

## CAPÍTULO III

# PROPIEDAD, ARRENDAMIENTO Y CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Con el fin de preparar el terreno para el análisis del ajuste a la Constitución de las modificaciones introducidas por la LDV en la ordenación legal del contrato de arrendamiento de vivienda, al que dedico el capítulo siguiente, es oportuno reflexionar con carácter previo y más general sobre algunas cuestiones. Comenzaré estrechando el círculo con unos apuntes sobre la competencia estatal para regular las bases de las obligaciones contractuales. A continuación, me referiré al tándem función social y contenido esencial de la propiedad. Me detendré en la tradición cultural común en la Unión Europea y en el concepto de propiedad que manejan tanto el TJUE como el TEDH, con estudio de su jurisprudencia. Y dedicaré un epígrafe especial al análisis del principio o juicio de proporcionalidad y al modo en que se aplica en la práctica en este campo, con alguna referencia a la reserva de ley.

### **1. ESTRECHANDO EL CÍRCULO CON UNA CUESTIÓN COMPETENCIAL: LIMITACIÓN DE LA RENTA, DERECHO DE PROPIEDAD Y BASES DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES. ANÁLISIS DE LA STC 37/2022**

Uno de los objetivos principales de la Ley 12/2023 es promover el mercado del alquiler a precios asequibles como solución habitacional. Aunque también se utilizan como instrumento algunos incentivos (p. e., estímulos fiscales para los arrendadores en el IRPF), el protagonismo recae, sin duda, sobre las obligaciones que se establecen y los límites

que se imponen al poder del propietario, que antes he descrito. Esto plantea varios órdenes de problemas. El primero, al que atiende este epígrafe y que ha sido destacado desde la Introducción, es de carácter competencial.

En relación con la materia objeto de estudio, tiene especial relevancia la competencia que ostenta el Estado para regular las bases de las obligaciones contractuales (cfr. art. 149.1.8.ª CE). Tomaré como testigo para hilvanar el discurso la limitación de la renta en las zonas de mercado residencial tensionado, como mecanismo, que podría calificarse de temporal y coyuntural, de intervención en el mercado libre del arrendamiento de vivienda. Partiré del análisis de una sentencia sobre la que quiero llamar la atención, la STC 37/2022, de 10 de marzo de 2022, que declaró inconstitucional la mayor parte de la Ley del Parlamento de Cataluña 11/2020, de 18 de septiembre, *de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda*<sup>1</sup>. Es precisamente en esta normativa en la que se ha inspirado la Ley estatal por el derecho a la vivienda al regular este mismo tipo de medidas.

En la sentencia de referencia, el Tribunal Constitucional descarta que la materia enjuiciada —régimen especial de contención de rentas para los contratos de arrendamiento de vivienda habitual en las denominadas áreas con mercado de vivienda tenso— se encuadre en el título competencial referido a la vivienda (art. 149.1.3.º CE) —sobre el que todas las CCAA, incluida Cataluña, han asumido competencia exclusiva— y afirma que lo hace en el relativo al Derecho civil (que se rige, como bien es sabido, por el art. 149.1.8.ª CE). Recordemos que este último precepto reconoce competencia exclusiva al Estado en materia de legislación civil, pero lo hace con una salvedad: «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan».

---

<sup>1</sup> RTC 37/2022. Publicada en el *BOE* núm. 84, de 08.04.2022. La sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad 6289-2020, interpuesto por cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular. El grueso del recurso se dirige contra los preceptos relacionados con un régimen especial de contención de rentas para los contratos de arrendamiento de vivienda habitual en las denominadas áreas con mercado de vivienda tenso. Se valora también la constitucionalidad de distintas infracciones que se tipifican en relación con el aludido régimen de contención de rentas del alquiler. Y la regulación de algunas reglas procesales relacionadas con la obligación de realojo de personas vulnerables. Las quejas materiales esgrimidas en el recurso se fundamentan sobre la supuesta vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE); derecho a la propiedad privada (art. 33 CE); principio de dignidad de la persona (art. 10.1 CE) en relación con la autonomía de la voluntad; o garantía material del principio de tipicidad (art. 25 CE). En cuanto a las tachas competenciales, aluden, entre otras, a la competencia estatal en materia civil (art. 149,1,8 CE), en relación con la regulación del derecho de propiedad, teniendo en cuenta que se reserva al Estado, en cualquier caso, incluso en aquellas comunidades autónomas con Derecho civil propio, la regulación de las bases contractuales.

Acaba con una tercera regla en la que reserva al Estado «[e]n todo caso» una serie de materias entre las que, a lo que ahora interesa, se encuentran las «bases de las obligaciones contractuales».

Para llegar a esta conclusión la sentencia argumenta que:

1.º La vivienda «no constituye un título competencial autónomo», sino que puede recaer bajo distintos títulos competenciales estatales o autonómicos dependiendo de cuál sea el enfoque y cuáles los instrumentos regulatorios utilizados en cada caso por el legislador. Dicha complejidad competencial es consecuencia de las distintas dimensiones constitucionales («económica» y «social») que presenta la vivienda, a las que ya se ha hecho referencia en páginas anteriores.

2.º La competencia exclusiva de las comunidades autónomas en materia de «territorio, urbanismo y vivienda»<sup>2</sup> tiene por objeto fundamental el desarrollo de políticas públicas en el campo de la vivienda, centradas en la actividad administrativa de ordenación y fomento del sector.

3.º En cambio, si se trata de incidir en uno de los elementos esenciales del régimen de derechos y obligaciones que deriva de un contrato civil, como es la renta en el contrato de arrendamiento de vivienda, no es aquel el anclaje competencial, sino que hay que apelar a la competencia sobre legislación civil. El arrendamiento de vivienda —dice el Tribunal Constitucional— es un contrato y, como tal, un instrumento de naturaleza jurídico-privada. De ahí, el carácter netamente civil de las regulaciones que se refieran a este tipo de contrato, que, como tal, genera relaciones «inter privados», en especial si atienden a aspectos esenciales del mismo, como es la renta.

Hasta aquí cabría pensar que, como Cataluña tiene Derecho civil propio en materia de obligaciones y contratos, la regulación de referencia podría quedar amparada por el art. 149.1.8.º CE. Pero la sentencia da un paso más cuando considera que no es sólo que la renta del arrendamiento sea una cuestión de legislación civil, sino que, además, el principio de libre estipulación de la renta en los arrendamientos urbanos forma parte de las «bases de las obligaciones contractuales» cuya ordenación queda reservada en exclusiva al Estado. ¿Por qué lo considera así? Primero, porque define uno de los elementos estructurales de este tipo de contrato, el cual, salvo algunos aspectos conformados con carácter imperativo por el legislador (ámbito de aplicación, fianza y formalización —curiosamente, la sentencia no cita, pese a su impor-

---

<sup>2</sup> Aunque todas las CCAA han asumido competencia exclusiva en las materias enunciadas en el art. 148.1.3.ª CE, ello no excluye la posible actuación del Estado amparada en los títulos competenciales regulados en los arts. 149.1.1.ª, 8.ª, 11.ª, 13.ª, 18.ª o 23.ª CE. Como señala la STC 152/ 1988, de 20 de julio (FJ 3), esos títulos competenciales le habilitan en la medida en que la vivienda se configura como una actividad económica de producción cuya repercusión en la estabilidad económica es indiscutible, si bien esto no significa que el Estado esté legitimado para realizar cualquier actividad en materia de vivienda, ya que los citados preceptos constitucionales no implican existencia de una competencia general e indeterminada de fomento de las actividades productivas por parte de aquel.

tancia, la duración mínima y las prórrogas forzosas—), se rige por los pactos, cláusulas y condiciones determinados por la voluntad de las partes. Y, segundo, porque la regulación de la renta y de los criterios para su determinación tiene también una incidencia relevante en la actividad económica por cuanto afecta al sector inmobiliario y al alquiler de viviendas, lo que justifica su regulación estatal como garantía del principio de unidad de mercado.

La conclusión, para el Tribunal Constitucional, es que el legislador catalán ha operado fuera de sus competencias<sup>3</sup>. Es irrelevante si la regulación cuestionada puede ser considerada modificación, conservación o desarrollo de instituciones preexistentes en el Derecho civil especial o foral catalán. En todo caso, esa regulación sería contraria al orden competencial al no respetar la atribución exclusiva de la competencia para determinar las bases de las obligaciones contractuales al Estado.

Desde luego no es que esta sentencia resuelva los tortuosos problemas conceptuales que giran en torno al concepto de «bases de las obligaciones contractuales», pero desciende, de forma significativa, a conclusiones más concretas que otras anteriores —incluida la STC 132/2019, de 13 de noviembre—<sup>4</sup>.

La reserva al legislador estatal de la competencia para la regulación tanto de la regla general de libertad de pacto en la fijación de la renta como de sus posibles excepciones o modulaciones excluye que cualquier legislador autonómico pueda condicionar o limitar la libertad de

---

<sup>3</sup> Al carecer el legislador autonómico de competencia material para fijar esas concretas reglas, tampoco la tiene para regular las consecuencias de su infracción, de suerte que el régimen sancionador establecido por la Ley 11/2020 se declara igualmente inconstitucional.

<sup>4</sup> Sobre la jurisprudencia constitucional relativa a este concepto indeterminado, puede atenderse a M.ª P. GARCÍA RUBIO, «Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil. Comentario a la STC 132/2019, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro VI del CCCat», *RDC*, vol. vi, núm. 4, oct.-dic. 2019, pp. 1-43. Y C. I. ASÚA GONZÁLEZ, «Conexión y bases de las obligaciones contractuales a propósito de la STC 132/2019», *Derecho privado y Constitución*, 37, 2020, pp. 235-272.

Como García Rubio señala, la STC 132/2019, de 13 de noviembre, aborda por vez primera de manera directa uno de los temas más espinosos del art. 149.1.8.ª CE, cual es el de buscar el significado y alcance de las bases de las obligaciones contractuales, aunque sin contribuir significativamente a su clarificación. En esta STC, por mayoría de siete votos contra cinco, se declara constitucional la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro Sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto. Con una excepción, la del art. 621-54.3 CCCat, considerado inconstitucional y, en consecuencia, nulo por invadir la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal. Incluye cuatro votos particulares. Subraya García Rubio el hecho de que el ponente que logró persuadir a la mayoría de sus colegas fue Juan Antonio Xiol Ríos, magistrado que ya en otras sentencias anteriores del alto tribunal había manifestado en sus votos particulares su comprensión del art. 149.1.8.ª CE en términos hasta ahora minoritarios. La STC se desvía de lo dispuesto en pronunciamientos anteriores. Destaca el esfuerzo interpretativo para perfilar lo que debe entenderse por «bases de las obligaciones contractuales».

las partes para determinar la renta inicial del alquiler de viviendas. Esto nos conduce a una primera conclusión destacable. La Ley estatal por el derecho a la vivienda trata, entre otras cosas, de solventar tal inconveniente y permitir este tipo de limitaciones que el Tribunal Constitucional veda a comunidades autónomas como la catalana, que las introdujo desde posiciones ideológicas hermanadas con las que respaldan la ley estatal (con referencia a las mayorías parlamentarias y de Gobierno). Esta es la finalidad: habilitar a las CCAA, dentro del marco de la LDV, para declarar zonas tensionadas en las que puedan aplicar, si así lo desean, límites (temporales y coyunturales) a la renta de partida del alquiler en los contratos celebrados por sujetos que cumplan (en el lado activo y pasivo) determinados requisitos. Lo que se combina, además, con nuevas prórrogas forzosas. Queda, sin embargo, sin determinar si estos límites son, por cuestiones de fondo, constitucionales o qué requisitos deben cumplir para serlo, sobre lo que luego he de volver, al contrastarlos con el respeto del contenido esencial de la propiedad y la proporcionalidad o razonabilidad de las medidas articuladas.

Esta sentencia constituye un importante precedente que no habrá que perder de vista en el capítulo 4 al valorar la constitucionalidad de la LDV y considerar las conclusiones de la STC 79/2024, de 21 de mayo<sup>5</sup>, que resuelve el primero de los recursos interpuestos frente a la ley estatal por el derecho a la vivienda.

## **2. LA PRESIÓN RECURRENTE DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y EL DESLEÍDO JUICIO DE PROPORCIONALIDAD**

### **2.1. Conceptos preliminares: El tándem función social y contenido esencial**

Llegados a este punto del discurso, y dado que en el próximo capítulo sopesaré la constitucionalidad de las medidas que nos ocupan, no solo bajo parámetros competenciales, sino también en atención a cuestiones de fondo vinculadas con las nociones de función social y contenido esencial de la propiedad y a su proporcionalidad, conviene que me refiera, con carácter preliminar, a estos conceptos<sup>6</sup>.

Jeremy Bentham, casi contemporáneo de Cesare Beccaria, al que respetaba, escribe: «Es sorprendente que un escritor juicioso como Beccaria haya podido insertar, en una obra dictada por la filosofía más

---

<sup>5</sup> RTC 79/2024. Publicada en el *BOE* núm.152, de 24.06.2024.

<sup>6</sup> Para ello, se revisitan, en parte, ideas expuestas en M.<sup>ª</sup>D. MAS BADIA, «Derecho a la propiedad», *op. cit.*, pp.599-653.

razonable, una duda subversiva sobre el orden social»<sup>7</sup>. Bentham alude a unas palabras que el autor objeto de tan severo juicio incluyó en su obra *Dei delitti e delle pene*: «el derecho de propiedad (terrible, y quizá no necesario derecho) ...»<sup>8</sup>. Calificativos que inspirarían mucho tiempo después el título de la obra *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, de Stefano Rodotà. Excede del objeto de esta monografía profundizar en la superación de la doctrina del Derecho natural que alienta en las palabras de Beccaria o en el recorrido histórico que ha guiado el derecho de propiedad hasta nuestros días. Pero retengamos en la memoria el apelativo de terrible derecho.

Si vamos a hablar aquí y ahora de función social y de contenido esencial de la propiedad privada es oportuno advertir que existe un claro paralelismo entre los arts. 33 CE y 53 CE, de un lado, y, de otro, los arts. 17 CDFUE<sup>9</sup> y 52.1 CDFUE<sup>10</sup>. De la conjunción de cada par de normas resultan tres reglas básicas, que han de interpretarse de forma sistemática, en estrecha conexión<sup>11</sup>: 1.º Se garantiza el derecho de propiedad —art. 17.1, primer inciso CDFUE y art. 33.1 CE—. En el caso de la Carta europea, con referencia expresa a las facultades de uso, disfrute y disposición, que tradicionalmente se reconocen en los Códigos civiles como configuradoras de su contenido —en este punto, el art. 33.1 CE debe ponerse en relación con el art. 348 CC—. 2.º Se proscribe su privación, con afirmación del principio de legalidad, salvo que concurran unos requisitos estrictos: exigencia, como contrapartida,

<sup>7</sup> J. BENTHAM, *Principles of the civil code*, W. Tait, 1843.

<sup>8</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Paris, Giovanni Claudio Molini, 1780.

<sup>9</sup> El art. 17 CDFUE, ubicado dentro del Título II («Libertades») dispone: «1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general. 2. Se protege la propiedad intelectual.»

<sup>10</sup> Art. 52 CEDH, integrado en el Título VII. Disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta: «1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás». En caso de intervención legislativa de la UE sobre el derecho de propiedad en el ámbito de sus competencias, o de los EEMM en aplicación o desarrollo del Derecho Comunitario, la función social apunta a la conciliación del interés del propietario con fines de interés general perseguidos por la Unión, que se hallan acuñados en las normas de Derecho originario prioritariamente —SSTJUE de 14 de mayo de 1974 (*Caso Nold*), 13 de diciembre de 1979 (*Caso Hauer*), 18 de septiembre de 1986 (*Comisión contra la RFA*) o 13 de julio de 1989 (*Caso Wachauf*), entre muchas otras—.

<sup>11</sup> Estas reglas quedan confirmadas, asimismo, por una abundante jurisprudencia del TJUE, desde hace tiempo consolidada: como ejemplo, las SSTJUE de 13 de diciembre de 1979 (*Caso Hauer*); 11 de julio de 1989 (*Caso Schræder*); 13 de julio de 1989 (*Caso Wachauf*); 10 de julio de 2003 (*Caso Booker Aquaculture e Hydro Seafood*); y una larguísima lista.

de una justa indemnización<sup>12</sup> y necesaria concurrencia de una *causa expropriandi* — art. 17.1, segundo inciso CDFUE y art. 33.3 CE—<sup>13</sup>. 3.º Se permite la intervención delimitadora del legislador con base en el criterio de la «función social» — art. 17.1, tercer inciso CDFUE y art. 33.2 CE—. El «interés general» al que se refiere la CDFUE equivale a este concepto, pese a la utilización de una fórmula más tímida. Es el legislador (reserva de ley —arts. 33 CE y 53.1 CE y art. 17.1 CDFUE, en relación con el art. 52.1 CDFUE—) el legitimado para definir el contenido del derecho de propiedad o, si se prefiere, el haz de poderes o facultades, pero también de deberes u obligaciones<sup>14</sup> para cada categoría de bienes, según la trascendencia que tenga —que puede definirse incluso bajo criterios funcionales o de destino— para el interés general. La delimitación legal de acuerdo con la función social no da derecho a compensación económica a favor de los propietarios que la sufren, a diferencia de lo que ocurre con la expropiación<sup>15</sup>. Esta misma interpretación se extiende, aunque su tenor literal se halle

<sup>12</sup> Bajo la República española de 1931 cabía la expropiación sin indemnización en determinados casos si se adoptaba la decisión por mayoría absoluta de las Cortes (cfr. art. 44 CE 1931).

<sup>13</sup> Sobre la evolución del instituto de la expropiación paralela a la del concepto de propiedad, puede atenderse, entre otros, a J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «Artículo 33», en AAVV, *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer-Boletín Oficial del Estado-Tribunal Constitucional-Ministerio de Justicia, 2018a, pp. 1148 y ss. Ofrece un resumen de las principales sentencias del TC, dictadas hasta 2018, en que se plasma la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre el art. 33 CE.

<sup>14</sup> La función social ha de guiar la delimitación de la propiedad o propiedades por el legislador. En concreto justificaría, siguiendo a Rodotà en una exposición ya clásica, que mantiene toda su vigencia: a) La falta de atribución de determinadas facultades. b) El condicionamiento para el ejercicio de las facultades atribuidas. c) La imposición de la obligación —o deber— de ejercicio de determinadas facultades (S. RODOTÀ, «*Note critiche in tema de proprietà*», *Riv.trim. dir.proc.civ.*, 1960, pp. 1312 y 1313; y *El terrible derecho*, *op. cit.*, p. 423). La imposición de deberes corresponde a un estadio avanzado del desarrollo de la noción de función social aplicada al derecho de propiedad. VERDERA SERVER, «*Pro Propietate*», *op. cit.*, p. 895, subraya el alcance sustancialmente diverso que, desde un punto de vista económico, tienen las limitaciones negativas y las positivas, por cuanto las primeras reducen el valor de la propiedad, que pueden llegar a dejar en un valor meramente residual; mientras que las cargas positivas aumentan el coste de la titularidad, pudiendo implicar que la titularidad sea deficitaria para el propietario. En cualquiera de los dos casos, la cuestión es qué nivel de utilidad individual permite seguir hablando de propiedad privada.

<sup>15</sup> Ensayo la distinción entre expropiación y delimitación no indemnizable sobre la base de criterios extraídos del análisis económico del Derecho, G. DOMÉNECH PASCUAL, «Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable», *In-Dret*, 1/2012, pp. 1-60. Por su parte, Guiloff Titium relata cómo, con esta misma perspectiva de análisis económico, algunos autores norteamericanos llegaron a proponer la elaboración de algoritmos con el fin de establecer o predecir conclusiones en esta materia, en concreto si, ante una limitación del poder del propietario, debía prevalecer aquella o este o, dicho de otro modo, si asumiendo que hay un límite a la intensidad con que el Estado puede regular la propiedad, es posible establecer una fórmula matemática para determinar de antemano si se ha traspasado o no este límite incurriendo en una expropiación (M. GUILOFF TITIUM, «En defensa del casuismo: reflexiones acerca del control de constitucionalidad de las limitaciones a la propiedad privada», *Estudios Constitucionales*, 2019, núm. 2, pp. 265-300).

más desleído, al art. 1 del Protocolo Adicional 1.º CEDH (en adelante, art. 1-P1 CEDH) <sup>16</sup>.

La fuerza de la tradición constitucional común que está en la base de estas normas se ve corroborada por la propuesta de una Constitución para la Tierra de Ferrajoli que incluye un art. 39 rubricado «La propiedad privada y los demás derechos patrimoniales», del tenor siguiente: «La propiedad privada y los demás derechos patrimoniales serán garantizados y regulados en lo relativo a los modos de adquisición y disfrute y también a los límites que, para la tutela de los derechos de los demás y de los intereses públicos, se impongan a su ejercicio dada su naturaleza de poderes. La propiedad privada, incluida la propiedad intelectual representada por las patentes, podrá ser expropiada, mediante indemnización, por las instituciones públicas, locales o globales, por motivos de interés general»<sup>17</sup>. Esta propuesta recoge las

---

<sup>16</sup> Art. 1-P1 CEDH: «*Protección de la propiedad*. Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

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

El TEDH entiende que este precepto «comprende tres reglas distintas: la primera, que se expresa en el primer inciso del primer párrafo y que reviste un carácter general, enuncia el principio de respeto de la propiedad; la segunda, que figura en el segundo inciso del mismo párrafo, se refiere a la privación de la propiedad y la subordina a ciertas condiciones; en cuanto a la tercera, consignada en el segundo párrafo, reconoce a los Estados contratantes el poder, entre otros, de regular el uso de los bienes conforme al interés general. No se trata de reglas desprovistas de relación entre ellas: la segunda y la tercera suponen casos particulares de intervención sobre el derecho de propiedad y deben ser interpretadas a la luz del principio que consagra la primera». La primera regla opera así, en la práctica, como principio general que informa el precepto entero y como cláusula residual o subsidiaria a cuya luz se analizan injerencias en el derecho de propiedad que no constituyen privación formal o de hecho (sobre privación «de facto», entre otras, SSTEDH de 23 de septiembre de 1982, *Caso Sporrang y Lönnroth c. Suecia*; de 18 de febrero de 1991, *Caso Fredin c. Suecia*; de 24 de junio de 1993, *Caso Papamichalopoulos c. Grecia*; de 22 de septiembre de 1994, *Caso Hentrich c. Francia*; de 20 de noviembre de 1995, *Caso Pressos Compania Naviera S.A y otros v. Bélgica*; de 8 de diciembre de 2005, *Caso Guiso- Gallisay c. Italia*) ni tampoco regulación del uso (delimitación) pero pueden suponer un atentado contra la propiedad (o derecho a los bienes) al romperse el justo equilibrio entre el interés general y el derecho del particular. Las sentencias en que se enuncia esta doctrina, reiterando la fórmula que he entrecamillado, se cuentan por decenas, a partir de la primera en hacerlo, que fue la STEDH de 23 de septiembre de 1982 (*Caso Sporrang y Lönnroth c. Suecia*). Entre las más recientes, la STEDH de 5 de octubre de 2023 (*Caso Andrzej Ruciński c. Polonia*).

<sup>17</sup> L. FERRAJOLI, *Por un Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, P. Andrés Ibáñez (trad.), Milán, Trotta, 2022, p. 151. La propuesta de una Constitución para la Tierra se basa en la convicción acerca de la necesidad de expandir el paradigma constitucional a escala supranacional. Bebe, en su planteamiento inicial, del proyecto kantiano de la estipulación de una «constitución civil» como fundamento de una «confederación de pueblos», extendida a toda la Tierra (cfr. I. KANT, *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre filosofía de la Historia*, C. Roldán Panadero y R. Rodríguez Aramayo (trans.)),



tres reglas nucleares a las que me he referido. No es casual. Pero, además, denota que las tradiciones que las sustentan y que superaron, en su momento, la concepción liberal-burguesa de la propiedad, no han sobrepasado la visión que cuaja en las Constituciones gestadas en el siglo xx. Cosa distinta es que, gracias a la elasticidad de la función social de la propiedad y a su inexcusable adaptación a los cambios sociales, se materialicen de forma cada vez más intensa los límites al poder del propietario. En especial, en relación con determinados tipos de bienes, con un estatuto cada vez más administrativizado, como sucede con la propiedad urbana y con la propiedad de la vivienda.

A) *La función social. Algunas consideraciones adicionales sobre la evolución del modelo liberal-burgués de la propiedad en los últimos tiempos: desigualdad, vulnerabilidad y ética del cuidado*

Bajo el aliento de la función social podría decirse que palabras o ideas nuevas crecen y fermentan y dan vida incluso a todas las demás palabras viejas<sup>18</sup>. Con referencia a la función social, escribía Nieto que «nunca llegará a entenderse una figura jurídica moderna relacionada con la propiedad si no se tiene presente este carácter esencial de la propiedad moderna, que ha superado y hecho envejecer la totalidad de las instituciones tradicionales»<sup>19</sup>. Un criterio que guía el tránsito desde la concepción liberal de la propiedad hasta las constituciones de carácter social, integrando una tradición constitucional común de los países de nuestro entorno jurídico<sup>20</sup>.

La función social constituye un elemento estructural del derecho de propiedad, al que no limita desde fuera, sino que modula desde dentro. Es necesario dar este paso —apoyado por un paulatino cambio de mentalidad— para superar la idea liberal del dominio, según la cual las restricciones a que podía someter la ley el poder del propietario, aun cuando con el tiempo se ampliaran, se concebían como algo externo al derecho de propiedad, además de excepcional y normalmente de signo negativo (no se imponían deberes u obligaciones), que no incidían en su fisonomía interior. Solo cuando la función social se inscriba en el interior del derecho, lo diseñe, lo aliente, forme parte de su esencia, se

estudio preliminar de R. Rodríguez Aramayo, Madrid, Tecnos, 1994; e I. KANT, *La paz perpetua*, J. Abellán (trad.), estudio preliminar de A. Truyol y Serra, Madrid, Tecnos, 1989).

<sup>18</sup> No me he resistido a parafrasear, en un contexto, muy diferente a N. GINZBURG, *Las pequeñas virtudes*, op. cit., p. 97.

<sup>19</sup> A. NIETO, «Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa», *RAP*, núm. 38, 1962, p. 86.

<sup>20</sup> Véase, por todos, además del art. 33 CE, el art. 14.2 LF alemana (que constituye el modelo directo del precepto español) o el art. 42.ii C. Italiana. La primera Constitución que recogió el criterio de la función social fue la alemana de Weimar (1919), que tanta influencia ha tenido dentro y fuera de sus fronteras —arts. 151 a 154—.

habrá operado un cambio de concepción<sup>21</sup> y se producirá el tránsito desde una propiedad ilimitada a una propiedad delimitada. Acudiendo a la distinción fraguada en la doctrina alemana, a partir fundamentalmente de Gierke, que acabaría trascendiendo a la de otros países, entre límites y limitaciones<sup>22</sup>, el significado técnico de la función social se correspondería con la primera de estas categorías. Los límites configuran, delimitan, establecen fronteras, confines, definen el poder normal del propietario. Las limitaciones, por el contrario, comprimen, reducen este poder típico, normal y preexistente, que, sin embargo, puede llegar a recuperar toda su plenitud en virtud de su elasticidad, cuando desaparezcan tales limitaciones. Otros autores prefieren hablar de la razón de los límites.

Si bien lo pensamos, los controles de renta en zonas tensionadas, cuando estos se imponen efectivamente, parecen encajar mejor con la idea de limitación, dado su carácter temporal y coyuntural y el procedimiento para establecerlas. Otra cosa es que la regulación de su posibilidad, esa espada de Damocles que pende de un hilo, pueda considerarse un límite en el sentido anotado.

La función social apunta, como bien es sabido, a la necesaria conciliación entre el interés particular y egoísta del propietario y el interés general<sup>23</sup>; intereses o valores generales o sociales, de la comunidad<sup>24</sup>,

<sup>21</sup> Cfr. V. TORRALBA SORIANO, «El derecho civil desde la codificación hasta el tiempo presente», *RGLJ*, sept.-oct. 1975, p. 348.

<sup>22</sup> Puede atenderse a la explicación de L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística», *RDU*, núm. 23, 1971, pp. 19-20. El mismo autor recuerda, sintéticamente, en otro lugar, que «[e]n la doctrina del Derecho Administrativo de los años sesenta fue frecuente jugar con la distinción entre límites y limitaciones del dominio, especialmente para tratar de explicar, en la legislación urbanística, lo que la Ley del Suelo llamaba *contenido normal* del derecho de propiedad, que en el fondo trataba de definir las posibilidades de intervención de los poderes públicos sin pagar expropiaciones». La distinción que recogió entre nosotros Martín Mateo tomaba como base lo que los alemanes habían llamado *Eigentumsbeschränkungen* y *Eigentumsbegrenzungen* [L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «Propiedad y Constitución», en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (coord.), *Propiedad y Derecho civil*, Madrid, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, p. 16]. Sea como sea, los administrativistas acabarían desarrollando una «concepción estatutaria de la propiedad» (la denominación se debe a Martín Mateo), según la cual el contenido o el haz de derechos y obligaciones que corresponden al propietario vienen determinados por los que las normas le reconocen.

<sup>23</sup> J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «Artículo 33», *op. cit.*, p. 1153, encuentra oportuno destacar con cita de Gallego Anabitarte, «que la propiedad decimonónica del Estado de Derecho liberal individualista, consagrada en el art. 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y recogida en las codificaciones europeas (entre otros, en el art. 348 CC) como “derecho inviolable y sagrado”, potencialmente absoluto e inmune a la acción del Estado en beneficio de la comunidad, constituye, precisamente, en realidad, un paréntesis en la tradición del pensamiento de Occidente, una “concepción coyuntural en la historia jurídica europea, porque desde la Baja Edad Media [...] hasta el siglo XVIII, pasando por la gran escuela de juristas y teólogos españoles [...] la propiedad estaba vinculada moralmente”, idea esta que es retomada por el moderno constitucionalismo con la formulación terminológica de la función social (GALLEGO ANABITARTE, 1993, 28)».

<sup>24</sup> Rodotà desarrolla la idea de la propiedad como centro de imputación de intereses diversos en *El terrible derecho...*, *op. cit.*, pp. 422 y ss.

que pueden rastrearse en el articulado de las Constituciones: tutela del medio ambiente, desarrollo y modernización de la agricultura, ordenación urbanística, protección de la familia, o acceso a una vivienda digna, entre otros<sup>25</sup>. La función social es compatible con la consideración de la propiedad como derecho subjetivo, en cuanto poder concedido al sujeto para la realización de sus propios intereses. Es más, la anulación de este poder o su restricción desproporcionada suponen un atentado contra la propiedad privada. Es una idea de la que no se puede prescindir en el contexto de los países capitalistas constitucionalmente adscritos a una idea de mercado y en los que persiste un estrecho vínculo entre propiedad y libertad. Ambos planos, interés individual e interés general, operan al mismo nivel en la estructura del derecho. La intensidad de la presencia de uno u otro se asocia a la relevancia que el tipo de bien tenga para la comunidad. Como resultado, se podrá imponer más o menos límites al poder del *dominus* dependiendo de la utilidad social del bien (p. e., en sentido positivo o negativo, construir, habitar, cultivar), en mayor medida cuando se trate de recursos escasos, y existir, de acuerdo con esto, diversos estatutos propietarios en cada ordenamiento jurídico (pluralidad de la propiedad)<sup>26</sup>. En materia de propiedad, son notables las disgregaciones del contenido del Derecho civil en un fenómeno creciente de descodificación sobre el que, con tanta agudeza, llamó la atención Natalino Irti (aunque dentro de la idiosincrasia italiana, parcialmente diferente a la nuestra), y permeando todo esto, la evolución de la realidad social tan radicalmente diferente a la sociedad rural y agraria que se encuentra en la base del Código Civil decimonónico y liberal burgués con todos los matices que se quiera<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Apunta Noguera Fernández, en palabras significativas que traducen la sensibilidad de cierta posición doctrinal, que en el contexto de preeminencia jurídico-cultural de la propiedad, que tiene su origen en la revolución liberal-burguesa, «el principal instrumento del que, desde inicios del siglo XX hasta hoy, disponemos para disputar en términos redistributivos el contenido, límites y alcances de la propiedad privada en el interior del modo de acumulación capitalista es la institución de la función social de la propiedad [...] la ejecución práctica de la función social sobre la propiedad supone siempre la existencia de una relación redistributiva conflictiva entre partes enfrentadas ideológica y materialmente [...] La historia de la función social de la propiedad y de sus cargas sobre los propietarios es la historia de la lucha de clases y de las correlaciones entre sus fuerzas» (A. NOGUERA FERNÁNDEZ, «Regular...», *op. cit.*, pp. 23-25). En la p. 50 también pone en valor la conflictividad que puede generar la LDV entre propietarios y arrendatarios: «El conflicto ha sido tradicionalmente la principal vía de ampliación de derechos para los débiles jurídicamente pudiendo incluso ir, en este caso, y por vía del activismo jurisprudencial, mucho más allá de la propia norma».

<sup>26</sup> En este sentido, V. MONTÉS PENADÉS, «Comentario a los arts. 348 y 349 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. V, vol. 1.º, M. ALBALADEJO (dir.), EDERSA, 1978, p. 203.

<sup>27</sup> Este fenómeno entronca con otra reflexión sobre la conveniencia de una revisión por el legislador con la entidad de Código, que alcanza, en general al Derecho civil. La Constitución española, pese a su rango jerárquico superior y continente de reglas y principios a los que debe ahormarse el Derecho civil, no sustituye ni puede hacerlo, por sus características, al Código Civil. Es exacto hablar, en parte, en la actualidad de un polisistema centrado en la Constitución

El fenómeno del pluralismo de la propiedad viene acompañado, en la práctica, como he señalado ya, de una administrativización, cada vez más intensa, de ciertos estatutos propietarios influida por la deriva de la propiedad urbana e implementada a través de normas especiales, fuera del Código civil, tendencia que se manifiesta claramente en la Ley especial por el derecho a la vivienda, desde la terminología que utiliza hasta su contenido. Autores como Verdera Server ponen de relieve la paradoja de que el modelo codificado, liberal burgués, se diseñara pensando, en lo fundamental, en la propiedad inmobiliaria, cuando es precisamente en ese ámbito donde la influencia del modelo público va a ser más intensa y va a poner en cuestión los perfiles tradicionales<sup>28</sup>. Por mi parte, si bien se piensa, creo que más que paradójico, es lógico. La nueva mentalidad supera la visión absoluta de la propiedad, que nace en su momento para favorecer el ascenso de la clase burguesa frente a la realidad del Antiguo Régimen, no para igualar a todos los ciudadanos. Un proceso que, con mirada aguda de historiador, Gonzalo Pontón ha calificado como «la lucha por la desigualdad»<sup>29</sup>. De ahí que se proyecte de forma singular en bienes fundamentales para el individuo y para la sociedad. Aunque la realidad actual ha dejado atrás la estructura socioeconómica de base fundamentalmente agraria que alienta en los Códigos civiles del siglo XIX, sigue confiriendo un papel protagonista a la propiedad; ahora, en especial, la urbana (también a la rústica, bien que en un contexto socio económico diferente). Por tanto, es lógico que estos estatutos propietarios sean los que se vean más fuertemente

---

que de algún modo ha sustituido al monosistema liberal centralizado en el Código. Una descodificación que, en España, precede a la promulgación de la Constitución de 1978 (ahí están las leyes arrendaticias, la alabada Ley de aguas de 1879, la Ley del Registro Civil o la Ley hipotecaria, entre otras) y que se ha ido acentuando en épocas ya post constitucionales. Como señala Martínez De Aguirre puede admitirse que, en España, la proliferación de leyes especiales en su origen no está cronológicamente relacionada con la necesidad de plasmar los principios constitucionales en texto de rango legal, sino que es un fenómeno anterior a la Constitución (C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAS, *El derecho civil a finales del siglo xx*, Tecnos, 1991, p. 71), que puede haber cobrado un significado nuevo o renovado a partir de ella. Estoy de acuerdo con autores como el citado, en que «[l]a Constitución no tiene virtualidad suficiente como para constituirse en verdadero centro ordenador del sistema del derecho privado con fuerza bastante para dotarle de coherencia interna. Carece para ello de los contenidos sustantivos y de la carga dogmática propios del Código Civil. Su papel es más de inspirador y rector en las grandes líneas que de ordenador y sistematizador [...]» (*op. cit.*, p. 71). Entiende este autor que la referencia a los preceptos constitucionales del Derecho civil no es una referencia conceptual o dogmática sino más bien ideológica o de valores generales. No es apta, por tanto, para fundar un sistema orgánico y coherente sino todo lo más para permitir la formación de un conjunto de microsistemas que en sus principios más fundamentales no son contradictorios por no contradecir la Constitución, pero que, en sus soluciones concretas, en la valoración de los intereses en juego, en la utilización de unas u otras técnicas, pueden no solo diferir sino contradecirse sin mengua de su respectiva constitucionalidad —mejor no inconstitucionalidad—. Para este autor, el vértice es la Constitución y el centro de gravedad el Código Civil, siempre con la actualización necesaria.

<sup>28</sup> G. PONTÓN, *La lucha por la desigualdad. Una historia del mundo occidental en el siglo XVIII*, prólogo de J. FONTANA, Barcelona, Pasado y presente, 2016.

<sup>29</sup> R. VERDERA SERVER, «“Pro Propietate”», *op. cit.*, p. 865.

afectados por las nuevas corrientes de pensamiento. Por otra parte, cualquier movimiento que tensara los perfiles liberal-burgueses de la propiedad sobre bienes de importancia menor no haría sufrir aquellos moldes ni llevaría a los juristas a plantearse hasta qué punto estamos asistiendo a una evolución del instituto dominical.

En relación con el pluralismo de estatutos propietarios resulta sumamente lúcida la reflexión de López y López cuando advierte que la lógica de la propiedad y su cambio viene aparejada a la también alterada lógica del sujeto. «No puede ser ya idéntica la estructura del derecho de propiedad concebida en función de un derecho abstracto, formalmente igual, siempre idéntico (el anónimo, el “qué” o “quién” a quien se atribuyen las consecuencias jurídicas descritas en el supuesto de hecho de las proposiciones normativas codificadas) a la estructura de un derecho de propiedad que ha de ajustar sus cuentas con encarnaciones reales del sujeto, encarnaciones que corresponden a necesidades vitales del mismo: la vivienda, el trabajo, la mínima radicación vital en la tierra que se cultiva. El abstracto sujeto propietario se ve confrontado no con otros de su misma especie, sino con una multitud de seres encarnados en su condición socialmente menesterosa»<sup>30</sup>.

Esta tendencia superadora del liberalismo burgués está recibiendo en los últimos tiempos una nueva vuelta de tuerca, que también se manifiesta en el terreno de la vivienda. La llave para ello es la noción de «vulnerabilidad»<sup>31</sup> y su penetración en el Derecho privado, en concreto, en el Derecho civil, que se manifiesta tanto en el plano legislativo como en el doctrinal. Parece que se está forjando toda una

---

<sup>30</sup> Á. LÓPEZ Y LÓPEZ, *El derecho de propiedad*. Una relectio, Discurso de recepción en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1999, pp. 18 y 19.

<sup>31</sup> Defiende Martha Fineman la tesis —que formula teóricamente y lidera— según la cual «el “sujeto vulnerable” debe reemplazar al sujeto autónomo e independiente afirmado en la tradición liberal. Mucho más representativo de la experiencia vivida y de la condición humana, el sujeto vulnerable debería estar en el centro de nuestros esfuerzos políticos y teóricos». Esta autora insiste en que existen algunos impedimentos conceptuales para que el Estado sea más receptivo hacia ese planteamiento. En primer lugar, el arraigo, en la doctrina jurídica actual, de un sentido empobrecido de igualdad. «Entendemos la igualdad en términos formales, centrados en la discriminación y que no prestan atención a las desigualdades sociales subyacentes». En segundo lugar, la opinión, políticamente poderosa, de que el Estado debe asumir un papel de moderación y abstención. «Incluso los autoidentificados reformadores sociales progresistas desconfían del Estado; la retórica de la no intervención prevalece en los debates sobre políticas, lo que disuade la adopción de medidas positivas diseñadas para abordar las desigualdades. Además, idealizamos el contrato y, en consecuencia, cosificamos la elección individual de maneras que enmascaran el papel de la sociedad en la perpetuación de la desigualdad. El hecho de que las instituciones sociales desempeñen un papel importante en el mantenimiento y la extensión de la desigualdad es la razón misma por la que necesitamos un Estado más activo, que responda a esa realidad» —*la traducción es mía*— (M. FINEMAN, «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», *Yale Journal of Law and Feminism*, Mayo 2008. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/228137515\\_The\\_Vulnerable\\_Subject\\_Anchoring\\_Equality\\_in\\_the\\_Human\\_Condition](https://www.researchgate.net/publication/228137515_The_Vulnerable_Subject_Anchoring_Equality_in_the_Human_Condition)). Estas ideas son muy ilustrativas de la tensión entre mentalidades o ideologías a la que me vengo refiriendo desde las primeras páginas de esta obra.

teoría general o una dogmática de la vulnerabilidad. Baste pensar, como ejemplo ilustrativo, en la Ley 4/2022, de 25 de febrero, *de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica*<sup>32</sup>; o —en un plano diferente— en el cambio de paradigma, en la forma de acometer la capacidad de las personas con discapacidad psíquica, de la Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*<sup>33</sup> o —aunque sea en un plano ontológico diferente— en el nuevo estatuto jurídico de los animales (o, como decía Singer, los animales no humanos<sup>34</sup>) a partir de su consideración como seres sintientes. Señala Martínez de Aguirre que probablemente lo que aporta esta idea o teoría de las vulnerabilidades al campo del Derecho civil, es una «teleología; es decir, que sirve para identificar los problemas, y para indicar la dirección que debe seguir la respuesta legal a dichos problemas», en un doble sentido: personalización del Derecho (atención a las circunstancias concretas de cada persona, más allá del individuo autónomo, idealizado abstractamente por la teoría liberal clásica: se constituye así como factor de humanización de las reglas legales, acercándolas a las necesidades y situaciones personales); y planteamiento preventivo, que se orienta primariamente a evitar que la vulnerabilidad se traduzca en vulneración, y sólo cuando esto no se ha conseguido, a establecer remedios cuando la vulneración se haya hecho efectiva. Aunque el citado autor le suscita dudas la construcción de toda una teoría general de vulnerabilidad en el Derecho privado, admite que se trata de una perspectiva que sirve para enriquecer el análisis y acercar las reglas legales a las necesidades efectivas de los ciudadanos<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> BOE núm. 51, de 01.03.2022. Puede encontrarse más información sobre el concepto de consumidor vulnerable, entre otros trabajos, en: M. J., MARÍN LÓPEZ, «El concepto de consumidor vulnerable en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 37, 2021, pp. 111-120; A. B. VEIGA COPO, *Consumidor vulnerable*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021; T. HUALDE MANSO, *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del derecho de consumo europeo*, Dykinson, 2016; o M.ª D. HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, *Consumidor vulnerable*, Reus, 2015.

<sup>33</sup> BOE núm. 132, de 03.06.2021.

<sup>34</sup> P. SINGER, *Liberación animal*, Penguin Random House, 2018.

<sup>35</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «La recepción de la idea de vulnerabilidad en el Derecho civil español. Materiales para un debate», en *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos*, M. V. MAYOR DEL HOYO y S. DE SALAS MURILLO (coords.), Aranzadi, 2022 (consultado en Aranzadi ProView). De modo muy razonable, señala este autor un riesgo al que hay que estar atentos: que la vulnerabilidad acabe convirtiéndose en una suerte de concepto-para-todo, es decir, en una idea que se utiliza para fundamentar, por sí misma y por sí sola, la respuesta jurídica frente a determinados problemas y situaciones. «Algo parecido a lo que en otro ámbito ha podido ocurrir con el concepto de interés superior del menor, que, sin negar su importancia teórica y su eficacia práctica, ha sido empleado en algunas ocasiones para patrocinar soluciones a determinadas situaciones, a veces en abierta contraposición con lo que dicen las leyes» (*Id.*).

La penetración de la idea de vulnerabilidad a la hora de testar problemas y plantear soluciones es muy clara en el terreno de la vivienda y, dentro de este, en concreto, al temprar el poder del propietario con apoyo en la función social. No es que la idea sea nueva. La legislación de inspiración social en materia de arrendamientos tanto rústicos como urbanos tiene detrás una larga historia. Pero tras la intensificación de los límites de nueva generación puede percibirse, sin duda, la energía de esta nueva corriente o enfoque sobre la vulnerabilidad, una noción extrajurídica que expande su penetración en el campo del Derecho privado. No es anecdótica, en este sentido, la influencia creciente del Derecho constitucional y en concreto de la tutela de los Derechos humanos en el Derecho civil<sup>36</sup>. Tampoco, de corrientes filosóficas como la ética del cuidado, de raigambre feminista (que no femenina), que reivindica la idea de una sociedad cuidadora asociada, como destaca Victoria Camps, a una concepción de la persona como sujeto moral que no es la que hemos heredado del pensamiento moderno del liberalismo. Se trata de superar el legado ético de la modernidad, bifurcado en dos grandes teorías, la ética de principios, de corte kantiano, y la ética utilitarista, que parten de un sujeto abstracto universal —trascendental lo llamo Kant— que debería verse reflejado en todos y cada uno de los sujetos empíricos particulares, ignorando la perspectiva de sus circunstancias particulares, esto es, las diferencias<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> No es una sinergia que todos vean con buenos ojos. Así, p. e., Nasarre entiende que el ajuste del Derecho civil al constitucional es distorsionante y más que pasar el Derecho civil por el tamiz de las normas constitucionales cree que el Derecho civil tiene que reformularse; de otro modo su rol en la consecución del artículo 47 CE quedará en entredicho y será percibido más bien como una barrera a superar (NASARRE AZNAR, *Los años de la crisis*, op. cit., pp. 490-491). Por mi parte, creo que se pueden conciliar ambas posiciones o que no son contrapuestas, en la medida en que la reformulación del Derecho civil atienda como una de sus claves a esa conexión con los derechos constitucionalmente consagrados, sobre todo los fundamentales u otros como el derecho a la vivienda respecto de los que se discute esta naturaleza. Esta es una de las claves de la evolución actual del Derecho privado. Las inseguridades derivan, entre otros factores, de encontrarnos probablemente en un momento de transición. No se trataría de pasar el Derecho civil, como dice Nasarre, con calzador por el tamiz del siempre borroso Derecho constitucional o de los derechos humanos, sino de llegar a integrar estos con naturalidad. El concepto de función social puede resultar determinante desde un punto de vista técnico a tal efecto.

<sup>37</sup> V. CAMPS, *Tiempo de cuidados. Otra forma de estar en el mundo*, Barcelona, Arpa, 2021, pp. 72 ss. La concepción de una sociedad ideal como sociedad de iguales propia del liberalismo enmascara muchas veces las dependencias o, podríamos decir, las vulnerabilidades inevitables, que puede presentar como indignas. Escribe esta autora: «el legado ético de la modernidad, bifurcado en dos grandes teorías, la ética de principios, de corte kantiano, y la ética utilitarista, gira en torno al valor fundamental de la justicia y presupone un agente moral racional independiente y autónomo. Esa condición igual a todos los seres humanos por el hecho de serlo. Los derechos humanos no hacen sino caracterizar a ese individuo como alguien que merece poder actuar con libertad y gozar de unas condiciones mínimas de igualdad precisamente para poder elegir libremente como vivir. Es un sujeto universal —trascendental lo llamo Kant— que debería verse reflejado en todos y cada uno de los sujetos empíricos particulares. Solo es bueno o justo aquello que pueda ser querido por todo ser racional. La justicia no es otra cosa que la maximización del bienestar general, sentenciará Bentham. Son principios o criterios de moralidad asentados en

Ahora bien, en la última normativa española sobre vivienda, junto a la atención a la finalidad de promover el acceso y permanencia en una vivienda adecuada incluso de las personas más vulnerables que no podrían hacerlo en condiciones absolutas de libre mercado, se observa la tendencia creciente, que se va acentuando, a considerar la singularidad del sujeto no solo como beneficiario directo o indirecto de ciertas medidas limitativas del poder del *dominus*, sino, en un sentido muy diferente, atendiendo a los «tipos de propietario», fuera de una consideración abstracta de la titularidad del derecho, para imponer a estos, según categorías, mayores o menores restricciones. Las medidas de limitación de la renta y otras que afectan de modo distinto a grandes tenedores y los que no lo son —en la ley estatal por el derecho a la vivienda y en diferentes normas autonómicas—, constituyen buen ejemplo de ello. La doctrina ha llamado la atención sobre este fenómeno y su incidencia, ni mucho menos intrascendente, en el instituto de la propiedad privada<sup>38</sup>.

En esta forma de proceder, que sufre una distorsión adicional cuando se incluyen en un mismo paquete de medidas situaciones tan diferentes como la de una persona propietaria de cinco viviendas modestas o modestísimas y una empresa titular de mil unidades explotadas con fines comerciales, no es difícil leer una gestión de quienes ostentan el poder político que busca trasladar la carga económica y con ella la responsabilidad de atender la necesidad de vivienda a los particulares, también la responsabilidad política ante los electores. ¿Por falta de presupuesto? ¿Por lanzar el balón a ese terreno y eludir responsabili-

---

una concepción del hombre que, en teoría y porque es abstracta, incluye a todos los individuos. Al no verlos desde la perspectiva de sus circunstancias particulares, ignora las diferencias.

La ética del cuidado [...] mira el sujeto como un ser relacional e interdependiente. Es una realidad que la dependencia nos afecta a todos como sujetos, pero no de la misma manera. Unos la padecen más que otros. Todos somos vulnerables, pero no en igual medida a lo largo de la vida. Por eso, la ética del cuidado no se asienta en principios generales ni en derechos universales, sino en el sentimiento que nos une en las contingencias y en las limitaciones que padecemos, del cual nace el deber mutuo de cuidarnos los unos a los otros [...] Justicia y cuidado son valores complementarios. [...] Ninguno de los dos es dispensable». Con la perspectiva de la ética del cuidado, cualquier problema en el que subyazca una injusticia no puede afrontarse solo en términos de un conflicto de derechos.

Sobre la necesidad de forzar la incorporación del cuidado a la justicia, y vincular inseparablemente igualdad y cuidado, A. PAU, «El principio de igualdad y el principio del cuidado con especial atención a la discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, núm. 1, 2020, pp. 3-29.

<sup>38</sup> Escribe Verdera Server: «Lo que resulta absolutamente relevante es que se asiste a un sustancial cambio en el estatuto jurídico de los bienes en función de quién sea su titular. Abandonamos (o, al menos, complementamos), pues, la identificación objetiva del régimen dominical por el protagonismo del sujeto del derecho», lo que difícilmente puede explicarse a la vista del art. 33.2 CE. No se trata ya de que se establezca un régimen tributario o contractual delimitado por la condición de «gran tenedor» o cualquier otra, lo que sería legítimo, sino de que ese régimen particularizado se construya modificando el estatuto de la propiedad [...] Desde el punto de vista de la función, no hay una propiedad destinada a vivienda que sea diferente de la propiedad de los grandes tenedores destinada a la vivienda. La función social corresponde a la propiedad, no a su titular» (R. VERDERA SERVER, «Pro Propietate», *op. cit.*, pp. 911-912).



dades? ¿Por sincera convicción? Si este último fuera el caso, debería cuidarse más la construcción técnica de las medidas y su eficacia. La situación podría mejorar con acuerdos de Estado, para evitar ir tejiendo y destejiendo el tapiz. Que sean posibles, es otra cuestión.

También desde el punto de vista de los propietarios cuyo poder se restringe, cabe observar que muchas de las medidas limitativas del poder del *dominus* de inmuebles destinados a vivienda que se han articulado en los últimos tiempos confieren a las personas físicas el mismo trato que a las jurídicas —aunque no siempre es así—. Cabe plantearse si los parámetros de dignidad y libertad individual y el desarrollo de la personalidad pueden justificar diferencias (posiblemente no todas ellas, ni en todos los casos)<sup>39</sup>.

### B) *El contenido esencial*

Pero volvamos al título del epígrafe, que presenta la función social y el contenido esencial del derecho de propiedad como un tándem. En la tarea delimitadora guiada por la función social, el legislador debe respetar el «contenido esencial» del derecho, salvo que recurra a la expropiación<sup>40</sup> y, por consiguiente, a la necesidad de indemnizar al propietario so pena de inconstitucionalidad de la medida (art. 53.1 CE). El art. 53.1 CE toma la garantía del contenido esencial del art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, donde ya había planteado, como era dable esperar por su abstracción, problemas de dogmática conceptual. Cabe añadir que la delimitación debe efectuarse bajo criterios de proporcionalidad. Contenido esencial y respeto del principio de proporcionalidad<sup>41</sup> constituyen los dos límites a la intervención delimitadora del

<sup>39</sup> CARLÓN RUIZ, «La intervención...», *op. cit.*, p. 7, apunta la siguiente reflexión, al hilo de un análisis de la jurisprudencia del TEDH: cabe plantearse «si puede justificarse un tratamiento distinto a la propiedad inmobiliaria según se detente por particulares o por empresas, tal y como establecen recientes normas autonómicas sometidas a escrutinio ante el TC. La lógica de la función social moduladora del contenido esencial pudiera tolerar más fácilmente restricciones por criterios ya no objetivos, sino subjetivos, en atención a los intereses individuales que se protegen en uno y otro caso. Ni más ni menos que la dignidad y la libertad individual y el propio desarrollo de la personalidad, en el caso de personas físicas, tal y como se ha reconocido generalizadamente».

<sup>40</sup> La distinción entre delimitación del derecho y expropiación —de fronteras poco claras— se ha convertido en una de las cuestiones clásicas en la dogmática moderna sobre el derecho de propiedad. El binomio delimitación-expropiación bascula sobre la función social, que tiene un sentido diferente en cada uno de estos dos polos. En el primero es el criterio al que ha de atender el legislador para modular el poder del propietario; en el segundo, es el fundamento de la *causa expropriandi* que requiere todo supuesto legítimo de expropiación (M.<sup>ª</sup> D. MAS BADIA, «Derecho a la propiedad», *op. cit.*, p. 621).

<sup>41</sup> La jurisprudencia del TJUE y del TEDH configura este principio como una de las piezas claves del sistema. Dentro de la primera, pueden citarse, entre otras, las SSTJUE de 13 de diciembre de 1979 (*Caso Hauer*); 18 de septiembre de 1986 (*Caso Comisión contra RFA*); 11 de julio de 1989 (*Caso Schröder*); 13 de julio de 1989 (*Caso Wachauf*); 10 de julio de 2003 (*Caso*

legislador en aras de la función social<sup>42</sup>. Su vulneración desemboca en un supuesto de expropiación y, si no se acata el régimen de esta, en la inconstitucionalidad de la medida. El principio de proporcionalidad merecerá un epígrafe específico más adelante. Por otra parte, las leyes que delimiten el derecho de propiedad deben conducir a resultados precisos, previsibles y no arbitrarios<sup>43</sup>. Posiblemente, como puede

---

*Booker Aquaculture e Hydro Seafood*). Conforme con esta jurisprudencia no caben intervenciones delimitadoras desmesuradas, que no guarden una relación de razonabilidad con los objetivos perseguidos. En diversas sentencias se repite la referencia a una «intervención desmesurada e intolerable, que atentaría contra la sustancia misma del derecho». Denota esto cierta confusión merecedora de crítica, entre el límite constituido por el necesario respeto del contenido esencial del derecho y el principio de proporcionalidad. El respeto al contenido esencial es un paso previo al juicio de proporcionalidad. Este último puede conducir a una valoración negativa de la limitación impuesta al poder del propietario pese a no haberse atentado contra el contenido esencial. El respeto al contenido esencial es condición de existencia del derecho de propiedad. La delimitación del derecho parte de su existencia. Y las medidas delimitadoras, respetuosas del contenido esencial, no estarán justificadas si resultan desproporcionadas en relación con el fin perseguido (cfr. M.ª D. MAS BADIA, «Derecho a la propiedad», *op. cit.*, p. 628, nota 69). El respeto al principio de proporcionalidad también constituye un eje central de la jurisprudencia del TEDH, como irá quedando de relieve a lo largo de este trabajo.

<sup>42</sup> J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «Una revolución...», *op. cit.*, en esta línea, escribe: «Un texto reciente en materia de derechos fundamentales, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, expresa ya con la naturalidad de lo evidente que este doble respeto al contenido esencial y al principio de proporcionalidad recoge el canon común europeo de examen de los límites que se impongan a cualquier derecho fundamental (art. 52.1 CDFUE)». En el mismo sentido, con más detalle, en: J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «Artículo 33», en AAVV, *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer-Boletín Oficial del Estado-Tribunal Constitucional-Ministerio de Justicia, 2018, p. 1161: «Con esta afirmación destacaba la jurisprudencia constitucional los dos límites generales (y comunes para toda la teoría general de los derechos fundamentales) que debe respetar el legislador al delimitar las situaciones patrimoniales subjetivas conforme a las exigencias de su función social: el contenido esencial (art. 53.1 CE) y el principio de proporcionalidad. A este se hace una referencia todavía imprecisa, porque solo después fue recibida en la jurisprudencia constitucional la específica articulación del test de proporcionalidad en tres escalones (idoneidad, necesidad y ponderación —o proporcionalidad en sentido estricto—) elaborada en el Derecho público alemán y recibida, a partir de ahí, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Salvo error por mi parte, la primera vez que el Tribunal Constitucional hizo uso de ese preciso y perfilado examen escalonado de la proporcionalidad fue en la STC 66/1995, de 8 de mayo (FJ 5), en un supuesto relativo al derecho de reunión (art. 21 CE)».

No está de más recordar que no todos los autores manejan un concepto absoluto de contenido esencial, según el cual este identifica un círculo mínimo de facultades que no puede ser nunca traspasado y sirve a un control independiente y distinto del que se lleva a cabo conforme al principio de proporcionalidad. Hay otro sector de la doctrina que aboga por un concepto relativo de contenido esencial, que circunscriben a lo que queda tras aceptar todos los límites que superan el principio de proporcionalidad.

<sup>43</sup> El TEDH insiste en esta idea de calidad de la ley en su jurisprudencia. Puede atenderse a las reflexiones, al respecto, de J. BARCELONA LLOP, «Privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, núm. 185, 2011, pp. 80 ss. y L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Especial referencia a los casos Valenzuela Contreras y Prado Bugallo, ambos contra España)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, pp. 377-406.

deducirse de la exposición realizada en el capítulo 2, este sea uno de los puntos débiles de la Ley estatal por el derecho a la vivienda cuando regula, entre otros aspectos, las medidas de contención de las rentas del alquiler.

El respeto del contenido esencial marca los confines entre expropiación —que supone ablación o privación— y delimitación o configuración del derecho —que presupone su conservación—<sup>44</sup>. El límite se traspasa cuando el derecho pierde su identidad. En nuestro caso, cuando no es reconocible como propiedad. El contenido esencial es lo que dota de tal identidad al derecho. La principal dificultad estriba en definir, no tanto la función que cumple el concepto, sino las facultades que integran ese núcleo sustancial e indisponible salvo a través de la expropiación<sup>45</sup>. En el orden interno, el papel de los Tribunales constitucionales es fundamental en este sentido y, más que nunca, ante este tipo de «conceptos indeterminados», se aproxima al del legislador. El Tribunal Constitucional español (SSTC 11/1981, sobre el derecho de huelga -FJ 8.º- y 37/1987, en torno a la Ley de Reforma Agraria Andaluza -FJ 2.º-, aunque en otras insiste en las mismas ideas —entre ellas, SSTC 77/1985, 196/1987 o 112/2006—) apuntó hace décadas, dos criterios complementarios y abstractos en orden a la concreción del contenido esencial de la propiedad —uno que adopta un punto de vista dogmático, con tintes iusnaturalistas; el otro inspirado por la jurisprudencia de intereses—<sup>46</sup>: reconocibilidad y tutela efectiva, respectivamente.

<sup>44</sup> Hay unanimidad en cuanto a la necesidad de la distinción, no así respecto de los criterios a los que atender para efectuarla. Puede verse un resumen de las teorías forjadas por la doctrina alemana, probablemente la que tiene mayor predicamento en esta materia, en REY MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 381 y ss.

En cualquier caso, quiero llamar la atención sobre una conclusión avalada por el análisis de la jurisprudencia europea. Se trata de una tendencia doctrinal y jurisprudencial al abandono de criterios formales de distinción, a favor de otros materiales, más inseguros, pero más justos. La visión clásica de la expropiación como el resultado de un acto administrativo singular basado en la ley parece haber quedado superada. Hoy se acepta la existencia de leyes expropiatorias. Y tampoco se exige, en la actualidad, para hablar de expropiación, que exista una transferencia del bien o derecho a otra persona. En este sentido, entre otros REY MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 382; o A. NIETO, «Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa», *RAP*, núm. 38, 1962, pp. 67-124.

<sup>45</sup> Medina Guerrero apostilla: «frente a la “teoría relativa” del contenido esencial, que llega prácticamente a equiparar esta garantía con el principio de proporcionalidad, nuestra jurisprudencia constitucional vino muy pronto a sumarse a la “teoría absoluta”, según la cual hay en los derechos fundamentales un núcleo absolutamente resistente a la acción del legislador, sea cual fuere la finalidad perseguida con la limitación del derecho, e independientemente de que la misma sea o no proporcionada. Contenido esencial y principio de proporcionalidad son, pues, dos “límites de los límites” que cuentan con sustantividad propia y operan, por tanto, cumulativamente en nuestro sistema de derechos fundamentales, como ha venido a recordarlo la STC 236/2007 [...] En suma, la noción de contenido esencial “no puede ser precisada por el legislador, sino que le vincula” (STC 93/2015, FJ 13)» (M. MEDINA GUERRERO, «Artículo 53.1», en AAVV, *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer-Boletín Oficial del Estado-Tribunal Constitucional-Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, p. 1467).

<sup>46</sup> Cfr. L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución», en MARTÍN RETORTILLO, S. (coord.), *Estudios sobre la*

En primer lugar, la determinación del contenido esencial de cualquier derecho subjetivo viene marcada en cada caso por el elenco de «facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales» (FJ 8 de la STC 11/1981). La reconocibilidad, como afirma el Tribunal Constitucional, viene referida a cada momento histórico<sup>47</sup>. Hoy por hoy puede afirmarse que la identificación de las facultades de uso y disposición en el derecho, aunque limitadas, es necesaria para poder reconocerlo como derecho de propiedad, aun en sentido amplio. El debate se sitúa y llega a hacerse virulento —el de la vivienda es buen ejemplo— en el alcance de los límites. A lo anterior se añade que «[e]l segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección» (FJ 8 de la STC 11/1981). Estas ideas apuntan a la tutela, no sólo formal, sino

---

*Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. De los derechos y deberes fundamentales*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 1262 ss.

<sup>47</sup> «La jurisprudencia recurre en muchas ocasiones a la idea de la reconocibilidad del derecho, que apareció en la primera ocasión en que el Tribunal se pronunció —con más o menos acierto, pero, sin duda, en un alarde de valentía en la interpretación constitucional del que no han sido capaces otros Tribunales europeos— sobre el concepto «contenido esencial» de los derechos fundamentales: reconocibilidad del tipo en cada momento histórico (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 2). Esto explica que sean tan frecuentes en la jurisprudencia constitucional sobre la propiedad los detallados análisis históricos sobre la evolución de la regulación de derechos de tipo patrimonial. Puede verse, por ejemplo, el análisis de la tradición legislativa relativa a las incompatibilidades de los funcionarios en la STC 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9; el de la propiedad privada sobre determinadas aguas terrestres y sobre aguas subterráneas en la STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 6; el de la finalidad tuitiva en la historia de la regulación de los arrendamientos urbanos en la STC 89/1994, de 17 de abril, FJ 5; y el de la atribución al Estado de la titularidad de (algunos) bienes muebles abandonados en la STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 6» (J. M.ª RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «Artículo 33», *op. cit.*, p. 1167).

Como expresa R. VERDERA SERVER, «“Pro Propietate”», *op. cit.*, p. 888, «hay, en este punto, un difícil equilibrio entre la continuidad tipológica de la categoría preconstitucional y las posibilidades de configuración postconstitucional. No cabe duda de que no se ha constitucionalizado el contenido de los arts. 348 y 349 CC, pero también está claro que no se puede prescindir de esos preceptos a la hora de perfilar el alcance de la intervención legislativa postconstitucional».

material y efectiva del derecho. Como asumen unánimemente doctrina y jurisprudencia, para que pueda hablarse de propiedad debe mantenerse un margen de poder individual del propietario para la satisfacción de sus propias necesidades y un mínimo de rentabilidad o posibilidad de extracción de utilidades orientadas a la satisfacción de sus particulares intereses.

Del mismo modo que la función social puede conducir a resultados delimitadores más o menos intensos según el interés que tenga el tipo de bien de que se trate para la comunidad, permitiendo hablar de un pluralismo de la propiedad, cabe preguntarse si esta misma maleabilidad o flexibilidad llega a penetrar en el concepto de contenido esencial de la propiedad. Esto es, si ha de hablarse, más bien, de contenidos esenciales, no ya en atención a la evolución del concepto a lo largo del tiempo (nadie duda, en la actualidad, de que se trata de un concepto evolutivo) sino en un sentido diferente. Lo que inquiero es si acaso no es dado predicar un único contenido esencial para todo tipo de propiedades, sino que más bien hay que referirse a una pluralidad de contenidos esenciales. En mi opinión, hay un núcleo duro que comparten todas las propiedades que merezcan este nombre y que pasa por salvaguardar un margen de utilidad efectiva y de posibilidad de adoptar decisiones, aunque sean limitadas, sobre el destino de los bienes. Pero quizá también haya otra capa que rodee a ese núcleo duro y que sea contenido esencial a respetar por el legislador en el ejercicio de su función delimitadora salvo que proceda a la expropiación. Una segunda capa del contenido esencial que sí que podría variar de una categoría de bienes a otra<sup>48</sup>.

## **2.2. Una tradición cultural común en la Unión Europea. Propiedad y libertad. Concepto amplio de propiedad**

Recordaba en páginas anteriores una cita de Paolo GROSSI: la propiedad es sobre todo mentalidad. Una idea a partir de la que traza una coreografía para la Historia en las bellas páginas de la obra que la contiene.

Hace décadas que los mejores especialistas avalan que la idea de función social del derecho puede conducir a resultados distintos según el contexto político y social en que opere<sup>49</sup>. Por otra parte, conceptos

<sup>48</sup> Se plantea la existencia de una pluralidad de contenidos esenciales asociados a una pluralidad de propiedades, entre otros, AGUILERA VAQUER, *op. cit.*, pp. 709-710.

<sup>49</sup> Lo hizo Montés, comparando la regulación de la propiedad privada en la Constitución Española con el sistema construido por las Leyes Fundamentales del régimen franquista (V.L. MONTÉS PENADÉS, *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Madrid, Civitas, 1980, p. 151). O Stein, magistrado del Tribunal Constitucional Federal Alemán, que

tales como los de función social o contenido esencial de la propiedad en la Constitución Española no pueden interpretarse —tampoco en lo que a su evolución atañe— aislados de las elaboraciones vinculadas al Derecho de la Unión Europea, el CEDH y las tradiciones comunes de los Estados miembros. Mención especial merecen el CEDH (art. 1 P-1) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 17, en relación con el art. 52, a los que antes me he referido)<sup>50</sup> y su interpretación por el TEDH y el TJUE, respectivamente<sup>51</sup>.

Por debajo de todo ello, una tradición cultural común que alienta en las Declaraciones internacionales de Derechos Humanos y en las Constituciones de los Estados miembros (en adelante, EEMM)<sup>52</sup>. Antes incluso de que se formulara la CDFUE, el TJUE (anteriormente, TJCE) se había pronunciado en numerosas ocasiones sobre el derecho de propiedad, considerándolo derecho fundamental. En una primera etapa, al apelar en sus sentencias a este y otros derechos fundamentales, el TJUE argumenta de forma preferente con base en las tradiciones comunes de los EEMM reflejadas en sus Constituciones. En una fase posterior<sup>53</sup>, va ganando terreno la llamada a los Tratados internacionales, con un especial protagonismo del CEDH. El Convenio tiene relevancia en dos sentidos: como antecedente de la CDFUE; y, por remisión primero del TJUE y, después, del Tratado de la Unión Europea (Título I, art. 6.3 TUE), como continente de lo que técnicamente se configuran como

---

contrastó la Ley Fundamental Alemana vigente con la Constitución de Weimar (E. STEIN, *Zur Wandlung des Eigentumsbegriffes*, Seminar f. Freiheit, 86, 1971 pp. 5-29). Por poner solo dos ejemplos destacados. Como la Historia y la evolución social no se detienen, los resultados a los que puede conducir la realización de la función social cohonestada con el límite que representa el contenido esencial del Derecho no son algo cerrado y apriorístico.

<sup>50</sup> DOUE C 202/389, de 7.6.2016. La Carta fue formalmente proclamada en Niza en diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en diciembre de 2009, pasó a ser jurídicamente vinculante al mismo nivel que los Tratados constitutivos de la UE.

<sup>51</sup> Antes de que se formalizara la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ya se aplicaban estos como principios generales del Derecho.

<sup>52</sup> La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea afirma en su Preámbulo: «La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». Y en el art. 52, números 3 y 4 dispone: «3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa. 4. En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones».

<sup>53</sup> Sobre esta evolución puede atenderse a D. KRÖGER, *La propiedad privada como derecho fundamental en la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 1995.

principios generales del Derecho de la Unión<sup>54</sup>. En efecto, mientras no acaba de culminarse el proceloso camino hacia la eventual y deseable adhesión de la UE al CEDH, el art. 6.3 TUE declara que los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales<sup>55</sup>.

Finalmente, llegaría la CDFUE. Existe un vínculo íntimo entre la Carta, en su génesis e interpretación, y las Declaraciones de derechos humanos, que trasluce la conexión entre el derecho de propiedad y la libertad individual<sup>56</sup>, que no es, por supuesto, libertad ilimitada. No es

<sup>54</sup> Art. 6.3 TUE: «Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales». Relata Rubio Llorente cuál fue el proceder del TJUE para controlar la actividad de la UE y de sus EEMM desde el punto de vista de los derechos fundamentales ante el silencio inicial de los Tratados en esta materia. El TJUE empieza a elaborar su doctrina sobre los derechos fundamentales, incluido el de propiedad, en una etapa —anterior al Tratado de Maastrich— en que los Tratados fundacionales no hacían referencia a ellos. No obstante, el TJUE proclama su competencia para protegerlos, «esto es, para hacer de su respeto condición de validez de los actos de la Comunidad y, desde 1989, también de los actos de los Estados miembros que caen dentro de la esfera del Derecho Comunitario» [F. RUBIO LLORENTE, «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», en *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, E. GARCÍA DE ENTERRÍA (dir.), Madrid, Civitas, 2002, pp. 114 y ss.]. El objetivo no es otro que asegurar la primacía del Derecho de la Unión sobre los Derechos nacionales.

Constituye jurisprudencia largamente consolidada la consideración de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho de la Unión. Pueden citarse, entre otras, las SSTJUE de 14 de mayo de 1974 (caso Nold); de 13 de diciembre de 1979 (caso Hauer) —«leading-case» del TJUE en materia de propiedad—; de 19 de junio de 1980 (caso Testa, Maggio y Vitale); de 2 de julio de 1989 (caso Schræder); de 13 de julio de 1989 (caso Wachauf); y una larga lista que la siguió.

<sup>55</sup> Ponce Solé recuerda cómo el Consejo de Europa, que no cabe confundir con la Unión Europea ni con ninguna de sus instituciones, es un mecanismo de integración regional, creado tras la Segunda Guerra Mundial, en el marco del cual se adoptó el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en 1950. El CEDH ha sido objeto, desde entonces, de modificaciones por medio de sus protocolos. Con el Protocolo 11, el TEDH pasó a ser un órgano permanente con funcionamiento a tiempo completo. La eventual adhesión de la UE —como dice este autor— reforzaría los valores fundamentales, y aumentaría la eficacia de la legislación de la UE y la coherencia de la protección de los derechos fundamentales en Europa. Sin embargo, el 18 de diciembre de 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea emitió un dictamen negativo sobre la compatibilidad del proyecto de acuerdo de adhesión con los Tratados de la UE. Por ello, se está debatiendo una nueva solución que haga posible cumplir la obligación de adhesión y tener en cuenta todos los aspectos que señala el Tribunal en su dictamen (PONCE SOLÉ, *El derecho de la Unión Europea...*, op. cit., p. 3). Mientras llegue ese momento, debe atenderse al art. 6.3 del TUE, según el cual los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales forman parte del Derecho de la Unión como principios generales.

<sup>56</sup> Esta conexión del derecho de propiedad con la libertad individual se ve reforzada por otros factores. Así, el contexto de Estados capitalistas caracterizados por una economía de libre mercado templada —que no desnaturalizada— por la concepción como Estados sociales. O, en otro plano diferente, el reconocimiento, en las mismas normas constitucionales que consagran

casual que el reconocimiento del derecho de propiedad se ubique en el Título II de la Carta, rubricado «Libertades». El hermanamiento entre propiedad y libertad constituye una idea nuclear en muchos de los análisis doctrinales que tratan de esclarecer el sentido de este derecho en las Constituciones del entorno jurídico europeo, entre ellas, la española<sup>57</sup>.

En este marco, que impregna el ADN del art. 33 CE con la visión supranacional recién invocada, conviene recordar que todos los Códigos civiles occidentales, nacidos de una tradición común, coinciden en que el derecho subjetivo de propiedad incluye los poderes básicos de goce y disposición, lo que ha encontrado acomodo en la Carta europea, cuyo art. 17 viene a reflejar, como un espejo, esta tradición compartida. La facultad de goce apunta al valor en uso del bien y comprende tanto su utilización y disfrute directos, como indirectos por medio de la concesión de cierta medida de goce a otras personas a través de los oportunos negocios jurídicos<sup>58</sup>. La facultad de disposición, por su parte, manifiesta el valor en cambio del bien. Ni las Constituciones de los diferentes Estados europeos ni la Carta de la UE (art. 17) garantizan un concreto tipo de goce o un alcance determinado de la facultad de disposición, más allá del respeto al contenido esencial, concepto, de por sí, indeterminado. Delimitar las facultades de goce y disposición en cada estatuto propietario (entre ellos, la propiedad de la vivienda) es misión del legislador nacional conforme con la función social del derecho y con respeto de su contenido esencial. Se podrá modelar dichas facultades, pero no vaciarlas de contenido salvo casos de expropiación con justiprecio o reserva de categorías de bienes al dominio público. La ausencia de las facultades de goce o disposición entre el haz de poderes que integran el contenido del derecho de propiedad, lo desnaturalizarían, quebrando su contenido esencial conforme con su concepción histórica actual. Además, como señala Barnes, «no es suficiente la mera referencia o pertenencia formal al titular del derecho de una facultad de goce y disposición. Ha de haber siempre un cierto margen de beneficio o rentabilidad en el aprovechamiento o utilización del bien (graduado por el legislador) para el propietario»<sup>59</sup>. Esto

---

el derecho a la propiedad, de la herencia o sucesión «mortis causa» como corolario de aquel (cfr. art. 33.1 CE y art. 17.1, primer inciso CDFUE). Sea como sea, la libertad no debe interpretarse únicamente en un sentido crematístico, sino que apunta al libre desarrollo de la personalidad, que requiere un soporte patrimonial. Y debe encauzarse dentro del modelo económico asumido en la Constitución, con todos los matices que se quiera. Resulta ello de la interpretación sistemática de las normas constitucionales.

<sup>57</sup> Destacando igualmente la idea de libertad, Aguilera Vaquer escribe que «[e]n el contexto constitucional actual y teniendo en cuenta el CEDH y la interpretación del concepto de propiedad que el TEDH realiza, la propiedad es sobre todo una garantía para proteger, en primer término, la libertad personal y no una garantía para proteger la propiedad en sí» (*op. cit.*, p. 709).

<sup>58</sup> Por todos MONTÉS, *op. cit.*, p. 246.

<sup>59</sup> J. BARNES VÁZQUEZ, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Madrid, Civitas, 1988, p. 329, nota 57.



explica la jurisprudencia consolidada del TEDH que considera como expropiación de hecho aquellos supuestos en que, pese a mantenerse la titularidad formal del derecho, se priva desproporcionadamente al titular de un margen de utilidad o rentabilidad. El juicio de proporcionalidad es determinante en la resolución de los casos litigiosos<sup>60</sup>. Si no se supera, pese a retenerse la titularidad formal, el Tribunal considera que se ha producido una injerencia en el derecho de propiedad que viola su necesario respeto.

Llegados a este punto, es conveniente añadir un ingrediente más a la argumentación, que, en ocasiones, pasa desapercibido. A impulsos de la jurisprudencia del TJUE en relación con el art. 17 CDFUE (y, antes de este, a partir del principio general de respeto al derecho de propiedad), y también del TEDH al aplicar el CEDH (art. 1 P-1), se ha visto reforzada la idea de que normas como estas o como el art. 33 CE o sus equivalentes en otras Constituciones europeas manejan lo que cabría denominar un concepto amplio de propiedad<sup>61</sup>. De este modo, no solo queda amparado bajo la cobertura de estos preceptos el derecho de propiedad en sentido técnico-jurídico civil (en el caso del ordenamiento jurídico español, el derecho regulado en el art. 348 CC, aunque sea interpretado a la luz del art. 33 CE<sup>62</sup>), sino que la garantía constitucional y la de la Carta Europea o las Declaraciones de derechos humanos incluye otros bienes o derechos de contenido patrimonial, así

<sup>60</sup> Sobre privación «de facto», pueden verse las SSTEDH citadas en la nota 16 de este capítulo.

<sup>61</sup> Sobre este concepto amplio de propiedad, que no tiene el alcance restringido del art. 348 CC, discurren, entre muchos otros, J. BARNES, «El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978», en BARNES, J. (coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Madrid, 1995, pp. 32 ss.; J. R. PARADA, «Evolución y crisis del instituto expropiatorio», *Documentación Administrativa*, 1990, núm. 222, pp. 41-78; o H. SANTAELLA QUINTERO, *La propiedad privada constitucional: una teoría*, Marcial Pons, 2019.

<sup>62</sup> En la *Propuesta de Código Civil* de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (en adelante, APDC) —PCC— ya se regula el derecho de propiedad cohonestando las reglas del art. 348 CC con las del art. 33 CE. El art. 331-1 PPC, ubicado en el Libro Tercero, Título III, Capítulo I (del que fueron ponentes Luís Miguel López y María Elena Lauroba Lacasa), dispone: «Concepto y función social. 1. La propiedad atribuye a su titular el derecho de gozar y disponer de una cosa sin perjuicio de los límites contemplados en este Código y en la legislación especial.

2. El propietario conserva las facultades que no se han atribuido a terceros por ley o por título.

3. La legislación delimita el contenido del derecho de propiedad de acuerdo con su función social».

Y el art. 331-2 PCC añade: «Garantía expropiatoria. Nadie puede ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública o interés social mediante el previo pago del justiprecio» (ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 448-449; disponible en: [https://www.derechocivil.net/images/libros/obra\\_completa.pdf](https://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf)). Falta, en esta propuesta de preceptos, referencia específica, en atención a su peculiaridad como seres sintientes, a los animales, que ha incluido el art. 348 CC, según redacción por Ley 17/2021, de 15 de diciembre.

como también la propiedad sobre bienes incorpóreos<sup>63</sup>. En tal sentido, el TEDH utiliza lo que puede calificarse como una noción autónoma

<sup>63</sup> Escribe Rey Martínez que propiedad en el sentido del art. 33 CE «son todas las posiciones jurídicas del ciudadano de carácter patrimonial (aquellas que se caracterizan por las notas de valor económico y atribución a un titular, según hayan sido conformadas legalmente de acuerdo con la Constitución) [...] El art. 33 de la Constitución se convierte en una garantía integral del patrimonio frente al poder público» (F. REY MARTÍNEZ, *La propiedad privada en la Constitución española*, Madrid, BOE-CEC, 1994, p. 255). Ilustra este autor su conclusión con varios ejemplos y cita de sentencias del Tribunal Supremo. Con referencia al Derecho alemán, Kimminich también contrapone la noción civil de propiedad en el Código civil al concepto constitucional, que comprendería todo derecho de contenido patrimonial, con independencia de su naturaleza real o personal y, más allá de esto, incluso derechos societarios, derecho a crear o mantener una explotación industrial o determinadas situaciones profesionales, con el único límite de que no se trate de meras expectativas o simples posibilidades de rentabilidad [O. KIMMINICH, «La propiedad en la Constitución alemana», en *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado. Unión Europea, Convenio europeo de derechos humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, BARNÉS VÁZQUEZ, J., (coord.), Madrid, Tecnos, 1996, pp. 152 y ss.]. Sobre la concepción amplia de la propiedad discurre también J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «Artículo 33», *op. cit.*, p. 1154. A título ejemplificativo, señala que se «sitúan bajo ese ámbito constitucionalmente protegido los derechos de aprovechamiento sobre bienes de dominio público, aunque hayan sido otorgados por la propia Administración (STC 227/1988, de 29 de septiembre, FJ 11: derechos de aprovechamiento privativo o especial regulados restrictivamente por la Ley de Aguas de 1985), la propiedad sobre bienes muebles y los derechos de crédito sobre saldos en cuentas corrientes (STC 204/2004, de 18 de noviembre), la propiedad intelectual (ATC 134/1995, de 9 de mayo; cuestión de inconstitucionalidad en relación con la Ley de Propiedad Intelectual, por posible vulneración del art. 33 CE), y el derecho al cobro de una pensión excepcional concedida por ley singular (STC 45/2018, de 26 de abril, FJ 2). La jurisprudencia constitucional ha declarado expresamente que «la garantía constitucional del derecho de propiedad cubre también los derechos reconocidos a través de acciones de protección social (STC 154/2015, de 9 de julio, FJ 4)». O las posiciones jurídico-patrimoniales frente al Estado que ostentan quienes son funcionarios o Jueces, no como meras expectativas, sino como derechos incorporados a su patrimonio —p. e., las percepciones derivadas de los sexenios de investigación reconocidos a los Profesores de Universidad— (en contra, J. BARNÉS VÁZQUEZ, «El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978», en BARNÉS, J. (coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Madrid, 1995, p. 35). En cualquier caso, no es fácil en ocasiones, como el mismo autor reconoce, deslindar entre derechos incorporados al patrimonio y meras expectativas. Además de las expectativas, añade que tampoco se protegen las situaciones patrimoniales adquiridas o consolidadas contra derecho («Artículo 33», *op. cit.*, p. 1156). Cita las SSTC 65/1987, de 21 de mayo (FJ 18); y 178/1989, de 2 de noviembre (FJ 9), que se refiere a situaciones nacidas de la «simple tolerancia», «sin reconocimiento legal, incluso contra la prohibición expresa de la ley». Por mi parte, subrayaría el interés de analizar bajo los parámetros anteriores las medidas de paralización temporal de los desahucios o lanzamientos. Destacan también la concepción amplia del derecho de propiedad en el art. 33 CE, Á. LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 42), para quien abarca todos los títulos jurídicos privados de apropiación, gestión y transmisión de los bienes económicos; F. REY MARTÍNEZ, *La propiedad privada en la Constitución española*, Madrid, BOE-CEC, 1994, pp. 255-256; F. GÓMEZ POMAR, «Derechos de propiedad y costes de transacción: ¿qué puede enseñar Coase a los juristas?», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1998, p. 1037; o VERDERA SERVER, «“Pro Propietate”», *op. cit.*, p. 890, que, con cita de Gómez Pomar, subraya cómo, curiosamente, esta interpretación amplia permite solucionar el problema de disparidad normativa entre, por un lado, el *common law* y el análisis económico del Derecho, y, por otro, el *civil law*, en este campo. La concepción amplia del derecho de propiedad alcanza también al objeto de la expropiación.

y amplia de bien. Lo primero, porque es independiente de lo que cada Estado firmante califique como «propiedad» en su Derecho interno. Lo segundo, porque comprende supuestos que implican intereses patrimoniales que se sitúan fuera de lo que estrictamente se considera como «derecho de propiedad». Abarca, en general, derechos o intereses que constituyen un activo patrimonial<sup>64</sup>. Entre ellos —atención— los del arrendatario. Este concepto amplio de «bien» encaja mejor con el sentido del término «*property*» en inglés y en el *common law*. Resulta muy ilustrativo que se hable, p. e., de «*Property vs. Property dispute*»<sup>65</sup> en el contexto del conflicto entre propietarios y arrendatarios.

<sup>64</sup> Así, se ha considerado que entraba en la esfera del art. 1-P1 un crédito indemnizatorio derivado de responsabilidad extracontractual (STEDH de 28 de octubre de 1985 —*Caso Pressos Companhia Naviera, S.A. y otros c. Bélgica*—); el derecho del arrendatario de un cine al aire libre sobre una finca cuya propiedad discutían el arrendador y el Estado (STEDH de 25 de marzo de 1999 —*Caso Iaridis c. Grecia*—); la posesión de una chabola construida en terrenos de dominio público (STEDH de 18 de junio de 2002 —*Caso Önerlydiz c. Turquía*); o los beneficios de la seguridad social legalmente otorgados —pensiones, jubilaciones, subsidios de cesantía e incapacidad, etc.—, entre otros muchos supuestos. En la STEDH de 18 de junio de 2002, el Tribunal estimó que la vivienda construida por el demandante en terrenos de dominio público y habitada por su familia representaba un interés económico sustancial tolerado a lo largo del tiempo por las autoridades, por lo que lo calificó como un «bien» a los efectos del art. 1-P1. Puede verse, con mayor profundidad, M.<sup>ª</sup>D. MAS BADIA, «Derecho a la propiedad», *op. cit.*, pp. 631 y ss. A los beneficios de la seguridad social como supuesto amparado por el art. 1 P-1 CEDH (desde la STEDH de 12 de abril del 2006, *Caso Stec y otros c. Reino Unido*, párr. 49-56) se refieren I. COVARRUBIAS CUEVAS y R. POYANCO BUGUEÑO, «La privación parcial...», *op. cit.*, pp. 131-156. Precisan estos autores, ilustrándolo con cita de diversas sentencias, que el TEDH ha dicho que el art. 1 P-1 del Convenio no garantiza, como tal, ningún derecho a una pensión o beneficio social de un cierto monto; ni tampoco impone ninguna restricción a los Estados para decidir si han de poner en funcionamiento algún esquema de seguridad social, o para escoger el tipo o cuantía de los beneficios que han de entregarse bajo tal esquema. Ahora bien, si un Estado aprueba una ley que establece el pago de un derecho a pensión, «esa legislación debe ser considerada como capaz de generar un interés propietario, que entra dentro del ámbito del art. 1 del Protocolo 1, para aquellas personas que satisfagan sus requerimientos» (SSTEDH de 8 de octubre de 2013, *Caso Da Kconceição Mateus y Santos Januário c. Portugal*, párr. 18; de 17 de abril de 2012, *Caso Grudić c. Serbia*, párr. 72; o de 28 de abril de 2009, *Caso Rasmussen c. Polonia*, párr. 71). De este modo los beneficios de seguridad social son protegidos por el precepto de referencia.

En la STC 204/2004, de 18 de noviembre (BOE núm. 306, de 21.12.2004), entre otras (así, la STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2), se afirma que la profunda transformación experimentada por el derecho de propiedad en el último siglo, impide considerarlo hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo extremo descrito en el art. 348 del Código civil, reconociendo que el derecho constitucional a la propiedad privada puede recaer en la actualidad, como se infiere de la interpretación conjunta de los apartados 1 y 3 del art. 33 CE, tanto sobre bienes como sobre derechos, en este caso los del titular de la cuenta corriente sobre su saldo (FJ 5). Resuelve esta sentencia las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 2084/95 y 3406/97, planteadas, por la Audiencia Provincial de Barcelona en relación con el art. 29.2 del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general presupuestaria, por posible vulneración del derecho de propiedad.

<sup>65</sup> Cfr. A. BELL y G. PARCHOMOVSKY, «A Theory of Property», *Cornell Law Review*, vol. 90, 2005, p. 614. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=509862> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.509862>

De acuerdo con esta concepción extendida del derecho de propiedad, consolidada en la interpretación de las normas europeas e internacionales y también respecto de las constituciones de los EEMM, las normas protectoras del derecho a la propiedad abarcarían la posición patrimonial del arrendatario. Con esta perspectiva, ciertas limitaciones del poder del propietario (en sentido estricto) podrían enfocarse no como colisión del art. 33 CE con otros bienes constitucionales (p. e., el derecho a la vivienda —art. 47 CE—), sino como colisión de dos posiciones jurídicas ambas cobijadas en la misma norma (art. 33 CE o art. 17 CDFUE). Sea como sea, podría seguir apelándose al juicio de proporcionalidad para resolver el conflicto. También entiendo que habría un contenido esencial de la posición patrimonial amplia amparada por el art. 33 CE o el art. 17 CDFUE y otro contenido esencial del derecho de propiedad en sentido técnico civil tradicional, comprendido, a modo de círculo concéntrico más estrecho, en aquella posición amplia. Este segundo contenido esencial incluiría el debido margen de decisión sobre el destino económico del bien (que corresponde al propietario en sentido estricto, pero no, p. e., al arrendatario).

Las ideas anteriores nos conducen a la siguiente reflexión. No son pocos los casos que ha resuelto el TEDH en que la confrontación de intereses se produce entre el propietario y el arrendatario (de vivienda o de inmuebles con un uso o destino diferente). En el capítulo siguiente, habrá ocasión de entrar en ellos con detalle. Muchos se centran en problemas vinculados con la limitación de la renta. Abundan las sentencias sobre conflictos en países originariamente comunistas tras la caída de este régimen y su integración en la UE, estrenando la propiedad privada. El bien jurídico del que son titulares el propietario y el arrendatario, en esta concepción amplia del derecho de propiedad —como apropiación privada de bienes con valor patrimonial por cualquier título jurídico—<sup>66</sup>, es la propiedad. Pero hay propiedad y propiedades. No toda situación de propiedad —más allá de la idea abstracta de tal— merece la misma protección o el mismo grado de protección o, si se

---

<sup>66</sup> Sobre el alcance del uso, en general, de «nociones autónomas» por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y, en particular, sobre la noción autónoma de bien en el art. 1 P-1 CEDH, más amplia que la recogida en los Códigos civiles europeos, puede atenderse a BARCELONA LLOP, J., *Propiedad, privación de la propiedad*, *op. cit.*, pp. 41 ss. y «Privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, núm. 185, 2011, pp. 57 ss.; o M.<sup>a</sup>D. MAS BADIA, «Derecho a la propiedad», *op. cit.*, pp. 631-633. Ambos, con cita de sentencias del TEDH que lo ilustran y de bibliografía.

Destaca Barcelona Llop cómo la amplitud de la noción de bien que maneja el TEDH alcanza para abarcar incluso «la esperanza legítima y razonable de obtener el disfrute efectivo de un derecho de propiedad» (recuperar una propiedad, obtener una indemnización, ejecutar una actividad económicamente relevante...), siempre que cuente con una base sólida en el ordenamiento jurídico nacional, es decir que el particular pudiera confiar razonablemente en que esta esperanza está llamada a materializarse.

prefiere, no superará de la misma forma el juicio de proporcionalidad ante la colisión de intereses contrapuestos. Escribe Aguilera Vaqués<sup>67</sup>, que cuanto más cercana está la propiedad de la esfera personal vinculada a la dignidad humana, más debe protegerse, «[m]ientras que la propiedad desatada del núcleo sustancial, individual y familiar puede ser drásticamente condicionada sin que por ello quede afectado su contenido esencial. Así ocurre, por ejemplo, con la propiedad especulativa. En este sentido, la función social del derecho de propiedad, que además forma parte de su contenido esencial [sic], es determinante. Justamente, cuanto más cerca esté un derecho de propiedad de procurar esa libertad personal a su poseedor, más estrechas serán las restricciones impuestas al legislador en cuanto a las interferencias con las que pretende afligir al derecho; y, consiguientemente, cuanto más lejos esté el derecho de propiedad de la esfera de libertad personal de su propietario, más fácil va a ser para el legislador regular los límites de ese derecho. En consecuencia, los derechos de propiedad relativos al hogar de una persona quedan más estrictamente protegidos contra restricciones regulatorias que los que recaen sobre bienes adquiridos con la exclusiva finalidad de invertir».

### **2.3. El principio de proporcionalidad. Breve apunte sobre el principio de legalidad**

El principio de proporcionalidad aparece reconocido en el art. 52.1 CDFUE, cuando dispone: «1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás». La Constitución española no lo recoge de modo expreso, lo que no ha impedido que se le atribuya un papel esencial en cuanto «límite de los límites» de los derechos fundamentales, situándose su anclaje constitucional en la cláusula del Estado de Derecho (STC 160/1987, FJ 6), en el principio de interdicción de la arbitrariedad (SSTC 6/1988, FJ 3, y 50/1995, FJ 7) o como derivación del valor justicia (STC 173/1995, FJ 2)<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> M. AGUILERA VAQUÉS, «Artículo 33», en PÉREZ TREMP, P. y SAIZ ARNAIZ, S. (dirs.), MONTESINOS PADILLA, C. (coord.), *Comentario a la Constitución española. 40 Aniversario 1978-2018. Tomo I. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 706.

<sup>68</sup> M. MEDINA GUERRERO, «Artículo 53.1», *op. cit.*, p. 1468. Este autor, con base en el reconocimiento del criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho, cuya condición de canon de constitucionalidad resulta esencial para proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones procedentes tanto de normas como de resoluciones singulares (STC 85/1992, FJ 4; STC 111/1993, FF. JJ. 8 y 9) acaba afirmando que la

Ya he reflexionado, en páginas anteriores, sobre este principio y su aplicación, más o menos desleída, a la materia que tratamos (capítulo 1, epígrafe 2). Cabría recordar ahora algunas ideas que sirvan para cimentar la argumentación que desarrollaré en el capítulo siguiente. Cuando el TJCE/TJUE ha tenido que pronunciarse sobre la posible vulneración del derecho de propiedad por normas o actos nacionales dictados en desarrollo o cumplimiento del Derecho comunitario, ha utilizado el principio de proporcionalidad como criterio para medir la legitimidad de la intervención. Este principio puede actuar en dos sentidos. En el ámbito interno de la delimitación, para juzgar qué mediadas delimitadoras son admisibles y cuáles no, de modo que resultarían inaceptables aquellas restricciones desproporcionadas. En segundo lugar, marcando el paso legítimo de la delimitación a la expropiación. Los poderes públicos solo podrán adoptar medidas expropiatorias cuando no sea posible satisfacer el interés público o general legítimamente perseguido con el medio menos invasivo de la mera delimitación que respete el contenido esencial del derecho y resulte proporcionado. Ahora bien, no puede dejar de observarse que la delimitación es general, mientras que la expropiación es particular. Además, hay casos en que obtener un justiprecio puede llegar a ser más satisfactorio para el propietario que sufrir ciertas delimitaciones que menoscaban la utilidad de su derecho. Aunque si este menoscabo es tal que sea preferible la compensación económica, posiblemente estemos atentando contra el contenido esencial. Quizá un criterio para llegar a una conclusión, en determinados casos, sea el de atender a la temporalidad de la medida restrictiva, que suele asociarse a necesidades o situaciones coyunturales. Ahora bien, no es extraño que medidas inicialmente acotadas en el tiempo, acaben prorrogándose y no solo una vez, sino recurrentemente<sup>69</sup>. Después he de volver sobre todo ello.

En la interpretación del principio de proporcionalidad constituye clave de bóveda la jurisprudencia del TEDH que interpreta el art. 1 del Protocolo Adicional 1.º CEDH («Protección de la propiedad»). Al analizar las posibles violaciones de esta norma en los casos que se someten a su juicio, el TEDH procede de forma escalonada planteándose, por orden, tres cuestiones. En primer lugar, la existencia de un bien o bienes en el sentido del art. 1-P1, cuando se cuestiona en el litigio. Si concluye en sentido positivo, pasa a valorar la posible injerencia en el derecho de propiedad, entendido en sentido amplio, como derecho de respeto de los bienes. Si estima que se ha producido tal injerencia,

---

reserva de ley del art. 53.1 CE no es, en puridad, sino una reserva de ley proporcional. Sobre el fundamento constitucional del principio de proporcionalidad en España puede atenderse también a M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Cizur Menor, Thomson- Aranzadi, 2015.

<sup>69</sup> Recientemente, sobre el problema, R. VERDERA SERVER, «¿Otro gato de Schrödinger?...», *op. cit.*

estudia si se halla o no justificada. Si no es así, declara vulnerado el art. 1-P1<sup>70</sup>. Interesa señalar que no se considera necesario entrar a enjuiciar si la medida rompe el justo equilibrio entre el interés tutelado por la restricción impuesta al poder del propietario y el interés de este último, si la injerencia no tiene el debido respaldo legal. La exigencia de apoyo legal funciona en relación con las tres reglas del art. 1-P1: «El art. 1 del Protocolo Primero exige ante todo y sobre todo que una injerencia de la autoridad pública en el derecho al respeto de los bienes sea legal; el segundo inciso del primer párrafo de este artículo no autoriza una privación de propiedad más que “en las condiciones previstas por la ley” y el segundo párrafo reconoce a los Estados el derecho de regular el uso de los bienes dictando “leyes” [...]». En varias sentencias se añade que el principio de legalidad significa la existencia de normas de Derecho interno suficientemente accesibles, precisas y previsibles<sup>71</sup>.

En relación con el principio de legalidad, el art. 53.1 CE establece que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I, en el que se ubica el derecho a la propiedad privada, vinculan a todos los poderes públicos. «Solo por ley», que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161, 1, a) CE. Por su parte, el art. 33.2 CE dispone que la función social delimitará el contenido del derecho «de acuerdo con las leyes»<sup>72</sup>. Aunque la lectura correcta recomienda alterar los términos: la ley (estatal o autonómica según la distribución competencial de materias que permitan incidir en el derecho de propiedad) delimitará el contenido del derecho de acuerdo con su función social. La reserva lo es de ley ordinaria, no orgánica; cabe además la delegación legislativa (art. 82 CE). Se trata de una reserva que admite desarrollo reglamentario de la Ley, pero no reglamentos independientes o *extra legem*<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> Un análisis detenido de esta jurisprudencia, ilustrado con numerosos casos, en M.<sup>a</sup>D. MAS BADIA, «Derecho a la propiedad», *op. cit.*, en especial, pp. 633 y ss.

<sup>71</sup> Así, p. e., en las SSTEDH de 8 de julio de 1986 (*Caso Lithgow y otros*); de 22 de septiembre de 1994 (*Caso Hentrich c. Francia*); de 30 de mayo de 2000; o de 5 de enero de 2000 (*Caso Belvedere*).

<sup>72</sup> Destaca Ribot Igualada el papel del desarrollo legislativo en la eventual evolución del Instituto de la propiedad privada: «*justament l'existència de la reserva formal de llei a l'art. 33.2 de la CE exigeix la prèvia transformació dels instruments legals per poder fer qualsevol reconstrucció sistemàtica de l'institut. Solament en la mesura que es constati, al pla de la legalitat ordinària, aquesta modificació de principis podrà parlar-se d'evolució. Evolució que estarà autoritzada pels termes aquí exposats de garantia constitucional de la propietat, però que, en funció del valor del pluralisme polític i social que el propi sistema constitucional consagra (art. 1.1 del CE), no constitueix una obligació imposada al legislador*» (J. RIBOT IGUALADA, «La garantía constitucional del dret a la propietat privada», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 1994, p. 234).

<sup>73</sup> En este sentido, J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «Artículo 33», *op. cit.*, p. 1151.

Como puntualiza Medina Guerrero, las habilitaciones legales a la potestad reglamentaria deben ser tales que restrinjan el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación

Tras estas ideas preliminares, nos encontramos ya en situación de acometer el análisis de la constitucionalidad de las medidas de contención de la renta del arrendamiento de vivienda en la Ley 12/2023.

---

legal indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley. En resumidas cuentas, «la fijación de los límites de un derecho fundamental [...] no es un ámbito idóneo para la colaboración entre la ley y las normas infralegales», debiendo circunscribirse a los supuestos excepcionales en los que «por exigencias prácticas, las regulaciones infralegales sean las idóneas para fijar aspectos de carácter secundario y auxiliares de la regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales, siempre con sujeción, claro está, a la ley pertinente» (STC 112/2006, FJ 3) (M. MEDINA GUERRERO, «Artículo 53.1», *op. cit.*, p. 1462).