

## LOS DERECHOS DE PROPIEDAD

**Rafael Illescas**

*Universidad Carlos III de Madrid*

### 1. CONTEXTO DE LA PONENCIA



**L** ponente no es un filósofo del Derecho ni un jurista de Derecho público. Tampoco es un civilista. Es simplemente un mercantilista y, por tanto, ni siquiera está familiarizado con la propiedad inmobiliaria; mucho menos con sus avatares constitucionales en el Derecho español y comparado a lo largo del último siglo. El campo habitual de reflexión del ponente es el derecho de la circulación mobiliaria y, por ello, la propiedad de dicha naturaleza. Además entiende referirse a la propiedad privada. Sin esta propiedad, ciertamente, no se concibe ni el tráfico mercantil ni sus protagonistas –los empresarios y sus organizaciones, las empresas. Dicha propiedad, por otra parte, no es un invento reciente como tampoco lo son los mercados ni los intercambios que se producen en ellos o fuera de ellos: al igual que muchas instituciones económicas y jurídicas, la propiedad mobiliaria y los mercados forman parte de la cultura de Occidente desde la época de los romanos. Ellos sistematizan y ordenan reglas que facilitan su funcionamiento si bien no cabe duda que la conformación actual, sobre todo de los mercados, es fruto de la libertad de comercio geográficamente localizada y restringidamente



ejercitada que se institucionaliza en Europa occidental después de la superación del gran miedo del año 1000. Ello sin hacer mención de los casos chino y centroamericano.

## 2. EL DERECHO DE PROPIEDAD –MOBILIARIA PRINCIPALMENTE–HOY

Actualmente la propiedad, principalmente la mobiliaria, reviste unas características propias de la época. Ellas quizá permitan que se pueda hablar de los derechos –y no del derecho– de propiedad. Me parece que nos encontramos ante una propiedad en gran medida fiduciaria, mediata, masiva, fungible, movilizadora e incluso electrificada.

Es fiduciaria porque es una propiedad basada más en el crédito y la buena fe que en criterios de *imperium* y cogencia. Esto es especialmente apreciable por lo que hace a la propiedad mobiliaria por antonomasia, la del dinero. Los ciudadanos hoy ostentan en dinero fiduciario –y no metálico– su propiedad en virtud de la confianza que le ofrece el emisor, su estabilidad y su probidad a la hora de gestionar las grandes cuentas públicas que soportan las actividades de puesta en circulación llevadas a cabo por los Estados que emiten.

Es mediata porque, precisamente, la propiedad del dinero –la más común y generalizada– no lo es de una cosa propiamente dicha sino de un título-valor, esto es, un documento que atribuye derechos y permite su conversión en efectivas cosas materiales, muebles o inmuebles, a conveniencia del propietario.

Es masiva o difusa porque vivimos en Occidente y es España una sociedad de propietarios: no sólo de muebles sino también de inmuebles. Existen los no propietarios pero no puede ignorarse el dato de la extraordinaria difusión de la propiedad. Ciertamente que los propietarios no son iguales y que hay diferencias en propiedad y también en renta pero un difundido común denominador social hoy es el goce de la propiedad. Lo que los economistas llaman ahorro y equipamiento familiar no es otra cosa que la propiedad de la vivienda, su múltiple y sofisticado amueblamiento contemporáneo, el automóvil y uno o varios instrumentos de ahorro y crédito. Pienso que el inevitable Estado del bienestar consiste sustancialmente en ello más que en otros extremos económica y socialmente menos relevantes pero más populares como la garantía pública de la salud y de la supervivencia en la vejez.

La propiedad –las cosas objeto de ella– es fungible hoy día como consecuencia de la enorme extensión de la sociedad de consumo que abarca muy amplias capas de la ciudadanía que son alcanzados por una diversidad repetitiva de ofertas de bienes y servicios. No obstante, la competencia entre los oferentes de bienes y servicios fungibles es muy importante a un doble efecto: primero porque mediante tal competencia los precios con los que podrán ser los bienes intercambiados serán más beneficiosos para los futuros propietarios; y segundo porque la elección o decisión por éstos sobre aquéllos es un elemento de libertad –y responsabilidad– que en las relaciones económicas no puede ser subestimado como acontece cuando se reduce la libertad y su ejercicio sólo al campo de lo político.

La movilidad –casi mejor movilización– de la propiedad contemporánea es manifiesta: una tupida red de contratos, contratantes profesionales –empresarios– y ciertas reglas jurídicas permiten que, sobre una base generalizada de confianza y libertad, la propiedad mobiliaria no permanezca ociosa en manos de su titular sino que se utilice por terceros con fines de crecimiento y diseminación de sus resultados. De propiedad mediatizada –ejercida indirectamente– se puede hablar cuando se refiere a los medios de producción y distribución: a través de la participación en sociedades de capital y fondos de inversión o de pensiones es como habitualmente se ejercen hoy, de modo interpuesto o mediatizado, las facultades dominicales. La prueba más patente de ello la ofrecen las privatizaciones que se practican por todo el mundo.

Las reglas de confianza aludidas no suelen ser de Derecho público ni recientes; basta al efecto recordar la clásica regla sobre el depósito irregular del Código de Comercio de 1885 –artículos 307.3 y 310– o la no menos memorable disposición sobre la posesión equivalente al título de propiedad –artículo 464– que consagra el Código Civil de 1889.

La electrónica, por último, ha venido a desempeñar un papel decisivo, por cuanto que acelerador y multiplicador sin detrimento de libertad y seguridad –no estoy seguro de que la confidencialidad no haya sufrido un cierto deterioro–, en la circulación de la propiedad de los bienes muebles y de los derechos asimilados a ellos.

Si objetivamente, a mi parecer, la propiedad contemporánea se configura de la manera que acabo de describir, desde una perspectiva subjetiva tal propiedad no se altera en sus rasgos característicos plurimilenares. Si acaso, alguno de ellos se acentúa al socaire de la incrementada movilidad contemporánea del derecho en cuestión y de las cosas sometidas al mismo. En efecto, las facultades del propietario siguen siendo las de conservar, transmitir, usar y rentabi-

lizar. Quizá este último apartado resulte ser una novedad del siglo presente en la materia; no me atrevo a asegurarlo pero sin duda la facultad del propietario para obtener el máximo de beneficio de su propiedad constituye una dimensión que el Derecho no poseía en épocas pretéritas en las que la inmovilidad –en sentido literal y sentido figurado– de las cosas poseídas constituían el rasgo dominante de ellas.

### **3. LA LEGITIMACIÓN CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO DE PROPIEDAD**

Ya he hecho una referencia incidental al Estado del bienestar y a su conexión fundamental con los derechos de propiedad y no sólo con los referentes al ahorro y equipamiento familiar sino también con los relativos a los medios de producción y distribución. En tres aspectos importantes de la conexión se legitima contemporáneamente la propiedad. Son los siguientes:

i) La propiedad contribuye a la felicidad personal de los ciudadanos individualmente considerados. Con palabras de Braudel, la que denominó con acierto «civilización material» es, ante todo, civilización. No por estar compuesta por elementos materiales –además de espirituales–, en efecto, la aptitud civil de las personas merece el menosprecio, antes bien, la notable consideración: la satisfacción de las necesidades vitales ha sido, y continúa siendo, el objetivo primario de los hombres y base sobre la que se construye la felicidad. A partir de dicha satisfacción –mínimo común denominador– la civilización compone un grado superior de convivencia y en ello el componente material goza de particular importancia. Los pensadores clásicos escoceses, por otra parte y con acierto también, vinculan la propiedad a la libertad: actualmente no cabe la menor duda de que se puede ser libre sin propiedad, pero no es menos cierto que mayor independencia se tiene, y por ende mayor libertad, cuando sobre la base del propio peculio el individuo no padece el condicionamiento material del ejercicio del propio criterio. Desde esta perspectiva habría, en alguna ocasión, que reconsiderar la detestable opinión generalmente habida sobre el antiguo sufragio censitario: una justificación, cuando no una fundamentación, se obtendría en la garantía de criterio independiente de los votantes poseedores de patrimonio. Ciertamente, ni que aclararse tiene, entre garantía de independencia e igualdad de los ciudadanos ésta debe absolutamente de prevalecer.

ii) La propiedad es actualmente un elemento importante de cohesión social, en particular desde que se convierte en una realidad masiva y difusa según ya indiqué más arriba. Occidente, dígame lo que se diga, nunca ha dejado de ser una sociedad de propietarios –pequeños o grandes, muchos o pocos–. En el actual momento Occidente y gran parte de sus contornos se afianza históricamente como una sociedad de muchos pequeños propietarios, directos e indirectos: directos por lo que hace al equipamiento familiar-personal e indirectos por lo que se refiere a los medios de producción y distribución.

Es indudable que esta configuración no excluye la existencia de grandes propietarios generadores de desigualdades, si bien cada vez menos patentes y menos exhibidas por otra parte; pero viene también implicando su disminución relativa así como la disminución muy acentuada de las diferencias de rentas entre los ciudadanos.

No es menos cierto, tampoco, que la mediatización en la propiedad de los instrumentos de producción y distribución hace que una de las facultades del propietario se haya venido deteriorando a lo largo del presente siglo: la facultad de uso. En lo que hace especialmente a las medianas y grandes sociedades y a todos los fondos comunes, los propietarios (accionistas y comuneros) no ejercen sus facultades dominicales del mismo modo y de la misma intensidad con que las ejercitan los propietarios de rústica: la sociedad mercantil descrita por Berle y Means –y recientemente explicada por Roe– es la manifestación clásica de lo expuesto.

El éxito extraordinario, incluso popular, de las privatizaciones de los últimos quince años en España y fuera de ella por cuya virtud una legión de ávidos aspirantes a propietarios mediatos de grandes sociedades mercantiles, hasta el momento de propiedad estatal, pugnan por la adquisición de acciones, es el ejemplo más patente de cómo la sociedad actual resulta cada vez más una sociedad de propietarios privados. Éstos comparten muy similares concepciones económicas de su felicidad personal y de su relación social; en otro caso, ni las cifras de accionistas ni las de depositarios ni las de concurrentes a las privatizaciones podrían tener una explicación válida. Las campañas publicitarias sin duda inciden pero sólo compran acciones quienes pueden pagar su precio y, a la par, ponderan los riesgos implícitos en el acto patrimonial de disposición. En suma, de una sociedad sin propietarios hemos pasado, en cincuenta años, a una sociedad de propietarios.

iii) La propiedad privada se legitima, por último, como un instrumento al servicio del crecimiento, la producción y la distribución económicas. En la medida en que se mediatiza a través de compañías y fondos y se moviliza pro-



fesional y repetidamente incluso a través de la rápida y segura tecnología electrónica, la propiedad ha dejado de ser rentista para devenir productora. Esta afirmación, por otra parte, no es sino fruto de la constatación empírica de lo acaecido en el mundo a lo largo de los últimos diez años –todavía sigue acaeciendo en especial si se comparan en China los territorios comunes con las eufemísticamente denominadas «zonas económicas especiales»–: el fracaso económico y político del colectivismo es simplemente un hecho, además de una estafa histórica

Las nuevas realidades económicas, por otra parte, vienen incluso en los países que recelan de la propiedad privada confirmando lo que ahora acaba de exponerse. La irrupción del mercado global, la imparable liberalización de los intercambios internacionales, la conversión de antiguas colonias europeas en nuevos y temibles competidores, la revolución tecnológica y de la información son todos datos, entre otros, que gravitan de un modo imprevisto sobre los derechos económicos de los ciudadanos y su modo de ejercicio en el cambio de milenio. No nos encontramos ante lo que Fukuyama calificó como el fin de la historia pero, desde luego, estamos en el inicio de un nuevo capítulo radicalmente diferente del que finaliza. Desde luego que, en estas sus primeras páginas la propiedad pública y estatal está demostrando unas notables –quien sabe si irreversible– inoperancia y falta de adaptación.

#### 4. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN

Aproximadamente, a lo largo de los cinco años siguientes a la aprobación de la Constitución un amplio debate se organizó en España entre juristas de Derecho privado en mayor medida –Menéndez, Duque, Rojo, Font– acerca de lo que se vino a denominar la «Constitución económica»: nunca intervino en él considerando que cualquier atisbo crítico respecto del texto fundamental podría no sólo ser malinterpretado sino, lo que es más grave, dificultar siquiera en el plano científico el arraigo de la democracia en España. El debate en cuestión poca luz arrojó sobre el clausulado económico del texto de 1978: un eclecticismo entre liberalismo y socialismo fue la conclusión unánime de todas las aportaciones, con un mayor o menor énfasis en uno u otro polo de la relación. Una cierta sensación de encontrarse frente a la cuadratura del círculo compuso, por otra parte, el punto de partida del debate aludido.



En la actualidad, las circunstancias que rodean la interpretación constitucional no son ni mucho menos las dramáticas de la transición política española. En el mundo tampoco persiste ni la guerra fría ni la guerra de las galaxias de por aquel entonces. Todo ello permite mayor claridad en la exposición y mayor claridad también en la organización de las ideas. Además, el tratamiento de la propiedad por parte de la jurisdicción constitucional es también ya una realidad que por los primeros ochenta no existía.

Así pues, libre de las ataduras expuestas y con un acopio mayor de datos, he de señalar directamente que la Constitución consagra la propiedad privada de un modo solemne y preciso pero, acto seguido, la somete a modalidades o insuficiencias que enturbian la nitidez del reconocimiento inicial: cuatro principales reglas constitucionales componen la figura. A saber: los artículos 33.1, 33.2 y 3, 53 y 128.1.

Por el primero de los preceptos citados lisa y llanamente «se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia».

A través de los restantes, como se ha dicho, queda enturbiada la nitidez del reconocimiento ahora reproducido, el cual no había hecho sino llevar al texto fundamental la realidad social y económica del país tal y como se ha venido exponiendo. Los factores de confusión aludidos son los siguientes:

i) Los límites del derecho de propiedad consagrados en los párrafos 2 y 3 del propio artículo 33 resultan vagos e inseguros. En primer término, no resisten una comparación con los límites, si es que existen, de los derechos políticos. En segundo lugar carecen de precisión; en realidad nos enfrentamos con tres conceptos jurídicos indeterminados que en modo alguno ofrecen garantía de estabilidad para el derecho que delimitan. Se ocupan de abrir paso a un entendimiento un tanto aleatorio del Derecho por los poderes públicos a efectuarse conforme a «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados» de acuerdo con la fórmula afortunada del artículo 3.1 del Código Civil. En efecto, ni la «función social», ni la «utilidad pública» ni el «interés social» constituyen límites a los poderes públicos en su relación con la propiedad privada sino más bien todo lo contrario. La referencia a la indemnización es insuficiente, por otra parte, con los rasgos actuales de la propiedad mobiliaria, mediatizada y difusa en su titularidad y debilitada en su ejercicio por parte de sus titulares. Baste a título de ejemplo ponderar las diferencias existentes entre tres diversas expropiaciones: la de un inmueble para la construcción de una carretera, la de un paquete de mando de acciones de una sociedad anónima —que comporte el derecho a designar la mayoría del órgano de administración—

amenazador para la seguridad del tráfico y la declaración como secreta de una patente según el artículo 119 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, por razones de seguridad nacional. Mientras que en el primer caso todo –interés social o utilidad pública, leyes aplicables, determinación del justiprecio, etcétera– resulta claro, en el último lo es tan sólo parcialmente para en el segundo encontrarnos ante un muy difícil ajuste entre la salvaguardia de los derechos de propiedad y la eficacia de sus límites constitucionales.

ii) La ubicación del artículo 33 dentro del capítulo segundo del título primero de la Carta hace que el derecho de propiedad, de acuerdo con el artículo 53.1, quede beneficiado de la reserva de ley que en este precepto se fija. No obstante, su emplazamiento dentro de la sección segunda del mencionado capítulo hace que, de acuerdo con el artículo 53.2, el derecho de propiedad quede excluido del amparo constitucional. Es ésta, en mi opinión, la más palpable prueba del secundario grado que los constituyentes atribuyeron al derecho estudiado. Sin penetrar en los motivos presumiblemente ideológicos de dicho tratamiento, considero craso error someter a idéntico régimen de tutela constitucional el derecho de propiedad y el tan de moda déficit público; es aceptable, si bien en ningún caso obvio, que el deseo-exhortación formulado por la Constitución en su artículo 31.2 en cuya virtud la programación y ejecución de dicho gasto público «responderán a los criterios de eficiencia y economía» no pueda ser objeto de amparo constitucional. La misma naturaleza del déficit –antípoda de la regla de economía en el gasto público–, sus causas determinantes y su esencia pública lo hacen incomparable con el concreto derecho de propiedad privada de un ciudadano. Sin embargo la Constitución los equipara alejando la propiedad del núcleo de derechos de primer rango del ciudadano. Sólo problemas y complicaciones derivan, como ya se ha comprobado, de la decisión constitucional. Y desde luego una diferenciación de trato que no encuentra un fundamento, en mi opinión, suficiente.

iii) El panorama de inseguridad descrito se complementa con una tan sólo aparentemente romántica declaración contenida en el artículo 128.1 que vale la pena recordar, declaración que nada menos abre el título VII de la Constitución referente a «Economía y Hacienda». Conforme a la misma, literalmente, «Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general».

Es cierto que la palabra «propiedad» ha sido ahorrada en el texto transcrito y que la subordinación de la riqueza al interés general es susceptible de muy diversos grados de práctica. No es menos cierto, sin embargo, que la regla, con su formulación absoluta e ilimitada puede resultar incluso un tanto

amenazadora. En efecto, siempre en el respeto de la reserva de ley, la disposición fundamental citada puede llegar a poner en cuestión el sistema de economía de mercado. A ello coadyuva el no menos tranquilizador tenor del párrafo 2 del precepto que se analiza: en él, y de nuevo al amparo de conceptos jurídicos indeterminados como «recursos o servicios esenciales» o «interés general» queda autorizada la adopción de muy concretas medidas como el «monopolio» y la «intervención de empresas» que suponen claras restricciones del derecho de propiedad o de algunas de las facultades inherentes al mismo.

## 5. LA PRÁCTICA DE LOS PODERES PÚBLICOS: CASOS CRÍTICOS

Someramente me limitaré a señalar tres casos críticos, uno por cada poder público –con la salvedad del jurisdiccional en sentido técnico, dada la especial naturaleza del Tribunal Constitucional–, de actuación de los límites del derecho de propiedad. Ninguno de ellos es comparable con la práctica restrictiva de otros derechos constitucionales del ciudadano y ponen de manifiesto la influencia que sobre las decisiones públicas ejerce la configuración del derecho de propiedad como derecho de segundo nivel consagrado por la Carta. Tanto en asuntos de gran envergadura política cuanto en medidas irrelevantes para el gran público y dictadas, no obstante, de notable alcance empresarial.

Son los siguientes:

i) La Sentencia del Tribunal Constitucional 111/1983, de 2 de diciembre, dictada en el recurso de inconstitucionalidad 116/1983 contra el Real Decreto-ley 2/1983 sobre expropiación de los bancos y otras sociedades que componían el grupo «Rumasa». En el caso, un Tribunal profundamente dividido, resuelve la constitucionalidad de la expropiación. Lamentablemente y dada la inexistencia de amparo, la sentencia se preocupa más de la constitucionalidad de la medida legislativa expropiatoria que de la solidez del derecho de propiedad.

ii) La intervención y sustitución de administradores de la entidad mercantil «Banco Español de Crédito, S. A.», con fecha de 28 de diciembre de 1994.

iii) La aprobación de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada y, en particular, de su artículo 30.1 cuyo tenor es el siguiente:

«Serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos “inter vivos”.»

Conforme a esta inócua disposición y sin razones aparentes basadas en ninguno de los conceptos indeterminados constitucionalmente consagrados, los propietarios de participaciones sociales emitidas por las sociedades a las que se refiere la Ley 2/1995 quedan definitivamente privados de una de las facultades inherentes al derecho de propiedad: la facultad de disponer libremente de dicha propiedad.

Estas tres pinceladas –correspondientes cada una de ellas a cada uno de los poderes públicos– evidencia en la práctica pública española la trascendencia de un deficiente reconocimiento constitucional del derecho de propiedad.

Con su mención no tengo mayor intención que la de promover el análisis minucioso y práctico, en la vida social y económica de cada día, de las normas y derechos a los que los estudiosos con frecuencia se enfrentan desde una perspectiva eminentemente teórica. Igualmente hago patente, a través de concretos ejemplos, la preocupación más dogmática que he pretendido poner de manifiesto en epígrafes anteriores.

