

EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN FRANCIA*

Pierre Bon

Universidad de Pau y Países del Adour

SUMARIO

I. EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA. 1. El rango constitucional del derecho de propiedad privada. A) La formulación de 1982. B) La formulación de 1989. 2. El régimen constitucional del derecho de la propiedad privada. A) Las normas de competencia. a) La reserva legal. b) La reserva de la jurisdicción ordinaria. B) Las reglas materiales o de fondo. a) La privación del derecho de propiedad justificada por una necesidad pública mediante indemnización justa y previa. b) Las restricciones al ejercicio del derecho de propiedad justificadas por el interés general y que no desnaturalizan el sentido y alcance del derecho. II. EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD PUBLICA. 1. El valor constitucional del derecho de propiedad pública. 2. El régimen constitucional del derecho de propiedad pública. A) Las normas que regulan la competencia. B) Las normas materiales.

De modo análogo a lo ocurrido en Francia con la mayoría de los derechos fundamentales, el estatuto constitucional del derecho de propiedad ha sido objeto de un considerable desarrollo en los últimos años¹. Señaladamente, con ocasión de la política de nacionalizaciones emprendida en 1982 y las posteriores reprivatizaciones llevadas a cabo a partir de 1986, el Consejo Constitucional ha dictado las sentencias más importantes respecto del régimen de la propiedad, tanto por lo que hace al estatuto constitucional de la propiedad privada (I) cuanto al estatuto constitucional de la propiedad pública (II).

* Traducción realizada por Eulalia Wladimir PETIT DE GABRIEL, Becaria de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo e Internacional Público de la Universidad de Sevilla.

¹ Seguidamente, se recoge una selección de bibliografía, jurisprudencia y legislación. Bibliografía: P. BON, *Droit de propriété, Dictionnaire constitutionnel* (bajo la dirección de O. Duhamel y de Y. Mény), PUF, 1992, p. 324; F. COLLY, "Le Conseil constitutionnel et le droit de propriété", *RDP*, 1988, p. 135; M. DEBENE, "Article 17", *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* (bajo la dirección de G. Conac, M. Debene y G. Teboul), Economica, 1993, p. 343; L. FAVOREU, "La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit de propriété proclamé par la Déclaration de 1789", *La Déclaration des droits de l'homme et la jurisprudence*, PUF, 1989, p. 123; L. FAVOREU (bajo la dirección de), *Nationalisation et Constitution*, Economica y PUAM, 1982; L. FAVOREU y L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1993, 7ª edición, p. 483; M. FROMONT, "Le droit de propriété et la Constitution en Allemagne et en France". *L'interventionnisme économique de la puissance publique - Études en l'honneur du Doyen G. Péquignot*, CERAM, 1984, t. I, p. 267; B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel - Principes directeurs*, STH, 1988, p. 252; C. LEPAGE-JESSUA, "La Constitution et le droit de propriété", *Un droit inviolable et sacré, la propriété*, ADEF, 1991, p. 99; F. LUCHAIRE, "La Constitution et la propriété", *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Economica y PUAM, 1987, p. 139; F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Economica, 1987,

I. EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA

Nadie discute hoy el rango constitucional del derecho de propiedad. En consecuencia, el régimen de protección que se le dispensa tiene igualmente carácter constitucional.

A. *El rango constitucional del derecho de propiedad privada*

Como es sabido, una de las particularidades de la Constitución de 1958, *i.e.* la Constitución actual de la Vª República, radica en la ausencia casi absoluta en su articulado (arts. 1 a 93) de disposiciones relativas a los derechos fundamentales. La mayor parte de los mismos se hallan reconocidos de forma indirecta a través de su Preámbulo, donde se proclama solemnemente “la vinculación del pueblo francés a los derechos humanos y al principio de soberanía nacional tal y como se encuentran definidos en la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946”, *i.e.* la Constitución del régimen anterior de la IVª República.

De este modo, y en lo que respecta al derecho de propiedad, la Constitución se limita a establecer el principio de reserva de ley², mientras que las normas sustantivas más importantes se encuentran en el Preámbulo de la Constitución de 1946 y, muy especialmente, en el art. 17 de la Declaración de 1789, según el cual “la propiedad es un derecho sagrado e inviolable. Nadie puede ser privado de ella salvo por causa de necesidad pública, legalmente establecida, y mediante una indemnización justa y previa”.

La cuestión que enseguida se plantea radica en determinar si el Preámbulo de la Constitución de 1958 y los textos a los que hace referencia —la Declaración de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946— tienen el mismo valor constitucional que el articulado de la Constitución, o si se trata de una declaración de principios, desprovista de valor jurídico alguno.

p. 265; H. ROUSILLON, “Le Conseil constitutionnel et l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen”, *Propriété et révolution* (bajo la dirección de G. Koubi). CNRS y Universidad de Toulouse I., 1990, p. 179; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*. Montchrestien, 1993, 3ª edición, p. 335.

JURISPRUDENCIA: Consejo Constitucional, decisiones N° 81-132 DC de 16 de enero de 1982, Rec. Cons. Constit., p. 18; N° 82-139 DC de 11 de febrero de 1982. *ibíd.*, p. 31; N° 86-207 DC de 25 y 26 de junio de 1986. *ibíd.*, p. 61; N° 89-256 DC de 25 de julio de 1989. *ibíd.*, p. 53.

LEGISLACIÓN: Art. 2 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789: “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.”

Art. 17 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789: “La propiedad es un derecho sagrado e inviolable. Nadie podrá ser privado de ella si no es por causa de necesidad pública, legalmente constatada y bajo condición de una justa y previa indemnización.”

Párrafo 9 del Preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1946: “Cualquier bien, cualquier empresa cuya explotación tenga o adquiera los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho, debe convertirse en propiedad de la colectividad.”

Art. 34 de la Constitución de 4 de octubre de 1958: “La ley fijará las normas relativas a: [...] las nacionalizaciones de empresas y las transferencias de la propiedad de empresas del sector público al sector privado.”

² Art. 34: “La ley determinará los principios fundamentales del régimen de la propiedad.”

Un primer elemento para su resolución lo aporta la Sentencia del Consejo Constitucional N° 71-44 DC, de 16 de julio de 1971³, que, en relación con el Preámbulo de la Constitución de 1958, declarara que tenía el mismo valor y efecto jurídico que los preceptos de la Constitución vigente.

Habida cuenta, sin embargo, de la redacción del Preámbulo de la Constitución de 1958, cierto sector de la doctrina ha sostenido que la constitucionalización del Preámbulo no suponía la de todas las disposiciones de la Declaración de 1789, sino sólo de las relativas a los derechos humanos y al principio de la soberanía nacional, ya que el Preámbulo de la Constitución de 1958 declaraba la vinculación del pueblo francés sólo a estos aspectos de la Declaración⁴. En consecuencia, el derecho de propiedad no tendría carácter constitucional ya que “difícilmente puede considerarse que el derecho de propiedad es un derecho humano”⁵.

Pero no ha sido este el análisis del Consejo Constitucional, el cual, en su Sentencia N° 81-132 DC, de 16 de enero de 1982, recaída en relación con ciertas nacionalizaciones⁶, reconoció el pleno valor constitucional del derecho de propiedad en una fórmula que sería luego parcialmente matizada en la Sentencia N° 89-256 DC, de 25 de julio de 1989⁷.

1) La formulación de 1982

El Consejo Constitucional recuerda, en primer lugar, que dos son las menciones que del derecho de propiedad hace la Declaración de 1789. La primera, en su artículo 2, para incluirlo entre “los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”, la segunda, en el art. 17, ya citado.

Recuerda seguidamente que el pueblo francés, mediante referéndum celebrado el 5 de mayo de 1946, rechaza un proyecto de Constitución que, en materia de propiedad privada, incorporaba principios distintos a los de la Declaración de 1789: por ejemplo, definía la propiedad como “el derecho de usar, disfrutar y disponer de los bienes, que garantiza a todos la ley”, lo que hubiera permitido al legislador definir el ámbito del derecho de propiedad; otro ejemplo: aquel proyecto precisaba que no se podía ejercitar el derecho de propiedad en contra de la utilidad social. Por el contrario, el pueblo, a través de los referendos de 13 de octubre de 1946 y de 28 de septiembre de 1958, confirmó su adhesión a la Declaración de 1789.

Obviamente, el juez constitucional no niega que después de 1789 “las finalidades y las condiciones del ejercicio del derecho de propiedad hayan sufrido una evolución caracterizada, de una parte, por una ampliación del ámbito de aplica-

³ Rec. Cons. constit., p. 29; L. FAVOREU y L. PHILIP, ob. cit., p. 242 y las referencias citadas.

⁴ L. PHILIP, “La valeur de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen du 26 août 1789 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel”, *Mélanges P. Kayser*. PUAM, 1979, t. 2, p. 331.

⁵ L. PHILIP, art. cit., p. 333.

⁶ Rec. Cons. constit., p. 18; L. FAVOREU y L. PHILIP, ob. cit., p. 460 y las referencias allí citadas. En una decisión muy poco anterior (decisión N° 81-134 DC, de 5 de enero de 1982, Rec. Cons. constit., p. 15) ya había considerado el derecho de propiedad como uno de los principios constitucionales.

⁷ Rec. Cons. constit., p. 53; CJEG. 1990. p. 1, nota de B. Genevois: RFDA, 1989, p. 1009, nota de P. Bon.

ción de la propiedad, lo que ha determinado nuevas especies dominicales⁸, y, por otra, por mayores limitaciones derivadas del interés general”.

Pero, a pesar de esta evolución, el Consejo declaró que “los principios contenidos en la Declaración del Hombre tienen pleno valor constitucional, tanto en lo que se refiere al carácter fundamental del derecho de propiedad, cuya preservación constituye uno de los objetivos de la sociedad política y se sitúa en el mismo plano que la seguridad, la libertad y la resistencia a la opresión, cuanto en lo que hace a las garantías otorgadas a los titulares del derecho y a las prerrogativas del poder público”.

Concluye afirmando, finalmente, que tales principios se aplican incluso a los supuestos de nacionalización. Si bien es cierto que en el párrafo noveno del Preámbulo de la Constitución de 1946 se establece que “cualquier bien, cualquier empresa cuya explotación sea o pueda transformarse en un servicio público nacional o en un monopolio de hecho, debe convertirse en propiedad de la colectividad”, “esta disposición no ha tenido ni tiene por objeto o efecto dejar inaplicables los principios de la Declaración de 1789”.

En otras palabras, el asunto de las nacionalizaciones ha permitido al Consejo Constitucional subrayar el valor constitucional del derecho de propiedad, incluso en tales supuestos.

2) La formulación de 1989

A partir de 1989⁹ el Consejo Constitucional ha modificado en parte su doctrina. No deja de reconocer el valor constitucional del derecho de propiedad, pero estima que “es en función de la evolución que ha caracterizado el derecho de propiedad como habrá de entenderse la reafirmación que hace el Preámbulo de la Constitución de 1958 respecto del valor constitucional del derecho de propiedad”.

Esto es, lo que actualmente tiene rango constitucional es el derecho de propiedad tal y como hoy día se concibe. Con ello se salva el reproche que se le venía haciendo a la anterior jurisprudencia en cuanto que constitucionalizaba el derecho de propiedad tal y como había sido concebido en 1789.

B. *El régimen constitucional del derecho de la propiedad privada*

Como derecho constitucional que es, la propiedad está sometida un conjunto de normas constitucionales que tienen por objeto, de una parte, determinar las potestades de los poderes públicos para su regulación y, de otra, la tutela y garantía del propio derecho.

⁸ Entre éstos, por ejemplo, está el derecho de propiedad sobre las marcas y patentes, el derecho de utilización de las mismas y su protección en el marco de las leyes y convenios internacionales que vinculan a Francia: decisión N° 90-283 DC, de 8 de enero de 1991, Rec. Cons. constit., p. 11; decisión N° 91-303 DC, de 15 de enero de 1992. *ibíd.*, p. 15.

⁹ Vid. la decisión antes citada, N° 89-256 DC, de 25 de julio de 1989.

1) Las normas de competencia

Desde el punto de vista competencial, el derecho de propiedad está doblemente protegido: es objeto de una reserva de ley y de una reserva en favor del juez judicial.

a) La reserva legal

Ya hemos hecho referencia al artículo 34 de la Constitución, según el cual "la ley determinará los principios fundamentales [...] del régimen de la propiedad". Con ello se quiere decir que, cuando se trata de regular los principios fundamentales del régimen de la propiedad privada, es el legislador el único que tiene atribuida la competencia y, en consecuencia, la actuación de la potestad reglamentaria será inconstitucional.

Por el contrario, el poder reglamentario autónomo está legitimado para intervenir cuando no se trate de regular los principios fundamentales del régimen de la propiedad privada. Por supuesto, será el juez, constitucional o contencioso-administrativo, el que, en caso de duda, decida sobre la cuestión de si estamos o no ante un principio fundamental del régimen de la propiedad privada.

Por ejemplo, por lo que se refiere a la materia expropiatoria, el Consejo Constitucional ha declarado que las disposiciones relativas a la composición de los tribunales que conocen de la expropiación y tienen la competencia para fijar la cuantía indemnizatoria, formaban parte de tales principios fundamentales y, por ello, constituía una cuestión sometida a la reserva legal¹⁰. Por el contrario, no afectan a los principios fundamentales del régimen de la propiedad y, por tanto, pertenecen a la potestad reglamentaria las normas siguientes, también atinentes a la expropiación: disposiciones que designan el organismo del que ha de recabarse el dictamen previo para realizar ciertas expropiaciones¹¹; las que determinan la autoridad administrativa competente para declarar la utilidad pública de una expropiación¹²; las normas que establecen ciertos plazos en materia de procedimiento¹³.

b) La reserva de la jurisdicción judicial

La dualidad de jurisdicciones es, sin duda alguna, una de las características más relevantes de la organización jurisdiccional francesa: dentro del Poder Judicial (por contraste con la justicia constitucional) existen dos órdenes, por un lado, la justicia administrativa con el Consejo de Estado en su vértice; por otro, la jurisdicción judicial cuyo máximo tribunal es el Tribunal de Casación. Según el art. 66 de la Constitución, la jurisdicción judicial es la guardiana de la libertad

¹⁰ Decisión Nº 65-33 L de 9 de febrero de 1965, Rec. Cons. constit., p. 73; D. 1967. J. 405, nota de L. Hamon.

¹¹ Decisión Nº 69-53 L, de 27 de febrero de 1969, Rec. Cons. constit., p. 23; decisión Nº 69-58 L, de 24 de octubre de 1969, *ibid.*, p. 34.

¹² Decisión Nº 70-60 L, de 23 de febrero de 1970, Rec. Cons. constit., p. 35.

¹³ Decisión Nº 77-101 L, de 3 de noviembre de 1977, antes citada; decisión Nº 88-157 L, de 10 de mayo de 1988, antes citada.

individual, cuyo respeto asegura en las condiciones previstas por la ley. Ha sido el Consejo Constitucional el que en una sentencia importante¹⁴ y no exenta de cierto atrevimiento¹⁵ ha constituido a la jurisdicción judicial en guardiana del derecho de propiedad privada. Más concretamente, lo que tiene trascendencia constitucional es el fallo que la jurisdicción judicial debe tener atribuciones importantes en materia de protección de la propiedad inmobiliaria.

Este principio sólo tiene validez, en efecto, en el ámbito de la propiedad privada inmobiliaria. No existe norma constitucional alguna que le atribuya la competencia al juez judicial para conocer de los asuntos relacionados con la propiedad privada mobiliaria, por ejemplo la propiedad sobre las acciones. Así, cuando en 1982 fueron nacionalizados al menos cuarenta bancos mediante la transferencia al Estado de la propiedad de las acciones, las que no cotizaban en Bolsa fueron valoradas por una Comisión Nacional de Evaluación¹⁶, organismo administrativo y no judicial, cuyas decisiones están sometidas al control del juez administrativo¹⁷.

Hecha esta salvedad, el principio resulta de lo más impreciso, ya que la única decisión del juez constitucional en la materia es la de 1989, en la que, como señalamos, se ha dicho que la Constitución impone que la jurisdicción judicial tiene atribuciones importantes en materia de protección de la propiedad (inmobiliaria). En la práctica, no sabemos cuáles son esas importantes atribuciones del juez judicial, cuya vulneración incurre un vicio de inconstitucionalidad. En cualquier caso, podemos avanzar dos de ellas sin arriesgar demasiado: 1) el juez judicial es el único competente, en caso de litigio, para conocer de la transferencia forzosa de la propiedad; 2) lo es, asimismo, para determinar la indemnización procedente. Por el contrario, el juez administrativo es competente para intervenir en las demás hipótesis sin que por ello se vulnere la Constitución. Así, en materia expropiatoria por causa de utilidad pública, los actos administrativos previos a la privación son recurribles ante la jurisdicción administrativa, ya sea en lo relativo a la declaración de utilidad pública o al acuerdo de necesidad de ocupación¹⁸. Ha de subrayarse, sin embargo, en que para la transferencia de la propiedad y para la determinación de la indemnización es únicamente competente el juez judicial.

¹⁴ Decisión N° 89-256 DC, de 25 de julio de 1989, antes citada, y que confirma un análisis ya abocetado en las decisiones N° 85-189 DC, de 17 de julio de 1985, y 85-198 DC, de 13 de diciembre de 1985 (Rec. Cons. constit., pp. 49 y 78).

¹⁵ Pues los fundamentos textuales de la decisión no son muy claros. Vid. sobre ello nuestro comentario antes citado a la decisión de 25 de julio de 1989, RFDA, 1989, p. 1009, especialmente pp. 1016-1018.

¹⁶ J.-J. ISRAEL, "La commission administrative nationale d'évaluation des banques nationalisées non inscrites à la cote officielle (art. 18 de la loi du 11 février 1982)", RDP, 1986, p. 971.

¹⁷ Vid., por ejemplo, Cons. d'Ét. de 16 de abril de 1986, Société méridionale de participations bancaires, industrielles et commerciales, Rec. Cons. d'Ét., p. 92; AJDA, 1986, p. 294, crónica M. Azibert y M. Fornacciari.

¹⁸ En Derecho francés se denomina "Arrêté de cessibilité", en el que se identifican los bienes objeto de expropiación. (N. del T.)

2) Las reglas materiales o de fondo

Debemos invocar aquí dos disposiciones constitucionales, aunque tengan distinta relevancia, como luego se verá: el art. 17 ya citado de la Declaración de 1789, según el cual “la propiedad es un derecho sagrado e inviolable. Nadie puede ser privado de ella salvo por causa de utilidad pública, legalmente establecida, mediante una indemnización justa y previa”; y, por otro lado, el párrafo noveno del Preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1946, según el cual “cualquier bien, cualquier empresa cuya explotación sea o pueda transformarse en un servicio público nacional o en un monopolio de hecho, debe convertirse en propiedad de la colectividad”.

Esta última disposición obliga al legislador a nacionalizar los servicios públicos nacionales o los monopolios de hecho (esto es, la existencia de una posición de dominio absoluto en el mercado). Pero si no lo hiciera, no hay en Derecho francés ningún remedio que le obligue a actuar, a diferencia de lo que ocurre en Portugal, donde sí existen mecanismos para controlar la inconstitucionalidad por omisión¹¹. Si el legislador interviene, deberá hacerlo observando cuánto establece el art. 17 de la Declaración de 1789 ya que, como hemos indicado, el Consejo Constitucional tiene declarado que el párrafo noveno del preámbulo de la Constitución de 1946 “no ha tenido ni tiene por objeto dejar sin aplicación los principios de la Declaración de 1789 respecto de las nacionalizaciones”. Así pues, la base de toda la materia reside en el art. 17 de la Declaración, mientras que el párrafo noveno del Preámbulo de 1946 tiene por objeto prohibir o limitar la privatización de los servicios públicos nacionales y de los monopolios de hecho. Esta última cuestión será tratada en la segunda parte del estudio, ya que se refiere no a la tutela de la propiedad privada, sino a la protección de la propiedad pública¹⁹.

En aplicación del art. 17 de la Declaración de 1789, cualquiera puede ser privado de su derecho de propiedad, aun siendo este un derecho constitucional, si la privación se encuentra justificada por la necesidad pública²⁰ y se realiza mediante una indemnización justa y previa.

Pero también resultan lícitas ciertas restricciones o limitaciones del derecho de propiedad que no generan derecho a indemnización cuando se encuentran justificadas por el interés general, siempre que no desnaturalicen el sentido o el alcance del dominio hasta el punto de que la intervención suponga una privación encubierta.

- a) La privación del derecho de propiedad justificada por una necesidad pública mediante indemnización justa y previa.

La intervención más grave sobre el derecho de propiedad es la privación de la misma, esto es, la transferencia forzosa de la propiedad a otro, la desposesión. Y, sin embargo, así lo autoriza el art. 17 de la Declaración de 1789. El Consejo

¹⁹ Cfr. *infra* II.2.B).

²⁰ El art. 17 de la Declaración de 1789 prevé que sólo será posible la expropiación justificada por la “necesidad pública”. En cambio, el Código Civil francés de 1804 y toda la legislación francesa posterior vienen utilizando una noción, en apariencia de mayor alcance, como es la de “utilidad pública”. (*N. del T.*)

Constitucional ha reiterado en diversas ocasiones que tal precepto, sobre todo la necesidad de una indemnización justa y previa, sólo resulta aplicable a los casos de privación del derecho de propiedad en sentido estricto²¹, como ocurre en los supuestos de nacionalización²² o en las expropiaciones por causa de utilidad pública²³. En estos supuestos, y para que sea constitucional, se han de reunir los tres requisitos siguientes: la privación debe obedecer a una necesidad pública; la indemnización ha de ser justa, y, finalmente, previa.

— La privación debe obedecer a una necesidad pública²⁴.

La cuestión principal que se plantea es la de saber si el juez puede controlar o no la observancia de este requisito, habida cuenta del carácter subjetivo de la noción de “necesidad” o “interés público”.

En el caso de las nacionalizaciones, se han mantenido dos tesis opuestas con motivo de las realizadas en 1982. La primera, que mantuvo el Ministerio de Justicia ante la Asamblea Nacional y ante el Senado y que el grupo socialista en la Asamblea Nacional recogería en la memoria presentada ante el Consejo Constitucional²⁵, negaba cualquier posibilidad de control: la “necesidad pública” a la que hace referencia el art. 17 de la Declaración no sería un concepto objetivo, basado en criterios claros y sin margen de apreciación; por el contrario, se trataría de un concepto cuya apreciación compete al Parlamento, representante de la soberanía nacional. La otra tesis, defendida sobre todo por los senadores en su recurso²⁶, sostenía que el Consejo Constitucional podía censurar al menos los errores de apreciación manifiestos cometidos por el legislador.

Esta última es la solución que asumiría el Consejo Constitucional en su Sentencia de 16 de enero de 1982. Señala en primer lugar “que de los trabajos preparatorios de la ley [...] se deduce que el legislador ha pretendido fundar las nacionalizaciones en el hecho de que eran necesarias para que los poderes públicos pudieran hacer frente a la crisis económica, promover el crecimiento económico y combatir el paro. Por ello, tales factores entrarán dentro del concepto de necesidad pública en el sentido a que se refiere el artículo 17 de la Declaración de 1789”. Y continúa diciendo “que la apreciación del legislador sobre la necesidad de las nacionalizaciones no puede ser puesta en cuestión, salvo error manifiesto, ya que nada prueba que las transferencias de bienes y empresas de que se trata hayan restringido el ámbito del derecho de propiedad hasta el punto de desconocer las disposiciones de la Declaración de 1789”.

En otras palabras, el Consejo subraya que el legislador ha pretendido actuar al servicio del interés general y que su apreciación no es susceptible de control por parte del juez constitucional, salvo que nos encontremos, y no era tal el caso que se enjuiciaba, en una de las dos siguientes hipótesis: que el legislador, al identificar la necesidad pública, haya cometido un error de apreciación manifies-

²¹ J.-Y. CHÉROT, “La notion de privation de propriété”, *II Congrès français de droit constitutionnel*, Burdeos, 13, 14 y 15 de mayo de 1993, 20 pp., policopiado.

²² Decisión N° 81-132 DC, de 16 de enero de 1982, antes citada.

²³ Decisión N° 89-256 DC, de 25 de julio de 1989, antes citada.

²⁴ O “utilidad pública” si queremos emplear el término más habitual en materia de expropiación y que en su sentido literal implica un alijeramiento de las exigencias constitucionales.

²⁵ Vid. *Nationalisations et Constitution*, ob. cit., pp. 259-260.

²⁶ *Nationalisations et Constitution*, ob. cit., pp. 259-260.

to; o bien, que las nacionalizaciones tengan tal amplitud como para poner en peligro la propiedad privada garantizada por la Declaración de 1789.

Estos dos límites a la ausencia de control del juez constitucional resultan lógicos, el legislador no puede nacionalizar únicamente —sin incurrir en un error de apreciación manifiesto— una pequeña empresa en un sector donde existe competencia, ya que el pequeño tamaño de la empresa impide que pueda tener influencia decisiva sobre la política económica; tampoco podía nacionalizar, so pena de dejar reducido a la nada el sector privado garantizado por la Constitución, todas las principales actividades económicas del país. Pero, con independencia de esos casos extremos, los límites que ha reconocido el Consejo Constitucional le permiten al legislador un amplio margen de maniobra, por cuanto dejan abiertas cuestiones a las que sólo el Consejo Constitucional podrá responder en último término: ¿Cuál es el tamaño mínimo de empresa para que su nacionalización constituya un instrumento efectivo de la política económica? ¿Cuál es la extensión del sector público o, si se quiere, cuál es el umbral a partir del cual se pondrá en cuestión la garantía de la propiedad privada?

Cuando nos encontramos ante una expropiación, el control que ejerce el juez administrativo sobre la utilidad pública va más allá del que el Consejo Constitucional realiza sobre la necesidad pública de las nacionalizaciones, ya que, según doctrina consolidada, “una operación no puede declararse lícitamente de utilidad pública más que si la intervención sobre la propiedad privada, el coste financiero y los posibles inconvenientes sociales o los perjuicios que irroga sobre otros intereses públicos no resultan excesivos en comparación con el interés que tal expropiación representa”²⁷. Sin embargo, la aplicación práctica de este control, denominado de balance “coste-beneficios”, no está muy alejado del control del error de apreciación manifiesto, puesto que el juez no concluirá en un balance negativo más que si los inconvenientes de la operación son mucho mayores que las ventajas²⁸⁻²⁹.

— La indemnización debe ser justa.

En el ámbito de las nacionalizaciones, según el Consejo Constitucional, el principio de indemnización justa implica que “los accionistas de las sociedades a las que se aplica la ley nacionalizadora tienen el derecho a una compensación por el perjuicio sufrido, valorado al día de la transferencia de la propiedad, con independencia de la influencia que la perspectiva de la nacionalización hubiera podido tener sobre el valor de los títulos”³⁰. Este razonamiento condujo al Alto

²⁷ Cons. d'Ét. de 20 de octubre de 1972, *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*. Rec. Cons. d'Ét., p. 657, conclusiones de M. Morisot; RDP, 1973, p. 843, conclusiones de M. Morisot; AJDA, 1972, p. 576, crónica de MM. Cabanes y Léger; JCP, 1973.II.17470, nota de B. Odent; CJEG. 1973.J.60, nota de J. Virole. Esta sentencia no hace sino confirmar la fórmula introducida meses antes por Cons. d'Ét. de 28 de mayo de 1971. *Ministre de l'équipement et du logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé "Ville nouvelle est"*. Rec. Cons. d'Ét., p. 409, conclusiones de G. Braibant; M. LONG, G. BRAIBANT, P. WEIL, P. DELVOLVÉ y B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Sirey, 1993, 10ª edición, p. 648 y referencias citadas.

²⁸ Para más detalles. vid., por ejemplo, J.-M. AUBY y P. BON, *Droit administratif des biens*, Dalloz, 1993, 2ª edición, pp. 392-396, especialmente p. 395.

²⁹ Sobre la amplitud del control de la utilidad o necesidad pública, puede confrontarse el paralelismo con la jurisprudencia emanada del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 1 del Protocolo Adicional 1º al Convenio (Parte I, capítulo 2.2).

³⁰ Decisión ya citada Nº 81-132 DC, de 16 de enero de 1982.

Tribunal a declarar inconstitucional el primitivo sistema de valoración previsto por el legislador.

Así, la ley había previsto que el valor de cambio de las acciones transferidas al poder público y que cotizaban en Bolsa se calcularía del siguiente modo: la mitad del valor, con referencia al valor medio de su cotización en Bolsa entre el 1 de enero de 1978 y el 31 de diciembre de 1980; un cuarto del valor, por referencia a la situación contable neta de la sociedad en cuestión; y, para el cuarto restante, se multiplicaría por diez el beneficio neto medio. El Consejo reconoció que “la determinación del valor de las acciones que cotizaban oficialmente el día de la privación no puede hacerse directamente, sobre todo porque la cotización en Bolsa se ve afectada mucho tiempo antes por la expectativa de la nacionalización, y que es al legislador a quien compete determinar las reglas para calcular el valor de cambio, lo cual arrojaría con una cierta aproximación, aunque limitada, resultados ponderados”.

Sin embargo, estimó que el sistema definido por el legislador no llevaba a una justa valoración de las acciones por cuatro razones: la referencia a los valores medios de cotización entre los años 1978, 1979 y 1980 debería haber incorporado una corrección para tener en cuenta la depreciación de la moneda; la referencia a la evolución de las cotizaciones en un período tan largo produce grandes distorsiones respecto a cual hubiera podido ser el valor de las acciones en el momento de la privación; la referencia a la situación neta contable y al beneficio medio neto sin tener en cuenta los activos o el beneficio de las filiales lleva a resultados muy dispares, no por la diferencia de datos económicos y financieros objetivos, sino por la diversidad de técnicas de gestión y de métodos de presentación contables utilizados por las sociedades; los antiguos accionistas se ven privados de dividendos que hubieran debido percibir en razón del ejercicio de 1981. En consecuencia, el legislador debió modificar el sistema inicialmente previsto, adoptando uno nuevo y conforme con la Constitución³¹. De ahí que se introdujeran tres modificaciones esenciales: la media de las cotizaciones se calculó sobre un período más corto y reciente, en concreto, de octubre de 1980 a marzo de 1981; a esta suma se le añaden las cantidades distribuidas como dividendos relativos al ejercicio de 1980, elemento destinado a “asegurar a los accionistas, según una valoración a tanto alzado, la percepción de los dividendos a pagar por el ejercicio de 1981”³²; el total resultante se incrementa en un 14%.

En materia expropiatoria, el Consejo Constitucional tiene declarado que “para ser justa, la indemnización debe cubrir la totalidad del perjuicio directo, material y cierto causado por la expropiación”³³. El juez constitucional desestima de esta forma, para algunos muy criticable³⁴, la reparación del perjuicio moral y apoya indirectamente la redacción del artículo L. 13-13 del Código de

³¹ Decisión antes citada N° 82-139 DC, de 11 de febrero de 1982.

³² *Ibidem*.

³³ Decisión ya citada N° 89-256 DC, de 25 de julio de 1989.

³⁴ P. BON y P. CARRIAS. *Dictionnaire juridique de l'expropriation*, Dalloz, 1993, N° 5001.

Expropiación, según el cual “las indemnizaciones concedidas deben cubrir la totalidad del perjuicio directo, material y cierto causado por la expropiación”.

La indemnización debe ser previa

Esta exigencia ha sido interpretada de forma muy flexible por el juez constitucional. Ciertamente, el requisito de la previa indemnización se formuló en una época en la que sólo se pensaba en las expropiaciones, es decir, cuando la figura de las nacionalizaciones aún era desconocida. Al exigirse una indemnización previa, los autores de la Declaración de 1789 pretendían afirmar que la Administración no podrá entrar en posesión de un bien expropiado sin antes haberlo pagado en dinero líquido, lo cual y en principio no plantea mayor problema. De hecho, la indemnización expropiatoria debe pagarse³⁵ antes de que el expropiante ocupe el bien expropiado.

La regla sólo se excepciona cuando se trate de una expropiación urgente. En tal hipótesis y en virtud de los artículos L. 15-6 y siguientes del Código de Expropiación, la ocupación puede producirse después de una simple provisión de fondos por parte del expropiante. El Consejo Constitucional declaró que esta excepción no vulneraba el principio constitucional de la previa indemnización, habida cuenta de lo restringido de su ámbito de aplicación —se circunscribe a la realización de grandes obras públicas de interés nacional—, enumeradas taxativamente en el Código—; de la urgencia y prevalencia del interés general en juego —facilitar la realización de tales obras de interés nacional—; y de las garantías previstas en favor de los propietarios afectados —necesidad de un decreto del Consejo de Estado—; de que la provisión es equivalente por lo menos al valor de uso de los terrenos o al que estime la entidad expropiante si fuera mayor; y de la intervención del juez competente para fijar la indemnización especial que compense los perjuicios causados por la urgencia del procedimiento³⁶.

Por el contrario, cuando se trata de nacionalizaciones, y más aún, cuando estas son a gran escala, exigir el pago previo y en dinero líquido puede comprometer excesivamente las arcas públicas. Por ello, el Consejo Constitucional declara que el pago previo y líquido no constituía un requisito obligatorio en el caso de las nacionalizaciones, Si la forma de indemnización elegida era equivalente al pago en dinero líquido³⁷.

Y estimó que tal era el caso de las nacionalizaciones de 1982, en vista de las modalidades de pago previstas por el legislador: los accionistas desposeídos recibían, en la fecha de la privación y a cambio de sus acciones, obligaciones que cotizaban en Bolsa y eran inmediatamente negociables, con un interés semestral pagadero a plazo y cuya tasa de interés era suficiente para paliar los riesgos de depreciación monetaria; el reembolso a la par de tales obligaciones se realizaba por sorteo en quince tramos más o menos iguales, lo cual daba como resultado un vencimiento medio de reembolso de siete años y medio, duración que el Consejo Constitucional no consideró anormal ni excesiva.

³⁵ O consignarse, si surgieran obstáculos para el pago debidamente constatado: por ejemplo, rechazo del beneficiario.

³⁶ Decisión N° 89-256 DC, de 25 de julio de 1989.

³⁷ Decisión ya citada N° 81-132 DC de 16 de enero de 1982.

- b) Las restricciones al ejercicio del derecho de propiedad justificadas por el interés general y que no desnaturalizan el sentido y alcance del derecho.

Cuando nos encontramos ante un supuesto que no conlleva privación de la propiedad sino una limitación del ejercicio dominical, sin poner en peligro la existencia del derecho, no es de aplicación el art. 17 de la Declaración de 1789, por cuanto no se incurre en expropiación. Por ello, son posibles las restricciones al ejercicio del derecho de propiedad sin derecho a indemnización.

Podemos tomar como ejemplo el caso de la prohibición de la publicidad o propaganda en favor del tabaco o las restricciones en la propaganda y publicidad de las bebidas alcohólicas: no afectan a la existencia del derecho de marca inscrito, pero pueden afectar al ejercicio del derecho³⁸.

Pero tales restricciones sólo son constitucionales si cumplen dos condiciones. En primer lugar, deben estar justificadas por el interés general. La razón que justifica la prohibición de la propaganda del tabaco y las restricciones a la publicidad de las bebidas alcohólicas, por ejemplo, reside en la protección de la salud pública, principio constitucional³⁹ según el párrafo undécimo del Preámbulo de la Constitución de 1946⁴⁰.

En segundo lugar, las restricciones no deben desnaturalizar el sentido y alcance del derecho de propiedad⁴¹ o, por utilizar otra terminología de significación análoga, no deben imponer al propietario una carga tal que su derecho quede vacío de contenido⁴². En otras palabras, y utilizando una expresión al uso en otros sistemas constitucionales, las limitaciones no deben afectar al contenido esencial del derecho. Pero es verdaderamente difícil saber cuándo la limitación afecta o desnaturaliza el sentido o alcance del derecho de propiedad. El Consejo Constitucional tiende a negar la desnaturalización del derecho en la medida en que la restricción sea limitada⁴³ y vaya acompañada de garantías de fondo y forma⁴⁴, entre las que destacan: la ausencia de una potestad discrecional del poder público⁴⁵; el control del exceso de poder por el juez⁴⁶; y la existencia de sanciones para el caso de violación de las prescripciones legales⁴⁷.

En resumen, son muchas las limitaciones posibles al derecho de propiedad, con lo que este pasa a ser un derecho más, debilitado como ocurre hoy en la mayoría de los ordenamientos constitucionales ¿Qué ocurre con la propiedad pública?

³⁸ Decisión N° 90-283 DC, de 8 de enero de 1991, Rec. Cons. constit., p. 11.

³⁹ Decisión ya citada N° 90-283 DC, de 8 de enero de 1991.

⁴⁰ La nación "garantiza a todos, principalmente a la infancia, las madres y a los trabajadores ancianos, la protección de la salud pública [...]".

⁴¹ Decisiones N° 84-172 DC, de 26 de julio de 1984, Rec. Cons. constit., p. 58. N° 85-189 DC, de 17 de julio de 1985, ibid., p. 49. N° 89-254 DC, de 4 de julio de 1989, ibid., p. 41; N° 90-287 DC, de 16 de enero de 1991, ya citada.

⁴² Decisión N° 85-198 DC, de 13 de diciembre de 1985, Rec. Cons. constit., p. 78.

⁴³ Decisión antes citada N° 90-283 DC, de 8 de enero de 1991.

⁴⁴ Decisión ya citada N° 84-172 DC, de 26 de julio de 1984.

⁴⁵ Decisión ya citada N° 85-189 DC, de 17 de julio de 1985.

⁴⁶ Ibídem, decisión N° 889-267 DC, de 22 de enero de 1990, Rec. Cons. constit., p. 27.

⁴⁷ Decisión N° 91-303 DC, de 15 de enero de 1992, Rec. Cons. constit., p. 15.

II. EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD PUBLICA

El derecho a la propiedad pública tiene el mismo valor constitucional que el derecho de propiedad privada y, por tanto, también goza de un régimen de protección constitucional.

A) *El valor constitucional del derecho de propiedad pública*

Al subrayar el valor cardinal del derecho de propiedad en la Declaración de 1789, los padres fundadores pensaban fundamentalmente en proteger la propiedad privada. Pero no hay ninguna razón que impida que la propiedad pública pueda ser tutelada con el mismo fundamento que la propiedad privada. Así, el Consejo Constitucional, en su Sentencia de 1986 relativa a la Ley de Privatización⁴⁸, y después de evocar “las disposiciones de la Declaración de Derechos Humanos de 1789 relativas al derecho de propiedad y a la protección que merece”, prosigue diciendo que “tal protección no se refiere sólo a la propiedad privada de los particulares sino, con el mismo título, a la propiedad del Estado y de las demás personas públicas”. En otros términos, la propiedad pública tiene igual valor constitucional que la propiedad privada y se beneficia, por ello, de un régimen constitucional de protección cuyas líneas maestras examinaremos a continuación.

B) *El régimen constitucional del derecho de propiedad pública*

I. Las normas que regulan la competencia

Si, como indicamos anteriormente, compete al legislador, en aplicación del art. 34 de la Constitución, la regulación de las nacionalizaciones de empresas, también es la ley a la que se le ha reservado, con el mismo fundamento, la fijación de las normas relativas a “las transferencias de la propiedad de empresas del sector público al sector privado”. En este sentido, el Consejo Constitucional ha tenido ocasión de establecer numerosas precisiones que han aproximado la regulación de las privatizaciones a la de las nacionalizaciones.

En primer lugar, el art. 34 “deja a la apreciación del legislador la oportunidad de las transferencias del sector público al sector privado y la determinación de los bienes o empresas objeto de tales transferencias”⁴⁹, dejando claro que el legislador deberá “en el ejercicio de sus competencias respetar los principios y normas de valor constitucional que han de acatar todos los órganos del Estado”⁵⁰.

En segundo lugar, el art. 34 no obliga a que “toda transferencia del sector público al privado sea decidida directamente por el legislador”⁵¹. El legislador es

⁴⁸ Decisión N° 86-207 DC, de 25 y 26 de junio de 1986, Rec. Cons. constit., p. 61: L. FAVOREU y L. PHILIP, ob. cit., p. 655 y las referencias citadas.

⁴⁹ Decisión citada, N° 87-107, de 25 y 26 de junio de 1986.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Decisiones ya citadas N° 81-132 DC, de 16 de enero de 1982 y 87-207 de 25 y 26 de junio de 1986.

competente para hacerlo, pero también puede autorizar que sea la Administración la que lo haga.

Pero, en tercer lugar, si el legislador no designa por sí mismo de forma expresa las empresas privatizadas y difiere tal posibilidad a la Administración, deberá cuando menos precisar "para tales operaciones las normas cuya aplicación tendrán que cumplir las autoridades u órganos por él designados"⁵² y no puede confiarles "un margen de apreciación y de carácter discrecional, sustraído a cualquier control y de una extensión excesiva"⁵³. En este sentido, los artículos 4, 16 y 30 de la Ley de Nacionalización de 1982, sometida al control del Consejo Constitucional, permitían sin mayor precisión que los órganos directivos de las sociedades nacionalizadas pudieran decidir la enajenación total o parcial de sus acciones en sociedades filiales, cuyo centro de actividad estuviera fuera del territorio nacional. El Consejo estimó que tales disposiciones "atribuyen a los órganos directivos de las sociedades, en exclusiva, una potestad de apreciación y de carácter discrecional, sustraída a todo control, y de tal extensión que vulnera las exigencias del art. 34 de la Constitución"⁵⁴.

2. Las normas materiales

Entre los principios y normas materiales que deben presidir toda privatización, hay que resaltar que determinadas actividades públicas no pueden transferirse al sector privado y que, cuando se trata de actividades susceptibles de ser transferidas, el precio de la cesión no puede ser inferior a su valor de mercado.

a) *Las actividades públicas no susceptibles de transferencia al sector privado*

Como ya se ha indicado, el párrafo noveno del Preámbulo de la Constitución de 1946 dispone que "cualquier bien, cualquier empresa cuya explotación sea o pueda transformarse en un servicio público nacional o en un monopolio de hecho, debe convertirse en propiedad de la colectividad". ¿Podemos deducir de este enunciado que será inconstitucional la privatización de los servicios públicos o de los monopolios de hecho? El Consejo Constitucional ha respondido de forma matizada.

La privatización de un monopolio de hecho parece inconstitucional.

Por el contrario, la privatización de un servicio público es lícita cuando no se trate de un servicio público constitucional. Así, "el hecho de que una actividad sea declarada servicio público por el legislador sin que la Constitución lo exija no es obstáculo para que tal actividad pueda ser transferida al sector privado"⁵⁵ salvo, por supuesto, que se trate de un monopolio de hecho. Hasta ahora, la jurisprudencia constitucional ha precisado que no son servicios públicos constitucionales las actividades que figuran en la lista anexa a la Ley 86-793, de 2 de julio de 1986, y entre las que figuran la banca y los seguros⁵⁶, el servicio público

⁵² Decisión citada N° 81-132 DC, de 16 de enero de 1982.

⁵³ Decisión citada N° 87-207, de 25 y 26 de junio de 1986.

⁵⁴ Decisión citada N° 81-132 DC, de 16 de enero de 1982.

⁵⁵ Decisión citada N° 86-207 DC, de 25 y 26 de junio de 1986.

⁵⁶ *Ibidem*.

de crédito⁵⁷, la televisión⁵⁸ y la concesión de préstamos bonificados⁵⁹. Sin embargo, todavía no se ha pronunciado sobre cuáles son esos servicios públicos constitucionales. La doctrina, por su parte, ha considerado incluidos frecuentemente entre tales servicios públicos la defensa nacional, la justicia, los asuntos exteriores y la policía, es decir, los servicios públicos que se corresponden con la función de soberanía, incluidos los servicios públicos de la enseñanza, la sanidad y las prestaciones sociales⁶⁰.

b) El precio de la cesión de las actividades públicas susceptibles de transferencia

El Consejo Constitucional, como ya hemos notado, ha declarado que la "Constitución no permite que bienes y empresas pertenecientes al patrimonio público sean cedidos a personas que persigan fines de interés privado por un precio inferior a su valor"⁶¹.

Tal regla tiene un doble origen⁶². En rigor, deriva del principio de igualdad, puesto que si no existiera tal criterio, los adquirentes de esas actividades económicas gozarían de ventajas injustificadas en detrimento del resto de los ciudadanos. En segundo lugar, deriva de la protección que la Declaración de 1789 reconoce en favor del derecho de propiedad y que afecta no sólo a la propiedad privada sino, como dijimos, a la propiedad del Estado y de las demás entidades públicas. Esto es, si el precio debe ser "justo" en el caso de que el poder público expropie un bien a un particular, también deberá ser "justo" cuando el poder público cede o transfiere un bien, siendo el precio justo su valor de mercado.

La última cuestión es cómo se determina el justiprecio. El Consejo Constitucional ha respondido en términos sencillos declarando que se ha de calcular "de forma objetiva e imparcial, respetando las técnicas apropiadas"⁶³. Y ello será así cuando la valoración de las actividades transferidas sea hecha "por expertos competentes, totalmente independientes de los posibles adquirentes"⁶⁴ y si "se ha realizado según los métodos objetivos utilizados en la práctica en materia de cesión total o parcial de los activos de una sociedad, teniendo en cuenta sobre todo la ponderación justa en cada caso del valor bursátil de los títulos, el valor de los activos, los beneficios conseguidos, la existencia de filiales y las perspectivas futuras"⁶⁵.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Decisión Nº 86-217 DC, de 18 de septiembre de 1986, *Rec. Cons. constit.*, p. 141.

⁵⁹ Decisión Nº 87-232 DC, de 7 de enero de 1988, *Rec. Cons. constit.*, p. 17.

⁶⁰ L. FAVOREU y L. PHILIP, *ob. cit.*, p. 677.

⁶¹ Decisión ya citada Nº 86-207 DC, de 25 y 26 de junio de 1986.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Decisión ya citada Nº 87-232 DC, de 7 de enero de 1988.

⁶⁵ *Ibidem*.