

EL ESTATUTO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA (*)

POR

RAMÓN MARTÍN MATEO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ACTUAL COMPRENSIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD: 1. Precedentes jusnaturalistas. 2. El espontaneísmo económico y el individualismo liberal. 3. Corrección y crisis del liberalismo. 4. El objetivismo y la publicación del Derecho. 5. La propiedad en el Estado social. 6. Concepciones vigentes del Derecho de propiedad.—III. EXAMEN DE LOS POSIBLES CONDICIONANTES EN LA CONFIGURACIÓN POR EL ESTADO DEL INSTITUTO DE LA PROPIEDAD: A) Los derechos adquiridos. B) Las garantías constitucionales de la propiedad. C) Compensaciones económicas.—IV. LAS CATEGORÍAS UTILIZADAS PARA EL ENCUADRAMIENTO DE LAS FACULTADES DOMINICALES: A) Límites-confines. B) Limitaciones. C) Servidumbres de Derecho público. D) Deberes. E) Intervenciones de policía.—V. LA CONFORMACIÓN ESTATAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA. INTENTO DE REELABORACIÓN SISTEMÁTICA: A) Comprensión estatutaria de la propiedad. B) Trascendencia de esta comprensión en relación con la problemática tradicional de las restricciones de la propiedad: 1. La expropiación forzosa y el estatuto de la propiedad. 2. Limitaciones y deberes. 3. Servidumbres y estatuto dominical. 4. La policía administrativa. 5. El criterio de la indemnización. B) Esquema clasificatorio para una posible sistematización de las determinaciones estatutarias de la propiedad.

I.—INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo aborda un tema que debe forzosamente merecer la atención de quienes cultivan una disciplina que como la nuestra contempla insistentemente la zona conflictiva en la que se mueven los intereses privados y los que la Administración, por sus intrínsecos postulados existenciales, está encargada de tutelar. Buena parte del Derecho administrativo viene, en efecto, dirigido a proporcionar cauces jurídicos a través de los cuales puedan ser eliminados estos posibles antagonismos, prestando a la par suficientes garantías a los particulares, en el sentido de que ni éstos serán privados arbitrariamente de sus derechos, ni los constreñimen-

(*) Este trabajo ha sido escrito especialmente para el volumen en homenaje al Profesor SAYAGUÉS LASO, que se publicará próximamente.

tos y sacrificios que a los mismos se imponga excederán de los límites que la prevalencia del bien común determina.

No existe quizá en nuestros días una institución que más interés haga converger ni que más polémicas polarice que la dominical. En su favor o en su contra se esgrimen los más variados argumentos, invocándose incluso en los dos sentidos postulados suprapositivos, postulándose en aras del mismo principio del respeto a la dignidad del hombre ora su aniquilamiento, ora su exaltación. Cuál sea, pues, el significado que hoy tenga esta institución y cuál su trascendencia no sólo para la vida económica, sino para el complejo total de la vida política y social, constituye un interrogante a cuyo despejamiento acuden presurosos no sólo los intérpretes y los teorizantes, sino también, y no siempre con éxito, los redactores y sancionadores de los textos constitucionales.

Desde el ángulo de nuestra disciplina intentaremos, pues, examinar a continuación el impacto producido por el Ordenamiento jurídico administrativo en el Estatuto de la propiedad inmobiliaria. Para ello, y antes de analizar las técnicas interventoras concretas, se realizará un enmarcamiento general de los términos del problema.

II.—ACTUAL COMPRENSIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

Parece ocioso el abordar nuevamente el análisis de los fundamentos del derecho de propiedad replanteando en toda su extensión la amplia polémica que sobre este instituto se ha centrado y las numerosas teorías a que se ha recurrido en explicación de los derechos que origina. Únicamente nos interesa precisar su sentido contemporáneo, analizando dentro del sistema occidental de valores cuáles sean los rasgos que parecen relevantes de las relaciones jurídicas originadas, partiendo para ello de los inmediatos antecedentes que las doctrinas liberales suministran, y las rectificaciones que a sus premisas han introducido no sólo corrientes teóricas de pensamiento, sino los propios postulados fácticos de la realidad social trasuntos en el orden jurídico que no ha podido desconocerlos, y posterior o simultáneamente reelaborados por el pensamiento jurídico-social que ha operado con estos datos.

En el plan que desarrolla el presente trabajo conviene, pues, contrastar las tesis liberales con las correcciones a que han sido sometidas a virtud del impacto de las teorías de los límites de la propiedad, su función social y el predominio de la obra del Estado en la conformación del sistema jurídico que representa.

1. *Precedentes jusnaturalistas.*

No es infrecuente el recurso a la doctrina presuntamente tradicional de la Iglesia para legitimar como de derecho natural al Instituto de la propiedad privada (1). Sin embargo, y sin desconocer que efectivamente puede existir base para argumentaciones de esta índole, es cuestionable si tal posición se debe únicamente a los propios fundamentos de la doctrina católica o a la influencia ejercida en su comprensión por alguno de sus más destacados expositores de los filósofos de la antigüedad y los juriscónsultos romanos (2). Es por ello por lo que en la doctrina de los Santos Padres en que no se revelan tales influencias puede detectarse cierta antipatía hacia las formas privadas de apropiación y una propensión acusada hacia la propiedad colectiva (3). Pero incluso en Santo Tomás, que ha sido destacado como uno de los más importantes defensores de la propiedad privada como de derecho natural (4), se ha visto contrariamente un predecesor de las tesis colectivistas, señalándose que en todo caso concebía la propiedad más que como un derecho natural como un instituto del derecho de gentes sujeto a concreciones positivas y a evolución histórica (5).

(1) Según SOUSBERCHE, *Propriété «de droit naturel», thèse neo scolastique et tradition scolastique*, en «Nouvelle Revue Theologique», 1950, pág. 580, la tesis de la propiedad de derecho natural que él califica por su proximidad histórica como neo-escolástica no ha sido el objeto aún de una seria investigación histórica. Para él fué introducida por primera vez en un manual católico por el jesuíta TAPARELLI, como si se tratase de un bien poseído desde siempre y unánimemente admitido por la tradición católica, aunque ésta comienza realmente en esta fecha: «nada igualmente en la bibliografía remonta más allá». En el mismo sentido KRASINSKI, en el «Freiburger Zeitschrift für Philosophie und Theologie», volumen I, 1954, págs. 64 a 87, citados ambos por PANIAGUA, *La teoría acerca de la propiedad privada en la doctrina jusnaturalista de la neo-escolástica*, en *Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano*, vol. I, Madrid, 1959, pág. 274, a quien debe acreditarse el mérito de haber realizado una de las pocas investigaciones históricas rigurosa sobre este tema.

(2) PANIAGUA, *La teoría acerca de la propiedad privada*, cit., pág. 297.

(3) Refiriéndose a los Padres de la Iglesia, afirma PANIAGUA que «tal vez sea excesivo afirmar con KONRAD FARNER que cargan el acento en la alta divinidad de la propiedad colectiva; pero es indudable que no miran con gran simpatía a esa forma de propiedad que se presta a tantos abusos y ofrece tantos peligros para el fiel cumplimiento del Evangelio. Y a veces aparece una especie de añoranza de aquel colectivismo de la primitiva Iglesia», op. cit., pág. 285. De acuerdo con TRUYOL Y SERRA, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Madrid, 1961, pág. 252, San Juan Crisóstomo y San Basilio aspiraban a restablecer en lo posible la comunidad primitiva mediante una especie de contribución forzosa de los ricos, y estos santos, así como San Gregorio Nazareno y San Ambrosio, consideraban la comunidad de bienes como el estado originario y natural del hombre.

(4) Vid. PANIAGUA, *La teoría acerca de la propiedad privada*, loc. cit., pág. 288.

(5) «Para Santo Tomás como para los teólogos y filósofos del Siglo de Oro, digan lo que quieran muchos modernos tocados de individualismo, la propiedad privada no es una imposición absoluta de la naturaleza ni una simple exigencia incondicionada de la Ley

Sin embargo, donde la propiedad adquiere unos rasgos decisivos en el seno de la sociedad política, es en LOCKE (6) quien la sustrae a la disposición de los gobernantes en cuanto que éstos deben actuar precisamente en su defensa, ya que han sido estos imperativos los que, según este autor (7), determinaron a los hombres a abandonar la espontánea libertad natural para crear unas organizaciones protectoras de sus derechos, a las cuales no hacen dejación de los que a la propiedad se refiere (8). Este énfasis sobre el derecho de la propiedad posteriormente recibido o compartido por los fisiócratas, también anclados en las nociones jusnaturalistas del orden natural, es transmitido a la escuela liberal (9) a través de las concepciones individualistas de la Revolución, creando una compacta masa doctrinal y teórica sobre la que van a incidir tesis sustentadas más inmediatamente, dando lugar, como veremos, a las actuales nociones del derecho de propiedad.

2. *El espontaneísmo económico y el individualismo liberal.*

La obra de la Revolución pretendió, sobre las bases jusnaturalistas suministradas por los filósofos de la ilustración, depurar el derecho de la propiedad de los ingredientes extraños que el feudalismo había en él introducido, destilando así nuevamente este derecho, libre de cargas y ajenas sujeciones (10), al objeto de que en manos de sus titulares pudiese

natural, sino una forma histórica sujeta a evoluciones más o menos lentas; la propiedad privada es el producto de una elaboración personal», PALACIO, *Enquiridion sobre la propiedad*, Madrid, 1935, pág. 7, cit. por PANIAGUA, *La teoría acerca de la propiedad privada*, página 273. Este último autor recuerda las palabras de Santo Tomás, de acuerdo con las cuales la propiedad se añade al Derecho natural por invención de la razón humana, pág. 294.

(6) Vid. *Essays on the Law of Nature*, Oxford, 1954.

(7) Vid. EBENSTEIN, *Los grandes pensadores políticos*, trad. esp., Madrid, 1965, página 499, y CHEVALIER, *Los grandes textos políticos*, trad. esp., Madrid, 1965, págs. 99-100.

(8) Aludiendo al alcance del Gobierno en la obra de LOCKE, señala EBENSTEIN, op. cit., página 500, como para este autor el poder legislativo supremo está sometido a determinadas restricciones en cuanto que como poder transmitido al mismo por la comunidad, lógicamente no puede ser superior al que los individuos poseen y éstos carecen de facultades para destruir su propia vida o arrebatar las propiedades de otros.

(9) Según SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, Turín, 1959, pág. 27, la primera teoría capitalista de la propiedad como fruto del trabajo y del ahorro en contraste con la gran propiedad fundiaria que invocaba su justificación en el derecho divino o en el derecho natural, fué elaborada por LOCKE.

(10) Vid. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, vol. II, Madrid, 1957, pág. 75; CARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, Madrid, 1960, pág. 240, y ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, París, 1963, pág. 86, quien indica cómo bajo el régimen feudal había sido creado alrededor de la tierra un complejo de derechos y sobre todo de deberes, particularmente objetivista, mientras que, al contrario, la propie-

producir las beneficiosas consecuencias de índole económica para las que se les suponía dotado, con arreglo al espontáneo juego de las fuerzas de esta índole, individualmente potenciadas, pero en definitiva beneficiosas para la colectividad en su conjunto. Fué, pues, el contenido económico de la propiedad (11), en cuanto riqueza más que poder (12), lo que animó desde un principio los esfuerzos liberales.

Para ello sería necesario conectar el derecho de propiedad con las libertades innatas del individuo, de las que la apropiación de bienes constituía una manifestación cardinal (13). El ciudadano abstractamente considerado (14) habría de desarrollar individualmente sus propias fuerzas en el contexto social exterior, debiendo, casi por un imperativo moral (15),

dad del Código civil sería la propiedad quirritaria de los romanos, propiedad franca, de la que el propietario puede libremente usar y disponer, comportando un mínimo de cargas. Vid., sobre el sentido de la reforma agraria española, de acuerdo con el movimiento iniciado bajo el reinado de Carlos III, BALLARÍN, *Derecho agrario*, Madrid, 1965, págs. 27 y sigs., y sobre el problema concreto de la liquidación de señoríos, MOXO, *La disolución del régimen señorial en España*, Madrid, 1965, donde claramente se perfila la orientación liberatoria y liquidatoria del sistema feudal de esta legislación, especialmente págs. 58 y sigs., y 137 y sigs.

(11) Pone de relieve ARANGUREN, *Moral y sociedad*, Madrid, 1965, págs. 42 y 43, que el planteamiento del problema agrario por los ilustrados, era ante todo económico y de productividad, de aumento de la riqueza de la nación, teniendo el programa desamortizador en su primera fase una finalidad promotora de la productividad dirigida al incremento por esta vía de la riqueza y felicidad de la nación.

(12) En España, y antes de la incidencia de las reformas apuntadas, «la tierra era aún considerada, al modo feudal, como instrumento de poder, no de riqueza. Los colonos, como hemos visto, eran súbditos del señor en el orden administrativo y en el judicial». ARANGUREN, *Moral y sociedad*, pág. 40.

(13) Para HEGEL, «la persona tiene para su fin esencial el derecho de poner su voluntad en cada caso, la que, en consecuencia, es mía; no teniendo aquella en sí misma un fin semejante, retiene su determinación y anima mi voluntad; el absoluto derecho de apropiación del hombre sobre las cosas», *Filosofía del Derecho*, trad. esp., Buenos Aires, 1955, pág. 73. Similarmente identificaba A. H. ARENS en la propiedad privada el fundamento material de la personalidad humana, *Curso de Derecho natural*, trad. esp., Madrid, 1873, pág. 420, y STAHL concebía la propiedad como la materia para la manifestación de la individualidad del hombre, *Die Philosophie des Rechts*, Tubingen und Leipzig, 1878, pág. 351, cit. por PANIAGUA.

(14) Refiriéndose al sistema de nuestro Código civil, señala BALLARÍN, como era consecuencia de la exaltación de la libertad individual como raíz del comportamiento económico, en la línea propugnada por ADAM SMITH y los fisiócratas, «esas ideas de los economistas al uso formaban sistema coherente con toda la filosofía racionalista individualista, según la cual, en el centro de la sociedad, como su átomo fundamental, aparecía el individuo abstracto, el hombre sin su vertiente familiar, profesional, corporativa, etc., un *homo novus* libertado de vasallajes y feudos...» *Derecho agrario*, pág. 65.

(15) «A través de lo dicho se va viendo, creo, hasta qué punto Economía y Moral aparecen estrechamente ligadas en la concepción de la Ilustración: por un lado solamente los ciudadanos virtuosos, los representantes de un "ascetismo mundano", heredero del puritano, pueden producir riqueza; pero, por el otro lado, la moral, como veremos pronto en detalle, consiste para la Ilustración fundamentalmente en un conjunto de virtudes que sin

según las tesis puritanas posteriores, crear y desarrollar riquezas, con la mínima injerencia de los poderes estatales que deberían favorecer y no perturbar estos espontáneos impulsos individuales. Únicamente por vía de voluntaria decisión podrían asumirse cargas y compromisos frente a otros sujetos (16). El pactismo y el contractualismo constituían así los postulados esenciales del desarrollo intersubjetivo de la mecánica de obtención y disfrute de unos bienes que el Estado debería conservar en manos de sus titulares (17), evitando, tanto de su parte como de otros sujetos, toda clase de no queridos constreñimientos y atentados. Tales premisas, incluidas en los textos constitucionales, fueron recogidas en los monumentos codificadores (18), que en principio no establecían para la propiedad más restricciones que las justamente precisas para cohonestar los derechos de sus titulares haciendo compatible el mutuo disfrute.

3. Corrección y crisis del liberalismo.

Las propias premisas de que partía el liberalismo eran susceptibles de una utilización contraria a los fines por él perseguidos. «De la misma concepción del naturalismo jurídico se derivan algunas consecuencias no previstas que lo atacan en su base. Si la propiedad es esencial para explicar la libertad natural del hombre, ello quiere decir que no deben disfrutarla

exageración pueden ser denominadas virtudes económicas o utilitarias» (ARANCUREN, *Moral y sociedad*, pág. 17).

(16) Según FÉLIX, es en la filosofía griega donde primero aparece la relación entre libertad y propiedad frente al despotismo oriental, *Entwicklungsgeschichte des Eigentums*, reimpression Darmstadt, 1964, vol. IV, 2.^a parte, sección 2.^a, pág. 525, pero en todo caso se debió al liberalismo el redescubrimiento de lo que LASKI denomina el Estado contractual, *El liberalismo europeo*, pág. 16, trad. esp., Méjico, 1961, 2.^a edición. Para MAX WEBER, *Economía y sociedad*, vol. I, 2.^a ed. española, Méjico, 1964, pág. 542, el tipo más puro del Derecho natural formal es el que apareció en los siglos XVII y XVIII, especialmente en la forma de la teoría del pacto, los derechos de libertad son el elemento esencial de este derecho natural, figurando en primer término la libertad contractual.

(17) Claramente se exponían estas premisas por BURKE en sus *Reflexiones sobre la Revolución francesa*, «gracias a una política constitucional realizada según las reglas de la naturaleza recibimos, poseemos, y transmitimos nuestro gobierno y nuestras propiedades y nuestras vidas», exaltándose así, frente a la Revolución, las virtudes del régimen inglés que tomaban en consideración cómo «el poder de perpetuar nuestra propiedad en nuestras familias es una de las más valiosas e interesantes circunstancias que hemos de considerar en todo caso, ya que es lo que tiene la tendencia mayor a perpetuar la sociedad por sí misma», trad. esp. de TIerno GALVÁN, págs. 94 y 134, quien justamente en el prólogo de la obra señala cómo «a Burke se le ha ido de entre las manos la primacía de la política en cuanto decisión y poder, transformándose en función social subalterna dedicada a la conservación de lo recibido dentro de las exigencias actuales», EBENDA, pág. 19.

(18) Vid. BALLARÍN, *Derecho agrario*, págs. 46, 61 y sigs., quien con referencia a nuestro Código civil pone de manifiesto su falta de sentido social.

sólo algunos hombres como un odioso privilegio, sino que todos los hombres deben ser propietarios... La negación radical del individualismo procede, pues, de un lógico desarrollo del concepto de individualidad» (19).

Por lo demás, la invocación del jusnaturalismo constituye en ocasiones un peligroso recurso que corre el riesgo de ser utilizado también por ideas revolucionarias de contrario sentir (20). Pero en todo caso la aparición de anchas capas sociales con consciente noción de su escaso nivel de apropiación de bienes, al contrastar su situación con las premisas liberales igualitarias (21), determinó un nuevo giro en la apreciación de las ventajas espontaneísticas del desarrollo social, la puesta en tela de juicio de la validez indefinida de los dogmas contractualistas, y la progresiva intervención niveladora del Estado, que, sin poderse desentender de las reclamaciones de un amplio sector de ciudadanos con un pie decidido en la vida política, sometió al orden social económico basado en la propiedad y libre pacto, a sucesivas correcciones interventoras (22).

4. *El objetivismo y la publicación del Derecho.*

De acuerdo con ROUBIER, en el periodo más largo de la historia y no solamente en las épocas primitivas, el derecho sólo aparecía bajo el aspecto de reglas sociales determinadoras de lo lícito o ilícito (23). El objetivismo representa, según este autor, la tendencia histórica más antigua en cuanto que implica la fijación de un orden que permite el reforzamiento de la cohesión social y la paz dentro del grupo garantizado por un poder político. Cuando a partir del Renacimiento se afirma el respeto a las prerrogativas individuales, surge, desde un punto de vista nuevo, la idea de los derechos subjetivos, cuya potenciación máxima se realizará en la época del predominio absoluto de las ideas del individualismo. Con el desarrollo de la civilización industrial y la emergencia del proletariado, el

(19) RUGGIERO, *Historia del liberalismo europeo*, trad. esp., Madrid, 1944, págs. 34 y 35.

(20) «La invocación al Derecho natural ha sido siempre la forma en que las clases que se revelaban contra el orden existente prestaban legitimidad a su anhelo de creación jurídica cuando no se apoyaban sobre la tradición o sobre normas religiosas positivas», MAX WEBER, *Economía y Sociedad*, vol. I, pág. 640.

(21) Aunque ciertamente, como observa DUVERGER, el capitalismo ha constituido un cierto progreso hacia la igualdad, al permitir al individuo por sus propios medios adquirir libremente ventajas y privilegios sin haberlos recibido de sus mayores, lo que era más difícil en las aristocracias, si bien la acumulación de capital en ciertas manos favorece la producción de desigualdades hereditarias considerables, *Introducción a la Política, traducción esp.*, Barcelona, 1964, pág. 83. En parecidos términos, LASKI, *El liberalismo europeo*, pág. 168.

(22) Vid. DUVERGER, *Introducción a la Política*, págs. 74 y sigs.

(23) ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, pág. 7.

Estado asume nuevas tareas ordenadoras que determinan el ejercicio de su autoridad por encima de las decisiones aisladas y voluntaristas de los ciudadanos (24), produciéndose así una lenta penetración en el derecho privado de los principios publicísticos y un retorno en alguna medida al objetivismo primitivo (25).

Los juristas, sobre todo a partir de IHERING, recurren para explicar estas tendencias a la idea del fin, a la del interés jurídico protegido, situación jurídica, etc. (26), que hacen aflorar la trascendencia, también para el ámbito del derecho privado, de la dimensión pública y evocan la subordinación de los particulares a la comunidad (27), en términos que recuerdan las antiguas concepciones germanas (28), del carácter imperativo de los fines colectivos (29). El progresivo constreñimiento del ámbito de decisión individual (30) y la legitimización de los intervencionismos estatales, plantean seriamente la posibilidad de una crisis entre la separación del derecho público y el privado (31), a la vista de su persistente interacción y de la invasión del ámbito propio del Derecho civil por la vía autoritaria que es propia del Derecho público. Es precisamente la propiedad la institución que va a sufrir más decididamente estos impactos y en torno a la

(24) EBENDA.

(25) ROUBIER, pág. 9, op. cit.

(26) Vid. BALLARÍN, *Derecho agrario*, pág. 108, y CASTÁN, *La socialización del Derecho y su actual panorámica*, Madrid, 1965, pág. 31.

(27) Según LEGAZ, la subordinación es característica de la forma social de organización de la actual sociedad de masas, socialización, Madrid, 1964, pág. 64., cit. CASTÁN, *Socialización del derecho*, pág. 11.

(28) De acuerdo con CASTÁN, «a pesar de que se habla muchas veces de predominio del elemento individual entre los germanos, es lo cierto que en pocos pueblos tuvieron tanta fuerza los principios de comunidad y solidaridad», *Derecho civil español*, vol. II, página 68. Para una comprensión de la propiedad germánica es fundamental la aportación de CIERKE, especialmente en sus obras, *La función social del Derecho privado*, trad. esp., Madrid, 1904.

(29) Las dos características principales de la socialización del Derecho son para CASTÁN, desde el punto de vista estructural la imperatividad que adquiere sus reglas, y desde el punto de vista de la finalidad el interés general y comunitario que se persigue, *La socialización del derecho*, cit., pág. 12.

(30) Vid. RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, *Propiedad y socialización*, en *Libertad y socialización*, Madrid, 1965, pág. 258.

(31) Vid. entre la amplia bibliografía sobre este tema, SABATIER, *Les metamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, París, 1952; RIPERT, *Le déclin du droit*, París, 1949; CASTÁN, *La socialización del derecho*, cit., quien recuerda la advertencia de GUASP, en su artículo *El individuo y la persona*, en la «Revista de Derecho Privado», 1959, pág. 3, de que «el camino recorrido en esta dirección es tan impresionante que basta volver de cuando en cuando la cabeza hacia atrás para que, pensando en lo cercano que está el término de esta evolución, digamos, contemplando las ruinas de tantos Códigos inútiles: aquí estuvo el Derecho privado».

cual se intenta realizar un nuevo replanteamiento del vigente sistema de normas jurídicas.

5. *La propiedad en el Estado social.*

El señorío absoluto que el derecho de propiedad venía significando y cuya legitimación, no siempre justamente (32), se conectaba con el sistema romano, es puesto seria y definitivamente en entredicho (33) como consecuencia de la nueva comprensión de los fines del Estado en nuestros días predominante. Las restricciones que en el ejercicio de los poderes dominicales los Códigos de cuño liberal sancionaban, y que tan sólo miraban a la armonización de los derechos de los distintos propietarios (34), son ampliamente superadas por la idea de la sujeción de la propiedad a los intereses generales comunitarios y por la asignación a la misma de precisos límites (35), más allá de los cuales permanece la zona de común respeto, tanto para propietarios como para no propietarios, que el Estado se compromete a tutelar.

El Estado se impregna de sentido ético (36) superador de los egoísmos

(32) Hace notar CASTÁN, *Derecho civil español*, vol. II, pág. 86, en nota que «se exagera bastante al hablar del carácter rígidamente individualista de la propiedad en el Derecho romano, ya que, como hace notar STOLFI, existieron en él interesantes limitaciones y prohibiciones fundadas en el interés público, y si faltaban las que la civilización moderna ha ido introduciendo, esto era debido a que en aquellos tiempos no habían aparecido las numerosas necesidades que las nuevas invenciones y la gran industria ha suscitado en nuestros días».

(33) Vid. RUGGIERO, *Historia del liberalismo europeo*, pág. 37.

(34) En este sentido califica GARRIDO las limitaciones previstas en el artículo 348 del Código civil, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, pág. 243. Vjd. también COCO, *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*, Milán, 1965, págs. 41 y sigs.

(35) Vid. COCO, *Crisi*, cit., pág. 30, y BARASSI, *La proprietà nel nuovo Codice civile*, págs. 78 y 79, donde se pone de manifiesto que de cualquier concepto filosófico de que se parta no puede justificarse a la propiedad como un señorío absoluto.

(36) Como ha puesto de relieve FÉLIX, *Entwicklungsgeschichte des Eigentums*, vol. III, página 50, y vol. IV, tomo II, segunda parte, pág. 516, se deben a la religión las primeras consideraciones morales de la propiedad y de los deberes que se relacionan con la misma. Modernamente, como observa CASTÁN, «el catolicismo social, evitando el doble escollo del individualismo y del colectivismo, ha puesto muy bien de relieve el doble carácter y finalidad, individual y social, de la propiedad y reconociendo como de derecho natural el principio de la propiedad individual, lo sujeta a las exigencias del bien general», *Derecho civil español*, vol. II, págs. 65 y 90, donde se contiene una síntesis de la doctrina católica contemporánea sobre la propiedad hasta JUAN XXIII. Este Pontífice aborda objetivamente la socialización sobre la que hasta la fecha la doctrina católica se había pronunciado con reservas. Vid. MARTI, *El proceso de socialización en la doctrina pontificia*, en «Socialización y Libertad», Madrid, 1965 pág. 70. En todo caso se ha cuestionado el sentido de la adopción de posiciones por la Iglesia en materia social y de organización de la sociedad, así por BOVIS, *L'Eglise dans la société temporelle*, en «Nouvelle Revue Theologique», número 79, 1957, pág. 225, se afirma que la Iglesia no aborda la sociedad humana con la

aislados y adquiere una dimensión moralizadora de las relaciones jurídico-económicas, una vez que se percata de la existencia de problemas cuya raíz social (37) no permite el que puedan quedar inatendidos (38). El peso de las masas proletarias es, por otra parte, ya por sí solo lo suficientemente trascendente como para evitar que la postergación de la solución de estos problemas pueda inducir a las mismas a buscar por sí soluciones en definitiva anuladoras de las premisas del Estado actual occidental, sucesor del Estado liberal (39) decimonónico.

Estas circunstancias dieron pie a las posiciones extremas de las tesis solidaristas que pretendían transformar en deberes los derechos o contemplaban éstos como una manifestación de la sociología, donde tendría su adecuado encuadramiento (40). Sin llegar a tales conclusiones, los defen-

intención de incluirla en estructuras rígidas, fijas y concretas, ni lo quiere ni lo debe, puesto que no pretende poseer el secreto de tales formas, PANIAGUA, op. cit., pág. 282, quien realiza esta cita, observa que, «de adherirse a esta postura, no cabe duda de que toda la cuestión que al principio nos proponíamos está resuelta y la dificultad cae por su base: la organización de la sociedad y, por tanto, la forma de propiedad, caen fuera del objeto del magisterio eclesástico y, por consiguiente, carecerían de importancia las afirmaciones que en ellas se hacen y que ya hemos transcrito, al menos las fundamentales. No tendrían otro sentido que el de recoger incidentalmente las doctrinas dominantes en el ambiente en que están escritas». En la línea de la doctrina social católica se adjudica, no obstante, por SCIACCA, *Concepto de propiedad*, «Revista de Estudios Políticos», núm. 67, pág. 11, el carácter de derecho natural a la propiedad, «pero la propiedad que pertenece por derecho al hombre se posee de derecho sólo cuando sea bien usada, esto es, cuando el derecho se ejerce según el orden justo, intrínseco al derecho de propiedad como tal».

(37) Entre las primeras obras que expresamente han llamado la atención sobre estas cuestiones en su relación con el Derecho privado tradicional, puede citarse la de Menger, *El Derecho civil de los pobres*, Madrid trad. esp., s. f. Vid. una amplia bibliografía sobre estos temas en CASTÁN, *La socialización del derecho*, págs. 20 y 21.

(38) «En general, los países occidentales han adoptado la línea de la institucionalización del Estado social de Derecho», DÍAZ, *Teoría general del Estado de Derecho*, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 131, pág. 41. La literatura sobre este tema es considerable como se pone, por ejemplo de manifiesto en la obra de DEMARIA, *Lo stato sociale moderno*, 2.ª edición, Padua, 1962.

(39) Quizá a estas preocupaciones respondan las posiciones sustentadas en Alemania por los denominados socialistas de cátedra y las mismas latén sin duda en el primer intento de establecimiento de seguros sociales llevado a cabo en este país por BISMARCK.

(40) Las tesis solidaristas fueron especialmente defendidas en Francia por DUCUIT, para quien era llegado el momento de intentar la construcción jurídica del Estado utilizando los materiales suministrados por la realidad social y dejando de lado los conceptos de orden metafísico, *Traité de Droit constitutionnel*, París, 1928, vol. II, pág. 2, la libertad para él más que un derecho era un deber en el sentido de desarrollar la actividad física, intelectual y moral del individuo sin perjudicar el desarrollo de la actividad de los otros, vid. de este autor *Le Droit social, le Droit individuel et la transformation de l'Etat*, París, 1908, y *Le Droit constitutionnel et la sociologie*, «Revue Internationale de l'Enseignement», noviembre 1889, cit. por HALBECQ, *L'Etat, son autorité, son pouvoir*, París, 1965, pág. 58, así como las referencias de este último autor a otros tratadistas situados en la misma línea. Con relación a España, DORADO MONTERO llegó a la conclusión de que «la llamada ciencia

sores del carácter social de la propiedad privada asignaron a ésta una función de esta índole (41), entre cuyas manifestaciones podían contarse el cumplimiento de auténticos deberes y el afrontamiento de las cargas sociales que pesan sobre el propietario (42). En esta líneas se pronuncian también con más o menos precisión y en un sentido generalmente programático gran número de textos constitucionales (43).

del Derecho tiene que desaparecer y ser absorbida por la sociología», la *Sociología y el Derecho penal*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», enero-febrero de 1895, página 29, cit. por CASTÁN, *La socialización del Derecho*, pág. 19.

(41) Vid., para la teoría social de la función social de la propiedad, GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS, *Derecho administrativo*, vol. I, págs. 510 y sigs. La idea de la función social es, según BARASSI, casi un lugar común, *La proprietà nell nuovo Codice civile*, página 77. Vid. también FINZI, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, en «Archivio Giuridico», 1923, núm. 6, pág. 65; GIRAUD, *La revolution de la propriété foncier*, París, 1958, y CAMPS, *La propiedad de la tierra y su función social*, Barcelona, 1953; recientemente NÚÑEZ RUIZ, *Derecho urbanístico español*, Madrid, 1967, págs. 227 y sigs.

Por Juan XXIII, en la encíclica *Mater et Magistra*, se sentó definitivamente la doctrina de que al Derecho de propiedad privada sobre los bienes le es intrínsecamente inherente una función social, doctrina esta definitivamente rectificada por la reciente y magnífica encíclica «*Populorum Progressio*», de Pablo VI.

(42) Desde un sector de la doctrina católica, se ha dicho por SCIACCA, que en el caso de la propiedad «que desoye el deber de justicia el Estado se limita a hacer suya la obligación de hacer que se cumpla con aquel deber y consecuentemente pone al servicio de tal cumplimiento su estructura jurídica», *Concepto de propiedad*, pág. 33, si bien parece que este autor de un alcance extremadamente limitado a la intervención del Estado e insatisfactorio, puesto que más adelante afirma que «no se trata, pues, de expropiar, o sea, de quitar la propiedad o de negar el derecho (ésta es socialización y no socialidad de la propiedad misma), antes bien, se trata de hacer, como se dijo, que quien posea lo que para él es bien superfluo, lo destine a servicio de aquel para quien es bien necesario». El concepto de la función social de la propiedad viene no obstante en su nueva comprensión a formar parte integrante de este derecho dando al mismo una evolución superadora de la simple superposición de límites y transformando radicalmente este instituto, vid. *Coco, Crisi*, cit., págs. 35 y 159. Para PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milán, 1954, con relación a la función social se puede hablar de sus manifestaciones particulares o de la tendencia no de hecho, sino de derecho de nuestro Ordenamiento jurídico de polarizar la propiedad hacia finalidades sociales, según este segundo aspecto la función social de la propiedad se inscribe en el corazón del ordenamiento, pág. 278. Estas tendencias deben conectarse con las nuevas formas empresariales a que el instituto de propiedad hoy sirve, sin que tenga una especial relevancia la separación de propiedad y empresa, dado que están intrínsecamente relacionadas en cuanto que tienen como dimensión común el contenido económico. Por ello la supervivencia de los esquemas romanísticos de la propiedad en la era capitalista debe considerarse como un factor preminentemente técnico, *Coco*, op. cit., pág. 53.

(43) En España el artículo 30 del Fuero de los Españoles subordina todas las formas de la propiedad a las necesidades de la Nación y el bien común, en idéntico sentido se expresa el Fuero del Trabajo, Declaración XII, y el Principio X del Movimiento Nacional, que condiciona la propiedad privada a su función social. Entre las Constituciones extranjeras, el artículo 14 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana establece que la propiedad obliga y su uso debe servir al mismo tiempo al bienestar general, la Constitución portuguesa, artículo 35, alude igualmente a la función social de la propiedad; también la Constitución italiana, artículo 42. En términos más radicales se expresan otras Constituciones del mundo occidental como la mejicana, artículo 27.

6. *Concepciones vigentes del derecho de propiedad.*

Contra los excesivos avances de los propugnadores del sentido social de la propiedad y de la disposición publicística de su contenido, se ha reaccionado desde el ángulo del derecho privado, reafirmando su carácter de derecho subjetivo (44) y señalándose que la propiedad no constituye una función social (45), sino que, lo que es distinto, debe cumplir una función de este carácter (46), reprochándose a la confusión entre la propiedad y la empresa (47) a que sirve, su pretendida identificación como función social y no como derecho subjetivo.

Sin desconocer el parcial fundamento de estas observaciones, es lo cierto que tales posiciones correlativas de las que ven en la propiedad un núcleo básico de facultades susceptibles de elástica expansión una vez que desaparecen las restricciones impuestas por el Estado, no bastan para explicar las extensas posibilidades que a éste modernamente corresponde en orden a la delimitación de este instituto (48), que puede incluso aparecer así como una simple posición histórica del derecho. Aun sin tomar partido en la polémica de la objetivización o subjetivización de la vida jurídica privada (49), sí puede, no obstante, hacerse notar que corresponde al Estado zanjar, al regular la propiedad, los eventuales conflictos que entre el interés público y el privado se sustenten (50), respetando su mantenimiento institucional, pero de acuerdo con su sentido en una época deter-

(44) Así ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, pág. 87, que aun admitiendo la posibilidad de que el objetivismo gane terreno en el campo del derecho privado, niega el que esto pueda conducir nunca a la supresión de la iniciativa privada ni a la negación de los derechos subjetivos.

(45) «El hecho de tener bienes puede naturalmente servir al ejercicio de la función; pero no es por sí mismo, hablando propiamente, una función» (ROUBIER, op. cit., pág. 189). Vid. también DE LOS MOZOS, *El urbanismo desde la perspectiva del Derecho privado*, en «Revista de Derecho Privado», abril 1961, págs. 248 y sigs.

(46) Esta es también la tesis de la doctrina social católica que sigue invocando el concepto de derecho natural de la propiedad, temperado por el de su función social, vid. SCIACCA, *Concepto de propiedad*, loc. cit., pág. 10.

(47) Así ROUBIER, op. cit., pág. 181; BALLARÍN, *Derecho agrario*, pág. 165, afirma que el problema de la función social de la propiedad de la tierra no puede concebirse ni estudiarse desligado de esa otra cuestión de la empresa. Ello ciertamente parece indiscutible, pero queda por contrastar si precisamente este aspecto empresarial, en cuanto que representa la realización moderna del contenido económico de la propiedad fundiaria productiva, no absorbe en definitiva el *substratum* dominical.

(48) Vid. CÁNOVAS, *La influencia del Derecho público sobre la propiedad privada inmobiliaria*, en *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al Profesor doctor don Ignacio Serrano y Serrano*, Valladolid, 1965.

(49) Vid. ROUBIER, *Droits subjectifs*, cit., págs. 96 y sigs.

(50) Vid. PUGLIATTI, *La proprietà*, págs. 5 y sigs., y CASTÁN, *La socialización del derecho*, pág. 57.

minada (51). Por ello es quizá posible adoptar una óptica superadora de la clásica comprensión entificada de la propiedad (52), que la concibe como algo sustancialmente separado de la obra ordenadora del Estado y sobre la cual éste excepcionalmente incide adoptando, en aras del bien común, determinadas previsiones que implican sustracciones contingentes de unas facultades dominicales intrínsecamente dotadas de virtualidades recuperatorias que operan una vez que aquél se retira tras sus barreras abstencionistas (53). Aunque los resultados prácticos fueran similares, será quizá presumiblemente más idóneo y real un enfoque del instituto de la propiedad como obra sustancial del ordenamiento (54), sólo del cual y prescindiendo de referencias suprapositivas (55), puede legítimamente

(51) «La propiedad no es ya que cumpla una función social que toma carne en su contenido y que en cada época determina la medida exacta de su derecho, sino que es precisamente el cumplimiento de este fin social de límites variables en el curso de los tiempos por obvias razones histórico-sociológicas, el verdadero fundamento de existencia de la propiedad», GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS, *Derecho administrativo*, vol. I, páginas 510-511.

(52) En este sentido, COCO, *Crisi ed evoluzione en el diritto di proprietà*, pág. 31.

(53) La doctrina tradicional recurría así al concepto elástico de la propiedad para compatibilizarlo con la posibilidad de constreñimiento y limitación de la misma por el Estado, que no afectaría a las virtualidades recuperatorias de su núcleo sustancial, vid. una referencia en COCO, op. cit., págs. 45 y sigs.

(54) Para RUPP, de acuerdo con la tesis que aquí se sostiene, la propiedad no es un simple valor económico, sino una posición del derecho, porque en definitiva, y de acuerdo con KAUFMAN, el poder sobre los límites es idéntico al poder sobre el todo, *Privateigentum an Staatsfunktionen*, Tübingen, 1963, págs. 30 y 32. Vid. también la recensión de esta obra en «Revista de Administración Pública», núm. 43, pág. 494, de L. MARTÍN RETORTILLO. Una construcción de la propiedad teóricamente exacta y operativa en función de la experiencia jurídica concreta, no puede realizarse sino partiendo de un análisis de los múltiples aspectos en que el Derecho se realiza y de su determinación y delimitación a virtud de la incidencia sobre ella de las distintas ramas del ordenamiento, así COCO, op. cit., págs. 54 y 55. Para BARASSI, el derecho de la propiedad viene dado por la Ley, *La proprietà nel nuovo Codice civile*, pág. 172. «El margen de lo lícito cede terreno al margen de lo obligatorio. El derecho regula internamente el contenido de la propiedad», HERNÁNDEZ GIL, *La propiedad en el derecho y en la realidad actuales*, en «El Orden Social Moderno», Madrid, 1947, pág. 107. «De un derecho de propiedad que frente al Estado significaba un espacio jurídico vacío, se ha pasado a un concepto de la propiedad en el que casi su propia naturaleza de derecho subjetivo se somete a revisión», GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, pág. 243, y *El régimen administrativo de la propiedad privada*, en «Revista de Derecho Privado», 1959, pág. 458.

(55) En este sentido afirma BALLARÍN, *Derecho agrario*, pág. 160, que «aunque hay autores que han defendido su carácter de derecho natural preestatal o preestablecido de modo que el Estado no podría hacer sino reconocer la propiedad, parece prevalecer últimamente la dirección positivista que considera que la propiedad no es ningún derecho natural», y con carácter más general se observa por MAX WEBER, que «en principio la desaparición de las viejas concepciones jusnaturalistas ha aniquilado la posibilidad de atribuir al derecho como tal, en virtud de sus cualidades inmanentes, una dignidad supraempírica. Actualmente se ha puesto al descubierto, de manera demasiado patente en la gran ma-

deducirse cuál sea su auténtico contenido en un momento histórico concreto. Sin ayuda de este análisis, como se intentará demostrar, no es factible precisar en qué consisten los derechos subjetivos que indudablemente supone la propiedad, y se corre el riesgo de construir un ambicioso esquema cuyo aparato externo desoriente al espectador sobre su interno significado y sentido, porque si el legislador puede intervenir decisivamente en la circunscripción de las facultades dominicales, no es posible definir estos derechos sin examinar antes las medidas e intervenciones que sobre ellos gravitan y el alcance de las facultades que las determinan.

III.—EXAMEN DE LOS POSIBLES CONDICIONANTES EN LA CONFIGURACIÓN POR EL ESTADO DEL INSTITUTO DE LA PROPIEDAD.

A) *Los derechos adquiridos.*

Si bien la teoría de los derechos adquiridos, como se verá, tiene hoy, doctrinalmente al menos, escaso predicamento, en el fondo de la misma late un *sustratum* estabilizador y una preocupación anchamente sentida por la seguridad jurídica y por el respeto a la confianza engendrada por el ordenamiento, que parece aconsejable contrastar con la actuación conformadora del Estado, por si por esta vía deben ponerse a su obra trascendentes barreras.

La teoría de los derechos adquiridos viene íntimamente vinculada con la que estudia los límites, para el pasado, impuestos a las posibilidades dispositivas del legislador. Esta preocupación aparece inmediatamente que la humanidad se plantea conscientemente el sentido y alcance de la juridicidad positiva. En las fuentes antiguas pueden encontrarse abundantes testimonios coetáneos ya de DEMÓSTENES (56), y que encuentran una clara formulación, por ejemplo, en CICERÓN, quien reacciona vigorosamente frente a las pretensiones de dar eficacia retroactiva a un edicto promulgado en el período anual de mandato de un pretor (57). En la Constitu-

oría de los casos, y precisamente en muchas de sus determinaciones más importantes, como producto y medio técnico de un compromiso de intereses. Esta extinción de su arraigo metajurídico ... fomentó extraordinariamente la total sumisión a la autoridad, valorizada ahora sólo de un modo utilitario», *Economía y sociedad*, vol. I, pág. 646.

(56) Vid. VILLAR PALASÍ, *Apuntes de Derecho administrativo*, tomo II, Madrid, 1966, página 69, y una referencia a un pasaje de PLATÓN, en que se ocupa de estas cuestiones en LASSALLE, *Theorie systematique des droits acquis*, trad. francesa, París, 1904, pág. 25.

(57) Vid. más extensamente ROUBIER, *Les Conflits de lois dans le temps*, París, 1929, páginas 94 y sigs. Existe una edición posterior de esta obra de 1960, aunque por la mayor extensión de la primera, las citas se realizan con referencia a la primera edición.

ción Teodosiana del año 393 se señala claramente cómo la Ley retroactiva no puede tener efectos, puesto que ello supondría un atentado a las situaciones pasadas. Más tajantemente se formula con posterioridad la famosa regla de acuerdo con la cual la Ley, normalmente, no incidirá sobre el pasado, salvo que el legislador expresamente se pronuncie sobre el particular (58), regla que pasó posteriormente al Derecho intermedio y al Derecho canónico.

Los glosadores abordan también estas cuestiones que centran en torno a los denominados *jus quaesitum* en cuanto derechos realmente adquiridos y perfectos contrapuestos a los *jus nondum formatum*, derechos no consumados, expectativas y derechos no perfectos (59). Sin embargo, ya desde el principio se vió claro cómo determinadas materias podrían ser reguladas con efectos también sobre el pasado, sin que ello supusiera un perjuicio esgrimible, dada la naturaleza de las cuestiones reguladas y de las preocupaciones que animaban al legislador. Se introduce así una corrección que excepcionaba el derecho de gentes, de vigencia no temporal, que el legislador precisaba e interpretaba sin crear, a diferencia de lo que sucedía con el Derecho civil, derecho positivo (60). Esta distinción también se contiene en el Derecho canónico, que invocaba aquí el derecho divino, el derecho natural y suprapositivo. Posteriormente, el jusnaturalismo y sus manifestaciones revolucionarias vuelven bajo otra forma a esta contraposición aludiendo a derechos innatos frente a los derechos de origen legal (61). Todos estos temperamentos pretenden corregir así el mantenimiento a ultranza del principio de la irretroactividad de las leyes, compatibilizándole con las restricciones que al mismo parecía indeclinable realizar.

Según CASTRO (62), las teorías que pudiéramos denominar clásicas de

(58) La formulación latina era la siguiente: «*Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocare; ni si nominatim etiam de praeterito tempore cautum sit*», cit., VILLAR PALASÍ, loc. cit., pág. 70.

(59) Vid. con relación a la posición adoptada por nuestro derecho histórico los textos citados por CASTRO, *Derecho civil de España*, vol. I, Madrid, 1955, págs. 709 y sigs., e HINOJOSA, *Concepto de los derechos adquiridos y de los intereses creados*, Madrid, 1919, páginas 18 y sigs.

(60) Vid. VILLAR PALASÍ, loc. cit., pág. 69, y ROUBIER, págs. 89 y sigs.

(61) Así, WOLFF opina los *jura quaesita* a los *jura connata*.

(62) *Derecho civil de España*, pág. 710. Como nota curiosa puede observarse cómo la expresión derechos adquiridos era ya utilizada en nuestras antiguas Leyes, así en la Novísima Recopilación, libro III, se incluye una Ley de Felipe IV, de 7 de junio de 1643, referida al conocimiento de las causas criminales relativas a los soldados de las Guardias reales sometidas a un fuero singular en la que se dice: «He resuelto tomar esta resolución sin que sea mi voluntad que las Guardias reales puedan pretender en virtud de ella derecho adquirido para que se les continúe el que hayan de gozar perpetuamente de las dichas prerrogativas».

los derechos adquiridos no son consecuencia directa de las ideas jusnaturalistas del siglo XVIII, sino que, aun vinculadas con las tendencias individualistas de la época, encuentran su inmediato punto de partida en la reacción contra los excesos persecutorios de la Revolución francesa. Sin embargo, y pese a lo fundado de tal aserción, es lo cierto que tales teorías vienen sustancialmente montadas sobre el respeto a los derechos del hombre, cuya configuración fué preparada por los filósofos prerrevolucionarios. La construcción doctrinal de los derechos adquiridos afrontó como problemática, que aún aflora en las más recientes formulaciones bien que con distinta rúbrica, la conciliación entre los postulados de la seguridad jurídica y los de la progresividad y renovación del derecho (63). Para salvar las antinomias que se producían y armonizar los respectivos dictados se recurrió por algunos autores, como MERLIN, a la oposición entre derechos adquiridos y simples facultades (64), a la distinción por otros entre derechos reales de origen convencional y derechos de origen legal (65), derechos irrevocables y no revocables (66), derechos derivados de la Ley y de las convenciones contractuales (67), etc. En general, la condena a la irretroactividad de las leyes se realizó con cierta generalidad, manteniéndose hasta épocas bien recientes por los más destacados sectores doctrinales, pese a sus distintas filiaciones (68), llegándose a considerar que tal con-

(63) Vid. SIMONCELLI, *Istituzioni di Diritto privato*, 3.ª ed., Roma, 1921, págs. 723 y sigs., cit. por CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, vol. I, Madrid, 1955, pág. 405. Desde otro punto de vista, SANTO TOMÁS observaba que «toda modificación de la Ley entraña en sí misma un perjuicio más o menos grande para la salud de la comunidad; porque favorece mucho la costumbre de la observancia de la Ley..., no debe, pues, modificarse una Ley humana sino cuando las ventajas en orden al bien común, obtenidas con semejante modificación, compensan suficientemente los perjuicios que lleva consigo la derogación de esta Ley». *El Derecho en Santo Tomás y Suárez*, SANCHO IZQUIERDO, en «Estudios Jurídicos-sociales Homenaje al Profesor LEGAZ Y LACAMBRA», Santiago de Compostela, 1960, pág. 447.

(64) *Repertoire de jurisprudence*, Voz efecto retroactivo, 4.ª ed. de 1828-1930.

(65) En este sentido, CHABOT DE L'ALLIER, *Questions transitoires sur le Code Napoléon*, Dijón, 1829.

(66) MEYER, *Principes sur les questions transitoires*, Amsterdam-París, 1813.

(67) M. A. MAILHER DE CHASSAT, *Traité de la retroactivité des lois*, Madrid, 1832.

(68) Vid. LEVEL, *Essai sur les conflits de lois dans le temps*, París, 1959, págs. 83, y en nuestra doctrina, HINOJOSA, *Concepto de los derechos adquiridos*, pág. 44, quien señala también esta curiosa coincidencia. Que el problema no ha perdido vigencia, ni espacial ni temporal, lo demuestra el reciente trabajo de AMERASINCHE, *Reciente legislación retroactiva en Ceilán*, en «Revista de la Comisión Internacional de Juristas», 1965. En el campo del Derecho administrativo se pretendió sancionar análogamente la irretroactividad de los actos administrativos, que ha venido a constituir por obra de la creación jurisprudencial más que por la extensión de los principios contenidos en los Códigos, un importante principio del Derecho de este Ordenamiento. Vid. al respecto JEANNEAU, *Les Principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, pág. 98, PERRONE, *La retroattività degli atti*

clusión constituía un postulado inexcusable del progreso civilizatorio (69). Esta condena, que ya se contenía en alguno de los primeros textos constitucionales (70), pasó a los Códigos (71), bien que atenuadamente, como regla interpretativa dirigida al Juez más que como principio suprapositivo al que vendría vinculado el legislador. Pero en todo caso, la teoría de los derechos adquiridos se mostró en seguida insuficiente para aclarar todas estas cuestiones, pese a las meritorias aportaciones que a la misma realizaron autores como SAVIGNY (72), GABBA (73) y AFFOLTER (74).

La tesis de SAVIGNY fué quizá la más sugestiva en cuanto que centraba la defensa de los derechos adquiridos en la distinción entre leyes relativas a la adquisición y a la existencia de los derechos (75). Las primeras inmodificables, en cuanto a sus consecuencias ya realizadas, por el legislador posterior, y las segundas susceptibles de alteración. Pero esta tesis tampoco resistió a la crítica, primeramente formulada por LASALLE (76), y después, definitivamente, por ROUBIER (77). Por ello no es de extrañar el definitivo descrédito que la noción tradicional de los derechos adquiridos ha conseguido en nuestros días, que ha sido calificada como pabellón que cubre todas las mercancías, viéndose en ella la formulación de un

amministrativi, Nápoles, 1963, y VALLINA, *La retroactividad del acto administrativo*, Madrid 1964, págs. 33 y sigs.

(69) En este sentido, PORTALIS, en su bien conocido pasaje.

(70) Primeramente en las constituciones americanas de los Estados de Virginia, Maryland, Delaware, y después recogida en la Constitución de los Estados Unidos de 17 de septiembre de 1787, que pretendió eliminar de la Unión los nefastos efectos de los denominados «bills of attainders». La Constitución francesa del año III extendió a todas las Leyes la prescripción contenida en la Declaración de Derechos del Hombre, que prohibía los efectos retroactivos de las Leyes penales. Las Constituciones posteriores, sin embargo, no recogieron en Francia estas cláusulas que aparecen, no obstante, en otras Constituciones como la de Noruega y la del reciente Estado de Israel.

(71) Según CASTRO, op. cit., pág. 710, el principio de la irretroactividad al recogerse en los primeros Códigos civiles ha perdido el valor de super-ley y no hay obstáculo legal para que pueda ser derogado por Leyes posteriores.

(72) *Traité de droit romain actuel*, trad. francesa, París, 1860.

(73) *Teoria della retroattività delle leggi*, Turín, 1891.

(74) *System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrecht*, Leipzig, 1902.

(75) Entendía por leyes relativas a la adquisición o pérdida de los derechos aquellas que tienden a transformar una institución abstracta en una relación jurídica determinada, las Leyes relativas a la existencia vienen referidas a una norma o conjunto de normas abstractas que no suponen relaciones jurídicas concretas.

(76) Según este autor, «para que esta división en dos clases constituyera una verdadera teoría, hubiera sido preciso referir, tanto el principio de la no retroactividad como el de la retroactividad a una idea superior del Derecho», indicando que no existe una distinción fundamental entre estos dos tipos de Leyes, siendo más bien una cuestión de puntos de vista. Vid. su obra *Theorie systematique des droits acquis*, cit., págs. 29 y sigs., y la referencia realizada por HINOJOSA, op. cit., pág. 43.

(77) Op. cit., pág. 303.

auténtico círculo vicioso que sustrae al legislador estos derechos a la vez que califica como tales los que no son modificables por la Ley (78).

La más brillante construcción realizada sin duda sobre esta materia es la debida a ROUBIER, quien reprocha a la tesis de los derechos adquiridos el olvido de que la progresividad del derecho (79) no garantiza indefinidamente el ejercicio de los derechos actuales, y sobre todo su contradicción con las tendencias unificadoras que obligatoriamente comporta el régimen legal del ejercicio de la soberanía. Por ello, no distingue este autor entre derechos adquiridos y derechos no adquiridos como par paralelo al de leyes retroactivas y no retroactivas (80), sino efecto inmediato de la Ley y efecto retroactivo (81), demostrando que consecuencias que habían sido calificadas como de retroactivas en la promulgación de una norma, no eran sino manifestaciones obligadas de su vigencia futura. No obstante, la construcción de ROUBIER, si bien decisiva en cuanto que patentiza la inconsistencia de las construcciones anteriores, tampoco, como ha demostrado CASTRO (82), resuelve definitivamente la cuestión, respecto a la que realiza una mera traslación, puesto que queda sin dilucidar cuáles sean estos efectos inmediatos, respecto a los cuales se afirma como definitivo el imperio de la Ley nueva. Por lo demás, este autor no puede sustraerse de la tradición individualista que animaba la doctrina de los derechos adquiridos, afirmando, quizá incongruentemente con relación a sus propios postulados, el respeto incondicionado a las consecuencias de los contratos celebrados bajo la vigencia de la Ley antigua, con olvido de que es quizá en esta materia donde el legislador se muestra menos respetuoso con las situaciones anteriores. Así, por ejemplo, el sistema de precios tasados, la prolongación obligatoria de los arrendamientos, la inmodificabilidad de su contenido, etc., constituye buena muestra de que la Ley no viene respetando tales barreras (83).

Sin embargo, debe reconocerse que este autor no desconoce que el auténtico meollo de la cuestión tiene sustancia eminentemente política y

(78) Vid. en este sentido NIETO, *Los derechos adquiridos del funcionario*, en el número 39 de esta REVISTA; ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps*, pág. 324; CASTRO, *Derecho civil*, pág. 723, y NARBEL, *Les droits acquis des fonctionnaires*, Lausana, 1957, página 17.

(79) Op. cit., pág. 558.

(80) EBENDA, pág. 327, donde señala cómo puede haber Leyes retroactivas que no afecten a derechos adquiridos o, por el contrario, Leyes que sin serlo les modifiquen.

(81) Especialmente desarrollan estos puntos las páginas 372 y sigs. y 378 y sigs. de su obra citada.

(82) *Derecho civil español*, pág. 722.

(83) Vid. LEVEL, *Les conflits de lois dans le temps*, págs. 74, 265 y 267, y CASTRO, op. cit., pág. 722.

contingente (84). Claramente indica cómo el matiz conservador o progresivo de las tendencias que dominan en una determinada sociedad tienen una importancia decisiva en cuanto a la solución que se adopte en relación con el respeto a las situaciones anteriores, predominando, respectivamente, bien la estabilidad a ultranza del derecho (85) a que propenden los Tribunales, bien al radicalismo legislativo de algunos Parlamentos. Es por aquí, a mi juicio, por donde debe resolverse la añeja problemática de la amplitud de poderes del legislador. Con plena clarividencia señala a estos efectos CASTRO cómo el origen de las dificultades que se han encontrado en la aplicación de las reglas a este respecto de los Códigos, puede centrarse en la confusión entre un concepto técnico riguroso y un mero principio orientador (86). Sólo a la vista de una Ley concreta y en relación con la trascendencia que a la misma se adjudica por el legislador en cuanto a la conformación de la realidad jurídica por él intentada, y la compatibilidad de la normativa anterior con el sentido predominante en una sociedad de que la nueva Ley se hace eco, podrá determinarse, en ausencia de formulación expresa, la amplitud de los defectos introducidos por la nueva Ley. A estas ideas responden la remisión que por LEVEL se realiza a la noción del orden público (87), o la conexión certeramente referida por VILLAR PALASÍ (88) de las nuevas normas con los intereses generales, evo-

(84) Aunque en la segunda edición de su obra se critica el libro de BORDA, *Retroactividad de la Ley y derechos adquiridos*, Buenos Aires, 1951, afirmándose que las reacciones de este autor que recuerdan a las de LASSALLE, son reacciones de orden político más que jurídicas, siendo consecuencia infeliz de la ubicación de la teoría de los derechos adquiridos sobre el terreno político, *Le droit transitoire*, 2.^a ed., pág. 144.

(85) Esta es una de las ideas que afloran continuamente en la crítica de BURKE a la Revolución, vid. *Reflexiones sobre la Revolución francesa*, págs. 116 y sigs., aunque por IHERING se ha señalado cómo el derecho propende a confundirse con los intereses protegidos de quienes pueden afirmar su espíritu de dominación, *L'esprit du droit romain*, vol. IV, traducción francesa, París, 1878, pág. 315, y recientemente se ha observado por ARANGUREN, *Ética y política*, Madrid, 1963, pág. 60, cómo «el grupo social que posee el poder tiende a estabilizar y consolidar su situación de dominio, transformándola en sistema estático de relaciones de propiedad y de acceso reservado a los cargos y funciones importantes».

(86) *Derecho civil de España*, pág. 723. Vid. también JEANNEAU, *Les Principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, y RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, traducción española, Madrid, 1929, vol. I, págs. 169 y sigs., quien afirma que «ni la ciencia está en grado de dar una solución única al problema de los conflictos de Leyes en el tiempo, pudiendo sólo señalar algunos principios directivos, ni el mismo legislador a quien soberanamente corresponde decidir sobre los límites de la eficacia de la propia norma puede suministrarla con una simple ordenación universal que tenga la pretensión de disciplinar toda clase de conflictos, cualquiera que sea el campo de la norma o la naturaleza del instituto o la configuración especial de la relación», cit., CASTÁN, *Derecho civil español*, página 404, vol. I.

(87) *Essai sur les conflits de lois dans le temps*, págs. 311 y sigs.

(88) *Apuntes de Derecho administrativo*, vol. II, pág. 73.

cando la terminología anglosajona que alude a *vested rights* frente a los *rights coloured* de público interés, *jura colorata* para los glosadores, que quedan sustancialmente alterados, por el predominio en ellos del interés general a virtud de la reforma legislativa. El legislador en principio no encuentra en su obra conformadora de la propiedad límites en los pretendidos derechos adquiridos cuando priman los superiores intereses públicos, ni aun en el caso de que haya omitido su expresa decisión en este sentido. Mucho menos podrán invocarse los mismos frente a su manifestada contraria voluntad. Cuestión distinta es la del alcance dispositivo que confiere a su actuación el orden constitucional y la posibilidad de que, con base al mismo, puedan ser exigidas compensaciones económicas. Pero esto es un enfoque sustancialmente distinto del problema que realizaremos a continuación.

B) *Las garantías constitucionales de la propiedad.*

Los ordenamientos constitucionales de los Estados occidentales suelen incluir en sus textos fundamentales (89) cláusulas relativas al respeto de la institución de la propiedad, bien que temperadas con algunas modulaciones relacionadas con la función social de la misma (90) o de la determinabilidad por el legislador ordinario de sus confines positivos (91). Sin embargo, sería erróneo suponer que tales garantías constituyan una radical innovación introducida en los ordenamientos de los Estados modernos sólo a partir de la Revolución francesa.

En épocas anteriores, bien que, en muchos casos, sin expresas formu-

(89) Así nuestra Ley de Principios del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958, principio X, el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, artículos 30 y 32, y en otros países en parecidos términos, por ejemplo, la Constitución belga, artículo 11; la danesa, de 5 de julio de 1953, artículo 73; la griega, de 1 de enero de 1952, artículo 27; la noruega, artículo 105; la holandesa, artículo 4.º, etc.

(90) El artículo 30 del Fuero de los Españoles subordina todas las formas de la propiedad a las necesidades de la Nación y el bien común y la Ley de Principios del Movimiento condiciona la propiedad privada a su función social. El artículo 35 de la Constitución portuguesa prescribe que la propiedad ejerce una función social y el 14 de la alemana precisa que la propiedad obliga y su uso debe servir al mismo tiempo al bienestar general.

(91) De acuerdo con el artículo 42 de la Constitución italiana, la propiedad privada es reconocida y garantizada por la Ley que determinará los modos de adquisición de disfrute y sus límites con el fin de asegurar una función social y de hacerla accesible a todos. La Constitución alemana también precisa, artículo 14, que la naturaleza y límites de la propiedad serán fijados por las Leyes. En iguales términos se expresan otras Constituciones occidentales.

laciones, encontramos también análogas limitaciones al poder soberano. Así, en la Edad Media vemos cómo el orden feudal en ella imperante se montaba sobre bases eminentemente patrimoniales, que el rey, al igual que los súbditos, venía obligado a respetar. De aquí que el mantenimiento de la propiedad y el respeto a los pactos como única forma de su alteración, constituyan uno de los presupuestos básicos de la Edad Media, vinculante también para los poderes feudales señoriales que expresa o tácitamente venían obligados a acatarles y que negativamente van a circunscribir la esfera de disponibilidades del príncipe, articulada a través del ejercicio de las potestades regalianas (92). Más allá de ellas, el rey viene comprometido por el respeto del orden sustantivo patrimonial medieval, cuya trascendencia positiva puede equipararse en buena medida a la de nuestras actuales Constituciones. Es por ello por lo que las decisiones regias conculcadoras del Derecho tradicional, del bueno y viejo Derecho, no pueden prosperar como en el caso de los *rescriptos contra jus*, reconduciéndose la voluntad del Monarca a los límites que obraban para ella y que el propio rey debía respetar (93).

Por tanto, no puede en términos generales admitirse que en la Edad Media los patrimonios privados estuvieran en todo caso inermes ante las apetencias del poder soberano. El peso de otras fuerzas feudales contrarrestaba eficazmente las tendencias expansivas de los arbitrios de los príncipes, admitiéndose la responsabilidad real, la de los funcionarios regios, y la necesidad de indemnizar las privaciones patrimoniales imperativamente realizadas. Nuestros textos feudales dan fe del planteamiento que se ha esbozado (94). Sólo cuando las Cortes pierden su decisiva importancia, en cuanto que no tienen ocasión, con motivo del otorgamiento de los tributos que les son exigidos, de exigir el restablecimiento del orden conculcado y el mantenimiento del Derecho tradicional, las posibilidades del Monarca sufren sensibles ampliaciones. El funcionamiento de los Tribunales regios sigue también los avatares de este juego de poderes.

(92) Vid. sobre este tema VILLAR PALASÍ, *La traslación del «justum pretium» a la esfera de la expropiación forzosa*, en el núm. 43 de esta REVISTA, págs. 161 y sigs.

(93) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones sobre la inderogabilidad de los Reglamentos*, en el núm. 27 de esta REVISTA, pág. 68, y CLAVERO ARÉVALO, *La inalienabilidad del dominio público*, Sevilla, pág. 24, donde se pone de manifiesto cómo las Cortes consiguieron la revocación de diversas donaciones reales por ser «contra derecho, buenas costumbres, y contra juramento lícito, y contra contrato aprobado y jurado».

(94) Vid. GARCÍA GALLO, *El origen y la evolución del Derecho*, vol. I, Madrid, 1959, páginas 608 y sigs., 707 y sigs., 708 y 726, y los textos por él recogidos en su Antología de fuentes del antiguo Derecho, especialmente núms. 829, 859, 863, 1.080, 1.996, etc.

Con el auge de las doctrinas jusnaturalistas que defendían la existencia de derechos innatos del individuo, entre los que destacaban los de libertad y propiedad (95), se intenta imponer nuevamente al Estado el respeto a los mismos en cuanto enmarcados en un orden natural e intangible (96). Partiendo de tales premisas y de la construcción del orden constitucional a partir del pacto interindividual, parece lógico que se pretendiese sustraer a la decisión del Estado el contenido de unos derechos que, como los de la propiedad, no habían sido incluidos en el pacto, ya que incluso el propio convenio social venía dirigido a la obtención de un superior apoyo en su defensa que implicaba no sólo la restricción del *imperium* público (97) y la eliminación de toda clase de injerencias de este tipo (98), sino también la tutela del propietario frente a cualquier coacción en el uso de sus facultades dominicales, no voluntariamente consentida por él frente a los terceros. Todo derecho legítimo vendría así, según WEBER, apoyado en un estatuto en cuanto convenio racional, que tenía en los derechos de libertad su elemento esencial (99).

No es de extrañar, pues, sobre todo habida cuenta de la decisiva influencia que tanto en la doctrina (100) como en la legislación tuvieron los

(95) Vid. COCO, *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*, págs. 126 y 127 y la bibliografía allí citada.

(96) Vid. EBENSTEIN, *op. cit.*, págs. 439 y 440.

(97) Vid. sobre este tema MAX WEBER, *Economía y sociedad*, pág. 507. ARANGUREN, al contemplar el tránsito de la ética de la alteridad a la ética social observa cómo «el aseguramiento jurídico-positivo de los llamados "derechos del hombre y del ciudadano", es, visto el problema desde los gobernados el carácter esencial del Derecho, del mismo modo que, visto el problema desde el aparato estatal, del lado de los gobernantes, lo es la Constitución del poder político como "Estado de Derecho", *Ética y política*, pág. 196.

(98) Cada derecho subjetivo es una fuente de poder que de acuerdo con la norma jurídica correspondiente, pertenece a una persona y que da lugar a determinadas expectativas que abarcan tanto los llamados derechos a la libertad que excluyen dentro del ámbito de las conductas permitidas cierta clase de injerencias provenientes de terceros o del aparato estatal, como las facultades reconocidas a los individuos para regular por medio de negocios sus relaciones recíprocas, MAX WEBER, *op. cit.*, pág. 573.

(99) *Economía y sociedad*, págs. 641 y 642.

(100) Como es sabido, la fisiocracia montó sus esperanzas de transformación del orden existente en los propietarios inmobiliarios. «La soberanía y la propiedad privada de la tierra se identifican con los fisiócratas. Que el propietario y el agricultor sean libres y conseguirán la armonía social permitiéndoseles seguir los dictados de su propia conveniencia». LASKI, *El liberalismo europeo*, 3.ª ed. esp. Méjico, 1961, pág. 160. «El Derecho natural—afirma ARANGUREN— es ahora, por tanto, la ideología de la clase ascendente; y lo es como pretensión ético-política de convertirse en Derecho positivo ["Derecho natural"] de la Revolución frente al "Derecho divino" a que apelaba el antiguo régimen», *Ética y Política*, pág. 45.

propietarios (101), que los primeros textos constitucionales consagrasen entre sus principios básicos el respeto a la propiedad privada (102), principio éste que se ha considerado como una de las bases del orden jurídico occidental y presupuesto indeclinable del orden económico a que responde el moderno Estado de Derecho (103). Pero de todas formas es indudable que hoy en día, aunque la apropiación privada de bienes constituya uno de los puntos garantizados por las Constituciones modernas, tales garantías no tienen el carácter absoluto que era propio de las formulaciones y exigencias del liberalismo de principios del pasado siglo, si bien es cierto que desde otro plano se ha operado en algunos países una cierta ampliación del ámbito tutelado que propende a incluir toda privación singular de contenidos patrimoniales que el ordenamiento no prevé haya de quedar de cargo del sujeto afectado (104). Pero tanto las Constituciones como las codificaciones civiles apoderan al legislador para delimitar la institución dominical y ponen ésta en relación con la función social que simultáneamente se la adjudica (105).

Las garantías ofrecidas a los propietarios por el Estado de Derecho incluyen, por una parte, la reserva a la Ley formal (106) de la fijación

(101) Ninguna forma de representación del Estado —afirmaba BURKE— puede ser perfecta si no representa tanto el talento como la propiedad, *Reflexiones sobre la Revolución francesa*, pág. 133. Como es sabido, el Código napoleónico ha sido calificado como el Código propio de una sociedad de pequeños propietarios y arrendatarios, de ahí que en sus formulaciones tuviesen éstos en cuanto representativos de la clase más importante post-revolucionaria una positiva influencia.

(102) La declaración de derechos de 1799, inspirada en la filosofía jusnaturalista y racionalista del siglo XVIII, incluyó en su artículo 2.º a la propiedad entre los derechos fundamentales e imprescriptibles del hombre.

(103) Según FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart, 1964, págs. 8 y 9. El Estado de Derecho está ligado al actual *status quo* económico y social, y en este sentido protege el vigente sistema de valores. Vid. también JEANNEAU, *Les principes généraux du droit*, página 57.

(104) Así sobre la base de la garantía constitucional a la propiedad se han protegido en Suiza derechos patrimoniales de los funcionarios, vid. NARBEL, *Les droits acquis des fonctionnaires*, pág. 96. Sobre la extensión de la garantía de la propiedad a determinados derechos subjetivos de carácter público, ha versado la tesis de SCHMITZ, *Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz subjektiv öffentlicher Berechtigungen*, Friburgo, 1960. Una reacción frente a la tendencia expansiva en este sentido de los Tribunales alemanes en RUPP, *Privateigentum an Staatsfunktionen?*, Tübingen, 1963. Nuestra Ley de Expropiación Forzosa se sitúa en su artículo 1.º en esta vía al incluir dentro de los supuestos expropiatorios no sólo los derechos derivados de la propiedad, sino cualquiera otros derechos e intereses patrimoniales legítimos. Vid. también FORSTHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*, trad. esp., Madrid 1958, pág. 435.

(105) Vid., *supra*, nota 88.

(106) En nuestra patria no existe un precepto expreso que realice esta reserva, puesto que la Ley de Cortes sólo regula una distribución de competencia, pero existe una tendencia en este sentido. Vid. S. DE ENTERRÍA, *Apuntes*, cit., 106, y más adelante nota siguiente.

de las restricciones de la propiedad, y de otra, el respeto de un núcleo intangible sustraído incluso a la disposición del legislador (107). Ahora bien, con tal planteamiento sólo parcialmente se apuntan los términos en que puede discurrir la problemática del Estado constitucional moderno en sus relaciones con los derechos de propiedad. En efecto, la reserva de la Ley no opera en determinadas materias, cuya regulación, como sucede con la Policía, viene dentro de la esfera de actuación administrativa, y por cuya vía pueden introducirse notables restricciones a las esferas individuales de trascendencia económica, pero que no siempre caen, o al menos no es fácil determinarlo, dentro del ámbito constitucionalmente tutelado. Sean o no materias propias de la policía administrativa, es indudable que determinadas medidas públicas vienen sustantivamente legitimadas por las exigencias de la convivencia, constituyendo auténticas cargas sociales (108), cuya imposición no siempre precisa su amparo en una Ley formal. Por esta vía, pues, determinados contenidos económicos son susceptibles de alteración con una trascendencia que rebasa ampliamente la implicada en las limitaciones a la propiedad de cuño tradicional haciendo, como luego veremos, perder importancia comparativa a éstas en relación con los gravámenes que sin especiales protestas se vienen aceptando como consecuencia de las actuaciones conformativas e interventoras de la Administración contemporánea.

Pero ya en el campo propio de las limitaciones impuestas a la propiedad por la Ley, tampoco resulta fácil precisar, como se ha adelantado, hasta qué punto puede llegarse con las mismas sin menoscabo del núcleo esencial de la propiedad, garantizado por los textos constitucionales. Por supuesto que este planteamiento sólo tendrá pleno sentido con la concurrencia de mecanismos jurisdiccionales que fiscalicen la obra del legislador, manteniéndola dentro de los límites fijados por la Constitución, ya que en otro caso estos límites

(107) Este es el único sentido de los principios garantizados constitucionalmente y sustraídos a la eventual disposición del grupo político en el poder. Ahora bien, cual sea este núcleo esencial garantizado es cuestión, como veremos inmediatamente, no fácil de precisar y sobre la cual han versado múltiples aportaciones. Vjd. sobre el particular PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, págs. 91 y sigs.; COCO, op. cit., pág. 133, y en el Derecho alemán, KIRCHHEIMER, *Die Grenzen der Enteignung*, Berlín, 1930; HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, vol. II, Tübingen, 1954, etc.

(108) Vid. OTTO MAYER, *Derecho administrativo alemán*, trad. esp., Madrid, 1951, y más ampliamente GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, pág. 185. En cuanto a la imposibilidad de indemnizar las medidas de policía y las consecuencias de determinadas intervenciones conformadoras de la Administración, vid. VILLAR PALASÍ, *Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa del mercado*, en el número 16 de esta REVISTA. así como la bibliografía citada por GARCÍA DE ENTERRÍA en la nota 220 de su obra antes mencionada.

actuarían jurídicamente tan sólo frente al ejecutivo, teniendo para el legislador un sentido puramente moral y exhortatorio (109). Cuáles sean dichos límites es cuestión que no puede resolverse *a priori* y de una vez para siempre. Los textos legales, sea cualesquiera su rango, sólo pueden suministrar un escaso apoyo. Si, por ejemplo, nuestra Ley de Expropiación Forzosa incluye entre sus supuestos las privaciones singulares de la propiedad o de los derechos e intereses patrimoniales legítimos, quedan por resolver cuáles sean tales privaciones (110). Esta problemática, común por lo demás a todos los ordenamientos, sólo es afrontable y resoluble en términos históricos y contingentes precisables a través de la obra jurisprudencial (111). No debe olvidarse, como ha sido señalado recientemente por COCO (112), que la asimilación de la institución de la propiedad por la sociedad industrial, ha supuesto para la misma reflejamente una progresiva transformación que ha afectado sustancialmente a su comprensión tradicional en trance ininterrumpido y progresivo de mutación (113).

Me parece, sin embargo, de suma importancia el resaltar que los ata-

(109) Vid. COCO, *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*, pág. 132.

(110) Como hace observar GARCÍA DE ENTERRÍA, *Apuntes de Derecho administrativo*, vol. II, Madrid, 1966, pág. 199, la Ley establece que las privaciones singulares serán indemnizables, pero no establece cuáles sean aquellas otras que por tener carácter de limitación no lo sean. Se trata, pues, de consecuencia más que de criterios de diferenciación.

(111) Según PALACIO, *Enquiridión sobre la propiedad*, Madrid, 1939, pág. 7, cit. por PANIAGUA, *Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano*, pág. 273, ya para Santo Tomás y para los teólogos y filósofos del Siglo de Oro la propiedad privada sería una forma histórica sujeta a evolución más o menos lenta. Vid., en relación con la jurisprudencia alemana, FORSTHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*, trad. esp., Madrid, 1958, págs. 447 y sigs., y para Suiza, RUCK, *Das Eigentum im Schweizerischen Verwaltungsrecht*, separata del homenaje a PAUL SPEISER, Basilea, 1926, págs. 26 y sigs. Y más recientemente BAGI, *La garantie constitutionnelle de la propriété*, Lausana, 1956. En nuestro Derecho este problema ha sido abordado por MARTÍN-RETORTILLO en su trabajo *La doctrina de las materias reservadas a la Ley y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en el núm. 39 de esta REVISTA, págs. 287 y sigs. Acertadamente observan GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS, *Derecho administrativo*, pág. 511, cómo la Ley que ha de ser expresión de la justicia debe determinar en cada momento histórico el contenido de la propiedad conforme a aquélla en primer lugar, y en segundo término al criterio social que en ese tiempo resulte prevalente. Para un planteamiento diferente, ZELLWECER, *El principio de la legalidad socialista*, en «Revista de la Comisión Internacional de Juristas», vol. V, núm. 2, 1964.

(112) Op. cit., pág. 203.

(113) Pero además ha incidido el sentido actual de la democracia que ha afectado a todo el orden social, pues como apunta BURDEAU, *La democracia*, trad. esp., Barcelona, 1960, página 28, «de régimen político destinado a garantizar a los individuos el goce de las libertades que poseen, se convierte en una organización del poder gubernamental dirigido a asegurarles el ejercicio de las libertades que aún no poseen. La democracia era la forma de gestión de un universo libre. Se convierte en el instrumento de creación de un mundo que verá la liberación del hombre». A estas tendencias confluyen los impulsos igualitarios en materia económica de la acción del Estado que entra en todas sus intervenciones y lo determina, MYRDAL, *El Estado del futuro*, trad. esp., Méjico, 1961, pág. 50.

ques más decisivos que hoy se operan sobre la propiedad y los derechos patrimoniales en general se realizan desde campos y con motivaciones distintas, a las que jugaban en materia de las restricciones dominicales de carácter público a que veníamos acostumbrados. La gravedad de estas circunstancias, acentuada por el hecho de que no siempre interviene, como ha sido apuntado, una Ley formal, ha pasado, estimo, inadvertida a los tratadistas, al menos con ocasión del estudio de las cuestiones implicadas con la actuación público-administrativa sobre los derechos patrimoniales. Aunque ello suponga un excursus del tema principal del presente trabajo que versa sobre la propiedad inmobiliaria, es curioso observar cómo algunos autores que ponen especial énfasis en la garantía constitucional de la propiedad, no realizan mayores reservas en relación con la actuación sobre la misma de índole fiscal (114), que, en definitiva, puede suponer un auténtico vaciamiento de su contenido, pues de nada vale conservar inatacado un conjunto de estructuras formales si se las priva de sustancia económica. Pero además y fuera del ámbito estrictamente fiscal, en el que cabe incluir desde luego las cotizaciones de la seguridad social fijadas últimamente en España por simple Decreto en el 50 por 100 del salario, y que nutren un presupuesto próximo al del Estado, existen una serie de medidas públicas enormemente trascendentes para las economías de parciales o totales sectores de ciudadanos, que operan, y esto es lo más grave, auténticas transferencias coactivas de recursos de unos sectores a otros de la población, y no, como en los supuestos de la fiscalidad, de los patrimonios privados al Erario público (115). Piénsese, por ejemplo, en las actuaciones administrativas sobre los precios que pueden implicar graves sacrificios en el sector consumidor y enriquecimientos paralelos en el productor o inversamente. Tal ha sucedido en nuestro país en base a una normativa aún vigente con la elevación de los productos farmacéuticos en 1945 (116), que sólo para el Seguro de Enfermedad y por simple Orden ministerial, implicó unos mayores gastos de la índole de 600 millones,

(114) FORSTHOFF, que como es sabido postula la realización de los dictados del Estado social sin menoscabo del respeto al concepto formal del Estado de derecho, señala la vía para ello en la separación de las detracciones tributarias del producto social de las garantías institucionales de la propiedad, *Rechtsstaat im Wandel*, pág. 8. Vid. del mismo autor *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, recogido en dicho volumen, págs. 147 y sigs.

(115) Vid. sobre el particular VILLAR PALASÍ, *Justo precio y transferencias coactivas*, en el núm. 18 de esta REVISTA, págs. 23 y sigs.

(116) Autorizado por el artículo 7.º de la Orden de 11 de enero de 1945 sobre precio de especialidades farmacéuticas. Sin aludir a la reciente subida de estos productos, al parecer acordada en una Comisión Delegada del Gobierno cuya resolución no he encontrado publicada.

o la reciente elevación de las tarifas eléctricas (117), también efectuada por norma de rango inferior a Ley y con la que se pretendía enjugar unos déficits que se aproximaban a los 5.600 millones. A virtud de otras técnicas: la modificación de los aranceles y la introducción de derechos compensadores se puede imponer la absorción en el mercado interior de productos ofrecidos a precios superiores a los que venían rigiendo, como fué el caso de los productos siderúrgicos en 1963 (118), que hizo posible la inmediata movilización de unos *stocks* evaluados en 11.000 millones de pesetas. Por último, dentro de estas medidas cabe quizá contemplar las implantadas por el Plan de Desarrollo, que al desgravar e incluso subvencionar determinadas empresas (119), coloca a otras en una situación competitiva de desfavor, haciendo en la práctica y a través de los canales tributarios coadyuvar a la financiación de industrias rivales. Todo ello pone pues de manifiesto cómo la óptica tradicional de la actuación pública sobre propiedad ha quedado desfasada, y cómo, so capa de otros objetivos, se realizan *minoraciones económicas de mayor trascendencia* que no motivan las airadas reacciones que las clásicas restricciones dominicales suscitaban en los propietarios afectados.

C) *Compensaciones económicas.*

Ciñéndonos al tema aquí desarrollado y prescindiendo de las últimas consideraciones, conviene examinar hasta qué punto la modificación por el Estado de los derechos patrimoniales inmobiliarios da lugar a pretensiones indemnizatorias por parte de los propietarios menoscabados en sus contenidos económicos. A este respecto conviene analizar separadamente tres supuestos diferentes:

1. El legislador prevé expresamente la asignación de indemnizaciones (120). Estas medidas vienen adoptadas muchas veces en el marco de las disposiciones transitorias que pretenden una equitativa adecuación de las situaciones anteriores a las producidas como consecuencia de las pre-

(117) Decreto de 21 de diciembre de 1965, que modificó el complemento «r» de las tarifas tope unificadas.

(118) Decreto de 31 de enero de 1963, que estableció derechos compensadores para las partidas 73.01, 73.07, 73.12 y 73.14 del arancel.

(119) Artículo 8.º de la Ley de 28 de diciembre de 1963.

(120) El artículo 3.º de la Ley de 22 de diciembre de 1955 eximió de cargas fiscales los inmuebles histórico-artísticos en correspondencia a las limitaciones impuestas por la misma Ley.

visiones de la nueva Ley (121). Por algunos autores se postula precisamente este tipo de compensaciones cuando se imponen nuevas cargas o privaciones a los particulares acompañadas de un beneficio equivalente para el Estado (122). Sin embargo, se reconoce la dificultad de su asignación, tanto en el supuesto de que no se produzcan tales beneficios como cuando el montante de las indemnizaciones sea imposible de afrontar por el erario público, lo que produciría en otro caso la subordinación de la adopción de necesarias reformas a las disponibilidades de fondos por el Estado.

2. La Ley excluye expresamente la intervención de compensaciones por las restricciones que establece (123). En tales casos, en ausencia de previsiones constitucionales y del funcionamiento de Tribunales de este carácter facultados para revisar la obra del legislador, no sería posible exigir a éste una especial responsabilidad (124). Tampoco podrían jugar otros criterios como el de igualdad de las cargas públicas, igualdad de sacrificios, enriquecimiento sin causa por el Estado, etc. El legislador es inenjuiciable por los Tribunales ordinarios. Para el supuesto, sin embargo, en que existan órganos jurisdiccionales de carácter constitucional, éstos, de acuerdo con los criterios expuestos, matizarían el sentido de la norma sometida a su conocimiento, precisando si por la misma se habían introducido limitaciones permitidas por la Constitución al derecho de propiedad o, por el contrario, el legislador se habría excedido de sus facultades imponiendo restricciones ilegítimas.

3. La Ley no se pronuncia en materia de indemnizaciones. Este supuesto puede reconducirse al contemplado en el apartado anterior si se parte de la existencia de Tribunales encargados de tutelar el orden constitucional, los cuales podrían pronunciarse sobre la exigibilidad en todo caso de indemnizaciones al Estado a virtud de las restricciones impuestas por el legislador y pese a su silencio. Más problemático resulta el caso de inexistencia de tales Tribunales y actuación exclusiva de los de carácter ordinario. En la jurisprudencia de algunos países parece haberse abierto camino a la posibilidad de exigencia también de responsabilidad al Estado

(121) Vid. una sistematización de las posibles manifestaciones de estas soluciones de transitoriedad en VILLAR PALASÍ, *Apuntes de Derecho administrativo*, cit., págs. 74 y 75.

(122) Así ROUBIER, *Le droit transitoire*, págs. 648 y sigs.

(123) Este es el caso, por ejemplo, de nuestra Ley del Suelo de 12 de mayo de 1965, cuyo artículo 60 excluye expresamente el derecho a la indemnización.

(124) En este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, pág. 193, en nota.

legislador (125). Por la doctrina se fija, como condiciones en estos casos: el no pronunciamiento en contrario del legislador, la existencia de un perjuicio especial de gravedad suficiente y el que el Estado no pretenda impedir actividades reprobables, invocándose con carácter general el principio de igualdad ante las cargas públicas (126). Pero es lo cierto que tan sólo en casos aislados y de caracteres bien singulares (127) ha sido admitida este tipo de responsabilidad, que resulta aventurado conectarla con el principio últimamente indicado y que ha sido descartada por la jurisprudencia para otros casos en que se descubría la defensa de intereses generales preeminentes (128). Como ha apuntado GARCÍA DE ENTERRÍA, la invocación indiscriminada y general del principio de igualdad ante las cargas públicas implicaría de sancionarse por los Tribunales, prácticamente la paralización del legislador, por lo que este pretendido tipo de responsabilidad no supondría ni más ni menos que la utilización de meras técnicas interpretativas que llenan así la laguna observada en la Ley integrando la voluntad del legislador (129). La remisión a la teoría general de la expropiación forzosa puede en estos casos ser de extraordinaria utilidad entendiéndose por ejemplo, ante Leyes nacionalizadoras como la reciente de Seguridad Social en materia de accidentes de trabajo, que dichas Leyes únicamente han precisado la utilidad pública y ejecutividad de tales medidas, sin juzgar la precisión del montante indemnizatorio que tiene sus propios cauces en el ordenamiento.

(125) Vid BRUNET, *De la responsabilité de l'Etat législateur*, París, 1936, y SAYAGUÉS LASO, *Responsabilité de l'Etat en raison des actes législatives*, en «Libre Jubilaire du Conseil d'Etat», París, 1952, págs. 619 y sigs.

(126) LAUBADÈRE, *Traité Élémentaire de Droit administratif* 3.ª ed., París, 1963, páginas 628 y 629.

(127) El denominado La Fleurette, C. E., de 14 de enero de 1938, y Caucheteux, de 21 de enero de 1944. En años supuestos se trataba de dos únicos perjudicados por la medida en todo el territorio nacional. En un *arrêt* más reciente, Lacombe de 1 de diciembre de 1961, el Consejo de Estado ha reconocido que el perjuicio causado a un funcionario por una Ley convalidando medidas de integración de otros funcionarios previamente anuladas por desviación de poder, eran susceptibles de comprometer a la responsabilidad del Estado a virtud de la violación del principio de igualdad ante las cargas públicas.

(128) Así los *arrêts*, Ville d'Elbeuf, de 15 de julio de 1949, y Tranways de Limoges, de 23 de enero de 1952. Ya con anterioridad y en un caso muy debatido como fué el de la Ley de 16 de marzo de 1915 que prohibió la fabricación de absenta, el Consejo de Estado se pronunció por la inexigibilidad de indemnización.

(129) *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, págs. 193 y 197.

IV.—LAS CATEGORÍAS UTILIZADAS PARA EL ENCUADRAMIENTO DE LAS FACULTADES DOMINICALES.

A) *Límites-confines.*

A partir de GIERKE (130), en la doctrina alemana (131), con trascendencia posterior a la de otros países (132), se viene precisando la distinción entre aquellas restricciones a la propiedad impuestas expresamente sobre la misma y a partir de un contenido normal y preexistente, de aquellas otras que no constituyen propiamente tales, sino más bien el trazado de sus confines y la precisión de su concepto describiendo las barreras dentro de las cuales se mueven los derechos dominicales. Se utiliza para ello los términos contrapuestos de *Eigentumsbegrenzungen*, límites; *Eigentumsbeschränkungen*, limitaciones, que serán tratadas en el apartado siguiente.

Los límites o confines de la propiedad constituirían una condición propia de todos los inmuebles (133) o grupos de inmuebles que no implican una minoración de facultades dominicales, sino, por el contrario, la determinación del ámbito en que operan éstas, realizado legalmente por

(130) *Deutsches Privatrecht*, vol. II, 1905.

(131) Vid., en general, sobre el tema de los límites y limitaciones de la propiedad en Alemania en conexión con la cláusula de garantía establecida por las sucesivas Constituciones, WOLF, *Reichsverfassung*, en «Festschrift für Kahl, 1923; WIEACKER, *Wandlungen der Eigentumsverfassung*, 1935; HOLSTEIN, *Die lehre von der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung*, 1921; W. WEBER, *Eigentum und Enteignung*, en «Die Grundrechte», de NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, vol. 11, págs. 331 y sigs.; REINHARDT-SCHEUNER, *Verfassungsschutz des Eigentums*, 1954; HAMANN, *Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht*, Berlín, 1958, págs. 138 y sigs.; HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Tübingen, 1954, vol. II, páginas 8 y sigs, y MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, 10.^a ed., Berlín, 1961, págs. 136 y sigs.

(132) En nuestra doctrina ha sido puesto de manifiesto por GARCÍA DE ENTERRÍA, *Problemas actuales de régimen local*, Sevilla, 1958, pág. 130. Vid. también BIELSA, *Derecho administrativo*, 6.^a ed., vol. IV, Buenos Aires, 1965, y en la doctrina italiana, PAPPALARDO, *Nuovi limiti di diritto pubblico della proprietà immobiliare*, en «Il Diritto dei beni Pubblici», 1935, págs. 289 y sigs.

(133) OTTO MAYER, *Derecho administrativo alemán*, vol. III, pág. 306. En el sistema alemán es donde más claramente se ha detectado por todos los autores esta incorporación del concepto de límite a la noción de la propiedad. Vid., por ejemplo, KULZ, *Zur Fragen des Eigentums und der Enteignung im neuen Wasserrecht*, en *Staatsbürger und Staatsgewalt*, Karlsruhe, 1963, pág. 293.

el Estado (134). Tal sucedería, por ejemplo, en el caso de las minas (135), del subsuelo arqueológico, del manto subálveo, del espacio aéreo (136), de la caza quizá (137), y recientemente en la definición de la propiedad urbana. En este último aspecto nuestra Ley del Suelo realiza una expresa asunción de tales principios en cuanto que su artículo 61 dispone que las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites establecidos en la Ley o los Planes de ordenación, añadiendo el artículo 70 que la ordenación del uso de los terrenos y construcciones implica meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística.

Recientemente se ha realizado por PUGLIATTI (138) una sugestiva formulación de esta teoría, distinguiendo entre límites horizontales y verticales de la propiedad. Los primeros vienen determinados por la presencia en el mismo plano de la demanialidad pública, mientras que los segundos inciden desde distintos planos sobre un mismo objeto de derecho originario que se fracciona en objetos distintos de diferente titularidad, de acuerdo con la naturaleza de los distintos intereses. Cabe pues hablar de demanialidades contiguas y superpuestas o infrapuestas como límites de la propiedad privada.

B) Limitaciones.

Aunque la terminología, como hemos visto para la Ley del Suelo, no siempre resulta concordante, se conviene, expresa o tácitamente (139), en

(134) BARASSI, *La proprietà nel nuovo Codice civile*, pág. 83, distingue entre los intereses sociales que ponen un límite normal a la propiedad y aquellos que la penetran. Vid. también de este autor *I Diritti reali limitati*, Milán, 1947, pág. 207, que separa estos derechos de las determinaciones del contenido legal de la propiedad.

(135) Vid. VITTA, *Il diritto dello Stato sulle miniere di fronte al concetto di demani pubblico*, Módena, 1930; MORINEAU, *Los derechos reales y el subsuelo en Méjico*, Méjico-Buenos Aires, 1948, y en nuestra doctrina, PUYUELO, *Derecho minero*, Madrid, 1964, y QUEVEDO VECA, *Derecho español de minas*, Madrid, 1964.

(136) Desde una perspectiva más amplia, vid. I. MING, *La delimitación de la soberanía vertical*, Madrid, 1965, trad. esp.

(137) Vid., sobre estos temas, GIBAUD, *La pêche et le droit*, París, 1963; GARCÍA LAVERNIA-FLORES LÓPEZ, *Derecho español de la caza*, Madrid, 1965, y sobre todo, la conferencia pronunciada por GARCÍA DE ENTERRÍA en el acto de apertura del curso 1965-1966 en el Colegio Mayor Menéndez Pelayo.

(138) *La proprietà nel nuovo Diritto*, págs. 8 y sigs., contra BARASSI, *La proprietà*, cit., pág. 168.

(139) Del carácter expansivo de la regulación estatutaria de la propiedad da idea la amplia normación que recientemente se viene efectuando. En el pasado año se han publicado las siguientes disposiciones que en alguna manera afectan desde el sector público a las

considerar como limitaciones aquellas restricciones que operan circunstancialmente sobre el contenido definido de la propiedad (140), comprimiéndola mientras duren, a partir de terminaciones que vendrían basadas en la Ley o, según OTTO MAYER, en una debilitación general de la propiedad frente a la actuación de la Administración en el cumplimiento de sus fines (141). Para este autor *no* se trataría de un *derecho* que pertenece al Estado sobre inmuebles determinados, sino de una calidad jurídica común a todos los inmuebles, la cual surge en las ocasiones determinadas que la hacen aparecer y cesa en sus efectos con la terminación de la actuación de dicha causa (142), por ello no se precisaría una Ley ni habría necesidad de hacer valer un fundamento legal a tales restricciones (143).

Se parte, pues, de un concepto entificado, en la terminología de Coco, de la propiedad (144), constriñéndose las facultades dominicales potencialmente ilimitadas e indeterminadas, a virtud de la imposición de las limitaciones, recobrando no obstante aquéllas su virtualidad, dentro de los confines fijados por el legislador (145), una vez desaparecidas las circunstancias que determinaron la restricción. Los autores abordan esta materia, unas veces distinguiendo entre facultades de goce y disposición en relación con sus eventuales limitaciones (146), y otras clasificándolas (147) por razón de la proximidad existente entre bienes de propiedad privada y demanial, por los derechos que confieren a la Administración

facultades dominicales: Reglamento de 10 de marzo de 1966 de la Ley de 29 de abril de 1964 sobre teleféricos, Decreto de 10 de septiembre de 1966 sobre zonas limítrofes de embalses, Ley de 18 de marzo de 1966 sobre servidumbres eléctricas, Ley de 23 de julio de 1966 sobre antenas colectivas, Orden de 11 de mayo de 1966 sobre construcciones en zonas próximas a las estaciones de TSH de la Armada, etc. He aquí una paladina confirmación desde el campo de la realidad legislativa de la tesis que más adelante se precisa.

(140) Vid. una distinción en este sentido entre límites y limitaciones en PUGLIATTI, op. cit., pág. 31, y en GARCÍA DE ENTERRÍA, *Problemas actuales*, cit., pág. 130, y *Apuntes de Derecho administrativo*, vol. II, Madrid, 1965-1966, pág. 194.

(141) *Derecho administrativo alemán*, pág. 296. En análogo sentido se alude por GARRIDO a un estado de inferioridad jurídica del propietario, *Tratado de Derecho administrativo*, volumen II, pág. 248. GIROLA, *Les servitù prediale publiche*, Padua, 1937, pág. 76, se opone no obstante a esta caracterización de las limitaciones frente a las servidumbres, lo que implica, a su juicio, una extraña confusión de conceptos.

(142) Op. cit., pág. 309.

(143) Contra FORSTHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*, pág. 447, quien indica cómo en todos los casos citados por OTTO MAYER existía un suficiente respaldo legal, con lo que caería por su base el recurso a estas potestades implícitas de la Administración.

(144) *Crisi ed evoluzione nel Diritto di proprietà*, pág. 31.

(145) GARCÍA TREVILJANO, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, Madrid, 1964, página 460, también distingue las limitaciones de los límites constitucionales del derecho, aquéllas son para él medidas que comprimen legalmente el ejercicio del derecho.

(146) Así PUGLIATTI, op. cit., pág. 15.

(147) Vid. ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, vol. IV, pág. 193.

de usar transitoriamente bienes privados, por las conductas negativas (148) o positivas determinadas para el propietario o por la sujeción a autorización administrativa de determinados usos. En nuestra doctrina, GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS identifican a aquellas cargas que sin ser servidumbres de Derecho público no gravan a la propiedad en general, sino determinados bienes relacionados con un específico fin de utilidad pública y las limitaciones que se imponen por vía general a la propiedad privada y por variados motivos de policía y fomento (149).

C) *Servidumbres de Derecho público.*

Para OTTO MAYER, la servidumbre de Derecho público es un poder jurídico parcial constituido sobre un inmueble en favor de una empresa público (150) que puede estar basado bien en la creación de la relación de sujeción a virtud de la adquisición del derecho por la Administración y su subsiguiente afectación a un fin público (151), bien por imposición directa de la Ley (152). Otros autores sustituyen la genérica remisión a una empresa pública por el uso público (153), la utilidad pública (154) o ajustándose plenamente a modelos civilistas únicamente identifican estas servidumbres cuando se dan relaciones entre predios, uno de los cua-

(148) Así ZANOBINI, *op. cit.*, pág. 192. En igual sentido CANTUCCI, *La tutela giuridica delle cose d'interesse artistico o storico*, Padua, 1953, pág. 204.

(149) *Derecho administrativo*, pág. 558.

(150) *Derecho administrativo alemán*, pág. 272.

(151) Se seguiría, pues, el mismo mecanismo que para la incorporación plena de otros bienes al dominio público.

(152) *Derecho administrativo alemán*, pág. 278. Esta terminología y la correspondiente clasificación es recogida en nuestra patria por ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho administrativo*, vol. II, pág. 510.

(153) Para GARRIDO, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, pág. 248, la idea del predio dominante no es elemento esencial de la servidumbre y sí la sujeción parcial del bien a un uso por parte de la colectividad. BIELSA, *Derecho administrativo*, vol. IV, 6.ª ed., Buenos Aires, 1965, aunque admite servidumbres personales y prediales de carácter administrativo ve siempre su fin en el uso público o el servicio público. Para AUBY, *Servitudes Administratives, Juris-Classeur Administratif*, fascículo 390, pág. 6.ª, la definición de la servidumbre administrativa no hace intervenir la noción del predio dominante. Otros autores como RIBALDI-ODONE, *Servitù d'uso pubblico*, Milán, 1958, págs. 5 y sigs., distinguen entre servidumbres prediales públicas y servidumbres de uso público. Estas son impuestas no en favor de un fundo dominante, sino de una colectividad, por lo que las califica de servidumbres impropias de Derecho público. ZANOBINI, para salir al paso de esta dificultad, admite la existencia de derechos reales de goce o derechos reales patrimoniales junto a las servidumbres prediales o derechos reales demaniales, *Corso*, cit., pág. 220.

(154) Vid. en este sentido AUBY, *Servitudes administratives*, loc. cit., pág. 6.

les, el dominante, es de dominio público (155), y en cuyo beneficio se establece la servidumbre (156). Para PUGLIATTI (157), estas servidumbres forman, no obstante, parte de la categoría más amplia de los límites. Para caracterizarlas se recurre también a su contenido, el cual sólo podría consistir en un no hacer por parte del propietario o en un soportar (158), bien que se reconozca que ello suponga para la Administración una positiva legitimación interventora (159). También se utiliza para contrastarlas con las limitaciones el criterio de la restricción de la exclusividad de las facultades dominicales y no del contenido de la propiedad (160), dando al titular las mismas facultades concretas sobre el predio sirviente (161). Por último, la indemnizabilidad de estas restricciones igualmente ha servido para matizar el concepto de la servidumbre de Derecho público (162) frente a las limitaciones. Dista, pues, de haber sobre las mismas unanimidad ni

(155) Así GIROLA califica las servidumbres públicas en cuanto las limitaciones de la utilidad de un fundo en favor de otro por motivos públicos, *La servitù prediale*, cit., pág. 40. En parecido sentido PUGLIATTI, *Op. cit.*, págs. 16 y 23, y en nuestra doctrina GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS, pág. 557.

(156) Tampoco existen pareceres concordantes en cuanto a la posibilidad de que el predio sirviente sea de dominio público, lo que no es admitido con serio fundamento por MARTÍNEZ USEROS, *Improcedencia de servidumbres sobre el dominio público*, en «Estudios dedicados al Profesor GARCÍA OVIEDO», vol. I, Sevilla, 1954, págs. 137 y sigs.; contra GONZÁLEZ PÉREZ, *Los derechos reales administrativos*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», pág. 160. Vid. también PÉREZ OLEA, *Las concesiones de dominio público a título de precario*, en esta REVISTA, núm. 24, págs. 187 y sigs., donde se examina alguna jurisprudencia ciertamente poco convincente sobre este tema.

(157) *La proprietà nel nuovo Diritto*, pág. 23.

(158) Vid. GARRIDO, *op. cit.*, pág. 248, para quien desde el punto de vista del propietario la servidumbre consiste en soportar algo, *pati*. Análogamente, CANTUCCI, *La tutela*, cit., página 205, frente a las limitaciones que consistirían en un *non facere*; también ZANOBINI, *Corso*, pág. 218. OTTO MAYER, *Derecho administrativo alemán*, pág. 282, incluía, no obstante, entre el contenido de la servidumbre la obligación de no hacer. Para ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho administrativo*, pág. 511, las servidumbres públicas podían ser positivas o negativas, según consistiesen las prestaciones en haciendo u omitiendo.

(159) Así, ZANOBINI, *op. cit.*, pág. 217, quien ve en los derechos reales administrativos una relación positiva entre un ente público y la cosa sobre que recae un verdadero *jus in re aliena* a favor del primero.

(160) GARRIDO, *op. cit.*, pág. 248, y ZANOBINI, *op. cit.*, pág. 218. Según GARCÍA DE ENTERRÍA, *Apuntes*, cit., pág. 201, la servidumbre administrativa, al contrario de las limitaciones supone una atribución de facultades a la Administración respetando la titularidad privada.

(161) Vid. JÈZE, *Nature juridique des charges qui pesent sur les propriétaires riverains des voies publiques*, en «Revue du Droit Publique», 1912, pág. 738, cit., GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS, pág. 557.

(162) Este criterio es utilizado por GARCÍA TREVIJANO, *Apuntes de Derecho administrativo*, 1965-1966, pág. 18, para distinguir las servidumbres de las limitaciones. En la misma línea ZANOBINI, *Corso*, pág. 229. Con referencia a la doctrina jurisprudencial francesa señala contrariamente a AUBY, *loc. cit.*, págs. 16 y sigs., que la concepción, según la cual, salvo texto formal, toda servidumbre administrativa daría lugar a indemnización, no ha conocido muchos defensores y no ha sido jamás admitida por la jurisprudencia.

en el campo de la doctrina ni incluso en las propias catalogaciones realizadas por los Códigos.

D) *Deberes.*

La imposición de deberes a los propietarios puede conectarse con la función social que se viene modernamente asignando a la propiedad privada, constituyendo en alguna manera el aspecto positivo de la misma (163), que determina para su titular la adopción de conductas activas y le obliga así frente a la Administración a la utilización de su derecho en la forma que exigen los públicos intereses que con los privados se dan cita en el *instituto jurídico de la propiedad* (164). Los autores se han esforzado por distinguir conceptualmente los deberes de las obligaciones y las cargas, pese a que la legislación los utiliza frecuentemente como sinónimos. Los deberes estarían así, frente a las obligaciones, en parecida relación a la de las potestades frente a los derechos subjetivos. A su vez las obligaciones determinarían una conducta cuyo no seguimiento lleva consigo una determinada sanción, mientras que el incumplimiento de las cargas sólo acarrearía para el propietario la imposibilidad de extraer determinadas consecuencias de sus propias facultades (165).

E) *Intervenciones de policía.*

En realidad, tratándose de policías especiales, que son las que aquí interesan, este apartado carece de *sustantividad propia* y debe ser englobado con el que se refiere a las limitaciones, respecto de las cuales representa una modalidad restrictora. La única razón de dar a estas intervenciones alguna singularidad es la de resaltar precisamente su tradicional conexión con las limitaciones, precisándose así su distinción de las servidumbres en base a la ausencia de indemnización para las consecuencias de este tipo de medidas. La actuación administrativa sobre la propiedad privada vino en sus orígenes basada en las potestades de policía de la Administración, por lo que fué necesario arbitrar, en torno a la policía, el fundamento de estas excepcionales intervenciones y de la derogación para tales casos de la

(163) Vid. CARRO, *Los principios de la nueva Ley del Suelo*, en «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 88, pág. 532.

(164) PUGLIATTI, *op. cit.*, pág. 46.

(165) Vid. CARCELLER, *El derecho y la obligación de edificar*, Barcelona, 1965, pág. 238.

intangibilidad de la propiedad (166). Así, por OTTO MAYER, y con referencia a la antigua jurisprudencia alemana, se señala cómo la distinción entre la orden de policía y la servidumbre pública tiene trascendencia en cuanto que la primera viene implícita, a diferencia de la segunda, en las autorizaciones generales de la Administración y no da lugar a sacrificio especial alguno indemnizable. Sobre esta técnica se apoyaron los Tribunales alemanes en materia de protección de caminos, alineaciones y prohibiciones de construir unidas a ellas (167).

V.—LA CONFORMACIÓN ESTATAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA.—INTENTO DE REELABORACIÓN SISTEMÁTICO.

A) *Comprensión estatutaria de la propiedad.*

La concepción que ha venido predominando durante largo tiempo del derecho de la propiedad y que aún perdura en un sector quizá mayoritario de la doctrina, venía enraizada con la adjudicación al propietario de derechos absolutos sobre la cosa, respecto a los cuales únicamente se admitían episódicas restricciones. Sin embargo, la propia idea de la limitación, que ya contradecía el carácter definitivamente absoluto del derecho de propiedad (168), si bien inicialmente pudo parecer compatible con aquel concepto elástico de las facultades dominicales, lentamente se fué revelando insuficiente, en cuanto comprensión exterior (169) sobre el conjunto de facultades dominicales, una vez que a su aumento cuantitativo se le van sumando las cargas y los deberes. Estos empiezan a afectar cua-

(166) Vid. LAUBADÈRE, *Droit administratif*, 3.^a ed., París, 1963, pág. 344. Y concretamente sobre este tema la conocida monografía de LAFERRIERE, *Le droit de propriété et le pouvoir de police*, París, 1908. Con relación a la protección de los monumentos históricos señala también ESTEVE, *L'art et la propriété*, pág. 155, que las restricciones a la propiedad individual para la realización de esta tutela se efectúan con dos procedimientos jurídicos esenciales: el poder demanial y el poder de policía. También BIELSA, al estudiar las limitaciones a la propiedad privada regidas por el Derecho administrativo, señala que una importante fuente de restricciones resulta del ejercicio del poder de policía en sus diversas manifestaciones, *Derecho administrativo*, vol. IV, pág. 339.

(167) *Derecho administrativo alemán*, págs. 273 y 308.

(168) La inclusión en la definición del concepto de propiedad por los Códigos de la noción del límite avocaba a privar aquélla del sentido absoluto que se le adjudicaba como característica esencial, Coco, *Crisi ed evoluzione*, cit., pág. 41.

(169) Las restricciones a la propiedad no tenían para OTTO MAYER forma jurídica propia, bastando el simple hecho exterior de la actividad de la Administración, *Derecho administrativo alemán*, págs. 313 y 314.

litativamente (170) el instituto de la propiedad adquiriendo cada vez más importancia y trascendencia sustantiva los intereses colectivos en él incluidos y que tradicionalmente jugaban tan sólo correctoramente de los intereses del propietario fundamentalmente tutelados. Por ello se ha dicho, con relación a un ordenamiento netamente occidental como el italiano, que el derecho de la propiedad no comporta ya necesariamente la preeminencia incondicionada de los intereses de su titular, habiendo caído la barrera que limitaba las injerencias no queridas, puesto que este derecho no puede constituir el instrumento para sacrificar los derechos inalienables de todos los ciudadanos a la libertad, la igualdad y la equivalente dignidad social (171).

Surge así el que denominamos concepto estatutario (172) de la propiedad, en cuanto que los derechos y obligaciones de los propietarios (173)

(170) Coco, op. cit., pág. 241, quien observa que aunque se pueda hablar aún de límite desde el ángulo visual de la posición del propietario no se puede excluir que se haya determinado una nueva situación de esta posición y de aquí una dimensión nueva y anómala del Derecho.

(171) Coco, op. cit., pág. 243.

(172) Según la cita de GEIGER, que GARCÍA DE ENTERRÍA realiza y que ha encontrado un amplio eco, «el único contenido del Derecho de propiedad es la suma de las atribuciones de disponibilidad que el Derecho positivo otorga y garantiza al llamado propietario», cit. en *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, ipág. 23. RUPP, con base a KAUFMAN, señala, por su parte, que el poder sobre los límites es idéntico al poder sobre el todo, *Privateigentum*, cit., pág. 32, en nota. El derecho de propiedad, según PUGLIATTI, es como derecho una creación de la Ley, *La propiedad*, cit., pág. 4. En nuestra doctrina, HERNÁNDEZ GIL, *La propiedad en el Derecho y en la realidad actuales*, en «El Orden Social Moderno», Madrid, 1947, pág. 110, había observado cómo el Derecho regula el contenido de la propiedad y que «la idea misma del límite pierde sentido. La tenía cuando era sólo una prohibición, una simple acotación del derecho de propiedad... Se trata más bien de una propiedad delimitada, configurada, ordenada», EBENDA, pág. 117. A estos principios responde íntegramente nuestra Ley del Suelo, la cual, según PÉREZ GONZÁLEZ, en su discurso de presentación en las Cortes Españolas, «viene a ser el estatuto jurídico básico de la propiedad urbana», vid. la reproducción de este discurso en la «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 88, especialmente pág. 468. No puede sino convenirse con KNOLL, que «en las clásicas Leyes expropiatorias se inclinan tanto la propiedad en el sentido civilista como objeto de los atentados de Derecho público, como la protección también de Derecho público que a la propiedad se suministraba a través de las disposiciones expropiatorias. En la actualidad se ha suprimido la protección de Derecho público a determinadas formas de la propiedad y a la vez se articula la coincidencia del Derecho público y privado en relación con el fundamento de los derechos dominicales de tal forma que en el futuro no podrá reconocerse un derecho de la propiedad no admitido por el Derecho público», *Eingriffe in das Eigentum*, en «Archiv des öffentlichen Rechts», 1953-1954, pág. 493.

(173) Cómo ha sido indicado ello se pone plenamente de manifiesto en las más recientes regulaciones del derecho de propiedad, singularmente de la propiedad urbana que han supuesto una revisión del concepto de propiedad inmobiliaria en general, vid. PÉREZ BOTIJA, *Derecho urbanístico español*, Madrid, 1950, y mi trabajo *La eclosión de nuevas comunidades*, en el núm. 44 de esta REVISTA, pág. 79, y sobre todo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Ley del Suelo y el futuro del urbanismo*, en «Problemas actuales de Régimen Local», págs. 95 y sigs. En la

vienen determinados, circunscritos y definidos a partir de una serie concatenada de decisiones políticas, que toman su base en los textos constitucionales y se prolongan a través de la obra del legislador ordinario en las actuaciones inmediatas de la Administración. No se trata, pues, de la cristalización inmutable de un catálogo más o menos abierto de facultades determinables de acuerdo con precisos e invariables postulados, sino de un proceso histórico, contingente y fluido, en el que desempeñan los Tribunales un importante papel de adaptación de la configuración de la propiedad al sentido que la viene adjudicando el ordenamiento jurídico (174). La propiedad pierde también conceptual omnivalencia para todas sus posibles manifestaciones (175). Son más bien distintas propiedades las que son reguladas por el Estado, que toma en consideración las diversas funciones sociales (176) que las mismas puedan realizar.. Sólo a la vista de sus concretas disciplinas podrá precisarse, prescindiendo de estériles abstracciones, cuáles sean sus respectivos contenidos.

misma línea se ha dicho que «El inmueble urbano, y especialmente el destinado a vivienda, aparece formando parte de un núcleo o comunidad urbanos de los que no puede ser abstraído porque está afecto al mismo interés general propio de aquella comunidad. Por este interés, por el servicio que presta a la comunidad, se le dota de derechos y obligaciones independientemente de quien sea su actual propietario o de quienes puedan ser sus sucesivos propietarios. Y son derechos y obligaciones que siguen al inmueble mismo a lo largo de las vicisitudes del tráfico que sobre él se desarrolla», *El Tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*, Madrid, 1964, pág. 50, que constituye una magnífica aportación al urbanismo español de J. MARTÍN BLANCO. Vid. de este autor también *Legislación urbanística y Derecho privado*, en «Revista de Derecho Privado», enero 1962, particularmente la pág. 24. Sobre la trascendencia del plan en cuanto definidor de los derechos y obligaciones de la propiedad urbana, IMBODEN, en *Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut*, Berlín, 1960, págs. 113 y sigs., el plan somete a cada propietario inmobiliario, según este autor, a un estatuto especial, loc. cit., página 123, por ello no constituye una regulación abstracta y genérica, a manera de un *status* general del suelo, porque aunque incide sobre la totalidad de los administrados, afecta de una manera especial a determinados propietarios, a los que otorga facultades estrictamente concretadas por el plan. Vid. también GARCÍA DE ENTERRÍA, *El plan urbanístico*, en «Apuntes de Cátedra», 1965-1966, págs. 133, 139 y 151. Para este autor «el plan no es una limitación de esa supuesta facultad absoluta del propietario al aprovechamiento urbanístico de su fundo..., sino que realmente otorga las posibilidades de aprovechamiento urbanístico que antes del plan no existían», loc. cit., pág. 149.

(174) De acuerdo con FORSTHOFF, es inevitable que las representaciones generales de valores culturales y sociales ejerzan una influencia en el establecimiento de los límites inmanentes de la propiedad.

(175) La palabra propiedad, según PUCLIATTI, no tiene hoy, si alguna vez la ha tenido, un significado unívoco, constituye una ilusión el creer que la identidad del término corresponde en la realidad un solo y compacto instituto, *La proprietà*, pág. 309, y en nuestra doctrina SERRANO GUIRADO indica igualmente que «en nuestros días no existe propiamente un derecho de propiedad, sino derechos singulares de propiedades determinadas», *Planificación territorial, política del suelo y Administración Local*, Madrid, 1963, pág. 63. Vid. también, en relación a la separación de la propiedad rústica y de la urbana, CÁNOVAS, *La influencia del Derecho público sobre la propiedad privada*, cit.

(176) Vid. PUCLIATTI, op. cit., pág. 114.

B) *Trascendencia de esta comprensión en relación con la problemática tradicional de las restricciones de la propiedad.*

1. *La expropiación forzosa y el estatuto de la propiedad.*

Frente a un sector de la doctrina (177) se ha afirmado por GARCÍA DE ENTERRÍA (178) contundentemente que si la expropiación constituye un límite a la propiedad, lo es en cuanto a su existencia institucional. En su perspectiva singular, la expropiación no es ciertamente un límite, sino una transformación pura y simple, basada en presupuestos distintos a los que configuran limitadamente a la propiedad. Parece, pues, claro el que la expropiación forzosa, sólo desde una perspectiva extraordinariamente general, y que aquí no nos sirve, puede conectarse con el estatuto de la propiedad. Este, por el contrario, remite a determinaciones estables que abarcan una o varias categorías de la propiedad, precisando su contenido y disciplinando *ope legis* el haz de facultades y derechos dominicales. Esta disciplina va dirigida pues a una pluralidad abstracta de situaciones dominicales, cuyo estatuto se deriva directamente del ordenamiento. La expropiación forzosa, por el contrario, remite a situaciones singulares, en las que la acreditada prevalencia de los intereses públicos determina, mediante el cumplimiento de ciertas formalidades entre las que destaca la previa indemnización del afectado, la transferencia a la Administración de ciertos derechos patrimoniales privados, sin trascendencia en cuanto a su contenido económico para su anterior sujeto. Ahora bien, la expropiación forzosa tiene un importante papel como instrumento de impulsión y compulsión extrema para la realización efectiva de la función social adjudicada a la propiedad.

Sin embargo, es cierto que aparentemente puede surgir alguna confusión (179) en las relaciones entre estatuto dominical e institución expropiatoria, por lo que se ha aludido a los movedizos límites de esta última (180). Ello porque no siempre es fácil precisar cuándo se trata de

(177) Vid. una referencia en PERA VERDAGUER, *Expropiación forzosa*, Barcelona. 1963, página 25.

(178) *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, págs. 23 y 68; en igual sentido GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, pág. 253.

(179) Especialmente en Alemania, donde la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como indica FORSTHOFF, no ha tenido en cuenta lo bastante los límites inmanentes del derecho de propiedad y propendió a incluir en la expropiación todos los casos de perjuicio patrimonial que a juicio del Tribunal hubieran de ser indemnizados, *Tratado de Derecho administrativo*, págs. 433 y 437. Vid. sobre este tema NIETO, *Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa*, en el número 38 de esta REVISTA.

(180) FORSTHOFF, *op. cit.*, pág. 443.

privaciones singulares colectivamente realizadas (181), y cuándo de auténticas determinaciones generales sustractivas de derechos dominicales no indemnizables. La utilidad pública es también un dato común, y sobre todo oscurece la comprensión el que las leyes realicen de sus supuestos anticipaciones excepcionando el procedimiento expropiatorio normal (182) o remitiendo al mismo la fijación de las indemnizaciones procedentes (183). Por último, la expropiación forzosa sirve para realizar privaciones singulares de la propiedad o de derechos patrimoniales y no sólo las transferencias forzosas integrales que constituían anteriormente su ámbito específico.

No obstante, las diferencias en todos estos supuestos pueden resultar patentes si se recurre, de un lado, al criterio de la generalidad antes enunciado, a la sustantivización de la técnica valoratoria como parte separable del procedimiento expropiatorio, y sobre todo, en el caso más problemático de los sacrificios colectivos realizados por vía legal, al criterio sobre el que luego volveremos de la exigibilidad o no del mismo (184), a la vista del sentido dado por el ordenamiento al estatuto dominical.

2. Límites, limitaciones y deberes.

El enfoque que venimos dando al Instituto de la propiedad nos permite superar estas discriminaciones en cuanto que suponen tan sólo la adopción de una óptica distinta en relación con la determinación de su contenido (185). Los deberes, por una parte, pueden ser simplemente caracterizados como aquellas previsiones estatutarias de carácter positivo.

En cuanto a los límites o confines y las limitaciones, responden a la noción ya señalada de la propiedad, primero definida por el Estado y después susceptible de comprensión, sin perjuicio del mantenimiento

(181) La insuficiencia de la denominada «Einzelakt Theorie», vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios*, cit., pág. 69, y FORSTHOFF, *Tratado*, pág. 453.

(182) Tal es el caso de las denominadas servidumbres forzosas de paso de energía eléctrica, que no son en realidad más que un supuesto expropiatorio normal, bien que realizado a través de un procedimiento especial. Vid. su nueva regulación de acuerdo con la Ley de 18 de marzo de 1964 y su Reglamento de 20 de octubre.

(183) Lo que realiza, por ejemplo, la vigente Ley de Navegación Aérea, de 21 de julio de 1960, en su artículo 54, en relación con las restricciones impuestas a la propiedad colindante de los aeropuertos, restricciones éstas que a diferencia del supuesto contemplado anteriormente operan desde luego por la creación de estos servicios, aunque posteriormente sean susceptibles de compensaciones.

(184) Este parece ser el criterio decisivo y no el de la equidad, el del sacrificio especial, etc., que no pueden ser utilizados en los casos concretos más que, a lo sumo con carácter orientador.

(185) Vid. HERNÁNDEZ GIL, *La propiedad en el Derecho y en la realidad actual*, pág. 117, y BARASSI, *La proprietà*, cit., pág. 170.

de las posibilidades recuperatorias del propietario dotado de facultades virtualmente ilimitadas dentro de aquellos confines.

Ahora bien, un examen más detenido de estas cuestiones induce a considerar que las denominadas limitaciones son sustancialmente idénticas a los límites, jugando tan sólo sobre categorías dominicales más reducidas y circunscritas. En efecto, el ordenamiento puede precisar para la totalidad de la propiedad fundiaria, que ésta no incluye a su subsuelo arqueológico o minero, o en otro sentido, que todas las fincas contiguas a las carreteras o a las vías fluviales determinan para su propietario un catálogo de facultades más reducido. En este último caso, la pretendida configuración singular de estas restricciones pierde trascendencia si se afirma que tal cualidad viene insita en la categoría de bienes afectados por la misma, respecto a los cuales la Administración simplemente realizará una mera constatación o impondrá, con los medios de que dispone, el efectivo respeto del estatuto dominical que afecta a estos bienes. Si desaparece la vía pública o se cambia el curso de la corriente de agua navegable no es que los propietarios recobren sus facultades previamente comprimidas, sino, por el contrario, que sus bienes habrán perdido su condición anterior, incluyéndose su régimen en el propio de otra categoría distinta. Quien adquiere pues un predio en las condiciones antes señaladas, sabe perfectamente que las facultades dimanantes de su titularidad dominical están incluidas en un determinado catálogo y son diferentes a las que obran para otros bienes de categorías distintas. Pero, además, las decisiones en la que toman su base tanto la imposición de los límites como de las limitaciones tienen un carácter similar. Las distintas consideraciones que animan en unos casos a sustraer al dominio privado el subsuelo minero y en otros a obligar a tolerar al dueño de una propiedad ribereña el uso de unas determinadas fajas de terrenos en beneficio de la navegación, no son sino concreciones de diferentes manifestaciones del interés público. Las posiciones de los derechos positivos son un claro exponente de la contingencia que todas estas decisiones comportan. No puede sino convenirse con BARASSI, que el derecho de propiedad plasmado por la Ley vale tanto para las limitaciones como para los confines. Ambos son perfectamente normales; por ello señala este autor cómo las limitaciones propiamente dichas son reguladas en otra parte de los Códigos al ocuparse, por ejemplo, del usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres voluntarias (186). Aquí es donde a lo más pudiera invocarse el sentido elástico de las facultades dominicales.

(186) *La proprietà*, pág. 172.

3. *Servidumbres y estatuto dominical.*

El recurso a la figura de la servidumbre para explicar las relaciones fundadas en determinaciones estatales afectando singularmente a predios privados, puede considerarse como una normal consecuencia de la novedad relativa de Derecho Administrativo, de la prevalencia anterior del concepto absoluto de la propiedad y de la sola admisión pacífica de restricciones estables a los derechos dominicales por los cauces señalados en los Códigos civiles. Sociológicamente la utilización de la rúbrica de las servidumbres, bien que como veremos desnaturalizada por la índole de las restricciones que se imponían, favorecía así la implantación de medidas conformadoras, que bajo otra forma no hubieran sido quizá aceptadas sin resistencia.

Sin embargo la insatisfacción del mantenimiento formal de tales arbitrios, pese a que pueda admitirse con GIROLA (187) la licitud de la utilización también en el campo del Derecho público de instituciones provenientes del Derecho privado, ha sido puesta de manifiesto por los autores con relación primero a las denominadas servidumbres forzosas o servidumbres legales contenidas en los Códigos (188), señalándose cómo tales pretendidas servidumbres pugnaban con las características propias de estos derechos reales en cuanto que su imposición venía en buena manera sustraída a la voluntad privada, su régimen era acentuadamente objetivo y, sobre todo, contradecían la excepcionalidad propia de las servidumbres al someter a estas cargas en principio toda la propiedad que se encontrase en determinadas condiciones.

Con referencia a muchas de las servidumbres denominadas administrativas o de Derecho público, las objeciones formuladas para las anteriores no son sólo susceptibles de reproducción, sino que son, además, considerablemente reforzadas (189). Tanto sus orígenes (190) como su extinción (191), como la forma de producir sus efectos, son rigurosamente exorbitantes de las iniciativas privadas, y el derecho que las regula se sustrae a la voluntariedad de los afectados en toda su integridad. Sólo muy forzosamente pueden identificarse aquí los elementos que se dan cita

(187) *La servitù prediale*, cit., pág. 40.

(188) Entre otros, COLIN Y CAPITANT, BRUGI, RUGGERO, cit., CASTÁN, *Derecho civil español*, tomo II, pág. 577. Vid. también AUBY, *Servitudes administratives*, loc. cit., pág. 3, y FERRINI-PULVIRENTI, *Delle servitù stabilite dalla legge*, Nápoles, 1923.

(189) Vid. WALINE, *Manuel elementaire de Droit administratif*, 4.ª ed., pág. 517.

(190) «La servidumbre administrativa no puede tener otra fuente que un acto unilateral público», AUBY, loc. cit., pág. 9.

(191) Vid. OTTO MAYER, *Derecho administrativo alemán*, pág. 287, y GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS, *Derecho administrativo*, pág. 555.

en las servidumbres tradicionales. El predio dominante no aparece en muchas ocasiones, por lo que para mantener tal ficción se recurre a la figura de la empresa pública o de los fines o utilidades públicas (192). Pero aun admitiendo la existencia de servidumbres administrativas de carácter personal, ello nos conducirá a identificar a los titulares de las mismas, o bien con la Administración en su conjunto, o bien con colectividades indeterminadas y amplísimas para las que no está pensada ciertamente la figura de las servidumbres personales. Piénsese, por ejemplo, en la servidumbre de salvamento de la que puede beneficiarse prácticamente la comunidad mundial.

Todo ello nos induce a abandonar esta ficción incluyendo, al menos, las relaciones no indemnizables calificadas como servidumbres públicas forzosas, en el estatuto ordinario de los distintos tipos de propiedad. El aferramiento a esta figura carece en estos casos de sentido, pues no nos proporciona consecuencias jurídicas trascendentes, aun sin excluir por supuesto que, como señala nuestra Ley del Suelo (193) y otras leyes especiales, e intuyó OTTO MAYER, puedan fundarse servidumbres propias o impropias de Derecho público o privado en favor de la Administración por las vías establecidas normalmente en el Código civil (194) o por la expropiatoria ordinaria o extraordinaria, y sin descartar tampoco que para algunas de las denominadas servidumbres forzosas las prescripciones de este Código hayan de ser incorporadas al estatuto dominical respectivo.

El propio OTTO MAYER hubo de reconocer que las servidumbres por él denominadas impuestas constituían una condición legal por la que se reconoce a la propiedad (195), y recientemente PUGLIATTI (196), bien que manteniendo su sustantividad las incluye, más cerca de la línea aquí propugnada, dentro de las limitaciones a la propiedad. El dato de que

(192) Así AUBI, *Servitudes administratives*, loc. cit., pág. 6, y PUGLIATTI, op. cit., páginas 25 y sigs., quien, por ejemplo, con relación a las servidumbres en interés de la navegación, identifica la corriente navegable como predio en conexión con los fines de navegación a que sirve. Más forzado aún es el intento de situar el predio dominante en las servidumbres eléctricas en la central productora de energía. Vid. GILARDONI, *Acque pubbliche e impianti elettrici*, Roma, 1935.

(193) Con arreglo al artículo 55, cuando para la ejecución de un plan no fuera menester la expropiación del dominio y bastare la constitución de alguna servidumbre, podrá imponerse ésta o convenirse con los propietarios.

(194) Aquí pudiera traerse a colación el derecho a la utilización de los caminos y calles privadas. vid. sobre este tema mi trabajo cit., *La eclosión de nuevas comunidades*, págs. 82 y sigs., y la bibliografía allí citada, también ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho administrativo*, pág. 511, en nota.

(195) Op. cit., pág. 286.

(196) Op. cit., pág. 15.

afecten a la exclusividad de las facultades dominicales tampoco nos sirve para sustantivarla, puesto que tampoco las limitaciones se vienen caracterizando por su relación con la totalidad de los contenidos dominicales, sino sólo con una parte. El hecho de que recaigan sobre un predio o que guarden en ocasiones alguna relación en el dominio público no es tampoco relevante, ya que, en definitiva, las limitaciones también tienen similares objetivos (197). Mejor que afirmar que las fincas próximas a un monumento o a un río están sujetas a determinadas servidumbres, interesa señalar, de acuerdo con la comprensión estatutaria propugnada, que aquellas propiedades colindantes están sometidas a un estatuto singular. No olvidemos que en el pasado fueron calificadas de servidumbres incluso lo que hoy universalmente se admite como límites o confines de la propiedad. Así sucedió en materia de edificación y alturas lo que se ha mantenido hasta épocas recientes, caracterizando como una servidumbre personal la creación de barrios al estilo de ciudad-jardín (198). Las servidumbres de Derecho Administrativo no indemnizables y las forzosas en general deben incorporarse, siguiendo la suerte de las limitaciones, al estatuto de las propiedades a que afecten (199). A tal solución conducen no sólo los razonamientos apuntados, sino la imposibilidad práctica de utilizar congruentemente de otra forma tal figura, dada la absoluta dispersión de criterios en cuanto a su identificación (200), tanto por la doctrina, como por el legislador (201) y la jurisprudencia.

(197) E incluso los límites, piénsese, por ejemplo, en las restricciones de altura en la edificación urbana que se realiza, normalmente en función de la anchura de la calle, es decir, la transformación de la misma afectará a la propiedad colindante, aunque ello se realice normalmente a través de la modificación del plan.

(198) Vid. ENNECERUS, *Tratado de Derecho civil*, vol. III-2, trad. esp., pág. 59, quienes configuran esta servidumbre a favor de los Municipios. La tutela de la propiedad monumental también ha sido inicialmente configurada con arreglo a esta técnica, vid. ESTEVE, *L'art et la propriété*, pág. 172, y mi estudio *La propiedad monumental*, en el núm. 49 de esta REVISTA.

(199) Ello ha sido percibido plenamente por GONZÁLEZ BERENGUER, *Teoría y práctica de la Ley del Suelo*, Madrid, 1964, pág. 24, cuando señala cómo fenómenos que fueron tradicionalmente comprendidos como excepcionales y pertenecientes a la patología de la propiedad, si bien en buena parte siguen siendo considerados como resultantes de la existencia contigua de predios «otra buena parte, cada vez mayor, de aquello que se consideró servidumbre, es decir, fenómeno excepcional no es tal servidumbre, sino límite del derecho de propiedad verdadera definición de su contenido». Sumamente interesante resulta también el análisis de la posición jurisprudencial a la vista de las sentencias por este autor citadas.

(200) Así, por ejemplo, el contenido de estas servidumbres que se limita por algunos autores a «soportar» con olvido de que si se desea mantener el parangón con el Derecho civil han de incluirse, de acuerdo con nuestra legislación positiva, obligaciones de no hacer e incluso de hacer, artículo 533 del Código civil.

(201) Vid. ZANOBINI, *Corso*, pág. 218; AUBY, *Servitudes*, pág. 3; ENTERRÍA, loc. cit., página 201; GARRIDO, *Tratado*, pág. 249, y CASTÁN, *Derecho civil*, pág. 577.

4. *La policía administrativa.*

Es éste quizá uno de los conceptos que, pese a su usual manejo en nuestra disciplina, requiere todavía una suficiente clarificación. Puede ser abordado tanto desde el punto de vista de las técnicas que representa: restricciones a la libertad y propiedad individual, como de sus fundamentos: mantenimiento del orden y seguridad pública. Desde el primer punto de vista no nos parece aprovechable en la indagación que realizamos, porque si se realizan restricciones que afectan establemente a las facultades dominicales, tales restricciones serían simplemente manifestación de la determinación por el Estado de aquellas facultades (202). Pero en segundo lugar, y esto es lo más importante, porque sin pretender incidir en fáciles iconoclastias, parece hoy seriamente en entredicho el concepto amplio de la policía, que incluye tanto la cláusula general como las policías especiales. La policía surgió como criterio legitimador de las intervenciones estatales que permitían una injerencia en las esferas individuales sin ser acompañadas de las correspondientes indemnizaciones. En la eterna lucha por potestades inmunes que el Derecho Administrativo recoge, dándonos su más reciente crónica, la policía constituyó la coraza de que se invistieron los poderes públicos para poderse mover después con una cierta holgura en los medios sociales del Estado liberal. De esta forma la policía vino a constituir una ingenua explicación tautológica y un círculo vicioso, dotado de una extraña virtualidad de convincencia. Serían de policía las intervenciones que no daban lugar a indemnización y no daban lugar a indemnización las intervenciones de policía. En la actualidad, sin embargo, el progreso de las técnicas del Estado de derecho ha permitido poner de manifiesto la inanidad de estas fórmulas mágicas sometiendo a control actividades estatales antes inmunes. Ahora bien, como ha sido ya apuntado, la defensa de la propiedad y de las libertades individuales todavía se mueve en torno a estos problemas en su enfoque tradicional, con olvido de que las más drásticas y trascendentes intervenciones del Estado no se realizan ya por estos cauces, sino a través de la denominada policía económica, que incluye las medidas inflacionis-

(202) De aquí que las licencias y autorizaciones puedan sin violencia reconducirse a técnicas de constatación del respeto del estatuto dominical correspondiente más que como meras remociones de límites en el sentido tradicional, sin perjuicio de que lo inexcusable de tales constataciones aproxime a las mismas a la adjudicación de facultades. Significativo en este sentido la terminología utilizada por TESTA, *Disciplina urbanística*, 2.ª ed., Milán, 1954, que alude a controles técnico-estéticos de las construcciones y controles urbanísticos. Vid. mi trabajo *Silencio administrativo y actividad autorizante*, en el núm. 48 de esta REVISTA.

tas (203), anti-inflacionistas restricciones de crédito (204), la fijación de tipos de cambio, la elevación de aranceles, etc., que, sin embargo, nadie en nuestra doctrina ha pensado aún en fiscalizar.

Pero volviendo al ámbito de la policía tradicional en su versión amplia, resulta claro que no nos vale a nuestros propósitos puesto que, visto desde este ángulo, y así sucedió en el pasado, o bien todo serían restricciones policiales de las facultades dominicales, o bien tan sólo explicaría el porqué de algunas de las determinaciones estatutarias de la propiedad, aunque la mayoría vengan basadas en razones de fomento y servicio público. Por supuesto, que dentro de dicho estatuto se incluirían aquellas en que la determinación de la persona afectada se realiza no directamente, sino a través de sus relaciones con un fundo de su propiedad (205). Las eventuales y excepcionales intervenciones de la Administración (206) en pro del mantenimiento del orden o de la seguridad pública anormalmente alterado (207), no pertenecen propiamente a su estatuto, encontrándose en estos casos en la cláusula general de policía la legitimación de la actuación de la Administración.

5 *El criterio de la indemnización.*

Dentro de la concepción estatutaria de la propiedad se incluyen aquellas determinaciones generales y estables de su contenido que por previsión del legislador no dan lugar a indemnización por los poderes públicos, bien por no tener trascendencia evaluable en términos económicos (208), bien por excluirse las pretensiones indemnizatorias, bien por correr éstas a cargo de particulares. Lo verdaderamente importante es la fijación imperativa de este estatuto, con un alcance que dependerá de la decisión legislativa actualizadora de los criterios histórico-constitucionales que ani-

(203) Por lo que se ha solicitado que la garantía de la propiedad no se limite a puros valores nominales, sino guarde relación con los reales poderes de compra, KUNC, *Eigentum und Eigentumspolitik*, Tübingen, 1964, pág. 22.

(204) Basta meditar un poco en la trascendencia que recientes medidas adoptadas en España han tenido para algunas empresas a las que han hecho suspender sus actividades.

(205) BIELSA, *Derecho administrativo*, pág. 343, y AUBY, loc. cit., pág. 5, citando a RIGAUD, *La teoría des droits reels administratifs*, Toulouse, 1914, pág. 420.

(206) Vid. AUBY, loc. cit., pág. 15.

(207) FORSTHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*, pág. 451.

(208) Así, por ejemplo, los derechos de tanteo y retracto legalmente concedidos a la Administración o a los particulares. Precisamente en torno a los tanteos se pretende en la actualidad montar una serie de medidas antiespeculativas sobre los solares. Estas técnicas ya vienen funcionando en otros países, Alemania y Francia, y han sido sistematizadas y propuestas como solución del *lege ferenda* por MARTÍN BLANCO, en su libro cit. *Tráfico inmobiliario*.

man la configuración del instituto de la propiedad (209). Una decisión contraria a tales criterios podrá ser fiscalizada por los Tribunales constitucionales, de existir, o por los Tribunales ordinarios si por la Administración se adoptan conductas no autorizadas legalmente, tanto si tales decisiones afectan a actuales derechos patrimoniales como a facultades de otra índole, piénsese, por ejemplo, en una Ley que hiciese a la esposa heredera única de todas las fincas del marido. En cuanto a la historicidad de esta materia, resultan ejemplificadores los distintos criterios seguidos sobre compensaciones urbanísticas por los ordenamientos; así la primera ley urbanística inglesa, a diferencia de las españolas y francesas, previó indemnizaciones por las limitaciones urbanísticas que introdujo, y estas últimas, rompiendo con su criterio general, dan lugar a indemnización cuando se imponen adicionales limitaciones de volúmenes (210).

C) *Esquema clasificatorio para una posible sistematización de las determinaciones estatutarias de la propiedad.*

a) *Por la amplitud de la normación conformadora.*

1. *Determinaciones universales.*

Estas son las que afectarían a todos los tipos de propiedad, como las que prohíben el uso antisocial de la misma, el abuso del derecho, los actos de emulación y la utilización de la cosa en forma que voluntaria o involuntariamente ponga en peligro perturbadoramente el orden y la seguridad pública. En este apartado podría también quizá incluirse la ilegitimidad de la oposición por el propietario a un uso inocuo ajeno de su propiedad y posiblemente también la fiscalidad indirecta.

2. *Determinaciones por categorías generales de inmuebles.*

— Minas.

— Hidrocarburos.

(209) Me refiero a la tesis del sacrificio no exigible de acuerdo con los anteriores presupuestos como única válida para precisar la existencia de derechos compensatorios. Vid. ENTERRÍA, *Los principios*, cit., pág. 69, y FORSTHOFF, op. cit., pág. 441.

(210) Artículo 70-2 de la Ley del Suelo en relación con la reducción de los volúmenes mínimos edificables determinados por el artículo 69 para la propiedad rústica. El artículo 82 del Código de urbanismo francés excluye de manera general el derecho a indemnización, salvo si resulta de una modificación del estado anterior de los terrenos determinando un daño directo, material y cierto.

- Manto subálveo.
- Aguas subterráneas canarias.
- Espacio aéreo.
- Subsuelo arqueológico.
- Suelo urbano.
- Suelo rústico.
- Inedificabilidad urbana.
- Unidades mínimas de cultivo.
- Caza.

3. *Determinación por categorías singulares.*

- Carreteras.
- Ferrocarriles.
- Zonas polémicas.
- Explotación y prospección de minas.
- Funiculares.
- Conservación de líneas eléctricas.
- Montes.
- Cultivos forzosos.
- Cultivos prohibidos.
- Incidencias de planes de urbanismo.
- Prórroga de arrendamientos.
- Tanteos y retractos.
- Bienes artísticos.
- Excavaciones arqueológicas.
- Vecinales.

b) *Por su trascendencia económica.*

1. *Determinaciones minorativas de contenidos patrimoniales.*

- Las del subgrupo b) anterior.
- Carreteras.
- Urbanismo.
- Luces y vistas.
- Prórrogas de arrendamiento.

2. *Determinaciones sin trascendencia económica directa.*

- Paso.
- Acueducto.

- Cultivos.
- Bienes artísticos.
- Excavaciones arqueológicas.
- Prospecciones y explotaciones mineras.
- Tanteos y retractos.
- Unidades mínimas de cultivo.
- Pastos.
- Enclaves.

c) *Por las conductas que determina.*

1. *Negativas.*

a') «Pati».

- Acueducto.
- Paso.
- Salvamento.
- Vigilancia.
- Camino de sirga.
- Aguas.
- Visita de monumentos.
- Excavaciones.
- Concentración parcelaria.
- Enclaves.

b') «Non haciendo».

- Plantaciones.
- Luces y vistas.
- Carreteras.
- Aeródromos.
- Ferrocarriles.
- Extranjeros sin renta.
- Arrendamiento.
- No exportación de bienes artísticos.
- Inedificabilidad.
- Cultivos prohibidos.
- Tanteo retractos.
- Unidades mínimas de cultivo.

c') Vinculaciones.

- Bienes artísticos.
- Suelo rústico.
- Suelo urbano.
- Arrendamientos forzosos.

2. Positivas.

- Solares.
- Terrenos urbanizables.
- Bienes artísticos.
- Cultivos forzosos.
- Actividades incómodas.
- Fachadas.
- Fincas mejorables.
- Regadíos.

d) *Por el sujeto beneficiado.*

a') La Administración en general.

b') Los miembros de una colectividad.

- Navegación.
- Salvamento.

c') Individuos específicos.

- Paso.
- Luces (Vecinales).

Queda, pues, expuesto sin pretensiones de exhaustividad un posible esquema de encuadramiento de las distintas modalidades que puede revestir la incidencia de la obra conformadora del Estado sobre el estatuto público de la propiedad. No es posible agotar aquí el tema describiendo precisamente el alcance de tales determinaciones, ello queda apuntado para sucesivos desarrollos. Baste sólo puntualizar, finalmente, que no se pretende postular un radical desguace de los sistemas y categorías tradicionalmente utilizados en esta materia, sino presentar otro enfoque quizá más acomodado a unas circunstancias que, posiblemente por razones de purencia, vienen siendo enjuiciadas con arreglo a criterios ya superados.