son particularmente poderosas al entroncar con un pilar constitucional: el compromiso de los poderes públicos por la promoción de las condiciones que aseguren la efectividad de la integración en la vida social (art. 9.2 CE), en general, y el acceso a una vivienda digna (art. 47 CE), en particular. Conecta igualmente con el mandato constitucional de protección social y económica de la familia (art. 39.1 CE), la juventud (art. 48 CE), la tercera edad (art. 50 CE), las personas con discapacidad (art. 49 CE) y los emigrantes retornados (art. 42 CE).

La restricción indicada tiene un limitado alcance. El sometimiento al ejercicio del derecho de tanteo y retracto no afecta a la facultad en sí de transmitir; incide solo sobre la de elegir adquirente. A su vez, tal limitación afecta solo a las transmisiones inter vivos, no a las mortis causa. Además, las transmisiones inter vivos a las que se refiere son las segundas y sucesivas y únicamente durante el periodo de vigencia del régimen legal de protección. Por otra parte, estos derechos de adquisición preferente, cuando se ejercen para evitar conductas fraudulentas, funcionan como mecanismo de control de la regularidad de las transmisiones por lo que el titular incumplidor está obligado a soportar los perjuicios consecuentes; perjuicios que en modo alguno pueden reputarse sacrificios a los efectos de la indemnización prevista en el art. 33.3 CE. En tal caso, la limitación funciona como instrumental de otras que ya estaban previstas y, en particular, de la consubstancial a todo régimen de transmisión de vivienda con precio administrativo: la prohibición de cobrar cantidades adicionales a los precios o rentas fijados como máximos por la Administración.

En todo caso, el ejercicio de estos derechos, aunque responda a fines distintos, no asociados a comportamientos antijurídicos de los beneficiarios de viviendas protegidas, no produce en abstracto perjuicios de relevancia desde la perspectiva del control constitucional de las exigencias derivadas del art. 33 CE: es habitual que al vendedor le sea indiferente quien sea el comprador. En consecuencia, únicamente podría resultar perjudicado el propietario que tenga interés en que el adquirente sea una persona determinada y solo si la Administración opta por ejercer efectivamente sus derechos de tanteo y retracto. Ahora bien, incluso en este caso, al menos desde la perspectiva de control abstracto que aquí corresponde, ese perjuicio carece de significación porque no puede reputarse sorpresivo ni inesperado en el marco de un sector del ordenamiento necesariamente expuesto a una fuerte intervención pública y a cambios normativos; ese sector es el que permitió en su momento al transmisor acceder a una vivienda en condiciones privilegiadas (mejores de las que ofrece el mercado) a cambio de un régimen de uso y

disposición (más restringido que el ordinario del Derecho privado) que ya entonces era especial y estaba fuertemente intervenido.

Consecuentemente, la sujeción del titular de viviendas protegidas al ejercicio de derechos de tanteo y retracto por parte de la Administración de la Junta de Andalucía se ajusta al régimen constitucional del derecho de propiedad (art. 33 CE)».

Son numerosas las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional ha valorado la incidencia de derechos de adquisición preferente en el derecho de propiedad y su constitucionalidad, teniendo especialmente en cuenta la naturaleza jurídica de la institución y la distribución competencial en materia civil²⁷¹. Por ello, la STC 28/2012, de 1 de marzo, relativa a la Ley canaria 5/1999, de 15 de marzo, que modificaba la legislación turística, consideró inconstitucional la constitución de un derecho de retracto en favor de particulares, aunque se basó en un problema de distribución competencial, pues al considerarse materia civil, Canarias carecía de competencia:

«[N]o [se] constituye el derecho de retracto a favor de una Administración pública sino que el mismo se ha establecido en beneficio de una persona física o jurídica de carácter privado [...] [Se] ha dispuesto un nuevo supuesto de constitución del retracto en el ámbito de las relaciones jurídicas entre particulares para la consecución de una finalidad establecida legislativamente en el seno de una determinada política sectorial, en este caso la turística, de competencia autonómica.

Teniendo presente lo anterior, hemos de diferenciar cuidadosamente entre, de un lado, lo que es regulación de las relaciones *inter privados* y, de otro lado, la regulación de la intervención de los poderes públicos en estas relaciones contractuales, pues las primeras constituirán reglas de derecho privado encuadrables en la materia de legislación civil. En este caso, la naturaleza de la norma impugnada nos revela que está destinada a regular relaciones *inter privados* [...] [I]ncide en un ámbito propio del Derecho privado, en particular civil, como es el de las relaciones contractuales establecidas en enajenaciones de inmuebles entre particulares, privilegiando a unos potenciales adquirentes frente a otros y limitando la libre disposición de su titular que viene obligado a vender a las personas privadas designadas por la disposición cuestionada. Este efecto se produce porque el retracto supone el otorgamiento de una preferencia adquisitiva que otorga a su titular, en este caso el propietario de otro inmueble en el mismo complejo de que se trate o, en su defecto, la empresa turística dedicada a la explotación de los mismos, el poder de desviar, por su sola voluntad, el impulso trans-

²⁷¹ Por ejemplo, STC 149/1991, de 4 de julio; 102/1995, de 26 de junio; 156/1995, de 26 de octubre; o 207/1999, de 11 de noviembre.

misivo subyacente al negocio jurídico celebrado entre el propietario del inmueble y un tercero, subrogándose en los derechos y acciones del comprador y asumiendo, por su parte, las condiciones estipuladas en el negocio jurídico celebrado. De esta forma la norma cuestionada está atribuyendo a determinadas personas privadas, a las que reconoce el derecho de adquisición preferente previsto por la misma, el poder de modificar, extinguir o constituir una determinada relación jurídica por su sola voluntad, interfiriendo de ese modo en el contrato celebrado por otros sujetos, siempre que se den las circunstancias y presupuestos previstos por el apartado cuatro de la disp. trans. única de la Ley 5/1999 [...]

[L]a regulación controvertida es enteramente civil sin que exista ningún elemento o parte en la relación jurídica que pudiera confundir su regulación con Derecho administrativo que permitiera incardinarla en el ámbito de la legislación turística de competencia de la Comunidad Autónoma».

7. CRITERIOS QUE DEFINEN EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD E IMPONEN A LOS PROPIETARIOS DE VIVIENDAS EL DESTINO EFECTIVO A USO HABITACIONAL

Una resolución especialmente relevante es la STC 93/2015, de 14 de mayo, relativa al Decreto-ley de Andalucía 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda²⁷².

En lo que ahora interesa, el Tribunal Constitucional analiza la constitucionalidad del art. 1.3 de la Ley andaluza 1/2010, en la redacción que le da el art. 1 del Decreto-ley impugnado. Conforme a ese precepto,

«Forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, así como mantener, conservar y rehabilitar la vivienda con los límites y condiciones que así establezca el planeamiento y la legislación urbanística».

El Tribunal Constitucional solo aborda la constitucionalidad de la primera parte de la norma, en su relación con el derecho a la

²⁷² El recurso se dirigía contra el art. 1, por el que se da nueva redacción a los arts. 1.3, 25 y 53.1 a) de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, y a la disp. adic. 2.ª del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda.

propiedad privada reconocido en el art. 33 CE. Considera el Tribunal Constitucional que

«[...] [l]a previsión contenida en el precepto impugnado, más que delimitar un concreto sistema urbanístico o una determinada política de vivienda, se dirige a precisar el haz de facultades que integra este tipo de derecho de propiedad privada y, al mismo tiempo, a definir la función social del mismo, que son [...] los dos elementos básicos que conforman el derecho de propiedad. En cuanto a lo primero, el art. 1.3, en lugar de ceñirse a precisar los usos posibles de las edificaciones según el lugar en que se ubiquen dentro de la ciudad o a disciplinar el sector de la vivienda, se encierra a establecer que el único uso posible de un determinado tipo de bienes debe realizarse de un modo efectivo, con la influencia consecutiva que esa imposición tiene también sobre el poder de disposición, dado que se reducirá notablemente el mercado de compradores y cambiarán las condiciones en que éstos estarán dispuestos a adquirir el bien. Respecto a lo segundo, al deber impuesto en el art. 1.3 subyace una cierta definición de la función social de la propiedad de esta clase de bienes, como se desprende de la exposición de motivos donde se lee que “siendo ... finalidad propia de la vivienda la de propiciar la posibilidad de dar cumplimiento al derecho a disponer de un techo ... su desocupación representa el mayor exponente del incumplimiento de la finalidad del bien y por tanto de su función social”.

Se trata, en conclusión, y a diferencia de las STC 111/1983 y 329/2005, de una regulación directa y con vocación de generalidad de las vertientes individual e institucional del derecho de propiedad sobre la vivienda, y no de la disciplina de un sector material en el que dicho derecho constitucional pueda incidir, como por otra parte se deriva de la propia dicción de la norma andaluza al señalar que el deber de uso efectivo del bien “forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda”, expresión que no alude al concepto homónimo del art. 53.1 CE, pues es obvio que esa noción no puede ser precisada por el legislador sino que le vincula, así como que “no determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades, [de modo que] las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal” (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2) conforme a los criterios enunciados en su jurisprudencia (por todas, STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8; y 112/2006, de 5 de abril, FJ 10). Debe entenderse, por el contrario, que viene a reconocer que el deber que impone es una regulación directa del derecho de propiedad de un tipo de bienes y que tiene por objeto aspectos esenciales del mismo.

Por todo lo razonado, debemos concluir que el art. 1.3 concurre a establecer el régimen general del derecho de propiedad de la vivienda y dentro de él uno de sus elementos esenciales, lo que, por implicar “afectación” del mismo en el sentido que a este concepto le atribuye la doctrina constitucional, está vedado a esta modalidad

de disposición con fuerza de ley. 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, sino que el precepto impugnado disciplina un espacio normativo vedado al decreto-ley y reservado a la ley formal, por lo que es inconstitucional y nulo por contravenir uno de los límites materiales del decreto-ley, que deriva del principio democrático que el apartado 1 del art. 1 CE impone a todas las instituciones del Estado en su conjunto y se refleja en el art. 86.1 CE como requerimiento mínimo, por lo que el precepto autonómico establece un contenido del derecho de propiedad de la vivienda que lo afecta, en el sentido del art. 86.1 CE, y por tanto entra a regular un ámbito excluido del decreto-ley y pretende delimitar un contenido esencial para lo que ningún legislador es competente».

Por conexión con esta declaración, también se considera inconstitucional la tipificación, en el art. 53.1 a), como infracción muy grave de la circunstancia de «no dar efectiva habitación a la vivienda», porque solo adquiere sentido a partir del deber del propietario de la vivienda de destinarla de un modo efectivo a habitación

En cambio, no prospera la inconstitucionalidad del art. 25, relativo al concepto de vivienda deshabitada, puesto que al entenderse que el cumplimiento efectivo del uso habitacional de la vivienda no es un deber del propietario sino un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda, esa definición de vivienda deshabitada

«es instrumental de esa actividad de fomento en materia de vivienda y, por tanto, en lugar de contener una regulación directa y con vocación de generalidad del derecho de propiedad proyectado sobre viviendas, se incardina claramente en la conformación de una política de vivienda».

Y tampoco es inconstitucional la presunción de que «la vivienda no está habitada cuando no se destine efectivamente al uso residencial previsto por el ordenamiento jurídico» (art. 25.2), porque esa previsión

«no puede entenderse como el corolario de un deber de destinar efectivamente la vivienda a un uso habitacional, sino como la mera constatación fáctica de que la vivienda no está habitada efectivamente» 273.

²⁷³ Sí se declaran inconstitucionales los apartados 5 y 6 del art. 25, porque complementan lo dispuesto en el art. 53.1.a).

La STC 93/2015, de 14 de mayo, se mueve en la indefinición de otras resoluciones²⁷⁴. La declaración de inconstitucionalidad se sustenta en la vulneración de los límites materiales del Decreto-Ley. Y aunque dice que la restricción de la amplitud de las facultades de uso y disposición del propietario de vivienda afecta al contenido esencial de su derecho, también salva la capacidad del legislador para restringir la amplitud de las facultades de uso y disposición del propietario de vivienda. Esa ambivalencia es llamativa, porque en la misma STC 93/2015, de 14 de mayo, se recuerda que la noción de contenido esencial «no puede ser precisada por el legislador sino que le vincula».

En una línea similar, la STC 16/2021, de 28 de enero, analiza diversos Decretos-Leyes catalanes sobre acceso a la vivienda que inciden en la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda. La cuestión se suscitaba, además, por el precedente que había supuesto justamente esa STC 93/2015, de 14 de mayo.

Los recurrentes alegaban que ciertos preceptos regulaban el «régimen general» del derecho de propiedad, incidiendo de manera «clara y directa» en su «contenido esencial»; en concreto, la definición de «vivienda vacía» «imposibilita el normal ejercicio de la potestad reivindicatoria» que corresponde a todo propietario (y ello afectaba a todos aquellos preceptos que regulaban las consecuencias derivadas del incumplimiento de la función social); y el contrato forzoso de alquiler social «limita» la facultad de disposición que igualmente corresponde a todo propietario.

Según el Tribunal Constitucional,

«[...] [I]a mayoría de los artículos contra los que se dirige este primer motivo regulan medidas coactivas, no voluntarias, limitativas del derecho de propiedad. Limitaciones de la máxima intensidad, además, puesto que no suponen la delimitación externa del ejercicio del derecho en régimen de libertad por puras consideraciones abstractas de interés u orden público, sino que constriñen estrechamente al propietario mediante órdenes o deberes normativos –obligaciones concretas de hacer, como ocupar la vivienda u ofrecer un alquiler social– que se ponen bajo la inspección y vigi-

²⁷⁴ Pero ello no ha impedido que haya sido considerada un referente en cuanto a las medidas de expropiación del uso: por ejemplo, STC 16/2018, de 22 de febrero, sobre la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra; STC 32/2018, de 12 de abril, sobre la Ley andaluza 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda; STC 43/2018, de 26 de abril, sobre la Ley canaria 2/2003, de 30 de enero, de vivienda y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda; STC 80/2018, de 5 de julio, sobre la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana; STC 97/2018, de 19 de septiembre, sobre la Ley vasca 3/2015, de 18 de junio, de vivienda; o STC 106/2018, de 4 de octubre, sobre la Ley 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social de la vivienda de Extremadura.

lancia de la administración y cuyo incumplimiento habilita a esta para imponer esa conducta forzosamente mediante requerimientos y multas coercitivas, para imponer sanciones y para expropiar la vivienda».

Sin necesidad de detallar todos los preceptos analizados conviene subrayar que el Tribunal Constitucional indica que la obligación de los propietarios de destinar su vivienda al uso habitacional efectivo es inconstitucional, por establecer «un régimen general de este derecho, algo vedado a los decretos-leyes de conformidad con nuestra doctrina». Y añade:

«Y no puede considerarse, como en el caso de la STC 93/2015, que esas normas son simplemente instrumentales para la política de vivienda de la comunidad autónoma, porque ese incumplimiento, apreciado por la administración, da lugar a las reacciones exorbitantes de esta que ya hemos señalado: requerimientos para su cumplimiento, ejecución de esos requerimientos mediante multas coercitivas, sanciones y expropiación del bien, de acuerdo con lo establecido en los demás artículos citados de este primer grupo».

Y la misma argumentación, sin excesivo razonamiento, se proyecta a la inconstitucionalidad de las normas que imponen a los propietarios de viviendas su alquiler forzoso.

8. RESTRICCIONES A LA EXPLOTACIÓN AGRÍCOLA DEL SUELO

Gran interés ofrece la STC 112/2021, de 13 de mayo, que analiza la constitucionalidad de diversos preceptos de la Ley de la Asamblea Regional de Murcia 3/2020, de 27 de julio, de recuperación y protección del Mar Menor. Se argumentaba que ciertas medidas y restricciones previstas en esa Ley²⁷⁵ suponían injerencias en los derechos de propiedad (art. 33 CE) y libre empresa (art. 38 CE), tenían reducida o incluso nula eficacia para evitar el arrastre de nutrientes hacia el Mar Menor y perjudicaban seria e intensamente a la actividad agrícola produciendo graves quebrantos sociales y económicos.

Los recurrentes pretendían que a esas restricciones se les aplicara el test o juicio de proporcionalidad (aplicado por primera vez en la STC 66/1995, de 8 de mayo), es decir, la comprobación suce-

²⁷⁵ Como la obligación de pasar de usos agrícolas a otros de carácter sostenible, la prohibición de usar fertilizantes, la limitación de los ciclos de cultivo, la obligación de reservar terreno para estructuras vegetales de conservación o para superficies de retención de nutrientes, la obligación de seguir las curvas de nivel, o la obligación de restituir el terreno a un estado natural en caso de abandono de cultivo.

siva de un juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Pero el Tribunal Constitucional restringe el alcance de ese test, «normalmente y de forma muy particular», a los derechos fundamentales; y, por el contrario:

«[...] cuando de [*sic*] se trata de acomodar la explotación económica de bienes o empresas a intereses colectivos, este tribunal ha reconocido al legislador un amplio margen de apreciación sobre la necesidad, los objetivos y las consecuencias de sus disposiciones».

Y se basa en la STC 16/2018, de 22 de febrero²⁷⁶, sobre la Ley foral de vivienda, donde también se solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la delimitación de la función social de la vivienda efectuada por el legislador autonómico en aplicación del principio de proporcionalidad, para acudir al criterio de razonabilidad. También entiende el Tribunal Constitucional que, desde la perspectiva de la libertad de empresa, el criterio empleado para controlar la constitucionalidad de las leyes ha sido el canon de la «razonabilidad», y no el de la proporcionalidad en sentido estricto.

La conclusión no se hace esperar y es que, al delimitar la función social de la propiedad, el legislador no está sometido al test de proporcionalidad, sino a un canon de justo equilibrio, razonabilidad o adecuación de las medidas al objetivo perseguido, y al respeto del contenido esencial de ambos derechos (art. 53.1 CE). No hay especiales justificaciones de esa singularidad de la valoración de las intervenciones en la propiedad privada o en la libertad de empresa: el Tribunal Constitucional diseña un régimen específico para esas situaciones sin ofrecer razones de ese proceder.

Para rematar la argumentación, se recurre una vez más a la STC 37/1987, de 26 de marzo, en punto al contenido esencial del derecho de propiedad y se recuerda, entre otros aspectos, que:

«[...] la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablativas en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario no desnaturaliza el derecho de propiedad, y que “debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario” vulneren el contenido esencial de la propiedad, teniendo en cuenta además que “la incorporación de tales exigencias [destinadas a satisfacer necesidades colectivas] a la definición misma del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados por la propia Constitución” [...] [E] límite para el legislador en esa función de delimitación a que está llamado en el art. 33.2 es que “la traducción institucional de tales exigen-

²⁷⁶ Y también en la STC 32/2018, de 12 de abril, sobre la Ley de vivienda de Andalucía.

cias colectivas no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho”».

9. LÍMITES A LAS RENTAS ARRENDATICIAS

Hay muchas Sentencias del Tribunal Constitucional que abordan normativa autonómica sobre medidas de protección del derecho a la vivienda²⁷⁷ que se plasman en limitaciones a las rentas arrendaticias, pero no se plantean su constitucionalidad desde la perspectiva del derecho de propiedad privada, sino que resuelven en función de criterios de distribución competencial. Este planteamiento evita que el Tribunal Constitucional se pronuncie acerca de su incidencia en el art. 33 CE. Sirva como ejemplo la STC 37/2022, de 10 de marzo, sobre diversos preceptos de la Ley catalana 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda²⁷⁸. El Tribunal Constitucional declara inconstitucional la regulación autonómica de la limitación en las rentas del contrato de arrendamiento, por considerarla como una de las bases de las obligaciones contractuales, pero anticipa cuál hubiera sido su criterio si se hubiera tratado de una norma estatal:

«El Código Civil, entendido como ordenamiento estatal regulador de las relaciones contractuales entre privados, contempla como regla básica la autonomía de la voluntad y la libertad de pactos (art. 1255 CC), en garantía de la libertad individual (art. 10.1 CE) y de empresa (art. 38 CE) en las que la institución del contrato encuentra su fundamento, pues, salvo excepciones justificadas,

²⁷⁷ Un buen panorama en NASARRE AZNAR, 2020, pp. 469-474. También MESSÍA DE LA CERDA, *RCDI*, 2020, pp. 3420 y ss.; AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, *RCDI*, 2021, pp. 2875 y ss.; y GUILABERT VIDAL, *DPyC*, 2023, pp. 179 y ss.

²⁷⁸ Sobre la vivienda, declara el Tribunal Constitucional:

«[L]a vivienda «no constituye un título competencial autónomo» (por todas, STC 59/1995, de 17 de marzo, FJ 3), sino que puede recaer bajo distintos títulos competenciales estatales o autonómicos dependiendo de cuál sea el enfoque y cuáles los instrumentos regulatorios utilizados en cada caso por el legislador. Dicha complejidad competencial es consecuencia de las distintas dimensiones constitucionales que presenta la vivienda («económica» y «social», STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2), de entre las que destacan, en el contexto de la presente controversia, las dos siguientes.

Por una parte, la vivienda, cuya protección se configura como un principio rector de la política social y económica en el art. 47 CE, constituye, especialmente en el caso de la vivienda habitacional, el soporte y marco imprescindible para el ejercicio de varios derechos fundamentales estrechamente vinculados con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) [...]

De otro lado, la vivienda constituye un importante activo patrimonial y, por ende, el objeto de un sector del mercado –el mercado inmobiliario–, lo cual le otorga una innegable relevancia desde la perspectiva de la actividad económica, el mercado único y la regulación del tráfico patrimonial privado...».

estamos en presencia de un sistema jurídico eminentemente dispositivo [...]

En el caso concreto del arrendamiento de vivienda, y más específicamente en cuanto a la renta en este tipo de contratos, este reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad que deriva del art. 1255 CC encuentra concreción específica en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, cuyo art. 17.1 («[I]a renta será la que libremente estipulen las partes») sienta el principio de libre estipulación de la renta inicial del alquiler, sin perjuicio de las reglas de actualización o modulación que incluyen los arts. 18 a 20. Regulación de la utilidad económica derivada del arrendamiento de vivienda fundada en el principio de libertad de pactos que, con un mayor o menor ámbito temporal de aplicación y sometida a ciertas modulaciones allá donde el legislador estatal las ha considerado necesarias para proteger al arrendatario ante la situación del mercado inmobiliario (así, por ejemplo, los arts. 57 y 95 y ss. del ya derogado texto refundido de la Ley de arrendamientos urbanos de 1964), ha sido una constante en la legislación estatal de arrendamientos urbanos, al menos, desde la aprobación de la Ley de 7 de mayo de 1942, por la que se regulan las rentas o alquileres de arrendamientos de casas, con excepción de las dedicadas a la explotación de industrias o establecimientos mercantiles.

Por tanto, este principio de libre estipulación de la renta en los arrendamientos urbanos ha de considerarse una base de las obligaciones contractuales, inferida de la legislación actualmente vigente, en cuanto define uno de los elementos estructurales de este tipo de contrato, el cual, salvo algunos aspectos determinados imperativamente por el legislador (ámbito de aplicación del contrato, fianza y formalización) se rige por los pactos, cláusulas y condiciones determinados por la voluntad de las partes. Pero no solamente por ser una plasmación o concreción de la regla general de primacía de la autonomía de la voluntad, sino además porque la regulación de la renta y de los criterios para su determinación tiene también una incidencia relevante en la actividad económica por cuanto afecta al sector inmobiliario y al alquiler de viviendas, lo que justifica su regulación estatal en garantía del principio de unidad de mercado.

El Estado resulta así ser el competente para fijar legalmente el principio de libertad de pactos en el establecimiento de la renta del contrato de alquiler de vivienda, así como para, en su caso, determinar sus eventuales modificaciones o modulaciones en atención al designio del legislador estatal respecto a la necesidad de ajustar o no el funcionamiento del mercado inmobiliario en atención a lo dispuesto en el art. 47 CE o en otros preceptos constitucionales. Cabe recordar al respecto que, como dijimos en la STC 89/1994, de 17 de marzo, FFJJ 5 y 8, la paridad contractual entre arrendadores y arrendatarios puede ser sometida a modulaciones fundadas en una finalidad tuitiva de intereses que se consideren necesitados de una especial protección –concretamente, los de los arrendatarios ante la situación del mercado inmobiliario–, como muestra la his-

toria de la regulación de los arrendamientos urbanos en nuestro país.

La reserva al legislador estatal de la competencia para la regulación tanto de la regla general como de sus posibles excepciones o modulaciones excluye, por tanto, que cualquier legislador autonómico pueda condicionar o limitar la libertad de las partes para determinar la renta inicial del alquiler de viviendas. El establecimiento de dicha libertad o, en su caso, su modulación y, en general, la regulación de las reglas para la determinación de la renta, son aspectos esenciales del régimen obligacional de los contratos de arrendamiento de viviendas que, en su condición de bases de las obligaciones contractuales, deben ser comunes y, por tanto, establecidas por el Estado. Consecuentemente, la determinación y, en su caso, la modificación de las bases de las obligaciones contractuales corresponde en exclusiva al Estado *ex art. 149.1.8 CE*, tanto al definir el régimen de la relación arrendaticia urbana, pues se refiere a un derecho del propietario y a una obligación del arrendatario [en similares términos *STC 61/1997*, de 20 de marzo, FJ 26 b)] como al actuar como garante de la unidad de mercado y del orden público económico por el interés público subyacente en la determinación de la renta.

Al legislador estatal, en uso del amplio margen de apreciación del que dispone para adoptar disposiciones en materia social y económica (*STC 32/2019*, de 28 de febrero, FJ 6), le corresponde pronunciarse sobre la adecuación de las bases del derecho contractual a los principios rectores de la política económica y social y, en particular, al derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada consagrado por el art. 47 CE, en conexión con la función social de la propiedad privada reconocida por el art. 33.2 CE, introduciendo, en su caso, las modificaciones oportunas. Todo ello, sin perjuicio de las competencias autonómicas en la materia para desarrollar políticas de protección del derecho a la vivienda»²⁷⁹.

²⁷⁹ También la *STC 57/2022*, de 7 de abril, se refiere a la Ley catalana 11/2020, de 18 de septiembre. El Tribunal Constitucional, que se remite a la *STC 37/2022*, de 10 de marzo, señala que:

«[C]areciendo el legislador autonómico de competencia material para implantar ese régimen de contención y moderación de rentas, tampoco la tiene para controlar su cumplimiento o las consecuencias de su infracción, por lo que la regla del art. 14 [sobre control y régimen sancionador] incurre en idéntica vulneración competencial y debe ser declarado inconstitucional».

Se considera asimismo inconstitucional la consideración como infracción leve de la no constancia del índice de referencia de precios del alquiler de viviendas, o, si procede, del importe de la renta del contrato de arrendamiento anterior (art. 16.1).

10. SUSPENSIÓN DE LANZAMIENTOS

Las STC 9/2023, de 22 de febrero, y 15/2023, de 7 de marzo, se refieren al Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y sus previsiones acerca de la suspensión del lanzamiento de la vivienda habitual habitada sin título para ello y planteada en un proceso penal.

En la STC 9/2023, de 22 de febrero, el Tribunal Constitucional rechaza que se trate de una regulación directa y con vocación de generalidad de las vertientes individual e institucional del derecho de propiedad sobre la vivienda, lo que hubiera sido relevante al tratarse de un Decreto-ley. Indica que

«[...] [l]os incisos cuestionados lo que hacen es extender a los procesos penales la suspensión de lanzamientos ya introducida en su momento, para determinados juicios verbales en el ámbito civil, por el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre [...]

La extensión de la suspensión a los lanzamientos que se sustancien en procesos penales se hace sobre la premisa, como ya hemos puesto de manifiesto, del alcance limitado de la medida: (i) no afecta a todos los propietarios (solamente a los titulares de más de diez viviendas); (ii) no ampara todas las circunstancias de entrada o permanencia de la vivienda sin título habilitador, es más, la medida no se aplica a las viviendas que son domicilio habitual o segunda residencia; (iii) la medida no es general y automática, sino que será adoptada por el juez previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias que concurran (extrema necesidad, existencia o no alternativa habitacional...) y (iv) la medida tiene un carácter temporal.

Estamos pues, ante una medida limitada en cuanto a su ámbito de aplicación subjetivo, objetivo y temporal, que no tiene por objeto una regulación directa y general del derecho de propiedad de la vivienda, ni afecta a su contenido esencial. Una medida que responde a una finalidad de interés social –la protección de las personas en situación de vulnerabilidad como consecuencia de la crisis generada por el Covid-19–, que incide mínimamente y de forma temporal sobre la posesión o capacidad de disposición, incidencia que además podrá ser objeto de compensación económica, como se desprende de las disposiciones adicionales segunda y tercera del Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre».

Hay un contundente Voto Particular²⁸⁰ que cuestiona esa interpretación respecto a la incidencia en el derecho de propiedad privada. Considera que, aunque los incisos impugnados

«no contienen una regulación general del derecho de propiedad. Sin embargo, en cuanto condicionan necesariamente el poder de disposición sobre determinadas viviendas de sus legítimos propietarios para satisfacer una finalidad de interés social como es la protección de personas consideradas en situación de vulnerabilidad, sí que alteran de manera intensa las condiciones de ejercicio del derecho de propiedad respecto al concreto conjunto de propietarios a los que va dirigida la medida [...]

[L]a medida [...] supone, para el propietario de una vivienda que se encuentre en la situación descrita en la norma, la imposibilidad temporal de recuperar la disposición sobre la vivienda, siendo el poder de disposición facultad inherente al derecho de propiedad. Dicha privación temporal de ese poder de disposición, por cierto, se ha ido prolongando en el tiempo, como consecuencia de las sucesivas prórrogas de la medida que se han ido aprobando: la última, por el momento, hasta el 30 de junio de 2023. Y eso pese a que la vivienda ha sido ilegalmente ocupada [...] continuación de la perpetración del delito imputado.

Para estos propietarios se trata de una regulación general y es claro que sufren una afectación significativa en su derecho de propiedad en la medida en que, por la decisión del legislador de urgencia (sucesivamente prorrogada, se insiste), se ven privados temporalmente (y de forma extendida en el tiempo, hasta ya tres años) de la disponibilidad del bien y de su posible utilidad económica, pero a la vez siguen obligados a soportar las cargas fiscales, (el impuesto sobre bienes inmuebles y la imputación en el impuesto sobre la renta de las personas físicas o en el impuesto de sociedades, cuando menos) así como las derivadas de la legislación de propiedad horizontal (cuotas de la comunidad ordinarias y extraordinarias) y demás que la titularidad del inmueble comporta. El fundamento de la restricción del derecho que así se padece parece hallarse en un criterio genérico de ordenación de determinadas propiedades y propietarios que hace de la transferencia forzosa y supuestamente temporal del uso de las viviendas, en casos que han dado lugar a la incoación de procedimientos penales, una técnica de intervención impuesta para que determinadas personas se vean obligadas a la cobertura con sus propios bienes de problemas, como el de la dificultad de acceso a una vivienda digna, que deberían ser capaces de resolver los poderes públicos [...]

[M]ediante el recurso a la potestad legislativa de urgencia, el Gobierno hace recaer la realización efectiva de un principio rector

²⁸⁰ Formulado por el Magistrado don Enrique Arnaldo Alcubilla, y que es asumido por la Magistrada doña Concepción Espejel Jorquera.

de carácter social sobre las espaldas de determinados propietarios [...]

Que [...] nos encontramos ante una regulación directa del derecho de propiedad se comprueba también si se toma en consideración que lo que la norma está diciendo es que el único uso posible de un determinado tipo de bienes, cuando estén en manos de determinadas personas, ha de realizarse de un modo efectivo, con la influencia consecutiva que esa imposición tiene también sobre el poder de disposición de las viviendas por sus legítimos propietarios. Y, además, añade que, para que eso se produzca, no será óbice el hecho de que se trate de casos en los que está abierto un procedimiento penal por habitar la vivienda careciendo de título habilitante para ello. La norma controvertida, y la sentencia que viene a darla por válida, parecen presuponer que el hecho de que el propietario no requiera de la vivienda para satisfacer sus propias necesidades en la materia es motivo suficiente para excluir la afectación a su derecho de propiedad y para justificar la ocupación de la vivienda por un tercero (usurpación), lo que me parece un entendimiento erróneo de la noción de “afectación” que contiene el art. 86.1 CE como límite material a la regulación mediante decreto-ley.

Y, desde la perspectiva de la vertiente objetiva del derecho de propiedad, la norma controvertida hace ceder el derecho de disposición de los propietarios en atención a una pretendida función social, cuando, de haber sido probada la situación de vulnerabilidad económica y social, su atención corresponde, como ya he señalado, a los poderes públicos con cargo a los recursos de los que disponen, y no a determinados particulares a los que, por decisión del Gobierno, se les impone, como ya he señalado antes, la carga de que sus bienes sean utilizados para atender tales situaciones. No me parece ocioso recordar que la función social delimita el contenido del derecho de propiedad, pero no su contenido esencial (art. 53.1 CE), que debe ser respetado siempre (STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5). Una privación completa, aunque sea temporal, de la disponibilidad del bien inmueble y de su utilidad económica convierte la propiedad en una carga que se impone exclusivamente a los propietarios afectados para la utilidad de todos [...]

[E]s asimismo, cuestionable que vaya acompañada de la compensación económica que sería exigible, pues, [...] esa supuesta compensación dista mucho de ser automática [...]

Se trata de una compensación peculiar, en la medida en que se hace con cargo a los recursos del plan estatal de vivienda 2018-2021 y, muy especialmente, porque solo cabe pedirla en un caso muy particular, en que la administración pública incurre un funcionamiento gravemente anormal: cuando, emitido informe por los servicios sociales señalando las medidas adecuadas para atender la situación de vulnerabilidad acreditada, estas medidas no se adoptaran en un plazo de tres meses. Paradójicamente, si los servicios sociales no emiten su informe no comienza a correr ese plazo, por

lo que el propietario perjudicado se verá privado en ese supuesto de solicitar la compensación económica por la privación temporal de su bien inmueble. Y, adicionalmente, para solicitar esa compensación se exige que los propietarios perjudicados acrediten que la suspensión del lanzamiento les haya ocasionado perjuicio económico, al encontrarse la vivienda ofertada en venta o arrendamiento con anterioridad a la entrada en el inmueble. Fácilmente se comprueba que la posibilidad de conseguir la compensación económica a la que se refiere la sentencia está sometida a tales restricciones en la normativa que la regula que cabe dudar seriamente de que pueda ser considerada una compensación efectiva.

Creo, por tanto, que la regulación examinada no tiene el limitado alcance que la sentencia le atribuye, pues, atendiendo a su ámbito de aplicación, se dirige a precisar el haz de facultades que integra este tipo de derecho de propiedad privada, limitando las posibilidades de disposición de sus titulares y, al propio tiempo, definiendo la función social del mismo, que son, como hemos visto, los dos elementos básicos que conforman el derecho de propiedad. Se trata de una transferencia coactiva no voluntaria, puesto que se obliga al propietario a tolerar el uso sin título de su vivienda, e implica una intensa afectación del derecho de propiedad, claramente gravosa, establecida por razones de interés público relacionadas con la atención de determinadas situaciones de vulnerabilidad social o económica [...]

[L]a medida discutida supone, a mi entender, que el propietario perjudicado se ve privado, durante un prolongado periodo de tiempo, y sin compensación económica efectiva, de la utilidad de su derecho de propiedad sobre el bien inmueble, con el deber de soportar las cargas que del mismo se derivan, lo que determina que la norma impugnada haya superado uno de los límites materiales que el art. 86.1 CE impone a los decretos-leyes».

La STC 15/2023, de 7 de marzo, también desestima el recurso de inconstitucionalidad, remitiéndose a la doctrina de la STC 9/2023, de 22 de febrero, indicando que

«[...] no se acomete una regulación directa del derecho de propiedad de la vivienda, ni se afecta al contenido esencial de tal derecho, sino que se incide en las facultades protegidas de manera temporal y solo en supuestos en que concurren exigentes requisitos establecidos con carácter cumulativo, y previa valoración ponderada de las circunstancias de cada caso concreto por parte del órgano judicial. Más precisamente, lo que hacen dichos incisos es extender a los procesos penales la suspensión de lanzamientos ya introducida en su momento, para determinados juicios verbales en el ámbito civil, por el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre. Medida de suspensión que, por otra parte, no es extraña a nuestro ordenamiento jurídico...».

Como era de esperar, se repite en lo sustancial el Voto Particular disidente²⁸¹:

«Para el propietario de una vivienda que se encuentre en la situación descrita en la norma supone la imposibilidad temporal de recuperar la disposición sobre ella, incluso cuando se trate de un procedimiento penal por ser su ocupación (usurpación) constitutiva de delito, lo que también comporta, de hecho, legitimar dicha ocupación y la continuación de la perpetración del delito imputado. La medida discutida, incluida en los incisos impugnados, implica que el propietario perjudicado se ve privado, durante un prolongado periodo de tiempo (que ya llega a los tres años), sin compensación económica efectiva, de la utilidad de su derecho de propiedad sobre el bien inmueble, subsistiendo, por el contrario, el deber de soportar las cargas que del mismo se derivan, incluso en casos que han dado lugar a la incoación de procedimientos penales por habitar la vivienda careciendo de título habilitante para ello».

BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria. O la crónica de la desvalorización anunciada del derecho fundamental a la propiedad privada», *Revista de Administración Pública*, n.º 185, 2011, pp. 9-47.
- AGUILERA VAQUÉS, Mar: «Propuestas para definir los límites constitucionales a la propiedad privada (*regulatory takings* vs regulaciones inconstitucionales de la propiedad)», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, vol. II, pp. 939-964.

²⁸¹ Formulado por el Magistrado don Enrique Arnaldo Alcubilla. La Magistrada doña Concepción Espejel Jorquera añade

«[L]a regulación ahora impugnada priva a los propietarios del uso y disfrute de la vivienda y limita su facultad de disposición, dada la evidente dificultad de vender un inmueble ocupado sin título y mediante la comisión de un delito y respecto del cual no existe constancia del momento en el que podrá ser recuperada la posesión, situación que, frente a la premisa de limitación temporal de la suspensión del lanzamiento argumentada en la sentencia, se viene ya prolongando mediante sucesivos decretos-leyes desde hace varios años.

Dicha afectación de las facultades esenciales inherentes a la propiedad, uso y disfrute y disposición, en beneficio de los condenados en causa penal, en detrimento del derecho de los propietarios perjudicados, no puede estimarse justificada mediante la alusión a la función social de la propiedad que han de garantizar los poderes públicos, lo que no puede efectuarse en detrimento de los particulares afectados por la norma, que se ven privados de sus bienes y simultáneamente deben seguir sufragando las cargas fiscales correspondientes, los gastos inherentes a la propiedad y los consumos disfrutados por terceros; soportando así una ilegítima privación de sus derechos para hacer frente a una situación que, en su caso, debería abordarse con cargo a fondos públicos».

Hay también otro Voto Particular disidente del Magistrado don Enrique Arnaldo Alcubilla, que no entra en cuestiones relativas al derecho de propiedad.

- ANDERSON, Miriam: «La doble dimensión del derecho a la vivienda en el ámbito privado: objeto especialmente protegido y límite del derecho de propiedad», *Derecho Privado y Constitución*, 2021, n.º 38, pp. 81-117.
- ARGELICH COMELLES, Cristina: *Ley por el derecho a la vivienda*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.
- ARRUÑADA, Benito: «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, pp. 54-74. Disponible en: <https://www.ieemadrid.es/wp-content/uploads/IEE-Informe-Marzo-2021.La-propiedad-privada-en-Espana.IIDP-2020-1.pdf> (última consulta: 23 de febrero de 2023).
- AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, Irene: «El derecho de propiedad y la limitación de la renta en los contratos de arrendamiento residenciales en Cataluña», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2021, n.º 787, pp. 2875-2927.
- BAÑO LEÓN, José M^a.: «El contenido esencial de la propiedad en el contexto del derecho europeo», en AA.VV., *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo*, vol. II, Universidad de Zaragoza-IberCaja-Caja Inmaculada-El Justicia de Aragón-Cortes de Aragón-Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2008, pp. 1781-1796.
- BARCELONA LLOP, Javier: «Privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, n.º 185, 2011, pp. 49-87.
- BARCELONA LLOP, Javier: *Propiedad, privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.
- BARNÉS VÁZQUEZ, Javier: *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Madrid, 1988.
- BARNÉS VÁZQUEZ, Javier: «La propiedad agraria: a propósito de la STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la Ley de Reforma Agraria andaluza», *Revista de Administración Pública*, 1989, n.º 119, pp. 269-311.
- BARNÉS VÁZQUEZ, Javier: «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», *Revista de Administración Pública*, 1994, n.º 135, pp. 495-535.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «La propiedad», *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, 1993, n.º 8, pp. 203-228.
- CALABRESI, Guido; y MELAMED, A. Douglas: «Propiedad, responsabilidad, inalienabilidad: Una perspectiva de la catedral», *Anuario de Derecho Civil*, 1997, vol. 50, pp. 187-235.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1984, n.º 11, pp. 39-106.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «*Ius aedificandi*» y *accesión (La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos)*, Montecorvo, Madrid, 1986.
- COLINA GAREA, Rafael: *La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978*, J.M.Bosch, Barcelona, 1997.
- COOTER, Robert; y ULEN, Thomas: *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 2016, 3.ª ed.
- DE LOS MOZOS, José Luis: *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.

- DELAVEREAU SWETT, Rodrigo: «La regulación expropiatoria en la jurisprudencia norteamericana», *Revista Chilena de Derecho*, 2006, vol. 33, n.º 3, pp. 411-438.
- DEMSETZ, Harold: «Toward a Theory of Property Rights», *The American Economic Review*, 1967, vol. 57, n.º 2, pp. 347-359.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: «Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística», *Revista de Derecho Urbanístico*, 1971, n.º 23, pp. 13-33.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: «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, pp. 1257-1270.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: «Propiedad y Constitución», en AA.VV., *Propiedad y Derecho Civil*, Centro de Estudios, Madrid, 2006, pp. 13-22.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: «¿Hay que indemnizar las privaciones generales de propiedad? (En torno a la sentencia *Jahn y otros c. Alemania* de 22 de enero de 2004)», en AA.VV., *Propiedad y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios, Madrid, 2005, pp. 119-133.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, 4.ª ed. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com> (última consulta: 26 de abril de 2023).
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: «Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable», *Indret*, 2012a, n.º 1, pp. 1-60.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: «Prohibido regar: ¿Expropiación o delimitación de la propiedad no indemnizable?», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2012b, n.º 39-40, pp. 269-291.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: «Sobre la propiedad: observaciones histórico-dogmáticas y actuales», *Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente*, 2006, n.º 225, pp. 119-158.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas», *Revista de Administración Pública*, 1996, n.º 141, pp. 131-154.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2022, 17.ª ed. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/> (última consulta: 23 de febrero de 2023).
- GARRIDO FALLA, Fernando: «El régimen administrativo de la propiedad», *Revista de Derecho Privado*, 1959, pp. 457-475.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «Derechos de propiedad y costes de transacción: ¿qué puede enseñar Coase a los juristas?», *Anuario de Derecho Civil*, 1998, vol. 51, pp. 1035-1070.
- GUILABERT VIDAL, María Remedios: «La inconstitucionalidad de la normativa catalana sobre el control de precios en el arrendamiento: SSTC 37/2022, 57/2022, 118/2022 y 150/2022», *Derecho Privado y Constitución*, 2023, n.º 42, pp. 179-215.
- GUILOFF TITIUN, Matías: «En defensa del casuismo: reflexiones acerca del control de constitucionalidad de las limitaciones a la propiedad privada», *Estudios Constitucionales*, 2019, n.º 2, pp. 265-300.
- HARDIN, Garrett: «The Tragedy of Commons», *Science*, 1968, vol. 162, pp. 1243-1248.

- HELLER, Michael A.: «The tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets», *Harvard Law Review*, 1998, vol. 111, pp. 621-688.
- JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita: «La protección del derecho de propiedad en el marco del Convenio de Roma (Sobre la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2000, asunto ex Rey de Grecia y otros c. Grecia)», *Derecho Privado y Constitución*, 2001, n.º 15, pp. 239-264.
- LASARTE, Carlos: «Propiedad privada e intervencionismo administrativo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1975, n.º 239, pp. 135-165.
- LOBATO GÓMEZ, J. Miguel: *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, Montecorvo, Madrid, 1989.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M^a.: *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M^a.: «El derecho de propiedad. Una relectio», *Anuario de Derecho Civil*, 1998, vol. 51, pp. 1637-1692.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M^a.: «¿Un nuevo paradigma jurídico del mercado tras la crisis?», *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, 2020, n.º 28, pp. 112-141.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M^a.: «Propiedad privada y disciplina del mercado en el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda», *Cuadernos de Derecho Local*, 2022, n.º 59, pp. 14-34.
- MAGRO SERVET, Vicente: «Análisis práctico y sistemático de los aspectos relevantes de la nueva Ley de vivienda 12/2023 de 24 de mayo», *La Ley*, 2023, n.º 10295, 26 de mayo de 2023. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es> (última consulta: el 26 de mayo de 2023).
- MARÍN GARCÍA, Ignacio; y MILÀ RAFEL, Rosa: «El alquiler forzoso de la vivienda desocupada. La expropiación temporal del usufructo del art. 42 del Proyecto de Llei de Dret a l'Habitatge de Catalunya, de 12 de diciembre de 2006», *InDret*, 2007, n.º 2, pp. 1-33.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis: *La propiedad en las Leyes del Suelo*, Civitas, Madrid, 2004.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz: «Cuestiones económicas en torno a las reglas de transmisión de la propiedad y de publicidad inmobiliaria», *InDret*, 2008, n.º 4, pp. 1-22.
- MECO TÉBAR, Fabiola: «La función social de la propiedad: reconocimiento, alcance y criterios. Especial referencia a la vivienda», en AA.VV., *Derechos reales (Tratado práctico interdisciplinar)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 433-448.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel: «La propiedad en la nueva Ley del Suelo», *Derecho Privado y Constitución*, 1994, n.º 3, pp. 63-130.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María: «La función social de la propiedad y su repercusión en los supuestos indemnizatorios de la Ley 8/2007 de Suelo y los espacios naturales protegidos», *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, 2008, n.º 38, pp. 35-62.
- MESSÍA DE LA CERDA, Jesús Alberto: «La función social de la propiedad de la vivienda y las normativas autonómicas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, n.º 783, pp. 3417-3465.
- MIR PUIGPELAT, Oriol: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002.

- MONTÁNCHEZ RAMOS, Manuel: «Concepto constitucional de la propiedad: especial referencia a la propiedad urbana», en AA.VV., *Propiedad y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios, Madrid, 2005, pp. 153-172.
- MONTÉS, Vicente L.: *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980.
- MUÑOZ GUIJOSA, M^a. Astrid: *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, Civitas, Madrid, 2009.
- MUÑOZ GUIJOSA, M^a. Astrid: *La vinculación singular en la normativa sobre suelo y urbanismo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015a. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/> (última consulta: 8 de marzo de 2023).
- MUÑOZ GUIJOSA, M^a. Astrid: «La problemática conceptualización jurídica de la vinculación singular y su trascendencia aplicativa», *Revista de Administración Pública*, 2015b, n.º 196, pp. 171-207.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. XIV, *La actividad regulatoria de la Administración*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.
- NASARRE AZNAR, Sergio: «Cuestionando algunos mitos del acceso a la vivienda en España, en perspectiva europea», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2017, n.º 35, pp. 43-69.
- NASARRE AZNAR, Sergio: *Los años de la crisis de la vivienda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- NASARRE AZNAR, Sergio: «El Proyecto de Ley de vivienda 2022», *Apuntes. Informes y papeles del Grupo de Trabajo Mixto Covid-19*, 2022, pp. 1-25. Disponible en: <https://documentos.fedea.net/pubs/ap/2022/ap2022-11.pdf> (última consulta: 4 de marzo de 2023).
- NASARRE AZNAR, Sergio; y MOLINA ROIG, Elga: «La política de vivienda y el Derecho civil», en AA.VV., *Reformando las tenencias de la vivienda. Un hogar para tod@s*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 185-241.
- NIETO, Alejandro: «Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa», *Revista de Administración Pública*, 1962, n.º 38, pp. 67-124.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert: «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, pp. 15-55.
- OSTROM, Elinor: *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*, UNAM, México, 2000.
- PARADA, Ramón: «Evolución y crisis del instituto expropiatorio», *Documentación Administrativa*, 1990, n.º 222, pp. 41-78.
- PAREJO ALFONSO, Luciano: «La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán (I)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1978a, n.º 17, pp. 245-272.
- PAREJO ALFONSO, Luciano: «La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán (II)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1978b, n.º 19, pp. 541-570.
- PAZ-ARES, Cándido: «Principio de eficiencia y derecho privado», en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, vol. 3, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2843-2900.
- PIPES, Richard: *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*, Turner-Fondo de Cultura Económica, Madrid-México, 2002.
- PONS CÀNOVAS, Ferran: *La incidencia de las intervenciones administrativas en el derecho de propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

- PONT CASTEJÓN, Isabel: «La técnica expropiatoria en Derecho anglosajón. Estados Unidos y Gran Bretaña», *Documentación Administrativa*, 1990, n.º 222, pp. 223-251.
- POSNER, Richard A.: *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica. México, 2007, 2.ª ed.
- PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: «El derecho a la propiedad privada en la Constitución Española 1978», *Revista Jurídica del Notariado*, 2018, n.º extraordinario, pp. 321-367.
- PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: «Derecho a gozar de una vivienda digna y adecuada y derecho a la propiedad de vivienda (A propósito del Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda)», *Revista Jurídica del Notariado*, 2022, n.º 115, pp. 131-174.
- REY MARTÍNEZ, Fernando: *La propiedad privada en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994a.
- REY MARTÍNEZ, Fernando: «Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada», *Derecho Privado y Constitución*, 1994b, n.º 3, pp. 169-202.
- REY MARTÍNEZ, Fernando: «El devaluado derecho fundamental de propiedad privada», en AA.VV., *Propiedad y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios, Madrid, 2005, pp. 195-228.
- REY MARTÍNEZ, Fernando: «El devaluado derecho de propiedad privada», *Persona y Derecho*, 2006, n.º 55, pp. 959-995.
- REY MARTÍNEZ, Fernando: «El nuevo criterio de «la tutela materialmente equivalente» en relación con las expropiaciones legislativas (La STC 48/2005)», *Teoría y Realidad Constitucional*, 2007, n.º 19, pp. 397-412.
- RIBOT IGUALADA, Jordi: «La garantía constitucional del dret a la propietat privada», *Derecho Privado y Constitución*, 1994, n.º 3, pp. 203-234.
- RICCIO, Angelo: *La propiedad en el marco del convenio europeo de derechos humanos*, Reus, Madrid, 2018.
- ROCA TRÍAS, Encarnación; y AHUMADA RUIZ, Mª. Ángeles: «Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española», en AA.VV., *Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España. xv Conferencia Trilateral. 24-27 de octubre 2013. Roma*, pp. 1-37. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentosreuniones/37/ponencia%20espa%C3%91a%202013.pdf> (última consulta: 22 de febrero de 2023).
- RODOTÀ, Stefano: *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Civitas, Madrid, 1986.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: «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, 2018a, pp. 1147-1175.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: «Una revolución silenciosa (I): la propiedad privada», «post» de 15 de junio de 2018, Almacén de Derecho, 2018b. Disponible en: <https://almacenederecho.org/una-revolucion-silenciosa-i-la-propiedad-privada> (última consulta: 30 de junio de 2023).
- ROGEL VIDE, Carlos: *El derecho a la herencia en la constitución*, Reus, Madrid, 2017.
- SÁNCHEZ BALLESTEROS, Vanesa: «Los límites de la función social de la propiedad en la modelización de las facultades del propietario como garantía de acceso a la vivienda digna para todos y la libertad de empresa», *Revista de Derecho Civil*, 2023, n.º 1, pp. 141-174.

- SANTAELLA QUINTERO, Héctor: *La propiedad privada constitucional: una teoría*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- SERNA VALLEJO, Margarita: «Apuntes para la revisión del concepto de *propiedad liberal* en España doscientos años después de Cádiz», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2011, pp. 469-491.
- SHAVELL, Steven: *Fundamentos del análisis económico del Derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2017.
- SIMÓN MORENO, Héctor: «Naturaleza jurídica, contenido y efectos de la regulación de un derecho fundamental a la vivienda en la Constitución Española», en AA.VV., *Reformando las tenencias de la vivienda. Un hogar para tod@s*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 53-88.
- SIMÓN MORENO, Héctor: «La evolución constitucional de la función social de la propiedad y el nuevo régimen del derecho de propiedad sobre una vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda», *Derecho Privado y Constitución*, 2023, n.º 42, pp. 139-177.
- SIMOU, Sofía: «La configuración filoclimática del derecho de propiedad», *InDret*, 2017, n.º 3, pp. 1-65.
- SMITH, Adam: *La riqueza de las naciones*, Alianza Editorial, Madrid, 1996.
- TORNOS MAS, Joaquín: «El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2014, n.º 99-100, pp. 2853-2871

LISTADO JURISPRUDENCIAL

RESOLUCIÓN	PONENTE	REFERENCIA
STEDH (Sección 3.ª) de 22 de enero de 2004 (Jahn y otros c. Alemania)	No consta	TEDH 2004\5
STEDH (Gran Sala) de 30 de junio de 2005 (Jahn y otros c. Alemania)	No consta	JUR 2005\174053
STEDH (Sección 5.ª) de 8 de diciembre de 2011 (Althoff y otros c. Alemania)	No consta	TEDH 2011\105
STEDH (Sección 5.ª) de 8 de diciembre de 2011 (Göbel y otros c. Alemania)	No consta	JUR 2011\416838
STC 11/1981, de 8 de abril	Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León	BOE, n.º 99, de 25 de abril de 1981, pp. 1-13
STC 27/1981, de 20 de julio	Don Plácido Fernández Viagas	BOE, n.º 193, de 13 de agosto de 1981, pp. 12-18
STC 111/1983, de 2 de diciembre	Don Jerónimo Arozamena Sierra	BOE, n.º 298, de 14 de diciembre de 1983, pp. 36-49
STC 108/1986, de 29 de julio	Don Ángel Latorre Segura	BOE, n.º 193, de 13 de agosto de 1986, pp. 14-26
STC 166/1986, de 19 de diciembre	Don Eugenio Díaz Eimil	BOE, n.º 3, de 3 de enero de 1987, pp. 10-21
STC 37/1987, de 26 de marzo	Don Jesús Leguina Villa	BOE, n.º 89, de 14 de abril de 1987, pp. 6-22
STC 67/1988, de 18 de abril	Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer	BOE, n.º 108, de 5 de mayo de 1988, pp. 2-9
STC 227/1988, de 29 de noviembre	Don Jesús Leguina Villa	BOE, n.º 307, de 23 de diciembre de 1988, pp. 2-37
STC 170/1989, de 19 de octubre	Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer	BOE, n.º 267, de 7 de noviembre de 1989, pp. 49-56
STC 6/1991, de 15 de enero	Don Carlos de la Vega Benayas	BOE, n.º 38, de 13 de febrero de 1991, pp. 13-21
STC 149/1991, de 4 de julio	Don Francisco Rubio Llorente	BOE, n.º 180, de 29 de julio de 1991, pp. 14-53
STC 89/1994, de 17 de marzo	Don Luis López Guerra	BOE, n.º 89, de 14 de abril de 1994, pp. 56-70
STC 102/1995, de 26 de junio	Don Rafael de Mendizábal Allende	BOE, n.º 181, de 31 de julio de 1995, pp. 3-44

RESOLUCIÓN	PONENTE	REFERENCIA
STC 156/1995, de 26 de octubre	Don Julio Diego González Campos	BOE, n.º 284, de 28 de noviembre de 1995, pp. 18 a 26
STC 207/1999, de 11 de noviembre	Don Pablo García Manzano	BOE, n.º 300, de 16 de diciembre de 1999, pp. 41 a 46
STC 204/2004, de 18 de noviembre	Don Vicente Conde Martín de Hijas	BOE, n.º 306, de 21 de diciembre de 2004, pp. 63-76
STC 48/2005, de 3 de marzo	Doña María Emilia Casas Baamonde	BOE, n.º 81, de 5 de abril de 2005, pp. 62-74
STC 112/2006, de 5 de abril	Don Pablo Pérez Tremps	BOE, n.º 110, de 9 de mayo de 2006, pp. 58-72
STC 28/2012, de 1 de marzo	Don Pablo Pérez Tremps	BOE, n.º 75, de 28 de marzo de 2012, pp. 74 a 83
STC 93/2015, de 14 de mayo	Don Juan José González Rivas	BOE, n.º 146, de 19 de junio de 2015, pp. 51425-51464
STC 144/2015, de 22 de junio	Don Andrés Ollero Tassara	BOE, n.º 182, de 31 de julio de 2015, pp. 66645-66653
STC 154/2015, de 9 de julio	Don Andrés Ollero Tassara	BOE, n.º 194, de 14 de agosto de 2015, pp. 74295-74322
STC 95/2017, de 6 de julio	Don Juan José González Rivas	BOE, n.º 191, de 11 de agosto de 2017, pp. 81254-81275
STC 16/2018, de 22 de febrero	Don Juan José González Rivas	BOE, n.º 72, de 23 de marzo de 2018, pp. 32703-32726
STC 32/2018, de 12 de abril	Don Alfredo Montoya Melgar	BOE, n.º 124, de 22 de mayo de 2018, pp. 53639-53660
STC 43/2018, de 26 de abril	Doña Encarnación Roca Trías	BOE, n.º 130, de 29 de mayo de 2018, pp. 55949-55964
STC 80/2018, de 5 de julio	Don Antonio Narváez Rodríguez	BOE, n.º 189, de 6 de agosto de 2018, pp. 79415-79445
STC 97/2018, de 19 de septiembre	Doña Encarnación Roca Trías	BOE, n.º 247, de 12 de octubre de 2018, pp. 99873-99898

RESOLUCIÓN	PONENTE	REFERENCIA
STC 106/2018, de 4 de octubre	Don Fernando Valdés Dal-Ré	BOE, n.º 264, de 1 de noviembre de 2018, pp. 107100-107108
STC 116/2019, de 16 de octubre	Don Juan José González Rivas	BOE, n.º 279, de 20 de noviembre de 2019, pp. 128088-128100
STC 16/2021, de 28 de enero	Don Juan José González Rivas	BOE, n.º 46, de 23 de febrero de 2021, pp. 22004-22045
STC 112/2021, de 13 de mayo	Don Ricardo Enríquez Sancho	BOE, n.º 142, de 15 de junio de 2021, pp. 73275-73305
STC 148/2021, de 14 de julio	Don Pedro José González-Trevijano Sánchez	BOE, n.º 182, de 31 de julio de 2021, pp. 93561-93655
STC 183/2021, de 27 de octubre	Don Antonio Narváez Rodríguez	BOE, n.º 282, de 25 de noviembre de 2021, pp. 145259-145376
STC 37/2022, de 10 de marzo	Don Pedro José González-Trevijano Sánchez	BOE, n.º 84, de 8 de abril de 2022, pp. 48495-48531
STC 57/2022, de 7 de abril	Doña María Luisa Balaguer Callejón	BOE, n.º 113, de 12 de mayo de 2022, pp. 66483 a 66508
STC 8/2023, de 22 de febrero	Doña María Luisa Balaguer Callejón	BOE, n.º 77, de 31 de marzo de 2023, pp. 47742-47776
STC 9/2023, de 22 de febrero	Don Cándido Conde-Pumpido Tourón	BOE, n.º 77, de 31 de marzo de 2023, pp. 47777-47797
STC 15/2023, de 7 de marzo	Don Ramón Sáez Valcárcel	BOE, n.º 89, de 14 de abril de 2023, pp. 53416-53444
STS (cont.) de 27 de octubre de 1979	Don Isidro Pérez Frade	ECLI:ES:TS:1979:2206
STS (cont.) de 21 de febrero de 1981	Don Ángel Martín del Burgo y Marchán	ECLI:ES:TS:1981:573
STS (cont.) de 5 de mayo de 1981	Don Ángel Martín del Burgo y Marchán	ECLI:ES:TS:1981:410