

ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION

**EL PROBLEMA DE LAS
LIMITACIONES DE DERECHO
PUBLICO Y LA ESENCIA DEL
DERECHO DE PROPIEDAD**

Discurso leído el día 30 de mayo de 1969
en la solemne sesión de ingreso del académico

ILTMO. SEÑOR

D. MANUEL OJEA OTERO

y contestación del

ILTMO. SEÑOR

D. DIMAS HERNANDEZ CORCHERO



LA CORUÑA

1971

DEPÓSITO LEGAL: C - 76 - 1971

Imp. MORET - M. de Amboage, 16 - La Coruña. 1971

INDICE

	PÁGINA
MANUEL OJEA OTERO «El problema de las limitaciones de Derecho Público y la esencia del Derecho de propiedad»	9
DIMAS HERNÁNDEZ CORCHERO «Contestación al discurso de ingreso del Ilmo. señor don Manuel Ojea Otero»	53
INDICE SISTEMÁTICO	63

A la Excma. Corporación Municipal de El Ferrol del Caudillo que bajo la presidencia de su Alcalde el Ilmo. señor don Rogelio Cenalmor Ramos, respondiendo a la llamada de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, ha sabido no sólo acoger a ésta para la celebración, dentro del bello marco del Palacio Consistorial, de solemne sesión plenaria, sino que, además, con toda gentileza se ha dignado disponer esta edición.

Por todo ello, con esta dedicación nuestro más profundo y sincero agradecimiento.

D I S C U R S O

DEL ILTMO. SEÑOR

D. M A N U E L O J E A O T E R O

Excmos. e Ilmos. Señores:

Señores Académicos:

Señoras y Señores:

I

ANTECEDENTES

Ha dicho una voz autorizada que «la propiedad es una de tantas existencias ilusionistas». «Puro transporte mítico»; que «la propiedad es un aparato verbal detrás del cual la única sustancia realmente existente es la posesión», que «la propiedad no existe, que es un fetiche, una obra de la fantasía» (1). La lectura de estas frases y de toda la obra en que las mismas están contenidas, ha conducido mi mente a meditar sobre un concepto que en verdad consideraba de sólida firmeza y que hoy debido a causas muy concretas, se halla en quiebra.

Esta es la tesis que vamos a contemplar y que, con vuestra paciencia, trataré de exponer.

Roma, que ha sabido legarnos todo un conjunto de normas claras, concretas y precisas ensambladas en unas instituciones jurídicas que, por su perfección consiguieron la supervivencia

(1) DUALDE JOAQUÍN: «La propiedad no es la propiedad». Imprenta Clarasó, Barcelona 1956, págs. 17, 22 y 24.

después de su caída (2) perfilaba el derecho de propiedad en unos términos que no ofrecían duda; y desde aquel «jus utendi, fruendi, abutendi, disponendi y vindicandi», como derecho pleno, absoluto, ilimitado, exclusivo y excluyente de la persona sobre la cosa (plenum jus ex jure Quiritium) hasta la actual configuración del derecho de propiedad media todo un abismo (3, 4, 5).

Y si bien es verdad que en el propio Derecho Romano, hay un momento histórico de confusionismo entre propiedad, posesión y derechos reales limitados, con Justiniano se vuelve a la clara distinción e independencia de conceptos entre propiedad y «possessio» de una parte, y propiedad y derechos reales limitados de otra, por lo que «dominium» y «propietas» pasan nuevamente a designar el derecho pleno, absoluto e ilimitado sobre la cosa (6).

Y si bien es cierto también, que en Roma se admitían determinadas limitaciones al derecho de dominio sin menoscabar la esencia del mismo, igualmente lo es que en el Derecho de aquel gran pueblo eran lícitos los llamados «actos de emulación» ejecutados en el libre ejercicio de las facultades dominicales dirigidos, no a satisfacer un interés del titular del dominio sino a dañar a otro, prueba evidente de la total y absoluta soberanía del propietario sobre la cosa objeto de propiedad.

En las Partidas, inspiradas en el Derecho Romano, continúa atribuyéndose al derecho de propiedad el poder pleno sobre la cosa ya que esto es el señorío, o sea «poder que ome ha en su cosa de fazer della, é en ella lo que quisiere según Dios é según fuero» (7).

Nuestro Código Civil en su artículo 348, copiando a las Par-

(2) PACCHIONI GIOVANNI: «Breve Historia del Imperio Romano narrada por un jurista». Edit. Revista de Derecho Privado. 1944, pág. 116

(3-4-5) PASTOR Y ALVIRA: «Manual de Derecho Romano». Imp. de la Viuda e hija de Fuentenebro. 1883, pág. 153.

GÓMEZ DE LA SERNA: «Curso Histórico-Exegético de Derecho Romano». 5.^a ed. Madrid, 1874, págs. 326 y 327.

SERAFINI FELIPE: «Instituciones de Derecho Romano». Traducción de Juan de Dios Trias. Ed. Espasa-Calpe. Bilbao T. I, pág. 370.

(6) MAX KASER: «El concepto romano de la propiedad». Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado. Anales de dicha Academia. Tomo XVI, págs. 19 y 20. Trad. de J. Miguel.

(7) «Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso El Nono» (sic) glosadas por el Licenciado Gregorio López. Ed. 1789. III Partida, título XXVIII. Ley I.

tidas, define la propiedad como el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las Leyes.

Continúa, pues, el Código Civil enlazado con la tradición romana atribuyendo, al menos en apariencia, al titular del derecho de propiedad, el señorío, la plenitud de poder, de gozar, de disponer; pero nos habla de limitaciones y ello nos lleva a preguntar: tales limitaciones ¿son consustanciales e inherentes al concepto de propiedad o, por el contrario, implican una desnaturalización del mismo?

II

OPINION DE LA DOCTRINA

Es cierto que, como dice KASER «el concepto jurídico de propiedad es el producto artificial de una dogmática jurídica muy avanzada» (8) pero no obstante ello, resulta evidente que ciertas limitaciones al incidir sobre el derecho de propiedad desdibujan su contorno, quiebran su concepto y entonces como observa, no sin razón LOIS ESTÉVEZ, «ya no podemos seguir llamando propiedad a un grado de dominio relativo, restringido. La propiedad, como tal, no puede soportar sin desnaturalizarse restricción de ninguna índole. O es propiedad y entonces «su» característica estriba en ser el más pleno conjunto de atribuciones sobre una cosa; o no es «ese» pleno conjunto de atribuciones, y en tal hipótesis tampoco es propiedad, sino otra categoría jurídica distinta» (9) y con esta opinión parece estar de acuerdo CASTAN quien después de subrayar el acrecentamiento de la socialización e intervención estatal sobre la propiedad y de señalar, no sólo, la multiplicación de las limitaciones impuestas por la ley al dominio, sino y también el proteccionismo dis-

(8) KASER: Conferencia y obra cit. pág. 18.

(9) LOIS ESTEVEZ: «Introducción a la Filosofía del Derecho». Ed. Porto y Compañía. Santiago de Compostela, pág. 323.

pensado a ciertos usuarios de la cosa, como los arrendatarios, concluye que todo esto, «lleva consigo la consecuencia indirecta de limitar las facultades del propietario hasta casi anular la esencia positiva del dominio» (10).

Es evidente, que una limitación moderada del derecho de propiedad no es incompatible con su esencia, ni por ello ocasiona la quiebra del concepto. Para que esto acontezca, es menester que la limitación sea excesiva, que el poder del límite supere hasta cierto punto al de disposición.

Para la moderna doctrina italiana los límites llamados legales del derecho de propiedad «definen» la propiedad, son límites normales de la propiedad (11) puesto que circunscriben a un determinado ámbito de poder su «esquema típico» con el fin de que el derecho de cada propietario pueda coexistir con el de los demás (limitaciones en interés privado).

Por ello —dice BARBERO— «así entendidos dichos límites no representan una carga para los propietarios singulares, sino el punto de equilibrio para una ventajosa coexistencia de sus propiedades, y en su ámbito más vasto de la convivencia social», y de ahí la razón —explica BARBERO— de que en el actual Código Civil italiano, los «límites legales» del derecho de propiedad, hayan dejado de llamarse servidumbres ya que esta denominación no es exacta técnicamente «porque no se trata de sacrificar el interés de un individuo al interés de otro, sino de coördinar los intereses de todos al bien común» (12).

Opinión idéntica es la mantenida por TRABUCCHI para quien los límites legales de la propiedad «son derechos y obligaciones que surgen automáticamente, que no están sujetos a prescripción, son recíprocos, y tutelables por medio de una acción negatoria cuando el vecino no los respetase» (13).

Para MESSINEO, las limitaciones del derecho de propiedad en cuyo concepto incluye los vínculos (circunscrito ejercicio) y las

(10) CASTAN TOBEÑAS JOSÉ: «La propiedad y sus problemas actuales». Rev. G. de Leg. y Jurisprudencia. T. XLV, pág. 453.

(11) BARASSI LUDOVICO: «Instituciones de Derecho Civil». T. II. Ed. Bosch J. Trad. Ramón García de Haro, pág. 12.

(12) BARBERO DOMENICO: «Sistema del Derecho Privado» T. II, página 228. Trad. Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.

(13) TRABUCCHI ALBERTO: Instituciones de Derecho Civil. Ed. Rev. de Derecho Privado. T. I, pág. 432. Trad. Luis Martínez Calcerrada.

verdaderas prohibiciones de disposición no son incompatibles con los caracteres de plenitud y exclusividad que caracterizan el derecho del propietario y no son incompatibles, porque la plenitud precisamente diferencia la propiedad de otros derechos que no son plenos, tales como la enfiteusis, el usufructo, la servidumbre, etc., y por la exclusividad, el propietario no tolera la correspondencia de otro titular, y estos dos caracteres, plenitud y exclusividad, determinan el concepto de propiedad tal y como es: un derecho limitado (14).

Vemos, por consiguiente, que en la moderna doctrina civilista italiana, las características de plenitud y exclusividad, definidoras del derecho de propiedad, no son enervadas por las limitaciones legales por lo que, a tenor de las mismas, el concepto de aquel derecho se mantiene inalterable por cuanto la propiedad es siempre derecho limitado.

Entre los civilistas alemanes, WOLFF sostiene idéntico criterio al afirmar que «el libre arbitrio del propietario está muy limitado por el ordenamiento jurídico, sobre todo en cuanto a los inmuebles, sin que tales limitaciones de la libre voluntad sean limitaciones de la propiedad, pues no son cargas que al modo de los derechos de garantía o las servidumbres acorten desde fuera los límites del dominio, en principios más amplios, sino que son inmanentes a la propiedad en cuanto determinan su contenido normal» (15).

Se observará que venimos empleando indistintamente las palabras límites y limitación, y si bien es verdad que la mayoría de los tratadistas, y también la jurisprudencia, así lo vienen haciendo, es igualmente cierto que la más depurada técnica jurídica sienta una clara y concreta distinción. Límites —como dice ALBALADEJO— son «las fronteras, el punto normal hasta donde llega el poder del dueño, o sea el régimen ordinario de restricciones a que (comparándolo con el supuesto de que fuese omnímodo) está sometido tal poder, en tanto que limitaciones son las reducciones en casos singulares del poder que normalmente

(14) MESSINEO FRANCESCO: «Manual de Derecho Civil y Comercial». Trad. de Santiago Sentis Melendo. T. III, págs. 261 y 262. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.

(15) WOLFF MARTIN: «Derecho de Cosas». Vol. I, pág. 297 (Tratado de Derecho Civil de Enneccerus-Kip-Wolff. T. III) Trad. Blas Pérez González y José Alguer.

tiene el dueño sobre la cosa» (16), pero en fin, es esta, si se quiere, una sutileza que no afecta a la cuestión que concretamente venimos examinando, pues bien sean límites o limitaciones, lo que se trata de saber es cómo inciden sobre un concepto —propiedad, dominio— para producir su desnaturalización.

No hemos de referirnos aquí a las limitaciones que proceden del mismo derecho de propiedad, puesto que, como se deja dicho, éste nace ya con ellas, sino a las que proceden de fuera, del exterior, que merman de tal forma los derechos del propietario que éste deja de serlo y de ahí que sea muy significativo —dice MOLITOR— «que recientemente en Alemania y en otros países se busque al nuevo derecho al suelo, limitado en múltiples aspectos por la reforma agraria y la colonización, un rótulo diferente, evitando el nombre de propiedad; pero al hacerlo, se elige alguna conexión con ese vocablo para crear un derecho suficientemente amplio existente en la realidad» (17).

No hemos de referirnos, por consiguiente, a las limitaciones impuestas por el Derecho objetivo a una propiedad que sólo lo es de nombre por hallarse atribuidas a otra persona las facultades de goce o de disposición. Hemos de referirnos a las limitaciones que se imponen al titular del derecho de dominio, a las limitaciones que se imponen a quien la Ley llama propietario y cuyas facultades de goce o de disposición son, no obstante, puramente ilusorias. Pero no adelantemos acontecimientos. Continuemos antes de pasar adelante observando el comportamiento de los tratadistas, ahora ya de los españoles, con relación al concepto que es objeto de nuestro estudio.

Ya hemos visto como para CASTAN (18) la intervención estatal sobre la propiedad ha sido intensificada de tal forma que lleva a limitar las facultades del propietario hasta casi anular la esencia positiva del dominio.

VALVERDE nos enseña que, si bien «el derecho de propiedad en su significación estricta equivale a otorgar al propietario un derecho absoluto e ilimitado respecto de la cosa, lo cual es inad-

(16) ALBALADEJO MANUEL: «Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Cosas», pág. 167. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.

(17) MOLITOR ERICH: «Nueva problemática de la propiedad». Rev. de Derecho Privado. T. XXXVIII, pág. 176. Trad. J. Navas.

(18) CASTAN TOBEÑAS JOSÉ: Op. cit. pág. 453.

misible dada la naturaleza de aquel derecho, negar la existencia del «jus abutendi», equivale a desnaturalizar la relación jurídica de propiedad y a quedar ésta incompleta. Por eso hay que determinar bien su alcance».

«No hay que olvidar —añade— que, como perfectamente enseña AHRENS, la propiedad existe para un objeto y un uso racionales, se halla destinada a satisfacer las diferentes necesidades de la vida humana, y, por consiguiente, todo abuso, toda destrucción arbitraria, es contraria al derecho y debe ser prohibida por la ley. Pero esto, que es un principio o regla inconcuso, ofrece serias dificultades para su aplicación, porque la intervención de la ley debe ser tan prudente y acertada, que impidiendo hacer un uso indebido de la propiedad no restrinja demasiado al propietario, pues esto supondría negar, o al menos atacar en sus principios, al derecho de propiedad, que debe ser no solamente respetado sino acatado y protegido por el Estado» (19).

Estas palabras del Profesor VALVERDE, son harto elocuentes, y hasta podíamos decir que proféticas, ya que dada la fecha en que han sido escritas (hace más de sesenta años) las estructuras jurídicas de la propiedad no habían sufrido los embates que hoy sufren por parte de normas procedentes de otros campos del derecho que han venido a destruir, como luego veremos, un concepto que estimábamos intangible: el concepto jurídico de propiedad o, para ser más exactos, del derecho de propiedad.

CLEMENTE DE DIEGO después de explicar como aun los individualistas más exaltados tienen que reconocer las limitaciones del dominio, y de añadir que se discute mucho sobre la naturaleza y alcance de tales limitaciones que, para unos son restricciones impuestas a la libertad de todos y que indirectamente afectan a la del propietario; para otros, limitaciones en provecho de la clase dominante no obstante haberse establecido en favor de la desheredada, y no emanadas de las entrañas mismas de la propiedad, dice que el dominio técnicamente es ilimitado, aunque limitable; tiende a la limitación y se concibe sin limitación a diferencia de los demás derechos reales que son limitados y no se pueden pensar sin la limitación, mas es lo cierto,

(19) VALVERDE CALIXTO: «Tratado de Derecho Civil Español» T. II 4.^a ed. pág. 67.

que de todas suertes de día en día aumentan las limitaciones a que está sometido, y termina preguntándose, ¿esas limitaciones son servidumbres (públicas y forzosas) como piensan muchos tratadistas y consagran muchos Códigos, o son medios de ser de la propiedad, restricciones impuestas a ésta en defensa de la ajena o por consecuencia de ser vecinos o colindantes los predios, como creen otros? (20).

Estima PUIG PEÑA «que por muy exclusivo que se quiera considerar el dominio, por muy unilateral que se quiera considerar a la relación, nada impide que puedan coexistir sobre la cosa otros derechos al lado de la propiedad o sin que ésta, sin embargo, quede desnaturalizada» (21).

Asimismo ESPIN coincide en afirmar que la doctrina moderna se opone a la tradicional de la propiedad en el sentido de que las facultades que normalmente integran el dominio, pueden faltar, sin que por eso deje de subsistir aquél, y por ello busca el concepto del dominio basándose en la idea del poder más amplio que puede tenerse sobre una cosa, sin aludir al contenido de ese poder, de ahí —dice— que los términos que tradicionalmente caracterizaban al dominio de absoluto, exclusivo y perpetuo, hayan sido sustituidos modernamente por los de generalidad, independencia, abstracción y elasticidad (22).

Para PUIG BRUTAU el derecho de propiedad es una relación jurídica cuya «más acusada característica consiste en que distribuye los derechos por sus dos extremos, sin que jamás todos los derechos se acumulen en uno solo de los polos para dejar las obligaciones únicamente en el otro. Lo contrario no podrá ser calificado de relación jurídica porque no sería verdaderamente una situación de derecho. En el ordenamiento jurídico de un mundo civilizado no caben derechos literalmente absolutos, porque la posibilidad ilimitada de satisfacer intereses personales no supone una limitación jurídicamente regulada sino de puro predominio de la fuerza.

(20) CLEMENTE DE DIEGO FELIPE: «Instituciones de Derecho Civil». T. I. Ed. 1959 revisada y puesta al día por Alfonso de Cossio y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, pág. 388.

(21) PUIG PEÑA FEDERICO: «Tratado de Derecho Civil Español». T. III, Vol. I, pág. 66.

(22) ESPIN DIEGO: «Manual de Derecho Civil Español»; Vol. II, 2.ª edición, pág. 60.

De ahí que, incluso un derecho real de carácter absoluto, el de propiedad, necesite tener sus límites».

Es decir, que para PUIG BRUTAU, el derecho de propiedad, como en general los derechos reales, se explica por el concepto de relación jurídica por el que se llega a un equilibrio entre intereses opuestos que impide dejar a uno de los polos de la relación en una situación de plenitud de facultades y al otro, en situación de ausencia absoluta de ellas, o lo que es lo mismo, la libertad de alguien frente a la falta de derecho de otro u otros, tiene sólo carácter relativo por la razón apuntada de que en toda relación jurídica no se puede concebir que todos los derechos se acumulen en una sola de las partes para dejar las obligaciones únicamente en la otra (23).

Hemos visto, como tanto los civilistas españoles como los extranjeros entienden que con el derecho de propiedad, pueden coexistir limitaciones o restricciones que no alteran la esencia del mismo.

Estamos de acuerdo en ello. Más con independencia de estas limitaciones o restricciones que pudiéramos llamar normales, por su inherencia al derecho de propiedad, evidentemente hoy día nos encontramos con otras limitaciones que atacan y destruyen la naturaleza y esencia de aquel derecho.

III

LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Y, ¿qué opina el Tribunal Supremo sobre esta cuestión?

Son muy pocas las resoluciones del Tribunal Supremo interpretativas del concepto de propiedad conforme a la definición que de tal derecho contiene el artículo 348 del Código Civil.

Tan sólo hemos visto una sentencia, concretamente la de 18 de abril de 1929, que refiriéndose al artículo 348 del Código

(23) PUIG BRUTAU JOSÉ: «Fundamentos de Derecho Civil». T. III Ed. Bosch, págs. 153 y 154.

Civil, dice que este precepto consagra *un derecho de propiedad absoluto y exclusivo* que por su naturaleza real representa el vínculo jurídico que une la cosa a su propietario.

Pero afirmación y postura tan contundentes, no tardaron en ser modificadas como vivo exponente, dentro si se quiere de su unidad, de un contraste jurisprudencial.

Y así, es la S. de 22 de enero de 1914 en la que el Alto Tribunal dice: Si bien es esencia y atributo peculiar del dominio, que aquel a quien pertenece una cosa puede disponer de ella libremente, *esta facultad no reviste caracteres absolutos y omnímodos* en razón a que toda propiedad se subordina siempre a limitaciones determinadas, ya por las leyes, ya por pactos convenidos, o por costumbres establecidas y aceptadas, en cuya virtud han de amoldarse unas u otras en el ejercicio de tal dominio.

Y en la Sentencia de 17 de noviembre de 1930: El derecho de propiedad no sólo tiene un fin de carácter individual, basado en el interés privado, sino que, además integra un fin colectivo y social fundado en la necesidad de realizar y mantener el orden jurídico y procurar el bien común fomentando la riqueza pública.

Y en la de 23 de diciembre de 1946: Basta declarar el dominio a favor de una persona para que se estime y entienda concedido en toda la integridad de sus facultades, mientras que quien se crea asistido del derecho para una limitación no pretenda y pruebe su existencia, por lo que hace necesario completar tal reconocimiento con calificativos de más valor tradicional que técnicamente jurídicos, pues bien se considere como un derecho unitario y abstracto, conforme a la concepción de la doctrina científica, ya se atienda al concepto puramente legal, no es exacto decir que revista caracteres de absoluto, como lo demuestra la circunstancia de que el legislador español suprimiera al redactar el artículo 348 la expresión «de la manera más absoluta» consignada en el artículo 544 del Código francés, viniéndolo a definir como el derecho a gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.

Vemos, por tanto, como el Tribunal Supremo si bien reconoce la propiedad como el derecho real de mayor alcance y efectividad (lo cual no constituye novedad alguna por cuanto así viene siendo reconocido desde el Código de Justiniano y las

Partidas), tal reconocimiento lo efectúa con las limitaciones establecidas por las leyes en aras del interés privado unas, y del interés público otras, pero a todas ellas, vamos a continuar denominándolas normales, porque normal con relación al concepto de propiedad y sin desnaturalizar a éste, es el usufructo, normales son las servidumbres, los censos, los retractos ya que ninguna de estas figuras ataca ni menoscaba la esencia del dominio y todas ellas, por otra parte, se hallan perfectamente perfiladas y reguladas en el Código Civil.

Esto por lo que respecta a las limitaciones establecidas en interés privado y, por lo que se refiere a las de interés público, algunas se hallan concretamente previstas en el Código como las relativas a la zona militar (Artículo 589) o a la navegación, flotación, pesca y salvamento (Artículo 553) y otras, a las que dicho Código no alude directa y concretamente, pero que por ser de entidad análoga como las relacionadas con la zona marítimo-terrestre, podemos calificarlas igualmente de normales y no desnaturalizadoras del derecho de dominio, cuya esencia positiva es perfectamente compatible con aquellas ya que, como dice BARASSI, «definen» la propiedad (24). No, no podemos referirnos a estas limitaciones al hablar de la quiebra del concepto de propiedad, sino que nos referimos a aquellas limitaciones procedentes del campo del Derecho Público plasmadas en una legislación que, como dice MAZEAUD «no atenta tan solo contra el derecho de disponer, sino también contra el «usus» y el «fructus» del propietario» (25) y, por ende —añadimos nosotros—, contra la libertad del mismo.

Hemos de subrayar que esa avalancha, esa invasión de normas, procedentes en su inmensa mayoría del Derecho Público, sobre el campo del Derecho Privado y, específicamente sobre la esfera patrimonial, no sólo tienen carácter negativo sino también positivo, ya que a veces obligan a un «no hacer» y otras imponen coactivamente «un hacer».

(24) BARASSI: Ob. y pág. citadas.

(25) MAZEAUD: «Lecciones de Derecho Civil». Parte segunda. Vol. IV. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, pág. 58. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.

IV

EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL

a) EN LA PROPIEDAD RÚSTICA.

Y veamos ahora con referencia exclusiva a la propiedad inmobiliaria como —dicho sea no con carácter exhaustivo sino meramente enunciativo— ese derecho de gozar y de disponer que atribuye al propietario, al titular del dominio, el artículo 348 del Código Civil no es más que una pura ilusión.

Y así, por lo que a la propiedad rústica se refiere, y prescindiendo ya de múltiples disposiciones anteriores, nos encontramos con la Ley de 15 de julio de 1952 sobre patrimonios familiares por virtud de la cual los bienes inmuebles que los constituyen tendrán el carácter de inembargables, no respondiendo, por tanto, del cumplimiento de las obligaciones del titular (artículo 9.º); forman una unidad jurídicamente indivisible (artículo 6.º); la transmisión de los mismos por actos «inter vivos» se halla sujeta a determinadas condiciones y requerirá siempre la autorización del Ministerio de Agricultura (artículo 7.º) y, por si todo ello fuera poco, en los actos «mortis causa» infringe el principio de la libertad de testar y altera el régimen de la sucesión (artículos 12 al 16).

Y la Ley de 3 de diciembre de 1953 sobre declaración de fincas mejorables, que impone al propietario la obligación de llevar a la práctica determinadas intensificaciones o transformaciones de cultivo (artículo 4.º) e incluso de construir en esas fincas viviendas familiares para obreros (Disposición adicional 3.ª).

Y la Ley de 15 de junio de 1954 sobre unidades mínimas de cultivo, a cuyo tenor las parcelas de extensión igual o inferior a la unidad mínima, tendrán la consideración de cosas indivisibles (artículo 2.º) estableciéndose, para caso de infracción, una opción o tanteo a favor de los propietarios de predios colindantes (artículo 3.º) y en cuanto a la sucesión hereditaria, también se coarta la libertad del propietario en trance de otorgar testamento, por cuanto la partición de su herencia habrá de realizarse sujetándose a estos preceptos aún en contra de la voluntad del testador (artículo 4.º).

Y la Ley de 11 de mayo de 1959 sobre permutas forzosas que, como su misma denominación indica, impone al propietario de una parcela enclavada la obligación de permutarla con otra del dueño del inmueble en que se halla el enclave.

Y la Ley de 8 de noviembre de 1962 (texto refundido) sobre concentración parcelaria, de conformidad con la cual se imponen igualmente permutas forzosas, sustituyéndose determinadas fincas del titular por otras llamadas de reemplazo (artículo 54), ocupación temporal de fincas por el servicio de Concentración parcelaria (artículo 60), obligación de cultivo de la finca a uso y costumbre de buen labrador debiendo abstenerse, en consecuencia, el propietario de destruir obras, esquilmas de tierra ni realizar acto alguno que disminuya el valor de sus parcelas con sanciones pecuniarias en caso de infracción (artículo 59), rescisión obligatoria de arrendamientos y aparcerías (artículo 66), traslación de las situaciones registrales de los antiguos asientos sobre las fincas de reemplazo (artículo 68), indivisibilidad de las fincas (artículo 72) y, por ende, nulidad de los actos y contratos por cuya virtud se produzca la división de fincas (artículo 73).

Y aun cuando de otra naturaleza, la Ley de 15 de julio de 1954 que confiere al colono nada menos que el derecho de acceso a la propiedad, que si bien el propietario puede enervar, ha de comprar el inmueble señalándose para este caso y por la propia ley la cuantía del precio (artículo 3.º).

A la vista de todos estos preceptos, hemos de preguntar ¿dónde están el derecho de gozar y el derecho de disponer conferidos al titular del dominio por el artículo 348 del Código Civil?

Esta pregunta no puede menos de formularla el propietario de una finca totalmente libre y que de pronto se declara su indivisibilidad.

Y el propietario a quien se le impide enajenar su fundo sin antes obtener el consentimiento de la Administración.

Y el propietario a quien se limita su libertad para disponer en testamento de sus bienes, afectando aquella limitación hasta a la propia institución de heredero.

Y el propietario a quien se obliga a realizar un determinado y concreto cultivo en su finca o a permutarla por otra.

¿Cómo no van estos propietarios a preguntarse a dónde han ido a parar aquellos derechos de gozar y de disponer consagra-

dos por toda una tradición histórico-jurídica y sobre todo por una ley tan sustantiva como es la llamada Código Civil?

Con razón hubo de decir ESPÍN CÁNOVAS: «El derecho de propiedad, de orientación individualista todavía consentido en el Código Civil español de 1889, concebido para que el propietario obtenga el mayor rendimiento económico de la cosa sin preocupación por la repercusión social de su ejercicio, está en la actualidad en contradicción con numerosas leyes que han injertado en el Derecho privado español los principios vigentes de nuestro Derecho público. Sería, por tanto, erróneo creer que la propiedad inmueble en España está estructurada conforme al articulado del Código Civil, pese a su vigencia, porque tal estructura está anulada en muchos casos por las nuevas leyes» (26).

b) EN LA PROPIEDAD URBANA.

Hemos hablado de la propiedad rústica. Y, ¿la propiedad urbana? ¿qué hemos de decir, con relación a esta cuestión, de la propiedad urbana?

En primer lugar y siquiera no tenga naturaleza estricta de Derecho público, nos hallamos con una Ley de Arrendamientos Urbanos en que (aparte de otros preceptos que restringen las facultades del propietario) en su artículo 114 se confiere ni más ni menos que la facultad al arrendatario de realizar obras contra la voluntad del propietario en el local de negocio o vivienda objeto de arrendamiento bastando para ello la autorización judicial.

Esta negación de la facultad dispositiva del propietario en algo tan fundamental como el aspecto físico y distribución interior de un edificio, esta sustitución de la voluntad del propietario por el criterio judicial, estimamos constituye un ataque a la esencia misma del derecho de propiedad sin que pueda alegarse en defensa de aquel precepto el carácter fundamentalmente social de la ley arrendaticia urbana.

Pero donde la desnaturalización del derecho de propiedad

(26) ESPÍN CÁNOVAS: «La influencia del Derecho Público sobre la propiedad privada inmobiliaria». «Estudios de Derecho Público y Privado» en homenaje al Prof. Ignacio Serrano. T. I, pág. 211.

ofrece caracteres más destacados, donde la propiedad no parece serlo, sino una «categoría jurídica distinta» (27) donde la oposición a los preceptos contenidos en los artículos 348 y 349 del Código Civil resulta palmaria, es en esa norma típicamente administrativa como la llamada Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, actualmente reguladora fundamental de la propiedad urbana, aunque por ello no deje de ser también de aplicación a la rústica.

Aquí, las limitaciones (abstención, no hacer) y las cargas (hacer, dar, ceder) tienen un alcance en verdad insospechado. El derecho de propiedad pierde su esencia y como escribe MARTÍN BLANCO «con el establecimiento de la función urbanística la Ley del Suelo da el golpe de gracia a la tradicional dogmática del derecho de propiedad y puede decirse que, a través de su regulación, este derecho subjetivo pierde definitivamente su rango o valor de concepto o figura rector del mundo jurídico de los derechos reales» (28).

No puede menos de estarse conforme en que, un moderno Estado Social de Derecho exige la más absoluta subordinación del interés privado al público, pero de ahí, a que en aras de un interés público el derecho de propiedad se desdibuje, pierda sus perfiles esenciales y característicos, en una palabra se desnaturalice, media un abismo, máxime cuando, por añadidura, el viejo pero al mismo tiempo, siempre nuevo Código Civil señala el cauce, como luego veremos, para la prevalencia y supremacía de los intereses públicos y sociales sobre los privados.

MARTÍN BLANCO habla de una «nueva configuración del derecho de propiedad» (29) pero yo pienso que puede hablarse de una nueva configuración jurídica pero nunca de nueva configuración del derecho de propiedad ya que aquella, dada su extensión y alcance, implica la desaparición de éste, al menos tal y como ha venido siendo contemplado por civilistas e hipotecaristas.

DÍEZ PICAZO se pregunta si la configuración especial de la

(27) LOIS ESTÉVEZ: Ob. y pág. citadas.

(28) JOSÉ MARTÍN BLANCO: «Legislación Urbanística y Derecho Privado». «Estudios de Derecho Público y Privado» publicados en homenaje al Prof. Serrano. T. I, pág. 628. Publicado en «Revista de Derecho Privado». Enero 1962.

(29) MARTÍN BLANCO: Ob. y pág. citadas.

propiedad urbanística, autoriza a pensar si se ha producido un tránsito hacia una institución nueva y distinta, por cuanto con fundamento en la idea expresada por expositores italianos y franceses, no existe una forma única de propiedad, por lo cual la propiedad urbanística, puede ser una figura jurídica nueva que ha de situarse junto a las demás formas especiales de propiedad, más DÍEZ PICAZO rechaza esta idea porque la propiedad es un concepto jurídico unitario, de carácter exclusivamente abstracto y formal, que en sí mismo no denota nada más que una relación de asignación y control de los bienes económicos o de la riqueza. Lo que se diversifica —dice— es su contenido, de acuerdo con la diversidad de su objeto ⁽³⁰⁾.

Idéntica pregunta se la formula REGUERA SEVILLA que a renglón seguido se pronuncia por la negativa por cuanto —dice— «los dueños de terrenos o edificios afectados por la ordenación urbanística no puede decirse sean titulares de una propiedad especial, pues el régimen jurídico de las aguas, como en diferente grado el de los montes, minas, obras intelectuales, patentes, etcétera, es mucho más especial que el régimen jurídico del suelo que la nueva ley aporta» ⁽³¹⁾.

Estimando que esta última opinión no convence plenamente, porque la naturaleza jurídica de la propiedad especial, no depende tanto del grado de especialidad de la misma, como del unitarismo de su concepto.

Habla también MARTÍN BLANCO de la politización del suelo como fundamento explicativo de las limitaciones, restricciones y cuasipresiones de las facultades del propietario, convirtiéndose aquél en ámbito de confluencia de los intereses particulares y del interés público y de integración de los órdenes jurídicos privado y público ⁽³²⁾.

Pero adviértase que, por lo que respecta al orden público, como acertadamente expone DORAL «en la medida en que es

⁽³⁰⁾ LUIS DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN: «Problemas jurídicos del urbanismo». Rev. de Administración Pública. N.º 43 Enero-Abril 1964, páginas 48 y 49. Citado por CARCELLER FERNÁNDEZ en «El Derecho y la obligación de edificar». Ed. Montecorvo, pág. 29.

⁽³¹⁾ REGUERA SEVILLA: «La legislación urbanística y sus repercusiones en el Derecho Civil». Publicado en «Estudios de Derecho Privado». Ed. Rev. de Dcho. Privado. T. I, pág. 128.

⁽³²⁾ MARTÍN BLANCO: «El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo». Ed. Montecorvo, pág. 47 y 48.

creciente el intervencionismo estatal, monopolizar política o administrativamente la noción de orden público sería tanto como oponerse a su misma justificación. Enfrentados los derechos público y privado y dada la intervención administrativa y la ampliación de las normas de carácter público en un Estado moderno, industrializado, tecnificado, pudieran peligrar la protección de la persona y de los grupos sociales dando lugar a que se rompa el equilibrio de los elementos que en él se contrarrestan y compensan. Se convertiría así en un orden público desvertebrado, quebrado en sectores inarmónicos, económico, administrativo, etc., que por su propia contextura, tienden a restringir, quizá sin tino ni medida, el radio de acción de los particulares».

Porque el orden público —añade DORAL— no protege solamente los intereses públicos o generales de una determinada comunidad, sino y también los particulares o privados, entre ellos la iniciativa privada, frente a una posible arbitrariedad, exceso de poder, o abusiva actuación de la Administración (33).

No podemos por tanto, prestar conformidad a la drástica afirmación de MARTÍN BLANCO de que «nuestro Código Civil, dominado en gran parte, precisamente, por la idea de regular la propiedad inmueble, sea incapaz para abordar los problemas que suscita el actual tráfico jurídico de los bienes inmuebles urbanos» (34).

Pero volvamos a la Ley del Suelo y veamos algunas de las limitaciones y cargas impuestas al derecho de propiedad:

Suspensión por un año de otorgamiento de licencias de parcelación de terrenos y edificación en sectores comprendidos en un perímetro determinado con el fin de estudiar el plan de ordenación o su forma (artículo 22).

(Idéntica suspensión es impuesta por la Ley sobre Centros y Zonas de Interés Turístico de 28 de diciembre de 1963, artículo 8.º).

Prohibición de apartarse en el uso de los predios del destino previsto en el planeamiento urbanístico; en consecuencia, no

(33) JOSÉ ANTONIO DORAL: «La noción de orden público en el Derecho Civil español». Ed. Universidad de Navarra S. A., pág. 48.

(34) MARTÍN BLANCO: Ob. cit. pág. 24.

cabe efectuar en ellos, explotaciones de yacimientos, fijación de carteles de propaganda, movimientos de tierra, corta de arbolado o cualquier otro uso análogo en pugna con su calificación urbanística, su legislación especial o de modo distinto al regulado en el plan (artículo 47 limitación 1.^a).

Extinción automática del arrendamiento de los terrenos o de construcciones provisionales que se levanten en ellos con la orden del Ayuntamiento acordando la demolición o desalojamiento para ejecutar los proyectos de urbanización (artículo 47).

Prohibición de ejecutar en los edificios e instalaciones erigidos con anterioridad a la aprobación del Plan general o parcial y que resultaren disconformes con el mismo, obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación (artículo 48).

Prohibición de edificación en el suelo urbano hasta que la respectiva parcela, por contar con los servicios mínimos de urbanismo, mereciese la calificación de solar (artículo 67).

Cesión obligatoria de terrenos viales y de parques y jardines costeando la urbanización en el modo y proporción que la propia Ley establece (artículo 67).

Edificación en solares bajo la carga de expropiación en plazo concreto y determinado (artículo 67).

Y por último, todas estas limitaciones y cargas u obligaciones —como preceptúa el artículo 70— no confieren derecho alguno a los propietarios a exigir indemnización, por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística.

He aquí una rotunda afirmación legal: No hay lugar a indemnización por tratarse de meras limitaciones que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística.

¿Mera limitación, la prohibición de edificar?

¿Mera limitación, la cesión obligatoria de terrenos?

¿Puede, en realidad decirse, que estas limitaciones definen el contenido normal de la propiedad sea ésta o no urbanística?

No vamos a examinar aquí, porque no es objeto de este estudio, las razones o causas justificativas de las restricciones contenidas en la Ley del Suelo porque actualmente a nadie es lícito ignorar ni la función social de la propiedad ni la necesidad de una ordenación urbanística que acabe con la anarquía en el ejercicio

del «jus aedificandi» pero de ahí a aceptar la rotunda afirmación de PORCIOLES que la Ley del Suelo no modifica el concepto de la propiedad fundiaria ya que a la ciudad le concede el «imperium» pero el «dominium», la «plena in re potestas», se otorga plenamente a los particulares, sin otras limitaciones que las que impone el destino común (35). De aquello a esto, hay una distancia abismal ya que el derecho de propiedad conforme a algunos preceptos, como acabamos de ver, de la Ley del Suelo, resulta meramente ilusorio. Por algo, como observa GONZÁLEZ PÉREZ su principal comentarista, «pocas leyes habrán encontrado tanta resistencia en su realización como la que encontró esta Ley. Resistencia por parte de todos. De los particulares obligados por la norma, de los funcionarios encargados de aplicarla y hasta de los Tribunales a la hora de fallar litigios promovidos en relación con la misma. Hasta se dio el caso insólito de tenerse que recordar su vigencia por una Circular —la Circular de 19 de febrero de 1958— y de promulgarse Leyes posteriores —como la de 21 de julio de 1962—, cuya finalidad esencial fue, precisamente, que se respetasen toda una serie de preceptos de aquella: los referentes a la valoración del suelo» (36).

Mas lo que parece indudable es que, como escribe GONZÁLEZ BERENGUER, el proceso de intromisión de la Administración en el derecho de propiedad adquiere cada vez más acusados trazos ya que tras las limitaciones contenidas en la Ley del Suelo, han aparecido otras que las concretan e incluso las amplían como la construcción obligatoria de edificios de enseñanza en bloques de viviendas de renta limitada y la cesión obligatoria de espacios para aparcamiento de automóviles (37).

Nos hallamos pues, ante un proceso de auténtica socialización del suelo urbano en franca oposición en cuanto al derecho de propiedad sobre el mismo, con la letra y el espíritu hondamente individualistas del precepto contenido en el artículo 348 del Código Civil; y todo ello, regulado en su mayor parte por normas administrativas aplicadas e interpretadas por la Admi-

(35) Citado por CARCELLER FERNÁNDEZ ANTONIO: «El derecho y la obligación de edificar». Ed. Montecorvo, 1965. pág. 30.

(36) GONZÁLEZ PÉREZ JESÚS: «Comentarios a la Ley del Suelo». 1968. Madrid. pág. 61.

(37) GONZÁLEZ-BERENGUER JOSÉ LUIS: «Teoría y práctica de la Ley del Suelo». Publicaciones Abella, 1964, pág. 143.

nistración, salvo posteriores recursos, y no como debiera ser, tratándose del derecho de propiedad, por normas civiles aplicadas e interpretadas por los Tribunales ordinarios. Y decimos regulado en su mayor parte por normas administrativas, porque la Ley del Suelo pertenece como dice GARCÍA-TREVIJANO «a ese tipo actual de norma jurídica con reflejos dobles por cuanto hay preceptos de ella claramente administrativos, otros claramente civiles y otros mixtos» (38).

Y adelantemos lo curioso que resulta observar como esta penetración de normas, típicamente administrativas, procedentes del mal llamado Derecho Urbanístico en la esfera de la propiedad urbana siguen igual método que las del también mal llamado Derecho Agrario con relación a la propiedad rústica, y subrayamos las palabras «mal llamado» por cuanto las ordenaciones urbanística y agraria carecen, por el momento, de la elaboración científica necesaria para la adquisición de propia sustantividad.

No es mi propósito analizar aquí otras limitaciones de naturaleza jurídico-pública al derecho de propiedad como las de Policía urbana, caminos, ferrocarriles, industrias, conducción de energía eléctrica y tesoro artístico, y ello por dos razones, la una porque este trabajo adquiriría un desarrollo desmesurado y la otra, porque dada la cuestión planteada no es menester para la sustentación de la tesis y las conclusiones a las que se pretende llegar.

c) EN LAS PROPIEDADES ESPECIALES.

En cuanto a las limitaciones de Derecho Público al derecho de las llamadas propiedades especiales, dejando aparte alguna, como la también mal llamada propiedad minera que, como acertadamente dice QUEVEDO VEGA no puede enmarcarse dentro del artículo 348 del Código Civil, con las facultades propias de gozar, disponer y reivindicar en forma absoluta (39), por cuanto el concesionario de la mina no es propietario aunque su derecho,

(38) GARCÍA-TREVIJANO, JOSÉ ANTONIO: «Normativismo y Ley del Suelo». En «Anuario de Derecho Civil». T. XIII, Fasc. II, pág. 524.

(39) QUEVEDO VEGA, FLORENTINO: «Derecho español de minas». Ed. Rev. de Derecho Privado, 1964, T. I, pág. 32.

dada la exclusividad del mismo, revista características semejantes al de propiedad (40).

En cuanto a otras propiedades especiales, como las de aguas y montes, merecen breves comentarios a efectos de resaltar la penetración del Derecho Público en la esfera de las mismas.

Y así nuestra vieja Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, establece una serie de servidumbres que gravan el derecho de propiedad de los dueños de los predios ribereños, tales como la de camino de sirga, la de sujeción o afianzamiento de maromas o cables necesarios para el establecimiento de barcas de paso, la de depósito de mercancías descargadas y salvadas en caso de avería, naufragio u otra necesidad urgente, obligación de consentir que los pescadores tiendan y sequen en ellos sus redes y depositen temporalmente el producto de la pesca, correspondiendo la constitución de todas estas servidumbres a la Administración conforme preceptúa el artículo 125 de dicha Ley.

Vemos, por tanto, como también en materia de aguas se reduce el campo del Derecho Privado y se amplía el del Derecho Público, corriéndose el peligro como apunta GAY DE MONTELLA «en el avanzar constante de la intervención del Estado en esta materia, de que la legislación pública de aguas para la utilización económica de la riqueza privada, se convierta en un verdadero monopolio estatal o semiestatal, que borrando la divisoria legislativa (aguas públicas y privadas) convierta la Ley en un número de disposiciones del poder público reguladoras de trabajos públicos o semipúblicos, o convierta el Código Civil, que define la naturaleza de las aguas, en un texto inútil sustituido por una legislación administrativa dictada en beneficio exclusivo del Estado» (41).

Pero donde de manera extraordinaria resalta la fuerza invasora del Derecho Público en el derecho patrimonial privado, es en el ordenamiento jurídico de los montes.

Tanto la Ley de 8 de junio de 1957 como el Reglamento de 22 de febrero de 1962, estatuyen fuertes limitaciones sobre el dominio representado por el «ius disponendi». Si queremos un

(40) PUYUELO CARLOS: «Derecho Minero». Ed. Rev. de Derecho Privado, 1954, pág. 133.

(41) GAY DE MONTELLA R. y MASSO ESCOFET C.: «Tratado de la Legislación de Aguas públicas y privadas». Ed. Bosch, 1949, págs. 6 y 7.

ejemplo —dice BALLARÍN— de penetración del interés público hacia la entraña del derecho subjetivo, no hallaremos ninguno más aleccionador que el de la propiedad forestal ⁽⁴²⁾.

Los montes de propiedad particular —preceptúa el artículo 30 de la Ley— podrán ser sometidos, en cuanto a su aprovechamiento forestal, a la intervención de la Administración Forestal, que regulará los disfrutes con vista a la persistencia de dichos predios, pudiendo disponerse por exigencias de la economía nacional y mediante Decreto aprobado en Consejo de Ministros, regulaciones o limitaciones en el aprovechamiento de cualquiera de sus productos.

Dado este precepto ya puede uno imaginarse el carácter de las normas contenidas en el Reglamento para el desarrollo de la Ley en relación con la propiedad particular:

Regulación por la Administración del disfrute de los montes (artículo 203 del Regto.), regulación o limitación en el aprovechamiento de cualquiera de sus productos (artículo 225), obligación por lo que respecta a fincas pobladas de determinadas especies, o a cualesquiera otras que determine el Ministerio de Agricultura, de prestar declaración jurada en los Ayuntamientos, no autorizándose aprovechamiento forestal alguno en las fincas de propiedad particular cuyos dueños no hayan cumplido con aquella obligación (artículo 228), obligación del propietario que desee realizar aprovechamientos maderables o leñosos de solicitarlo de las Jefaturas de los Distritos Forestales que resolverán sobre las peticiones formuladas (artículo 229), obligación del propietario de dar cuenta a las expresadas Jefaturas de aclareos o entresacas (artículo 231) y de repoblar el arbolado en el plazo de dos años (artículo 233), prohibición de variar los aprovechamientos autorizados por la Administración Forestal (artículo 234), fijación por la Administración Forestal de las condiciones facultativas y técnicas de los aprovechamientos resinerosos (artículo 238), agrupación obligatoria fijada a juicio de la Administración Forestal (artículo 253).

Visto el alcance y cuantía de estas limitaciones impuestas por la Administración al titular del dominio ¿dónde queda el

(42) BALLARÍN A.: En el Prólogo de «Comentarios a la Ley y Reglamento de Montes» de S. GRAU. Madrid, 1966, pág. XII.

«ius disponendi» de dicho titular? ¿a qué mínimo grado ha quedado reducido?

Por ello, ya no puede causar extrañeza que la todavía muy reciente Ley reguladora de los montes vecinales en mano común de 27 de julio de 1968, de tanta trascendencia para Galicia, confiera intervención a los Ayuntamientos en la elaboración y aprobación de una ordenanza para su aprovechamiento y disfrute (artículo 3) o la inspección de la gestión de la comunidad administradora del monte que incluso puede ser removida por acuerdo del Gobernador Civil de la provincia, o la transformación de la explotación (artículo 7.º), o la creación de ese abigarrado «Jurado de Montes Vecinales en Mano Común» con competencia para la clasificación oficial del monte (artículo 10) y cuyas resoluciones tienen, por cierto y en definitiva, escaso valor por ser revisables en vía contencioso-administrativa (artículo 11).

Y aunque otra cosa parezca, por lo que respecta a estos montes de vecinos, no es que el legislador haya tratado de desconocer la verdadera naturaleza jurídica de los mismos.

El legislador sabe que la posesión de estos montes arranca de títulos de Derecho Civil, que los propietarios de los casales a quienes pertenecen en proindivisión como una copropiedad privada cualquiera son, como dicen BLANCO RAJOY ESPADA y REINO CAAMAÑO los que apean, deslindan, amojonan y parcelan cuando lo tienen por conveniente sin la intromisión de ningún órgano administrativo (43).

Tanto el legislador de 1957-1962 (44) como el de 1963 (45) y como el de 1968 (46) han reconocido el carácter privado y los títulos de Derecho Civil en que estos montes se amparan, mas plegándose a la corriente invasora del Derecho Público sobre el derecho de propiedad, de ahí la intervención de la Administración como resulta de los preceptos legales que se dejan se-

(43) BLANCO-RAJOY ESPADA BENITO y REINO CAAMAÑO JOSÉ: «Diversas formas de condominio en la Región gallega». Foro Gallego, 1948, núms. 47-48, págs. 193 y 194 citado también por GUAITA AURELIO en «Regimen jurídico-administrativo de los montes». Ed. Porto y Cía. 1951. Santiago de Compostela, pág. 205.

(44) Ley de 8 de junio de 1957 y Reglamento de febrero de 1962.

(45) Ley de 2 de diciembre de 1963, que aprueba la «Compilación de Derecho Civil especial de Galicia».

(46) Ley de 27 de julio de 1968 sobre «Montes Vecinales en mano común».

ñalados y que constituyen una auténtica desnaturalización del derecho de propiedad.

Razón tiene ese benemérito grupo de juristas que al exponer su opinión en encuesta abierta al efecto ⁽⁴⁷⁾ sobre lo que a la sazón era tan solo un proyecto de ley sobre montes vecinales en mano común, dictaminaron empleando conceptos y frases como las siguientes:

Que la intervención de los Ayuntamientos convierte la titularidad de los vecinos en pura entelequia, fantasmal, negativa del dominio privado ⁽⁴⁸⁾.

Que hasta hace pocos años los montes vecinales en mano común, eran Derecho Civil, pero hoy lo son en muy escasa medida. Regulados de modo casi idéntico a los montes comunales de propiedad municipal, intervenidos de muy variadas formas por los organismos municipales y por otros administrativos creados «ad hoc», salpicada su vida por actos administrativos, con la posibilidad casi siempre de poder dar origen a litigios o recursos contencioso-administrativos (salvo si se discute la titularidad) nos encontramos hoy, casi en su totalidad, ante una institución de Derecho Administrativo ⁽⁴⁹⁾.

Que el Jurado provincial que se establece se halla en exceso vinculado a la Administración ⁽⁵⁰⁾.

Que la aprobación de la ordenanza reguladora de su aprovechamiento para los supuestos que se crea, no es decidida por los titulares del aprovechamiento, sino por los Ayuntamientos y aunque el acuerdo pueda impugnarse en vía contencioso-administrativa, con ello se configura una vez más la propiedad pública de los montes ⁽⁵¹⁾.

Que la calificación jurídica de la comunidad debe realizarla un órgano jurisdiccional territorial colegiado y no un jurado provincial mixto ⁽⁵²⁾.

Que el éxito de la Ley estaría en que todos aquellos montes reviertan en su explotación y aprovechamiento a los vecinos,

⁽⁴⁷⁾ Por «Foro Gallego», núm. 137. Primer trimestre de 1968.

⁽⁴⁸⁾ GONZÁLEZ LÓPEZ PEDRO: Revista citada, pág. 15.

⁽⁴⁹⁾ GUAITA AURELIO: Rev. cit. pág. 21.

⁽⁵⁰⁾ LIAÑO FLORES JOSÉ MANUEL: Rev. cit. pág. 39.

⁽⁵¹⁾ CARBALLAL PERNAS RAMÓN: Rev. cit. pág. 47.

⁽⁵²⁾ GÓMEZ PEDREIRA FELICIANO: Rev. cit. pág. 65.

entendiéndose que el tiempo que hayan estado sometidos al Ayuntamiento, lo hubiese sido en concepto de Administración con lo cual se remediaría una situación de despojo y se reintegrarían muchas hectáreas de terreno a sus legítimos propietarios (53).

Que es preciso delimitar jurídicamente la naturaleza de los montes que por tener procedencia estrictamente civil, sin intervención reguladora alguna de los Ayuntamientos en que radiquen, deben ser excluidos de regulación administrativa, de aquellos otros que, existente tal intervención municipal, en la que merecen su inclusión en dicha regulación administrativa (54).

¿No es esta Ley otra tentativa de la Administración para legitimar su intervención en una relación de propiedad privada? (55).

En esta encuesta en que ha sido oída la opinión de un nutrido grupo de juristas gallegos sobre una institución tan característica de nuestro Derecho Foral, se observa el temor en todos ellos a la ingerencia, a la intervención de los Ayuntamientos, a la intervención de los órganos de la Administración en la regulación mayor o menor en una institución del más puro Derecho Privado, del más auténtico Derecho Civil.

Dice GRAU que la intervención administrativa da comienzo en 1908, con las declaraciones de montes protectores. Desde entonces el proceso intervencionista se va acentuando progresivamente (56) siendo este fenómeno —como escribe SANCHO REBULLIDA— común a todas las legislaciones modernas (57).

Otro comentarista de esta materia —MASA ORTIZ— escribe que en el ejercicio de la propiedad de los montes, en su disfrute, existe además de un estatuto jurídico de tipo administrativo para los montes públicos y de las normas de Derecho Privado para los montes particulares, una legislación forestal de tipo

(53) BARXA ALVAREZ NEMESIO: Rev. cit. pág. 75.

(54) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ ANTONIO: Rev. cit. pág. 81.

(55) PARDO CASTIÑEIRA CELESTINO: Rev. cit. pág. 49.

(56) GRAU S: «Comentarios a la Ley y Reglamento de Montes». Madrid, 1966, pág. 12.

(57) SANCHO REBULLIDA FRANCISCO DE ASÍS: «Usufructo de montes». Ed. Bosch, 1960, pág. 69.

administrativo para los últimos, existiendo, por consiguiente, junto a su régimen jurídico privado, un régimen jurídico administrativo de los montes de los particulares (58).

V

CAUSAS DETERMINANTES DE INCIDENCIA DE LAS NORMAS DE DERECHO PUBLICO EN LA ESFERA DEL DERECHO PATRIMONIAL

La invasión, la proliferación de normas de Derecho Público incidiendo en la esfera del derecho de propiedad y desnaturalizándolo ¿a qué causas puede atribuirse?

Se ha hablado de la publicación del Derecho Privado, de crisis en el concepto de separación de Derecho Público y Derecho Privado, de administrativación del Derecho Civil, de la necesidad de un nuevo esquema, de un nuevo estatuto de la propiedad inmobiliaria.

He aquí una serie de problemas del mayor interés para los estudiosos del Derecho Civil.

Un ilustre jurista italiano, el Profesor GIORGIANNI, alude a un proceso de socialización del Derecho Privado, siendo este Derecho privado socializado, ciertamente distinto del Derecho Privado del Código napoleónico, pero sus instituciones características —propiedad, contrato, obligación— siguen siendo instrumentos insuprimibles de la actividad económica de los particulares, que incluso ha recibido nuevas expresiones de autonomía privada, como por ejemplo la sociedad de capitales o la empresa (59).

(58) MASA ORTIZ MIGUEL: «Legislación de Montes» (Comentarios al Reglamento de 22 de febrero de 1962) Ed. Nauta, Barcelona, pág. VIII.

(59) En relación con la materia contractual —dice Pérez Escolar— pensemos en la rigidez de las limitaciones en materia de seguros, en los tipos de interés oficialmente determinados para las operaciones crediticias, en las restricciones contractuales marítimas o aéreas en el ré-

Es decir, que el Derecho Privado para GIORGIANNI ha adquirido una nueva fisonomía por la absorción en su seno de la llamada actividad de Derecho Privado de la Administración Pública quedando ésta en el ejercicio de tal actividad subordinada y sometida a las normas de Derecho Privado.

Porque si bien es verdad que, como escribe el jurista chileno FUEYO LANERI, la actuación de un ente público como parte y la finalidad igualmente pública que se persigue, dan a la relación indiscutido carácter público, también es cierto que el Estado actuando como simple particular muchas veces, y otras, como ente autónomo o sociedad económica mixta, lleva a cabo y en forma masiva contratación privada como compraventas, arrendamientos, préstamos, fianzas, corretajes, depósitos, etc., y en estos supuestos y a tales relaciones, se aplican reglas que son en esencia de Derecho Privado, y tan vigorosas, que el Derecho Privado acude al campo del Derecho Público a dar la resolución ⁽⁶⁰⁾.

Con ello, resulta claro que el Derecho Privado ha ampliado los confines de su propia disciplina.

Conforme, pues, a esta doctrina, es necesario elaborar un nuevo perfil del Derecho Privado (y por ello, naturalmente, del Derecho Civil) que, como dice GIORGIANNI no ha perdido territorios sino que por el contrario ha adquirido otros nuevos sectores, imponiendo el uso de sus instrumentos a la actividad económica del Estado y de los entes públicos ⁽⁶¹⁾.

Pero aun cuando esto sea así, aun cuando la Administración Pública actúe y ejerza actividad de Derecho Privado y, por tanto, perdiendo su supremacía quede, en tal supuesto, sometida a las

gimen de los negocios bursátiles. Si para velar por prevalentes intereses públicos, el Estado sitúa por encima de la voluntad de los particulares normas coactivas de inexcusable observancia y que no es dable colcular cuando se conciertan las correspondientes relaciones jurídicas, no es menos cierto que los respectivos negocios no pierden por ello su fisonomía peculiar, y así seguimos hablando de contratos de seguros, bancarios o bursátiles, de fletamento o de transporte aéreo. RAFAEL PÉREZ ESCOLAR: «Las operaciones bancarias en el Derecho Tributario», Ed. A. Vassallo, 1963, pág. 82 notas.

⁽⁶⁰⁾ FUEYO LANERI FERNANDO: «Derecho Público y Derecho Privado». En «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» junio 1968, núm. 6, página 947.

⁽⁶¹⁾ GIORGIANNI MICHELE: «El Derecho Privado y sus confines actuales». Reseña de una conferencia del Prof. GIORGIANNI por EVELIO VERDERA en «Revista de Derecho Mercantil» Vol. XXXI, págs. 427 a 429.

normas jurídico-privadas, no hemos de poder menos de reconocer que sus instituciones, y entre ellas la propiedad, no ha quedado libre o exenta de la normativa de Derecho Público en su penetración en el campo del patrimonio, con lo cual ha de preguntarse ¿es necesario elaborar un nuevo estatuto del derecho de propiedad, concretamente de la propiedad inmobiliaria?, ¿se halla en crisis el criterio de división entre Derecho Público y Privado?, o bien, ¿nos hallamos ante un proceso de publicación del Derecho Privado?, ¿o simple y sencillamente ante una crisis del Derecho Privado y por ende del Derecho Civil?

No, no seamos pesimistas hasta el extremo de afirmar que el Derecho Privado está en crisis. Lo que ocurre es que, como escribe MARTÍNEZ SARRIÓN, el Derecho se está administrando, acentuando una de sus facetas y no precisamente de las más genuinas.

Porque —añade— en cuanto el Estado empiece a fabricar su Derecho, la justicia quedará relegada a los tratados de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho, a Santo Tomás o a Suárez, y el credo del jurista se compendiará en un doble centro parabólico: derechos de los particulares, más o menos débiles, y fuerte y vigorosa ciencia de la Administración ⁽⁶²⁾.

Y aun cuando esto es verdad en gran parte, aun cuando es cierto que el Derecho —y ya nos estamos refiriendo al Derecho Civil— se administrativiza, no podemos llevar nuestras creencias al extremo de afirmar, cual lo hace MARTÍNEZ SARRIÓN, que la justicia venga a quedar relegada a los tratados de Derecho Natural o Filosofía del Derecho.

Conformes con MARTÍNEZ SARRIÓN ⁽⁶³⁾ que no es Derecho todo lo que se publica en el Boletín Oficial del Estado (es legislación), pero esta afirmación ya ha sido hecha, y no ahora, sino hace treinta y seis años por el Profesor CASTÁN diciendo que el Derecho no está en crisis, ya que es más bien el Derecho emanado de los Parlamentos, el Derecho legislado, con su inseparable secuela de concepciones abstractas y generales, y de aplicaciones casuísticas, reñidas muchas veces con la verdadera Jus-

⁽⁶²⁾ MARTÍNEZ SARRIÓN ANGEL: «La descivilización del Derecho». En Revista de Derecho Privado. Enero 1969, pág. 5.

⁽⁶³⁾ Op. citado, pág. 20.

ticia, lo que parece estar en lucha con las exigencias de nuestro tiempo (64).

Y hace cerca de veinte años que GEORGES RIPERT en su obra «Le declin du droit» señalaba el peligro que entraña para el derecho la prepotencia legislativa francesa (65).

Por ello, como dice PRIETO CASTRO, «hoy más que nunca no puede olvidarse que una cosa es Derecho jurídico y otra cosa distinta el Derecho legal» (66) con lo cual —comenta PASCUAL QUINTANA «se viene a insinuar que las nuevas exigencias sociales y la posición que el Estado adopta frente a ellas, va produciendo una serie ininterrumpida de situaciones jurídicas que se constituyen al margen de todo ordenamiento jurídico básico y fundamental» (67).

Hay que resaltar, como lo hace DEL VECCHIO que, ni el Derecho es esencialmente positivo, ni está necesariamente vinculado al Estado ya que, por lo general, quienes sostienen que el Derecho está vinculado esencialmente al Estado, o se identifica con éste, rechazan la idea del Derecho Natural (68).

El hecho de considerar al Estado —dice VALLET DE GOYTISOLO— como creador y árbitro del Derecho lleva naturalmente como consecuencia a que éste conceda una atención muy relativa a la Justicia y coloque por encima de ella toda clase de razones de oportunidad y conveniencia (69).

Esto —dice el propio VALLET en otra de sus obras— (70), «tiene una gravedad extraordinaria tanto para las personas como para la familia, como para las asociaciones privadas. Porque

(64) CASTÁN TOBEÑAS JOSÉ: «Hacia un nuevo Derecho Civil» Madrid 1933, pág. 5.

(65) Citado por VALLET DE GOYTISOLO en «La crisis del Derecho». Revista de Legislación y Jurisprudencia. Abril de 1962, núm. 4, pág. 458.

(66) PRIETO CASTRO: «El Derecho en peligro». En «Anuario de Derecho Civil», T. IV pág. 875, citado también por Pascual Quintana en el trabajo a que se refiere la nota siguiente.

(67) PASCUAL QUINTANA JUAN MANUEL: «El problema de las autonomías o especialidades jurídicas» (Inalterabilidad del valor intrínseco del Derecho Civil). En Revista General de Legislación y Jurisprudencia, julio-agosto 1958, núms. 1 y 2, pág. 35.

(68) DEL VECCHIO GIORGIO: «Aspectos y problemas del Derecho» «Sobre la politicidad del Derecho» EPESA, Madrid, 1967. Traducción Juan Marcos de la Fuente, pág. 69.

(69) VALLET DE GOYTISOLO JUAN: Ob. cit. pág. 466.

(70) VALLET DE GOYTISOLO: «Panorama del Derecho Civil» Ed. Bosch, 1963, pág. 90.

no es lo mismo que haya un Derecho que imponga sus límites y su respeto, a que sea el Estado, quien adueñándose del Derecho, le señale unas líneas fronterizas que podrá marcar donde él quiera. El Derecho es algo que debe estar por encima del Estado, que el Estado siempre deba respetar».

No; el Derecho no está en crisis. Lo que pudiera hallarse en crisis es la legislación, las normas positivas emanadas de las Cámaras legislativas.

En consecuencia, tampoco está en crisis el Derecho Privado, el Derecho Civil. Y por lo que respecta a este último, lo que acontece es una extraordinaria proliferación de normas de Derecho Público que al invadir el campo del Derecho Civil, afectan gravemente a instituciones, como el derecho de propiedad, hasta el punto de desnaturalizarlas lo que choca con nuestro carácter individualista y con nuestra formación jurídica que, como latinos hemos sabido conservar y mantener en la gloriosa tradición de un pueblo, creador del Derecho y maestro de juristas: Roma.

Y esta invasión de normas de Derecho Público en la esfera del Derecho Civil, lo que hoy llamamos la «publicización», «publicitación», o mejor, la «publicación» del Derecho Civil, tiene su primordial incidencia en el campo del Derecho Patrimonial.

Como dice FUEYO LANERI «los derechos reales y el dominio en especial, sufren el influjo abierto y hondo de normas imperativas que se dictan mirando al interés público, o a la función social, o al interés social, empleándose a este respecto múltiples sinónimos o bien matizaciones, a veces imprecisas y a veces variables según la etiqueta política de quien las usa. Nos encontramos a este respecto, no sólo con limitaciones del dominio, sino con un «deber hacer» con la propiedad, cuando no con la privación de ella, por vía de expropiación, nacionalización, confiscación, requisa, venta forzada, venta controlada, venta a precios máximos, etc.» Todo —añade FUEYO LANERI— por disposición de la ley y en virtud de orden de la autoridad que obra, a veces, incluso facultada «en blanco», esto es, llenando ella misma los presupuestos concretos de la norma (71).

«Con el desarrollo de la civilización industrial y la emergencia del proletariado —escribe MARTÍN MATEO—, el Estado asume nuevas tareas ordenadoras que determinan el ejercicio de su au-

(71) FUEYO LANERI: Op. cit., pág. 946.

toridad por encima de las decisiones aisladas y voluntarias de los ciudadanos produciéndose así una lenta penetración en el Derecho Privado de los principios publicistas y un retorno en alguna medida al objetivismo primitivo» (72).

Hoy día el Estado ha dejado de ser en la relación jurídica un mero espectador, como lo era el Estado liberal clásico en las relaciones jurídicas individuales, convirtiéndose en parte y más aún, en órgano rector de la actividad y de la economía privadas, aconteciendo como escribe PASCUAL QUINTANA «que al Estado le ocurre lo que al ciudadano romano que no quería, ni admitía, más sometimiento que a su ordenamiento jurídico propio, es decir al «ius civile», con la diferencia en que éste siempre era Derecho privado, en tanto que para el Estado el Derecho Privado no le sirve. De esta manera el problema de hoy con respecto a la distinción entre uno y otro Derecho, no guarda relación con la problemática clásica» (73).

Pero no ha de olvidarse —empleando palabras de GUASP— que «el Derecho Público es el reino de la autoridad, porque a los sujetos que en él intervienen se les superpone una idea trascendental a cuya realización quedan teleológicamente sujetos» en tanto que el Derecho Privado «es el reino de la libertad» porque en él «la noción de la autoridad no puede desempeñar ningún papel directo, ya que entonces, configurado como un medio al servicio de otra cosa, el individuo dejaría de ser lo último, tal como su concepto reclama, dejaría de ser elemental e indivisible, para convertirse en un miembro, fragmento o sector, que es lo que son, en suma, todos los órganos de un ente organizado» (74).

Tradicionalmente para distinguir lo público de lo privado se atendía a la naturaleza de la norma, pero hoy día como dice VILLAR Y ROMERO «lo público y lo privado se entremezclan, primordialmente en lo que respecta al derecho más caracterizada-

(72) MARTÍN MATEO RAMÓN: «El estatuto de la propiedad inmobiliaria». En «Revista de Administración Pública» núm. 52, enero-abril 1967, páginas 107 y 108.

(73) PASCUAL QUINTANA JUAN M.: «La encrucijada del Derecho Civil». En «Estudios de Derecho Civil», en honor del Prof. Castán Tobeñas». T. I. Ed. Universidad de Navarra, 1969, págs. 436 y 437.

(74) GUASP JAIME: «La organización del Derecho Privado». En «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario». T. XXXIV, año 1961, núms. 392-393, págs. 147 y 148.

mente privado como es el derecho de propiedad, y de ahí que haya de rechazarse la teoría que establece la distinción entre Derecho Público y Privado, por ocuparse cada uno de diversas instituciones jurídicas, pues la propiedad no sólo se encuentra dividida en propiedad pública y privada, rigiéndose cada una por sus normas específicas, sino que la misma propiedad privada no se encuentra regulada exclusivamente por el Derecho Privado, ni por lo que afecta a sus garantías, ni tampoco por lo que se refiere a los derechos del dueño sobre la cosa, ya que éstos dependen, en gran parte, de limitaciones de carácter público» (75).

Y nadie puede dudar que estas limitaciones de carácter público lo son concretamente de naturaleza administrativa, y de ahí que se diga que el Derecho Civil se administrativiza, y de ahí que GARRIDO FALLA nos hable del «Régimen administrativo de la propiedad privada» (76), y de ahí que JORDANO escriba que «el máximo peligro del Derecho Civil estriba en morir devorado por el Derecho Administrativo» (77).

Ante este proceso de invasión del campo del Derecho Civil por el Administrativo, se ha planteado nada más ni nada menos que el problema de una revisión del concepto del Derecho Civil.

Y así RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE escribe: «La concepción ideológica que requiere el Derecho Civil actual es la comunitaria. Esta exige la construcción de una nueva técnica jurídica, adecuada a la realidad social que es menester estructurar» (78), (79).

Y Díez-Picazo: «Nos urge y nos acucia reelaborar el concepto del Derecho Civil. No para averiguar, por extraño don de pro-

(75) VILLAR Y ROMERO JOSÉ M.ª: «La distinción entre Derecho Público y Derecho Privado». En Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Enero 1942, págs. 43 y 44.

(76) GARRIDO FALLA FERNANDO: «El régimen administrativo de la propiedad privada». Revista de Derecho Privado. Junio 1959, pág. 457.

(77) JORDANO BAREA JUAN B: «Concepto y valor del Derecho Civil». En Revista de Derecho Privado. Septiembre 1962, pág. 735.

(78) RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE LINO: «La distinción entre lo público y lo privado según la concepción comunitaria del Derecho». Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Septiembre 1951, pág. 272.

(79) El punto de partida del intervencionismo administrativo hay que buscarlo —dice Rivero Ysern— en el paso del Estado de Derecho al Estado Social, aun cuando coexistan hoy día ambos. («El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares». Universidad Sevilla. 1969, página 11).

fecía, el Derecho Civil del porvenir, ni para entonar el canto del cisne de una forma de vida —de vida jurídica incluso— que se ha extinguido ya, sino para que toda esta mudanza económica y social pueda fluir por su cauce» (80).

Y MARSÀ VANCELLS: «Pongámonos definitivamente de acuerdo sobre el verdadero contenido del Derecho Civil, prescindiendo por completo, para ello, del intervencionismo del Estado, así como del Cuerpo Legal en que se encuentran los preceptos, y conven-gamos en que formarán parte de aquella rama jurídica cuantas normas hagan referencia a la esfera personal del individuo. Que no la integrarán, por el contrario, las disposiciones legales que no tengan una relación directa con dicho campo jurídico» (81).

Pero, en este acto estamos hablando de propiedad, estamos hablando de la repercusión en el concepto del derecho de propiedad, de las normas de Derecho Público, y, por ello, hemos de preguntar: ¿será necesaria esta revisión total del concepto del Derecho Civil, o bastará con la elaboración de un nuevo estatuto regulador de la propiedad y más concretamente, de la propiedad inmobiliaria?

De lo que ya nadie puede dudar es de la discordancia entre el precepto contenido en el artículo 348 del Código y la realidad social.

Esta falta de concordancia entre el Código Civil y la realidad social, ha sido estudiada con carácter general por MARÍN PÉREZ quien propugna la «construcción de la doctrina relativa al derecho de propiedad y demás derechos reales en consonancia con la realización de la función social que la propiedad tiene que cumplir y, a la par que se dota al ejercicio de estos derechos de las necesarias garantías registrales en pro de su seguridad, se proclamará el carácter de servicio que la propiedad viene obligada a realizar, prescindiendo de las cualidades de su titular a quien también se protegerá frente a las decisiones arbitrarias de la Administración en materia de intervencionismo que

(80) DÍEZ-PICAZO LUIS: «El sentido histórico del Derecho Civil». En Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Noviembre 1959, págs. 600 y 601.

(81) MARSÀ VANCELLS PLUTARCO: «Hacia un nuevo Derecho Civil». En «Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas». T. II, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona 1969, págs. 406 y 407.

no podrá pasar de la medida necesaria en pro del bien común y que el Código Civil precisará en sus líneas generales» (82).

Verdad es —como apunta JORDANO— que «los Códigos Civiles directa o indirectamente inspirados en el napoleónico no encarnan por lo común la auténtica concepción cristiana de la vida y del Derecho, sino una concepción individualista, liberal y burguesa» (83).

Por ello, quizás sea menester elaborar un nuevo estatuto de la propiedad para el moderno Estado Social en que, aquel derecho, sin dejar de serlo, cumpla auténticos deberes y afronte cargas sociales.

En tales principios se han inspirado numerosos textos constitucionales, entre ellos nuestro Fuero de los Españoles en cuyo artículo 30, se proclama la subordinación de todas las formas de propiedad a las necesidades de la Nación y al bien común.

Indudablemente estamos viviendo un proceso de socialización del Derecho Civil, y razón tiene PASCUAL QUINTANA al afirmar que donde tal proceso se vislumbra con mayor claridad, es en el problema de la autonomía de la voluntad, encontrándonos por ello con una serie de instituciones que en virtud de tal principio sufren una fuerte limitación y hasta abrogación (84). Tal viene aconteciendo con el derecho de propiedad cuya alma como dice FERRI «es la afirmación de la persona del propietario sobre la cosa. Quien hace suya una cosa es como si la invistiese con su personalidad y la hiciera parte de su personalidad.

«El ataque a nuestra cosa, a nuestro derecho de propiedad, ¿no nos afecta quizá a nosotros mismos, no representa al mismo tiempo un atentado, una ofensa a nuestra persona?

«Es verdad que este sentido de la propiedad, del poseer, del hacer propia una cosa, este sentirse afectado por la ofensa a la cosa propia, se atenúa un tanto, o incluso desaparece, cuando la propiedad alcanza proporciones inhumanas, pero, en este caso,

(82) MARÍN PÉREZ PASCUAL: «La estructura del Estado y el Derecho Privado», en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia». Abril 1956, página 472.

(83) JORDANO BAREA JUAN B.: Op. cit., pág. 731.

(84) PASCUAL QUINTANA: Op. cit., pág. 87.

precisamente, el derecho de propiedad pierde su vigor y declina» (85).

Y llegados ya a este punto, hemos de preguntar:

¿Es que no obstante la discordancia antes apuntada, nuestro viejo Código Civil no cuenta con los recursos necesarios para resolver por lo que respecta al derecho de propiedad, el fundamental problema de la sumisión del interés individual y privado al público, colectivo y social?

Sinceramente creemos que sí.

Dos instituciones tutelan y garantizan la prevalencia del interés público y social sobre el privado: La expropiación forzosa y el abuso de derecho.

El artículo 349 del referido Código contiene un precepto claro y concreto: Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por Autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública previa siempre la correspondiente indemnización.

Si no precediere este requisito —añade el precepto legal citado— los jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en la posesión al expropiado.

Hemos visto a lo largo de este trabajo como tal norma, hoy día, carece de toda efectividad. Auténticas expropiaciones se practican prescindiendo totalmente de aquel precepto y con base tan solo en normas de naturaleza administrativa pero sin acudir a la Ley de Expropiación forzosa la cual —como reza su preámbulo— «contempla el supuesto en que, decidida la colisión entre el interés público y el privado, en consideración a la lógica prevalencia del primero, resulta obligado arbitrar el procedimiento legal adecuado para promover judicialmente la transmisión imperativa del derecho expropiado y para hacer, consecuentemente, efectiva en favor del particular la justa indemnización correspondiente».

Hemos visto como el «ius disponendi» del titular dominical es coartado sin acudir al procedimiento de la expropiación forzosa.

Hemos visto como con un imperativo hacer o un imperativo no hacer se yugula la esencia del derecho de propiedad sin compensación o indemnización alguna para su titular.

(85) FERRI LUIGI: «La autonomía privada». Trad. y notas de Derecho Español, por Luis Sancho Mendizábal. Ed. Rev. de Derecho Privado, 1968, pág. 275.

Hemos visto como la penetración del Derecho Público en la esfera del Derecho Privado; la penetración del Derecho Administrativo en el campo del Derecho Civil, singularmente en el patrimonial, convierte en muchos casos la propiedad —como dice DUALDE— en una obra de la fantasía ⁽⁸⁶⁾.

¿Por qué cuando surge la colisión entre el interés público y el privado, en lugar de esa proliferación desenfrenada de normas administrativas, no ha de acudir a la expropiación forzosa cuando este es el cauce señalado por el artículo 349 del Código Civil, máxime tratándose, como se trata, de un precepto que no se halla derogado?

Se me dirá que en frecuentes supuestos de hecho, no es menester llegar a un recurso extremo como la expropiación forzosa, que basta con imponer determinadas limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad para que el interés público y social queden a salvo, ya que en múltiples ocasiones es el ejercicio de este derecho el que está en franca oposición con el derecho de la colectividad.

Es cierto, y a ello hemos de responder que la actividad jurisprudencial ha llegado a una construcción jurídica de sumo interés que viene a resolver el problema planteado cuando el ejercicio del derecho individual lesiona el social.

Esta concepción, que no es otra, que el abuso de derecho debidamente armonizado en sus criterios objetivo y subjetivo podemos definirla con MARTÍNEZ USEROS como «el ejercicio consciente de un derecho subjetivo de consecuencias dañosas para el interés social prevalente» ⁽⁸⁷⁾.

Esta concepción jurídica que ha tenido diversos balbuceos en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, hoy se halla definitivamente consagrada en nuestro Derecho después de la magistral sentencia de 14 de febrero de 1944 ⁽⁸⁸⁾ en la que dice el autor últimamente citado, se reconoce «que los derechos subjetivos tienen límites distintos de los que específicamente derivan de la ley» ya que como enseña la expresada sentencia: «No debe darse a esa máxima (la de que aquél que usa de su derecho

⁽⁸⁶⁾ DUALDE JOAQUÍN: Ob. cit., pág. 24.

⁽⁸⁷⁾ MARTÍNEZ USEROS ENRIQUE: «La doctrina del abuso de derecho y el orden jurídico administrativo». Instituto Editorial Reus, 1947, pág. 54.

⁽⁸⁸⁾ Cit. por MARTÍNEZ USEROS en la obra señalada anteriormente, páginas 157 a 159.

a nadie daña) un alcance demasiado literal y absoluto, que la pondría en pugna con las exigencias éticas del Derecho, reconocidas en todos los tiempos, y que ni siquiera fueron extrañas al propio Derecho de Roma, en el cual los rigores del individualismo jurídico estuvieron templados por multitud de normas completas que limitaban el absolutismo de los derechos subjetivos».

Y esta doctrina elaborada jurisprudencialmente, del abuso de derecho que, por otra parte, ha sido acogida posteriormente en nuestro Ordenamiento por la Ley de Arrendamientos Urbanos (89) y en su forma de desviación de poder, por la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (90) pudiera señalar en unión de la institución expropiación forzosa prevista, sin nombrarla, en el artículo 349 del Código Civil las dos vías que condujeran a solucionar en el Derecho patrimonial, en caso de colisión, el gran problema de la prevalencia del interés público y social sobre el individual dentro de normas de Derecho Privado o al menos en concordancia con el Código Civil (expropiación forzosa) sin desnaturalizar la esencia del derecho de propiedad y sin necesidad de incidir en esa elephantiasis legislativa como la denomina MARÍN PÉREZ (91), sin necesidad de acudir a toda esa proliferación de normas de Derecho Administrativo que hemos visto, por cuanto y como dice MARTÍNEZ USEROS «los peligros del autoritarismo —el Derecho Administrativo es esencialmente autoritario— requieren se llegue a la mejor formulación jurídica posible en amparo de las garantías individuales frente al Estado o Administración» (92). Porque como apunta agudamente el ya citado MARÍN PÉREZ todo cuanto se ha escrito y estudiado en relación con el abuso de derecho «se refiere al abuso del derecho subjetivo, que es el que mejor difusión ha alcanzado en el campo doctrinal. Pero cabe también hablar de un abuso de derecho objetivo o, mejor dicho, de la facultad de todo Estado para crear Derecho» (93).

(89) Texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964 (Artículo 9.º).

(90) Ley de 27 de diciembre de 1956 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Artículos 83-2, 83-3 y 94-2).

(91) MARÍN PÉREZ PASCUAL: «Estudios sobre el Derecho Privado y sus transformaciones actuales». Bosch 1959, pág. 841.

(92) MARTÍNEZ USEROS: Ob. cit., pág. 9.

(93) MARÍN PÉREZ: Ob. cit., pág. 18.

Y que la doctrina del abuso de derecho constituye el instrumento adecuado para la defensa de los intereses sociales frente a los individuales, lo razona magistralmente la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1959 diciendo:

«Si se hace referencia al criterio de la función social de cada uno de nuestros derechos, el acto realizado reviste un carácter abusivo cuando se aparta de esta función o se lleva contra la misma; desde este punto de vista la teoría es de orden social, como el criterio mismo que constituye el punto central; mas para llegar a esta conclusión es necesario preocuparse de la conducta del agente, así como de su mentalidad; es necesario establecer, sea porque ha actuado, sea como y si ha obedecido a un motivo legítimo, es decir, hay que proceder a una investigación subjetiva, y, desde este punto de vista, y en esta medida, la teoría del abuso adopta en sí un sentido, si no intencional al menos subjetivo».

«Siendo los derechos subjetivos relativos han de aplicarse en función del fin por el cual el ordenamiento jurídico los reconoce, o sea, no pueden actuar fuera del plano de la institución jurídica, lo que significa estar no frente a una mera teoría, sino ante un «principio general de derecho» impuesto por la juridicidad; si, en efecto, el derecho subjetivo es un poder jurídico atribuido a una voluntad y con aptitud para satisfacer intereses humanos; si esos intereses tutelados por el derecho objetivo son de esa especie; si la norma legal, el Derecho, tiende hacia la consecución de un fin, que es el de la convivencia humana para alcanzar la paz lesionada, hay que concluir que los derechos subjetivos no constituyen medios para desviar el fin del Derecho».

Es, por consiguiente, indudable que el propio Derecho Civil, no obstante ser el derecho de la persona, pero Derecho al fin y a la postre, indica el camino a seguir dentro de su propio campo para resolver el conflicto entre el interés colectivo y el individual; para la prevalencia del primero sobre el segundo y sin que por ello sea menester, como viene aconteciendo, acudir a ordenamientos y normas de naturaleza pública.

Es verdad que estamos viviendo lo que se llama la era de lo social, y que el Derecho, como expresión de la conciencia popular, ha de recoger el ambiente imperante en cada época o momento histórico, pero como dice el Maestro HERNÁNDEZ GIL en su

luminoso trabajo «En defensa del Código Civil» (94) «es un error considerar que el progreso jurídico, sobre todo en su fase legislativa, haya de seguir exactamente el mismo ritmo y el mismo rumbo que el progreso y el pensamiento político, intelectual y social. Las concepciones, las aspiraciones, los ideales del hombre y de la sociedad precisan de una trayectoria y de una sedimentación antes de consolidarse y de estructurarse como contenido y fin de las normas jurídicas. Estas exigen en aquello que postulan granazón y madurez. La ley se aviene mal con el ensayo. El Derecho, es en gran medida, historia y la historia no es el simple suceso, sino la huella y la enseñanza que van dejando ciertos sucesos. Por otra parte, el Derecho, en gran medida, también es previsión para un futuro; y esto demanda no vincularse de una manera excesiva a realidades efímeras, a simples posibilidades. Hay que buscar líneas permanentes. Porque no se pronuncian palabras; se postulan mandamientos».

HERNÁNDEZ GIL subraya que «vivimos una época de hiperfloración legislativa» innecesaria cuando los autores del Código Civil en tres disposiciones adicionales, han dejado abierto el cauce para su corrección y perfeccionamiento, siendo lo cierto que muy poco o casi nada se ha hecho en esta materia dándose ocasión con tan negativa postura a una prepotencia legislativa carente de toda sistemática.

CONCLUSIONES

1.^a El concepto, lo que constituye la esencia del derecho de propiedad se ha desnaturalizado por una prolífica actividad legislativa que con frecuencia se halla en oposición con los auténticos intereses del Derecho y de la Justicia.

2.^a La publicación del Derecho Privado y concretamente la administrativación del Derecho Civil, han originado la creación

(94) En «Revista de Derecho Privado», T. XXXII, 1948, págs. 778 y 779.

de todo un conjunto de situaciones legales sí, pero al margen de un ordenamiento jurídico fundamentado en los principios eternos del Derecho Natural.

3.^a Como consecuencia del proceso de publicación del Derecho Privado, el Estado frecuentemente se convierte en rector de la actividad privada no sometiéndose a otro ordenamiento que el de naturaleza público-administrativa creado por el mismo, lo que implica un grave peligro para los derechos individuales.

4.^a El criterio diferenciador a la manera clásica de lo público y lo privado atendiendo a la naturaleza de la norma, carece hoy de vigencia por cuanto y concretamente en cuanto al más caracterizado de los derechos privados como lo es el de propiedad, se mezclan y entremezclan en su regulación normas de naturaleza pública y privada, por cuya razón al producirse contienda en lugar de decidirse ésta por los Tribunales de la jurisdicción ordinaria con aplicación de normas civiles, se deciden por la Administración (salvo en los recursos jurisdiccionales) con aplicación de normas administrativas.

5.^a Estamos viviendo una época de profunda transformación económica y social que directamente repercute en la vida del Derecho y en la elaboración de los valores jurídicos. El Derecho como realidad extraída de la vida social se transforma, correspondiendo al jurista cuidar de que este proceso de transformación discurra por cauces normales. Será menester en aras de aquella transformación reelaborar perfilando el concepto del Derecho Civil como único regulador de cuanto afecta a la esfera personal del individuo con exclusión de toda norma que no se halle directamente relacionada con aquella esfera, lo que no quiere decir, ni con mucho, que se intuya la necesidad de una renovación del concepto.

6.^a Como consecuencia de lo anterior, y en cuanto al derecho de propiedad, la falta de concordancia entre los preceptos reguladores del Código Civil y la realidad social, exigen la elaboración de un nuevo estatuto de la propiedad conforme con la función de servicio social que aquella ha de cumplir y en el que deberán quedar debidamente garantizados los derechos del titular frente a las resoluciones de la administración cuya inter-

vención «no excederá de las exigencias del bien común debidamente precisadas en el Código Civil».

7.^a No obstante la discordancia existente, por lo que respecta al derecho de propiedad, entre el Código Civil y la realidad social y en tanto no se alcance la debida concordancia entre ambos, las situaciones de colisión entre interés público y privado deberán resolverse conforme al precepto contenido en el artículo 349 del Código Civil, y, en su caso, con aplicación de la doctrina del abuso de derecho, y todo ello ante la necesidad de prevalencia del interés colectivo sobre el individual.

Señores Académicos: Llegamos al final de este trabajo en el que hemos meditado sobre un problema que creo, en verdad, interesante suscitado en torno a la más caracterizada institución del Derecho Civil.

Como problema jurídico, requiere un tratamiento jurídico y una solución jurídica, y como reza un viejo principio del Derecho marroquí actualmente válido «toda solución jurídica ha de buscarse en función del interés general» (95).

Ese interés general que preside siempre la vida del Derecho y cuya tutela constituye objeto teleológico del mismo.

Pero hemos meditado sobre un problema de Derecho Civil, y siendo el Derecho Civil el derecho de la persona, tiene y tendrá siempre un valor permanente de garantía de los derechos individuales.

Derechos del individuo. Derechos de la persona que frecuentemente son olvidados por la profusión legislativa, que con frecuencia olvida también que la persona, el individuo, es el destinatario de la norma y del Derecho.

Por ello, como escribe HERNÁNDEZ GIL, «la suerte del Derecho Civil aparece ligada a la de la persona. Si ésta sucumbe, sucumbirá también el Derecho Civil. Pero entonces habrá desaparecido algo más que el Derecho Civil: la organización cristiana de la sociedad» (96).

(95) RODRÍGUEZ AGUILERA CÉSAR: «Justicia cada día»: Bosch, 1966, página 57.

(96) HERNÁNDEZ GIL ANTONIO: «Reflexiones sobre el futuro del Derecho Privado». T. XII, fasc. Dibre. 1957, pág. 1.180.

No. No agoniza el Derecho Civil, como un día se preguntó el Profesor CASTAN, contestando a su propia pregunta con la más rotunda de las negativas.

El Derecho Civil se transforma como se transforma la vida misma.

Es el jurista quien ha de cuidar que esa transformación discurra por cauces normales, y si bien es sabido que las distintas ramas del Derecho no constituyen ni pueden organizarse en compartimentos estancos, al jurista no le es dable admitir sea invadido el campo del Derecho Civil por normas procedentes de otras disciplinas jurídicas cuando tal invasión, como hemos visto en la esfera del derecho patrimonial, hace peligrar la sustantividad y ejercicio de los derechos individuales.

«A veces lentamente, a veces con un furioso empuje que da muestras de anegarlo todo —escribe GUASP— la corriente publicista en el Derecho, invade tenaz e implacablemente, desde hace ya bastantes años, el territorio reservado secularmente al Derecho Privado.

«Con construcciones abiertas o con rodeos no menos mortíferos, los sistemas jurídicos en que va envuelta la Autoridad socavan, mutilan o arruinan las venerables construcciones de un ordenamiento jurídico centenario.

«El camino recorrido en esta dirección es tan impresionante, que basta volver de cuando en cuando la cabeza hacia atrás para que, pensando en lo cercano que está el término de esta evolución, digamos contemplando las ruinas de tantos Códigos inútiles: Aquí estuvo el Derecho Privado» (97). Aquí estuvo el derecho de propiedad —añadiría yo— parodiando y concretando la frase.

Pero confiemos en no llegar a tan desastrosa situación porque el jurista, consciente de su misión, sabe que si el Derecho tiene como objetivo al hombre y las relaciones del hombre, también tiene como objetivo de no menor trascendencia la Paz, esa Paz que constituye el ideal supremo por cuyo reinado en la tierra hemos de rogar a Dios los hombres de buena voluntad.

(97) GUASP JAIME: «El individuo y la persona». En «Revista de Derecho Privado». T. XLIII, Fasc. Enero 1959, pág. 3.

CONTESTACION

DEL ILTMO. SEÑOR

D. DIMAS HERNANDEZ CORCHERO

Excelentísimas Autoridades:

Ilustrísimos Señores Académicos:

Señoras y Señores:

Lo bueno, si breve, dos veces bueno suele decirse. Y lo malo, si breve, sólo malo a medias. En razón a la verdad de esta afirmación popular os prometo no ser prolijo en mi contestación, aunque bien lo merezca el cálido, enjundioso y preciso discurso que acabais de oír del digno y prestigioso Abogado y sin par compañero y amigo el Ilustrísimo Sr. D. MANUEL OJEA OTERO.

Mis primeras palabras, en esta breve intervención, han de ser de profunda gratitud y reconocimiento al Ilustrísimo Sr. Alcalde de esta Ciudad Departamental, D. Rogelio Cenalmor Ramos, extensiva a la Corporación, por haber hecho posible, con su larga y amable generosidad e interés, que esta Academia se reúna por segunda vez, en solemne sesión, en este magnífico marco de la Sala Capitular del Excmo. Ayuntamiento de Ferrol.

La Academia queda muy agradecida y deudora por tan singular distinción, preferencia e interés.

De la personalidad del Académico Sr. Ojea Otero y de su discurso de ingreso, es protocolario tratar.

De la primera, ¿qué voy yo a deciros a vosotros los ferrolanos que ya no sepais?

Fue licenciado en Derecho por la Universidad Compostelana.

En el año 1940 ingresó por oposición en el Cuerpo Jurídico de la Armada, ostentando en la actualidad la categoría de Coronel Auditor.

Inmediatamente de su ingreso en el Cuerpo Jurídico comenzó el ejercicio de la Abogacía.

Como funcionario de la Magistratura militar ha sido Fiscal y Auditor de este Departamento Marítimo.

Como abogado, es actualmente el Decano del Ilustre Colegio de El Ferrol del Caudillo.

Enamorado de ambas carreras, de la militar y de la civil, es por tanto hombre de formación castrense y universitaria; y como militar y Abogado con dedicación exclusiva al estudio y aplicación del Derecho.

Cruz del Mérito Naval y Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort.

Ha hecho los cursos del Doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad Central, hallándose actualmente preparando su tesis doctoral también sobre un problema de Derecho civil.

De su discurso hay que resaltar el tema tan apasionante elegido, su empeño admirable, valiente y decidido en defensa de la propiedad, y la brillantez y claridad de su exposición.

Ciertamente que el concepto de PROPIEDAD y sus LIMITACIONES ha sido debatido en todas las épocas históricas de formación del Derecho con meditación profunda y objeto de las más vivas polémicas.

Siempre que salió a debate, los defensores de una y otra posición, diametralmente opuestas, desplegaron toda la estrategia de sus convicciones y razonamientos para lograr el triunfo de su punto de vista jurídico, social, filosófico o político; pero la realidad es, que ahí permanece inhiesta, granítica su clásica concepción individualista pese a los embates, violentísimos a veces, que ha sufrido de los partidarios del campo contrario, quienes tratan de extinguirla o limitarla en grado que la desnaturalizan. Aunque los detractores más extremos, como la Rusia Soviética, en su nueva Ley aprobando los principios de la legis-

lación civil que entró en vigor el 1.º de mayo de 1962, da un paso atrás y viene a reconocer la propiedad privada en los ciudadanos sobre los beneficios y ahorros del trabajo, en una vivienda, en los objetos de economía doméstica, en los de uso y comodidad personal, así como sobre una cantidad de ganado a determinar por cada República de la Unión.

Como ejemplo significativo de esta lucha apasionante por el triunfo de uno u otro concepto de la propiedad, lo tenemos en las discusiones habidas en la Comisión de la Asamblea de las Naciones Unidas que fue encargada de presentar un proyecto de «Declaración Internacional de Derechos Humanos».

En su primera redacción, si bien se afirmaba el derecho de todo hombre a poseer bienes por considerarlo inherente a la condición humana (o según la propuesta francesa: todo hombre tiene derecho a la propiedad de bienes), remitía a la «*lex loci*» el alcance de ese derecho de propiedad. Añadiendo la fórmula de protección, de que nadie puede ser arbitrariamente privado de sus bienes.

En los trabajos de la Comisión ya se había distinguido claramente entre «*arbitrariedad*» e «*ilegalidad*» ya que puede haber privación de bienes que sean inobjetables bajo el punto de vista de la legalidad, pero que resultare sin duda alguna arbitraria.

No se especificaba en esta primera redacción si a cada hombre debía corresponderle un mínimo de bienes, ni establecía si esta apropiación debía ser INDIVIDUAL o COLECTIVA.

En su posterior reunión en Lake Success del 24 de mayo al 18 junio de 1948, la Comisión revisó el texto quedando así:

«Toda persona tiene el derecho a poseer bienes individualmente o en asociación con otras. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad».

A esta fórmula se llegó después de haber considerado en parte la propuesta de la delegación de la Unión Soviética, que aún insistiendo sobre la «*lex loci*» para la definición del alcance del derecho de propiedad, que se rechazó por entender que la Declaración debía estar por encima de las leyes nacionales, se introducía la novedad de admitir el derecho de propiedad tanto

individual como *colectivamente*. Se substituyó también la expresión «hombre» por el vocablo «persona».

Posteriormente por Cuba y Chile se presentaron enmiendas al texto anterior, consecuencia de la «Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre» aprobada en Bogotá ese mismo año de 1948 en la que destaca el acento individualista de la propiedad.

El artículo XXIII de esta Declaración dice así:

«Toda persona tiene el derecho de poseer personalmente bienes para las necesidades esenciales de una vida decente que contribuyen a asegurar la dignidad de la persona humana y del hogar».

Pero la Comisión entendió que este texto no constituía un *reconocimiento amplio del derecho de propiedad* sino solamente a un mínimo de propiedad.

Una proposición de última hora del Delegado de Haití pudo enriquecer el texto definitivo de la Declaración Universal en el sentido de agregarle, que el derecho de propiedad debía ser ejercido *«conforme al interés general»*; o bien como añadía el delegado del Líbano, expresando esa fórmula en sentido NEGATIVO, es decir, que *«el derecho de propiedad no puede ser ejercido contra el interés general»*.

El texto de la Declaración substituyó el vocablo «posesión» por el de «propiedad», según la propuesta francesa, y quedó redactado definitivamente así:

Art. 17. «Toda persona tiene derecho a la propiedad individualmente o en asociación con otras. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad».

Estas discusiones en tan alto Organismo Internacional, nos dan idea de la constante lucha de los políticos, sociólogos, juristas y filósofos por acertar con el concepto exactísimo del derecho de propiedad, por encima de todo tiempo, lugar e ideas políticas, o bien por el triunfo de sus respectivas posiciones.

Si hacemos un rápido recorrido histórico en la evolución de su concepto, se advierte que en la propia Roma, su más an-

tiguo derecho respondió más que a una concepción individualista de la propiedad a una concepción de tipo familiar y gentilicio.

Si bien en la época clásica, se orientó por nuevos derroteros individualistas surgiendo la propiedad de tipo ABSOLUTO (en cuanto otorga un poder soberano, ilimitado sobre la cosa «erga omnes»), PLENO (nota específica que distingue el dominio de los demás «iura in re»), EXCLUYENTE (en cuanto faculta para impedir el goce de la cosa por los demás) y PERPETUO (en cuanto no está sujeto a limitaciones de tiempo y puede durar tanto cuanto la cosa).

No obstante, el dominio no carecía de límites y restricciones; si bien el sentido liberal de los romanos no permitía más limitaciones que las precisas e indispensables, con la finalidad de que la iniciativa individual pudiera desarrollarse ampliamente.

Por el contrario en el derecho germánico no se presenta este concepto de propiedad tan absorbente, ya que por encima del interés individual se coloca un sentimiento colectivo familiar.

Con la revolución francesa se acentúa nuevamente, frente al Estado, la propiedad individual. Y con este carácter individualista y absoluto, que nos recuerda la plena «*in re potesta*» de la Instituta de Justiniano, pasó al Código español, si bien haya que advertir que la propiedad no es absoluta, sino una relación entre personas, una relatividad, y lo que la defiende es precisamente la supresión del «*jus abutendi*», las teorías de los actos de emulación y del abuso del Derecho. Y subsiste en la forma capitalista, como afirma el Catedrático D. Joaquín Dualde Gómez, porque el régimen es de mayor rendimiento social, de mayor eficacia económica que el comunista, y porque los intereses morales que le acompañan en el orden familiar y moral superan a la vida tenebrosa y atormentada del comunismo.

Si el comunismo fuera la felicidad superior —*continúa*—, la producción pletórica y la moral exquisita, fatalmente el mundo entero sería comunista. El pancomunismo es un empeño tiránico y no ha sido nunca el resultado de una evolución acompañada, un modo de crecimiento.

Aunque sí puede servir de reactivo, a las generaciones conservadoras aletargadas, hacia un ideal progresivo de su propio sistema capitalista y de exaltado individualismo, para el mejor

perfeccionamiento del hombre en su doble naturaleza individual y social, y la consecución del bien común al que debe tender también toda actividad individual, social y estatal.

De ahí que ninguna de estas dos formulas extremas de capitalismo y comunismo sean justas ni conduzcan al logro de la aspiración más constante del hombre de conseguir su perfeccionamiento personal en el tránsito de su vida hacia el eterno y supremo destino.

Los tiempos cambian, las ideas se renuevan y lo que ayer pudo ser justo y conveniente, hoy puede no serlo.

En la época moderna, a partir de la Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919, en el llamado mundo occidental si bien impera el respeto y predominio de la propiedad privada, se acentúa en ella el sentido de la función social debido a las escuelas sociológico-jurídicas del siglo XIX. Después de la segunda guerra mundial se ha agudizado el proceso de socialización de la propiedad a través de la Constitución francesa de 1946, de la Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947, de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 23 de mayo de 1949, de la Constitución portuguesa de 11 de abril de 1953, y del Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, todas las cuales han destacado la función social de la propiedad.

Por ello, que el Ilustre Académico al que acabais de oír, propugne o insinúe en su brillante discurso, la conveniencia, acaso, de revisar el concepto de propiedad, pero sin abandonar en modo alguno su orientación individualista, aunque reconociendo la influencia actual socializadora. Una moderada limitación del derecho de propiedad —*afirma el recipiendario*— no es incompatible con su esencia.

Buen tino ofrece su prudente convicción, porque en efecto sólo sería innecesaria la propiedad, porque todo sería de todos, en una sociedad a imagen de la CIUDAD DE DIOS de San Agustín, donde reinase la justicia pura, donde el mal, el pecado y la codicia no existirían.

Pero como este ideal de vida en común es imposible, no hay más remedio que dar paso, por imperativo del Derecho natural, al instituto de la propiedad individual, practicarla y defenderla con las leyes hasta límites que su ejercicio no contradiga el instinto comunitario, ni el interés general, no coarte la libertad

de los demás, ni impida el derecho a la libre iniciativa, sino por el contrario sirva en la forma más adecuada a la dignidad y perfectibilidad del hombre y a la consecución del bien común, que son los fundamentos de la propiedad.

Abundando en esta firme posición hay que acatar la afirmación que proclama Juan XXIII en su Encíclica «Mater et Magistra», de no haber perdido importancia el principio de Derecho natural de propiedad de los bienes, incluso de los productivos, defendidos constantemente por la Iglesia.

Sería muy difícil sin la propiedad privada —afirma Castan— salvaguardar los valores de la libertad, la iniciativa y la dignidad personal.

En este «ne quid nimes» parece encontrarse la Sentencia del T. S. de 17 noviembre de 1930, que certeramente cita, cuando declara que la propiedad no sólo tiene un carácter individualista, basado en el interés privado, sino que además integra un fin colectivo o social fundado en la necesidad de realizar y mantener el orden jurídico y procurar el bien común fomentando la riqueza pública.

En este mismo justo equilibrio parece encontrarse la definición de Roca Sastre: «Derecho a gozar y disponer de las cosas con arreglo a su naturaleza, al servicio de la comunidad y para provecho del propietario».

Ciertamente que las limitaciones impuestas a la propiedad por leyes especiales son tan numerosas que verdaderamente desnaturalizan su concepto y anulan su estructura y orientación individualista o de «*plena in re potesta*», tal y como está concebida en el Código Civil. Lo que lleva al recipiendario a formular la interrogante de si no estará el derecho privado en crisis y por ende el derecho civil a causa de una prepotencia legislativa.

En cierto modo si lo está y por culpa de los hombres, quienes practicando más de lo necesario el empirismo de Merkel consideran al Derecho no como una verdad establecida a «*priori*» sino como un producto de la evolución social. O por desconocer en muchos casos, según la afirmación de Federico de Castro, que el humanismo y el individualismo rompe con los cuerpos intermedios que es el armazón que defiende al individuo de la omnipotencia del Estado, y porque en fin se ha perdido el hábito de razonar jurídicamente ya que si hay alguna duda, se promulga

un nueva Ley, se dicta un Reglamento para su aplicación, o se dan órdenes aclaratorias de éste.

Que el Derecho Público ha invadido el campo del Derecho Privado incidiendo primordialmente tal invasión en la esfera del derecho de propiedad es notorio y evidente. Por lo que a nuestro ordenamiento positivo respecta, toda esa serie de Leyes cuyos preceptos acaban de ser estudiados y puestos de manifiesto, revelan la certeza de la tesis.

Ante la administrativación del derecho de propiedad y las tajantes limitaciones que en el ejercicio del mismo ha de sufrir su titular, el beneficiario se pregunta, *¿dónde está el derecho de gozar y el de disponer conferido al propietario por el art. 348 del Código Civil?* Por otro camino llega, con su interrogante, a la misma conclusión que Marín Pérez para quien en buena hermenéutica hay que considerar nulo, para todos los efectos, los artículos 348 y concordantes del vigente Código civil, en tanto y en cuanto no cumplan una función social, a virtud del Principio X de la Ley Fundamental de 17 de mayo de 1958 que reconoce la propiedad privada en todas sus funciones como derecho condicionante a su función social, y de lo dispuesto en el artículo 3.º de la propia Ley a cuyo tenor «serán nulas las leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren o menoscaben los Principios proclamados en la presente Ley Fundamental del Reino».

Se estudian por el Sr. Ojea Otero todas y cada una de las causas determinantes de incidencias de las normas del Derecho Público en la esfera del derecho patrimonial para llegar a la conclusión de que el proceso de publicación del Derecho Privado ha originado la desnaturalización del concepto de propiedad en oposición con las enseñanzas impartidas por el Derecho Civil, con el consiguiente peligro para los derechos individuales y con la correlativa discordancia con los preceptos contenidos en nuestro Código Civil.

Para terminar, expresamos nuestra más viva admiración, elogio cálido y respeto máximo a las posiciones sostenidas por el beneficiario, ya que lo han sido dentro del aspecto estrictamente jurídico. Tesis con la que podrá o no estarse conforme pero que ha sido construída dentro de la más perfecta ortodoxia civilista.

He dicho.

INDICE SISTEMATICO

	PÁGINA
I. ANTECEDENTES	11
II. OPINIÓN DE LA DOCTRINA	13
III. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO	19
IV. EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL	22
a) En la propiedad rústica	22
b) En la propiedad urbana	24
c) En las propiedades especiales	30
V. CAUSAS DETERMINANTES DE INCIDENCIA DE LAS NORMAS DE DERE- CHO PÚBLICO EN LA ESFERA DEL DERECHO PATRIMONIAL	36
CONCLUSIONES	49
CONTESTACIÓN	53