



Universitat Autònoma de Barcelona

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi queda condicionat a l'acceptació de les condicions d'ús establertes per la següent llicència Creative Commons:  http://cat.creativecommons.org/?page_id=184

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis queda condicionado a la aceptación de las condiciones de uso establecidas por la siguiente licencia Creative Commons:  <http://es.creativecommons.org/blog/licencias/>

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis it is limited to the acceptance of the use conditions set by the following Creative Commons license:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=en>

UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA

Departamento de Derecho privado

Doctorado en Derecho (RD 99/2011)

Tesis doctoral

LA DIVISIÓN Y LA TEMPORALIDAD DEL DOMINIO

Presentada por

D. Guillem Izquierdo Grau

Dirigida por

el Dr. Lorenzo Prats Albentosa

Catedrático de Derecho civil

Febrero de 2017

Al meu mestre Llorenç

RESUM

El legislador català ha introduït en el llibre cinquè dels drets reals del Codi civil de Catalunya dues noves formes del dret de propietat, a través de la Llei 19/2015, de 29 de juliol, del Parlament de Catalunya.

No obstant això, tot i que el legislador de Catalunya configura ambdues figures jurídiques com a formes del dret de propietat, la propietat temporal i la propietat compartida no tenen precedents en l'Ordenament jurídic espanyol, ja que es basen en figures del dret de propietat anglosaxó, les característiques dogmàtiques del qual difereixen substancialment respecte de la dogmàtica civil de la propietat que segueix la Constitució espanyola de 1978, Codi civil general i el Codi civil de Catalunya.

La incorporació de la propietat temporal i la propietat compartida en el Codi civil de Catalunya podria comportar problemes dogmàtics perquè la divisió del domini i la seva temporalitat són residuals o inexistents entre les institucions del Dret civil del Codi civil general i del Codi civil de Catalunya. No obstant, el preàmbul de la Llei 19/2015, de 29 de juliol, es refereix a institucions que comporten una divisió de les facultats dominicals o una situació transitòria de temporalitat del domini que seran objecte d'estudi en aquesta per determinar si la propietat temporal i la propietat compartida tenen una connexió amb altres institucions del Dret civil.

Tanmateix, la Constitució espanyola de 1978 regula el dret a la propietat privada en l'article 33 CE, es consagra que la propietat ha de complir una funció social i en l'article 53.1 CE s'imposa el mandat constitucional al legislador de respectar el contingut essencial dels drets en la conformació del seu contingut.

Per aquest motiu, serà objecte d'estudi la doctrina constitucional del dret de propietat per analitzar la constitucionalitat d'ambdues noves formes de propietat a Catalunya en allò que es refereix a la seva naturalesa jurídica, l'abast del principi de la funció social del dret de propietat per flexibilitzar el domini i crear noves formes del dret de propietat, el respecte a la garantia del contingut essencial de la propietat en base a la regulació de la propietat temporal i de la propietat compartida, així com les competències del legislador de Catalunya per regular nous tipus del dret de propietat.

RESUMEN

El legislador de Cataluña ha introducido en el libro quinto de los derechos reales del Código civil de Cataluña dos nuevas formas del derecho de propiedad, a través de la Ley 19/2015, de 29 de julio, del Parlamento de Cataluña.

No obstante, la propiedad temporal y la propiedad compartida no tienen precedentes en el Ordenamiento jurídico español, puesto que se basan en figuras jurídicas anglosajonas, cuyas características dogmáticas difieren sustancialmente respecto de la dogmática civil de la propiedad que sigue la Constitución española de 1978, el Código civil general y el Código civil de Cataluña.

La incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida en el Código civil de Cataluña podría conllevar problemas dogmáticos porque la división del dominio y su temporalidad son residuales o inexistentes entre las instituciones del Derecho civil del Código civil general y del Código civil de Cataluña. Sin embargo, el preámbulo de la Ley 19/2015, de 29 de julio, se refiere a instituciones que comportan una división de las facultades dominicales o una situación transitoria de temporalidad del dominio que serán objeto de estudio para determinar si la propiedad temporal y la propiedad compartida tienen una conexión con otras instituciones del Derecho civil.

Asimismo, la Constitución española de 1978 regula el derecho a la propiedad privada en el Art. 33 CE, se consagra que la propiedad debe cumplir una función social y en el Art. 53.1 CE se impone el mandato constitucional al legislador de respetar el contenido esencial de los derechos en la conformación de su contenido.

Por este motivo, será objeto de estudio la doctrina constitucional del derecho de propiedad para analizar la constitucionalidad de ambas nuevas formas del derecho de propiedad en Cataluña en lo que se refiere a su naturaleza jurídica, el alcance del principio de la función social del derecho de propiedad para flexibilizar el dominio y crear nuevas formas del derecho de propiedad, el respeto a la garantía del contenido esencial de la propiedad con base en la regulación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida, así como las competencias del legislador de Cataluña para regular nuevos tipos del derecho de propiedad.

ABSTRACT

The Catalan legislator has introduced in the fifth book of the real rights of the Catalan civil Code two new forms of the property right, through the Act 19/2015, 29th July, of the Catalan Parliament.

Nevertheless, the temporary ownership and the shared ownership are unprecedented in the Spanish legal system of laws, because they are based on forms of the English property right whose characteristics substantially differ with regard to Roman property right, which is contained in both the Spanish civil Code and the Catalan civil Code, that define the property right as an absolute, exclusive and perpetual right.

The incorporation of the temporary ownership and the shared ownership in the Catalan civil Code could involve troubles because the division of the domain and its temporality are residual or non-existent among the institutions of civil law of the Spanish civil Code and the Catalan civil Code. However, the preamble of the Act 19/2015, 29th July, refers to some institutions that involve a division of the owner's powers or a transitory situation of temporary domain that shall be studied to determine whether if the division and the temporality of the property right could be held based in such institutions.

Likewise, the Spanish Constitution 1978 regulates the property right in the article 33 CE. This article proclaims the social function of the property right and the article 53.1 CE imposes the constitutional mandate to the legislator to preserve the essential content of the constitutional rights in the conformation of its content.

This is the reason why the constitutional doctrine of the property right is studied to analyze the constitutionality of both new forms of Catalan properties in terms of their legal nature, the scope of the principle of the social function of the property right, respect for the guarantee of the essential content of property based on the regulation of the temporary ownership and the shared ownership, as well as the powers of the Catalan legislator to regulate new types of property rights.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	p. 23
--------------	-------

INTRODUCCIÓN	p. 27
--------------	-------

I PARTE: LA DOGMÁTICA DEL DERECHO DE PROPIEDAD

CAPÍTULO I: LA DOGMÁTICA DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

<i>PRELIMINAR</i>	p. 49
-------------------	-------

1. La concepción del dominio en la etapa previa de la Codificación del Derecho civil. La Novísima Recopilación de Leyes de España y el Código de las Siete Partidas	p. 51
--	-------

2. La regulación del derecho de propiedad en los sucesivos proyectos de códigos civiles	p. 56
--	-------

<i>2.1. El derecho de propiedad en el Proyecto de Código civil de 1821</i>	p. 56
--	-------

<i>2.2. El derecho de propiedad en el Proyecto de Código civil de 1836</i>	p. 60
--	-------

<i>2.3. El derecho de propiedad en el Proyecto de Código civil de 1851</i>	p. 63
--	-------

3. El derecho de propiedad en el Código civil de 1889	p. 65
--	-------

<i>3.1. La concepción clásica del dominio en el Código civil</i>	p. 65
--	-------

3.1.1. Las características del derecho de propiedad en el Código civil	p. 68
--	-------

A) Unívoco	p. 68
------------	-------

B) Perpetuo	p. 70
-------------	-------

C) Absoluto	p. 72
-------------	-------

D) Exclusivo	p. 74
--------------	-------

E) Elástico	p. 76
-------------	-------

3.1.2. El contenido del derecho de propiedad	p. 77
--	-------

A) La facultad de goce o <i>ius utendi</i>	p. 78
--	-------

B) La Facultad de disposición o <i>ius disponiendi</i>	p. 81
C) La facultad de exclusión y de reivindicación	p. 82
4. El proceso de cambio en la concepción del dominio	p. 83
4.1. <i>El cambio dogmático del concepto de derecho subjetivo</i>	p. 83
4.2. <i>El cambio histórico positivo</i>	p. 85
4.2.1. La Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954	p. 85
4.2.2. El Decreto 118/1973, de 12 de enero, por el que se aprueba el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo agrario	p. 87
4.2.3. La Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas	p. 88
4.2.4. El Real Decreto 1346/2976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana	p. 88
4.3. <i>Las características de la nueva propiedad</i>	p. 89
4.4. <i>Reflexiones finales</i>	p. 91
5. La disciplina constitucional de la propiedad privada en la Constitución española de 1978	p. 92
5.1. <i>El Art. 33.1 CE. El reconocimiento constitucional del derecho a la propiedad privada</i>	p. 93
5.1.1. El sentido del reconocimiento	p. 93
5.1.2. El alcance del reconocimiento	p. 94
5.1.3. Las diferentes vías para determinar el reconocimiento constitucional	p. 97
A) La expropiación forzosa	p. 97
B) El contenido esencial del derecho de propiedad	p. 98
5.2. <i>El Art. 33.2 CE. La función social de la propiedad privada</i>	p. 99
5.2.1. Concepto y alcance de la función social de la propiedad	p. 99
5.2.2. La función social como el único criterio válido para la definición del contenido del derecho de propiedad	p. 102
5.2.3. El legislador y el propietario en particular como destinatarios del mandato de la función social de la propiedad	p. 103
5.2.4. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal	p. 105

Constitucional sobre la función social de la propiedad	
5.3. <i>El contenido esencial del derecho de propiedad</i>	p. 110
5.3.1. Las teorías sobre el contenido esencial de los derechos	p. 111
A) La teoría absoluta	p. 111
B) La teoría relativa	p. 114
C) La teoría mixta o híbrida	p. 116
5.3.2. El contenido esencial del derecho de propiedad como el mínimo indisponible por el legislador	p. 118
A) El contenido esencial de la propiedad y la intervención del legislador	p. 118
B) El contenido esencial como una garantía de todas las formas de propiedad	p. 121
5.3.3. Análisis del contenido esencial del derecho de propiedad por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	p. 121
A) La Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril y los criterios para determinar el contenido esencial de los derechos	p. 122
B) La configuración del contenido esencial del derecho de propiedad por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	p. 125
5.3.4. Reflexiones finales	p. 132

CAPÍTULO II: EL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL DERECHO EXTRANJERO

1. La disciplina de la propiedad privada y las formas del dominio dividido en el <i>Code civil des français</i>	p. 135
1.1. <i>Evolución histórica de la propiedad en el Derecho civil francés</i>	p. 137
1.2. <i>Los caracteres del derecho de propiedad</i>	p. 139
1.2.1. Absoluto	p. 139
1.2.2. Exclusivo	p. 142
1.2.3. Perpetuo	p. 143

1.3. <i>El contenido del derecho de propiedad</i>	p. 144
1.3.1. <i>El ius utendi</i>	p. 145
1.3.2. <i>El ius fruendi</i>	p. 146
1.3.3. <i>El ius abutendi</i>	p. 146
2. La disciplina de la propiedad privada en el Código civil italiano	p. 148
2.1. <i>La evolución histórica de la propiedad en el Derecho civil italiano</i>	p. 148
2.1.1. <i>La propiedad en el Código civil italiano de 1865</i>	p. 148
2.1.2. <i>La propiedad en el Código civil italiano de 1942</i>	p. 151
A) <i>Concepto</i>	p. 151
B) <i>Las características del derecho de propiedad</i>	p. 154
a) <i>Plenitud y exclusividad</i>	p. 154
b) <i>Perpetuidad</i>	p. 155
c) <i>Elasticidad</i>	p. 156
C) <i>El contenido del derecho de propiedad</i>	p. 157
a) <i>La facultad de goce</i>	p. 158
b) <i>La facultad de disposición</i>	p. 159
3. La disciplina de la propiedad privada en la Constitución italiana	p. 160
3.1. <i>Antecedentes. La propiedad privada en el Estatuto Albertino y la función social de la propiedad durante el fascismo</i>	p. 160
3.2. <i>El reconocimiento del derecho a la propiedad privada</i>	p. 161
3.3. <i>La función social de la propiedad</i>	p. 164
3.3.1. <i>Concepto</i>	p. 164
3.3.2. <i>Alcance y efectos</i>	p. 164
A) <i>La función social de la propiedad como un principio general del derecho</i>	p. 166
B) <i>La función social de la propiedad como un parámetro de valoración de la conducta del propietario</i>	p. 166
C) <i>La función social de la propiedad como un criterio válido para la delimitación del contenido del derecho de propiedad</i>	p. 167
D) <i>La función social de los bienes</i>	p. 169
3.4. <i>El contenido esencial del derecho de propiedad</i>	p. 170

3.4.1. Las teorías para determinar el contenido esencial del derecho de propiedad	p. 171
A) La teoría del contenido mínimo	p. 171
B) La teoría de la conciencia social e histórica	p. 172
C) La teoría de la idea de propiedad del poder constituyente	p. 173
3.4.2. El alcance del contenido esencial de la propiedad	p. 173
A) Las actuaciones delimitadoras y expropiadoras del legislador	p. 174
B) La afectación de la intervención al destino natural del bien, la disminución de su valor en cambio en el mercado	p. 175
C) La “temporalidad” de la intervención	p. 176
D) La teoría de la inexistencia de un contenido esencial de la propiedad	p. 177
4. La disciplina de la propiedad privada en el <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (BGB)	p. 177
4.1. <i>Concepto</i>	p. 177
4.2. <i>Las características del derecho de propiedad</i>	p. 179
4.2.1. Absoluto	p. 179
4.2.2. Exclusivo	p. 181
4.2.3. Elástico	p. 181
4.2.4. Perpetuo	p. 182
4.3. <i>El contenido del derecho de propiedad</i>	p. 182
4.3.1. La facultad de goce	p. 183
4.3.2. La facultad de disposición	p. 183
5. La disciplina de la propiedad privada en la Constitución alemana	p. 183
5.1. <i>El reconocimiento del derecho a la propiedad privada</i>	p. 183
5.2. <i>La función social de la propiedad</i>	p. 185
5.2.1. Concepto	p. 185
5.2.2. Alcance y efectos	p. 186
5.3. <i>La garantía del contenido esencial de la propiedad. La Wesensgehaltgarantie</i>	p. 186

5.3.1. Las teorías para intuir el contenido esencial de la propiedad	p. 187
A) La teoría del acto concreto. La <i>Einzelaktstheorie</i>	p. 188
B) La teoría del sacrificio especial. La <i>Sonderopfertheorie</i>	p. 189
C) La teoría de la gravedad de la lesión. La <i>Schweretheorie</i>	p. 189
D) La teoría de la dignidad de la protección. La <i>Schtzwüdigkeitstheorie</i>	p. 190
E) La teoría de la exigibilidad. La <i>Zumutbarkeitstheorie</i>	p. 191
F) La teoría de la minoración de la sustancia. La <i>Substanzminderungstheorie</i>	p. 191
G) La teoría de la utilidad privada. La <i>Privatnützigkeitstheorie</i>	p. 193
6. La disciplina de la propiedad privada en el Derecho anglosajón	p. 194
6.1. <i>Tenures y Estates</i>	p. 194
6.2. <i>Derechos de propiedad sobre los fundos</i>	p. 196
6.2.1. <i>Fees Simple Absolute in Possession</i>	p. 198
A) Concepto	p. 198
a) <i>Fee simple</i>	p. 198
b) <i>Absolute</i>	p. 198
c) <i>In possession</i>	p. 200
B) Naturaleza jurídico de los <i>freehold</i>	p. 200
a) Facultad de disposición	p. 201
b) Facultad de uso y de goce sobre los fundos	p. 201

II PARTE: LA DIVISIÓN Y LA TEMPORALIDAD DEL DOMINIO COMO UNA NUEVA FORMA DE DISFRUTE DEL DERECHO DE PROPIEDAD

CAPÍTULO III: LAS FIGURAS JURÍDICAS AFINES A LA PROPIEDAD TEMPORAL Y A LA PROPIEDAD COMPARTIDA DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

<i>PRELIMINAR</i>	p. 205
1. La Ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida en el libro quinto del Código civil de Cataluña	p. 211
<i>1.1. Introducción</i>	p. 211
1.1.1. El Preámbulo de la Ley 19/2015, de 29 de julio del Parlamento de Cataluña	p. 211
A) Consideraciones generales	p. 211
B) Ubicación sistemática	p. 213
C) Carácter dispositivo de la regulación	p. 214
1.1.2. La motivación de la nueva regulación. La insuficiencia del binomio propiedad/alquiler para acceder a una vivienda digna y adecuada	p. 215
<i>1.2 Naturaleza jurídica. Figuras análogas existentes en el Ordenamiento jurídico español</i>	p. 225
2. Las figuras afines a la propiedad temporal y a la propiedad compartida	p. 228
<i>2.1. Instituciones sucesorias</i>	p. 228
2.1.1. La sustitución fideicomisaria	p. 228
A) El estatuto jurídico del heredero fiduciario como un sujeto análogo al titular temporal	p. 228
B) La limitación de los llamamientos para evitar la vinculación de la propiedad	p. 232

C) Similitudes y diferencias entre el heredero fiduciario y el titular temporal	p. 234
2.1.2. La herencia y el legado a término	p. 236
A) La dinámica de la institución	p. 236
B) La naturaleza personal del término y de la condición del heredero instituido a plazo	p. 238
2.2. <i>Instituciones de naturaleza real</i>	p. 239
2.2.1. La enfiteusis	p. 239
A) Concepto	p. 239
B) Naturaleza jurídica	p. 241
a) Como un derecho real <i>in re aliena</i>	p. 241
b) Como un supuesto de dominio dividido	p. 250
c) Como una carga real	p. 258
C) La enfiteusis y la propiedad temporal	p. 260
2.2.2. Figuras análogas a la enfiteusis	p. 266
A) El contrato de foro	p. 266
a) Concepto	p. 266
b) Naturaleza jurídica	p. 268
B) La rabassa morta	p. 270
a) Concepto	p. 270
b) Naturaleza jurídica	p. 271
2.2.3. El derecho de superficie	p. 276
A) Concepto y quiebra del principio <i>superficies solo cedit</i>	p. 276
B) El régimen jurídico del derecho de superficie	p. 279
C) Naturaleza jurídica	p. 280
a) Como un derecho real	p. 280
b) Como un supuesto de dominio dividido	p. 282
c) Como un derecho real sobre un fundo ajeno y como un derecho de propiedad respecto de lo construido. La propiedad superficiaria	p. 285
d) Las teorías elaboradas por la doctrina italiana y alemana	p. 289
D) El derecho de superficie y la propiedad temporal	p. 299

2.2.4. El derecho real de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico	p. 303
A) Propuestas doctrinales para regular el fenómeno del aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico con anterioridad a promulgación de las directivas europeas	p. 303
a) Las propuestas de la doctrina italiana	p. 304
b) Las propuestas de la doctrina portuguesa	p. 308
c) Las propuestas de la doctrina francesa	p. 309
d) Las propuestas de la doctrina española	p. 311
B) La doble naturaleza jurídica de la multipropiedad en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre	p. 316
C) La naturaleza jurídica de la multipropiedad en la Ley 4/2012, de 6 de julio	p. 321
D) Algunas consideraciones sobre la opción escogida por el legislador español	p. 324
2.2.5. La comunidad especial por turnos del Código civil de Cataluña	p. 325
A) Naturaleza jurídica	p. 325
B) Algunas consideraciones sobre la opción escogida por el legislador de Cataluña	p. 328
2.3. <i>Instituciones de naturaleza personal</i>	p. 330
2.3.1. La cláusula de reserva de dominio. Las teorías sobre su naturaleza jurídica	p. 330
A) La cláusula de reserva de dominio como condición suspensiva	p. 330
B) La cláusula de reserva de dominio como término	p. 333
C) La cláusula de reserva de dominio como condición resolutoria	p. 334
D) La cláusula de reserva de dominio como un derecho real de garantía	p. 335
E) La teoría de la duplicidad de dominios	p. 336
F) Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la	p. 340

cláusula y el contrato de compraventa	
2.3.2. La donación con cláusula de reversión	p. 341
A) Configuración jurídica	p. 341
B) La dinámica de la donación con cláusula de reversión	p. 342
C) La naturaleza personal de la donación con cláusula de reversión	p. 345
2.3.3. Reflexiones finales	p. 346

CAPÍTULO IV: LA PROPIEDAD TEMPORAL Y LA PROPIEDAD COMPARTIDA

1. La propiedad temporal	p. 349
1.1. <i>Figura jurídica inspiradora</i>	p. 350
1.1.1. <i>Leases of Land</i>	p. 350
A) La esencia de los <i>leasehold</i>	p. 350
B) Categorías de <i>leasehold</i>	p. 353
a) Los <i>leasehold</i> de duración determinada	p. 353
b) Los <i>leasehold</i> cuya duración es susceptible de ser determinada	p. 353
c) <i>Tenancies at will</i> y <i>at sufferance</i>	p. 353
d) Los <i>Leasehold</i> periódicos	p. 354
C) Elementos sustanciales de los <i>leasehold</i>	p. 355
a) La intención	p. 355
b) La posesión exclusiva	p. 356
c) La duración determinada	p. 357
d) <i>Premium</i> o contraprestación periódica	p. 360
e) Requerimientos formales	p. 361
D) Derechos y obligaciones de las partes	p. 361
a) Estatuto jurídico del <i>landlord</i>	p. 361
b) Estatuto jurídico del <i>tenant</i>	p. 362
1.2. <i>Concepto</i>	p. 364
1.2.1. Los límites de la autonomía privada en la propiedad	p. 366

temporal	
1.2.2. La duración	p. 366
1.2.3. El establecimiento de un plazo cierto y determinado de duración	p. 369
<i>1.3. Naturaleza jurídica</i>	p. 371
1.3.1. La propiedad temporal como una situación de comunidad	p. 372
1.3.2. La propiedad temporal como una propiedad gravada con un derecho real de adquisición	p. 374
1.3.3. La propiedad temporal como un derecho real reforzado	p. 388
1.3.4. La propiedad temporal como un supuesto de dominio dividido	p. 391
<i>1.4. La situación posesoria en la propiedad temporal. La pluralidad de conceptos posesorios idénticos sobre un mismo bien</i>	p. 397
1.4.1. El titular temporal	p. 397
1.4.2. El titular sucesivo	p. 402
1.4.3. Reflexiones finales	p. 405
<i>1.5. La constitución de la propiedad temporal</i>	p. 406
<i>1.6. La extinción de la propiedad temporal</i>	p. 411
1.6.1. La transmisión automática del dominio a favor del titular sucesivo	p. 412
1.6.2. La expropiación forzosa de la propiedad temporal	p. 415
A) Régimen jurídico	p. 415
B) La expropiación forzosa del derecho del titular temporal y del derecho del titular sucesivo	p. 416
1.6.3. Reflexiones finales	p. 417
<i>1.7. Régimen jurídico</i>	p. 418
<i>1.8. Crítica constitucional</i>	p. 419
1.8.1. El contenido esencial y la función social de la propiedad temporal	p. 419
A) La garantía del contenido esencial y la propiedad temporal	p. 420
B) La función social y la propiedad temporal	p. 429
1.8.2. El título competencial y crítica de las posibilidades de	p. 435

introducción de la propiedad temporal en el Código civil de Cataluña

- A) La reforma del Código civil de Cataluña. El marco del Art. 148.1.8ª CE en materia de desarrollo del Derecho civil. p. 435
 - a) Los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el término “desarrollo” del Art. 149.1.8ª CE p. 446
- B) La posibilidad de reformar la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda. El título competencial del Art. 148.1.3ª CE en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda p. 449
- C) La elaboración de una ley especial en materia de propiedad sobre la vivienda. La problemática de las bases del ejercicio del derecho de propiedad en condiciones de igualdad de los Arts. 139.1 y 149.1.1ª CE. p. 456

2. La propiedad compartida p. 464

2.1. Figura jurídica inspiradora p. 465

2.1.1. La *Shared ownership* p. 465

A) Introducción p. 465

B) Concepto p. 468

C) Naturaleza jurídica p. 469

D) Cláusulas básicas p. 472

2.2. Concepto p. 473

2.2.1. Los límites de la autonomía privada en la propiedad compartida p. 473

A) La exclusión de la acción de división p. 474

B) La cuota inicialmente adquirida de dominio p. 475

C) El derecho de adquisición gradual p. 477

D) La duración p. 480

2.3. Naturaleza jurídica p. 481

2.3.1. La propiedad compartida como una comunidad especial de p. 481

bienes	
2.3.2. La posibilidad de diseñar una comunidad similar al amparo del principio de la autonomía privada	p. 483
2.3.3. La inexistencia de una situación de dominio dividido	p. 486
2.3.4. Crítica a la importación de la <i>Shared ownership</i> en el Código civil de Cataluña como una nueva comunidad especial de bienes	p. 486
2.4. <i>Régimen jurídico</i>	p. 490
2.5. <i>El título constitutivo de la propiedad compartida y su inscripción</i>	p. 492
2.5.1. Naturaleza jurídica	p. 492
2.5.2. La inscripción del título constitutivo	p. 496
2.5.3. La afección real de la contraprestación dineraria	p. 497
2.6. <i>La situación posesoria en la propiedad compartida. La coposesión</i>	p. 501
2.7. <i>La extinción de la propiedad compartida</i>	p. 502
2.7.1. La liquidación del estado posesorio del propietario material	p. 503
2.7.2. Especial consideración a la ejecución hipotecaria de las cuotas de dominio	p. 505
2.7.3. La expropiación forzosa de la propiedad compartida	p. 509
2.8. <i>Crítica constitucional</i>	p. 510
2.8.1. El contenido esencial y la función social de la propiedad compartida	p. 510
2.8.2. El título competencial y crítica de las posibilidades de introducción de la propiedad compartida en el Código civil de Cataluña	p. 512
A) El marco competencial del Art. 148.1.8ª CE en materia de desarrollo del Derecho civil.	p. 513
B) La problemática de las bases del ejercicio del derecho de propiedad en condiciones de igualdad de los Arts. 139.1 y 149.1.1ª CE.	p. 514
C) El título competencial del Art. 148.1.3ª CE en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda	p. 515

CONCLUSIONES

p. 517

BIBLIOGRAFIA

p. 537

ABREVIATURAS

Art. Artículo

Arts. Artículos

I. Legislación

BGB Código civil alemán

CC Código civil español

CCF Código civil francés

CCI Código civil italiano

CCCat Código civil de Cataluña

LDV Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña

LEF Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación forzosa

LH Ley hipotecaria

LPA Law of Property Act 1925

LPH Ley 49/1960, de 21 de Julio, de Propiedad Horizontal

LRDA Decreto 118/1973, de 12 de enero, por el que se aprueba el Texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario

LSOU Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana

RLEF Decreto de 26 de abril de 1957, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa

RH Reglamento hipotecario

TRLSRU Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana

II. Revistas

AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
DLL	Diario la Ley
RAP	Revista de Administración Pública
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RCDR	Revista Crítica de Derecho Registral
RCEC	Revista del Centro de Estudios Constitucionales
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDES	Revista de Derecho, Empresa y Sociedad
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP	Revista de Derecho Privado
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
RESSA	Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya

III. Jurisprudencia

STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
-----	---------------------------------------

STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SCC	Sentencia de la Corte Costituzionale italiana
SCCas	Sentencia de la Cour de Cassation francesa
SCCons	Sentencia del Conseil Constitutionnel francés
STFC	Sentencia del Tribunal Federal Constitucional alemán

IV. Instituciones

CORPME Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y
Mercantiles de España

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como finalidad el estudio del encaje dogmático y constitucional de la propiedad temporal y de la propiedad compartida que la Ley 19/2015, de 29 de julio, introdujo en el libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales.

Ahora bien, para juzgar tal, es necesario partir de determinadas premisas que se desprenden de la regulación del Código civil de Cataluña sobre las nuevas figuras jurídicas que ha introducido la Ley 19/2015, de 29 de julio, para criticar, posteriormente, la opción escogida por el legislador de configurar ambas figuras como formas del derecho de propiedad, en lugar de optar por otras posibles configuraciones que, como se intentará demostrar, hubieran planteado menos problemas dogmáticos y de orden constitucional.

Por un lado, en lo que se refiere a la propiedad temporal, el derecho de propiedad se ha configurado, tradicionalmente, como un derecho perpetuo o tendencialmente perpetuo, toda vez que, con carácter general, en un sistema jurídico-económico donde se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, parece lógico entender que la propiedad debe ser tendencialmente perpetua. Por tanto, el derecho de propiedad se ha definido como un derecho no sujeto, *a priori*, a una limitación temporal que implique la revocación del dominio de su titular.

Sin embargo, la propiedad temporal que se regula entre los Arts. 547-1 y 547-10 CCCat parece, *prima facie*, que se separa de la dogmática del derecho de propiedad si se tiene en cuenta que la doctrina mayoritaria ha defendido que el derecho del «propietario temporal» es un verdadero derecho de propiedad, limitado en el tiempo y que, una vez finalizado su plazo de duración, el bien hace tránsito a ulteriores titulares, con lo que parece que la propiedad temporal del Código civil de Cataluña implica un supuesto de revocabilidad del dominio y, por tanto, la creación de un nuevo tipo del derecho de propiedad basado en la temporalidad del mismo que no se ajustaría a la dogmática del derecho de propiedad.

Además, según se desprende de la redacción de los artículos que el Código civil de Cataluña dedica a la propiedad temporal, parece que ésta también implica una división

de las facultades dominicales entre el «propietario temporal» y el titular sucesivo, pero lo cierto es que el único supuesto que admite el Ordenamiento jurídico de concurrencia de diversos propietarios es en el caso de la comunidad de bienes ordinaria indivisa.

Es decir, el Art. 547-6 CCCat atribuye al «propietario temporal» todas las facultades del derecho de propiedad, con las únicas limitaciones de la duración de su derecho y de la existencia del titular sucesivo, pero el Art. 547-7 CCCat también reconoce al titular sucesivo algunas facultades que, a mi parecer, implican el reconocimiento de su condición de propietario, como lo es la facultad de exigir al «propietario temporal» que se haga cargo de los gastos de conservación y reparación del bien si éste se deteriora en más de un 50%, lo que implica que el titular sucesivo no se despreocupe del bien y que su derecho no se reduzca a una mera expectativa de recobrar la plena propiedad una vez se extinga el derecho del «propietario temporal».

En consecuencia, dada la regulación de la propiedad temporal contenida en el Código civil de Cataluña, la finalidad de esta investigación se centra en la determinación de si la propiedad temporal, entendida como un nuevo tipo del derecho de propiedad basado en la revocación del dominio del «propietario temporal» y en la división de las facultades dominicales entre aquél y el titular sucesivo, puede ser un tipo del derecho de propiedad de los que se refiere la garantía institucional del Art. 33.1 CE, entendida la garantía institucional de la propiedad privada como un reconocimiento del derecho de los particulares de apropiarse de los bienes, usar y gozar de los mismos, de conformidad con las exigencias que imponen las normas del Ordenamiento jurídico, de forma perpetua o tendencialmente perpetua, al menos hasta que el legislador, previa identificación del interés público, determina su incorporación al dominio público por medio de la ley (Arts. 128 y 132 CE), o bien se produzca un caso de privación singular o expropiación forzosa, mediante la correspondiente indemnización (Art. 33.3 CE).

Asimismo, la creación por el legislador de Cataluña de un nuevo tipo del derecho de propiedad basado en la temporalidad y en la revocación del dominio, conduce a plantearnos si dicho tipo del derecho de propiedad es conforme con la garantía del contenido esencial de los derechos a que se refiere el Art. 53.1 CE, entendida la misma desde el criterio de la *recognoscibilidad* del derecho regulado con el tipo abstracto objetivamente descrito.

En efecto, el derecho de propiedad, reconocido en el Art. 33 CE, es un derecho constitucional que el legislador no reguló dentro del Capítulo II del Título I de la Constitución española de 1978, es decir, entre los derechos fundamentales. No obstante, el legislador, cuando regule mediante la ley las formas de propiedad, tiene que respetar la garantía del contenido esencial del derecho de propiedad, según dispone el señalado Art. 53.1 CE.

Por tanto, para poder defenderse la constitucionalidad de un nuevo tipo del derecho de propiedad basado en la temporalidad del dominio, es preciso determinar su adecuación y conformidad con la garantía del contenido esencial del derecho de propiedad cuyo tipo abstracto se define por la concesión a su titular de las más amplias facultades de uso, goce y disposición de la cosa, de conformidad con las normas que imponen deberes y obligaciones a los propietarios de aquella categoría determinada de bienes y, además, aquellas facultades se ejercen de forma excluyente y tendencialmente perpetua.

Por otro lado, el Código civil de Cataluña no dedica ningún artículo a la constitución de la propiedad temporal a través del otorgamiento del correspondiente título constitutivo donde se regulen las relaciones entre el «propietario temporal» y el titular sucesivo, sin perjuicio de los efectos frente a terceros del título de adquisición, como consecuencia de la inscripción en el registro correspondiente de dicho título (Art. 547-8 CCCat).

Esta opción de política legislativa de no exigir un título de constitución para la adquisición de la propiedad temporal podría conducir a la conclusión que, en realidad, el legislador de Cataluña ha regulado un nuevo régimen de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria basado en la temporalidad del dominio, toda vez que el Art. 547-2 CCCat dice que puede adquirirse, con carácter general y sin limitación alguna, una propiedad temporal sobre bienes muebles no fungibles inscribibles en un registro público y sobre los bienes inmuebles.

Esta hipótesis de partida, es decir, la configuración de la propiedad temporal como un régimen de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, hace que resulte oportuno reflexionar sobre la idoneidad de regular la propiedad temporal en el Código civil de Cataluña, en lugar de hacerlo en una ley especial o en la propia ley del derecho a la vivienda de Cataluña. Es decir, el legislador, regulando la propiedad del Código civil de Cataluña, no ha limitado su objeto a una categoría determinada de bienes como, por ejemplo, la

vivienda, sino que puede adquirirse una propiedad temporal sobre un bien mueble o inmueble.

En mi opinión, la regulación de la propiedad temporal en una ley especial, permitiría mejor la identificación de la función social que ha movido al legislador de Cataluña a regular un pretendido nuevo régimen de la propiedad y, por tanto, la consiguiente traducción legislativa de la función social de la propiedad en el reconocimiento de un conjunto de derechos al «propietario temporal» y al titular sucesivo, y en la imposición de deberes, cargas y obligaciones a los mismos para la protección del interés público perseguido por el legislador.

Así pues, la hipotética regulación de la propiedad temporal en una ley especial que delimitara el objeto de la misma a los bienes inmuebles, hace que nos planteemos si esta decisión de política legislativa hubiera acarreado algún reproche de inconstitucionalidad a la propiedad temporal, relacionado con las competencias exclusivas del legislador estatal de fijar la regulación de las bases de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos (Art. 149.1.1ª CE), en este caso, las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de propiedad.

En este sentido, la propiedad temporal, configurada como un régimen de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, cuya característica esencial sería la temporalidad del dominio de los bienes muebles e inmuebles, podría alterar las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de propiedad de todos los españoles, con lo que dicha configuración de la propiedad temporal podría afectar a su conformidad con la Constitución.

No obstante, el Art. 148.1.3ª CE reconoce que las comunidades autónomas pueden asumir en sus respectivos estatutos de autonomía competencias exclusivas en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda. De hecho, el Estatuto de Autonomía de Cataluña asumió competencias exclusivas en materia de vivienda en el Art. 137 EAC.

Si se tiene en cuenta que el preámbulo de la Ley 19/2015, de Parlamento de Cataluña dice que el objeto de la ley es crear nuevas tenencias para facilitar el acceso a la vivienda en Cataluña, cabe plantearse la viabilidad de que el legislador autonómico regule nuevas formas o regímenes del derecho de propiedad por la vía del Art. 148.1.3ª CE.

Por tanto, la posible configuración de la propiedad temporal como un régimen especial de la propiedad sobre la vivienda o como un nuevo tipo del derecho de propiedad, también hace que nos planteemos el alcance de los títulos competenciales de los Arts. 137 EAC y 148.1.3ª CE y su idoneidad para regular nuevos regímenes del derecho de propiedad por parte del legislador autonómico.

En este sentido, se estudiarán y analizarán las competencias del legislador de Cataluña de regular nuevos regímenes del derecho de propiedad, de acuerdo con el alcance del título competencial del Art. 148.1.3ª CE y los consiguientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional para dirimir las controversias sobre la yuxtaposición de principios constitucionales en esta materia, para determinar si la creación de un régimen de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria puede ampararse en los Arts. 137 EAC y 148.1.3ª CE o si, en caso contrario, por esta vía también se alterarían las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos a que se refiere el Art. 149.1.1ª CE.

A mayor abundamiento, en lo referido al título competencial en virtud del cual el legislador de Cataluña reguló la propiedad temporal y la incorporó en el Código civil de Cataluña, cabe también plantearse el alcance de los títulos competenciales contenidos en los Arts. 129 EAC y 149.1.8ª CE, en relación con las competencias en materia de desarrollo de las instituciones del Derecho civil de Cataluña.

En efecto, según la doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta materia, el término «desarrollo» ha sido interpretado para evitar la petrificación de los derechos forales de las comunidades autónomas, pero, al mismo tiempo, como un impedimento para que éstas creen instituciones del Derecho civil sin ningún tipo de conexión con otras instituciones preexistentes en sus compilaciones forales y sin seguir los principios inspiradores de las mismas.

En consecuencia, para determinar si el legislador de Cataluña respetó la doctrina que elaboró el Tribunal Constitucional sobre el desarrollo de los derechos forales, es necesario adentrarse en el estudio de las instituciones que regula el Código civil de Cataluña y que, por su naturaleza jurídica, implican una situación de temporalidad del dominio, para determinar si la propiedad temporal ha sido creada *ex novo* por el legislador sin una conexión inmediata con otra institución del Derecho civil de Cataluña o, en caso contrario, existe alguna institución que ya estuviese regulada en la

Compilación de Derecho civil de Cataluña que permitiese sostener que la propiedad temporal no es extraña entre las instituciones del Derecho civil.

De acuerdo con el anterior planteamiento, en el preámbulo de la Ley 19/2015 se citan figuras jurídicas como la compraventa a carta de gracia, la sustitución fideicomisaria, el derecho de superficie y la donación con cláusula de reversión en tanto que figuras jurídicas que implican una situación de temporalidad del dominio. En consecuencia, para determinar si entre las anteriores figuras y la nueva propiedad temporal existe una conexión inmediata que permita afirmar que esta última constituye un desarrollo de alguna de aquéllas, es necesario el estudio de la naturaleza de las mismas para comprobar si implican situaciones de dominio temporal aptas para defender la conformidad con el texto constitucional de aquélla desde la óptica del desarrollo de los derechos civiles forales.

De acuerdo con todo lo anterior, la creación de un nuevo tipo del derecho de propiedad, basado en la temporalidad del dominio y su revocación, plantea una serie de problemas dogmáticos (referidos a la perpetuidad del dominio, fundamentalmente) y constitucionales (el respeto de la garantía del contenido esencial de los derechos, la función social de la propiedad y los diferentes tipos competenciales en virtud de los cuales el legislador de Cataluña puede regular nuevas formas del derecho de propiedad) que podrían conducir a dudar sobre la constitucionalidad de la nueva figura jurídica regulada en el Código civil de Cataluña entre los Arts. 547-1 y 547-10 CCCat.

Por este motivo, se intentará demostrar que, de acuerdo con la regulación de este nuevo tipo del derecho de propiedad, la propiedad temporal podría configurarse como un caso o supuesto de desmembramiento del dominio que, realmente, da lugar a la creación de un derecho real en cosa ajena que atribuye a su titular amplias facultades de uso, goce y disposición sobre el bien que, sin embargo, no estaría sujeto a conservar la forma y la sustancia del bien, por lo que su posición jurídica se aproximaría a la del censatario, el enfiteuta o al superficiario y, en cierta medida, a la del usufructuario.

De acuerdo con lo anterior, el Art. 547-4.1 CCCat establece que *“El titular del derecho de propiedad puede retener la propiedad temporal y transmitir la titularidad sucesiva a un tercero o a la inversa o transmitir ambas.”* Del tenor literal de este artículo parece desprenderse que la propiedad temporal necesariamente nazca de un derecho de propiedad perpetuo y exclusivo y, por tanto, como desmembramiento de la plena

propiedad y, por tanto, puede defenderse a la luz de este precepto que la propiedad temporal es, en realidad, un derecho real limitado de goce que grava la propiedad del titular sucesivo.

En consecuencia, y según la naturaleza jurídica de esta figura jurídica que se defiende, en lugar de hablar de «propietario temporal» para referirnos al titular del derecho de propiedad temporal, considero que resulta más adecuado referirnos a aquél como «titular temporal» del dominio.

De acuerdo con la teoría sobre la naturaleza jurídica de la propiedad temporal que se defiende, considero que el titular del derecho de propiedad es el denominado por la ley como «titular sucesivo», que, por lo tanto, es aquel quien ostenta las facultades propias del dueño, entre ellas la de ser titular de un derecho exclusivo, excluyente y perpetuo, si bien gravado por el derecho del denominado por la ley «propietario temporal» y que, en consecuencia, una vez haya finalizado el plazo de duración del derecho temporal de éste es quien adquirirá la plena propiedad del bien.

De esta forma, la propiedad temporal cabe entender que, realmente, ha sido configurada por el legislador como un derecho real en cosa ajena, que grava la propiedad de los denominados, por la ley de Cataluña, «titulares sucesivos» del bien, y que, una vez llegado el final del plazo de duración del derecho del “titular temporal”, se extinguirá su derecho real de goce y, en consecuencia, se producirá la reintegración de la posesión del bien a favor de los denominados «titulares sucesivos», que, realmente, son los verdaderos propietarios del bien.

La Ley 19/2015, del Parlamento de Cataluña también introduce en el Código civil de Cataluña la propiedad compartida.

Parece, *prima facie*, que el legislador ha introducido un nuevo tipo del derecho de propiedad en el Código civil de Cataluña, de la misma forma que hizo con la propiedad temporal, pero lo cierto es que, en la propiedad compartida coexisten, al mismo tiempo, varios titulares del derecho de propiedad, pero el uso y el goce del bien se asignan en exclusiva a uno de los mismos, con lo que parece que lo que en realidad ha regulado el legislador de Cataluña es una nueva comunidad especial de bienes que, si bien tiene sus propias características y elementos sustanciales que la diferencian de la comunidad

ordinaria indivisa, no impide sostener que el derecho de los comuneros, en tanto que cotitulares, sea un verdadero derecho de propiedad.

La ley denomina «propietario material» y «propietario formal» a los comuneros que concurren en la titularidad del derecho de propiedad sobre un bien y, de la misma forma que ocurría en la propiedad temporal, la ley establece una distribución de las facultades dominicales entre ambos cotitulares, sin que realmente se dé lugar a dos situaciones dominicales diferentes con un diferente contenido material.

Así pues, para evitar esta confusión y alejarse de la voluntad del legislador de configurar la propiedad compartida como una comunidad especial de bienes y, por ende, evitar posibles reproches de inconstitucionalidad a la nueva comunidad especial, prefiero referirme a los propietarios «material» y «formal» como comuneros «de la menor cuota» y «de la mayor cuota» del dominio, respectivamente, y todo ello de conformidad con la naturaleza jurídica de copropiedad que el legislador ha dado a la «propiedad compartida».

En consecuencia, de acuerdo con esta premisa de partida, el encaje dogmático y constitucional de la propiedad compartida sería más fácil, en principio, que el de la propiedad temporal, toda vez que el único supuesto que admite el Ordenamiento jurídico de concurrencia de titularidades dominicales es la comunidad de bienes, sin perjuicio de que, en virtud del principio democrático, los comuneros organicen del modo que consideren más conveniente el uso y el goce del bien. Así, en el caso de la propiedad compartida, los comuneros asignan el uso, el goce y la posesión en exclusiva del bien al comunero que, generalmente, es el titular de la menor cuota de dominio.

En este sentido, la especialidad de la propiedad compartida radica en la concurrencia de titularidades sobre un bien, por lo que, *a priori*, no se produce una confrontación directa entre esta comunidad especial de bienes y el tipo abstracto del derecho de propiedad, por lo que no puede concluirse que con su regulación se haya vulnerado el contenido esencial del derecho de propiedad. Es decir, la constitución de una comunidad de bienes, como consecuencia de la concurrencia de dos o más titulares del derecho de propiedad sobre un bien, da lugar a un modo de tenerse en común el derecho de propiedad, y no a un nuevo tipo del mismo.

Por otro lado, el Art. 547-4 CCCat prevé que la propiedad compartida tiene que constituirse mediante el otorgamiento del correspondiente título constitutivo. En el título constitutivo son los comuneros quienes regularán el régimen jurídico de la comunidad, así como los efectos de la misma. Esta posibilidad permite comprender que la propiedad compartida no se ha configurado por la ley como un régimen de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, toda vez que el Art. 547-2 CCCat permite que también sea posible constituir una propiedad compartida sobre los bienes inmuebles y los muebles no fungibles e inscribibles en un registro público.

De esta forma, el otorgamiento del título constitutivo supone el ejercicio por los comuneros de la facultad de disposición del derecho del que son cotitulares, cuando deciden constituir una comunidad de tal tipo y ordenar de esta manera sus facultades dominicales para la satisfacción de sus intereses concurrentes.

Asimismo, si se parte de la configuración de la propiedad compartida como una nueva comunidad especial de bienes que el legislador ha introducido en el Código civil de Cataluña, puede plantearse, respecto de la propiedad compartida, la afectación de las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de propiedad que el Art. 149.1.1ª CE reserva al legislador estatal, para cuestionar su conformidad con la Constitución.

No obstante, la competencia exclusiva del legislador estatal para fijar las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de propiedad tiene que ponerse en relación con el título competencial del Art. 137 EAC y 148.1.3ª CE en materia de vivienda si se tiene en cuenta que, de acuerdo con el preámbulo de la ley 19/2015, la intención del legislador de Cataluña es que tanto la propiedad temporal como la propiedad compartida sean unas nuevas tenencias para facilitar el acceso a la vivienda.

Para el caso de la propiedad compartida, esta tenencia está prevista en el Art. 71.4 LDV como un instrumento para fomentar la vivienda pública de la Administración, con lo que la regulación de la propiedad compartida en la propia LDV puede servir de argumento para sostener que el Art. 137 EAC, por la vía del Art. 148.1.3ª CE, habilita al legislador estatal para legislar nuevas formas del derecho de propiedad que, constituidos sobre una base comunitaria, sirvan para facilitar el acceso a la vivienda.

Por último, la base comunitaria de la propiedad compartida también puede servir para sostener la conexión inmediata entre la misma y la comunidad ordinaria indivisa del

Art. 552 CCCat, que permitiría afirmar que la propiedad compartida no fue creada *ex novo* por el legislador de Cataluña y, por tanto, que constituye un desarrollo de una institución ya prevista en el derecho civil de Cataluña.

En consecuencia, si se defiende que la propiedad compartida es una comunidad especial de bienes y, por ende, que tiene una base comunitaria, semejante configuración tendría que conducir a afirmar que existe una conexión inmediata entre ambas instituciones y, por lo tanto, que la propiedad compartida es un desarrollo de la comunidad ordinaria indivisa que ya se encontraba regulada en la Compilación de Derecho civil de Cataluña.

En cuanto a la estructura de esta investigación, se distinguen dos partes claramente diferenciadas y cada una de ellas se compone de dos capítulos.

Por lo que se refiere a la primera parte, para comprender el cambio que suponen la propiedad temporal y la propiedad compartida introducidas en el Código civil de Cataluña, es necesario, indudablemente, partir del origen de la misma institución dominical en España antes de iniciarse la codificación civil en nuestro país. Es decir, no puede entenderse el cambio de la dogmática civil y constitucional del derecho de propiedad que han significado la propiedad temporal y compartida del Código civil de Cataluña si no se parte del origen mismo de esta institución y que ha sido, es y será uno de los pilares más importantes sobre el cual se asienta el orden jurídico, político y económico del Estado.

El estudio de la dogmática civil y constitucional del derecho de propiedad a lo largo de todas las etapas de la codificación civil española implica detenerse en aquellos hitos temporales que han sido decisivos y que han marcado la evolución de la propiedad a lo largo de la historia.

En consecuencia, el capítulo primero de esta investigación es introductorio y su finalidad es revisar las bases dogmáticas del derecho de propiedad, a fin de sentar las bases para el estudio crítico de la propiedad temporal y la propiedad compartida que serán objeto de estudio en la segunda parte de esta Memoria doctoral. Se estudia la dogmática del derecho de propiedad en España desde el Código de las Siete Partidas y la Novísima Recopilación de Leyes de España, pasando por todos los proyectos de códigos civiles del siglo XIX y el Código civil de 1889 y, ya en el siglo XX, las leyes

especiales que desterraron la concepción liberal y revolucionaria del dominio, hasta llegar a la promulgación de la Constitución española de 1978 y a su desarrollo normativo e interpretación por el Tribunal Constitucional.

El capítulo primero de la presente investigación aborda, siguiendo un orden cronológico, la evolución histórica del derecho de propiedad en España y, al tratar la regulación del derecho constitucional a la propiedad privada, se profundiza en el estudio de la función social de la propiedad y su contenido esencial, toda vez que la constitucionalidad de las nuevas formas de propiedad del Código civil de Cataluña puede depender, en gran medida, de las conclusiones de este estudio.

El segundo capítulo también es introductorio y su finalidad es la misma que la del capítulo primero, es decir, el estudio de la dogmática del derecho de propiedad en Francia, Italia y Alemania, pues considero que este estudio de la doctrina extranjera es necesario con el fin de sentar las bases que me permitirán valorar la constitucionalidad de la propiedad temporal y de la propiedad compartida del Código civil de Cataluña.

Se ha optado por tratar la dogmática extranjera del derecho de propiedad en un capítulo diferente y no estudiarla conjuntamente en el capítulo primero con la doctrina española porque no solamente se estudia la dogmática del derecho de propiedad de los códigos civiles francés, italiano y alemán vigentes, sino que se sigue el mismo esquema que en el capítulo primero y se estudian los antecedentes de los códigos civiles vigentes de Francia, Italia y Alemania.

Es decir, el estudio de la dogmática del derecho de propiedad en Francia no puede entenderse sin la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y la constitucionalidad del Art. 17 de esta declaración, que constitucionaliza en el Ordenamiento francés el derecho a la propiedad privada. El tratamiento de la doctrina de los autores de la Escuela de la Exégesis considero que es fundamental para comprender la concepción del dominio en el Código civil de 1889, y que en buena medida recibe los postulados de la ideología liberal.

En Italia, las aportaciones más importantes de sus autores se centran en la constitucionalidad del derecho de propiedad, concretamente en lo que se refiere a la función social de la propiedad y su contenido esencial. No obstante, es imprescindible hacer una breve referencia a las leyes que regularon el estatuto del propietario y de la

propiedad agraria que se promulgaron durante la primera guerra mundial y el período posbélico durante la vigencia del Estatuto Albertino para comprender la evolución del derecho de propiedad en aquel país.

El estudio de la doctrina alemana también se ha considerado necesario por la importancia de las teorías que elaboraron sus autores sobre el contenido esencial de los derechos.

Además, en el segundo capítulo de esta Memoria doctoral se estudian las características esenciales del *property right* anglosajón, toda vez que se ha afirmado por la doctrina que la propiedad temporal y la propiedad compartida se inspiran en formas de disfrute del dominio como son los *leasehold* y la *shared ownership*, respectivamente. Se trata, por tanto, de comprender mejor el derecho de propiedad inglés para criticar la forma que el legislador de Cataluña ha importado nuevas formas de aprovechamiento del dominio que tienen su origen en el *Common law*.

Una vez estudiados y expuestos los fundamentos del derecho de propiedad en España se aborda el estudio de la propiedad temporal y de la propiedad compartida del Código civil de Cataluña, y su crítica dogmática y constitucional.

El capítulo tercero de esta investigación se centra en el estudio de las figuras existentes en el Ordenamiento jurídico español que, por su propia dinámica o naturaleza jurídica, implican una situación de dominio temporal o dividido. Algunas de estas figuras jurídicas se mencionan en el preámbulo de la Ley 19/2015, de 29 de julio para destacar, precisamente, que la propiedad temporal y la compartida no son extrañas en el Ordenamiento jurídico español, precisamente por la existencia de figuras afines. Sin embargo, es necesario detenerse en el estudio de estas figuras jurídicas con anterioridad a la crítica de la constitucionalidad y de la dogmática de la propiedad temporal y de la propiedad compartida.

En primer lugar, la sustitución fideicomisaria, que es mencionada en el preámbulo de la Ley 19/2015, puede ofrecer respuestas al mecanismo de transmisión automático de la propiedad temporal que proclama el Art. 547-10.1 CCCat, cuando dice que la propiedad temporal se extingue una vez se haya cumplido el plazo de duración de la misma y que significa que el titular sucesivo pueda tomar la posesión del bien y que adquiera automáticamente todas las facultades dominicales. Además, la temporalidad del

dominio del heredero fiduciario podría servir de base para explicar la dinámica de la propiedad temporal del Código civil de Cataluña y para sostener que la perpetuidad no forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad, toda vez que la propiedad del heredero fiduciario sobre los bienes de la herencia es temporal.

En segundo lugar, se estudian instituciones civiles de naturaleza real como la enfiteusis o el derecho de superficie que implican una situación de división y de temporalidad del dominio.

La enfiteusis también es mencionada en el preámbulo del Código civil de Cataluña como una figura jurídica afín a la propiedad compartida por la división de las facultades dominicales entre dos titulares. La naturaleza jurídica de la enfiteusis constituye un sólido apoyo para sostener la admisibilidad de la división del dominio y la distribución de las facultades dominicales entre dos titulares dominicales. Particularmente, la propiedad temporal también podría configurarse como un supuesto de dominio dividido y la naturaleza jurídica de la enfiteusis, basada en la división del dominio que sigue el Código civil, podría servir de base para admitir semejante configuración jurídica de la propiedad temporal.

El derecho de superficie también implica, por su propia dinámica, una situación de temporalidad del dominio respecto del titular de la propiedad superficiaria, según la doctrina mayoritaria. Por este motivo, es necesario el estudio del derecho de superficie para sostener la admisibilidad de una nueva forma del derecho de propiedad que se basa en la temporalidad del dominio y en la revocación del derecho del titular temporal a favor del titular sucesivo. En el estudio del derecho de superficie se aportan las teorías elaboradas por la doctrina española y por la doctrina extranjera para explicar la génesis de una situación de dominio temporal a favor del titular del un derecho real en cosa ajena.

Entre las figuras de naturaleza real también se analiza la configuración en España del fenómeno del aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico. Para configurar el fenómeno de la multipropiedad en España, el legislador optó por crear un nuevo derecho real en cosa ajena, el derecho real de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico. Sin embargo, los legisladores de otros países europeos optaron por configurar dicho fenómeno siguiendo esquemas muy dispares.

La disparidad de configuraciones jurídicas del fenómeno de la multipropiedad pone de relieve los problemas para regular y configurar un aprovechamiento temporal de bienes inmuebles en países como España, Francia o Italia que siguen el modelo de la propiedad romana. Asimismo, el legislador de Cataluña reguló la multipropiedad creando una nueva comunidad especial de bienes, hecho que pone de manifiesto que el aprovechamiento temporal de bienes inmuebles no ha sido pacífico. En este sentido, se estudian las teorías de la doctrina extranjera para analizar las opciones que ha propuesto el legislador extranjero para configurar el fenómeno del aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, toda vez que se trata de un tipo de aprovechamiento temporal de bienes inmuebles para flexibilizar el dominio y favorecer el disfrute de apartamentos turísticos de forma temporal.

En tercer lugar, se estudian figuras jurídicas de naturaleza personal que implican, también, una situación de temporalidad del dominio y que podrían servir de base para sostener la admisibilidad de la temporalidad del dominio.

La doctrina elaboró numerosas teorías para explicar la naturaleza jurídica de la compraventa con pacto de reserva del dominio, alguna de ellas basada en la división de las facultades dominicales entre el comprador y el vendedor y otras se basan en la revocación del dominio del comprador ante el impago del precio pactado. Dichas teorías también pueden servir para explicar la revocación de la propiedad que se produce en la propiedad temporal del Código civil de Cataluña y por este motivo son objeto de estudio en el capítulo tercero de esta Memoria doctoral.

Además, la doctrina también ha sostenido que en la donación con cláusula de reversión se produce una situación de temporalidad del dominio a favor del donatario, quien debe conservar los bienes con la diligencia debida ante la posibilidad de que el donante ejerza su derecho de recuperar lo donado en los términos pactados.

La compraventa con cláusula de reserva del dominio y la donación con pacto de reversión son, según el Art. 609 CC, mecanismos para adquirir la propiedad, mientras que la propiedad temporal del Código civil de Cataluña es un nuevo tipo dominical basado, precisamente, en la temporalidad del dominio. Pero aunque las anteriores figuras jurídicas tengan una naturaleza jurídica diferente, son figuras que por su propia dinámica pueden originar una situación de temporalidad del dominio y que tienen que

ser tratadas para comprender la naturaleza jurídica de las nuevas formas de propiedad del Código civil de Cataluña, en especial de la propiedad temporal.

El último capítulo de esta investigación se dedica al estudio dogmático y constitucional de las nuevas formas de propiedad introducidas en el Código civil de Cataluña. Para ello, se distinguen claramente tres puntos sobre los cuales se centra dicha crítica.

En primer lugar, la regulación de ambas formas de propiedad contenida en el Código civil de Cataluña plantea, en mi opinión, algunos interrogantes que necesariamente tienen que ser resueltos por la doctrina para que la propiedad temporal y la propiedad compartida sean una alternativa real al acceso a la vivienda en propiedad y en alquiler, como se deduce del preámbulo de la Ley 19/2015 del Parlamento de Cataluña.

Elementos como los límites legales de la autonomía privada y la dinámica de la posesión en ambas figuras jurídicas permiten criticar la regulación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida y, en consecuencia, la decisión del legislador de Cataluña de crear, aparentemente, dos nuevos tipos dominicales.

En segundo lugar, la naturaleza jurídica de ambas nuevas formas de propiedad se presenta como un factor determinante para valorar su conformidad con la regulación de la propiedad privada de la Constitución española, aspecto que es especialmente controvertido en la propiedad temporal.

Para la propiedad temporal, la doctrina ha propuesto diferentes opciones para configurarla y dotarla de una naturaleza jurídica acorde con nuestro sistema de derechos reales. En el tratamiento de la naturaleza jurídica de la propiedad temporal es donde se critica la decisión del legislador de Cataluña de crear un nuevo tipo dominical basado en la temporalidad del dominio, toda vez que dogmáticamente la propiedad se ha configurado como un derecho real perpetuo o tendencialmente perpetuo. Por este motivo, se proponen alternativas en lo referido a la naturaleza jurídica de la propiedad temporal, aportando argumentos que permitan defender que la propiedad temporal es, en puridad, un nuevo derecho real en cosa ajena que grava el derecho de propiedad originario de un propietario que se ha desprendido de la mayor parte de sus facultades dominicales para transmitir las al titular temporal por un plazo determinado de tiempo.

Se defiende que la propiedad temporal, en realidad, es un derecho real en cosa ajena que atribuye al titular temporal amplias facultades dominicales, de una forma similar al

usufructuario o al superficiario, pero en este caso no estaría gravado con el deber de conservar la forma y la sustancia del bien ni su destino económico.

La naturaleza jurídica de la propiedad compartida no ha sido tan controvertida, toda vez que no se ha discutido que se trate de una comunidad especial de bienes por la coexistencia de, como mínimo, dos titulares dominicales, pero con unos rasgos que le son propios como por ejemplo la asignación del uso en exclusiva a favor uno de los comuneros, el derecho de adquisición gradual que tiene el comunero con una menor cuota del dominio y la adquisición, por este, de una cuota inicial del dominio para que nazca la situación de comunidad.

En tercer lugar, la constitucionalidad de la propiedad temporal es otro aspecto que se aborda en el capítulo cuarto, sin perjuicio de hacer las consideraciones oportunas sobre este aspecto en lo referido a la constitucionalidad de la propiedad compartida, que no ha sido tan discutida.

La crítica constitucional de la propiedad temporal y de la propiedad compartida es doble y no se limita a valorar la constitucionalidad de la temporalidad o de la división del dominio, sino que se estudia el alcance de los diferentes títulos competenciales en virtud de los cuales el legislador de Cataluña ha regulado la propiedad temporal y la propiedad compartida.

En lo que se refiere a la propiedad temporal, la determinación de si, en general, la perpetuidad forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad y, en particular, del contenido esencial del derecho de propiedad sobre la vivienda, será determinante para valorar la constitucionalidad de la propiedad temporal del Código civil de Cataluña desde el respeto de la garantía del contenido esencial de los derechos constitucionales del Art. 53.1 CE.

Para hacer semejante valoración sobre la constitucionalidad de la propiedad temporal, también se abordará el alcance de la función social de la propiedad, como un elemento intrínseco al contenido del derecho de propiedad, para flexibilizar el dominio y amparar la creación de nuevas formas del derecho de propiedad que tienen por objeto, fundamentalmente, flexibilizar el dominio y facilitar el acceso a la vivienda.

También se discute el título competencial que habilitaría al legislador de Cataluña para regular la propiedad temporal y la propiedad compartida. En este sentido, la opción de

introducir en el Código civil de Cataluña la propiedad temporal y la propiedad compartida podría superar las competencias del legislador autonómico en materia de desarrollo del Derecho civil foral del Art. 149.1.8ª CE. Se discutirá sobre la competencia del legislador de Cataluña en lo referido a la introducción en el Código civil de Cataluña de dos nuevas formas del derecho de propiedad, de acuerdo con el desarrollo del Derecho civil autonómico del Art. 149.1.8ª CE.

Asimismo, considero que el legislador Cataluña hubiera podido regular la propiedad temporal y la propiedad compartida en la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, pues la propiedad compartida ya se encontraba regulada en dicha ley sucintamente como un mecanismo de la administración para promover la oferta de vivienda pública. Además, también el legislador de Cataluña hubiera podido regular ambas nuevas formas de propiedad en una ley especial sobre la propiedad de la vivienda. Lo cierto es que, si el legislador de Cataluña hubiera procedido de esta forma, se observarían también problemas de índole competencial que se relacionarían con el alcance de las competencias exclusivas en materia de vivienda que tienen las comunidades autónomas, de acuerdo con el Art. 148.1.3ª CE, y con el establecimiento de las bases para el ejercicio en condiciones de igualdad del derecho de propiedad en todas las comunidades autónomas del Art. 149.1.1ª CE.

En cuanto a la delimitación del objeto de esta investigación, éste queda definido temporalmente por el curso de la historia del derecho de propiedad en España, teniendo siempre presentes las influencias de la doctrina extranjera, y materialmente, por centrarse en el estudio dogmático-constitucional de la propiedad para llegar a comprender, al final, el cambio que suponen la propiedad temporal y la propiedad compartida integradas en el Código civil de Cataluña y su constitucionalidad.

A continuación se enumeran, a modo de justificación, los diferentes motivos que han sido considerados para elegir el tema de la investigación:

- 1) El tema escogido es concreto en cuanto a los límites, -la división y la temporalidad del dominio-, pero, al mismo tiempo, es general porque requiere el estudio de la teoría general del derecho de propiedad. Por lo tanto, para abordar

el estudio de la propiedad temporal y de la propiedad compartida es necesario tratar la dogmática civil y constitucional del derecho de propiedad para comprender el cambio que estas nuevas formas de disfrute del dominio suponen.

- 2) El tema elegido no solo exige tratar conceptos abstractos como el contenido esencial de los derechos o la función social de la propiedad, sino que dichos conceptos pueden ser útiles para adoptar soluciones prácticas que tengan un impacto en la vida social y económica de los ciudadanos, como es el caso de la propiedad compartida y temporal para facilitar el acceso a la vivienda.
- 3) Como última justificación, la presente investigación pretende ofrecer conclusiones originales y relevantes en lo que se refiere a la división y temporalidad del dominio que suponen la propiedad temporal y la propiedad compartida. Hasta el momento, este tema solo ha sido tratado por la doctrina civilista en el estudio de la naturaleza jurídica de la enfiteusis y sus formas análogas como los foros o el censo a primeras cepas o el derecho de superficie, además de la sustitución fideicomisaria y la donación con cláusula de reversión, entre otras. Por este motivo, consideramos que es necesario volver a abrir el debate y determinar si la división del disfrute del derecho de propiedad y su temporalidad tienen un encaje dogmático y constitucional en España, de acuerdo con la doctrina del dominio y la constitucionalización del mismo en el Art. 33 de la Constitución española de 1978.

Una vez justificado el tema, es preciso continuar con los objetivos que se pretenden alcanzar a lo largo de la investigación:

1º.- Estudio de la dogmática civil y constitucional del dominio para comprender el cambio que implican la propiedad compartida y la propiedad temporal del Código civil de Cataluña:

Es imprescindible que se parta del estudio de la dogmática clásica del dominio para comprender el cambio en la concepción del mismo que suponen la propiedad temporal y la propiedad compartida introducidas en el Código civil de Cataluña. Por esta razón el

capítulo I sigue el curso de la codificación civil española hasta la aprobación de la Constitución española de 1978.

2º.- Aportación de criterios dogmáticos y constitucionales para determinar el encaje de las nuevas formas de propiedad en el Ordenamiento jurídico español.

El principal objetivo de la investigación es aportar criterios para determinar la adecuación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al Ordenamiento jurídico español desde una triple vertiente.

En primer lugar, si se considera que la propiedad temporal y la propiedad compartida suponen una nueva forma de concebir el dominio, es preciso encontrar fórmulas que permitan adecuar su encaje según la dogmática civilista que definía el dominio como perpetuo, absoluto y exclusivo.

En segundo lugar, es necesario preguntarse si realmente las nuevas formas de propiedad introducidas en el Código civil de Cataluña implican la creación de unas nuevas figuras cuya función social o finalidad no pueda conseguirse a través de otras instituciones o derechos reales existentes. Es decir, cabe determinar si la finalidad que persiguen ambas formas de propiedad no hubiera podido ser desarrollada a través de figuras existentes en el sistema de derechos reales español que no hubieran comprometido la dogmática civilista y constitucional del dominio.

En tercer lugar, debe determinarse si las nuevas formas de propiedad pueden reconducirse al tipo abstracto del derecho de propiedad reconocido en el Art. 33.1 de la Constitución española de 1978 y si el Tribunal Constitucional ha reconocido que los caracteres del dominio, como son la perpetuidad, la exclusividad y la absolutividad, forman parte del contenido esencial del mismo.

I PARTE
LA DOGMÁTICA DEL DERECHO DE
PROPIEDAD

CAPÍTULO I

LA DOGMÁTICA DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

PRELIMINAR

Los dos primeros capítulos de esta Memoria doctoral, es decir, los capítulos que componen la primera parte de la misma, se centran en el estudio dogmático del derecho de propiedad. Lo cierto es que, como se verá a lo largo de esta investigación, la doctrina ha discrepado sobre la admisibilidad de la división y la temporalidad del dominio en los países cuyo sistema de Derecho privado sigue los postulados del Derecho privado romano y, por este motivo, se adopta esta expresión para referirse a aquellas instituciones del Derecho civil que fueron señaladas por la doctrina como representativas del fenómeno de la división y de la temporalidad del dominio, sin que la adopción de esta terminología prejuzgue las conclusiones sobre la admisibilidad de este fenómeno.

Concretamente, el primer capítulo se basa en el estudio del derecho de propiedad desde la etapa anterior a la codificación del Derecho civil en España, con la finalidad de comprender la evolución del derecho de propiedad a lo largo del siglo XIX, hasta la actualidad. Por esta razón, se parte del estudio del dominio en Código de las Siete Partidas castellano y la Novísima Recopilación de Leyes de España, pasando por los sucesivos proyectos de códigos civiles elaborados en el siglo XIX, hasta la actual regulación de la propiedad contenida en el Código civil de 1889, de acuerdo con la inserción de la propiedad privada en el sistema de Derecho civil constitucional.

De este modo, el capítulo I se dedica al estudio de la dogmática civil y constitucional del derecho de propiedad para abordar con solvencia los capítulo III y IV de esta investigación, dedicados al estudio del encaje constitucional de la propiedad temporal y de la propiedad compartida que el legislador de Cataluña introdujo en el Código civil de Cataluña en agosto de 2015 a través de la Ley 19/2015, de 29 de julio, del Parlamento de Cataluña.

El capítulo II de esta Memoria doctoral sigue el mismo esquema que el primer capítulo, pues se estudia la dogmática extranjera, civil y constitucional, del derecho de propiedad de los países que siguieron el modelo de la propiedad romana, estos son, principalmente, Francia, Italia y Alemania. Con esto se pretende profundizar en el estudio dogmático de la propiedad con la finalidad de determinar si en aquellos ordenamientos jurídicos existen o pueden tener cabida formas del derecho de propiedad basadas en la temporalidad y en la división del dominio.

Además, una breve referencia al *property right* anglosajón resulta imprescindible para comprender la concepción del derecho de propiedad en el sistema del *Common law* y para valorar la opción de política legislativa del legislador de Cataluña de crear un derecho de propiedad temporal para la importación de los *leasehold* y la creación de una comunidad especial de bienes para la importación de la *shared ownership*.

Se persigue, por lo tanto, el mismo propósito que en el capítulo I, pues este es el estudio dogmático del derecho de propiedad, tanto civil como constitucional, para determinar si las nuevas formas de propiedad introducidas en el Código civil de Cataluña basadas en la temporalidad y en la división del dominio, se ajustan al Ordenamiento constitucional español.

1. La concepción del dominio en la etapa previa de la Codificación del Derecho civil. El Código de las Siete Partidas y la Novísima Recopilación de Leyes de España

Antes de proceder con el estudio de la cuestión que nos va a ocupar a lo largo de este capítulo, considero oportuno hacer unas breves referencias a la situación legislativa vigente en España antes de proceder al estudio del dominio en la etapa oficializada de la Codificación.¹

En 1805 se promulgó la *Novísima Recopilación de las Leyes de España*,² que puede considerarse el primer intento de sistematización de los cuerpos legislativos vigentes en los diferentes territorios de España en el siglo XIX, realizada por el jurista Juan de la Reguera Valdelomar, que para ello utilizó la técnica de la recopilación y no la de la codificación para su trabajo, lo que conllevó que no se consiguiera con éxito la optimización pretendida porque incluyó en la *Novísima Recopilación* normas

¹ BARÓ PAZOS, J., *La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993, p. 49-55. Remontándonos tres siglos en el tiempo, podemos observar que en España estaban vigentes diferentes cuerpos de leyes en función del territorio que abarcaba su ámbito de aplicación. Entre los más importantes caben citar el *Fuero de Juzgo*, colección legislativa vigente en el Reino de Toledo; los *Usatges de Barcelona* que era el derecho vigente en el territorio de Cataluña; el *Fuero General de Navarra*; los *Furs* del Reino de Valencia y los *Fueros de Aragón*, que fueron concedidos por el Rey Jaime I “el conquistador”. Pero, sin duda alguna, la obra más importante del derecho castellano fueron el *Código de las Siete Partidas* que estuvo vigente en los territorios de la Corona de Castilla con carácter supletorio desde la entrada en vigor del Ordenamiento de Alcalá en 1348. Junto con estos cuerpos legislativos que era aplicables dentro de sus respectivos ámbitos de vigencia, existían las costumbres y fueros de los territorios castellanos y de los territorios del arco mediterráneo, fraccionando aún más el mapa legislativo español, que tuvo como consecuencia la agudización de los problemas relativos a la unidad jurídica y política. DE LOS MOZOS, J. L., “Los precedentes de la Codificación: la unificación del Derecho en los propósitos de la Ilustración española”, en *ADC*, t. XLI, 1988, p. 648-652. Tampoco los Decretos de Nueva Planta de Felipe V instaurados en todo el territorio español después de la Guerra de Sucesión contribuyeron a una uniformización del derecho castellano, pues se mantuvieron vigentes los fueros de Navarra, Guipúzcoa, Álava y Vizcaya. Además, para el caso de Cataluña, por ejemplo, el Decreto de 1716 de establecimiento y de nueva planta de la Real Audiencia de Cataluña establecía que “se observarán las Constituciones que antes había en Cataluña, entendiéndose que son establecidas de nuevo por este Decreto”. De esta manera los Decretos de Nueva Planta reconocían de una forma subsidiaria la aplicación y la subsistencia de los derechos civiles forales, excepto en Valencia que quedó suprimido.

² *Novísima Recopilación de las Leyes de España, dividida en XII libros, en que se reforma la Recopilación publicada por el Rey Felipe II en 1567, reimpressa en 1575, y se incorporan las Pragmáticas, Cédulas, Decretos, Ordenes y resoluciones reales y otras Providencias no recopiladas hasta el año 1804*, VI volúmenes, Imprenta Nacional del BOE, Madrid, 1975.

derogadas, sin pretender otra utilidad que su mejor manejo en un cuerpo legal sistematizado.³

No fue hasta la promulgación de la Constitución de Cádiz de 1812 donde el constituyente manifiesta su voluntad de unificar las leyes civiles, penales y mercantiles en todo el territorio español, concretamente el Art. 258⁴ disponía que “*el Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes*”.⁵

³ Vid. MARTÍNEZ MARINA, F., *Juicio crítico a la Novísima Recopilación*, Imprenta de don Fermín Villalpando, Madrid, 1820. Destaca la crítica hecha por el autor citado en contra del proceder en la *Novísima Recopilación de Leyes de España*. Según MARTÍNEZ MARINA, la *Novísima Recopilación de Leyes de España* adolecía de varios defectos que llevaron a que la recopilación no fuera más que un cuerpo sistematizado de las leyes y normas de diverso rango en los diferentes territorios de España. El autor critica, entre otros aspectos, el sistema adoptado para compilar todas las leyes del reino, la inclusión de leyes anticuadas y que no tenían ningún uso en aquellos tiempos, la recopilación de leyes vivas y leyes ya derogadas, la inclusión en la recopilación de normas de rango reglamentario y la omisión de leyes en la recopilación.

⁴ Art. 258, del Título V, Capítulo 1º, de la Constitución española de 19 de marzo de 1812. A efectos de profundizar acerca de la organización judicial de España en la Constitución de Cádiz de 1812, vid. MUÑOZ DE BUSTILLO ROMERO, C., “La organización de los tribunales españoles (1808-1812), en CANO BUESO, J., *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 553-561. Anteriormente a la aprobación definitiva de la Constitución tuvieron lugar, en el seno de las Cortes de Cádiz, debates acerca de la procedencia o no de realizar la tarea codificadora, elaborando un Código civil que rigiera para todos los territorios españoles. El Diputado por la Junta de Cataluña, Espiga Gadea, defendió la necesidad de que la tarea codificadora se llevara a cabo de la forma más rápida posible en todas las ramas más importantes del derecho español, tanto el civil como el penal, como el procesal. Otros diputados expusieron sus recelos frente a la voluntad uniformista del Constituyente. Vid. Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias. Sesión de 5 de febrero de 1811. Tomo I, Madrid, 1870, p. 502. Finalmente, de acuerdo con la mayoría de los Diputados constituyentes se aprobó definitivamente el Art. 258 de la Constitución española de 1812 sin mayores discusiones. Vid. Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias. Sesión de 21 de noviembre de 1811. Tomo III, Madrid, 1870, p. 2305-2306. Para ver las distintas posiciones acerca de la cuestión “centralismo-federalismo”, vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *La Constitución de 1812: utopía y realidad*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 34-36.

⁵ BARÓ PAZOS, J., *La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*..., *op.cit.*, p. 54-55. Aunque la predisposición del Constituyente estaba encaminada en el sentido de proceder a la unificación de las leyes de las ramas más importantes del Derecho español, la vuelta de Fernando VII supuso la paralización de la labor de las Cortes de Cádiz, pero sin que este hecho supusiera poner fin al afán codificador del Derecho civil, puesto que Fernando VII solicitó el parecer a su vuelta a distintas universidades sobre la necesidad de plantear en aquellos momentos una unificación de las leyes civiles en todos los territorios de España.

Una vez que se ha expuesto sucintamente el estado de la situación codificadora en España a principios del siglo XIX, paso a estudiar la concepción del dominio antes de la etapa oficializada de la Codificación.

La Ley 1ª del Título XXVIII de la Partida 3ª dice así: “*Señorío es poder que hombre tiene en cosa para hacer con ella y en ella lo que quisiere, según Dios y según fuero. Y hay tres maneras de señorío; la una es poder esmerado que tienen los emperadores y los reyes para escarmentar a los malhechores y dar su derecho a cada uno en tu tierra. La otra manera de señorío es poder que hombre tienen en las cosas muebles o raíces de este mundo en su vida, y después de su muerte pasa a sus herederos o a aquellos a quienes lo enajenase mientras viviese. La tercera manera de señorío es poder que hombre tienen en fruto o en renta de algunas cosas en su vida, o a tiempo cierto, o en castillo o en tierra que hombre tuviese en feudo.*”⁶

La propiedad, según Ley 1ª del Título XXVIII de la Partida 3ª, responde a una idea universal, es decir, la propiedad es la base sobre la cual se estructura una sociedad y la ley es la expresión de una necesidad social, “*la propiedad debe ser objeto predilecto de la ley.*”⁷

La ley tenía que apoyarse en la propiedad para garantizar que no solo se consiguieran los goces que ésta producía a favor del dueño de la cosa, sino que asegurando la pacífica

⁶ Ley 3ª, título XIV, Partida I; y ley 28, título VIII, Partida V. Vid. GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBAN HERRANZ, J. M., *Derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, t. I, 12ª ed., Librería de Sánchez, Madrid, 1877, p. 567-570. Los autores analizan la Partida en cuestión desde una concepción liberal, concibiendo a la propiedad la “*Base de todo el edificio político*”, que ha permitido la civilización de la sociedad y que ha constituido la base de las familias. Se huye de la propiedad colectiva de todos los hombres y se define el derecho de propiedad desde una vertiente exclusivamente privatista, sin que el Estado pueda intervenir más allá de proteger y garantizar el dominio como fundamento de la paz social. ELÍAS DE ALOY, J. A., *Derecho civil general y foral de España*, v. I, 2ª ed., Victoriano Suarez, Madrid, 1883, p. 231.

⁷ GUTIERREZ FERNANDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, t. II, 3ª ed., Imprenta de la Sra. V. è hijas de D. Antonio Peñuelas, Madrid, 1871, p. 48, 61-64. De esta forma la propiedad era concebida como una extensión de la personalidad humana, es decir, como la capacidad del individuo para apropiarse de las cosas de la naturaleza. Esto se conectaba con la idea de libertad del hombre, pues la propiedad era el derecho real paradigmático y su negación era la mutilación de un derecho que el hombre poseía por naturaleza. La propiedad, por lo tanto, no podía ser vista como la fuente generadora de desigualdades, como se afirmaba desde los defensores de las teorías comunistas.

tenencia al propietario se conseguía un aumento de la riqueza pública que beneficiaba a toda la sociedad.⁸

Este carácter universal se desprende del concepto de dominio que se contenía en el Digesto: *Jus utendi et abutendi re sua quatenus juris ratio patitur. Unusquisque enim est rerum suarum moderator et arbiter, ni silex arbitrium tollat.*” El derecho romano englobó en un solo derecho el *jus utendi, fruendi et abutendi*” sin que con ello se ampare un ejercicio abusivo del derecho.

La propiedad, si bien es el derecho real que permite a su titular obtener la máxima utilidad que produce la cosa, las amplias facultades concedidas al propietario no podían degenerar en un uso antisocial del derecho que repercutiera negativamente a la sociedad. Dicho de otra manera, tratando de impedir un uso perjudicial del ejercicio del derecho de propiedad, la ley tenía que señalar unos límites para asegurar el derecho del propietario y la consecución del bien social.⁹

Por lo que se refiere al contenido del derecho de propiedad, la doctrina destacó básicamente tres facultades que conforman el contenido normal del derecho de

⁸ DEL VISO AÑÓ, S., *Lecciones elementales de derecho civil*, t. I, 5ª ed., Imprenta y librería de Ramón Ortega, 1885, p. 24-25. GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBAN HERRANZ, J. M., *Derecho civil y penal de España...*, op.cit., p. 567-570. GUTIERREZ FERNANDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español...*, op.cit., p. 61-64. Asimismo, la propiedad es un derecho natural que se traduce en la felicidad del individuo cuando éste proyecta sobre el mundo exterior sus poderes sobre las cosas y las domina. La propiedad, tal y como era concebida en la Edad media y en los inicios de la Codificación en España, era como un instinto que mueve al individuo hasta la consecución y culminación de sus deseos y aspiraciones.

⁹ El derecho de propiedad, aunque la doctrina clásica defendió que la posición del Estado tenía que ser pasiva y limitarse a salvaguardar el orden social, no es ilimitado y esto se desprende del tenor literal de la Partida cuando dice “*segun Dios é segund fuero*”. DEL VISO AÑÓ, S., *Lecciones elementales de derecho civil...*, op.cit., p. 25. Al propietario se le podían imponer dos tipos de obligaciones –positivas y negativas– para asegurar, junto con la satisfacción de sus intereses, los de la sociedad en la cual se insertaba. Entre las positivas el autor alude a la obligación de soportar cargas o de vincular su propiedad al desempeño de un servicio público o de desprenderse de una de sus fincas por manifestarse el interés público superior al interés privado. Entre las negativas se sitúan aquellas conductas del propietario que se basan en el deber de abstenerse de llevar a cabo ciertos actos que son perjudiciales para los individuos de la sociedad. GUTIERREZ FERNANDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español...*, op.cit., p. 70-73. Según este autor, el abuso del derecho nunca puede considerarse derecho y, por lo tanto, se tiene que rechazar la idea de que el derecho de propiedad puede amparar un ejercicio abusivo del derecho de propiedad. GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBAN HERRANZ, J. M., *Derecho civil y penal de España...*, op.cit., p. 569. “*Las leyes arreglan el ejercicio del derecho de propiedad como el de los demás derechos, conciliando el individualismo con el bien de la sociedad, y evitando que la libertad degenere en licencia.*” ELÍAS DE ALOY, J. A., *Derecho civil general y foral de España...*, op.cit., p. 231-232.

propiedad, aunque no todas tienen que darse simultáneamente para que el derecho necesariamente se identifique con un tipo abstracto. Aunque otros derechos reales participen de algunas de las facultades que corresponden al propietario, es importante destacar que los autores españoles de la primera mitad del siglo XIX concebían el contenido normal del derecho de propiedad como una suma de derechos o facultades dominicales, en contraposición de como la doctrina moderna lo entiende. Dicho de otro modo, para la doctrina clásica el derecho de propiedad se entendía como tal si el propietario tenía la facultad de gozar, disponer y reivindicar la cosa. Solo de esta forma se entendía el derecho de propiedad y, en caso contrario, el derecho de propiedad no se identificaba con el tipo abstracto de este derecho.

En primer lugar hay que mencionar la facultad del propietario de aprovecharse de los frutos que produce la cosa. Esta facultad figuraría dentro del contenido normal del derecho de propiedad, pero siendo una característica del dominio, el propietario puede desprenderse de esta facultad gravando su bien con derechos reales que, a la vez, tal conducta es una manifestación de la facultad de goce.

En segundo lugar, la facultad de disposición también formaría parte del contenido normal o natural del derecho de propiedad, aunque esta facultad también podría separarse del dominio.

Las obras de que se han citado en este epígrafe, aunque fueron escritas a lo largo del siglo XIX y, habiendo ya empezado la Codificación liberal, demuestra que el Derecho español aun seguía rigiéndose por las *Código de las siete Partidas*, pues en sus comentarios se remiten a ellas, lo que demuestra que hasta la promulgación del Código civil de 1889 el derecho civil español se rigió por este *corpus* legal.

Como conclusión de este epígrafe y como introducción del siguiente, a los efectos de esta investigación es importante la definición que se contiene en la obra de DE TAPIA, pues de ella se desprende que el dominio es divisible entre dominio útil y dominio directo.¹⁰

¹⁰ DE TAPIA, E., *Febrero Novísimo o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, t. I, 3ª ed., Imprenta de don Ildefonso Mompie de Montagudo, Valencia, 1837, p. 301-309. Ciertamente, los autores que comentaron el Código de las Siete Partidas parten de la premisa de que el dominio es absoluto e indivisible y solo admiten la excepción de la enfiteusis. Sin embargo, DE TAPIA, al definir el dominio, ya admite su división. Éste se define como “*el derecho que el hombre tiene de disponer de una cosa y*

2. La regulación del derecho de propiedad en los sucesivos proyectos de códigos civiles

2.1. El derecho de propiedad en el Proyecto de Código civil de 1821

El Proyecto de Código civil de 1821 constituye la primera muestra de la Codificación civil en España. La mayor parte de la doctrina¹¹ atribuye su autoría al liberal Nicolás María Garelly, a pesar de que éste formaba parte de la Comisión del Proyecto de Código civil junto con otros siete juristas.

percibir las utilidades que produzca, según su arbitrio, si no lo impide la ley, la voluntad del testador o algún convenio. Divídase en directo y útil, porque pueden muy bien estar separadas estas dos especies de dominio y pertenecer a distintas personas. El directo consiste en poder disponer de la cosa, y el útil en el derecho a utilizarse de su producto.”

¹¹ Vid. PESET REIG, M., *Análisis y concordancias del proyecto de Código civil de 1821*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1975, p. 38. TOMÁS Y VALIENTE, F., *Códigos y Constituciones (1808-1878)*, Alianza, Madrid, 1989, p. 16-19. GACTO FERNÁNDEZ, E., *Temas de Historia del Derecho: Derecho del Constitucionalismo y la Codificación*, t. II, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978, p. 112. Como no podría ser de otra forma, el Proyecto de Código civil de 1821 se fundamenta en los principios fundamentales del liberalismo resultante de la Revolución francesa. Éste se asentaba sobre las nuevas bases liberales de la libertad de los particulares, la fraternidad, la concepción absoluta de la propiedad y de los medios de producción y la plenitud de la autonomía privada. En consecuencia, el individuo era observado como un ser aislado de la sociedad y anterior a ésta en la cual se insertaba sin que se tuvieran en cuenta los intereses supraindividuales.

LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española. 4-II Codificación Civil (Génesis e historia del Código)*, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970, p. 7-28. PESET REIG, M., “La primera codificación liberal en España. (1808-1823)”, en *RCDI*, nº 488, 1972, p. 145-148. En el Discurso Preliminar se hace una exposición de lo que debería ser un Código y su contenido y, para ello, parte de las influencias de la *Novísima Recopilación* al considerar que el Código Civil debe ser la ordenación o recopilación de todas las leyes vigentes en el país. Al mismo tiempo, el Código se dividiría en dos partes separadas; en primer lugar, el código exterior que integraría todas las normas relativas al Derecho Internacional Público y, en segundo lugar, el código interior que a su vez se dividiría en función de las distintas ramas del Ordenamiento jurídico, como el Derecho Administrativo, Civil, Mercantil, que tienen su origen común en el Derecho Constitucional.

En el Discurso Preliminar del Proyecto de Código civil se observa la notable influencia que tuvo la *Novísima Recopilación* en el seno de la Comisión codificadora encargada de llevar a cabo la redacción del Proyecto de Código civil del trienio liberal. La influencia de la *Novísima Recopilación* pesa en la Comisión codificadora que hubiera preferido refundir en un mismo Código la regulación de todas las ramas del Ordenamiento jurídico. Aun así, tenía que respetar la delimitación de materias que estableció el Art. 258 de la Constitución de Cádiz de 1812, dónde se preveían tres Códigos: el Civil, Criminal y el de Comercio.

El resultado final fue una mezcla del espíritu liberal del trienio junto con la observación de la exigencia constitucional gaditana de respetar la división en tres Códigos. En este sentido, el Código civil se adjudicó lo que entendemos, actualmente, como Derecho Administrativo, y dejó para los Códigos Criminal, de Comercio, Procesal y Rural la regulación de las materias propias de éstos.

Por lo que respeta a la estructura del Proyecto de Código de Civil de 1821, éste se divide en un título preliminar «De las leyes», que ocupaba los primeros treinta y tres artículos y dos partes. La primera, que trata «De los derechos y de las obligaciones individuales» que, a la vez se dividía en tres libros. El primero «De los derechos y de las obligaciones de los españoles en general», Arts. 34-276 en ocho títulos; el segundo «De los derechos y de las obligaciones según la diferente condición doméstica de las personas», Arts. 277-476 y, por último el libro tercero «De los derechos y de las obligaciones con respecto al aprovechamiento de las cosas y servicio de ellas o de las personas», que no llegó a redactarse, igual que la segunda parte, «De la administración general del Estado para hacer efectivos los derechos y las obligaciones».¹²

En la primera parte «De los derechos y de las obligaciones individuales» y dentro del libro I es donde encontramos la regulación de la propiedad.¹³

Antes de entrar a examinar el contenido del derecho de propiedad en el Proyecto de Código civil de Garelly es conveniente aportar aquí la exposición de motivos que hace sobre los libros de la primera parte del Proyecto de Código civil en el discurso preliminar, observando el influjo del *Code* sobre el Proyecto de Código civil español:

*“La propiedad sobre las cosas que sirven para los usos de la vida es el elemento primero, y el mejor fiador de nuestra conservación. Las sociedades deben su origen al instituto y deseo natural de asegurar la propiedad y con ella nuestra experiencia: y aquella sociedad será más perfecta cuyas leyes dispensen mayor protección a la propiedad en sus dos períodos de adquisición y conservación.”*¹⁴

¹² PESET REIG, M., *Análisis y concordancias del proyecto de código civil de 1821...*, *op.cit.*, p. 31. ANTEQUERA, J. M^a., *La Codificación moderna en España*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1886, p. 31-33.

¹³ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española. 4-I Codificación Civil (Génesis e historia del Código)*, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970, p. 93. LASSO GAITE opina que el libro tercero que estamos tratando debería de haber sido más extenso porque abarcaría lo relativo a los bienes y los modos de adquirir, es decir, los libros 2 y 3 del Código Civil de Napoleón.

¹⁴ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española. 4-II Codificación Civil (Génesis e historia del Código)*, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970, p. 21. PESET REIG, M., *Análisis y concordancias del proyecto de código civil de 1821...*, *op.cit.*, p. 97. Nuevamente la función principal de la propiedad es asegurar el goce del propietario respecto de las cosas: *“La propiedad dejaría de serlo, si la ley no la amparase contra los ataques de los perturbadores de*

La ambiciosa concepción del proyecto le hace entrar en contenidos que son más propios de la Constitución que de un Código civil. Por esta razón el libro I contiene entre los Arts. 34 a 39 un catálogo de derechos individuales y, a los efectos de esta investigación el Art. 34 establece que *“La libertad civil, la propiedad, la seguridad individual y la igualdad legal componen los principales derechos legítimos de los españoles.”*¹⁵

Concretamente, en el Proyecto de Código civil de Garelly, la propiedad es definida en el Art. 42 del modo siguiente:

*“Es propiedad: 1º el derecho de aprovecharse y disponer libremente del producto del trabajo personal; 2º el derecho de aprovechar los servicios que prestan a cada uno las personas o las cosas ajenas con arreglo a la ley; 3º el derecho de usar, disfrutar y disponer libremente de las cosas muebles e inmuebles que pertenecen a uno o muchos en virtud del título establecido por la ley.”*¹⁶

Vemos pues que la propiedad es desarrollada en unos términos muy generales, hecho que confirma que el Proyecto de Código civil de Garelly no reguló al detalle su contenido, sino que se limitó a desarrollar los postulados iusnaturalistas de la propiedad,¹⁷ además de contar con la referencia constitucional del Art. 4 de la

cualquier clase. La sociedad entera se constituye fiadora del propietario y emplea todas sus fuerzas para asegurarle en el expedito uso y aprovechamiento de su propiedad.”

Este párrafo permite hacernos una idea del papel fundamental que desempeñaba la propiedad en el Ordenamiento jurídico. Siguiendo la misma línea argumental que cuando se trató el derecho de propiedad en el Código de las Siete Partidas, hay que decir que la propiedad vuelve a ocupar un lugar privilegiado en la estructura del Proyecto de Código civil de 1821, toda vez que las demás instituciones de derecho patrimonial y otras tantas del derecho de la persona se entienden si la propiedad es concebida como un derecho absoluto que asegura al hombre la satisfacción de sus necesidades y el ejercicio de sus derechos.

¹⁵ PESET REIG, M., *Análisis y concordancias del proyecto de código civil de 1821...*, op.cit., p. 50-51. PESET REIG expone que la Constitución de 1812 aludía a algunos de estos derechos y que el Proyecto de Código civil de 1821 los amplía y sistematiza. El proyecto de 1821 no copia la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, sino que el Proyecto de Código civil de 1821 se inspira más bien en las constituciones francesas de 24 de junio de 1793 y de 22 de agosto de 1795.

¹⁶ PESET REIG, M., *Análisis y concordancias del proyecto de código civil de 1821...*, op.cit., p. 52. El autor señala que el Art. 42 del proyecto de 1821 tiene como influencias más inmediatas el Art. 16 de la Constitución francesa de 1793: *“Le droit de propriété est celui qui appartient à tout citoyen de jouir et de disposer à son gré de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie.”*, y el Art. 5 de la Constitución francesa de 1795: *“La propriété est le droit de jouir et de disposer de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie.”*

¹⁷ Art. 40 Proyecto de Código civil de 1821: *“Es libertad o propiedad personal: 1.º, el derecho de conservar la existencia física y moral, y de aumentar sus goces y comodidades; 2.º, el derecho de*

Constitución de Cadiz de 1812 que establecía lo siguiente: “*La nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen.*”¹⁸

Siguiendo a la doctrina más autorizada¹⁹ que ha estudiado el Proyecto de Código civil de 1821, puede decirse que en el Proyecto de Código civil del trienio liberal aun no se observa una clara y total voluntad rupturista como la que se refleja en el *Code de Napoleón* de 1804 en su Art. 544.²⁰

hacer todo lo que no está prohibido por la ley o por sus emanaciones; 3.º, el derecho de manifestar la opiniones y pensamientos bajo las restricciones y responsabilidad que prescribe la ley; 4.º, el derecho de no ser detenida la persona por ningún individuo ni Autoridad, sino en los casos y por los medios que determina la ley; 5.º, el derecho de no ser compelido al cumplimiento de las obligaciones sino por la Autoridad y por los medios que señaló anteriormente la ley; 6.º, la facultad de reclamar ante el Rey y demás autoridades competentes y, en su caso ante las Cortes, toda transgresión que coarta cualesquiera derechos que concede la ley.”

¹⁸ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española. 4-I Codificación Civil...*, *op.cit.*, p. 93.

¹⁹ PESET REIG, M., “Acerca de la propiedad en el Code”, en *RCDI*, nº 515, 1976, p. 879-881. PESET REIG pone de manifiesto que en España hasta la promulgación del Código Civil de 1889 seguían rigiendo las *Partidas* y la *Novísima Recopilación*. Con ello se pone de manifiesto que el tránsito del régimen absolutista propio del *Ancien Régime* al régimen liberal-burgués fue más lento y cita dos factores determinantes para entender que los liberales reglasen sus relaciones con aquellas normas. Por un lado, la lenta derogación por leyes liberales de los principios absolutistas que eran incompatibles con el nuevo orden socio-económico y, por otro lado, la adaptación de las *Partidas* hecha por la doctrina al nuevo marco económico. La regulación de los bienes, su adquisición o pérdida, la posesión y las servidumbres se contiene en los cinco últimos títulos de la Partida tercera con sujeción absoluta al derecho romano.

²⁰ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española. 4-I Codificación Civil...*, *op.cit.*, p. 56. Según LASSO GAITE, el derecho de propiedad es recogido por el *Code* como un derecho sagrado, inviolable e incondicionado y, además, el contrato está subordinado a aquella porque éste se presenta como un modo de adquisición de la propiedad.

PESET REIG, M., “Acerca de la propiedad en el Code”,...*op.cit.*, p. 882-885. PESET REIG en el estudio del Art. 544 del Código civil francés hace una reflexión sobre la concepción del dominio dividido o no en la propiedad francesa. Expone que la propiedad que proclama el *Code* es exclusiva en cuanto a su utilización, en contraposición de la propiedad del Antiguo Régimen que podía ser dividida y la explotación de la misma podría cederse a terceros, por ejemplo, por medio del censo enfiteútico. Era usual en las propiedades antiguas que la explotación del dominio se dividiera entre dos titulares que se repartían las facultades sobre el mismo.

En el *Code* se rompe con este esquema de explotación del dominio que era vigente en el Antiguo Régimen y se huye del dominio dividido. Por esta razón, la propiedad es unitaria y este principio llega a considerarse como un principio de orden público que quiebra con el modelo anterior a la Revolución francesa.

Se intuye que la propiedad solo se divide temporalmente y esto se desprende de la regulación que hace el *Code* de los usufructos. Concretamente el Art. 617 CCF establece que el usufructo se extingue: “*par le*

2.2. El derecho de propiedad en el Proyecto de Código civil de 1836

Siguiendo el orden cronológico de la Codificación española, el segundo Proyecto de Código civil se remonta al año 1836. Sin embargo, entre el Proyecto de Código civil de Gallery y el de 1836 se ubican los trabajos de Cambronero,²¹ que a efectos de esta investigación no aportan nuevas ideas respecto de la concepción del dominio.

Antes de entrar en el análisis del dominio en el Proyecto de Código civil de 1836, es importante destacar aquí el paralelismo existente entre el Proyecto que se está estudiando y la promulgación de la Constitución de 1837. Como se ha dicho anteriormente, la Constitución de Cádiz, en el Art. 258 establecía que “*El Código Civil y Criminal y el de Comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes.*”

La Constitución de 1837²² quiso desligarse de la pluralidad de fueros y dice en el Art. 4 que “*Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, y en ello no se establecerá*

non-usage du droit pendant trente ans” y el Art. 619 CCF establece que: “*L’usufruit qui n’est pas accordé à des particuliers, ne dure que trente ans*”.

La propiedad dividida entre dominio directo y el dominio útil fue abolida por el *Code*, puesto que no cabían formas antiguas de explotación de la tierra como los censos. La burguesía que era la nueva clase social dominante quería una propiedad nítida y clara que hacía de ella un instrumento de dominación más útil.

En la enfiteusis, el señor se reservaba el dominio directo de la cosa, mientras que cedía el dominio útil al cultivador de las tierras. En consecuencia, varias personas pueden estar ligadas a la misma tierra y los señores recibían buena parte de los frutos gracias al dominio directo sobre la tierra y los campesinos quedaban adscritos a las mismas por su condición de propietarios.

²¹ BARÓ PAZOS, J., *La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*..., *op.cit.*, p. 65-67. ANTEQUERA, J. M^a., *La Codificación moderna en España*..., *op.cit.*, p. 48. El Proyecto de Código civil de Cambronero no vio la luz, pues si en 1833 recibía el encargo de realizar tal tarea Cambronero murió en 1834. Aun así, este jurista redactó la parte del Código Civil que se le encomendó, sobre todo la parte del instituto de la persona (tutela, curatela, ausencia y las personas morales) partiendo principalmente del Proyecto de Código civil de 1821 de Garelly, además del Fuero de Juzgo, las Partidas y la Novísima Recopilación.

Por lo que se refiere al contenido de los trabajos de Cambronero, *vid.* LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española. 4-I Codificación Civil*..., *op.cit.*, p. 101-196 y LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española. 4-II Codificación Civil*..., *op.cit.*, p. 73-88.

²² BARÓ PAZOS, J., *La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*..., *op.cit.*, p. 67-69. El Motín de la Granja de 1836 precipitó la derogación del moderado Estatuto Real de Martínez de la Rosa por la Reina Regente, que sucumbió a las presiones de los sectores sociales liberales y declaró la vigencia de la Constitución de 1812 hasta que España se diera una nueva Constitución en junio de 1837, después de que el Gobierno convocara elecciones constituyentes.

más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales.”

También hay que destacar que, por lo que se refiere a las expectativas de la Codificación, éstas no fueron tan ambiciosas como las de la Comisión redactora del Proyecto de Código civil de 1821 que pretendió recoger en un mismo código no solamente las normas de derecho privado, sino también las administrativas.²³

Igual que en su precedente, en el discurso preliminar del Proyecto de Código civil de 1836 se pone de manifiesto que éste se inspiraba en el Código civil francés *“que goza en Europa de tanta celebridad, y del que ha tomado varias disposiciones a falta de otras equivalentes en la legislación patria, cuando las ha considerado necesarias y compatibles con nuestros usos y costumbres.”*²⁴

Por lo tanto, puede anticiparse que el estudio del dominio en el Proyecto de Código civil de 1836²⁵ el instituto de la propiedad seguía el modelo liberal imperante en el *Code*.

²³ Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias. Sesión de 26 de octubre de 1836. Tomo I, Imprenta de J. A. García, Madrid, 1870, p. 502. El Ministro de Gracia y Justicia, don José Landero, leyó la memoria del Proyecto de Código civil de 1836 a las Cortes en la sesión del 26 de octubre de 1836 y se refirió a las expectativas del nuevo Proyecto de Código civil: *“Sin embargo, por más que el Gobierno quiera abstenerse de calificar el proyecto de Código Civil presentado por la Comisión y de juzgar sobre la oportunidad de entrar en su examen, no puede menos de manifestar que sus autores han tenido el acierto de clasificar las materias legales reduciendo el Código Civil a lo que realmente debe ser [...]. Con el objeto de que este Código sea poco voluminoso [...] se ha concretado la Comisión en el desempeño de su encargo a tratar solo del Derecho privado, o sea del que compete a las personas, consideradas particularmente y en sus intereses individuales.”*

²⁴ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española. 4-II Codificación Civil...*, *op.cit.*, p. 90.

²⁵ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española. 4-I Codificación Civil...*, *op.cit.*, p. 111-113. BARÓ PAZOS, J., *La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)...*, *op.cit.*, p. 87-88. ANTEQUERA, J. M^a, *La Codificación moderna en España...*, *op.cit.*, p. 48-49. El Proyecto de Código civil de 1836 fue objeto de dos revisiones. La primera se confió a Garelly, quien de esta forma vuelve a tomar las riendas de la Codificación.

Posteriormente, en junio de 1841, la tarea de revisión del Proyecto de 1836 es reemprendida por el jurista Álvaro Gómez Becerra, junto con su Comisión, que era de signo opuesto a la de Garelly. Prueba de ello es el Oficio de 23 de junio de 1841, que eleva la Comisión al Ministro de Gracia y Justicia que da cuenta de la imposibilidad de llevar a cabo la revisión del Proyecto de 1836 porque *“el proyecto no es tal que pudiese corresponder a la expectación pública, porque ni está en perfecta armonía con las instituciones que nos rigen, ni concuerda con algunos principios que los adelantamientos en la ciencia legislativa y el progreso de las luces tienen consagrados [...] La Comisión cree por estas observaciones que los defectos son tales, que hacen necesaria una refundición completa del proyecto, no pudiéndose corregir aquéllos con la enmienda parcial de algunos Arts. o tratados”*.

El Proyecto de Código civil de 1836 consta de cuatro libros, el segundo de los cuales se dedica a la regulación y disciplina del instituto de la propiedad, bajo el epígrafe: “*De las diversas clases de bienes; del derecho de propiedad; y de las servidumbres*”. A la vez, el libro se divide en cuatro títulos y, es en el segundo «Del derecho de propiedad y de los modos de adquirirla», donde se contienen los preceptos relativos al dominio.

LASSO GAITE,²⁶ principal estudioso del Proyecto de Código civil de 1836 que aquí se trata, resalta las diferencias entre el Proyecto de Código civil de 1821 y el de 1836 en lo que a la regulación de la propiedad se refiere. Según aquél: “*por el desarrollo de los postulados del discurso preliminar y sistemática del índice, se aprecia un mayor énfasis en la formulación de los principios jusnaturalistas que el segundo proyecto.*”

En el discurso preliminar también se encuentra una referencia importante al derecho de propiedad que nos anticipa el propósito del legislador de regular la propiedad detalladamente o, al menos, mejor que en el Proyecto de Código civil de 1821: “*El sagrado derecho de propiedad, objeto principal del libro II, y el vínculo más firme de la sociedad, no ha merecido hasta ahora en España aquella alta protección que en otras naciones cultas, y sin la cual jamás prosperarán la agricultura y la industria.*”²⁷

La propiedad es definida en el Art. 621 del Proyecto de 1836: “*Propiedad es el derecho que uno tiene en sus cosas para disponer de ellas a su arbitrio, con tal que no haga un uso prohibido por las leyes o pactos. Este derecho se llama también dominio.*”²⁸

Vemos, pues, que la propiedad fue definida en términos muy amplios siguiendo la concepción absolutista del dominio, sin que puedan destacarse mayores aportaciones en lo referido a la concepción del derecho de propiedad en España antes de la promulgación del Código civil de 1889.

²⁶ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española. 4-I Codificación Civil...*, op.cit, p. 126.

²⁷ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española. 4-II Codificación Civil...*, op.cit, p. 97.

²⁸ GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBAN HERRANZ, J. M., *Derecho civil y penal de España...*, op.cit., p. 567-568. El derecho de propiedad se sitúa en el centro de la organización político-social y se define en términos absolutos, como en el Art. 544 CCF. La propiedad se configura como una prolongación de la personalidad de los individuos sobre las cosas.

2.3. El derecho de propiedad en el Código civil de 1851

Una vez se demostró la ineficacia de las Comisiones especiales de Codificación y también de los trabajos de particulares juristas que contribuyeron a la tarea codificadora, el Gobierno provisional que presidía Joaquín María López decidió enderezar la Codificación por la vía de la oficialidad y de la unidad de dirección.²⁹ Para este fin se crea la Comisión General de Codificación que tuvo lugar por Decreto de 19 de agosto de 1843. La Comisión estaba integrada por 18 vocales y encabezada por Manuel Cortina Arenzana que ostentaba la presidencia de la misma.³⁰

²⁹ GÓMEZ DE LA SERNA, P., “Estado de la Codificación al terminar el reinado de Doña Isabel II”, en *RGLJ*, t. XXXIX, 1871, p. 295. GÓMEZ DE LA SERNA critica el sistema seguido por los anteriores Gobiernos de encomendar la tarea codificadora a Comisiones especiales: “*aunque hubiera llevado a término su misión, carecerían sus obras de la armonía y unidad que debe haber entre las diferentes partes del Derecho, pues aun suponiendo que consideradas aisladamente fueran un derecho de perfección, se hubieran resentido en su conjunto de estar basadas sobre principios heterogéneos y tal vez en contradicción unos con otros,; su formación simultánea impedía que pudieran obedecer a un mismo sistema*”.

³⁰ GÓMEZ DE LA SERNA, P., “Estado de la Codificación al terminar el reinado de Doña Isabel II”..., *op.cit.*, p. 296. Nuevamente, GÓMEZ DE LA SERNA critica duramente los pasos que estaba dando el Gobierno provisional de Joaquín María López en el proceso de Codificación del Derecho civil al considerar que los miembros de la comisión no eran suficientemente competentes para esta tarea. LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española. 4-I Codificación Civil...*, *op.cit.*, p. 153. La Comisión General de Codificación se dividió en cuatro sesiones: la primera para la redacción del Código civil – entre los componentes de ésta destacaba *Florencio García Goyena*, quien ostento la responsabilidad de coordinar los trabajos de esta sección-, otra para el Código penal, otra para el Enjuiciamiento civil y otra para el Enjuiciamiento criminal. La Comisión acordó la creación de una ponencia que tenía como objetivo redactar las bases de la Codificación y que luego éstas serían sometidas a discusión y aprobación por el Gobierno. Además, cada sesión tenía que redactar las bases de su respectivo Código, debiéndose debatir luego en el seno de la Comisión General de Codificación.

Conforme con las bases aprobadas por Comisión General el 7 de marzo de 1844, la Primera Comisión General de Codificación (1843-1846) redactó el Anteproyecto del libro I –*de las personas*-, y el Anteproyecto del libro II –*de las cosas*-. El Anteproyecto del libro II el título II se dedicó a la propiedad y la estructura de este título es prácticamente calcada a la del Código civil francés de 1804: capítulo 1.º de la propiedad en general; 2.º de la accesión; 3.º de la accesión respecto al producto de los bienes inmuebles; y 4.º de la accesión respecto de los bienes muebles.

La Primera Comisión General de Codificación fue suprimida repentinamente por el Real Decreto de 31 de julio de 1846, firmado por el Ministro de Gracia y Justicia, don Joaquín Díaz Caneja.

ANTEQUERA, J. Mª., *La Codificación moderna en España...*, *op.cit.*, p. 69-74. Mientras tanto, entre la primera y la segunda Comisión General de Codificación se promulgó una nueva Constitución el 23 de mayo de 1845 que, a diferencia de la Constitución de 1837, suprimió la unidad de fueros que declaraba la segunda parte del Art. 4 pero, en cambio, se mantiene el principio de unidad de Códigos para toda Monarquía. Distintos trabajos reflejan la buena labor de la primera Comisión General de Codificación.

Por Decreto de 11 de septiembre de 1846 se creó la Segunda Comisión General de Codificación con el fin de concluir los libros del Proyecto de Código civil no acabados todavía y para proceder a la redacción del libro III del mismo – *de los modos de adquirir, transmitir y perder el dominio*-.

El Proyecto de Código civil de 1851 finalmente no se promulgó y la doctrina ha señalado varias causas de orden público e ideológicas que impidieron que el Proyecto de 1851 viera la luz.³¹

El Proyecto de Código civil de 1851 regulaba en el libro II “*De la división de los bienes y de la propiedad*” la institución dominical, concretamente en el título II del mencionado libro.

La propiedad fue definida en el Art. 391 de la siguiente manera: *La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las que previenen las leyes o reglamentos.*³² Vemos, pues, que la definición de la propiedad en el Proyecto de Código civil de 1851 no se aparta de la definición contenida en el Art. 544 del *Code*, que siguió influyendo de forma muy directa los Códigos Civiles del siglo XIX.

La propiedad vuelve a colocarse en el centro de todas las instituciones del Código civil y se configuraba como el derecho de todos los otros derechos “*que los protege, y, propiamente hablando, los crea.*”³³

³¹ GÓMEZ DE LA SERNA, P., “Estado de la Codificación al terminar el reinado de Doña Isabel II”..., *op.cit.*, p. 297. “*Había entonces empezado en nuestra patria a tener influencia la escuela histórica alemana y esto hacía que se mirase con recelo la conveniencia de la Codificación del Derecho civil, lo que algunos años antes parecía natural, sencillo y no expuesto a graves inconvenientes. El Gobierno manifestaba con lealtad los motivos que le inducían al aplazamiento, citando como tales la gravedad y transcendencia de una obra que afectaba esencialmente a las relaciones entre la familia y el orden social, y a las familias entre sí, reglando las transacciones y los derechos e intereses privados de todos.*” ANTEQUERA, J. M^a., *La Codificación moderna en España...*, *op.cit.*, p. 71-72. TOMÁS Y VALIENTE, F., *Códigos y Constituciones (1808-1878)*..., *op.cit.*, p. 27. Aparte del contundente Art. 1.992 del Proyecto de 1851, también condujo al fracaso del proyecto la prohibición de que la Iglesia católica adquiriese bienes inmuebles por vía testamentaria y que condicionaba la adquisición de bienes muebles a una autorización gubernamental. En referencia a las cuestiones de derecho de familia, TOMÁS y VALIENTE señala que la no atribución del matrimonio y del divorcio civil a los tribunales de lo civil acabó dejando el Proyecto de 1851 en vía muerta.

³² DEL VISO AÑÓ, S., *Lecciones elementales de derecho civil...*, *op.cit.*, p. 22. Al tratarse de una obra situada a las vísperas del siglo XX, nos encontramos ante una definición que se inspira en el Proyecto de Código civil de García Goyena y que poco cambiará en el Código Civil actual de 1889.

³³ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Cometa S.A, Zaragoza, 1973, p. 208. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. I, Imprenta de la Sociedad Tipográfico- Editorial, Madrid, 1852, p. 352. GARCÍA GOYENA concibe el derecho de propiedad como una suma de facultades, éstas son la facultad de goce y de libre disposición. Cuando no se da esta reunión de facultades, hay que entender que se está ante una propiedad modificada o disminuida por haberse constituido un derecho real de usufructo o servidumbre.

3. El Código civil de 1889

3.1. La concepción clásica del dominio en el Código civil

El Art. 348 CC³⁴ establece que *“La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.*

El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.”

La definición del derecho de propiedad que se contiene en el Código civil puede decirse que obedece al concepto clásico del dominio que se había arrastrado a lo largo de toda la Codificación española.³⁵

Es interesante destacar que el Proyecto de Código civil de García Goyena contempla la expropiación forzosa del dominio y, por lo tanto, la propiedad tiene que estar sujeta a límites que se imponen por la salvaguarda del interés público, *“Combinándolos con el bien común, que es el objeto y suprema ley de la sociedad: se debe ser libre con las leyes, y no contra ellas.”*

De la misma manera que en el Proyecto de Código civil de 1836, el Proyecto de Código civil de García Goyena admite formas basadas en la división del dominio, como son los censos enfitéuticos y el derecho de superficie: *“Los intérpretes ponen dos especies de dominio menos pleno, la enfiteusis y la superficie, y lo dividen en directo y útil.”*

³⁴ MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980, p. 62. El Código Civil de 1889 seguía inspirándose en su antecedente francés de 1804, pues la Codificación civil francesa empezó con el *Code* de 1.804, sin que el legislador francés continuara la tarea codificadora. Aun así, la definición de la propiedad en el Código Civil dista un poco de la definición de ésta en el *Code*, puesto que no se hace referencia al goce de la *“manera más absoluta”*, ni tampoco cita a los reglamentos como norma capaz de determinar los límites del derecho de propietario.

Por lo que se refiere a los reglamentos como instrumento apto para configurar el derecho de propiedad, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre esta cuestión. MARTÍN RETORTILLO, L., *“La doctrina de las materias reservadas a la ley y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, en *RAP*, nº 39, 1962, p. 299 y ss. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1962 se contiene la doctrina que dio amparo a la regulación, por medio de reglamentos, del derecho de propiedad en base al siguiente argumento: *“Ciertamente se habla de Leyes [Art. 348 CC], y una Orden Ministerial no puede tener el rango superior de una Ley; pero es que en el caso de autos, ni se trata de una Orden aislada que deje de estar relacionada con la Ley de 5 de noviembre de 1940, ni con la de Montes de 6 de junio de 1957, ni se trata de una disposición que de una forma abierta o deliberada lesione o limite el derecho de propiedad.”* Por lo tanto, al tratarse de una norma de desarrollo de una norma con rango de ley, no puede decirse que se produce una deslegalización de la materia. BONET CORREA, J., *Código civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, t. II, Civitas, Madrid, 1984, p. 64. En el mismo sentido se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1980: *“[...] al definir la propiedad como el derecho a gozar y disponer de una cosa no sanciona otras limitaciones que las establecidas por las Leyes, si bien dentro de esta palabra han de comprenderse las disposiciones reglamentarias y administrativas en cuanto son desarrollo de la Ley.”* LASARTE ALVAREZ, C., *“Propiedad privada e intervencionismo administrativo”*, en *RGLJ*, t. LXXI, nº2, 1975, p. 154-156. Este autor considera que el reglamento, como fuente normativa, queda incluida dentro de la expresión *leyes* del Art. 348 CC.

La concepción clásica del dominio se definía por su carácter absoluto que permitía diferenciarlo de los otros derechos que pueden tener los particulares sobre las cosas, es decir, “*una situación de poder, cuya actuación o realización se confía al arbitrio del titular.*”³⁶

En consecuencia, la propiedad se configuró como una situación activa de poder y, por tanto, permitió que se definiera como el derecho subjetivo paradigmático, alrededor del cual la doctrina³⁷ desarrolló la teoría de los derechos subjetivos.

La teoría de la doctrina pandectística³⁸ del derecho subjetivo es la que mejor recoge la idea que se viene exponiendo, pues la configuración del derecho de propiedad privada

³⁵ DI MARZO, S., *Le basi romanistiche del Codice civile*, UTET, Torino, 1950, p. 158-159. GÓMEZ MARÍN, M., y GIL GÓMEZ, P., *El Digesto del Emperador Justiniano*, t. I, Imprenta de Ramón Vicente, Madrid, 1872, p. 45. MANRESA NAVARRO, J. M^a., *Comentarios al Código civil español*, t. III, 3^a ed., Imprenta de la revista de legislación, Madrid, 1910, p. 136. La doctrina no ha sabido encontrar en el derecho romano una definición similar del derecho de propiedad a la que llegó en Europa con la promulgación del *Code*, puesto que el Digesto de Justiniano no contenía una definición del dominio semejante a la del *Code*. Como antecedentes en el derecho romano del derecho de propiedad se cita el Digesto de Justiniano, concretamente la Ley IV, del Título V, del Libro I que dice: “*Libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi, aut iure prohibetur.*” También se cita como precedente más inmediata la Ley XXXV del Libro IV del Código de Justiniano que define el derecho de propiedad como el “*ius utendi et abutendi re sua, quatenus juris ratio partitur: unusquisque enim rerum suarum moderator et arbiter, ni silex arbitrium tollat.*”

³⁶ MONTÉS PENADÉS, V. L., “Art. 348 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 951. PUIG PEÑA, F., *Compendio de derecho civil español*, 3^a ed., Piramide, Madrid, 1976, p. 43. Para entender la idea de propiedad privada en el Código Civil hay que partir necesariamente de un ámbito de libertad del propietario, a pesar de que el derecho de propiedad puede quedar sometido a restricciones o límites para asegurar la realización de otros derechos y, sobre todo, dar cabida en su contenido a los intereses comunes de todos los particulares. Según la concepción liberal de la propiedad privada en el sistema del Código civil, ésta era un derecho absoluto del propietario que integraba un haz indeterminado de facultades y poderes que le permitían obtener todas las utilidades que la cosa era capaz de producir. Se configuró la propiedad privada como el derecho subjetivo por excelencia, íntimamente vinculado con la idea de gozar y disponer de los bienes sin que cupiese imponerle limitaciones mediante las leyes. Dicho en otras palabras, la imposición de límites y limitaciones al derecho de propiedad y al propietario no era la regla general. La intervención sobre el derecho de propiedad era excepcional.

³⁷ MANRESA NAVARRO, J. M^a., *Comentarios al Código civil español...*, *op.cit.*, p. 136. “*el derecho de propiedad es un derecho fundamental de la personalidad, el cual encuentra su límite en el interés de la personalidad misma.*” SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., “Art. 348”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.), *Comentario del Código civil*, t. III, 2^a ed., Bosch, Barcelona, p. 39-40.

³⁸ WINDSCHEID, B., *Tratado de Derecho Civil alemán*, t. I, v. 1. *ob. trad.*, por Fernando Hinestroza, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1987, p. 135. Para las definiciones de derecho subjetivo, *vid.* DABIN, J., *El derecho subjetivo*, *op. trad. por.* OSSET, F. J., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 70-131. ORESTANO, R., “Teoria e storia dei diritti soggettivi”, en *Il diritto*

como un poder dependiente únicamente de voluntad del propietario sobre las cosas era otorgado por el Ordenamiento jurídico de forma incondicional.

La doctrina clásica³⁹ estuvo fuertemente influenciada por la concepción romana del derecho de propiedad que describía el dominio como una suma de facultades: *ius utendi et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur*. La jurisprudencia del Tribunal Supremo también fue testigo de la adopción de este principio, pues sostuvo que el dominio era una suma de facultades dominicales, a la vez que insistía en su carácter absoluto.⁴⁰

Sin embargo, la concepción liberal de la propiedad privada instaurada en el Código civil francés de 1804 entró en crisis como consecuencia de la paulatina imposición de límites y limitaciones al poder del propietario. Por esta razón, el derecho de propiedad dejó de definirse a través de las facultades que se enumeran en el Art. 348 CC,⁴¹ pues el propietario no pierde esta condición por ser privado, aunque sea temporalmente, de algunas de las facultades que integran su derecho. De esta forma, la propiedad pasó de ser definida partiendo de las facultades que conforman su contenido a ser definida como

privato nella società moderna, Il mulino muMulino, Bologna, 1971, p. 103. “*si parla di precetti che il diritto soggettivo «pone a libera disposizione di colui a cui favore esso lo ha emanato»*”. El propietario era soberano para satisfacer de la mejor manera sus intereses ya que su voluntad era el único límite en el ejercicio de su derecho. El contenido de su derecho solamente estaba constituido por poderes y facultades, es decir, no cabían limitaciones de su contenido en un sentido negativo que dieran lugar a una minoración a las posibilidades de goce y uso de la cosa.

Dentro de esta concepción liberal de la propiedad, ésta se configuraba como un derecho fundamental del propietario que aparecía investido de un poder de señorío sobre las cosas, hasta el punto de poder afirmar que la propiedad se encontraba en el origen último de las relaciones jurídicas y del tráfico económico en general, es decir, se presuponía una abstracta posibilidad del propietario de realizar el valor de las cosas que se protegía por el mismo Código civil.

³⁹ MANRESA NAVARRO, J. M^a., *Comentarios al Código civil español...*, *op.cit.*, p. 136. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de derecho civil*, t. III, 2^a ed., Establecimiento tipográfico sucesores de rivadeneira, Madrid, 1891, p. 92.

⁴⁰ PASQUAU LIAÑO, M., *Jurisprudencia civil comentada*, t. I, 2^a ed., Comares, Granada, 2009, p. 848. PASQUAU LIAÑO cita las siguientes sentencias: STS de 3 de diciembre de 1890. La sentencia señalaba que: “*cuando el dominio no está limitado por ningún derecho real, es por su naturaleza absoluto, y el propietario está en libertad de usar, disfrutar y hacer de la cosa que le pertenece lo que a bien tenga.*” STS de 21 de noviembre de 1929: “*constituye el dominio una relación jurídica sobre las cosas, definida en este Art. [...], integrando con ello el derecho real de másalcance y efectividad, reconocido ya en la Ley 35 del libro 4.º del Código de Justiniano, como el ius utendi et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur*”.

⁴¹ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. II, v. I, 13.^a ed., Reus, Madrid, 1987, p. 157. “*el dominio es no una simple reunión o suma de facultades, sino el centro unitario y autónomo de todas las que pueden recaer sobre la cosa*”.

un derecho unitario y abstracto que no se desnaturaliza si se imponen límites a las facultades que el propietario tiene sobre la cosa.⁴²

3.1.1. Las características del derecho de propiedad en el Código civil

Configurada así la propiedad, como el derecho subjetivo paradigmático y como un derecho fundamental del individuo, la doctrina española destacó ciertas notas características de la noción *preconstitucional* del dominio que lo diferenciaban de otras situaciones activas de carácter real que permiten a su titular aprovecharse de las utilidades de la cosa. Teniendo en cuenta la difícil tarea dogmática de determinar los caracteres de la propiedad, la doctrina⁴³ distinguió algunos rasgos característicos del dominio.

A) Unívoco

En primer lugar, la propiedad es unívoca, en el sentido que solo existe un tipo de dominio. Frente al dominio plural y desmembrado del Antiguo Régimen, el Código civil solo contempla un tipo de dominio y un tipo de señorío. Sin embargo, tal afirmación no quiere decir que la propiedad no sea susceptible de tener varios contenidos o estatutos dominicales en función de las manifestaciones o

⁴² O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 7ª ed., La Ley, Madrid, 2012, p. 405. Este autor critica que la propiedad se defina como una suma de facultades o poderes, pues la propiedad debe ser concebida de un modo unitario y las facultades concretas del propietario son manifestaciones del mismo. PUIG BRUTAU, J., *Compendio de derecho civil*, t. III, Bosch, Barcelona, 1989, p. 41. En el mismo sentido se pronuncia PUIG BRUTAU que defiende que “*el derecho de propiedad no es el resultado de la suma de todas las facultades que contiene.*” CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de derecho civil*, t. I, Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, 1959, p. 379. PUIG PEÑA, F., *Compendio de derecho civil español...*, *op.cit.*, p. 46. DE COSSIO, A., *Instituciones de derecho civil. Derechos reales y derecho hipotecario. Derecho de familia y derecho de sucesiones*, Civitas, Madrid, 1988, p. 61. El concepto de propiedad privada contenido en el Art. 348 CC es demasiado abstracto ya que deja para las leyes especiales la delimitación del contenido del derecho. BONET CORREA, J., *Código civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina...*, *op.cit.*, p. 64. En esta obra se cita la STS de 3 de diciembre de 1946 que también reflejó el cambio en la forma de concebir el dominio: “*el dominio es el señorío abstracto y unitario sobre la cosa, y no la suma de facultades de las que el propietario puede verse privado temporalmente, sin que por ello pierda la integridad potencial de su derecho, determinante de la posibilidad de recuperación efectiva de todas las facultades dominicales.*”

⁴³ PUIG BRUTAU, J., *Compendio de derecho civil...*, *op.cit.*, p. 44. Este autor señala que lo que define el contenido del dominio son las facultades de “*gozar, disponer y accionar en reivindicación de la cosa.*”. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral...*, *op.cit.*, p. 163-166.

desmembraciones de este derecho que sean reconocibles en el Ordenamiento jurídico al amparo de leyes espaciales que regulan el derecho en función de su objeto.⁴⁴

Sin embargo, existe un sector doctrinal que afirma que las diferentes manifestaciones del derecho de propiedad no niegan que exista un tipo único, pues no constituyen variantes institucionales, “*mudan los accidentes, pero no la esencia.*”⁴⁵

En medio de esta contienda sobre la unidad del derecho de propiedad, el Tribunal Constitucional en la sentencia de 149/1991, de 4 de julio afirmó que: “*No es tarea propia de este Tribunal la de mediar en la disputa dogmática acerca de si estas normas que disciplinan la propiedad sobre determinados géneros de bienes delimitan el contenido propio de diversas formas de propiedad o, siendo ésta una institución única,*

⁴⁴ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., en el prólogo a la obra de RODOTA, S., *El terrible derecho. Estudio sobre la propiedad privada, ob. trad., por DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.*, Madrid, 1986, p. 16. “*Lo que ocurre es que por más que se predique la diversificación [...] este punto de vista presupone, como un a priori lógico, una idea central de propiedad, a partir de la cual los diferentes estatutos se enjuician. La desintegración, de esta suerte, no hace más que llenar o poblar el campo de las propiedades especiales, sin apercibirse de que la especialidad supone siempre generalidad y las propiedades especiales, por ende, un derecho común de propiedad.*” REY MARTÍNEZ, F., “Sobre la (paradójica) jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de propiedad privada, en *Derecho Privado y Constitución*, nº 3, 1994, p. 175. “*La progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso y aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos.*” BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 2.858. Los defensores de esta tesis defienden que la propiedad ya no es una institución unitaria, sino que actualmente tiene que hablarse de un *concepto estatutario* del derecho de propiedad.

Este *concepto estatutario* de la propiedad ha tenido una traducción legislativa, pues en el Art. 7.1 LSOU dice que: “*El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.*” NAVARRO FERNANDEZ, J. A., *Propiedad privada y Constitución: la forma agraria*, Ediciones TAT, Granada, 1988, p. 119. BONET CORREA, J., *Código civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina...*, *op.cit.*, p. 64. Esta noción estatutaria se reflejó también en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El autor cita la STS de 21 de febrero de 1981: “*Sobre la mutación sufrida por el derecho de propiedad en materia urbanística, hasta convertirse en un derecho de los llamados «estatutarios» [...]*”. PÉREZ PÉREZ, E., *Propiedad, Comunidad y Finca Registral*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, p. 46.

⁴⁵ MONTÉS PENADÉS, V. L., “Art. 348 CC”..., *op.cit.*, p. 952. BLASCO GASCÓ, F de P., y CECCHINI ROSELL, X., “Título II De la Propiedad. Capítulo I. De la propiedad en general”, en RAMS ALBESA, J., y MORENO FLÓREZ, R. M^a., *Comentarios al Código Civil III. Libro Segundo (Títulos I a VIII)*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 99. Según estos autores, el concepto unitario de propietario no impide que las facultades del dominio se dividan entre varias personas, -caso del censo enfiteútico- o que la propiedad se divida en fracciones de tiempo, caso de la multipropiedad o derecho real de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico.

son más bien limitaciones que al propietario se imponen en razón de la naturaleza de los bienes.”⁴⁶

Como conclusión, la doctrina se ha posicionado mayoritariamente a favor de la segunda tesis, en el sentido de reconocer que la situación del propietario es la que permite obtener el máximo provecho de una cosa sobre la que recae su derecho de propiedad y que este derecho no queda desvirtuado por tener un alcance distinto según el objeto del mismo. Por lo tanto, cabe afirmar que sigue existiendo un concepto unitario del derecho de propiedad, sin que las propiedades especiales que se regulan en leyes especiales afecten a la garantía institucional del Art. 33.1 CE.⁴⁷

B) Perpetuo

En segundo lugar, la propiedad es *perpetua* o tendencialmente perpetua. Con esto se afirma que el derecho de propiedad tiende a durar tanto como el objeto sobre el que recae.⁴⁸ La perpetuidad del derecho de propiedad es un rasgo característico que permite

⁴⁶ STC de 4 de julio de 1991 [LA LEY 58074-JF/0000].

⁴⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales*, v. I, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2008, p. 245. “[La propiedad] constituye la esfera de acción del dueño el poder más amplio jurídicamente sobre la cosa, y vale, por consiguiente, la caracterización general del dominio ahora trazada, siquiera aquella postulada plenitud tenga alcance muy distinto en cada supuesto, y se configure, así, una pluralidad de regímenes, que en absoluto es incompatible con la definición única del instituto de la propiedad.” DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de derecho civil*, 4ª ed., Codex, Madrid, 2011, p. 134. DE LOS MOZOS, J. L., *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, p. 157-158.

⁴⁸ DIEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III.- Las relaciones jurídico-reales, el registro de la propiedad, la posesión*, 5ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 964-966. “La mayor o menor duración y el carácter indefinido o por llamarlo así perpetuo del derecho real, depende, como es claro, de consideraciones de política legislativa. En principio, parece que en un sistema jurídico-económico fundado sobre la propiedad privada, la propiedad privada debe ser de tendencia a la duración perpetua.” Sin embargo, DIEZ PICAZO afirma que, aunque la cosa se destruya por su destrucción física, el derecho de propiedad persiste en los vestigios de la misma. De manera que más que considerar que el derecho de propiedad dura tanto como el objeto sobre el que recae, tendríamos que entender que el derecho de propiedad se extingue en el momento que la cosa deja de servir para el cumplimiento de un determinado destino económico. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 241. BLASCO GASCÓ, F de P., y CECCHINI ROSELL, X., “Título II De la Propiedad. Capítulo I. De la propiedad en general”..., *op.cit.*, p. 99. El derecho de propiedad se proyecta más allá de la vida de su titular, pues la sucesión mortis causa es una institución que permite que los derechos perduren más allá de las vidas de sus titulares para continuar en sus herederos. PÉREZ PÉREZ, E., *Propiedad, Comunidad y Finca Registral...*, *op.cit.*, p. 47.

diferenciarlo de otros derechos reales como el usufructo, el derecho de uso y el de habitación que se extinguen cuando muere su titular, puesto que son derechos que generalmente son personalísimos que se constituyen para satisfacer las necesidades de sus titulares o de sus familias.⁴⁹

El carácter perpetuo de la propiedad no es un inconveniente, según un sector doctrina, para “*hacer dependiente la extinción del derecho de propiedad de ciertas causas establecidas y previstas en el momento mismo de su adquisición.*”⁵⁰

Vid. STS de 24 de octubre de 2005 [LA LEY 10090/2006]. “*el derecho de propiedad, según se desprende de lo dispuesto por el Art. 348 del Código Civil, presenta como caracteres propios ser un derecho: a) unitario; b) general y abstracto, en cuanto comporta la existencia de facultades indeterminadas sobre la cosa pues abarca todas las que no hayan sido excluidas, sin que consista en una mera suma de facultades (sentencia de 2 de octubre de 1975); c) elástico, ya que, en caso de existir algún derecho real que la limite, la facultad que el mismo comporta la recupera el propietario cuando dicho derecho real se extingue (sentencia de 27 de junio de 1991); exclusivo, pues permite excluir del goce a los demás incluso si su uso es inocuo; y e) perpetuo, pues dura mientras exista el objeto (sentencia de 20 de mayo de 1993).*”

⁴⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil...*, op.cit., p. 2.861.

⁵⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral...*, op.cit., p. 164. CASTÁN TOBEÑAS, J., *La propiedad y sus problemas actuales*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1963, p. 89. “*En cuanto a la perpetuidad, [...], no está reconocido hoy sino con muchas reservas. STOLIFI sostiene que el derecho de propiedad es generalmente perpetuo pero tal requisito pertenece a la naturaleza, no a la existencia del derecho, ya que nada obsta a que surja un derecho de propiedad temporal.*” PUIG PEÑA, F., *Compendio de derecho civil español...*, op.cit., p. 49-50. “*Este carácter de perpetuidad se recoge en la moderna doctrina con las limitaciones propias del caso, pues, que si en un principio no hay nada que obste a él, sin embargo, esto no impide la existencia de la propiedad revocable.*” MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, op.cit., p. 71. Hasta el momento la *temporalidad* de la propiedad solo se había manifestado a través de las cláusulas de aplazamiento de la transmisión de la propiedad, como es el caso de la compraventa con pacto de reserva de dominio o con la fijación de cláusulas resolutorias (condición o término resolutorio) que, según este autor, no son más que manifestaciones del poder de disposición del propietario sobre la cosa. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral...*, op.cit., p. 164. Sin embargo, CASTÁN defiende que el dominio es “*potencial o normalmente perpetuo, pero no irrevocable*”. Con esto se puede defender que el dominio es generalmente perpetuo, aunque esta característica no forma parte de la naturaleza del derecho, sino de su existencia, puesto que nada impide que se constituya un derecho de propiedad temporal al amparo de la autonomía privada. Además de la compraventa limitada temporalmente por un pacto de reserva de dominio o por una cláusula resolutoria, este autor indica que la propiedad intelectual e industrial también son temporales. En el mismo sentido, vid. MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, p. 260-261.

C) Absoluto

En tercer lugar, hay que destacar la nota de *absolutividad* del dominio que es propia de la configuración clásica del dominio como el derecho subjetivo paradigmático, hasta el punto de afirmar que la *facultad de exclusión* forma parte del contenido del dominio, pues el propietario puede impedir que otros le perturben en el goce de la cosa.⁵¹ Esta característica se desprende de la regulación de la propiedad que sigue en el mismo Art. 348 CC cuando se dice que “*El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla*”.

Además, los Arts. 349 CC y 350 CC demuestran que el goce y disfrute de una propiedad ajena solo son protegidos por el Ordenamiento jurídico en la medida que sean acordes con la voluntad del propietario, toda vez que éste “*es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella*”.⁵² También son indicadores de este carácter de exclusividad el otorgamiento al propietario de las acciones de deslinde y amojonamiento que le permiten deslindar y fijar los límites de su propiedad para evitar la intromisión de los dueños de los predios colindantes.

Fruto de su carácter *absoluto* se desprende que la propiedad tienen vocación de generalidad, en el sentido que comprende, mientras no se halle gravada, todas las facultades, aprovechamientos y posibilidades que es capaz de producir la cosa. Es por ello que resulta imposible para la doctrina hacer una enumeración exhaustiva de las facultades que integra el dominio actualmente y las que puedan devenir a favor del titular en el futuro.⁵³

⁵¹ MANRESA NAVARRO, J. M^a., *Comentarios al Código civil español...*, *op.cit.*, p. 136-137.

⁵² LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 240. Es lo que se denomina *abstracción* del dominio, pues el propietario es identificable independientemente de las facultades singulares que puedan faltarle por una limitación del contenido de su derecho por una disposición con rango de ley o que se haya desprendido de ellas voluntariamente. Los titulares de derechos reales *in re aliena* tienen atribuidas facultades singulares sobre la cosa y que se desnaturalizan si su titular se desprende de ellas.
BONET CORREA, J., *Código civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina...*, *op.cit.*, p. 64.
BONET CORREA cita la STS de 5 de enero de 1956.

⁵³ LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 239. Este es una característica que define al derecho de propiedad porque los titulares de derechos reales o personales tienen tipificadas expresamente las facultades que tienen sobre la cosa. El dominio se presume libre de cargas y gravámenes, mientras que el que alegue

Es un hecho que caracteriza el dominio, según la tesis liberal, el amplio elenco de facultades o derechos que pueden contenerse en el derecho de propiedad. A diferencia de lo que ocurre en la regulación de otros derechos reales *in re aliena*, el Capítulo I, del Título II del Libro II del Código civil, no enumera ni tipifica las facultades que comprende el derecho de propiedad, pues el Art. 348 CC se limita a decir genéricamente que el derecho de propiedad “*es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.*”⁵⁴

Por esta razón se ha defendido por la doctrina que el derecho de propiedad otorga a su titular la facultad de obtener todos los aprovechamientos que la cosa es capaz de producir, es decir, “*cualquier posibilidad o aprovechamiento que la ley no prohíba expresamente conforma, al menos idealmente, el dominio, sea cual fuere el propietario y sea cual fuere la cosa objeto del dominio.*”⁵⁵ Es lo que la doctrina ha llamado

tener un derecho real o personal sobre la cosa tiene que demostrarlo. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil...*, *op.cit.*, p. 2.857.

BONET CORREA, J., *Código civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina...*, *op.cit.*, p. 64. En esta obra se cita la STS de 12 de febrero de 1980 que aún concebía que la intervención del legislador era excepcional: “*Ninguna motivación que no sea la estricta aplicación de una normativa objetiva de Derecho preexistente puede impedir a los particulares del ejercicio válido de sus facultades dominicales al amparo del art. 348 del Código civil.*”

⁵⁴ MONTÉS PENADÉS, V. L., “Art. 348 CC”..., *op.cit.*, p. 953. Siguiendo a este autor, resulta dogmáticamente imposible positivizar las facultades que comprende el derecho de propiedad, puesto que el poder del propietario integra las más amplias facultades de uso y disfrute que la cosa es capaz de producir, mientras no se haga un ejercicio antisocial del derecho o un uso abusivo, del mismo que permite al juez reaccionar contra el propietario, en los términos del Art. 7.2 CC. Destaca MONTÉS PENADÉS los efectos procesales de la propiedad, pues la libertad del propietario se presume y quien la niegue o alegue límite alguno tendrá que probarlo.

Como se decía anteriormente, el Código civil sí que delimita los derechos que corresponden a los titulares de derechos reales *in re aliena*. MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., “Art. 471 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et.alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 1.263. Por lo que se refiere al usufructo, el Código Civil entre los Arts. 471 y 490 determina los derechos del usufructuario. Sin entrar a examinar el contenido de cada uno de estos derechos, es preciso destacar que en la Sección II, del Capítulo I, del Título VI, del Libro II del Código civil se pretende hacer una delimitación del alcance de los derechos del usufructuario, que por ende determinan las limitaciones del derecho de propiedad del nudo propietario.

⁵⁵ BLASCO GASCÓ, F de P., y CECCHINI ROSELL, X., “Título II De la Propiedad. Capítulo I De la propiedad en general”..., *op.cit.*, p. 99. BORRELL SOLER, A. M., *El dominio según el Código civil español*, Bosch, Barcelona, 1948, p. 55-59.

RODRÍGUEZ NAVARRO, M., *Doctrina civil del Tribunal Supremo*, t.I, Aguilar, Madrid, 1961, p. 1.168. En esta obra se cita la STS de 17 de enero de 1959. “[El Art. 348 CC] *está lejos de otorgar omnímodas facultades a la libre disposición, y de las cosas que integran el dominio, condiciona y subordina expresamente su disfrute a las limitaciones establecidas por las leyes.*”

generalidad del derecho de propiedad, puesto que otorga al propietario las más amplias facultades sobre la cosa mientras no se contravenga la ley y los reglamentos que la desarrollan.⁵⁶

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha sido un reflejo este cambio en la concepción absoluta del derecho de propiedad. Las primeras sentencias interpretadoras del Art. 348 CC reflejaban el carácter absoluto de la propiedad sin más limitaciones: “*El derecho de propiedad sobre los bienes se funda en el destino de éstos a la satisfacción y cumplimiento de fines necesarios humanos.*”⁵⁷

Como consecuencia de la paulatina evolución del derecho de propiedad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo también mitigó su interpretación del término *absoluto* del Art. 348 CC, pues en la sentencia de 3 de diciembre de 1946 dijo que: “*si bien es esencial y peculiar atributo el dominio el poder disponer libremente de las cosas, tal facultad no es tan absoluto ni omnímoda, en razón a que toda propiedad se se subordina siempre a limitaciones determinadas, ya por las leyes, ya por pactos convenidos o costumbres aceptadas [...].*”⁵⁸

D) Exclusivo

En torno del carácter exclusivo también se ha discutido si este rasgo es propio del derecho de propiedad o, en caso contrario, es propio de todos los derechos reales.

Por una parte, hay quienes defienden que la nota de *exclusividad* que caracteriza el dominio no es exclusiva de éste, pues hay otros derechos reales y personales que contempla el Código civil cuyo titular puede reaccionar contra las intromisiones de terceros.⁵⁹ Por otra parte, hay quienes sostienen que la nota de *exclusividad* es propia del

⁵⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil...*, *op.cit.*, p. 2.857. FARRÉ ALEMÁN, J. M^a., *Código civil comentado y concordado*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 414.

⁵⁷ RODRÍGUEZ NAVARRO, M., *Doctrina civil del Tribunal Supremo...*, *op.cit.*, p. 1.171. RODRÍGUEZ NAVARRO cita la STS de 19 de junio de 1915.

⁵⁸ PASQUAU LIAÑO, M., *Jurisprudencia civil comentada...*, *op.cit.*, p. 848.

⁵⁹ MONTÉS PENADÉS, V. L., “Art. 348 CC”..., *op.cit.*, p. 952. LUCAS FERNANDEZ, F., “Art. 1.544 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1.093-1.094. Por lo que se refiere a los derechos de naturaleza personal, como el arrendamiento de cosas, el Código Civil previene

dominio y que es el presupuesto para el ejercicio de las acciones reales como la acción reivindicatoria, la declarativa de dominio y de fitación y amojonamiento.⁶⁰

El carácter de la exclusividad del dominio, puede decirse que es el que se discute más, toda vez que las formas de dominio dividido que se estudiaran en esta Memoria doctoral se basan en una desmembración o división del mismo que puede colisionar con este rasgo de la propiedad. El requisito de la exclusividad ha sido interpretado por la doctrina de una forma flexible, en el sentido de que es posible que sobre el bien objeto del derecho de propiedad se reconozcan prerrogativas a varios titulares de diferentes derechos sobre una finca, cada uno con un derecho independiente respecto de los demás. De esta forma, LACRUZ elaboró un esquema para clasificar las formas de propiedad dividida:⁶¹

- a) *División por facultades jurídicas*: En este supuesto se distinguen dos titulares del dominio y entre los mismos se dividen los poderes dominicales. Cada uno de los titulares conserva una *vis atractiva*, en virtud de la cual absorbe aquellas facultades del dominio que quedan sin sujeto, por haberse extinguido el derecho del otro titular dominical. En este supuesto la doctrina incluye, como forma de dominio dividido, el censo enfiteútico que, como se ha visto en los apartados anteriores, se distingue entre titular del dominio directo y titular del dominio útil, el enfiteuta.⁶²
- b) *División por disfrutes materiales*: El caso paradigmático de esta forma de división del dominio lo constituía el Art. 23 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957⁶³ que contemplaba un caso de condominio entre el titular del vuelo de la

que es obligación del arrendador “*Mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato.*”

⁶⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil...*, op.cit., p. 2.861.

⁶¹ LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, et alii., *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, op.cit., p. 242-243.

⁶² PUIG BRUTAU. J., *Compendio de derecho civil...*, op.cit., p. 45. PUIG BRUTAU considera que en el Código civil se configura la enfiteusis como un supuesto de dominio dividido, como puede observarse en los Arts. 1.604 y 1.605 CC. Esta concepción se ve reforzada por la previsión del Art. 377 RH que permite que tanto el dominio directo como el útil abran hoja registral.

⁶³ Ley de Montes de 8 de junio de 1957 [LA LEY 20/1957]. Art. 23 LM: “*En los casos de condominio, cuando el suelo pertenezca a un particular o a Entidad pública, y el vuelo sea de propiedad del Estado o de alguna Entidad pública, podrán refundirse los dos dominios a favor del dueño del vuelo*”

finca, el arbolado, y el del suelo. Además cabe incluir en este supuesto distintos casos que se daban en la práctica de aprovechamientos simultáneos de la finca.⁶⁴

c) *División por tiempo de utilización*: En este supuesto pueden ubicarse nuevas formas de aprovechamiento del dominio que se basan en el aprovechamiento de un inmueble de forma temporal o periódica, como es el caso de la multipropiedad o, más correctamente, del derecho real de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico.

E) Elástico

Para acabar de tratar las características del dominio según la tesis individualista o liberal del derecho de propiedad, hay que hacer referencia a lo que la doctrina ha llamado *elasticidad* del dominio, en el sentido que el derecho de propiedad no deja de ser tal aunque su haz de facultades se vea constreñido por la salvaguarda del interés general o por la concurrencia de otros derechos de terceros que afectan a las posibilidades de realización del dominio.

De esta forma, el dominio tampoco deja de ser reconducible a un tipo abstracto si se abstraen determinadas facultades al propietario para crear formas singulares del derecho de propiedad. La *plasticidad* del dominio significa que, una vez se ha extinguido el derecho real que grava la cosa o las limitaciones del contenido del derecho del

indemnizando previamente al del suelo por el procedimiento y reglas que para la fijación del justo precio se contienen en la Ley de Expropiación Forzosa. Se exceptúan de este precepto los convenios con el Patrimonio Forestal del Estado.”

⁶⁴ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., “La comunidad «pro diviso»”, en *RCDI*, nº 153, 1941, p. 72-78. GARCÍA AMIGÓ, M., “Condominio pro diviso o propiedad separada”, en *RDP*, v. 58, n.º 3, 1974, p. 175-201. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes*, 11ª ed., Edisofer, Madrid, 2010, p. 434. En virtud del carácter abierto del sistema de derechos reales español, el autor considera admisibles tales figuras, pues aunque no se hallan reguladas por la ley, en la medida que pueden crear prácticas provechosas para el aprovechamiento de la tierra deben ser admitidas.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, t. III, v. I, 4ª ed, Bosch, Barcelona, 1994, p. 154-156. El autor cita la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1965 que versa sobre un caso de dominio dividido, pero en este caso se está ante una modalidad de dominio dividido con aprovechamiento simultáneo de varios titulares dominicales sobre una misma finca. El segundo considerando de la sentencia aborda la compleja configuración de este fenómeno: “*en supuestos tales, el contenido de la propiedad se presenta distribuido entre dos sujetos, de modo que cada uno de ellos tiene una parte de las facultades y pretensiones*”. También otros casos han llegado hasta el Tribunal Supremo. Entre ellos se puede citar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1922 que dice que “*existe condominio o comunidad de bienes no solo en el caso de que la propiedad de una cosa pertenezca pro indiviso a diferentes personas, sino también cuando el dominio o los aprovechamientos que de él se deriven están distribuidos en tal forma que hay entre los coparticipes algo común*”.

propietario, el contenido de su derecho recupera la plenitud de facultades que habían sido temporalmente constreñidas.⁶⁵

3.1.2. El contenido del derecho de propiedad

Según el Art. 348 CC, el derecho de propiedad es el derecho de gozar y de disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. Por lo tanto, podría entenderse que las facultades de goce y disposición necesariamente tienen que quedar protegidas dentro del contenido de este derecho que garantiza el Ordenamiento jurídico al propietario. Es decir, el Código civil, según la concepción clásica del dominio, trazaría las líneas básicas para determinar el núcleo o esfera de actuación del propietario en el sentido más amplio, siendo la tarea de las leyes especiales la de determinar los goces, los aprovechamientos o las utilidades susceptibles de un determinado bien.⁶⁶

Una vez afirmado esto, con ello no se quiere decir que cualquier derecho que incorpore dentro de su contenido normal tales facultades deberá entenderse que se está ante una manifestación del derecho de propiedad. Además, como consecuencia de la ordenación del derecho de propiedad por parte del legislador de acuerdo con el principio de la función social, que en todo caso deberá respetar el contenido esencial del derecho, estas facultades pueden manifestarse en muy diversos planos o cabe, incluso, la posibilidad de que no sean atribuidas al titular del derecho de propiedad. Es el caso, por ejemplo, del censo enfiteútico, pues el señorío sobre la cosa es reconocido al titular del dominio directo, mientras que el dominio útil de la cosa le es atribuido al enfiteuta que es el que realmente obtiene los rendimientos y provechos de la tierra.⁶⁷

⁶⁵ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III...*, *op.cit.*, p. 35. CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de derecho civil...*, *op.cit.*, p. 376, 378. SANTAMARIA, J., *Comentarios al Código civil*, t. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, p. 388. PÉREZ PÉREZ, E., *Propiedad, Comunidad y Finca Registral...*, *op.cit.*, p. 47.

⁶⁶ MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, *op.cit.*, p. 245. PUIG PEÑA, F., *Compendio de derecho civil español...*, *op.cit.*, p. 62. Para la doctrina clásica, las facultades de gozar y de disponer formaban el contenido esencial del derecho de propiedad y, si se privaba al propietario de estas facultades, su derecho no se recocía con el tipo abstracto del derecho de propiedad.

⁶⁷ BLASCO GASCÓ, F de P., y CECCHINI ROSELL, X., “Título II De la Propiedad. Capítulo I De la propiedad en general”..., *op.cit.*, p. 123. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 237-238. Se destaca la idea que el Art. 348 CC puede ser un punto de partida para determinar el contenido esencial del derecho, aunque éste no puede identificarse en términos absolutos con su tenor literal. ALBALADEJO GARCÍA, M.,

Conviene hacer en este punto un examen de las facultades que proclama el Art. 348 CC para abordar la actual configuración del dominio en el Ordenamiento jurídico constitucional, teniendo en cuenta que, como se ha dicho anteriormente, la doctrina moderna ha huido de una concepción del derecho de propiedad configurado como una suma de facultades para concebirlo de forma unitaria y abstracta, pero con distintas facultades según el objeto del derecho.⁶⁸

A) La facultad de goce o *ius utendi*

Del Art. 348 CC se desprende que el legislador quiso reconocer a todo propietario básicamente tres facultades que necesariamente tendrían que formar parte del contenido normal del derecho del propietario, la primera de las cuales es la facultad de goce.

Antes pero, constituye un presupuesto para que el propietario use o disponga de la cosa que tenga la posesión de la misma, de forma mediata como inmediata. En este sentido, la posesión es el presupuesto previo para el ejercicio de todas las demás facultades dominicales.⁶⁹

Para la doctrina clásica, el goce constituye la utilización directa del bien por el propietario, es decir la posibilidad de obtener los rendimientos que la cosa de su propiedad es capaz de producir, lo que se ha denominado el desarrollo del «valor en uso» de la cosa.⁷⁰ El goce del propietario no es un goce cualquiera, sino que se trata de

Instituciones de Derecho Civil. Derecho de bienes, familia y sucesiones, t. II, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1975, p. 94. El dominio no puede entenderse como una suma de las facultades que comprende y que el resultado de tal operación sea el concepto abstracto de lo que hay que entender por contenido esencial o normal del derecho de propiedad. Las facultades que constituyen el dominio son manifestaciones parciales del poder de señorío.

⁶⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral...*, *op.cit.*, p. 180. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Propiedad y derechos reales de goce*, t. IV, 8ª ed., Marcial Pons, Barcelona, 2008, p. 43-45. PÉREZ PÉREZ, E., *Propiedad, Comunidad y Finca Registral...*, *op.cit.*, p. 47.

⁶⁹ CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de derecho civil...*, *op.cit.*, p. 380. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 262. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Propiedad y derechos reales de goce...*, *op.cit.*, p. 51.

⁷⁰ SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de derecho civil...*, *op.cit.*, p. 91. MANRESA NAVARRO, J. Mª., *Comentarios al Código civil español...*, *op.cit.*, p. 138. Para los primeros autores que interpretaron el Código civil, el goce del propietario tenía que ser exclusivo, por lo que se pensaba en un goce directo y no en el indirecto a través del gravamen de su derecho para que otros pudieran hacer uso de la cosa y, de esta forma, el propietario obtener un goce indirecto mediante la percepción de una renta, por ejemplo.

un goce cualificado: es un tipo de goce que, a diferencia del goce propio de otros titulares reales, no está vinculado a un destino económico prefijado anteriormente por un tercero.⁷¹

Pero si se profundiza en el contenido de la facultad de goce, la doctrina ha determinado que, además de la utilización directa de la cosa, también se considera goce la utilización indirecta de la misma a través de la cesión del uso de la cosa a otras personas mediante contratos como el de arrendamiento o el de comodato, por ejemplo. Se trataría de la facultad de gravar el bien con derechos personales o derechos reales limitativos de su dominio que implica que el propietario se desprenda de algunas de las facultades de su derecho de propiedad.⁷²

Sin embargo, también el propietario puede optar por no gozar el bien y dejar que la cosa se deteriore sin respetar su destino económico, lo que también se ha llamado *capacidad de influencia total del propietario*, siempre y cuando no contravenga, de esta forma, la función social del bien objeto del derecho de propiedad.⁷³

No obstante, la facultad de goce no permite distinguir el goce del propietario del goce de titulares de derechos reales o personales que recaen sobre la cosa. Para intentar diferenciar el goce del propietario del goce de otros titulares de derechos reales o personales, la doctrina ha señalado que debería partirse de la posición de ventaja del

En el mismo sentido, *vid.* PUIG BRUTAU, J., *Compendio de derecho civil...*, *op.cit.*, p. 44. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Propiedad y derechos reales de goce...*, *op.cit.*, p. 50-51.

⁷¹ D'ANGELO, G., *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all'indennizzo*, Morano, Napoli, 1983, p., 218-219. "la facoltà de godimento [...] può essere considerata come la sintesi di tutte le possibili facoltà di utilizzazione e di struttamento della cosa, compresa in essa anche la facoltà di disposizione." MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial...*, *op.cit.*, p. 257. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil...*, *op.cit.*, p. 2.870. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 263.

⁷² CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral...*, *op.cit.*, p. 183-184. SANTAMARIA, J., *Comentarios al Código civil...*, *op.cit.*, p. 388. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 262.

⁷³ MONTÉS PENADÉS, V. L., "Art. 348 CC" ..., *op.cit.*, p. 960. CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de derecho civil...*, *op.cit.*, p. 381.

propietario, puesto que la condición del propietario sería el presupuesto para el ejercicio de las acciones reales.⁷⁴

En el fondo de la cuestión subyace la idea que lo que caracteriza la facultad de goce del propietario es la capacidad de determinar el goce de la cosa, más que el hecho de gozar él mismo de la cosa o de ceder el uso a terceras personas.⁷⁵ Mientras que los titulares de derechos reales personales o reales deben respetar el destino de la cosa y, por lo tanto, dar un goce determinado a la cosa, el goce del propietario carece de tales limitaciones y puede decidir destinar la cosa en un sentido u otro sin tener que respetar el destino económico o la sustancia de la cosa.⁷⁶

Dentro de la facultad de goce podría situarse el *ius fruendi* o, lo que es lo mismo, el derecho a obtener los frutos, naturales o industriales, que la cosa es capaz de producir, además del derecho de accesión a favor del propietario en virtud de los Arts. 353 y 358 CC.⁷⁷

Otras facultad del propietario que se conecta con la facultad de goce sería la facultad de transformación, en el sentido de variar la naturaleza y las condiciones de la cosa, es decir, su forma, su uso o su destino. Se trata de una forma singular de gozar de la cosa,

⁷⁴ MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, *op.cit.*, p. 248. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III...*, *op.cit.*, p. 39. El propietario, además de tener a su alcance la acción reivindicatoria reconocida en el Art. 348 CC, tiene el derecho a cerrar sus propiedades, facultad reconocida en el Art. 388 CC, además de las acciones de deslinde y amojonamiento de los Arts. 384 a 387 CC. El deslinde y amojonamiento se harán de acuerdo con los títulos de cada propietario, y a falta de estos, se estará a la posesión de los colindantes.

⁷⁵ CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de derecho civil...*, *op.cit.*, p. 381.

⁷⁶ Según el Art. 467 CC: “El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de constitución o la ley autoricen otra cosa.” MONTÉS PENADÉS, V. L., “Art. 348 CC”..., *op.cit.*, p. 960. “el interés del propietario ha de configurarse como un interés en la elección del tipo de goce o de los posibles destinos del bien, interés que no está protegido en ninguno de los tipos de derecho de goce.”

Para los conceptos de forma y substancia en el Código civil, *vid.* MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., *Los conceptos de «sustancia», «forma» y «destino» en el Código Civil*, Civitas, Madrid, 1992, p. 22-25. GARCÍA VALDECASAS, A., *La idea de sustancia en el Código Civil*, Reus, Madrid, 1954.

⁷⁷ CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de derecho civil...*, *op.cit.*, p. 382.

pues variar las propiedades de la cosa no deja de ser una expresión de la decisión de determinar el destino de la cosa.⁷⁸

B) La facultad de disposición o *ius disponiendi*

La doctrina clásica había mantenido que la facultad de disposición constituye el máximo goce que puede obtenerse de las cosas al realizar su valor en cambio en el mercado. En consecuencia, la facultad de disposición se configuraba como un atributo esencial del dominio.⁷⁹

Por su parte, la doctrina moderna duda que la facultad de disposición sea una característica esencial del dominio que contribuya a diferenciarlo de los otros negocios jurídicos de transcendencia real y, por lo tanto, la facultad de disposición no formaría parte del contenido esencial del derecho de propiedad, sino de su contenido normal.⁸⁰

⁷⁸ CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de derecho civil...*, *op.cit.*, p. 384.

⁷⁹ MANRESA NAVARRO, J. M^a., *Comentarios al Código civil español...*, *op.cit.*, p. 138. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de derecho civil...*, *op.cit.*, p. 91. BONET CORREA, J., *Código civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina...*, *op.cit.*, p. 64. Así lo interpretó la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de mayo de 1927: *El concepto genérico de disponibilidad, como facultad sustancial del derecho de propiedad, según el art. 348 del Cc [...]*.” RODRÍGUEZ NAVARRO, M., *Doctrina civil del Tribunal Supremo...*, *op.cit.*, p. 1.170-1.171. Sobre la postura inicial del Tribunal Supremo sobre la facultad de disposición, *vid.* STS de 6 de mayo de 1927: *“En el concepto genérico de disponibilidad como facultad sustancial del derecho de propiedad, según el Art. 348 de C.C, en virtud de la cual el propietario se desprende de todos o de parte de sus atributos dominicales, sustituyendo o modificando el destino jurídico de lo suyo, están comprendidos los actos específicos de transmisión, imposición de cargas y de subordinación de una responsabilidad, a la que sirve de garantía [...]. El precepto específico de transmisibilidad de lo propio afecta a su vez a dos modalidades distintas, según que el sujeto de derecho que realiza la transmisión se proponga establecer una relación jurídica de presente, esto es, durante su vida o inter vivos, o para después de su muerte o mortis causa”*.

En el mismo sentido, el autor cita la STS de 12 de noviembre de 1920.

⁸⁰ BLASCO GASCÓ, F de P., y CECCHINI ROSELL, X., “Título II De la Propiedad. Capítulo I. De la propiedad en general”..., *op.cit.*, p. 124-125. La doctrina ha interpretado el Art. 348 CC, en lo que se refiere a la facultad de disposición, como una reacción frente a la propiedad amortizada y vinculada del Antiguo Régimen, frente a la propiedad muerta y estática de la edad media. Con ello el legislador liberal quiso establecer expresamente que toda forma de propiedad privada, en general, es una propiedad que puede incorporarse en el tráfico jurídico, sin más vínculos que los permitidos por la propia ley. No se trata de un enunciado revolucionario, puesto que, con anterioridad a la promulgación del Código Civil, ya habían tenido lugar las desvinculaciones y desamortizaciones del siglo XIX. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 263-264. THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto*, CEDAM, Padua, 1951, p. 319. *“La forza (die Macht), quindi, che trasferisce la proprietà, non può essere un elemento di questa; essa deve risiedere al di fuori della proprietà.”* LASARTE ÁLVAREZ, C.,

La doctrina moderna sostiene que la facultad de disposición tendría la consideración de ser una facultad que integra el contenido normal del derecho de propiedad, pero que no tendría el atributo de ser esencial, a no ser que la facultad de disposición represente para el propietario el único modo de disfrute del bien. Por lo tanto, facultad de goce y facultad de disposición no serían dos facultades distintas, sino que el poder de disposición de la cosa constituye el grado máximo de goce para el propietario hasta el punto de dar por terminada la relación jurídica que le unía con la cosa por transmitir su derecho a otro particular.⁸¹

La facultad de disposición se realiza a través de un negocio jurídico con eficacia real. A diferencia de la facultad de disposición, la facultad de goce se desempeña a través de un comportamiento que carece de transcendencia real y sus efectos se agotan en el plano personal. Pensemos en el caso del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles o el de comodato. El arrendatario y el comodatario tienen la posesión pacífica de la cosa, lo que les permite gozar de ella. En este sentido, el propietario no ve mermado su derecho de propiedad, sino que, de acuerdo con su voluntad, ha modificado el contenido de su derecho.⁸²

C) La facultad de exclusión y de reivindicación

Junto con la facultad de goce y de disposición, la doctrina ha mantenido que la facultad de reivindicación forma parte del contenido normal del derecho de propiedad. La facultad de reivindicación se fundamenta en el título del propietario que es superior a los de otros titulares de derechos reales. El ejercicio de la acción reivindicatoria comporta que el dueño de la cosa pueda reintegrarse en el pleno dominio de ésta, después de que la cosa hubiera estado indebidamente poseída por un tercero.⁸³

Propiedad y derechos reales de goce..., *op.cit.*, p. 61-62. A ello se opone LASARTE que considera que la facultad de disposición forma parte del contenido del derecho subjetivo de propiedad.

⁸¹ MONTÉS PENADÉS, V. L., “Art. 348 CC”..., *op.cit.*, p. 961. DOMENGE AMER, B., *Las prohibiciones voluntarias de disponer*, Civitas, Madrid, 1996, p. 207-300. PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Camerino università, 1978, p. 89.

⁸² MONTÉS PENADÉS, V. L., “Art. 348 CC”..., *op.cit.*, p. 961.

⁸³ CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de derecho civil...*, *op.cit.*, p. 386. DE COSSIO, A., *Instituciones de derecho civil...*, *op.cit.*, p. 61. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de derecho civil...*, *op.cit.*, p. 91. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Propiedad y derechos reales de goce...*, *op.cit.*, p. 48.

4. El proceso de cambio de la concepción del dominio

En las páginas anteriores se ha expuesto el concepto, las características y el contenido del derecho de propiedad según la concepción liberal del dominio, es decir, la que presentaba la institución de la propiedad a finales del siglo XIX y a principios del siglo XX.

Pero la institución dominical sufrió, a lo largo del siglo XX, una transformación tan profunda que hace que no pueda concebirse la idea de propiedad de acuerdo con el significado originario del Art. 348 CC, sin que se tengan en cuenta las limitaciones introducidas dentro de su contenido a través de leyes especiales en esta institución, a lo largo del siglo pasado y su incardinación en el sistema del Derecho civil constitucional de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.⁸⁴

4.1. El cambio dogmático del concepto de derecho subjetivo

En primer lugar, puede hablarse de un cambio dogmático del concepto de derecho subjetivo, en el sentido de que el ejercicio de los derechos de un modo absoluto tenía como consecuencia que otros sujetos no tenían la posibilidad de realizar eficazmente sus derechos. Por ello, la teoría del “abuso del derecho” se configuró como un instrumento de control de los derechos, con la observancia de las exigencias señaladas por el mismo Ordenamiento jurídico.⁸⁵

Con la teoría del abuso del derecho se introduce la idea de la “función social de la propiedad”, cuyo significado no es otro “*que el de determinar si en la atribución del concreto poder, ventaja o esfera de libre actuación en que el derecho subjetivo consiste*”

⁸⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J., *La propiedad y sus problemas actuales...*, op.cit., p. 57-60. La crisis de la propiedad se hizo evidente con la promulgación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 que vació el contenido del derecho de los propietarios a favor de los inquilinos. LACRUZ BERDEJO, J. L., “Los conceptos clásicos de propiedad y contrato, ante la legislación de Arrendamientos urbanos, en *Revista Foro Fallero*, septiembre, 1955, p. 9. “*Asistimos hoy, y precisamente por obra de los arrendamientos tal como se regulan en la nueva legislación, a una desmembración del derecho de propiedad: junto al verdadero propietario, ya no dueño exclusivo, hay unos pseudopropietarios que ostentan una parte, acaso, a veces, la más sustanciosa, de su dominio.*”

⁸⁵ MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, op.cit., p. 82-83. El derecho subjetivo pasa a ser contemplado desde una perspectiva dinámica, pues lo que importa es el ejercicio del derecho y no la titularidad.

puede encontrarse o no un condicionamiento de la titularidad, pendiente de que el sujeto actúe en un sentido determinado, so pena de que venga a menos la atribución.”⁸⁶

De acuerdo con la paulatina evolución de la dogmática del derecho de propiedad, es importante destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1930, pues en ella se hace mención de la función social de la propiedad, es decir, la institución de la propiedad privada no podía servir únicamente a los intereses del propietario, sino que tenía que asegurar el bien común de los demás particulares: “*El derecho de propiedad, no solo 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.*”

Este fin social, por su naturaleza comunal, tiene que condicionar el ejercicio del dominio desde el momento en que surja una colisión entre los derechos [...].”⁸⁷

Con el reconocimiento de la función social de la propiedad se compromete la conexión que había entre, según la concepción liberal de la propiedad, “derecho subjetivo y propiedad” pues, de acuerdo con la evolución social, se hizo patente la necesidad de limitar la libertad individual con el fin de conciliar el interés del individuo con el interés y deberes sociales.⁸⁸

⁸⁶ MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, *op.cit.*, p. 83-84. La función social significa la incorporación de cargas y obligaciones dentro del contenido de la propiedad, de manera que esta institución ya no solo está formada por un contenido positivo que se traducía en un poder absoluto para el titular del derecho, sino que, con la función social, su contenido es más complejo e incorpora deberes y obligaciones que condicionan la titularidad del derecho. FUENMAYOR, A., “La propiedad privada y su función social”, en *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al prof. Ignacio Serrano y Serrano*, t. I, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1965, p. 230. DABIN, J., *El derecho subjetivo...*, *op.cit.*, p. 271-276. Sobre la problemática de la incorporación de la función social en el contenido del derecho de propiedad *vid.* CASTÁN TOBEÑAS, J., *La propiedad y sus problemas actuales...*, *op.cit.*, p. 79-86.

⁸⁷ RODRÍGUEZ NAVARRO, M., *Doctrina civil del Tribunal Supremo...*, *op.cit.*, p. 1.169. La STS de 25 de junio de 1915 se pronunció en un sentido similar, sin mencionar explícitamente la función social de la propiedad.

⁸⁸ MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, *op.cit.*, p. 87-88. “*Los acontecimientos históricos que se han producido en el siglo XX, y el impulso ideológico de las ciencias sociales, han llevado a trasladar la orientación del Derecho hacia una perspectiva «social» del hombre, en que la persona es concebida en una relación armónica con el*”

4.2. *El cambio histórico-positivo*

La paulatina transformación dogmática de la propiedad fue acompañada de la promulgación de una serie de leyes a lo largo del siglo XX que positivizaron el cambio dogmático y que, en consecuencia, convirtieron a la propiedad en una institución compleja, formada por un contenido que incluía poderes y facultades, pero también deberes, cargas y obligaciones, además de diversificar el estatuto jurídico de los bienes en función de los intereses presentes. Por este motivo, la progresiva promulgación de leyes especiales dio lugar a la existencia de «propiedades», en lugar de hablar del tipo único del derecho de propiedad del Art. 348 CC.

Para entender el cambio dogmático en la forma de concebir el dominio es importante detenerse en estudiar, ni que sea sucintamente, las leyes especiales que terminaron con la unidad conceptual del dominio para dar lugar a la diversificación de estatutos de la propiedad.

Ahora bien, todas las leyes que a continuación de van a analizar tienen una base común, es decir, el control del ejercicio del derecho de propiedad por el propietario. Si el Art. 348 CC definía el derecho de propiedad como un derecho absoluto, en el sentido de usar y disponer del bien, además de no utilizarlo, las leyes especiales que diversificaron el estatuto jurídico de la propiedad parten de la premisa que el propietario tiene esta condición si ejercita su derecho en un sentido determinado, de acuerdo con los intereses colectivos, lo que se enmarca, indiscutiblemente, dentro de una economía fuertemente intervenida y proteccionista.⁸⁹

4.2.1. La Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954

La primera ley que anunció el advenimiento de un “giro conceptual” de la institución de la propiedad privada fue la promulgación de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, pues la mencionada ley dedica los Arts. 71 al 75 a la «Expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad».⁹⁰

grupo, por lo que los instrumentos de que la provee el ordenamiento jurídico para la tutela y defensa de los intereses no pueden ser entendidos en contraposición con las exigencias de la sociedad.”

⁸⁹ MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, op.cit., p. 115.

⁹⁰ Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa [LA LEY 43/1954].

Dicha ley fue dictada en desarrollo del Art. 32 del Fuero de los Españoles: “Nadie podrá ser expropiado sino por causa de utilidad pública o interés social, previa la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes.”⁹¹

El Art. 71 de la Ley de Expropiación Forzosa dice que: “Existirá causa de interés social para la expropiación forzosa, además de en los casos en que haya lugar con arreglo a las Leyes, cuando con esta estimación expresa se haya declarado específicamente por una ley la oportunidad de que un bien o una clase de bienes se utilicen en el sentido positivo de una determinada función social y el propietario incumpla esta directiva.”⁹²

El sistema de expropiación forzosa contenido en la Ley de 16 de diciembre de 1954 presentaba el derecho de propiedad como un «derecho debilitado» que cedía ante otros intereses legítimos de protección. De esta forma, se afirmaba que, con el sistema de expropiación forzosa de la Ley de 16 de diciembre de 1954, el derecho de propiedad estaba sometido al poder discrecional de la Administración, lo que no debe sorprender si se tiene en cuenta el contexto en el cual la ley fue aprobada, es decir, en plena dictadura.⁹³

La expropiación forzosa era consecuencia de un incumplimiento de la función social, lo que debe entenderse como una sanción que se imponía al propietario como consecuencia de una constatación de la ineficacia en la explotación del bien.⁹⁴

⁹¹ Vid. Fuero de los Españoles. BOE nº 199 de 18 de julio de 1945.

⁹² Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa [LA LEY 43/1954].

⁹³ MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, op.cit., p. 113. “Se trataría de una degradación o debilitamiento del derecho de propiedad por razón de quedar sometido, en su integridad o plenitud, al poder discrecional de la Administración Pública.” Sobre la vinculación entre la función social de la propiedad y el productivismo, vid. NAVARRO FERNANDEZ, J. A., *Propiedad privada y Constitución: la forma agraria...*, op.cit., p. 58-64.

⁹⁴ MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, op.cit., p. 111-112. NATOLI, U., *La proprietà: appunti delle lezioni*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1976, p. 134. “Il che, tuttavia, non autorizza neanche in tal caso ad affermare, come ha invece fatto qualche giudice [...] più in generale, che, ottenuta la licenza, il dominus acquisti il potere di concorrere all’attuazione del programma pubblico, finendo con l’esplicare una sorta di funzione nell’interesse generale. Conclusione quanto mai equivoca che, sembra ricollegarsi a certe interpretazioni della clausola generale della «funzione sociale» ex art. 42, II comma Cost.”

4.2.2. El Decreto 118/1973, de 12 de enero, por el que se aprueba el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo agrario

La segunda ley que cabe citar en el estudio del proceso de cambio de la concepción del dominio es la Ley de Reforma y desarrollo Agrario introducida por el Decreto 118/1973, de 12 de enero.⁹⁵

Los Arts. 1 y 2 de dicha ley ponen de manifiesto el grado de intervención del Estado en las fincas rústicas, imponiendo a los propietarios la obligación de explotar la tierra, de transformar y mejorar las fincas rústicas, además de cuidar la digna prestación del trabajo.⁹⁶

Asimismo, de acuerdo con el Art. 3 del Decreto 118/1973, de 12 de enero, la actuación del Estado se dirigía a:

⁹⁵ Decreto 118/1973, de 12 de enero, por el que se aprueba la Ley de Reforma y Desarrollo agrario [LA LEY 17/1973]. Los dos primeros Arts. son indicativos de la culminación del giro conceptual de la propiedad antes de la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 que reconocería en el Art. 33.2 la función social de la propiedad.

Art. 1

El suelo rústico deberá utilizarse en la forma que mejor corresponda a su naturaleza, con subordinación a las necesidades de la comunidad nacional.

Art. 2

El cumplimiento de la función social de la propiedad de fincas rústicas, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada de su titular, obliga:

a) A que sea explotada la tierra con criterios técnico-económicos apropiados según su destino agrario más idóneo, o utilizada para otros fines, sin perjuicio de la debida rentabilidad para el particular, atendiendo en todo caso al interés nacional.

b) A que en las fincas de aprovechamiento agrario se realicen las transformaciones y mejoras necesarias para conseguir la más adecuada explotación de los recursos naturales disponibles de acuerdo con el nivel técnico existente y siempre que las inversiones necesarias sean rentables desde un punto de vista económico y social.

c) A que en la Empresa agraria se preste el trabajo en condiciones adecuadas y dignas y a que se efectúen, bien directamente o en colaboración con la Administración, las inversiones necesarias de carácter social que sean proporcionadas a la dimensión e importancia de la Empresa, teniendo en cuenta la rentabilidad de ésta, para la promoción de sus trabajadores

⁹⁶ Decreto 118/1973, de 12 de enero, por el que se aprueba la Ley de Reforma y Desarrollo agrario [LA LEY 17/1973]. Para una crítica de estos preceptos, *vid.* MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, *op.cit.*, p. 121-122.

“a) La transformación económica y social de las grandes zonas y de las comarcas que así lo precisen en beneficio de la comunidad nacional y la mejora del medio rural en orden a la elevación de las condiciones de vida de la población campesina.

b) La creación, mejora y conservación de explotaciones agrarias de características socioeconómicas adecuadas.

c) El mejor aprovechamiento y conservación de los recursos naturales en aguas y tierras.”

Los preceptos transcritos son una muestra del poder de intervención del Estado en la economía para mejorar la productividad de las tierras, lo que se enmarca indudablemente en un contexto de una economía proteccionista propio del régimen franquista.⁹⁷

4.2.3. La Ley 22/1973 de 21 de julio, de Minas

A la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario la siguió la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas que clasificó los yacimientos minerales y demás recursos geológicos en tres grupos, entre los cuales se encuentran los yacimientos y recursos de escaso valor económico que pueden encontrarse en cualquier predio privado. La regulación contenida en la ley de estos recursos preveía que la Administración, por razones de interés nacional pudiera aprovecharse por sí misma de los recursos de la sección A del Art. 3, con lo que parece que también los recursos minerales se subordinaban, una vez más, a los intereses generales con independencia de su propiedad pública o privada.⁹⁸

4.2.4. El Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana

Finalmente, el proceso de cambio en la dogmática de la propiedad antes de la promulgación de la Constitución española de 1978 culmina con el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Régimen

⁹⁷ MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, op.cit., p. 122. “De los mismos debates resulta también la relación que estas ideas guardan con el principio de «función social de la propiedad». El punto de partida se encuentra en la necesidad de que la propiedad «cree riqueza», no «permanezca inactiva», no «esté ociosa».”

⁹⁸ MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, op.cit., p. 107-108.

del Suelo y Ordenación Urbana, que en el Art. 76 dispone que: “*Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley, o, en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación, con arreglo a la clasificación urbanística de los predios.*”⁹⁹

El Capítulo I, del Libro IV se dedicaba al «Ejercicio de las Facultades relativas al uso y edificación del suelo» y el Capítulo II del mismo libro se refería a la «Intervención en la edificación y uso del suelo». De estos preceptos destacaba la imposición de ciertos deberes de actuación a los propietarios, el recurso al sistema de expropiación-justiprecio en caso de incumplimiento y la posibilidad que tenía el propietario de enervar el sistema o procedimiento que seguía en caso de incumplimiento.¹⁰⁰

4.3. Las características de la nueva propiedad

Fruto del proceso de cambio que sufrió la propiedad a lo largo del siglo XX a través de las sucesivas leyes especiales que le atribuyeron un contenido complejo y, como consecuencia de la promulgación de la Constitución española de 1978, se creó una nueva imagen de esta institución que pivota, básicamente, sobre tres aspectos. Estos son el interés social, el replanteamiento de la conexión entre libertad y propiedad y el control de la actividad del propietario.

En primer lugar, el interés social de la propiedad y su función social ya se ha visto que tienen su origen en la nueva ubicación del hombre en la sociedad, es decir, no como un individuo aislado de la sociedad, sino como un agente más de ella a la que necesariamente tiene que acudir para la realización de sus intereses que, por ende, repercuten en el conjunto de la colectividad.¹⁰¹

⁹⁹ Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana [LA LEY 611/1976].

¹⁰⁰ MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, *op.cit.*, p. 119-120.

¹⁰¹ MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, *op.cit.*, p. 92. Se hizo necesario, por lo tanto, replantearse la conexión entre los derechos individuales de propiedad y la gestión de los bienes productivos. PERLINGIERI, P., *Introduzione alla problematica della proprietà*, Jovene, Camerino, 1970, p. 124-125. Este autor se opone a que todos los derechos tengan una función social, pero, en el caso de la propiedad privada en particular, esta función es más necesaria porque despliega sus efectos sobre el conjunto de la sociedad, de manera que la función social de la misma se caracteriza por la interdependencia y la solidaridad de los individuos.

Cuando la función social de la propiedad es reconocida en el Art. 33.2 CE como un elemento central del dominio, esto tiene como consecuencia que *“el reconocimiento de la propiedad tiene como presupuesto su posible correlación a un fin no individualista, de tal modo que esta correlación, conexión o correspondencia llega a ser fundamento del derecho de propiedad, que gozará así de una tutela residual y condicionada, en el sentido de que la protección otorgada al propietario llega hasta donde empiece la esfera de utilidad social y estará subordinada a la satisfacción de ésta.”*¹⁰²

En segundo lugar, la nueva imagen de la propiedad pone en entredicho la conexión que había entre libertad y propiedad. Se ha visto que la propiedad era considerada como una extensión de la personalidad humana en el mundo exterior, pero que, con la introducción de la propiedad en el proceso productivo, se ha desvanecido el “elemento espiritual” de la propiedad porque el dominio ya no solo se proyecta y manifiesta hacia el exterior a través de la posesión material de los bienes, sino que la propiedad sobre bienes intangibles hace que la propiedad haya perdido este elemento espiritual como proyección hacia el exterior de la personalidad humana.¹⁰³

Por último, la titularidad del derecho de propiedad está condicionada por la actividad del propietario. La propiedad, de acuerdo con la nueva concepción de la misma en el Ordenamiento constitucional, está subordinada a las exigencias de la colectividad. Esto significa que el derecho de propiedad se atribuye y se mantiene en el propietario cuando

“In ealtà, il richiamo alla funzione sociale nella definizione della proprietà ha, nei confronti degli altri istituti in cui indubbiamente tale funzione è riscontrabile, una diversa portata politica e giuridica, consistente nel richiamare nei confronti di un istituto che tradizionalmente è stato considerato espressione dell'individualismo piú esasperato, un valore, una funzione caratterizzante l'intersoggettività, l'interdipendenza, la solidarietà.”

¹⁰² MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, op.cit., p. 92. COCO, G. S., *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 166. PALMA, G., *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà*, CEDAM, Napoli, 1971, p. 512-513. Según este autor, la función social de la propiedad se presenta como un criterio de solución de los conflictos que se planteen entre el interés individualista del propietario y el interés de la sociedad.

¹⁰³ MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, op.cit., p. 95. No se trata de un control excepcional o que se realice cuando la actuación del propietario se presente manifiestamente contraria al interés general, sino que, por el contrario, se trata de una intervención generalizada sobre grupos o categorías de bienes, cuya atribución en propiedad viene condicionada por el hecho de que el ejercicio del derecho del propietario no contradiga el interés general.

se desarrollan las exigencias sociales señaladas por el legislador. De ahí que sea necesario un control, por parte del Estado, de la actividad del propietario que verifique que el propietario está cumpliendo con las exigencias sociales.¹⁰⁴

4.4. Reflexiones finales

El derecho de propiedad se configuró con carácter general como un derecho absoluto, exclusivo, perpetuo y unívoco a lo largo del siglo XIX con los sucesivos proyectos de códigos civiles que se elaboraron a lo largo de dicho período. Esta configuración estuvo fuertemente influenciada por la doctrina francesa de la Escuela de la Exégesis que cristalizó con la promulgación del Código civil francés de 1804 y que, como consecuencia de ello, influenció la dogmática del derecho de propiedad de los demás países continentales que siguen el modelo de la propiedad romana.

No obstante, a lo largo del siglo XX fueron aprobándose leyes especiales como la Ley de Expropiación Forzosa, la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario o la Ley de Minas que diversificaron el estatuto de la propiedad privada, creándose, de esta forma, nuevos estatutos del derecho de propiedad para proteger los intereses de la colectividad y de los particulares. Destaca de estas leyes la intervención del Estado en la programación de la actividad del propietario que se canalizó por medio de la función social de la propiedad. De esta forma, el derecho de propiedad ya no podía reconocerse exclusivamente con base en el Art. 348 CC, sino que con la creación de diferentes estatutos de la propiedad por razón de su objeto cabe hablar de «propiedades».

Por lo que se refiere al Art. 348 CC, el tribunal dispuso que: *“la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 del Código Civil [...] debe rechazarse de entrada, por infundada, la pretensión de los recurrentes de identificar el contenido esencial de la misma atendiendo exclusivamente a lo que el Código Civil, declinando el siglo XIX, dispuso con carácter general en su art. 348, porque tal pretensión no tiene para nada en cuenta las modulaciones y*

¹⁰⁴ MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, op.cit., p. 96-97.

cambios que ha venido sufriendo desde entonces el instituto de la propiedad privada".¹⁰⁵

Actualmente se afirma por la doctrina que el Art. 348 CC tiene un valor meramente académico, como si se tratara de un principio general del derecho que no tiene una aplicación práctica inmediata.¹⁰⁶

5. La disciplina constitucional de la propiedad privada en la Constitución española de 1978

Después de analizar la concepción clásica del dominio según las ideas liberales imperantes a finales del siglo XIX que es cuando tiene lugar la promulgación del Código civil de 1889 y de explicar sintéticamente el proceso de cambio que llevó al legislador a replantarse el juego del dominio en el sistema del Derecho civil contemporáneo, paso a analizar la disciplina constitucional del derecho a la propiedad privada, incidiendo especialmente en la función social de la propiedad, para determinar si esta institución puede ser útil para determinar si la división o la temporalidad del dominio son posibles y, también, el estudio del contenido esencial de este derecho, para determinar si los caracteres de unidad y perpetuidad del dominio forman parte en aquél.

¹⁰⁵ STC 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987].

¹⁰⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2.856. El Tribunal Supremo ha reconocido en numerosas sentencias que, con base en el Art. 348 CC, no puede fundarse un recurso de casación. RODRÍGUEZ NAVARRO, M., *Doctrina civil del Tribunal Supremo...*, *op.cit.*, p. 1.168. En esta obra se citan las siguientes sentencias: STS de 20 de febrero de 1945: "Este Art., como es notorio, se limita a formular el concepto legal del derecho de propiedad."

Por lo que se refiere a la jurisprudencia más reciente, *vid.* STS de 6 de junio de 2011 [LA LEY 83096/2011]. "como recuerda la sentencia nº 289/2010, de 12 mayo, con carácter general esta Sala ha negado al citado Art. 348 del Código Civil la aptitud para, por sí solo, fundar un recurso de casación, dada su formulación genérica de simple definición del derecho de propiedad y su alcance (sentencias de 3 y 4 mayo 1999 , 8 junio 2001 , 2 noviembre 2006 , 20 junio 2007, 14 febrero y 14 mayo 2008 , entre otras); y además ha señalado que la identificación de la cosa es cuestión de mero hecho cuya valoración corresponde a los tribunales de instancia (sentencias de 23 mayo 2002 , 22 enero 2003 , 15 diciembre 2005 y 2 octubre 2006 , entre otras). En igual sentido la sentencia nº 153/2008, de 14 febrero, también en referencia al Art. 348 del Código Civil), dice que el precepto que se denuncia infringido, el definitorio del derecho de propiedad y el que proclama su reivindicabilidad, no puede admitirse como fundamento de un motivo de casación, por tratarse de un precepto genérico y amplio, que no permite conocer en qué extremo se produce la infracción del ordenamiento jurídico."

5.1. El Art. 33.1 CE. El reconocimiento constitucional del derecho a la propiedad privada

5.1.1. El sentido del reconocimiento

El Art. 33.1 CE establece que “*Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia*”.

El precepto constitucional transcrito usa el verbo *reconocer* para constitucionalizar el derecho a la propiedad privada. Sin embargo, este término no deja de plantear la duda de si la Constitución parte de un *contenido apriorístico* del derecho a la propiedad privada o, en caso contrario, la norma constitucional reconoce el derecho a la propiedad privada partiendo de la realidad asumida por la norma, es decir, el contexto histórico en el que se inserta.

En el primer caso, la idea de *reconocimiento* parece partir de un *prius*,¹⁰⁷ esto es el derecho a la propiedad contemplado desde una perspectiva iusnaturalista que está por encima del texto constitucional. En este sentido, no puede decirse que el reconocimiento del derecho a la propiedad privada que proclama el art. 33.1 equivalga a la constitucionalización del art. 348 CC de acuerdo con la teoría liberal del dominio, toda vez que el Tribunal Constitucional hizo un notorio esfuerzo en su Sentencia 37/1987, de

¹⁰⁷ LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., *et. alii.*, *Derecho constitucional*, v. I, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 377. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 31-36. Según este autor, para establecer el significado de la expresión *reconocimiento*, debe partirse, en primer lugar, del examen de la propia Constitución. Así, en el Capítulo II del Título I (*Derechos y libertades*) la Constitución utiliza en varios artículos la expresión *reconocimiento*. El Art. 20.1 CE reconoce el derecho a la libertad de expresión y a la difusión del pensamiento, a la producción y creación intelectual, a la libertad de cátedra y la comunicación o difusión de información; el Art. 21.1 CE reconoce el derecho de reunión; el Art. 27 CE también reconoce el derecho a la libertad de enseñanza –punto 1-, creación de centros docentes –punto 6-, y el punto 10 reconoce la autonomía a las universidades; el Art. 34 CE reconoce el derecho de fundación; el Art. 37.2 CE reconoce el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo y, por último, el Art. 38 CE reconoce el derecho a la libertad de empresa. Dada la gran variedad de preceptos en los que se utiliza el verbo *reconocer*, afirma que este dato constitucional no es relevante a efectos de entender qué debe entenderse por reconocimiento del derecho a la propiedad.

El autor se aleja de los posicionamientos iusnaturalistas que conducen a vincular la propiedad con una noción apriorística de este derecho. Tal interpretación, “*tampoco satisfaría mucho, porque, supuesta la adhesión de las enunciaciones constitucionales a realidades metapositivas, queda siempre por aclarar de qué modo éstas se han positivizado.*”

26 de marzo sobre la reforma agraria andaluza¹⁰⁸ para desligar el Art. 33.1 CE del Art. 348 CC.

Sin embargo, si procedemos a un examen del Capítulo II del Título I vemos que el término *reconocimiento* es utilizado por la Constitución en varios preceptos que hace imposible que exista un concepto general de *reconocimiento*. La diversidad de preceptos que utilizan el verbo *reconocer* son tan diversos y con un contenido tan diferente que no se puede entender que la Constitución se adhiere a las premisas iusnaturalistas.

5.1.2. El alcance del reconocimiento

Centrándonos en el *reconocimiento* que declara el Art. 33.1 CE, la doctrina ha entendido que la Constitución reconoce el derecho a la propiedad privada como una *institución*, sin que con esto quepa admitir con ello que la Constitución recoge una noción apriorística del derecho a la propiedad privada como la del art. 348 CC.¹⁰⁹ Según la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,¹¹⁰ la Constitución

¹⁰⁸ STC 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987]. Esto se refleja claramente en el Fundamento Jurídico 2º de la STC 37/1987, de 26 de marzo establece que “*la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 del Código Civil*”. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., et alii., *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, op.cit., p. 255. La Constitución, en su reconocimiento de la propiedad en el Art. 33.1 CE, parte de la noción del Art. 348 CC, como derecho que atribuye a su titular los máximos poderes sobre la cosa, pero teniendo en consideración su función social.

¹⁰⁹ MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, op.cit., p. 154-156. MONTÉS se pregunta si hay un contenido mínimo, un *prius*, que necesariamente tiene que respetar la Ley. En caso de contestar negativamente este pregunta: “*el reconocimiento del Art. 33.1 de la Constitución queda en el terreno de las declaraciones platónicas, o de las victorias pírricas.*” La determinación del alcance del reconocimiento del derecho a la propiedad privada del Art. 33.1 CE implica abordar problemas de diversa índole, entre otros el de la garantía expropiatoria de la propiedad como límite de la intervención legislativa. MEDINA DE LEMUS, M., *La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, p. 26-27. DE LOS MOZOS, J. L., *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica...*, op.cit., p. 208. DE LOS MOZOS afirma que aunque el Art. 33.2 CE está redactado en futuro, esto no impide que tenga valor para el pasado, pues, en caso contrario, “*no garantizaría la propiedad privada ya existente con anterioridad a la Constitución*”. Con esto piensa en una noción apriorística de la propiedad basada en el Art. 348 CC.

¹¹⁰ LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, op. cit., p. 38-39. “*No parece pensable que la garantía institucional se refiera a la propiedad privada con todas y cada una de sus manifestaciones singulares, pues ello equivaldría, entre otras cosas, a negar la posibilidad de concretas intervenciones ablatorias por parte de los poderes públicos, lo que es absurdo, consagrada la expropiación forzosa por la propia Constitución.*”

proclama en el Art. 33.1 CE el derecho a la propiedad privada como una institución, sin diferenciar entre todas y cada una de las formas de propiedad reguladas por el legislador.

Dentro de estas formas de propiedad reconocidas por el Art. 33.1 CE quedarían protegidas “*las situaciones jurídicas subjetivas de carácter patrimonial.*”¹¹¹

Este reconocimiento de la propiedad privada como institución se conecta con el art. 38 CE. Es decir, la Constitución consagra el derecho a “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.” Por lo tanto, el Art. 33.1 CE reconoce el importante rol de la propiedad privada en el sector de las relaciones económicas y productivas, que constituyen la base del sistema capitalista.¹¹²

APARICIO PÉREZ, M. A., y BARCELÓ SERRAMALERA, M., *Manual de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Atelier, Barcelona, 2016, p. 736. Para estos autores, el reconocimiento del Art. 33.1 CE es el reconocimiento del derecho subjetivo de propiedad: “*El derecho a la propiedad privada se reconoce como derecho subjetivo. El bien jurídico protegido por este derecho es la posibilidad de acceder a los bienes legalmente susceptibles de apropiación por parte de los particulares [...], así como de usar y disponer de los mismos de conformidad con las leyes.*”

En función de la perspectiva que se adopte, se evidencia que existen diferentes estatutos de propiedades. Así, en función del objeto –bienes personales, de consumo, material, o inmateriales-, de la naturaleza –propiedad particular o colectiva-, o de los sujetos involucrados en la relación jurídica pueden identificarse diferentes estatutos dominicales. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Propiedad y derechos reales de goce...*, *op.cit.*, p. 43-45. ANGOSTO SÁEZ, J. F., *El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano*, Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, Murcia, 1998, p. 70. COCA PAYERAS, M., *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, p. 269. CASTÁN TOBEÑAS, J., *La propiedad y sus problemas actuales...*, *op.cit.*, p. 74-76. DE LOS MOZOS, J. L., *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica...*, *op.cit.*, p. 152-159. Este autor se posiciona en un sentido contrario y defiende la noción unitaria de la propiedad.

Vid. STC 111/1983, de 2 de diciembre [LA LEY 8327-JF/0000], STC 11/1981, de 28 de julio [LA LEY 6328-JF/0000]. “*la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial definitivo, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar*”.

¹¹¹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. Mª., “Art. 33”, en CASAS BAAMONDE, Mª. E., y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Fundación WoltersKluwer, Madrid, 2009, p. 904-905.

El Tribunal Constitucional en recientes sentencias también ha puesto de manifiesto este carácter abierto del art. 33.1 CE en lo que se refiere a las situaciones protegibles por este artículo. Así, en la STC 204/2004, de 18 de noviembre [LA LEY 3/2005] se expone que “*el derecho constitucional a la propiedad privada puede recaer en la actualidad, y por lo que aquí interesa, como se infiere de la interpretación conjunta de los apartados 1 y 3 del art. 33 CE, tanto sobre bienes como sobre derechos*”.

¹¹² MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, *op.cit.*, p. 157-159, 168. “*El reconocimiento constitucional del Art. 33, 1, por otra parte, viene a significar que seguimos en una organización económico-social basada en la propiedad*

La Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo¹¹³ también se pronunció acerca de la vinculación existente entre el derecho de propiedad reconocido en el Art. 33.1 CE y el derecho a la libertad de empresa del Art. 38 CE.

Aunque se acepte que la Constitución española, en el Art. 33.1 CE, reconozca todos los estatutos propietarios, parece que, de su tenor literal, la Constitución ha querido reconocer algo que se compone de unas notas comunes. Ahora bien, el Art. 33.1 CE no define cuáles son esas notas comunes que son sustanciales de cualquier estatuto propietario para quedar reconocido y protegido por la Constitución. Por lo tanto, careciendo de notas indicativas que definan o que permitan intuir cuál es el mínimo común denominador de todo estatuto propietario, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina constitucionalista, parece que el reconocimiento constitucional de la propiedad privada es suficientemente amplio como para integrar todas y cada una de las formas de propiedad sobre los bienes.¹¹⁴

privada de los bienes de producción". LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et. alii.*, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 255. Analizando sistemáticamente la Constitución, la doctrina ha destacado los vínculos entre el Art. 33.1 CE y otros preceptos de la Constitución como el Art. 128 CE, el mandato del Art. 40 CE en virtud del cual los poderes públicos deberán promover la distribución de forma equitativa de la riqueza, en consonancia con el Art. 31 CE que preconiza la progresividad de los tributos. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Propiedad y derechos reales de goce...*, *op.cit.*, p. 75-76. ANGOSTO SÁEZ, J. F., *El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano...*, *op.cit.*, p. 65-69, 73. MEDINA DE LEMUS, M., *La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico...*, *op.cit.*, p. 30. PALAO TABOADA, C., "La protección constitucional de la propiedad privada como límite al poder tributario", en AA.VV., *La Hacienda Pública en la Constitución española*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 310.

¹¹³ STC 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987]. En los siguientes términos se pronunció el Tribunal Constitucional: "*la libertad de empresa que reconoce el art. 38 de la Constitución no puede exonerar del cumplimiento de la función social de la propiedad, de lo que se sigue que las limitaciones legítimamente derivadas de esta última no infringen en ningún caso el contenido esencial de la libertad de empresa.*"

¹¹⁴ Varias son las sentencias en las que el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de diferentes situaciones dominicales que han sido reconocidas a la luz del Art. 33.1 CE. En primer lugar, cabe destacar la STC 61/1997, de 20 de marzo [LA LEY 9921/1997] sobre los límites, obligaciones y cargas de la propiedad urbanística, la ya destacada STC 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987] sobre la propiedad agraria, la STC 170/1989, de 19 de octubre [LA LEY 127417-NS/0000], sobre bienes en que concurren valores medioambientales o que lindan con la ribera del mar, STC 149/1991, de 4 de julio [LA LEY 1689/1988] sobre la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley de Costas de 1991 y la STC 89/1994, de 17 de abril [LA LEY 2389-TC/1994] sobre la prórroga forzosa de las viviendas o locales de negocio arrendados. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional de la propiedad privada...*, *op.cit.*, p. 41-42. De esta pluralidad de estatutos propietarios creados por el legislador y desarrollados por la jurisprudencia constitucional, LÓPEZ LÓPEZ entiende que la finalidad del reconocimiento "*no es otra sino preservar para los titulares, de modo*

5.1.3. Las diferentes vías para determinar el alcance del reconocimiento constitucional

A) La expropiación forzosa

Para determinar el alcance del reconocimiento del derecho a la propiedad privada, MONTÉS propone acudir al límite institucional de la propiedad del Art. 33.3 CE, es decir, a la expropiación forzosa como límite a la intervención del legislador.¹¹⁵

La Exposición de Motivos de la Ley de 16 de diciembre de 1954,¹¹⁶ de Expropiación Forzosa pone de relieve la subordinación de la propiedad al interés general hasta el punto de afirmar que *“Al consagrar la expropiación por interés social, la Ley fundamental viene a incorporar jurídicamente una concepción que, habiendo superado el agrio individualismo del sistema jurídico de la propiedad privada de la economía liberal, viene a entender implícita, tras toda relación de dominio, una función social de la propiedad.”* Más adelante añade que: *“En consecuencia, la Ley refleja una*

necesario, un ámbito de poder sobre los bienes económicos. [...]. Son todos los títulos jurídico-privados de apropiación, gestión y transmisión de los bienes económicos los que resultan reconocidos y simbolizados en la fórmula abstracta y unificadora «propiedad privada», con indicación de cuál sea su contenido. La propiedad privada viene en este contexto entendida no como manifestación de un singular y típico poder concreto sobre las cosas, sino en su significado de institución alrededor de la cual gira la apropiación y gestión privada de los bienes.”

¹¹⁵ MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, op.cit., p. 157-160. El límite institucional de la expropiación forzosa puede ser útil a efectos de determinar si la intervención del legislador ha rebasado tales límites que hace que el derecho deje de identificarse con el tipo abstracto descrito.

Vid. Art. 1 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa [LA LEY 43/1954]: *“Es objeto de la presente Ley la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social a que se refiere el Art. 32 del Fuero de los Españoles, en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio.”*

¹¹⁶ Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa [LA LEY 43/1954]. De un análisis de la Exposición de Motivos de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 se desprende que la institución de la propiedad en los textos constitucionales o de las Leyes Fundamentales siempre se ha presentado la propiedad como una institución subordinada a la utilidad pública. De esta manera, el Art. 32.2 de las Leyes Fundamentales establecía que: *“Nadie podrá ser expropiado sino por causa de utilidad pública o interés social previa la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las Leyes.”* En el mismo sentido, el Art. 10 de la Constitución española de 1876 disponía que: *“No se impondrá jamás de pena de confiscación de bienes, y nadie podrá ser privado de su propiedad sino por Autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización.”*

concepción de la expropiación, según la cual debe ser el estatuto legal básico de todas las formas de acción administrativa que impliquen una lesión individualizada de los contenidos económicos del derecho del particular por razones de interés general [...]”.

El hecho que solo sean indemnizables las lesiones singulares del contenido del derecho de propiedad explica que los particulares no tengan a su disposición una indemnización cuando el contenido de su derecho ha sido lesionado a causa de una intervención general en el derecho de propiedad que ha reducido sus facultades.

De acuerdo con esta teoría, parece que la garantía institucional de la propiedad privada del Art. 33.1 CE se identificaría con la protección de cualquier situación subjetiva de carácter patrimonial.

B) El contenido esencial del derecho de propiedad

La doctrina ha apuntado otros criterios que pueden ser de utilidad para determinar a qué se refiere el *reconocimiento* del Art. 33.1 CE y, en particular, determinar lo que forma parte el *contenido normal* del derecho de propiedad.

LÓPEZ LÓPEZ¹¹⁷ también defiende la idea de determinar el alcance del término *reconocimiento* con base en el contenido esencial del derecho a la propiedad privada que constituye el límite de la intervención legislativa en la regulación de su contenido. Sin embargo, la garantía del contenido esencial de los derechos se predica de cada uno de los derechos que se contienen en el Capítulo II del Título I y, en consecuencia, habrá que ser definido para cada uno de los derechos que se recogen en el capítulo indicado.

Asimismo, tampoco puede hablarse de un contenido esencial que sea común en todas las situaciones propietarias puesto que cada una trata de preservar para los particulares un ámbito de poder sobre los bienes, pues ya se ha visto que el reconocimiento del Art. 33.1 CE es un reconocimiento institucional del que derivan diferentes estatutos dominicales en función de la naturaleza de los bienes. Por lo tanto, acaba llegando a la

¹¹⁷ LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, op. cit., p. 43-46. En el mismo sentido, vid. MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, op.cit., p. 160.

conclusión de que “*si no se puede hablar de tipo abstracto único para el derecho de propiedad [...], no podemos hablar de un único «contenido esencial», a él referido.*”¹¹⁸

En este punto es preciso traer aquí el concepto de contenido esencial de los derechos que se contiene en la Sentencia 11/1981 del Tribunal Constitucional, de 8 de abril¹¹⁹ respecto del concepto de contenido esencial de los derechos: “*El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.*”

De acuerdo con esta definición, el legislador solo puede llegar a entender de un modo indirecto lo que forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad, pues el Tribunal Constitucional proporciona pautas al respecto, pero no ha determinado qué poderes y facultades necesariamente tienen que reconocerse al propietario para que su derecho no deje de pertenecer al tipo abstracto jurídicamente protegido.¹²⁰

5.2. El Art. 33.2 CE. La función social de la propiedad privada

5.2.1. Contenido y alcance de la función social de la propiedad

El Art. 33.2 CE establece que: “*La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.*”

¹¹⁸ LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, op. cit., p. 45.

¹¹⁹ STC 11/1981, de 8 de abril [LA LEY 6328-JF/0000].

¹²⁰ LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, op. cit., p. 44-45. “*La doctrina del «contenido esencial», por consiguiente, no es apta para definir el derecho de propiedad (ni ningún otro); es más, presupone un concepto tipo, que no subministra, sino requiere. [...]. Solo de un modo indirecto y parcial puede suministrarnos el «contenido esencial» datos para la identificación, y siempre a posteriori, de un derecho que debemos tener con anterioridad individualizado como «tipo abstracto conceptualmente previo al momento legislativo».*”

Si bien la Constitución española consagra la función social de la propiedad en el Art. 33.2 CE, no establece un concepto de la misma, ni los criterios para llegar a determinarla, ni las medidas que puede imponer el legislador sobre los propietarios para desarrollarla, sino que es admitido que esta tarea la llevó a cabo, en parte, el legislador de Andalucía con la promulgación de la Ley 8/1984, de 3 de julio, de reforma agraria.¹²¹

Si cuando se analizó el Art. 33.1 CE se observó que la doctrina se decantaba por considerar que el *reconocimiento* del derecho a la propiedad privada no podía obedecer a un *prius*, es decir, a una concepción anterior del derecho de propiedad inamovible en el tiempo, parece que en lo que se refiere a la función social de la propiedad ésta, como criterio delimitador del derecho de propiedad, sí que tiene que partir de una situación anterior si no se quiere caer en el error de definir el contenido del derecho de propiedad con sus facultades y obligaciones de forma incidental y *ad hoc* por la vía de casos particulares que lleguen a los tribunales.¹²²

¹²¹ Ley 8/1984, de 3 de julio, de reforma agraria [LA LEY 1586/1984]. “*es sabido que la función social de la propiedad es un tópico jurídico de muy diversas interpretaciones y, ello no obstante, con carta de naturaleza en casi todos los Ordenamientos de nuestra área jurídico-cultural, recogido en la suprema instancia normativa que representa la Constitución de 1978. A pesar de esa posible variedad de interpretaciones, se puede decir, con práctica aceptación general que la función social de la propiedad supone la incorporación de la perspectiva del deber al derecho subjetivo, deber que modaliza su ejercicio; ejercicio que se aboca a la búsqueda de un logro social, que al mismo tiempo preserve el ámbito de poder del titular.*”

Sobre la interpretación de los términos “función y “social”, *vid.* ESCRIBANO COLLADO, P., *La propiedad privada urbana: encuadramiento y régimen*, Montecorvo, Madrid, 1979, p. 115-127. MONTÉS PENADÉS, V. L., “Art. 348 CC”..., *op.cit.*, p. 954. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, *op. cit.*, p. 57-58. MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, *op.cit.*, p. 196-197. Aceptando la definición contenida en el Exposición de Motivos de la Ley 8/1984, “*la propiedad no tiene un contenido apriorístico, sino que es un derecho diversificado cuyo contenido depende del interés público, de lo que exija en cada caso el principio de solidaridad, de las exigencias de la comunidad, todo lo que se expresa con la fórmula «función social de la propiedad», indicativa de una subordinación o dependencia de la colectividad.*” LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 251-252. ANGOSTO SÁEZ, J. F., *El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano...*, *op.cit.*, p. 76. SÁNCHEZ CALERO, F. J., “Competencia de la Comunidad Autónoma andaluza en materia de propiedad”, en MORENO QUESADA, B. (Coord.), *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 56-58.

STC 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987]. “*la función social de la propiedad, determinada de acuerdo con las leyes, presupone la identificación de los fines de interés general que, sin perjuicio de la utilidad individual de su titular, están llamados a satisfacer los bienes objeto del dominio privado*”. Con esto se afirma el papel que juega la función social de la propiedad en la difícil conjugación de los intereses privados y colectivos. STC 89/1994, de 17 de marzo [LA LEY 2389-TC/1994].

¹²² LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, *op. cit.*, p. 55. Del tenor literal del Art. 33.2 CE las leyes delimitarán el contenido del derecho de propiedad de acuerdo con su función

En consecuencia, la disciplina constitucional de la propiedad privada, si bien ha supuesto un cambio respecto de la concepción preconstitucional del dominio, puede decirse que no ha habido una clara voluntad de ruptura en cuanto al concepto institucional de la propiedad privada, pero si respecto de la función social que desempeña este derecho.¹²³

La doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han determinado que los Arts. 33.1 y 2 CE parten de un enfoque distinto, pues ambos artículos configuran el derecho de propiedad a partir de una doble garantía del mismo. En este sentido, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/1983, de 2 de diciembre se afirma que en el art. 33 CE se reconoce el derecho a la propiedad privada salvaguardado por “*una doble garantía de tal derecho, ya que se reconoce desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual, esto es como un derecho subjetivo*”.¹²⁴

La redacción del Art. 33.2 CE parece conducir a la conclusión de que el análisis de la función social de la propiedad debe hacerse desde la doble óptica de la propiedad considerada como un derecho subjetivo y como una institución y, en virtud de aquella, puede limitarse el poder de señorío del titular “*de conformidad con lo dispuesto por las leyes.*”¹²⁵

social. “*Con respecto a éstas [las leyes], la función social se presenta, pues, como un prius al que las leyes han de atenerse, no un posterius inducido de las mismas por vía de consecuencia. Tal proceder, de utilizarse, vaciaría totalmente de sentido el precepto.*”

¹²³ MONTÉS PENADÉS, V. L., “Art. 348 CC”..., *op.cit.*, p. 954. “*el paso de la propiedad de «derecho natural» a «derecho civil» y su inserción en un orden jurídico presidido por la idea de solidaridad, en el que la «función social» se presenta como criterio de conexión entre el interés público y el interés privado, al propio tiempo que, por otra parte, consagra, una modalidad de difícil coordinación entre el art. 348 CC y el art.33 CE.*”

¹²⁴ *Vid.* STC 111/1983, de 2 de diciembre [LA LEY 8327-JF/0000]. La doctrina de la doble garantía del derecho de propiedad tiene su origen en la doctrina alemana. *Vid.* PAREJO ALFONSO, L., “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán (I)”, en *REDA*, nº 17, Madrid, 1978, p. 248-250. También *vid.* PALAO TABOADA, C., “La protección constitucional de la propiedad privada como límite al poder tributario”..., *op.cit.*, p. 287-288, 312.

¹²⁵ LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, *op. cit.*, p. 165. MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, *op.cit.*, p. 168, 190. SÁNCHEZ CALERO, F. J., “Competencia de la Comunidad Autónoma andaluza en materia de propiedad”..., *op.cit.*, p. 57.

No obstante, los Arts. 33.1 y 33.2 CE se encuentran íntimamente relacionados y sus efectos se mueven en las dos vertientes del derecho de propiedad, es decir, el reconocimiento de un ámbito de apropiación privado que necesariamente tiene que ser salvaguardado por la Constitución con la finalidad de asegurar una economía de mercado mediante de apropiación de bienes económicos de producción y de consumo, esto es la vertiente institucional del derecho¹²⁶ y, por lado, una vertiente individual que opera de modo directo sobre el derecho de propiedad modulando su contenido de acuerdo con su función social.¹²⁷

5.2.2. La función social como el único criterio válido para la delimitación del contenido del derecho de propiedad

Del Art. 33.2 CE se desprende que la función social de la propiedad es reconocida como el único criterio válido con eficacia delimitadora directa y general del contenido normal del derecho de propiedad, aunque el derecho de propiedad, como derecho subjetivo que es, esté sujeto a otras limitaciones que son intrínsecas al mismo derecho.¹²⁸

¹²⁶ LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, *op. cit.*, p. 56.

¹²⁷ MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, *op.cit.*, p. 184-185. La idea de que la propiedad privada tiene que llevar a cabo un función social que repercuta en el bien de toda la colectividad no aparece por primera vez en la Constitución española de 1978, sino que como se ha expuesto anteriormente, un conjunto de leyes “preconstitucionales” fueron reconociendo una función social de la propiedad privada que implicó la realización del bien común junto con el particular del propietario en el ejercicio del derecho de propiedad, lo que el autor ha llamado *principio de solidaridad*. Como afirma MONTÉS, los Arts. 2 de la LRDA, el Art. 3.2 de la LSOU reconocen la función social de la propiedad como criterio de delimitación del derecho de propiedad que se traduce en los siguientes supuestos: a) Falta de atribución de determinadas facultades; b) Complejo de condicionamientos para el ejercicio de las facultades atribuidas, y c) Obligación o deber de ejercicio de determinadas facultades.

En el mismo sentido, *vid.* LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, *op. cit.*, p. 63-65. Fruto del empleo de tales técnicas, en virtud de las cuales se traduce la función social de la propiedad, es el pluralismo de estatutos dominicales existentes en el Ordenamiento Jurídico. MONTÉS PENADÉS, V. L., “Art. 348 CC”..., *op.cit.*, p. 956. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Propiedad y derechos reales de goce...*, *op.cit.*, p. 77. ANGOSTO SÁEZ, J. F., *El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano...*, *op.cit.*, p. 77-78. PÉREZ PÉREZ, E., *Propiedad, Comunidad y Finca Registral...*, *op.cit.*, p. 52-53, 98. MEDINA DE LEMUS, M., *La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico...*, *op.cit.*, p. 32.

STC 149/1991, de 4 de julio [LA LEY 58074-JF/0000]. “la función social opera también en relación con las distintas clases de bienes sobre los que el dominio recae”. En el mismo sentido, *vid.* STC 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987].

¹²⁸ LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, *op. cit.*, p. 70-71.

Como se ha visto también en este capítulo, la función social de la propiedad no opera como la única limitación intrínseca de este derecho, toda vez que el propio Art. 348 CC limita este derecho de conformidad con las limitaciones establecidas por las leyes. El abuso del derecho y las relaciones de vecindad se han presentado tradicionalmente como límites del derecho de propiedad que son inherentes al ejercicio del derecho, pero tales instituciones no tienen la eficacia delimitadora general propia de la función social.¹²⁹

De este modo, la función social de la propiedad coloca a este derecho en un plano tridimensional conformado por la naturaleza de los bienes, el tiempo y el espacio o lugar donde aquéllos se hallen.¹³⁰

5.2.3. El legislador y el propietario en particular como destinatarios del mandato de la función social de la propiedad

Ahora bien, si bien es cierto que la función social de la propiedad aparece como el único criterio delimitador general del contenido normal del derecho de propiedad, la doctrina ha debatido acerca de si el legislador es el único receptor del mandato del Art. 33.2 CE o si, por el contrario, los efectos del Art. 33.2 CE van más allá del legislador ordinario y vinculan a todos los poderes públicos.¹³¹

MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, *op.cit.*, p. 184. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, *op.cit.*, p. 243-265. Los límites impuestos al propietario y las limitaciones del contenido de su derecho pueden obedecer a intereses públicos o privados y, entre estos, destacan los impuestos para salvaguardar la convivencia en las relaciones de vecindad.

¹²⁹ LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, *op. cit.*, p. 70-71.

¹³⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 258. BLASCO GASCÓ, F de P., y CECCHINI ROSELL, X., “Título II De la Propiedad. Capítulo I De la propiedad en general”..., *op.cit.*, p. 109. PÉREZ PÉREZ, E., *Propiedad, Comunidad y Finca Registral...*, *op.cit.*, p. 98.

¹³¹ MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, *op.cit.*, p. 184-185. MONTÉS entiende que el mandato del Art. 33.2 CE va dirigido al legislador y que su sentido en el texto constitucional “no puede ser otro que el de constituir el criterio básico que ha de utilizar el legislador para delimitar el contenido de los derechos (propiedad y herencia) que ha reconocido en el apartado anterior.” La tarea del legislador se traduciría en la falta de atribución de facultades, el establecimiento de condiciones y la obligación de ejercitar o de abstenerse en el ejercicio de determinadas facultades por el propietario que, sin embargo, no pueden suprimir un ámbito de uso y goce del particular respecto de los bienes que son de su propiedad. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, *op. cit.*, p. 76-79. Por su parte, LÓPEZ LÓPEZ se pregunta a través de qué medios

La función social de la propiedad no solo vincula al legislador y a los demás poderes públicos, sino que condiciona y determina la actividad del propietario. La función social, como elemento estructural integrante del contenido del dominio, no se dirige solamente a la satisfacción del interés del propietario, sino también a las exigencias sociales que afectan a toda la sociedad. De esta forma, el propietario no reviste de esta condición de forma abstracta e incondicionada, sino que el propietario lo es para que, junto con la satisfacción de su propio interés, realice actividades determinadas cumpliendo lo establecido por la ley.¹³²

En virtud del papel que desempeña la función social en el seno del contenido del dominio, puede que no se atribuyan ciertas facultades al propietario, que éstas estén condicionadas, o que se imponga al propietario el ejercicio de determinadas actividades o facultades de modo que el incumplimiento de la realización de la función social de la propiedad determinará una carencia sobrevenida de legitimación para la titularidad o para el ejercicio de su derecho.¹³³

despliega sus efectos la función social de la propiedad, cuando no nos encontramos ante un caso particular de aplicación de la función social de la propiedad cuyo supuesto de hecho no se pueda ubicar en una disposición legal que la haya regulado. En estos supuestos, la falta de traducción del mandato del Art. 33.2 CE en intervenciones concretas lleva al autor a afirmar que la función social actúa como un principio general del derecho. MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, *op.cit.*, p. 198. En el mismo sentido de pronuncia MONTÉS, puesto que la función social de la propiedad tiene la consideración de *principio político* que permite al legislador organizar toda la comunidad social. MONTÉS PENADÉS, V. L., “Art. 348 CC”..., *op.cit.*, p. 959.

LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 257. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, *op.cit.*, p. 235. Se descarta que la propiedad sea un derecho que se inserte dentro de la categoría de los derechos-función, en el sentido que se otorgue un poder al propietario para que, a través de su uso adecuado, desempeñe dicha función social en beneficio de la colectividad. La función social no es un criterio de actuación dirigido al propietario, sino que es una fórmula dirigida al legislador que le encomienda la labor de configurar el derecho de propiedad en general y todos los estatutos especiales del dominio en particular, teniendo en cuenta intereses que son superiores a los del particular. DE LOS MOZOS, J. L., *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica...*, *op.cit.*, p. 208. En contra de estos posicionamientos se coloca DE LOS MOZOS. “*la función social es un «criterio» legislativo, es decir, de política legislativa, pero no por ello adquiere las dimensiones [...] de un «principio general del Derecho» y ni siquiera de un «standard» jurídico o «cláusula general»*”.

¹³² MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, *op.cit.*, p. 171, 197. MEDINA DE LEMUS, M., *La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico...*, *op.cit.*, p. 31.

¹³³ MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, *op.cit.*, p. 197. SÁNCHEZ CALERO, F. J., “Competencia de la Comunidad Autónoma

5.2.4. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la función social de la propiedad

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional contenida en la Sentencia 37/1987¹³⁴, de 26 de marzo contribuyó de forma notable a la interpretación del Art. 33.2 CE y, sobre todo, por el hecho de ser la primera sentencia después de la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 que se pronunciaba sobre la función social de la propiedad y sobre su contenido esencial de forma directa.¹³⁵

En este apartado se analiza la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la función social de la propiedad, con la finalidad de determinar si, con base en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el legislador puede crear nuevos regímenes del derecho de propiedad para facilitar el acceso a la vivienda, de acuerdo con el principio rector del Art. 47 CE que impone el deber a los poderes públicos de velar por el derecho de los españoles a acceder a una vivienda digna y adecuada.

- La naturaleza de derecho subjetivo de la propiedad

En primer lugar, el Tribunal Constitucional declaró en la Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, la naturaleza de derecho subjetivo de la propiedad “*que cede para convertirse en*

andaluza en materia de propiedad”..., *op.cit.*, p. 57. ESCRIBANO COLLADO, P., *La propiedad privada urbana: encuadramiento y régimen...*, *op.cit.*, p. 117-118, 128-135.

¹³⁴ El Recurso de inconstitucionalidad fue planteado por cincuenta y tres senadores en contra –en lo referente a la función social de la propiedad– los Arts. 1 y 2 de la Ley 8/1984, de 3 de julio, de reforma agraria [LA LEY 1586/1984]. Concretamente el Art. 2 habilita a la Administración autonómica para: “1º Fijar criterios objetivos de obtención del mejor aprovechamiento de la tierra y sus recursos.” y “2º Establecer las medidas a adoptar para la protección del suelo y la conservación de la naturaleza.” El Recurso de inconstitucionalidad se fundamentaba en una supuesto violación de la reserva de Ley del Art. 53.1 CE porque se consideraba que la ley impugnada habilitaba a la Administración para determinar por vía de reglamento los criterios objetivos para el mejor aprovechamiento de las tierras y para establecer las medidas a adoptar para la protección del suelo agrario. Se argumentaba que la ley impugnada no contenía ningún parámetro objetivo para determinar de antemano los deberes que se imponían a los propietarios en virtud de la función social de la propiedad y esto –en una interpretación premeditada del Art. 2 de la Ley 8/1984, según el Tribunal Constitucional– podía desembocar en una violación del contenido esencial del derecho de propiedad, con la consiguiente inseguridad jurídica para los particulares.

¹³⁵ Con anterioridad a la publicación de la STC 37/1987, de 16 de marzo, el Tribunal Constitucional apenas se había pronunciado sobre la función social de la propiedad privada. Sin embargo, la STC 166/1986, de 19 de diciembre [LA LEY 678-TC/1987] estableció que la función social forma parte del contenido del derecho de propiedad y modula su contenido: “*La transformación que la idea del Estado Social introduce en el concepto del derecho de propiedad privada al asignarle una función social con efectos delimitadores de su contenido*”.

su equivalente económico cuando el bien de la comunidad legitima su expropiación.”¹³⁶

En este sentido, el Tribunal Constitucional recoge la doctrina contenida en su Sentencia 111/83, de 2 de diciembre que concibe el derecho de propiedad como un derecho subjetivo debilitado.¹³⁷

- La quiebra de la concepción absolutista de la propiedad

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, se separa de la concepción absolutista del derecho de propiedad, negando que el contenido del derecho del propietario solo incluya derechos y las facultades como las de goce, uso y disposición sobre sus bienes, sin que quepa imponerle límites y limitaciones a su derecho cuando manifiesta que *“la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general.*”¹³⁸

En consecuencia, en los dos anteriores párrafos el Tribunal Constitucional trata de desligar la institución de la propiedad privada de la concepción absolutista y liberal de este derecho como consecuencia de la incardinación de esta institución dentro del Ordenamiento jurídico constitucional. Por lo tanto, la propiedad no es absoluta y su contenido no solo se define positivamente, sino que el contenido del derecho del

¹³⁶ STC 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987].

¹³⁷ STC 111/1983, de 2 de diciembre [LA LEY 8327-JF/0000]. *“En el caso que nos ocupa, el derecho de propiedad, incluido en la sección 2.ª del capítulo 2.º del título I, aparece regulado en el art. 33, donde se contiene una doble garantía de tal derecho, ya que se reconoce desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual, esto es como un derecho subjetivo, debilitado, sin embargo, por cuanto cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad, concretado en el art. 33.3 por la referencia a los conceptos de utilidad pública o interés social, legitima la expropiación.”* Este pronunciamiento es significativo a efectos de demostrar el carácter no fundamental del dominio y que, en determinadas ocasiones, el interés privado cede para convertirse en su equivalente económico cuando el interés de la colectividad es superior al del particular, a través de la institución de la expropiación forzosa.

¹³⁸ DE LOS MOZOS, J. L., *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica...*, op.cit., p. 207. Según DE LOS MOZOS, oponiéndose a la tesis mantenida por el Tribunal Constitucional, la función social de la propiedad no tiene la misión de delimitar el contenido esencial del derecho de propiedad: *“si hay una parte del contenido del derecho que es su contenido esencial, éste queda sustraído tanto a la ley como a la función social que únicamente podría determinarle respetándole debidamente.”*

propietario y su correspondiente ejercicio tienen que ser conforme a los otros principios y valores constitucionales.

- La función social forma parte del contenido del derecho e incorpora la perspectiva del deber

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional declara que la función social de la propiedad no puede ser vista como un límite externo del derecho de propiedad y que forma parte de su contenido: “la «función social» como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido [...]”¹³⁹

En relación con el tercer punto, el Tribunal Constitucional reconoce las dos vertientes del derecho a la propiedad privada, es decir, la vertiente institucional y los intereses individuales subyacentes.¹⁴⁰

¹³⁹ STC 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987]. En el mismo sentido, *vid.* STC 170/1989, de 19 de octubre [LA LEY 127417-NS/0000]. STC 89/1994, de 17 de marzo [LA LEY 2389-TC/1994]. STC 109/2003, de 5 de junio [LA LEY 2169/2003]. STC 204/2004, de 18 de noviembre [LA LEY 3/2005]. STC 112/2006, de 5 de abril [LA LEY 23355/2006].

DE LA CUÉTARA, J. M., *La actividad de la Administración. Lecciones de derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 458-463. La propiedad no tiene que ser una institución en el seno de la cual se contrapongan los intereses del propietario y los intereses de la colectividad. Con la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo se pone fin a la discusión sobre si la función social de la propiedad es un elemento externo del derecho.

Por lo tanto, la tarea que ocupó posteriormente a la doctrina fue determinar cuáles son los intereses superiores de la colectividad que protege la Constitución española. DE ESTEBAN, J., y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español*, v. II, Labor Universitaria, Barcelona, 1984, p. 190. Según estos autores, los intereses sociales protegidos por la función social no son abstractos y están señalados por la propia Constitución en los Arts. 1.1, 9.2, 10.1, 40.1, 128.1 CE. BARNÉS VÁZQUEZ, J., *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Madrid, 1988, p. 59-60. Considero congruente la conclusión a la que llega BARNÉS VÁZQUEZ, pues de considerar a la función social como un elemento externo del derecho de propiedad el legislador sería un árbitro de los intereses en juego y, en cierto modo, su actuación sería arbitraria, mientras que si consideramos que la función social forma parte del contenido del derecho, la ley delimitará el contenido positivo y funcional del derecho, huyendo de una posible confrontación de intereses. DE LOS MOZOS, J. L., *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica...*, *op.cit.*, p. 202. A diferencia de la mayoría de autores, DE LOS MOZOS considera que “la función social de la propiedad no es un concepto jurídico en sentido propio y no se puede poner en el mismo plano que el concepto de propiedad. [...]. Se opone a ello, además, la noción de derecho subjetivo y la propia unidad del concepto de propiedad por mucho que se aplique o recaiga sobre objetos de diversa naturaleza.”

¹⁴⁰ STC 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987]. En el mismo sentido, *vid.* STC 186/1993, de 7 de junio [LA LEY 2239-TC/1993]. “la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo

El cumplimiento de la función social de la propiedad legitima que, en algunos supuestos, el legislador pueda imponer sanciones al propietario por no ejercitar su derecho de conformidad con el interés general¹⁴¹ o llegar al extremo de expropiar la propiedad por el incumplimiento de la función social.¹⁴²

- La regulación de la propiedad privada y su función social no es uniforme en todo el territorio nacional

La función social de la propiedad privada es un principio que debe inspirar al legislador para regular el estatuto jurídico de los bienes según su naturaleza, pero no es el pretexto para regular uniformemente el estatuto jurídico de los bienes en todas comunidades autónomas. La función social del derecho de propiedad es diferente en función de las necesidades sociales y de las particularidades del territorio nacional. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia.¹⁴³

con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir.

Por ello, la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.”

MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, op.cit., p. 196-197. “*la función social no queda en la faz externa del dominio, sino que penetra en su interior*”. DE LOS MOZOS, J. L., *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica...*, op.cit., p. 207. Para DE LOS MOZOS, la función social de la propiedad queda en la vertiente externa del derecho.

¹⁴¹ STC 186/1993, de 7 de junio [LA LEY 2239-TC/1993]. STC 89/1994, de 17 de marzo [LA LEY 2389-TC/1994]. “*Esa limitación derivada de la prórroga forzosa, queda dentro de las facultades del legislador y queda justificada en virtud de la función social que a la propiedad atribuye el art. 33 de la Constitución.*”

¹⁴² STC 313/1993, de 27 de octubre [LA LEY 2383-TC/1993].

¹⁴³ STC 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987]. “*La función social de la propiedad, determinada de acuerdo con las Leyes, presupone la identificación de los fines de interés general que, sin perjuicio de la utilidad individual de su titular, están llamados a satisfacer los bienes objeto de dominio privado. Por lo que concierne singularmente a la propiedad inmobiliaria, es evidente que esos fines de interés general pueden justificar el empleo de distintos instrumentos jurídicos en atención a la propia localización de los bienes o en razón de las cambiantes condiciones económicas, sociales e, incluso, de orden cultural en cada parte del territorio. Por otra parte, la definición de la función social de la propiedad no es algo que derive sustancialmente de una regulación unitaria del derecho de propiedad ni es tampoco aceptable que, al socaire de una ordenación uniforme de la propiedad privada, puedan*

- Concepción pluralista del dominio

Po último, para concluir este examen de la doctrina del Tribunal Constitucional respecto de la función social y, a los efectos de dar cabida en el Ordenamiento jurídico a nuevas formas de aprovechamiento del dominio basadas en la división del mismo, el Tribunal Constitucional ha declarado la flexibilidad o plasticidad del dominio: *“la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae.”*¹⁴⁴

anularse las competencias legislativas que las Comunidades Autónomas tienen sobre todas aquellas materias en las que entren en juego la propiedad y otros derechos de contenido patrimonial” En el mismo sentido, *vid.* STC 156/1995, de 26 de octubre [LA LEY 2613-TC/1995]. *“el título del art. 149.1.1 C.E. no habilita para establecer una regulación uniforme de la propiedad privada y su función social, ni esa pretendida uniformidad puede servir de pretexto para anular las competencias legislativas que las Comunidades Autónomas tienen sobre todas aquellas materias en las que entre en juego la propiedad (STC 37/1987, fundamento jurídico 9.). Al Estado le corresponde ciertamente establecer la regulación del contenido básico y primario del derecho de propiedad, en la medida en que afecte a las condiciones básicas de su ejercicio, pero el referido título competencial no habilita por sí mismo para que el Estado pueda regular cualquier circunstancia que, de forma más o menos directa, pueda incidir sobre la igualdad en el ejercicio del derecho.”* STC 61/1997, de 20 de marzo [LA LEY 9921/1997], STC 141/2014, de 11 de septiembre [LA LEY 119062/2014].

¹⁴⁴ STC 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987].

En el mismo sentido, *vid.* STC 149/1991, de 4 de julio [LA LEY 58074-JF/0000]. *“La función social de la propiedad, con arreglo a la cual las leyes han de delimitar el contenido propio de ésta, opera, en efecto, no solo en abstracto, por así decir, para establecer el contenido de la institución constitucionalmente garantizada, sino también en concreto, en relación con las distintas clases de bienes sobre los que el dominio recae. El legislador puede establecer, en consecuencia, regulaciones distintas de la propiedad en razón de la naturaleza propia de los bienes y en atención a características generales de éstos, como es, en el caso que ahora nos ocupa, la de su contigüidad o proximidad respecto del dominio público marítimo-terrestre.”* STC 89/1994, de 17 de marzo [LA LEY 2389-TC/1994].

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. VI..., *op.cit.*, p. 35.
MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, *op.cit.*, p. 196-197. *“la «función social» y, en definitiva, el interés público han configurado el derecho de propiedad de una manera específica, le han dado un determinado contenido, que, puesto en relación con la idea liberal del dominio, la que refleja el Código Civil, resulta haber modificado o alterado la concepción que del dominio habían perfilado los redactores del Código y la doctrina decimonónica. [...] nos indica el texto constitucional que la propiedad no tiene un contenido apriorístico, sino que es un*

En consecuencia, en función del objeto del derecho de propiedad y de los intereses presentes en éstos, el legislador puede crear distintos regímenes del derecho de propiedad con un contenido diverso. Esta idea se concreta en la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, sobre el aprovechamiento de las aguas de dominio público.¹⁴⁵

5.3. El contenido esencial del derecho de propiedad

Como se ha visto anteriormente, la Constitución española de 1978 reconoce en el Art. 33 CE el derecho a la propiedad privada y, en el apartado segundo de este precepto establece que las leyes delimitarán el contenido de este derecho de acuerdo con la función social.

Pero el tratamiento constitucional de la propiedad tiene que detenerse en el estudio de contenido esencial del derecho de propiedad o, lo que es lo mismo, preguntarse si en el sustrato de todas las formas o estatutos dominicales hay una institución, es decir, un mínimo común denominador a partir del cual se derivan unas características esenciales del dominio que representan un haz de facultades necesarias para que el derecho de propiedad no llegue a perder su esencia o si, por el contrario, la afectación del contenido esencial del derecho de propiedad debe determinarse a partir de un juicio de proporcionalidad en función de los intereses presentes.

La Constitución alude a la garantía del contenido esencial de los derechos contemplados en el Capítulo II, del Título I, pero no proporciona una definición del mismo y, por tanto, ha tenido que ser la doctrina y la jurisprudencia constitucional las que han

derecho diversificado cuyo contenido depende del interés público, de lo que exija en cada caso el principio de solidaridad”.

¹⁴⁵ STC 227/1988, de 29 de noviembre [LA LEY 2428/1988]. “*Cosa distinta es que, de acuerdo con el apartado 4 de dichas Disposiciones transitorias, tales derechos deban ejercerse en adelante con respeto a «las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad y, en general, las relativas a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico», límites éstos que los recurrentes no combaten y que, evidentemente, carecen de virtualidad expropiatoria, por tratarse de prescripciones generales que delimitan el contenido del derecho de propiedad privada (art. 33.2 de la Constitución), de acuerdo con la función social que los bienes sobre los que recae, en este caso los recursos hidráulicos, están llamados a cumplir (STC 37/1987, de 26 Mar.).*”

aportado criterios para aproximarse al contenido esencial del derecho a la propiedad privada, toda vez que éste es indeterminado.¹⁴⁶

Para dar respuesta a la anterior pregunta, la doctrina ha desarrollado tres teorías a partir de las cuales se ha intentado resolver el problema sobre la existencia o no de un ámbito mínimo indisponible por el legislador dentro del contenido de los derechos. Estas teorías son “espaciales” porque conciben el contenido de un derecho como una célula, es decir, como una sustancia en la cual se puede distinguir un núcleo, que sería el contenido esencial de un derecho, y una periferia, que sería el contenido del derecho cuya afectación no determinaría la desnaturalización del referido derecho.¹⁴⁷

5.3.1. Las teorías sobre el contenido esencial de los derechos

A) La teoría absoluta

La teoría absoluta¹⁴⁸ sostiene que existe una esfera permanente e inalterable del derecho constitucional que constituye su contenido esencial. Dicho en otras palabras, en el contenido de cada derecho se distinguen dos partes: un núcleo, que sería el contenido

¹⁴⁶ COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad privada...*, *op.cit.*, p. 356. RUBIO LLORENTE, F., “La Constitución como fuente del Derecho”, en AA.VV., *La Constitución y las fuentes del Derecho*, t. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 67. PRIETO SANCHIS, L., “Artículo 53”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, t. IV, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, p. 467-471. DE JUAN ASENJO, O., *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 159-162. LOBATO GÓMEZ, J. M., *Propiedad del suelo y derecho a edificar*, Montecorvo, Madrid, 1989, p. 323-328. STC 37/1981, de 16 de noviembre [LA LEY 12943-JF/0000]. “No determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades y las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal al que, como intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC), corresponde en último término y para cada caso concreto llevar a cabo esa determinación.” En el mismo sentido, *vid.* STC 58/1984, de 9 de mayo [LA LEY 48168-NS/0000].

¹⁴⁷ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2007, p. 406-409.

¹⁴⁸ MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 22. GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 270-271. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, *op.cit.*, p. 409-411.

esencial, y una parte accesoria que no formaría parte del contenido esencial y que sería disponible para el legislador, pero no sin justificación.¹⁴⁹

Se trata de una descripción “espacial” del contenido de los derechos fundamentales, pues esta teoría distingue entre un núcleo interior de los derechos que es indisponible y un “anillo exterior” que es disponible por el legislador.¹⁵⁰

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, el alto tribunal se abona a la tesis de la teoría absoluta, pues de la definición que se contiene en la sentencia se desprende que el Tribunal Constitucional diferencia entre dos partes el contenido de un derecho: uno que es indisponible por el legislador y otro que es accesorio.¹⁵¹

La teoría absoluta no ha estado exenta de las críticas de la doctrina y, a pesar del notable esfuerzo para llegar a determinar el contenido esencial de los derechos, se dice que la parte accesoria o exterior del derecho fundamental queda a la libre disposición del legislador y esto puede conducir a un vaciado de su contenido hasta desnaturalizarlo.¹⁵²

¹⁴⁹ DE OTTO PARDO, I., “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades”, en MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L., y DE OTTO PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 132-133. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 147-148. PAREJO ALFONSO, L. J., “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *REDA*, nº 3, 1981, p. 187. “*Contenido esencial no puede ser equivalente a mero contenido de los derechos subjetivos públicos. La diferencia entre ambos radica precisamente en la “esencialidad”: solo aquella parte de los elementos integrantes del contenido que sean absolutamente indispensables para la reconocibilidad jurídica del derecho en cuanto a tal [...] puede considerarse constitutiva del contenido esencial*”.

¹⁵⁰ MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales...*, *op.cit.*, p. 21. DE OTTO PARDO, I., “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades”..., *op.cit.*, p. 128. GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, *op.cit.*, p. 270-271. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, *op.cit.*, p. 411.

¹⁵¹ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales...*, *op.cit.*, p. 143-144. “*se trata de un concepto de valor absoluto y no relativo [...]. Cabe deducir que la cláusula del contenido esencial no se configura como una exigencia de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y las circunstancias o finalidades que justifican dicho sacrificio, sino como una esfera de intangibilidad que nunca, en ningún caso, puede sobrepasarse.*”
STC 11/1981, de 8 de abril [LA LEY 6328-JF/0000]. Otro ejemplo de la adopción de esta tesis se encuentra en la STC 196/1987, de 11 de diciembre [LA LEY 903-TC/1988].

¹⁵² MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales...*, *op.cit.*, p. 30. La doctrina alerta que, aunque para el sacrificio de la parte accesoria se

La teoría absoluta tiene como consecuencia que el Tribunal Constitucional tenga la última palabra para determinar si con la intervención del legislador se ha vulnerado el contenido esencial del derecho, con lo que el Tribunal se va a pronunciar sobre la constitucionalidad o no de una ley por su afectación sobre el contenido esencial de un derecho, con el peligro de no entrar en el examen del alcance de la competencia que tiene el legislador en una determinada materia.¹⁵³

A la teoría absoluta del contenido de los derechos también se la ha criticado por establecer la frontera entre el contenido esencial y la parte accesorio del derecho de una forma artificiosa y artificial e imposible de determinar.¹⁵⁴

exija una justificación con base en la ponderación de los bienes constitucionales, en algunas ocasiones el Tribunal ha obviado valorar la proporcionalidad de la medida adoptada para el sacrificio del contenido esencial del derecho: “en la citada Sentencia 11/1981, el Tribunal admite la constitucionalidad del art. 7.2 del Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo, que declara hechos ilícitos o abusivos [...] las huelgas de celo, sobre la base de la previa definición del contenido esencial del derecho de huelga como “una cesión del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que éste puede revestir”; pero sin proporcionar ninguna justificación adicional de esa limitación del derecho.” BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, op.cit., p. 411-412, 419-420. El Tribunal Constitucional ha reconocido la amplia libertad del legislador de regular la parte periférica de un derecho fundamental con la única limitación del contenido esencial del derecho. Este autor también se posiciona en contra de que la parte periférica de los derechos quede completamente a las manos del legislador. Vid. STC 5/1981, de 13 de febrero [LA LEY 39/1981]. “La amplísima libertad que la Constitución deja en este punto al legislador ordinario, [está] limitada solo por la necesidad de respetar el «contenido esencial» del derecho garantizado”.

¹⁵³ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, op.cit., p. 412-414, 420. BERNAL PULIDO argumenta en contra de esta tesis que es, por naturaleza, intuicionista, es decir, que confía en la existencia y en el funcionamiento de una “intuición colectiva”. Defiende que si el contenido esencial de un derecho se define por la intuición colectiva las decisiones del Tribunal Constitucional éstas serían incontrolables por depender de las controversias ideológicas del momento. A lo anterior añade que, el sistema de los derechos fundamentales no puede ser tan rígido como para no poder adaptarse a las necesidades actuales de la sociedad en casos, por ejemplo, de colisión de un derecho fundamental con otro interés relevante.

¹⁵⁴ MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales...*, op.cit., p. 32. “Tal concepción [...] descansa en una interpretación decimonónica de los derechos fundamentales, que vería en éstos tan solo derechos frente al Estado, y que reduciría el papel de éste último a una tutela pasiva o a una actuación limitadora de los derechos” DE OTTO PARDO, I., “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades”..., op.cit., p. 132-133. GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, op.cit., p. 270-271. Este autor hace una observación interesante: “Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, si se adopta este sistema de determinación, la previsibilidad de afectación del contenido esencial por parte del Poder Legislativo será mayor en la medida en que existan precedentes del Tribunal Constitucional que determinen dicho mínimo.” Una vez el Tribunal Constitucional vaya determinando el contenido esencial de un derecho, el legislador será más libre para afectar aquella parte del contenido del derecho que no es considerada esencial.

B) La teoría relativa

La teoría relativa¹⁵⁵ del contenido esencial de los derechos no parte de la base de que existe un contenido esencial de un derecho que es indisponible por el legislador, sino que todo el contenido del derecho puede sacrificarse después de la ponderación de los intereses jurídicamente protegidos. Dicha afectación en el contenido esencial de un derecho puede encontrar apoyos directos en la Constitución o pueden derivarse de ella, tal y como ha afirmado el propio Tribunal Constitucional.¹⁵⁶

El resultado de la ponderación de los derechos constitucionales que colisionan da lugar al sacrificio del contenido de uno de ellos, pero dicho sacrificio debe ser justificado con base en un interés constitucionalmente protegido.¹⁵⁷

Para esta teoría no existe un elemento constitutivo del contenido de un derecho que sea esencial y que sea identificable. Es decir, no distingue en el contenido esencial de los derechos una parte indisponible por el legislador que se identificaría con lo “esencial” del contenido del derecho y una parte “accesoria” que sería disponible por aquél.¹⁵⁸

Para esta teoría, el contenido esencial de un derecho es el resultado de evaluar la intromisión en el contenido esencial de un derecho a través de un juicio de ponderación de los intereses jurídicamente protegidos por ambos derechos. Este juicio se fundamenta en el llamado *test de razonabilidad*, que está formado por tres elementos básicos: a) el

¹⁵⁵ MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales...*, *op.cit.*, p. 22. DE OTTO PARDO, I., “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades”..., *op.cit.*, p. 129. GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, *op.cit.*, p. 272-273.

¹⁵⁶ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales...*, *op.cit.*, p. 143. DE OTTO PARDO, I., “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades”..., *op.cit.*, p. 108-109. STC 11/1981, de 8 de abril [LA LEY 6328-JF/0000]. “*la Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones, [en otras] el límite del derecho deriva de la Constitución solo de manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos*”.

¹⁵⁷ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. trad.* por GARZÓN, E., 2ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, p. 259.

¹⁵⁸ GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, *op.cit.*, p. 272. Las teorías relativas consideran, y es su diferencia sustancial con las teorías absolutas, que la garantía del contenido esencial solo tiene un valor declarativo.

examen de la adecuación de la medida limitadora del bien que mediante su adopción se pretende proteger; b) el examen de la necesidad de la lesión y c) la valoración de la proporcionalidad de la medida adoptada y el sacrificio del derecho.¹⁵⁹

A pesar de que la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril es conocida por la doctrina por contener la definición de lo que debe entenderse por contenido esencial de los derechos, lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha basculado entre la teoría absoluta y la relativa, y en otras sentencias el tribunal se olvida de la parte intangible de los derechos para centrarse en el examen de proporcionalidad de las medidas adoptadas para el sacrificio del contenido de los derechos para la consecución de otros bienes constitucionales, lo que se enmarca dentro de la teoría relativa del contenido esencial de los derechos.¹⁶⁰

Esta teoría ha sido criticada por la doctrina¹⁶¹ por el hecho de que convierte la garantía del Art. 53.1 CE en una garantía meramente formal. Con esto se quiere decir que la

¹⁵⁹ ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 203-206. DE LUCAS-ERNESTO VIDAL, J., “Una nota sobre interpretación constitucional en materia de derechos fundamentales”, en ÁLVAREZ CONDE, E., (ed.), *Diez años de régimen constitucional*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 18-21. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales...*, *op.cit.*, p. 150. MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales...*, *op.cit.*, p. 22. “*el contenido esencial es respetado cuando la limitación se encuentra justificada, y no lo es en caso contrario [...], el límite es constitucionalmente correcto cuando se justifica razonablemente en la necesidad de preservar otros bienes constitucionalmente protegidos y, no lo es cuando esa justificación no se da.*”

¹⁶⁰ STC 62/1982, de 15 de octubre [LA LEY 7232-JF/0000]. La anterior sentencia es criticada por DE OTTO PARDO, I., “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades”..., *op.cit.*, p. 130. STC 161/1987, de 27 de octubre [LA LEY 95918-NS/0000]. Para una crítica de la anterior sentencia, *vid.* DE LUCAS-ERNESTO VIDAL, J., “Una nota sobre interpretación constitucional en materia de derechos fundamentales”..., *op.cit.*, p. 17-18. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales...*, *op.cit.*, p. 151. *Vid.* STC 120/1990, de 27 de junio [LA LEY 1761-JF/0000]. STC 143/1994, de 9 de mayo [LA LEY 2567-TC/1994]. STC 215/1994, de 14 de julio [LA LEY 56802-JF/0000].

¹⁶¹ MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales...*, *op.cit.*, p. 28. MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., “Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad”, en *Persona y Derecho*, nº 54, 2006, p. 89. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales...*, *op.cit.*, p. 148. “*la cláusula del contenido esencial solo resulte verdaderamente operativa cuando es entendida como un concepto o valor absoluto, pues si consistiese tan solo en un requerimiento a examinar con particular cuidado la normativa limitadora a fin de que ésta no sea injustificada o arbitraria, en puridad no añadiría nada a la protección de los derechos fundamentales.*” DE OTTO PARDO, I., “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades”..., *op.cit.*, p. 126-127. “*La teoría de los límites de éstos tiene que completarse necesariamente con la de los límites de los límites, porque se no ser así los derechos y*

garantía constitucional del contenido esencial de los derechos no añade nada a la protección del contenido esencial si éste puede ser limitado, con la debida justificación, por la salvaguarda de otro bien constitucional.

Según la doctrina¹⁶² crítica con esta teoría, la teoría relativa del contenido de los derechos también se olvida de la posición nuclear que ocupan los derechos fundamentales en el Ordenamiento jurídico.¹⁶³

C) La teoría mixta o híbrida

La teoría híbrida o mixta del contenido esencial de los derechos parte de las mismas premisas que la teoría absoluta, es decir, concibe contenido del derecho como una sustancia que, a la misma vez, es dividida entre un núcleo, que sería el contenido esencial del derecho, y una parte periférica, que sería la parte disponible por el legislador.

Sin embargo, la idea central de la teoría mixta es que las intervenciones del legislador en la periferia no quedan a la libre determinación del legislador, sino que dichas intervenciones son admisibles si se superan los tres juicios del principio de proporcionalidad o de razonabilidad, estos son el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad. Con todo, según esta teoría, el contenido esencial de los derechos no podría verse afectado de ningún modo por el legislador, de la misma forma que sucedía

libertades no tendrían ni una mínima resistencia frente a los demás bienes constitucionalmente protegidos". HÄBERLE, P., "El legislador de los derechos fundamentales", en LÓPEZ PINA, E., (ed.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, Universidad Complutense-Civitas, Madrid, 1991, p. 122-123.

¹⁶² MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales...*, *op.cit.*, p. 28.

¹⁶³ STC 25/1981, de 14 de julio [LA LEY 197/1981]. El Tribunal Constitucional califica los derechos fundamentales y las libertades públicas como "*el fundamento mismo del orden político-jurídico del Estado en su conjunto [...] son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional [...] en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento*".

en la teoría absoluta y la afectación de la zona periférica requeriría de una mayor justificación.¹⁶⁴

La doctrina ha criticado a esta teoría alegando que, del mismo modo que ocurre en la teoría absoluta, la teoría mixta no ofrece un criterio a partir del cual determinar qué forma parte del contenido esencial de un derecho y que atributos de un derecho forman parte de la zona periférica del derecho. No obstante, sí que ofrece una solución para evitar la “desconstitucionalización” de la parte periférica del contenido del derecho a través del principio de razonabilidad o proporcionalidad.¹⁶⁵

¹⁶⁴ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, *op.cit.*, p. 426. Con esta teoría se logra esquivar la objeción de la teoría absoluta de la “desconstitucionalización” de la parte periférica del contenido de los derechos.

Vid. STC 196/1987, de 11 de diciembre [LA LEY 903-TC/1988]. El Tribunal Constitucional parece que en algunas ocasiones ha aceptado o adoptado la teoría híbrida de los derechos fundamentales: “*las limitaciones de los derechos fundamentales requieren no solo que respeten su contenido esencial, sino también que sean razonables y proporcionadas al fin en atención al cual se establecen.*” STC 11/1981, de 8 de abril [LA LEY 6328-JF/0000]. Aunque la mayor parte de la doctrina defiende que en esta sentencia el Tribunal Constitucional adopta la teoría absoluta del contenido de los derechos, parece que en algunos pronunciamientos el tribunal adopta la teoría mixta o incluso la relativa cuando afirma que: “*El derecho de los huelguistas es un derecho de incumplir transitoriamente el contrato, pero es también un derecho a limitar la libertad del empresario. Exige por ello una proporcionalidad y unos sacrificios mutuos, que hacen que cuando tales exigencias no se observen, las huelgas puedan considerarse como abusivas.*”

Algunos autores españoles han defendido la teoría mixta del contenido esencial de los derechos. *Vid.* PAREJO ALONSO, L., “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional”..., *op.cit.*, p. 182. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales...*, *op.cit.*, p. 147. MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997., p. 116. Por su parte, MEDINA GUERRERO dice que el contenido esencial y el principio de proporcionalidad son los límites de los límites de los derechos fundamentales que funcionan de modo independiente. Por lo que se refiere al principio de proporcionalidad “*solo implícitamente puede entenderse consagrado en la Constitución*”. Se trata de un instrumento al alcance del legislador de ponderación legislativa de los límites que es necesario imponer a un derecho fundamental.

¹⁶⁵ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, *op.cit.*, p. 431-432. BERNAL PULIDO entiende que la teoría mixta adopta la idea absoluta del contenido esencial de los derechos y la idea del principio de proporcionalidad de la teoría relativa. Para este autor, esto supone una contradicción metodológica.

5.3.2. El contenido esencial del derecho de propiedad como el mínimo indisponible por el legislador

A) El contenido esencial de la propiedad y la intervención del legislador

La doctrina ha sostenido que la expropiación forzosa no es la única forma de afectación del contenido esencial del derecho de propiedad, sino que en la mayoría de ocasiones, se produce una afectación en el contenido esencial del derecho a causa de la actuación delimitadora y conformadora del legislador, cuando éste regula el derecho de propiedad de tal forma que es *irrecognoscible* y queda desnaturalizado.¹⁶⁶

A la hora de determinar el contenido normal del derecho de propiedad, el legislador no puede llegar a anular el derecho del propietario por una excesiva intromisión en el contenido del derecho, sino que tiene que tutelar la conexión entre el interés privado del particular y el interés público de la colectividad. El legislador en el momento de regular el estatuto de las diferentes situaciones dominicales deberá asegurar al propietario un ámbito de goce y de uso de los bienes, aunque tales facultades podrán ser reducidas en virtud de la función social de la propiedad, pero no suprimidas.¹⁶⁷

¹⁶⁶ LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., *et. alii.*, *Derecho constitucional...*, *op.cit.*, p. 408. JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 68-71. BARNES VAZQUEZ, J., *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario...*, *op.cit.*, p. 105-106. La actuación delimitadora y conformadora del legislador no le exime de respetar el contenido esencial del derecho de propiedad, aunque las actuaciones configuradoras generales sobre el derecho de propiedad no generan una indemnización en beneficio de los particulares. Para este autor, el criterio válido para determinar si se genera el derecho a ser indemnizado no debería ser el mayor o menor grado de afectados, es decir, si se está ante actuación generales –actividad delimitadora- o singulares, sino la afectación del “*contenido esencial indisponible*”. DE OTTO PARDO, I., “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades”..., *op.cit.*, p. 126. “*La garantía del contenido esencial es límite de los límites porque limita la posibilidad de limitar, porque señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.*”

¹⁶⁷ BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), *Manual de Derecho constitucional*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, p. 405. Con carácter general, la garantía del contenido esencial supone la siguiente protección: “*La garantía de que existe un mínimo, definido expresamente en la propia Constitución, para determinados derechos, que no puede ser ni relativizado ni anulado, sea cual sea el tipo de confrontación que le opone a otros derechos constitucionales. [...] La garantía de que existe un mínimo contenido de cada derecho, que no puede ser relativizado ni anulado, pese a que la propia Constitución no la defina expresamente como tal.*” STERN, K., “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal Alemana”, en *RCEC*, nº 1, 1988, p. 272. PAREJO ALFONSO, L. J., “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán (I)”..., *op.cit.*, p. 256. LÓPEZ LÓPEZ, A., “La garantía constitucional de la herencia”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº 3, 1994, p. 38. BARNES VAZQUEZ, J., *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario...*, *op.cit.*, p.

Por lo tanto, el contenido esencial desempeña una doble función en materia de propiedad. Por un lado, constituye el límite de las intervenciones legislativas en el derecho de propiedad y, del otro, constituye una garantía para el propietario, es decir, delimita un núcleo que siempre tiene que ser salvaguardado y que, de no ser así, se incurriría en una expropiación en sentido estricto.¹⁶⁸

Este núcleo del derecho, que necesariamente tiene que garantizarse al propietario para que su derecho no quede desnaturalizado, es el aspecto sobre el cual se han centrado las discusiones por parte de la doctrina.

Para algunos autores,¹⁶⁹ el contenido esencial del derecho de propiedad se constituye por el poder de decisión que tiene el propietario sobre el destino económico de la cosa, es decir, un ámbito mínimo de goce y de disposición sobre el bien objeto de su propiedad que necesariamente tiene que estar libre de las intromisiones del legislador.

La configuración por el legislador del derecho a la propiedad privada con base en el principio general de la función social del Art. 33.2 CE ha de ponerse necesariamente en relación con el Art. 53.1 CE que: *“Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el Art. 161, 1, a).”*

De acuerdo con lo dispuesto en el Art. 53.1 CE, el legislador goza de una amplia libertad a la hora de ordenar el ejercicio y el contenido de los derechos que se contienen

234. COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 374.

¹⁶⁸ MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, *op.cit.*, p. 165, 204-205. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, *op.cit.*, p. 157-164.

¹⁶⁹ MONTÉS PENADÉS, V. L., “Art. 348 CC”..., *op.cit.*, p. 957. El autor defiende que el contenido esencial del derecho de propiedad *“se identifica, en cuanto derecho subjetivo, por la decisión sobre el destino económico de la cosa. A diferencia de cualquier otro titular de derechos sobre un bien, el propietario tiene, per se, la competencia para decidir sobre la inserción del bien en el proceso económico, en uno u otro sentido.”* DIEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III...*, *op.cit.*, p. 60-63. *“Desde el punto de vista dogmático, un derecho de propiedad solo es reconocible como tal si en él se produce la conjunción de los clásicos ius utendi, ius fruendi y ius disponendi.”* SÁNCHEZ CALERO, F. J., “Competencia de la Comunidad Autónoma andaluza en materia de propiedad”..., *op.cit.*, p. 60.

en el Capítulo II del Título I de la Constitución, de acuerdo con las directrices políticas del poder ejecutivo y con base en el principio general de la función social, siempre y cuando no rebase la garantía del contenido esencial de los derechos. El contenido esencial del derecho, además de ser el ámbito duro del derecho y que supone el límite de las intervenciones legislativas, se considera que es el criterio diferenciador entre las intervenciones legislativas delimitadoras del derecho y las intervenciones mutiladoras.¹⁷⁰

Por lo tanto, parece que el constituyente ha querido asegurar por mandato constitucional un ámbito de poder al propietario que necesariamente tiene que ser protegido para no desnaturalizar el contenido de los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución y, en particular, el derecho a la propiedad privada. Dicho ámbito de protección en favor del particular está, en primer lugar, protegido mediante la *garantía genérica* del contenido esencial de los derechos y, en segundo lugar, por la labor interpretativa del Tribunal Constitucional que, en todo caso, su decisión es constitutiva.¹⁷¹

¹⁷⁰ El Tribunal Constitucional en varias sentencias se ha pronunciado sobre las amplias facultades de configuración de los derechos por el legislador.

Entre las más importantes cabe destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero [LA LEY 39/1981] donde se afirma que “*En el ejercicio de esa libertad, el legislador no tiene otros límites que el genérico que le impone el art. 53.1 de la Constitución de respetar el contenido esencial del derecho garantizado, y el que deriva de las reservas de Ley contenidas tanto en dicho precepto como en el del art. 81.1.*” También la ya mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril [LA LEY 6328-JF/0000]: “*Corresponde, por ello, al legislador ordinario, que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del art. 53. [...] el movimiento pendular entre la amplitud y la generosidad o la restricción vuelve a ser una decisión política que tiene que adoptar el legislador ordinario sin más límite que los que el derecho fundamental tenga, pues ningún derecho, ni aún los de naturaleza o carácter constitucional, pueden considerarse como ilimitados.*”

¹⁷¹ LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, op. cit., p. 139. PAREJO ALONSO, L., “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional”..., op.cit., p. 169-190. PREDIERI, A., “Las fuentes de Derecho en la Constitución española”, en *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los profs. Alberto Predieri y E. García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1980, p.196-198. De acuerdo con el inciso final del Art. 53.1 CE, el Tribunal es competente para dilucidar todas aquellas controversias que se planteen acerca del contenido esencial de los derechos, pues si como se ha dicho anteriormente el derecho de propiedad solo puede acceder a la tutela constitucional de la mano de un recurso de inconstitucionalidad contra una ley o norma con rango de ley que vulnere su contenido esencial, parece claro que el legislador es el primer legitimado para conformar el derecho de propiedad y, en segundo y, último término, la determinación de las normas legales que contienen la regulación del contenido esencial compete al Tribunal Constitucional.

B) El contenido esencial como una garantía de todas las formas de propiedad

Otra discusión que puede resultar de interés a efectos de determinar el contenido esencial del derecho de propiedad es la relación que hay entre aquella institución y el reconocimiento de varios estatutos dominicales. Es decir, la garantía del contenido esencial de la propiedad no sería una garantía del contenido de la institución, sino una garantía del contenido esencial de los diversos estatutos dominicales reconocidos por el Ordenamiento jurídico.

Como se ha expuesto en las páginas anteriores, tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la mayor parte de la doctrina española han defendido la plasticidad o flexibilidad del dominio en el sentido de reconocer y dar amparo en el Ordenamiento jurídico de nuevas formas del derecho de propiedad. De acuerdo con este posicionamiento, es evidente que ante la existencia de varios estatutos propietarios cada uno de ellos tenga su contenido esencial y en esta dirección se ha posicionado también la mayor parte de la doctrina española.¹⁷²

5.3.3. Análisis del contenido esencial del derecho de propiedad por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el contenido esencial de los derechos en numerosas sentencias, pero la más importante y la que es considerada por la doctrina como la que contiene la doctrina constitucional sobre lo que debe entenderse por contenido esencial de los derechos y los caminos a seguir para determinarlo es la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril.¹⁷³

¹⁷² MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, *op.cit.*, p. 168-169. “el legislador ha de respetar ese contenido en todas las manifestaciones o concreciones del derecho protegido.” GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Actuación pública y actuación privada en Derecho urbanístico”, en *REDA*, nº 1, 1974, p. 80. LASARTE ALVAREZ, C., “Propiedad privada e intervencionismo administrativo”..., *op.cit.*, p. 149.

¹⁷³ STC 11/1981, de 28 de julio [LA LEY 6328-JF/0000].

A) La Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril y los criterios para determinar el contenido esencial de los derechos

Al tratar el reconocimiento del derecho a la propiedad privada del Art. 33.1 CE ya se ha adelantado la idea de los modos¹⁷⁴ de definir el contenido esencial de los derechos por parte del Tribunal Constitucional, pues en la sentencia 11/1981, de 8 de abril –a la que hay que considerar jurisprudencia básica sobre esta materia- estableció dos criterios para determinarlo de forma genérica para todos los derechos fundamentales que: “*no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse.*”¹⁷⁵

- El primero de estos criterios es el de la reconocibilidad del derecho:

“Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el art. 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que

¹⁷⁴ GONZÁLEZ RIVAS, J. J., *La Constitución española de 1978: estudio sistemático y jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 2003, p. 158-160.

¹⁷⁵ STC 11/1981, de 8 de abril [LA LEY 6328-JF/0000]. STC 198/2012, de 6 de noviembre [LA LEY 160139/2012]. COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad privada...*, op.cit., p. 361. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, op. cit., p. 138-139. PÉREZ PÉREZ, E., *Propiedad, Comunidad y Finca Registral...*, op.cit., p. 122.

*generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.”*¹⁷⁶

El párrafo anterior puede resumirse en una idea y es que, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 11 de abril, “*el contenido esencial de un derecho fundamental está compuesto por todas las normas y posiciones jurídicas que lo integran, y que, según las convicciones generalizadas de los juristas en un momento histórico determinado, son necesarias para que el derecho no se desnaturalice.*”¹⁷⁷

Aun así, el Tribunal Constitucional fue consciente de que una de las críticas de la teoría absoluta del contenido esencial de los derechos es anclar al pasado el contenido esencial de los derechos fundamentales. Por esta razón añade que se deberá tener en cuenta el

¹⁷⁶ STC 11/1981, de 8 de abril [LA LEY 6328-JF/0000]. A este criterio de determinación del contenido esencial también se refirió la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987]. “*la dimensión social de la propiedad privada es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea, y por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión de restricciones o las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito*”. Aunque manifieste expresamente, otras sentencias del Tribunal Constitucional parece que siguen dicho criterio para la determinación del contenido esencial. *Vid.* STC 196/1987, de 11 de diciembre [LA LEY 903-TC/1988], STC 89/1994, de 17 de marzo [LA LEY 2389-TC/1994].

ANGOSTO SÁEZ, J. F., *El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano...*, *op.cit.*, p. 91. Una crítica al seguimiento exhaustivo de este criterio para determinar el contenido esencial se encuentra en esta obra: “*la reconocibilidad del derecho, aquello que la sociedad entiende en un momento determinado como derecho de propiedad, evoluciona normalmente al hilo de las actuaciones legislativas, las cuales, a partir del reconocimiento constitucional en los términos indicados difícilmente va a poder modelar un nuevo concepto de propiedad. Es evidente que si el legislador debe respetar el contenido esencial, y éste viene dado por la reconocibilidad del derecho en un momento histórico, cualquier cambio será inconstitucional.*” En el mismo sentido, *vid.* PRIETO SANCHIS, L., “Artículo 53”..., *op.cit.*, p. 470. BARNES VAZQUEZ, J., *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario...*, *op.cit.*, p. 243.

¹⁷⁷ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, *op.cit.*, p. 415. GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, *op.cit.*, p. 348. Este primer criterio para determinar el contenido esencial de un derecho ha sido criticado por la doctrina por referirse a elementos externos de la Constitución.

momento histórico y las condiciones inherentes en las sociedades democráticas. Pero este punto también ha sido criticado por la doctrina por suponer una contradicción en sus propios términos, es decir, no es fácilmente compatible la idea del reconocimiento de un derecho con un contenido apriorístico cuyos rasgos fundamentales formen parte del contenido esencial del derecho, con la idea de que la esencia del derecho puede cambiar en función del momento histórico.¹⁷⁸

- El segundo de los criterios es el de la efectividad de los intereses jurídicamente protegidos:

“El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.”¹⁷⁹

La doctrina ha sostenido que la protección de los intereses jurídicamente protegidos depende del tipo del derecho de propiedad, toda vez que si se priva al propietario de una finca rústica cultivar su terreno, se estaría frente a una vulneración del contenido

¹⁷⁸ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, op.cit., p. 422-423. “Las normas ius fundamentales y sus correspondientes posiciones jurídicas, [...], no pueden ser comprendidas de manera ahistórica.”

¹⁷⁹ STC 11/1981, de 8 de abril [LA LEY 6328-JF/0000]. También vid. STC 196/1987, de 11 de diciembre [LA LEY 903-TC/1988], STC 89/1994, de 17 de marzo [LA LEY 2389-TC/1994]. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, op.cit., p. 416-417. El Tribunal Constitucional dice que se deben tener en cuenta las “convicciones generales”, con lo que esto refuerza la crítica “intuicionista” de la teoría absoluta del contenido esencial del derecho. ANGOSTO SÁEZ, J. F., *El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano...*, op.cit., p. 93. El autor defiende la conjugación de ambos criterios para determinar el contenido esencial. COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 367. Según este autor, la jurisprudencia de intereses conduce a una determinación del contenido esencial dominical en un sentido genérico, es decir, se trata de un mínimo común denominador de todas las formas de propiedad.

esencial, mientras que si al propietario del suelo urbano se le priva de la misma facultad, podría afirmarse que el interés individual ha quedado a salvo.¹⁸⁰

Algunos autores han defendido que siempre tiene que restar para el propietario algún tipo de utilidad del bien de su propiedad y dicha utilidad se traduce en la rentabilidad económica.¹⁸¹

Por lo tanto, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, el contenido esencial de los derechos se define a partir de un tipo abstracto del derecho en particular conceptualmente preexistente al momento legislativo actual, es decir, como un *prius*, pero teniendo en cuenta “*los intereses jurídicamente protegibles*”.¹⁸²

B) La configuración del contenido esencial del derecho de propiedad por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Una vez determinados los criterios para llegar a determinar el contenido esencial de los derechos, conviene aquí centrarse en particular en el contenido esencial del derecho de

¹⁸⁰ COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 368.

¹⁸¹ RIBOT IGUALADA, J., “La garantía constitucional del dret a la propietat privada”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº 3, 1994, p. 226. “*es podran restringir legalment les opcions del titular en l'exercici del contingut reconegut al dret però sempre fins el límit del manteniment [...] de la utilitat en termes econòmics.*” PÉREZ PÉREZ, E., *Propiedad, Comunidad y Finca Registral...*, op.cit., p. 123.

¹⁸² LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, op. cit., p. 139. MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, op.cit., p. 214-217. En la obra de MONTÉS, que se ubica en el tiempo antes de la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, ya indicaba que para determinar lo que debía entenderse por contenido esencial de los derechos tenía que acudir al Art. 3.1 CC.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, se impregna de esta doctrina cuando establece que para llegar a determinar el contenido esencial de los derechos debe tenerse en cuenta que: “*el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto.*” Además, el autor también afirma la necesidad de valorar los derechos cuyo contenido esencial es protegido de acuerdo con el Art. 53.1 CE, “*en relación con las mudables exigencias de la realidad social, reafirmando una vez más la historicidad del Derecho.*” BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, op.cit., p. 418. Este autor critica el segundo de los criterios para determinar el contenido esencial de los derechos por considerarlo excesivamente subjetivo. Aunque el Tribunal Constitucional haya dicho que hay que asegurar la preservación de los intereses jurídicamente protegibles, no proporciona un criterio a partir del cual poder diferenciar cuáles intereses son esencial y, por lo tanto, forman parte del contenido esencial del derecho y cuáles no. Y en el caso de encontrar un criterio plausible, este podría conducir a una situación de colisión entre intereses esenciales.

propiedad y, por ello, hay que acudir una vez más a la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/87, de 26 de marzo, entre otras que con posterioridad han ido perfilando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el contenido esencial del derecho de propiedad. Varias son las aportaciones de esta sentencia en orden a determinar el contenido esencial, aunque una parte de la doctrina¹⁸³ niega que en esta sentencia el Tribunal Constitucional defina el tipo abstracto del derecho de propiedad, sino que lo que hace es establecer aproximaciones para determinarlo.

- El contenido esencial del derecho debe fijarse con base en la función social de la propiedad.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional ha reconocido que la fijación del contenido esencial del derecho de propiedad tiene que hacerse con base en la función social de la propiedad: *“la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo.”*¹⁸⁴

- El contenido esencial del derecho de propiedad es diferente según la categoría o tipo de bienes.

*“Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.”*¹⁸⁵

Es importante destacar en este punto la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre que analizó si la fijación de una limitación temporal para el aprovechamiento de las aguas públicas era inconstitucional por ser expropiatoria. En el caso de esta sentencia, la consideración del agua como un bien de dominio público tuvo una influencia directa sobre el juicio del Tribunal Constitucional que finalmente sostuvo

¹⁸³ LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, op. cit., p. 144-147.

¹⁸⁴ STC 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987], STC 170/1989, de 19 de octubre [LA LEY 127417-NS/0000], STC 89/1994, de 17 de marzo [LA LEY 2389-TC/1994], STC 141/2014, de 11 de septiembre [LA LEY 119062/2014].

¹⁸⁵ STC 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987].

que la perpetuidad no formaba parte del contenido esencial del derecho de propiedad sobre los bienes del dominio público. Aun así, en la misma sentencia, el Tribunal Constitucional reconoció que la perpetuidad forma parte de la “configuración general” del derecho de propiedad.¹⁸⁶

- La incorporación de exigencias sociales en el contenido del derecho de propiedad no supone la desnaturalización del mismo.

En tercer lugar, la determinación de que la previsión de restricciones o imposición de deberes positivos en el ejercicio del derecho de propiedad no supone una desnaturalización del contenido esencial del derecho en sí mismo considerado: *“la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablatorias en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho hoy generalmente admitido. Pues, en efecto, esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, [...], por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición*

¹⁸⁶ STC 227/1988, de 29 de noviembre [LA LEY 2428/1988]. *“En el supuesto que regula la Disposición transitoria primera de la Ley de Aguas y, en concreto, por lo que atañe a la fijación con carácter general del plazo máximo de setenta y cinco años, a partir de su entrada en vigor, como límite temporal de los derechos de aprovechamiento de aguas públicas ganados con anterioridad, no puede decirse que se produzca una ablación de los mismos, ni siquiera parcial, a la que convenga el calificativo de expropiatoria, sino que se trata de una nueva regulación del contenido de aquellos derechos, que afecta, sin duda, a un elemento importante de los mismos, pero que no restringe o desvirtúa su contenido esencial. En efecto, a diferencia del derecho de propiedad privada, no sujeto por esencia a límite temporal alguno conforme a su configuración jurídica general, es ajeno al contenido esencial de los derechos individuales sobre bienes de dominio público, garantizado indirectamente por la Constitución a través de la garantía expropiatoria, su condición de derechos a perpetuidad o por plazo superior al máximo que determine la ley. Antes bien, debe entenderse que los derechos de aprovechamiento privativo a perpetuidad no son compatibles, en el plano de la efectividad no puramente formal de las normas jurídicas, con los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes de dominio público que el art. 132.1 de la Constitución consagra, pues el significado y el alcance de estos principios no puede quedar reducido a la finalidad de preservar en manos de los poderes públicos la nuda titularidad sobre los bienes demaniales, sino que se extienden en sentido sustantivo a asegurar una ordenación racional y socialmente aceptable de su uso y disfrute, cuya incongruencia con la cesión ilimitada en el tiempo del dominio útil o aprovechamiento privativo resulta patente. Por ello, la limitación temporal de tales aprovechamientos privativos no es una privación de derechos, sino nueva regulación de los mismos que no incide en su contenido esencial.”*

*o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito.”*¹⁸⁷

- El contenido esencial del derecho de propiedad depende del momento histórico y su posibilidad de realización efectiva

En cuarto lugar, la afirmación de esta dimensión social de la propiedad que forma parte del contenido esencial del derecho tiene que ser compatible con el reconocimiento de un ámbito de aprovechamiento privado por parte del particular, si bien este puede ser modulado en función de cada momento histórico y bajo la tutela del Tribunal Constitucional.¹⁸⁸

Sin embargo, a pesar de que el Tribunal Constitucional afirmó que debe tenerse en cuenta el momento histórico para la definición del contenido esencial del derecho de propiedad, en otras sentencias se ha posicionado en un sentido contrario, induciendo a la conclusión de que el contenido esencial es inamovible porque se parte de una concepción del mismo consolidada y tradicional.¹⁸⁹

¹⁸⁷ STC 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987]. STC 89/1994, de 17 de marzo [LA LEY 2389-TC/1994].

COCA PAYERAS, M., *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica...*, *op.cit.*, p. 285-288. Con ello no se quiere decir que el derecho de propiedad haya pasado a formar parte de la categoría de los derechos-función, pues en repetidas ocasiones la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo sigue hablando de derecho subjetivo, con lo que se quiere asegurar un ámbito de apropiación y de libertad para el particular. MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, *op.cit.*, p. 197. En la misma posición se adhiere la MONTÉS cuando afirma que el propietario no es un “funcionario” por el hecho de tener que satisfacer las necesidades colectivas que no coinciden con su interés privado. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 252-253.

¹⁸⁸ *Vid.* STC 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987]. “la referencia a que ha de atender el control jurídico por una u otra jurisdicción habrá de buscarse en el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable.” STC 170/1989, de 19 de octubre [LA LEY 127417-NS/0000]. STC 204/2004, de 18 de noviembre [LA LEY 3/2005].

¹⁸⁹ STC 170/1989, de 19 de octubre [LA LEY 127417-NS/0000]. “Los apartados 3 y 4 del art. 3 de la Ley impugnada ponen de manifiesto que el legislador ha establecido un límite a partir del cual entiende que si existe privación de derechos. En efecto se establece que los límites fijados no serán indemnizables salvo que los vínculos que se impongan «no resulten compatibles con la utilización tradicional y consolidada de los predios». Se ha acudido, pues, a una técnica habitual en el ordenamiento para fijar el límite entre la simple configuración del derecho y la estricta privación: el uso tradicional y consolidado.”

- El contenido esencial del derecho de propiedad no puede identificarse con el tipo abstracto del Art. 348 CC

En quinto lugar, el Tribunal Constitucional rechaza que el contenido esencial del derecho de propiedad pueda identificarse con el tipo abstracto del Art. 348 CC, que no tiene en cuenta las modulaciones que sufrió el derecho de propiedad a lo largo del siglo XX y que resulta incompatible con el papel que está llamada a cumplir la propiedad en el momento histórico actual: *“debe rechazarse de entrada, por infundada, la pretensión de los recurrentes de identificar el contenido esencial de la misma atendiendo exclusivamente a lo que el Código Civil, declinando el siglo XIX, dispuso con carácter general en su art. 348,¹⁹⁰ porque tal pretensión no tiene para nada en cuenta las modulaciones y cambios que ha venido sufriendo desde entonces el instituto de la propiedad privada, en general, y de la propiedad agraria, en particular.”*¹⁹¹

- Las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de propiedad (Art. 149.1.1ª CE) no se identifican con el contenido esencial del derecho de propiedad

La Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo determinó que el contenido esencial del derecho de propiedad no se puede identificar con las condiciones

¹⁹⁰ LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, op. cit., p. 147-151. El Art. 348 CC conserva un valor paradigmático dentro del Ordenamiento Jurídico constitucional. La definición de la propiedad contenida en aquél artículo no parece tan alejada de la realidad social y jurídica actual si no fuera porque en su definición originaria no se incluyan dentro del contenido de la propiedad los intereses sociales que eran superiores a los particulares del propietario. Señalan los autores que la expresión del Art. 348 CC *“sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”* no presenta ningún inconveniente para permitir la entrada en el contenido del derecho de propiedad de los intereses supraindividuales, toda vez que los deberes que se han impuesto en el contenido del derecho de propiedad se han introducido mediante las leyes. En consecuencia, el Art. 348 CC puede ser un punto de partida válido para determinar el tipo abstracto del contenido esencial del derecho de propiedad. En el mismo sentido, vid. BLASCO GASCÓ, F de P., y CECCHINI ROSELL, X., *“Título II De la Propiedad. Capítulo I De la propiedad en general”...*, op.cit., p. 100. La interpretación del Art. 348 CC ha estado fuertemente marcada por la doctrina iusnaturalista y de la Escuela de la Exégesis que dieron a este artículo un concepto apriorístico y no jurídico del dominio. Vid. LASARTE ÁLVAREZ, C., *“Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad”*, en *Estudios de Deusto*, nº 25, 1977, p. 101-120.

¹⁹¹ STC 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987].

básicas de su ejercicio que, en virtud del Art. 149.1.1ª CE correspondería fijar al legislador estatal.¹⁹²

- Las controversias sobre el contenido esencial deben de ser resueltas por el Tribunal Constitucional

El legislador no puede definir cuáles son las facultades que necesariamente integra el contenido esencial del derecho de propiedad. En consecuencia, si el contenido esencial del derecho dominical no puede tipificarse, hay que concluir que el contenido esencial de los derechos es un concepto abstracto cuya finalidad es garantizar, para el caso concreto de la propiedad, un ámbito de libertad para la libre apropiación de los bienes y el uso de los mismos conforme con la conciencia social que se tenga del derecho de propiedad en un momento histórico determinado.

En este sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1981, de 16 de noviembre: *“No determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades, y las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal”*.¹⁹³

Sobre las facultades del legislador para determinar lo que debe entenderse por el contenido esencial del derecho de propiedad o la determinación de las facultades que forman parte del mismo es importante detenerse en la declarado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 93/2015, de 14 de mayo sobre la inconstitucionalidad de parte de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en

¹⁹² STC 61/1997, de 20 de marzo [LA LEY 9921/1997]. *“Finalmente, las condiciones básicas no equivalen ni se identifican tampoco con el contenido esencial de los derechos (art. 53.1 C.E. (LA LEY 2500/1978)), técnica cuyo objeto, como hemos reiterado desde la STC 11/1981, consiste en garantizar el derecho frente a los eventuales abusos o extralimitaciones de los poderes públicos, en particular y en primer término, del legislador, cualquiera que éste sea, en su tarea reguladora. El contenido esencial constituye, pues, una garantía constitucional en favor del individuo, algo a respetar por el legislador en cada caso competente, no para regular no es, en definitiva, una técnica que permita determinar lo que al Estado o a las Comunidades Autónomas les corresponde. En términos positivos, pues, tanto el legislador estatal de las condiciones básicas, como el autonómico deben respetar el contenido esencial del derecho de propiedad (art. 53.1 C.E.)”*

¹⁹³ STC 37/1981, de 16 de noviembre [LA LEY 12943-JF/0000], STC 112/2006, de 5 de abril [LA LEY 23355/2006].

Andalucía¹⁹⁴ tras la redacción dada por el Decreto-Ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda.¹⁹⁵

El Art. 1.3 de la Ley 1/2010, de 8 de marzo dispone que: *“Forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, así como mantener, conservar y rehabilitar la vivienda con los límites y condiciones que así establezca el planeamiento y la legislación urbanística.”*

Por lo tanto, el legislador de Andalucía tipificó que el contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda incluye necesariamente el “uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico”. Se trata por lo tanto, de una concreción del contenido esencial del derecho de propiedad que fue declarada inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2015, de 14 de mayo.¹⁹⁶

Incumbe, por lo tanto, al Tribunal Constitucional la determinación de los límites del contenido esencial del derecho de propiedad sin que el legislador estatal o autonómico tenga competencias para determinar cuáles son las facultades y las características dogmáticas que forman parte del contenido esencial del derecho de propiedad.

¹⁹⁴ Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía [LA LEY 4920/2010].

¹⁹⁵ Decreto-Ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda [LA LEY 5110/2013].

¹⁹⁶ STC 93/2015, de 14 de mayo [LA LEY 55191/2015]. *“Se trata, en conclusión, y a diferencia de las SSTC 111/1983 y 329/2005, de una regulación directa y con vocación de generalidad de las vertientes individual e institucional del derecho de propiedad sobre la vivienda, y no de la disciplina de un sector material en el que dicho derecho constitucional pueda incidir, como por otra parte se deriva de la propia dicción de la norma andaluza al señalar que el deber de uso efectivo del bien “forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda”, expresión que no alude al concepto homónimo del art. 53.1 CE, pues es obvio que esa noción no puede ser precisada por el legislador sino que le vincula, así como que “no determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades, [de modo que] las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal” (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2) conforme a los criterios enunciados en su jurisprudencia (por todas, SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8 y 112/2006, de 5 de abril, FJ 10). Debe entenderse, por el contrario, que viene a reconocer que el deber que impone es una regulación directa del derecho de propiedad de un tipo de bienes y que tiene por objeto aspectos esenciales del mismo.”*

5.3.4. Reflexiones finales

En primer lugar, el reconocimiento constitucional del Art. 33.1 CE hace referencia al reconocimiento de la propiedad como institución y a la propiedad como derecho subjetivo. Por lo que se refiere al primero, la propiedad privada constituye uno de los pilares sobre el cual se sustenta la organización política y económica del Estado, ocupando un lugar preeminente en las relaciones jurídicas y económicas entre los particulares.

En lo que se refiere al segundo, la Constitución española de 1978 reconoce el derecho a la propiedad privada como derecho subjetivo. Es decir, se reconoce a los particulares un ámbito de libertad, de libre apropiación de los bienes, de uso y goce de los mismos de conformidad con la conciencia social que se tenga en un momento histórico determinado.

En segundo lugar, la función social de la propiedad es un principio general del derecho que guía la política legislativa para la consecución del bien común, sin descuidar la necesidad de garantizar un ámbito de libertad para el propietario para la satisfacción de sus intereses.

Como consecuencia de la incorporación de la función social dentro del contenido del derecho de propiedad y, por lo tanto, de deberes que se imponen al propietario, el derecho de propiedad es un derecho debilitado, en el sentido que no puede identificarse con la concepción liberal del dominio que inspiró la redacción del Art. 348 CC.

Asimismo, la función social de la propiedad ha diversificado el estatuto jurídico de los bienes en función de los intereses presentes. De esta forma, es comúnmente admitida la diversificación de la institución dominical en una pluralidad de estatutos jurídicos sobre los bienes con un significado diverso. Por esta razón, se reconoce la plasticidad del dominio que da lugar a diferentes tipos de propiedades con estatutos jurídicos diversos.

En tercer lugar, el contenido esencial del derecho de propiedad es un concepto abstracto que tiene que ser definido por el Tribunal Constitucional, sin que el legislador estatal ni autonómico puedan concretar los límites del mismo, tipificando las facultades y las características del dominio que forman parte del mismo. Sin embargo, el destinatario del mandato del Art. 53.1 CE es el legislador quien, por medio de las leyes, debe delimitar el contenido del derecho de propiedad, pero no puede determinar por medio de las leyes

qué facultades y características del derecho de propiedad forman parte de su contenido esencial.

La fijación del contenido esencial del derecho de propiedad no puede hacerse desde la vertiente del interés particular exclusivamente, sino que necesariamente tiene que hacer referencia al interés colectivo que se introduce en el contenido del derecho de propiedad por medio de la función social de la propiedad.

El contenido esencial del derecho de propiedad no se es unívoco sino que, en virtud de la diversificación de estatutos dominicales que ha posibilitado la función social de la propiedad, el contenido esencial es diferente en función de la configuración jurídica de los bienes. Asimismo, el contenido esencial del derecho de propiedad no es inmutable, sino que tanto la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, como la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo, han afirmado que el contenido esencial de un derecho depende del momento histórico y de la conciencia social del mismo.

Fruto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el contenido esencial del derecho a la propiedad privada, una parte de la doctrina ha llegado a negar que exista garantizado por la ley un contenido esencial alguno, es decir, no existe un tipo abstracto del derecho que permita identificar el dominio con unos caracteres inamovibles en el tiempo, sino que es un concepto abstracto que *“se reconoce y se ampara lo que, según la conciencia social y en los términos del lenguaje jurídico habitual, denominamos «propiedad»: un ámbito de poder de utilización de bienes en función de la libre iniciativa económica (art. 38 CE), sin contenido predeterminado, sin un «mínimo de facultades», sin un Wesensgehalt o un Körngehalt, porque eso lo da, si es que lo da, la «función social».*”¹⁹⁷

¹⁹⁷ MONTÉS PENADÉS, V. L., “Art. 348 CC”..., *op.cit.*, p. 958. MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, *op.cit.*, p. 218. “Las dificultades que se encuentran para la identificación de un núcleo esencial, [...], deberían, así, ser resueltos a través de la valoración del texto en relación con las mudables exigencias de la realidad social, reafirmando una vez más la historicidad del Derecho.” COCA PAYERAS, M., *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica...*, *op.cit.*, p. 281-285. Para COCA “es evidente que lo esencial es su propio concepto, que hemos extraído de la adición del 348 CC y el 33,2 CE: facultad de gozar y disponer de un bien, hasta donde alcance su función social.[...] Por lo tanto, una ley que regulara el derecho de propiedad y prescindiera en términos absolutos de esa tipología básica (goce, disposición y función social), estaría conculcando el “contenido esencial” de ese derecho, y sería ex art. 53.1 inconstitucional.” En consecuencia, la referencia a la función social en función de las circunstancias

históricas impediría hablar de un tipo abstracto de derecho de propiedad. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Propiedad y derechos reales de goce...*, *op.cit.*, p. 78. “el contenido esencial de la propiedad privada es cuestión que tampoco puede concretarse. Depende de cuál haya sido o sea la valoración que la función social de la propiedad merezca para el legislador ordinario, en atención a la trascendencia social representada por los bienes objeto de dominación privada.” BARNES VAZQUEZ, J., *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario...*, *op.cit.*, p. 291. Para BARNES, el contenido esencial de la propiedad comprende esencialmente dos elementos. Por un lado, la rentabilidad económica para el propietario que trae causa de la explotación de los bienes y, por otro lado, el aprovechamiento por el titular, en cuanto permite la difusión de los bienes y sus utilidades. ANGOSTO SÁEZ, J. F., *El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano...*, *op.cit.*, p. 90. “el contenido esencial estaría integrado por las facultades de gozar y disponer con carácter de generalidad y exclusividad sobre todas las posibles utilidades, sin perjuicio de que dada la interna operatividad de la función social, esas posibilidades de actuación serán diferentes según la naturaleza o destino del bien objeto de propiedad.” En el mismo sentido, *vid.* LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 256.

CAPÍTULO II

LA DOGMÁTICA DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL DERECHO EXTRANJERO

1. La disciplina de la propiedad privada en el *Code Civil Français*

El Código civil francés de 1804 fue el primero en promulgarse una vez finalizada la Revolución francesa de 1789. En consecuencia, inspiró la regulación del derecho de propiedad de los demás países europeos, pues en él cristalizaron las ideas revolucionarias y fue fundamental para instaurar la propiedad liberal.

Por lo tanto, el Código civil francés, en lo que se refiere a la regulación del derecho de propiedad, desarrolló el Art. 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que, a día de hoy tiene un valor constitucional, dado que la Constitución francesa no regula el derecho de propiedad de la misma forma que la Constitución española de 1978.¹⁹⁸

¹⁹⁸ La Constitución francesa de 1958 no contiene un artículo en el cual se halle el reconocimiento constitucional del derecho a la propiedad privada ni de su función social. Ante esta falta de una regulación mínima de la propiedad en el texto constitucional, el *Conseil Constitutionnel* proclamó el 16 de enero de 1982 el valor constitucional del Art. 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789.

La decisión del Consejo Constitucional de 16 de enero de 1982 marca un hito en la evolución del derecho de propiedad en Francia. Para consagrar constitucionalmente el derecho a la propiedad privada, el Consejo Constitucional se acogió al Art. 17 de la DDHC que establece, con un marcado tono revolucionario, que la propiedad es “*un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.*”

PAULIAT, H., *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'État*, t. I, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de l'Université de Limoges, Limoges, 1994, p. 33-37. El reconocimiento constitucional del Art. 17 de la DDHC fue como consecuencia de la paulatina introducción de limitaciones al contenido del derecho de propiedad para salvaguardar el interés público que entraña esta institución. Dicho esto, se ha afirmado que los Arts. 2 y 17 DDHC constitucionalizan la propiedad privada como una institución.

LUCHAIRE, F., “La Constitution et la propriété”, en *Droit constitutionnel et droits de l'Homme*, Economica PUAM, Paris, 1987, p. 139. PAULIAT, H., *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'État...*, *op.cit.*, p. 58-59.

El Consejo Constitucional, interpretando sistemáticamente y teleológicamente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, concluyó que, los Arts. 2 y 17 DDHC, interpretados de acuerdo con el Art. 4 de la misma declaración, la propiedad es: “*La liberté qui, aux termes de l'article 4 de la*

No obstante, el valor constitucional del Art. 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano no tiene, obviamente, la misma virtualidad, sino que, de la misma forma ocurre en el caso español, la función social forma parte del contenido del derecho de propiedad.¹⁹⁹

Déclaration, consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée, si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre”

Vid. Sentencia du Conseil Constitutionnel n° 81-132, de 16 de enero de 1982. [Journal officiel du 17 janvier 1982, p. 299].

¹⁹⁹ La Constitución francesa de 1958 tampoco hace mención alguna de la función social de la propiedad y, por lo tanto, ha tenido que ser la doctrina la que ha desarrollado esta faceta de la propiedad. El primer autor que habló propiamente de la función social de la propiedad fue DUGUIT, quien dijo que: “*la propriété est pour tout détenteur d'une richesse le devoir, l'obligation d'ordre objectif, d'employer la richesse qu'il détient à maintenir et accroître interdépendance sociale*” DUGUIT, L., *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón*, Ediciones Coyoacán, México, 2007, p. 115-120. DUGUIT, L., *Las transformaciones del Derecho público y privado*, ob. trad. por POSADA, A., JAÉN, R., GARCÍA POSADA, C., Comares, Granada, 2007, p. 211, 218-219.

Para una síntesis de las teorías de la función social en Francia, vid. COSTE-FLORET, P., *La Nature Juridique du Droit de Propriété*, Recueil Sirey, Paris, 1935, p. 59-83. COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad privada...*, op.cit., p. 164.

DUGUIT fue uno de los primeros autores en criticar la concepción absolutista de la propiedad y de las relaciones económicas resultante de la Revolución francesa. Para este autor, la concepción individualista de las relaciones económicas y de la propiedad no puede sostenerse. En el mismo sentido, vid. PAVAGEAU, S., *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, Université de Poitiers, LGDJ, Poitiers, 2006, p. 125, 152-153. SAINT-JAMES, V., *La conciliation des droits de l'homme et des libertés publiques en droit public français*, Press Universitaires de Limoges, Limoges, 1995, p. 389.

La doctrina francesa ha destacado las dificultades de definir lo que debe entenderse por interés general. TRUCHET, D., “L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat: retour aux sources et équilibre”, en *L'intérêt général, Rapport public 1999. Jurisprudence et avis de 1998*, La documentation française, 1999, p. 389.

La función social de la propiedad en Francia se ha expresado jurídicamente a través de varias fórmulas, como puede ser la imposición de limitaciones al contenido del derecho del propietario o en condenar la inactividad del propietario, sin que éste desempeñe, con el ejercicio de su derecho, una actividad útil para el conjunto de la sociedad.

La función social, por lo tanto, se identificaría con la satisfacción del interés general a través de la actividad del propietario.

El Consejo Constitucional también se ha pronunciado en esta línea en algunas de sus sentencias, pues en ellas se afirma que el derecho de propiedad se encuentra en constante evolución gracias a la institución de la función social y que su virtualidad se traduce en la imposición de limitaciones al poder del propietario. Sentencia du Conseil Constitutionnel n° 81-132, de 16 de enero de 1982. [Journal officiel du 17 janvier 1982, p. 299]. “*les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution*”. La evolución del derecho de propiedad “*se caractérise [...] par des limitations exigées par l'intérêt général*”. PAULIAT, H., *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'État...*, op.cit., p. 153. En esta obra se citan SCCons n° 2000-436, de 7 de diciembre de 2000 y n° 94-359, de 19 de enero de 1995, sobre la interpretación de lo que debe entenderse por una vivienda digna.

1.1. La evolución histórica de la propiedad en el Derecho civil francés

Con anterioridad a la promulgación del *Code* hay que ubicar a ROBERT JOSEPH POTHIER, cuyos trabajos tuvieron una influencia directa sobre los autores representativos de la Escuela de la Exégesis, los cuales tuvieron la misión de difundir los postulados y principios revolucionarios resultantes de la Revolución francesa de 1789.

POTHIER define el derecho de propiedad como: “*le droit de disposer à son gré d’une chose, sans donner néanmoins atteinte au droit d’autrui, ni aux lois.*”²⁰⁰

Para la doctrina renacentista, el derecho de propiedad también era concebido de una forma muy amplia, hasta el punto de considerar que era el derecho *perfecto* si éste no estaba gravado con otros derechos reales, o sometido a condiciones que lo convirtieran en un derecho resoluble.²⁰¹

El Art. 544 CCF dispone que: “*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.*”²⁰²

El precepto que se transcribe fue el punto de partida y la inspiración de los codificadores de otros países europeos, pues el *Code* es el primer código civil que nace

²⁰⁰ POTHIER, R. J., *Oeuvres de Pothier. Nouvelle édition*, t. X, Imprimeur-Libraire, Paris, 1821, p. 1, 8. Para la doctrina prerrevolucionaria francesa, el derecho de propiedad se encontraba solamente limitado por las relaciones de vecindad. Aun así, posteriormente el autor afirma que no deben descuidarse las leyes que limiten el derecho de propiedad o que impongan deberes al propietario.

²⁰¹ POTHIER, R. J., *Oeuvres de Pothier. Nouvelle édition...*, *op.cit.*, p. 6. Según POTHIER, el propietario cuyo derecho fuera resoluble no podía enajenar su derecho ni conceder a otros derechos reales más allá del plazo de duración de su derecho. De esta manera, al llegar al término resolutorio, en virtud del perdía la condición de titular, también se resolverían los derechos *in re aliena* que éste constituyó sobre el objeto de su derecho de propiedad. En lo que se refiere al derecho del propietario, si éste tenía gravada una cosa con un derecho real en cosa ajena, no podía percibir los frutos ni otras utilidades o beneficios que la cosa era capaz de producir porque pertenecían al titular del derecho real por el tiempo estipulado de vigencia de su derecho.

²⁰² CARBONNIER, J., *Droit Civil*, t. III, 13ª ed., Presses universitaires de France, Paris, 1990, p. 122. CARBONNIER, ilustre jurista francés del siglo XX, afirma que si se reconoce la propiedad como un derecho se hace por oposición a la posesión. Al mismo tiempo, se afirma que la propiedad es un derecho subjetivo, individual del hombre y del ciudadano, tal y como se reconoce en el Art. 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Cuando el precepto habla de *choses* se está presentando a la propiedad como un *jus in rebus*, es decir, como un derecho real.

después de la finalización de la Revolución francesa de 1789 y, como es lógico, configura la sociedad liberal resultante de la revolución que abolió el régimen de la propiedad feudal del *Ancien Régime*. Uno de los pilares de esta “nueva sociedad” lo configuraba la *propriété individuelle*, como reacción a la propiedad señorial del antiguo régimen que radicaba en las manos de unos cuantos y que se desmembraba a través de instituciones como la enfiteusis.²⁰³

Puede decirse que la propiedad romana se ubica en la primera fase de la evolución histórica de la propiedad francesa. No obstante, entre los siglos VI y IX la propiedad de la tierra quedó sometida a un nuevo régimen de explotación en virtud de concesiones que revestían la forma de censos, en virtud de las cuales: “*le propriétaire ou concédant, appelé «seigneur», conservait sa propriété, mais il ne «tenait» pas sa terre; la’utre, le «vassal» ou «tenancier», la tenant sans en avoir la propriété.*”²⁰⁴

Finalmente, a resultas de la revolución francesa de 1789, se instaura la propiedad liberal, una vez que fueron eliminados los privilegios y los derechos medievales del los

²⁰³ CHALLAYE, F., *Histoire de la propriété*, Presses universitaires de France, Paris, 1958, p. 83. Los redactores del *Code* se inspiraron en el texto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. PLANIOL, M. F., *Traité élémentaire de Droit Civil*, t. I, 12ª ed., Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1932, p. 795. La obra de PLANIOL explica brevemente la historia de la propiedad en el derecho francés y puede leerse que la revolución liberal tuvo, entre uno de sus objetivos, acabar con la división del dominio propia de la propiedad feudal que había degenerado en un sistema que facilitó la acumulación de tierras en las manos de pocos individuos que no tenían el dominio útil de las tierras, sino unos derechos perpetuos que conformaban la *directe seigneuriale*. La propiedad individual de la tierra se justificaba por el mejor aprovechamiento de la misma, basado en criterios de eficacia y eficiencia.

²⁰⁴ Por lo tanto, en esta segunda fase de la evolución de la propiedad, el censatario no era un verdadero propietario, sino que tenía un derecho real *in re aliena*, era un «vassal» o un «tenancier» que le permitía disfrutar de la propiedad de otro.

Sin embargo, el estatuto del censatario fue reforzándose poco a poco hasta el punto de llegar a denominar a su derecho *dominium utile*, en contraposición del derecho que seguía ostentando el concedente, el *dominium directum*.

PLANIOL, M. F., *Traité élémentaire de Droit Civil...*, *op.cit.*, p. 796. Fruto de estas concesiones, dos personas aparecían como propietarios de la misma tierra con un estatuto jurídico diferente, pues el censatario no era un auténtico propietario. El proceso evolutivo de la propiedad siguió su curso hasta el punto de afirmarse, por la doctrina clásica francesa, que el dominio de la finca se trasladó al titular del dominio útil.

que fueron los titulares del *dominium utile* del derecho de propiedad dividido medieval.²⁰⁵

1.2. Las características del derecho de propiedad

1.2.1. Absoluto

El Art. 544 CCF establece que “*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue*”. Este fragmento ha sido interpretado por algún autor de la doctrina clásica francesa en el sentido de querer desterrar la concepción medieval del dominio dividido.²⁰⁶

No obstante, aunque de la interpretación del precepto pueda parecer que el derecho de propiedad se concibe de la manera más absoluta sin que quepa oponerle límites al propietario en el ejercicio de su derecho, el precepto que aquí se estudia acaba diciendo que la actividad del propietario es amparada por el Ordenamiento jurídico mientras: “*qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.*”²⁰⁷

²⁰⁵ DEMOLOMBE, C., *Traité de la distinction des biens, de la propriété; de l'usufruit de l'usage et de l'habitation*, t. I, 4ª ed., Librairie Auguste Durand y Librairies L. Hachette, Paris, 1870, p. 450. En la obra de DEMOLOMBE, citando a TROPLONG, se refleja la justificación de la Revolución francesa desde la óptica de la evolución del derecho de propiedad. Las formas medievales de explotación de la tierra constituyeron una coerción de la libertad humana. Sin una propiedad libre de cargas que estuviera a disposición de los hombres, éstos se encontraban en una situación equiparable a la esclavitud. MOURLON, M. F., *Répétitions écrites sur le Code Civil*, t. I, Garnier-Frères, Libraires-Éditeurs, Paris, 1884, p. 734.

²⁰⁶ BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Precis de Droit Civil*, t. I, 6ª ed., Librairie de la Société du Recueil des lois et des arrêts, Paris, 1896, p. 695. “*Notre législateur abroge ainsi la distinction féodale du domaine direct et du domaine utile.*” DURANTON, M., *Corso di diritto civile secondo il codice francese, ob. trad. por PARENTE LUIGI*, 4ª ed., Stabilimento tipografico di Pasquale Androsio, Napoli, 1854, p. 285. DURANTON reconoce que la enfiteusis y el derecho de superficie se fundamentaban en la división del dominio y que tal concepción de la propiedad era propia de la edad media. Para la doctrina contemporánea, *vid.* MARTY, G., y RAYNAUD, P., *Les biens*, 2ª ed., Sirey, Paris, 1980, p. 32-33. RUBELLIN-DEVICHI, J., *Travaux dirigés Droit Civil. Introduction generale. Les personnes, les incapables, les biens*, v. I, Editions l'Hermès, Lyon, 1979, p. 163.

²⁰⁷ DEMOLOMBE, C., *Traité de la distinction des biens, de la propriété; de l'usufruit de l'usage et de l'habitation...*, *op.cit.*, p. 464-465. BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Precis de Droit Civil...*, *op.cit.*, p. 696. El derecho de propiedad, si bien es el derecho real paradigmático que permite las más amplias facultades de uso y disfrute para el propietario, no quiere decir que su ejercicio del derecho sea libre, sino que el Art. 544 CCF ampara que puedan oponerse límites al propietario para salvaguardar los intereses superiores de la comunidad. El autor cita, a título de ejemplo, el Decreto de 23 de julio de 1884 que limitó las construcciones realizadas por los particulares a 20 metros, lo que sería el equivalente al derecho de vuelo español. LÉVY, J. P., *Histoire de la propriété*, Presses universitaires de France, Paris, 1972, p. 84. MAZEAUD, H., MAZEAUD, J., MAZEAUD, L., y CHABAS, F., *Leçons de Droit*

El Art. 544 CCF acaba aludiendo a las leyes y a los reglamentos, lo que desde la Escuela de la Exegesis se interpretó como la necesidad de imponer límites al poder del propietario para salvaguardar el interés público de la sociedad en situaciones en que el interés del propietario y el general pudieran entrar en contradicción y que, por razones de orden público, tenía que prevalecer el interés colectivo.²⁰⁸

Aunque el *Code* declare que el ejercicio del derecho de propiedad debe ser conforme a las leyes y a los reglamentos, con esto no se quiere decir que, según la doctrina posrevolucionaria, se esté habilitando al legislador para reducir el ámbito de libertad del propietario en una pluralidad de supuestos cuando el interés público entre en contradicción con el interés privado, sino que lo que se pretende es disciplinar el derecho de propiedad de una forma general: “*tout cet ordre de dispositions ne constitue pas, comme nous le verrons bientôt, des restrictions à la liberté de la propriété; elles ne l’asservissent pas, comme on le dit improprement; elles la gouvernent; elles la civilisent; elles déterminent enfin d’une manière générale, uniforme et permanente, le mode d’existence et d’exercice*”.²⁰⁹

Según DEMOLOMBE, la nota de la absolutividad de la propiedad no es *absoluta*, sino que admite matices. Estas son, por la ley, por una sentencia que modifique la capacidad de obrar del propietario o que lo incapacite.²¹⁰

También se afirma por el mismo autor que en determinados casos el propietario no puede disponer de la manera más absoluta de la cosa sobre la cual ostenta el derecho de propiedad. El autor piensa en los casos en que su derecho tiene una eficacia claudicante debido a que está sometido a una cláusula resolutoria, en virtud de la cual deberá restituir la cosa a un tercero, o también se refiere a aquellos casos en que un tercero

Civil, t. II, v. II., 7ª ed., Editions Montchrestein, Paris, 1989, p. 29. Según la doctrina moderna francesa, el urbanismo es un supuesto en que el derecho del propietario es limitado para proteger los intereses superiores de la comunidad. AUBRY & RAU., *Droit Civil français...*, *op.cit.*, p. 238.

²⁰⁸ DEMOLOMBE, C., *Traité de la distinction des biens, de la propriété...*, *op.cit.*, p. 470-471. Las servidumbres legales, reguladas en los Arts. 639, 649 y 685 CCF constituyen una manifestación de tal salvaguarda del interés general.

²⁰⁹ DEMOLOMBE, C., *Traité de la distinction des biens, de la propriété...*, *op.cit.*, p. 471. MERCADÉ. V., *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. II, 5ª ed., Librairie de jurisprudence de Cotillon, Paris, 1852, p. 395.

²¹⁰ DEMOLOMBE, C., *Traité de la distinction des biens, de la propriété...*, *op.cit.*, p. 464-465.

tiene un derecho sobre la cosa de su propiedad, como por ejemplo una servidumbre de paso o un usufructo.²¹¹

Por su parte, COLIN & CAPITANT defienden que el carácter absoluto de la propiedad puede dar lugar a un uso antijurídico y antisocial del derecho si se interpreta este concepto sin tener en cuenta los derechos de los otros sujetos, argumento subsumible en la parte final del Art. 544 CCF, cuando exige que el ejercicio del derecho de propiedad sea conforme a las leyes y a los reglamentos.²¹²

Es importante destacar estos autores porque que son los primeros que hablan de un *carácter social* de la propiedad.²¹³ Por esta razón, se da una interpretación del término *absoluto* que difiere de la interpretación dada por los autores de la Escuela de la Exégesis.

Los autores del siglo XX han interpretado el carácter absoluto de la propiedad en el sentido de reconocer al propietario la facultad de obtener todos los aprovechamientos que la cosa es capaz de producir, respetando en cualquier caso los límites y limitaciones establecidas por la ley. Es decir, la interpretación del término absoluto ha evolucionado hacia un significado de *generalidad*, tal y como se ha visto que lo interpretó la doctrina española.²¹⁴

²¹¹ DEMOLOMBE, C., *Traité de la distinction des biens, de la propriété...*, *op.cit.*, p. 467. Sin embargo, con una clara intención de alejar el nuevo modelo del prerevolucionario y marcar las diferencias con el régimen señorial del *Ancien Regime*, DEMOLOMBE afirma que tales derechos de terceros sobre la cosa del propietario no pueden ser perpetuos. Lo que diferencia el derecho de propiedad de los demás derechos reales es la perpetuidad de aquélla.

²¹² COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil, ob. trad. por DEMÓFILO DE BUEN*, t. II, v. II, Reus, Madrid, 1923, p. 540.

²¹³ CORNU, G., *Droit Civil. Introduction, les personnes - les biens*, Éditions Montchrestien, Paris, 1980, p. 364. “*Aujourd’hui, la plupart des auteurs admettent seulement [...] que la propriété [...] a, au moins à titre d’appoint, une fonction sociale, ou peut, être, plus simplement, qu’elle n’est pas exclusivement conçue dans la contemplation de l’intérêt égoïste de propriétaire, mais qu’elle peut être limitée dans un intérêt social.*”

²¹⁴ CHEVALLIER, J., *Droit Civil*, 2ª ed., Sirey, Paris, 1966, p. 143. CORNU, G., *Droit Civil. Introduction, les personnes - les biens...*, *op.cit.*, p. 369. La libertad del propietario de usar, gozar y disponer de la cosa de acuerdo con sus decisiones es uno de los principios generales del Derecho privado que se encuentra cristalizado en el Art. 544 CCF, pero que, a su vez, su significado ya no se corresponde con las ideas liberales de los primeros comentaristas del *Code*, en virtud de las cuales el propietario puede disponer libremente de la cosa, sino que el carácter absoluto de la propiedad se identifica con la libre disposición del propietario dentro del margen de libertad que le reconocen las leyes y los reglamentos.

1.2.2. Exclusivo

Aunque no lo disponga el Art. 544 CCF expresamente, el uso del propietario es exclusivo, en el sentido de que éste puede limitar que otros puedan aprovecharse de la cosa.²¹⁵

La doctrina moderna francesa, en lo que se refiere a la interpretación del carácter exclusivo de la propiedad, no ha encontrado un significado distinto a este atributo de la propiedad, que sigue interpretándose como el poder del propietario de excluir a los demás e impedir que hagan uso de la cosa objeto de su propiedad, es decir, excluir a los demás de obtener o aprovecharse de los beneficios que proporciona la cosa a su titular, de la misma forma que la doctrina española.²¹⁶

Por lo que se refiere a la división del dominio, los autores del siglo XX siguen afirmando, fuertemente influenciados por los primeros comentaristas del *Code*, que la propiedad no es susceptible de ser dividida, en el sentido de que dos personas puedan ser al mismo tiempo propietarias de un bien, aunque ostenten un estatuto con facultades diferentes sobre la cosa.²¹⁷

Los límites y limitaciones que impongan las leyes y reglamentos han dejado de ser la excepción para ser la regla general en materia de propiedad.

²¹⁵ POTHIER, R. J., *Oeuvres de Pothier. Nouvelle édition...*, *op.cit.*, p. 4. BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Precís de Droit Civil...*, *op.cit.*, p. 696. Ahora bien, que el ejercicio del derecho de propiedad sea exclusivo, no quiere decir que solo reporte beneficios al propietario, sino que varias personas puede aprovecharse de la cosa. DEMOLOMBE, C., *Traité de la distinction des biens, de la propriété...*, *op.cit.*, p. 455, 468-469. DEMOLOMBE encuentra en la nota de la exclusividad el fundamento del nuevo derecho de propiedad surgido después de la Revolución francesa al determinar que es la exclusividad propia de este derecho la fuente de su legitimidad social resultante de la Revolución. LAURENT, F., *Principes de Droit Civil français*, t. VI, 3ª ed., Librairie A. Marescq, Ainé, Paris, 1878, p. 135-136. El carácter exclusivo del derecho de propiedad puede deducirse de otros preceptos del *Code*, como el Art. 647 CCF que permite que el propietario cierre su finca. LÉVY, J. P., *Histoire de la propriété...*, *op.cit.*, p. 84-85. MAZEAUD, H., MAZEAUD, J., MAZEAUD, L., y CHABAS, F., *Leçons de Droit Civil...*, *op.cit.*, p. 30. PAVAGEAU, S., *Le droit de propriété dans les jurisprudences sumptres françaises...*, *op.cit.*, p. 112. En esta obra se cita la SCCas de 22 de abril de 1823: “*le droit de propriété devant être, hors le cas d'utilité publique, scrupuleusement respecté, tout empiétement réalisé sur le fonds d'autrui sans son consentement doit être démolí*”.

²¹⁶ CHEVALLIER, J., *Droit Civil...*, *op.cit.*, p. 143.

²¹⁷ CORNU, G., *Droit Civil. Introduction, les personnes - les biens...*, *op.cit.*, p. 372. “*La formule signifie qu'aujourd'hui en France la propriété est franche, libre et entière, non inféodée. Aucun droit éminent ne plane, sur le droit du propriétaire. Le caractère unitaire de la propriété moderne ne se comprend que par opposition à la conception féodale du «domaine divisé». La propriété féodale était*

1.2.3. Perpetuo

La doctrina clásica francesa, de forma unánime, había sostenido que el derecho de propiedad era perpetuo, sin que fuera posible admitir formas de propiedad temporales más allá de la vigencia de los derechos sometidos a una cláusula resolutoria.²¹⁸ No obstante, la Cour de Cassation admitió en una sentencia de fecha de 1 de abril de 1884 la temporalidad de un derecho de propiedad por un período de 75 años. En este sentido, la jurisprudencia también reconoció la temporalidad de la propiedad superficiaria sobre las construcciones y elevaciones efectuadas en un fundo ajeno.²¹⁹

En consecuencia, según lo que se desprende de los pronunciamientos de la doctrina clásica y de la jurisprudencia francesa, cabría la posibilidad de someter la eficacia del derecho de propiedad a una condición resolutoria claudicante de su eficacia o a un término que lo hiciera revocable.

La doctrina moderna francesa,²²⁰ si bien sigue reconociendo que el derecho de propiedad es, por regla general, perpetuo, detecta algunas formas de propiedad del Derecho civil francés que podría faltarles la nota de la perpetuidad, pero que, sin embargo, son nuevas formas o modalidades de aquél derecho. Concretamente,

décomposée en «domaine utile». Assurant a son bénéficiaire la jouissance du bien, ce dernier demeurait surbordonné au premier."

²¹⁸ Vid. Sentencia de la Cour de Cassation de 8 de julio de 1851.

PAVAGEAU, S., *Le droit de propriété dans les jurisprudences sumpresmes françaises...*, *op.cit.*, p. 108. Aunque se admita que la propiedad pueda ser resoluble a través de cláusulas resolutorias, el derecho de propiedad tiende a la perpetuidad. En esta obra se citan las siguientes sentencias: SCCas de 12 de julio de 1905: "*consacrant l'autonomie du droit de propriété, [...] a fini par se prononcer pour la non-prescriptibilité de la propriété par le défaut d'usage*". SCCas de 23 de junio de 1972: "*le propriétaire qui a été privé de ses droits par la perte de son immeuble sous l'effet des forces de la nature se trouve réintégré dans sa propriété lorsque, de le même manière, l'obstacle qui l'en avait privé a disparu*". SCCas n° 00-21562, de 5 de junio de 2002.

DEMOLOMBE, C., *Traité de la distinction des biens, de la propriété...*, *op.cit.*, p. 458. LAURENT, F., *Principes de Droit Civil français...*, *op.cit.*, p. 139-142. "*La propriété est de sa nature irrévocable, c'est à-dire perpétuelle*". Sin embargo, el derecho del propietario puede convertirse en temporal o resoluble si el propietario dispone de la cosa y se desprende de ella.

²¹⁹ BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Precís de Droit Civil...*, *op.cit.*, p. 696. LÉVY, J. P., *Histoire de la propriété...*, *op.cit.*, p. 85-86.

²²⁰ VOIRIN, P., y GOUBEAUX, G., *Droit Civil*, t. I, 32^a ed., Lextenso éditions, Paris, 2009, p. 277. "*Le droit dure aussi long-temps que la chose sur laquelle il porte. La perpétuité est l'absolutisme dans le temps.*"

RUBELLIN-DEVICHI se refiere a la *propriété spatio-temporelle* o *multipropriété* y también a propiedades especiales como la propiedad intelectual, puesto que los derechos de autor en virtud de los cuales éste puede explotar la obra están limitados en el tiempo.²²¹

MARTY y RAYNAUD también consideran que, si bien el derecho de propiedad tiende a la perpetuidad, hay excepciones a este principio, pues en algunos casos el propietario deja de ser titular de su derecho porque la ley crea formas de propiedad temporales, en otras ocasiones la temporalidad del derecho se debe a factores externos a su voluntad y, en último lugar se refiere a la temporalidad del derecho de propiedad como consecuencia de la autonomía privada.²²²

1.3. El contenido del derecho de propiedad

Si se atiende al tenor literal del Art. 544 CCF, se puede ver que al propietario se le reconocen las facultades de goce y de disposición, sin que el *Code* hable de la facultad de obtener los frutos que produce la cosa, el *ius fruendi*, ni la facultad de uso, que fueron diferenciadas de las dos primeras ya desde el Derecho romano.²²³

Sin embargo, los autores representativos de la Escuela de la Exégesis reconocieron con unanimidad que las tres facultades que se enumeran a continuación son las que forman parte del contenido del derecho de propiedad.²²⁴

También la doctrina moderna francesa ha seguido manteniendo esta división del contenido del derecho de propiedad aunque, con el transcurso del tiempo, pueden

²²¹ RUBELLIN-DEVICHI, J., *Travaux dirigés Droit Civil. Introduction générale...*, *op.cit.*, p. 164. Respecto de la multipropiedad, el autor afirma que: “*permet, à plusieurs individus de se réserver un droit d’usage pendant un temps déterminé sur un même bien.*”

²²² MARTY, G., y RAYNAUD, P., *Les biens...*, *op.cit.*, p. 56-58. Entre los primeros cita el derecho de superficie y los derechos de autor y, en el segundo grupo, comprende supuestos muy variados como la destrucción material de la cosa, la exclusión de la cosa del comercio de los hombres y los supuestos de subrogación real cuando otro pasa a ocupar la condición de propietario de la cosa. También cita la pérdida del derecho de propiedad por expropiación forzosa. El fenómeno de la multipropiedad sería representativo de la voluntad del propietario de adquirir un derecho esencialmente temporal.

²²³ MERCADÉ, V., *Explication théorique et pratique du Code Napoléon...*, *op.cit.*, p. 395-396. Esta confusión también viene introducida por la formulación del artículo 543 CCF.

²²⁴ DEMANTE, A. M., *Programme de cours de Droit Civil français*, t. I, 3ª ed., Librairie Gustave Thorel, Paris, 1840, p. 309.

distinguirse nuevos poderes a cargo del propietario que hacen que la clasificación de la Escuela de la Exégesis quede obsoleta.²²⁵

Del mismo modo que se vio al tratar el contenido del derecho de propiedad en España, la doctrina moderna francesa sigue hablando de unas facultades básicas que integran el contenido del derecho de propiedad. Es decir, la doctrina francesa concibe el derecho de propiedad como un derecho que tiende a la generalidad, pero tiene sentido enumerar, ni que sea gráficamente, los atributos y facultades que integran el poder del propietario. Dicho de otro modo, los autores modernos franceses siguen partiendo de la división del contenido del dominio del Código de Justiniano, aunque el derecho de propiedad engloba todos aquellos poderes o facultades que el propietario tiene sobre la cosa de su propiedad mientras no se haga un uso abusivo del derecho o se actúe en contra de lo previsto en las leyes o reglamentos.²²⁶

1.3.1. El *jus utendi*

Aunque el Art. 544 CCF no lo diga, el propietario tiene el derecho de usar la cosa de acuerdo con su destino, es decir, obtener de la cosa los aprovechamientos que cabe esperar de ésta a través de su uso directo.²²⁷

²²⁵ CARBONNIER, J., *Droit Civil...*, *op.cit.*, p. 122.

²²⁶ MARTY, G., y RAYNAUD, P., *Les biens...*, *op.cit.*, p. 43-45.

²²⁷ POTHIER, R. J., *Oeuvres de Pothier. Nouvelle édition...*, *op.cit.*, p. 4. Para POTHIER, el *ius utendi* comprende también el cambio de la forma de la cosa. MOURLON, M. F., *Répétitions écrites sur le Code Civil...*, *op.cit.*, p. 736. PLANIOL, M. F., *Traité élémentaire de Droit Civil...*, *op.cit.*, p. 800. PLANIOL habla de un principio de libertad del propietario, en virtud del cual el propietario puede usar la cosa de la manera más absoluta, sin que quepa un uso contrario a las leyes y a los reglamentos. Por esta razón, mientras no exista una disposición que le impida hacer lo contrario, puede recolectar los frutos que produce la cosa, puede cortar los árboles que se encuentran dentro del fundo de su propiedad, además de destruir los objetos que considere conveniente.

Entre la doctrina moderna, *vid.* CHEVALLIER, J., *Droit Civil...*, *op.cit.*, p. 142. CORNU, G., *Droit Civil. Introduction, les personnes - les biens...*, *op.cit.*, p. 366-367. VOIRIN, P., y GOUBEAUX, G., *Droit Civil...*, *op.cit.*, p. 275. CARBONNIER, J., *Droit Civil...*, *op.cit.*, p. 123.

PAVAGEAU, S., *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprémes françaises...*, *op.cit.*, p. 100. Por lo que se refiere a la facultad de usar la cosa, el Conseil Constitutionnel ha establecido que el derecho del inquilino es equiparable al de los propietarios, aunque esto no puede hacerse valer para que los inquilinos invoquen un derecho absoluto ante los propietarios. PAULIAT, H., *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'État...*, *op.cit.*, p. 117, 122. El Conseil Constitutionnel, en la sentencia nº 60-7, D, de 8 de julio de 1960 estableció que la facultad de usar el bien se encontraba implícita en la facultad de disposición que tiene todo propietario sobre sus bienes. En esta

Vinculado con el *jus utendi*, algún autor del siglo XX habla del *droit d'aménagement*, que constituye una prolongación de la facultad de disposición del propietario para cambiar el destino del bien objeto de su propiedad: “*Le propriétaire, maître chez lui ou de sa chose, a le droit d'aménager et de transformer ce qui lui appartient.*”²²⁸

1.3.2. El *jus fruendi*

El derecho de propiedad faculta al propietario para obtener todos los frutos que la cosa de su propiedad es susceptible de producir.²²⁹

Para la doctrina moderna francesa, el *jus fruendi* no es equiparable a la facultad del propietario de aprovechar la cosa que le coloque en una posición de ventaja frente a terceros, sino que tiene un sentido más amplio y se corresponde con la libertad de determinar, materialmente y jurídicamente el sentido económico que ha de tener la cosa, es decir, de un modo gráfico, corresponde al propietario determinar si destina un campo a cultivarlo y obtener se éste una cosecha o dejarlo sin cultivar.²³⁰

1.3.3. El *jus abutendi*

El *ius abutendi* significa que el propietario puede disponer de la cosa, en el sentido de enajenarla y desprenderse de ella o de consumirla. Según la doctrina clásica,²³¹ el reconocimiento del *jus abutendi* no quiere decir que el propietario esté amparado para hacer un uso de la cosa antijurídico, sino que el *jus abutendi* tiene que entenderse como

obra se citan las siguientes sentencias: SCCons n° 62-21, de 4 de diciembre de 1962 y n° 94-359, de 19 de enero de 1995.

²²⁸ CORNU, G., *Droit Civil. Introduction, les personnes - les biens...*, *op.cit.*, p. 367.

²²⁹ POTHIER, R. J., *Oeuvres de Pothier. Nouvelle édition...*, *op.cit.*, p. 1. LAURENT, F., *Principes de Droit Civil français...*, *op.cit.*, p. 133. MOURLON, M. F., *Répétitions écrites sur le Code Civil...*, *op.cit.*, p. 736. CHEVALLIER, J., *Droit Civil...*, *op.cit.*, p. 142. VOIRIN, P., y GOUBEAUX, G., *Droit Civil...*, *op.cit.*, p. 275-276.

²³⁰ CORNU, G., *Droit Civil. Introduction, les personnes - les biens...*, *op.cit.*, p. 365. CARBONNIER, J., *Droit Civil...*, *op.cit.*, p. 122.

²³¹ POTHIER, R. J., *Oeuvres de Pothier. Nouvelle édition...*, *op.cit.*, p. 4. LAURENT, F., *Principes de Droit Civil français...*, *op.cit.*, p. 135. BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Precis de Droit Civil...*, *op.cit.*, p. 697. DURANTON, M., *Corso di diritto civile secondo il codice francese...*, *op.cit.*, p. 283.

el deterioro de la cosa por su uso o consumo o por la pérdida del derecho de propiedad sobre la cosa por enajenación de la misma a través de un negocio jurídico.²³²

En definitiva, comprende tanto la salida de la cosa del patrimonio del propietario a través de un acto jurídico o por un acto material.²³³

Para concluir las reflexiones de la doctrina clásica francesa, considero acertada la idea que aparece en la obra de DEMOLOMBE que sugiere que la reunión de estos tres atributos en el derecho del propietario conforma el derecho de propiedad *parfait*. Los otros derechos reales, como el usufructo, se definen por la no atribución al titular de su derecho de alguno de los atributos que se han enumerado anteriormente o por la limitación de alguno de ellos.²³⁴

²³² BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Precis de Droit Civil...*, *op.cit.*, p. 697. PLANIOL, M. F., *Traité élémentaire de Droit Civil...*, *op.cit.*, p. 800. Para estos autores, la facultad de disposición es un rasgo característico del derecho de propiedad. LAURENT, F., *Principes de Droit Civil français...*, *op.cit.*, p. 134-135. Según LAURENT, la facultad de disposición es el goce más absoluto, hasta el punto de transmitir a otro el derecho de propiedad que poseía sobre la cosa. DURANTON, M., *Curso di diritto civile secondo il codice francese...*, *op.cit.*, p. 283. MOURLON, M. F., *Répétitions écrites sur le Code Civil...*, *op.cit.*, p. 736-737. PAULIAT, H., *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'État...*, *op.cit.*, p. 124. En esta obra se cita la SCCons n° 89-267, de 24 de enero de 1990.

²³³ DEMOLOMBE, C., *Traité de la distinction des biens, de la propriété...*, *op.cit.*, p. 464. “C’est ainsi que le propriétaire a le droit: D’employer sa chose à tous les usages que bon lui semble, lors même qu’elle n’y serait pas naturellement destinée; D’en modifier et d’en changer complètement la forme, la destination et le mode de jouissance; De bâtir ou de planter au-dessus, de creuser et de fouiller au dessous (art. 552); De l’aliéner, en tout o en partie, au profit d’un tiers; D’y renoncer, de l’abandonner, pro derelicto habere, sans la transmettre à un autre”.

COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil...*, *op.cit.*, p. 539. Según estos autores, el propietario puede llevar a cabo dos tipos de actos de disposición, los materiales y los jurídicos. Dichos actos incluyen, por un lado, el derecho de usar la cosa, abandonarla y destruirla. Por lo que se refiere a los actos jurídicos, el propietario puede vender la cosa de su propiedad, alquilarla e hipotecarla. CHEVALLIER, J., *Droit Civil...*, *op.cit.*, p. 142. CORNU, G., *Droit Civil. Introduction, les personnes - les biens...*, *op.cit.*, p. 365-366.

PAVAGEAU, S., *Le droit de propriété dans les jurisprudences sumpremes françaises...*, *op.cit.*, p. 83-93. En esta obra se citan las siguientes sentencias: SCCons n° 96-737, de 9 de abril de 1996; SCCons n° 84-172, de 26 de julio de 1984 y la SCCons n° 89-254, de 4 de julio de 1989. El Conseil Constitutionnel francés ha reconocido el principio de libre disposición del propietario de acuerdo con la naturaleza de la cosa objeto de su propiedad. Además, en la SCCons n° 96-373, de 9 de abril de 1996 se reconoce que los límites en la facultad de disposición son fundamental o esenciales en el derecho de propiedad: “des limitations directes au droit de disposer attribut essentiel du droit de propriété”.

²³⁴ DEMOLOMBE, C., *Traité de la distinction des biens, de la propriété...*, *op.cit.*, p. 464.

Según CARBONNIER, l'*abusus* significa el poder del propietario de disponer de la cosa por actos materiales, es decir, consumiendo o destruyendo el bien del que se es propietario, o por actos jurídicos, como por ejemplo, la enajenación del bien.²³⁵

2. La disciplina de la propiedad privada en el Código civil italiano

2.1. La evolución histórica de la propiedad en el Derecho civil italiano

2.1.1. La propiedad en el Código civil de 1865

Antes de proceder al examen de la propiedad en el actual Código civil italiano de 1942, es conveniente partir de su antecesor de 1865 para comprender la evolución del derecho de propiedad en Italia.²³⁶

La doctrina italiana ha destacado que la noción de la propiedad del Código civil de 1865 se inspiraba claramente en el Art. 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, igual que los Arts. 348 CC y 544 CCF.²³⁷

El Art. 436 del Código civil italiano de 1865 definía el derecho de propiedad como: "*il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti.*" Según la doctrina italiana, el precepto transcrito contenía una definición objetiva del derecho de propiedad, en el sentido de que no se define la propiedad con base en el propietario, es decir, de un modo subjetivo, lo que sí ocurre en el Código civil actual de 1942.²³⁸

²³⁵ CARBONNIER, J., *Droit Civil...*, *op.cit.*, p. 123.

PAULIAT, H., *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'État...*, *op.cit.*, p. 121. La SCCons n° 59-1, de 27 de noviembre de 1959 declaró que la libertad de disposición es un principio fundamental en el derecho de propiedad.

²³⁶ PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè editore, Milano, 1964, p. 123.

²³⁷ PERLINGIERI, P., *Introduzione alla problematica della «proprietà»...*, *op.cit.*, p. 63.

²³⁸ PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo diritto...*, *op.cit.*, p. 123. Se trata de una definición directa del contenido del derecho porque se parte del contenido propio de la institución, no de los poderes que se confieren al propietario. RODOTÀ, S., "Poteri dei privati e disciplina della proprietà", en RODOTÀ, S., *Il diritto privato nella società moderna*, il mulino, Bologna, 1971, p. 368-370. "*In questa prospettiva, anche il riferimento al «proprietario» e non alla «proprietà», contenuto dell'art. 832, appare ben diverso da una mera variante terminologica, confermandosi come segno evidente della rottura con la concezione tradizionale e del consumarsi dell'antica visione giusnaturalistica nel positivismo legislativo.*" DE VITA, A., *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 51.

Con la definición de la propiedad en un sentido objetivo se pretendía destacar el significado técnico-jurídico de la institución, en contraposición a su significación político-social.²³⁹

Por su parte, el Art. 832 del Código civil italiano de 1942 quiso colocar al individuo en el centro de gravedad del precepto para acentuar el carácter subjetivo de este derecho, que se conectaba con la personalidad y capacidad humana.²⁴⁰ Esto lo evidencia el hecho que el Art. 832 del CCI establece que el propietario “*ha diritto*”, mientras que el Art. 436 del Código civil de 1865 contemplaba que la propiedad “*è il diritto*”.²⁴¹

Respecto del contenido del derecho de propiedad en ambos códigos, puede decirse que no hay diferencias sustanciales, puesto que tanto el Art. 436 del Código civil italiano de 1865 como el Art. 832 CCI tipifican las facultades de goce y disposición sobre la cosa.²⁴²

²³⁹ PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo diritto...*, *op.cit.*, p. 127. La función político-social de la propiedad podría no verse reflejada en el Art. 436 del Código civil de 1865. NATOLI, U., *La proprietà: appunti delle lezioni...*, *op.cit.*, p. 69-72. GIANTURCO, V., *Istituzione di diritto civile italiano*, G. Barbèra editore, Firenze, 1915, p. 101.

²⁴⁰ PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo diritto...*, *op.cit.*, p. 129. TORRENTE, A., y SCHLESINGER, P., *Manuale di Diritto privato*, 19ª ed., Giuffrè, Milano, 2009, p. 253-254. BARBERO, D., *Sistema del Derecho privado, ob. trad. por SENTIS MELENDO, S.*, t. II, Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1967, p. 217.

²⁴¹ PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo diritto...*, *op.cit.*, p. 128-131. Podría pensarse que el cambio en el tenor literal del artículo no tiene consecuencias teóricas inmediatas. Sin embargo, la doctrina no lo ha entendido de esta manera y ha afirmado que, con la nueva formulación, la propiedad es considerada como un atributo de la personalidad, tal y como se ha venido viendo en las primeras páginas de esta Memoria doctoral. La afirmación de que la propiedad es una proyección de la capacidad del individuo también es un rasgo que se desprende de la definición dada por el Art. 832 del CCI. En virtud del Art. 832 CCI, la propiedad es un *status* que concede al titular del derecho de propiedad la calidad de propietario de la cosa. PERLINGIERI, P., *Introduzione alla problematica della «proprietà»...*, *op.cit.*, p. 63. Por último, PERLINGIERI afirma que la propiedad constituye “*un rapporto giuridico*”, es decir, la propiedad es el derecho real por excelencia y se conforma por la confluencia de una síntesis de facultades que permiten al propietario usar, disponer, consumir la cosa de la manera más absoluta, de acuerdo con los valores del Ordenamiento jurídico. DE VITA, A., *La proprietà nell’esperienza giuridica contemporanea...*, *op.cit.*, p. 51-53.

²⁴² PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo diritto...*, *op.cit.*, p. 133. Entre la doctrina italiana hubo una discusión doctrinal acerca de si el contenido esencial del derecho de propiedad está formado únicamente por aquellas facultades que se enumeran en los artículos citados o si, por el contrario, el contenido esencial del derecho no puede definirse *a priori* dada la imposibilidad de enumerar todas las facultades que contiene y puede contener este derecho. PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, *op.cit.*, p. 89. PUGLIATTI también se alinea con BARASSI porque, según su opinión, las

Por lo que se refiere al modo de ejercer estas facultades, sí que hubo una modificación sustancial en el nuevo Art. 832 CCI, pues el Código civil de 1865 hablaba de “*maniera più assoluta*”,²⁴³ mientras que el actual Código civil italiano determina que las facultades de goce y disposición se ejercerán “*in modo pieno ed esclusivo*”.²⁴⁴

Acaba diciendo el Art. 436 del Código civil de 1865 que el ejercicio del derecho de propiedad no puede ser contrario “*dalle leggi o dai regolamenti*”. En cambio, el actual Art. 832 CCI habla de “*con l’osservanza degli obblighi stabiliti dall’ordinamento giuridico*”, lo que ha sido interpretado por la doctrina como una remisión a “*tutte quelle disposizioni speciali che pongono limiti o impongono obbligazioni, necessariamente di carattere specifico.*”²⁴⁵

facultades que enumeran ambos artículos son indeterminadas. Por ejemplo, la facultad de goce “*non è una facoltà determinata, ma un complesso generico di facoltà, e talvolta di tutte le facoltà costituendo il contenuto del diritto soggettivo.*” PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale...*, op.cit., p. 89. Lo mismo ocurre con la facultad de disposición, pues ésta “*può profilarsi come una estensione della facoltà di godimento, e più precisamente come la conseguenza estrema di essa, cioè come la causa che legittima l’attività del soggetto inerente al godimento del diritto, esteso questo godimento fino al punto di escludere sé dal rapporto, per farvi subentrare un altro soggetto.*” PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo diritto...*, op.cit., p. 134. En referencia a la facultad de disposición, el autor posteriormente añade que: *anzichè una determinata facoltà típica, la sintesi di tutte le possibili facoltà di utilizzazione e di sfruttamento della cosa, compresa in essa anche la facoltà di disposizione*”. RICCI, F., *Corso teorico-prattico de diritto civile*, UTET, Torino, 1886, p. 91. Para este autor la facultad de goce no es exclusiva del propietario porque los otros derechos reales se basan, precisamente, en esta facultad. Pero sí que considera que la facultad de exclusión es propia del propietario. DE RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho civil, ob. trad. por SERRANO SUÑER, R y SANTA CRUZ TEIJEIRO, J.*, t. I, 4ª ed., Reus, Madrid, 1945, p. 535. La definición de la propiedad contenida en el Art. 436 del Código civil italiano de 1865 fue criticada por la doctrina por ser un reflejo del Código civil francés y por estar demasiado influenciada por el liberalismo del siglo XIX.

²⁴³ NEPPI, V., *Il valore intrinseco del diritto di proprietà*, CEDAM, Padova, 1934, p. 26.

²⁴⁴ PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo diritto...*, op.cit., p. 134. El autor se posiciona en favor de esta modificación, puesto que: “*Si era sentito persino il bisogno di superlativizzare il carattere dell’assolutezza, che, per sua intrínseca natura, non ammette graduazioni; e subito dopo a quella assolutezza, pur inoportunamente superlativizzata, si ponevano delle limitazioni!*” Para PUGLIATTI es un contrasentido hablar de un derecho absoluto por dos razones. En primer lugar, porque ningún derecho lo es propiamente y, en segundo lugar, porque es difícil concebir un derecho absoluto que esté sujeto a los límites establecidos por las leyes y por los reglamentos. COCO, G. S., *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà...*, op.cit., p. 41-43.

²⁴⁵ PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo diritto...*, op.cit., p. 137. La última parte el Art. 832 CCI “*si riduce ad un rinvio a tutte quelle disposizioni speciali che pongono limiti o impongono obbligazioni, necessariamente di carattere specifico.*” RODOTÀ, S., “*Poteri dei privati e disciplina della proprietà*”..., op.cit., p. 370. “*L’art. 436, [...], si era riferito unicamente alla possibilità di limitare*

En cuanto a la aceptación del dominio dividido o de la temporalidad del mismo, la doctrina más importante interpretadora del Código civil italiano de 1865 se mostró contraria a reconocer cualquier forma de propiedad que no fuera individual y exclusiva, aunque respecto del carácter perpetuo de la propiedad ya se defendían formas de este derecho basadas en la temporalidad.²⁴⁶

2.1.2. La propiedad en el Código civil de 1942

A) Concepto

El actual Código civil italiano de 1942 define la propiedad en el Art. 832 en un sentido subjetivo, en virtud del cual: *“Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico.”*²⁴⁷

Con esta formulación, el Código civil reconoce el poder del propietario de gozar y de disponer de una cosa de la manera más amplia posible,²⁴⁸ si bien se aleja de los planteamientos liberales del siglo XIX porque la propiedad se inserta en un sistema donde es posible el control social de la producción y de la actividad del propietario para

negativamente i poteri del proprietario [...] mentre l'art. 832 ipotizza una situazione del tutto diversa, e cioè quella di una funzionalizzazione dei poteri in senso positivo”.

²⁴⁶ COVIELLO, N., *Manuale di diritto civile italiano, ob. trad. por SIMO BOFARULL, J.*, Società Editrice Libreria, Milano, 1910, p. 172, 176. *“Tampoco se escinde en dos el derecho de propiedad por el hecho de existir un dominio directo y otro útil, o bien una propiedad plena o semiplena. La propiedad ha readquirido la unidad en el Código italiano; o bien es propiedad, [...], o bien es un derecho real sobre cosa ajena. [...] El derecho de propiedad es, por esencia, irrevocable y perpetuo, aun cuando, por causas determinadas que constituyen excepciones a la regla, sea revocado a causa de un vínculo de la cosa”.*

²⁴⁷ PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo diritto...*, op.cit., p. 127. Según PUGLIATTI, esta definición de la propiedad desde la posición subjetiva del propietario *“non avere significato sotto l'impero del codice del 1865, il quale rifletteva quelle ideologie che assicuravano all'uomo una posizione di assoluta preminenza nell'ordine giuridico: e così al cittadino anche di fronte allo Stato. Le nuove concezioni hanno rafforzato la posizione dello Stato, sì che ad un certo punto è pur sorto il dubbio che il singolo non avesse nessuna autonomia nella compagine sociale.”* RODOTÀ, S., *“Poteri dei privati e disciplina della proprietà”...*, op.cit., p. 367.

²⁴⁸ GALGANO, F., *Diritto privato*, 9ª ed., CEDAM, Padova, 1996, p. 106. Se habla de la *universalidad* de la propiedad.

vincular el ejercicio de su derecho a la consecución del bien común que se conecta, inmediatamente, con el desarrollo económico y social.²⁴⁹

El precepto que aquí se estudia fue objeto de profundas discusiones doctrinales. Algunos autores²⁵⁰ conciben la propiedad privada como un derecho subjetivo del propietario entorno del cual aun puede explicarse el concepto de derecho subjetivo, aunque la mayoría de autores²⁵¹ van más allá y consideran que se está frente a una situación jurídica subjetiva más completa que no cabe dentro del concepto tradicional de derecho subjetivo. Es decir, la propiedad ya no puede concebirse como un derecho subjetivo por la progresiva incorporación de limitaciones y deberes en su contenido; además del reconocimiento de la función social de la propiedad en la Constitución italiana que significa la introducción de la misma dentro de su contenido para la satisfacción de los intereses generales.

A partir del tenor literal del precepto se puede constatar que la definición no dista sustancialmente de las que se contienen en los Arts. 544 CCF y 348 CC. Al menos,

²⁴⁹ PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile*, 6ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, p. 173. BARBERO, D., *Sistema del Derecho privado...*, *op.cit.*, p. 218. COCO, G. S., *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà...*, *op.cit.*, p. 234. La propiedad pasa a ser una institución que, no solamente sirve al propietario, sino que también afecta a otros sujetos y al Estado. GAMBARO, A., *La proprietà. Beni, proprietà, comunione*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 96. Que la propiedad se inserte en un sistema en el cual es posible el control de la producción y de la actividad del propietario no quiere decir que la propiedad no sea el derecho real que permite a su titular aprovecharse de la cosa objeto de su poder de la forma más amplia posible. Sin embargo, la doctrina italiana considera infundada y artificia la afirmación de que el propietario puede comportarse y actuar como le plazca mientras no haya una disposición normativa que establezca lo contrario. Con esto se quiere decir que el propietario está sujeto a todo el Ordenamiento jurídico y que también deben ser respetados los principios generales del derecho, que sin tener una traducción jurídica en las normas pueden determinar que la conducta del propietario sea o no conforme a los valores superiores de la comunidad.

²⁵⁰ PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo diritto...*, *op.cit.*, p. 131. NATOLI, U., *La proprietà: appunti delle lezioni...*, *op.cit.*, p. 2. TABEL, A., y OTTOLENGHI, E., *La proprietà*, UTET, Torino, 1968, p. 6-7. COSTANTINO, M., *Contributo alla teoria della proprietà*, Jovene, Napoli, 1967, p. 160. “E la proprietà è considerata il diritto soggettivo per eccellenza.” COCO, G. S., *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà...*, *op.cit.*, p. 230-234. PESCATORE, G., ALBANO, R., y GRECO, F., *Della proprietà*, UTET, Torino, 1958, p. 144. ROPPO, V., *Istituzioni di Diritto privato*, Monduzzi editore, Bologna, 1994, p. 233. FERRARA, L., *Diritto privato attuale*, UTET, Torino, 1948, p. 421-422.

²⁵¹ ALLARA, M., *La nozioni fondamentali del diritto civile*, t. I, 5ª ed., G. Giapichelli editore, Torino, 1957, p. 601. ALLARA critica que el Art. 832 CCI defina el derecho de propiedad desde un punto de vista subjetivo: “il contenuto del rapporto reale è costituito da un complesso a numero indirettamente determinato, non accertabile e variabile di doveri negativi verso una determinata persona”. En el mismo sentido, *vid.* PERLINGIERI, P., *Introduzione alla problematica della «proprietà»...*, *op.cit.*, p. 102. PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile...*, *op.cit.*, p. 173.

como se ha visto en el apartado anterior, la propiedad es definida en el Art. 832 CCI desde una vertiente subjetiva que confiere al propietario los más amplios poderes sobre un bien.²⁵²

Sin embargo, la parte final del precepto, -“*con l’osservanza degli obblighi stabiliti dall’ordinamento giuridico*”-, mitiga la formulación de la primera parte del precepto. Además, el Art. 832 CCI, considerado en su conjunto, puede tener un alcance distinto respecto de sus artículos homólogos europeos, pues la doctrina ha interpretado que esta parte final debe conectarse directamente con el Art. 42 de la Constitución italiana de 1942. Aun así, la expresión que utiliza el Art. 832 CCI, al fin y al cabo, tiene la misma virtualidad que los Arts. 348 CC y 544 CCF, es decir, se trata de establecer límites al ejercicio del derecho del propietario para hacer compatibles los intereses público y privado de esta institución y definir el contenido del derecho.²⁵³

²⁵² PERLINGIERI, P., *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza. Libro terzo (artt. 810-1172)*, UTET, Torino, 1980, p. 43. COSTANTINO, M., *Contributo alla teoria della proprietà...*, *op.cit.*, p. 92-93. TABET, A., y OTTOLENGHI, E., *La proprietà...*, *op.cit.*, p. 4-5. PESCATORE, G., ALBANO, R., y GRECO, F., *Della proprietà...*, *op.cit.*, p. 133-134. NATOLI, U., *La proprietà: appunti delle lezioni...*, *op.cit.*, p. 72-74.

Respecto de la primera parte del precepto, la doctrina italiana también ha destacado la falta de concreción del artículo respecto de las posibilidades de uso del bien sobre el que recae el derecho de propiedad, así como los intereses o fines que el propietario puede perseguir ejerciendo su derecho dominical. Con esta definición, la propiedad es concebida como un derecho de señorío sobre la cosa cuyo ejercicio no está sometido a ninguna condición expresa. Por lo tanto, la propiedad atribuye el derecho a su titular de gozar y a disponer de la cosa de la forma más amplia. ZATTI, P., *Corso di diritto civile*, 3ª ed., CEDAM, Padova, 2008, p. 142. COCO, G. S., *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà...*, *op.cit.*, p. 36.

²⁵³ PERLINGIERI, P., *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza...*, *op.cit.*, p. 46-47. PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo diritto...*, *op.cit.*, p. 286. ZATTI, P., *Corso di diritto civile...*, *op.cit.*, p. 142. NATOLI, U., *La proprietà: appunti delle lezioni...*, *op.cit.*, p. 149. MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial...*, *op.cit.*, p. 261-264. MESSINEO pone de relieve que la limitación del derecho de propiedad no puede llegar a anular el carácter exclusivo del derecho.

En lo que se refiere a la limitación del contenido del derecho, *vid.* PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo diritto...*, *op.cit.*, p. 114. “*La imposizione del limite muove da esigenze di pubblico interesse, anzi dalla fondamentale esigenza che guida tutta l’attività legislativa ed è il riflesso della funzione equilibratrice dell’ordinamento giuridico. Il limite imposto al diritto di proprietà rappresenta il punto di equilibrio tra l’interesse del proprietario e un altro interesse (pubblico o privato) anch’esso degno di tutela.*” NATOLI, U., *La proprietà: appunti delle lezioni...*, *op.cit.*, p. 151. PERLINGIERI, P., *Introduzione alla problematica della «proprietà»...*, *op.cit.*, p. 70. PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo diritto...*, *op.cit.*, p. 138-139. PESCATORE, G., ALBANO, R., y GRECO, F., *Della proprietà...*, *op.cit.*, p. 144. Por su parte, las obligaciones que menciona el Art. 832 CCI definen, según la doctrina italiana, el contenido del derecho negativamente desde el exterior del mismo.

B) Las características del derecho de propiedad

a) Plenitud y exclusividad

La definición de la propiedad del Art. 832 CCI establece que el propietario tiene el derecho de gozar y disponer de las cosas de un modo “*pieno ed esclusivo*”, aunque inmediatamente circunscribe las facultades de gozar y de disponer del bien de su propiedad a “*entro i limiti e con l’osservanza degli obblighi stabiliti dall’ordinamento giuridico*”, exigencias que se conectan con la función social que está llamada a cumplir la institución de la propiedad privada.²⁵⁴

Para la doctrina italiana, *pieni* tiene un significado equivalente a los adjetivos *absoluto* y *plus absolue* que contienen los Arts. 348 CC y 544 CCF, respectivamente, en el sentido de reconocer que el propietario puede hacer con la cosa objeto de su propiedad lo que le convenga, siempre y cuando se respeten las exigencias y los límites que le impone el Ordenamiento jurídico y los derechos de terceros.²⁵⁵

²⁵⁴ PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile...*, *op.cit.*, p. 175. PERLINGIERI, P., *Introduzione alla problematica della «proprietà»...*, *op.cit.*, p. 69-70. Además, el respeto de los límites y de las obligaciones no puede observarse desde un punto de vista externo, sino que forman parte de la definición del derecho de propiedad. PARADISO, M., *Così di istituzioni di diritto privato*, G. Giappichelli editore, Torino, 2001, p. 136.

²⁵⁵ PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile...*, *op.cit.*, p. 175. ZATTI, P., *Corso di diritto civile...*, *op.cit.*, p. 145. PARADISO, M., *Così di istituzioni di diritto privato...*, *op.cit.*, p. 136. GALGANO, F., *Diritto privato...*, *op.cit.*, p. 108. TORRENTE, A., y SCHLESINGER, P., *Manuale di Diritto privato...*, *op.cit.*, p. 254-255. DE RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho civil...*, *ob.cit.*, p. 533. BARASSI, L., *Instituciones de Derecho civil*, *ob. trad. por GARCIA DE HARO DE GOYTISOLO, R.*, y FALCÓN CARRERAS, M., t. II, Bosch, Barcelona, 1955, p. 8-9. TRABUCCHI, A., *Istituzioni di diritto civile*, 39ª ed., CEDAM, Padova, 1999, p. 429-431. MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial...*, *op.cit.*, p. 259. ALLARA, M., *La nozioni fondamentali del diritto civile...*, *op.cit.*, p. 605. ROTONDI, M., *Instituciones de Derecho privado*, *ob. trad. por FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, F.*, Editorial Labor SA, Barcelona, 1953, p. 235. TABEL, A., y OTTOLENGHI, E., *La proprietà...*, *op.cit.*, p. 7-9. De la *pienezza* de la propiedad se deduce otro carácter de ésta: la autonomía del propietario. PESCATORE, G., ALBANO, R., y GRECO, F., *Della proprietà...*, *op.cit.*, p. 135. NATOLI, U., *La proprietà: appunti delle lezioni...*, *op.cit.*, p. 21-22, 137-139. DUSI, B., *Istituzioni di diritto privato*, G. Giappichelli editore, Torino, 1977, p. 528-530. CASETI, E., y RUSSO, G., *Manuale del Diritto civile italiano*, UTET, Torino, 1950, p. 296. CALLEGARI, D., *Istituzioni di Diritto privato*, G. Giappichelli editore, Torino, 1954, p. 391.

No plantea excesivos problemas la interpretación del término *esclusivi*, pues de la misma forma que la doctrina española y francesa, la exclusividad viene referida a la facultad de vetar la intromisión de un tercero en el goce de la cosa.²⁵⁶

b) Perpetuidad

Aunque no lo dispone expresamente el Código civil italiano, se ha sostenido generalmente por la doctrina italiana²⁵⁷ que el derecho de propiedad es perpetuo.

Sin embargo, no son pocos los autores que han manifestado que actualmente el carácter perpetuo de la propiedad no es esencial del dominio, debido a que existe nuevas formas de este derecho basadas en la temporalidad del mismo y que, por lo tanto, puede sostenerse la admisibilidad de la propiedad temporal.²⁵⁸

²⁵⁶ PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile...*, op.cit., p. 175. ZATTI, P., *Corso di diritto civile...*, op.cit., p. 145. PARADISO, M., *Così di istituzioni di diritto privato...*, op.cit., p. 136. GALGANO, F., *Diritto privato...*, op.cit., p. 108-109. La protección de la exclusividad de la propiedad va más allá del reconocimiento de este carácter en el Código civil italiano, pues tiene consecuencias en la jurisdicción penal. TORRENTE, A., y SCHLESINGER, P., *Manuale di Diritto privato...*, op.cit., p. 254-255. DE RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho civil...*, ob.cit., p. 536. El carácter exclusivo del derecho de propiedad también se explica por la prohibición de obligar al propietario a ceder su propiedad si no es por una causa de utilidad pública. También es una muestra del carácter exclusivo de la propiedad el poder del propietario de cerrar y delimitar su finca. BARASSI, L., *Instituciones de Derecho civil...*, op.cit., p. 9-10. MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial...*, op.cit., p. 260. TABET, A., y OTTOLENGHI, E., *La proprietà...*, op.cit., p. 66-67. NATOLI, U., *La proprietà: appunti delle lezioni...*, op.cit., p. 139. ROPPO, V., *Istituzioni di Diritto privato...*, op.cit., p. 248. DUSI, B., *Istituzioni di diritto privato...*, op.cit., p. 528. CALLEGARI, D., *Istituzioni di Diritto privato...*, op.cit., p. 391. BARBERO, D., *Sistema del Derecho privado...*, op.cit., p. 219. Algún autor ha sostenido que la facultad de exclusión no puede interpretarse en este sentido, sino que hace referencia a que la propiedad de una cosa no puede ser objeto de varios sujetos si no es en forma de copropiedad.

²⁵⁷ ZATTI, P., *Corso di diritto civile...*, op.cit., p. 146. “*La proprietà non soffre di limiti nel tempo. Non soltanto il diritto del proprietario è ritenuto necessariamente perpetuo –non assoggettabile a termine finale– ma neppure la prescrizione si applica alla proprietà.*” TORRENTE, A., y SCHLESINGER, P., *Manuale di Diritto privato...*, op.cit., p. 258.

²⁵⁸ PERLINGIERI, P., *Introduzione alla problematica della «proprietà»...*, op.cit., p. 8. PERLINGIERI, P., *El derecho civil en la legalidad constitucional...*, op.cit., p. 828-829. PERLINGIERI es más categórico al afirmar que “*Il carattere della perpetuità non è essenziale alla proprietà. La proprietà temporanea nel nostro ordinamento si può configurare giacché lo smembramento del diritto di proprietà non è contrario agli interessi difesi dal legislatore: un negozio traslativo cui sia apposto un termine finale non è [...] non digno di tutela da parte dell’ordinamento giuridico.*” Según este autor, son las normas las que dan seguridad y consistencia al estatuto de la propiedad y no su perpetuidad en el tiempo. BARBERO, D., *Sistema del Derecho privado...*, op.cit., p. 221-224. BARBERO también considera que la perpetuidad no es un carácter esencial del derecho de propiedad porque el Código civil admite supuestos de propiedad temporal como las sustituciones fideicomisarias, las donaciones con pacto de reversión y la propiedad superficiaria que se tratan en el capítulo tercero. Además este autor afirma

c) Elasticidad

La doctrina también ha declarado que la elasticidad es una característica del dominio. Con esto se quiere decir que el propietario recupera la plena propiedad de su bien o se expande cuando se extinguen los derechos reales que gravan su propiedad. Con esto se demuestra que el derecho de propiedad, por naturaleza, es compacto y que la

que: *“en vía contractual, se puede dar lugar a otros casos, como concretamente una común compraventa con efecto real diferido: naturalmente, en este caso, si se trata de bienes inmuebles, será necesario proveer a asegurar la oponibilidad del efecto real del término por medio por medio de la transcripción”*. MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial...*, op.cit., p. 260. Para MESSINEO, la perpetuidad no es un carácter esencial del derecho de propiedad, por bien que lo normal es que no se fije una duración determinada para la eficacia del derecho de propiedad. Cita como ejemplos el legado a término final del Art. 637 CCI, el derecho de superficie (Art. 953 CCI) y la propiedad intelectual e industrial. Tampoco considera que en la propiedad temporal haya necesariamente dos propietarios; uno a término final y otro a término inicial. En este fenómeno, los propietarios se suceden en el tiempo sin que sus derechos de dominio coincidan al mismo tiempo sobre la cosa. Solo hay dos propietarios en el sentido de que estos se suceden en el tiempo, es decir, el que deviene propietario una vez llegado el término final no lo es durante el lapso de tiempo que el propietario inicial goza y dispone del bien. El segundo propietario se encuentra en un *estado de quietud*. *“Y no vale objetar que los casos antes enumerados sean excepciones. Desde luego, no se puede hablar de excepciones cuando las mismas son numerosas y tienden a multiplicarse; pero, en todo caso, admitir que sean excepciones, equivale a admitir, precisamente, que la perpetuidad no tiene carácter absoluto; sino solamente de normalidad.”* ALLARA, M., *La nozioni fondamentali del diritto civile...*, op.cit., p. 620. ALLARA también defiende que la perpetuidad no es un carácter esencial de la propiedad. Parte de que el Código civil de 1865 y el de 1942 no contienen una norma que lo establezca expresamente y, ante la duda, el reconocimiento de la temporalidad de la enfiteusis y de la superficie llevan al autor a la conclusión de que nada obsta a las partes para prever un término final al derecho de propiedad. *“Noi invece diciamo che la perpetuità non è una caratteristica della proprietà, essendo irrelevante che quest’ultima sia perpetua ovvero temporanea.”* CALLEGARI, D., *Istituzioni di Diritto privato...*, op.cit., p. 391-392. ROTONDI, M., *Instituciones de Derecho privado...*, op.cit., p. 236-237. Para ROTONDI, cabe *“la posibilidad de un derecho de propiedad temporal, es decir, con un límite preestablecido, e independientemente del perecimiento de la cosa.”* PESCATORE, G., ALBANO, R., y GRECO, F., *Della proprietà...*, op.cit., p. 145. *“Comunque, la perpetuità del dominio è un elemento che non rientra in modo tassativo nè nella definizione della proprietà contenuta nel codice, nè nella disciplina positiva dallo stesso posta [...]. La nota, sulla quale bisogna insistere nel delinearne la fisionomia, è quella del complesso dei poteri spettanti al titolare. Quando sussista il «diritto» di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, fino a quando, si intende, si sia titolare di quella certa posizione, non vi è dubbio che si è in presenza dell’elemento costitutivo e qualificante del rapporto stesso.”* NATOLI, U., *La proprietà: appunti delle lezioni...*, op.cit., p. 203. NATOLI considera que la temporalidad del derecho de propiedad es una nota accidental que no impide que la propiedad sea considerada generalmente como perpetua. En contra de lo mantenido por los anteriores autores se han alzado algunos autores que consideran que no es posible un derecho de propiedad por un tiempo determinado y que otras instituciones que reconoce el Código civil italiano que la doctrina ha calificado como propiedades temporales, por ejemplo el derecho de superficie, no son más que derechos reales en cosa ajena. CASETI, E., y RUSSO, G., *Manuale del Diritto civile italiano...*, op.cit., p. 299. *“Infine non è configurabile il diritto di proprietà a tempo determinato, perchè importerebbe l’obbligo del proprietario pro tempore di conservare la cosa per tutta la durata del termine, il che annulla il potere fondamentale inerente al diritto di proprietà di disporre della cosa”*.

constitución de derechos reales sobre un bien no es la regla general sino que son accidentales.²⁵⁹

C) El contenido del derecho de propiedad

Según la doctrina italiana, el Art. 832 CCI enumera las facultades de goce y disposición que son las que formarían parte del contenido normal del derecho de propiedad. El Código civil italiano describe, por lo tanto, el derecho de propiedad como comprensivo de ambas facultades, sin que las facultades de goce y de disposición sean autónomas, puesto que algunos afirman que la facultad de disposición es el goce más extremo que puede obtener el propietario desprendiéndose de la cosa de su esfera de poder.²⁶⁰

Esto se afirma en un sentido genérico, es decir, tomando en consideración una noción abstracta del derecho de propiedad, sin tener en cuenta en este punto los diferentes tipos de bienes sobre los cuales puede recaer este derecho. Por esta razón, el Código civil italiano dedica algunos de sus preceptos a diferentes formas del derecho de propiedad que se diferencian por el objeto del derecho. En este sentido se habla de la propiedad *edilizia, fondiaria*, entre otras. El Código civil italiano las regula ponderando los intereses privados y colectivos que entran en juego en estas formas del derecho de propiedad.²⁶¹

La doctrina italiana moderna también ha huido de tipificar y enumerar las facultades que comprende el derecho de propiedad como si se tratara de una suma de poderes. Por

²⁵⁹ GAMBARO, A., *La proprietà. Beni, proprietà, comunione...*, op.cit., p. 104. TORRENTE, A., y SCHLESINGER, P., *Manuale di Diritto privato...*, op.cit., p. 258. DE RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho civil...*, ob.cit., p. 533. BARASSI, L., *Instituciones de Derecho civil...*, op.cit., p. 10-11. TRABUCCHI, A., *Istituzioni di diritto civile...*, op.cit., p. 429-431. MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial...*, op.cit., p. 258. ALLARA, M., *La nozioni fondamentali del diritto civile...*, op.cit., p. 618-620. ROTONDI, M., *Instituciones de Derecho privado...*, op.cit., p. 236. TABEL, A., y OTTOLENGHI, E., *La proprietà...*, op.cit., p. 9-10. PESCATORE, G., ALBANO, R., y GRECO, F., *Della proprietà...*, op.cit., p. 135. NATOLI, U., *La proprietà: appunti delle lezioni...*, op.cit., p. 88-90. FERRARA, L., *Diritto privato attuale...*, op.cit., p. 424. DUSI, B., *Istituzioni di diritto privato...*, op.cit., p. 527. CASETI, E., y RUSSO, G., *Manuale del Diritto civile italiano...*, op.cit., p. 299.

²⁶⁰ PERLINGIERI, P., *El derecho civil en la legalidad constitucional...*, op.cit., p. 833.

²⁶¹ DE RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho civil...*, op.cit., p. 533. Según este autor el Código civil italiano no reconoce varios tipos de propiedades, sino que el tipo abstracto del derecho es conceptualmente único. TORRENTE, A., y SCHLESINGER, P., *Manuale di Diritto privato...*, op.cit., p. 255.

este motivo hay que estudiar el contenido del dominio partiendo de su noción abstracta considerado como una unidad de poderes conferidos al titular dominical.²⁶²

En consecuencia, ha habido un consenso entre la doctrina italiana sobre el carácter *descriptivo* del Art. 832 CCI, pues la facultad de goce y la facultad de disposición son las facultades que normalmente integran el contenido del derecho de propiedad, aunque los poderes del propietario no pueden limitarse a estas dos facultades que son, de por sí, indeterminadas.²⁶³

a) La facultad de goce

La facultad de goce se identifica con la capacidad del propietario de decidir el destino económico que da a la cosa objeto de su propiedad, en el sentido de decidir si usa o no la cosa, de decidir la manera de utilizarla, de transformarla o no, o hasta el extremo de optar por su destrucción.²⁶⁴

²⁶² DE RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho civil...*, *op.cit.*, p. 532. MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial...*, *op.cit.*, p. 257-258. TABET, A., y OTTOLENGHI, E., *La proprietà...*, *op.cit.*, p. 15-16. DUSI, B., *Istituzioni di diritto privato...*, *op.cit.*, p. 525. CASETI, E., y RUSSO, G., *Manuale del Diritto civile italiano...*, *op.cit.*, p. 299. CALLEGARI, D., *Istituzioni di Diritto privato...*, *op.cit.*, p. 390. TRABUCCHI, A., *Istituzioni di Diritto civile...*, *op.cit.*, p. 430.

²⁶³ MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial...*, *op.cit.*, p. 257. PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile...*, *op.cit.*, p. 175. BRANCA, G., *Istituzioni di diritto privato...*, *op.cit.*, p. 210-211. TABET, A., y OTTOLENGHI, E., *La proprietà...*, *op.cit.*, p. 16-17. Además, resulta evidente que el contenido de ambas facultades no pueda ser definido *a priori* sin tener en cuenta el bien sobre el cual recaen los poderes del propietario, puesto que las facultades del propietario variarán en función del bien de su propiedad y en función de la presencia de intereses generales que excedan del ámbito estrictamente privado que el bien tiene que satisfacer.

²⁶⁴ COSTANTINO, M., *Contributo alla teoria della proprietà...*, *op.cit.*, p. 51. “*La facoltà di godere viene riportata all’essenza della proprietà, come se costituisse la manifestazione principale del dominio sulla cosa, la sua esteriorizzazione.*” PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile...*, *op.cit.*, p. 175. BRANCA, G., *Istituzioni di diritto privato*, 6ª ed., Zanichelli, Bologna, 1982, p. 210-211. ZATTI, P., *Corso di diritto civile...*, *op.cit.*, p. 145. PARADISO, M., *Così di istituzioni di diritto privato...*, *op.cit.*, p. 135. GALGANO, F., *Diritto privato...*, *op.cit.*, p. 106. TORRENTE, A., y SCHLESINGER, P., *Manuale di Diritto privato...*, *op.cit.*, p. 254. BARBERO, D., *Sistema del Derecho privado...*, *op.cit.*, p. 219. DE RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho civil...*, *op.cit.*, p. 536. TRABUCCHI, A., *Istituzioni de diritto civile...*, *op.cit.*, p. 429-431. MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial...*, *op.cit.*, p. 257. NATOLI, U., *La proprietà: appunti delle lezioni...*, *op.cit.*, p. 90-95. ALPA, G., *Compendio del nuovo diritto privato*, UTET, Torino, 1985, p. 322-324. ROPPO, V., *Istituzioni di Diritto privato...*, *op.cit.*, p. 247. CASETI, E., y RUSSO, G., *Manuale del Diritto civile italiano...*, *op.cit.*, p. 299.

La facultad de goce no solo se realiza a través de la utilización directa de la cosa, sino que puede usarse la cosa de una forma indirecta mediante la cesión del uso a terceros a través de negocios jurídicos de eficacia personal o real.²⁶⁵

b) La facultad de disposición

En cambio, la facultad de disposición difícilmente es concebible como un concepto unitario, pues la doctrina ha destacado que integra tanto la facultad de disponer en un sentido material como en un sentido jurídico.²⁶⁶

El poder de disposición sobre una cosa en un sentido jurídico se identifica, por un lado, con la realización del valor en cambio de la cosa y, en este sentido, sí que ha habido una cierta unanimidad en la doctrina en afirmar que la facultad de disposición es una de las notas que caracteriza el derecho de propiedad.²⁶⁷ Por otro lado, la facultad de disposición también engloba otras potestades que tiene el propietario sobre la cosa de su propiedad como la de gravarla con un derecho real de garantía como la hipoteca o la prenda para garantizar el pago de una deuda.²⁶⁸

²⁶⁵ NATOLI, U., *La proprietà: appunti delle lezioni...*, *op.cit.*, p. 91-93.

²⁶⁶ PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile...*, *op.cit.*, p. 175. BRANCA, G., *Istituzioni di diritto privato...*, *op.cit.*, p. 211. TORRENTE, A., y SCHLESINGER, P., *Manuale di Diritto privato...*, *op.cit.*, p. 254. TRABUCCHI, A., *Istituzioni de diritto civile...*, *op.cit.*, p. 429-431. COSTANTINO y ARGIROFFI. ARGIROFFI, C., “Delle azioni a difesa della proprietà”, en BUSINELLI, F y SCHLESINGER, P., *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, p. 24. COSTANTINO, M., *Contributo alla teoria della proprietà...*, *op.cit.*, p. 66. MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial...*, *op.cit.*, p. 257. TABEL, A., y OTTOLENGHI, E., *La proprietà...*, *op.cit.*, p. 17-19. CASETI, E., y RUSSO, G., *Manuale del Diritto civile italiano...*, *op.cit.*, p. 299.

²⁶⁷ NEPPI, V., *Il valore intrinseco del diritto di proprietà...*, *op.cit.*, p. 30-33. GAMBARO, A., *La proprietà. Beni, proprietà, comunione...*, *op.cit.*, p. 100. PERLINGIERI, P., *Introduzione alla problematica della «proprietà»...*, *op.cit.*, p. 172. Se ha afirmado que la facultad de disposición es la que permite defender que el propietario es a la vez empresario, puesto que supone la confluencia entre el carácter estático de la propiedad y el dinamismo de las relaciones económicas. BRANCA, G., *Istituzioni di diritto privato...*, *op.cit.*, p. 211. ZATTI, P., *Corso di diritto civile...*, *op.cit.*, p. 145. PARADISO, M., *Così di istituzioni di diritto privato...*, *op.cit.*, p. 135. En contra, COSTANTINO, M., *Contributo alla teoria della proprietà...*, *op.cit.*, p. 67-68. La facultad de disposición no es exclusiva del derecho de propiedad. “*In realtà, la possibilità di alineare è una caratteristica di tutti i diritti patrimoniali. [...] il potere o facoltà di disporre non è una caratteristica particolare del contenuto del diritto di proprietà.*” ROPPO, V., *Istituzioni di Diritto privato...*, *op.cit.*, p. 247.

²⁶⁸ GALGANO, F., *Diritto privato...*, *op.cit.*, p. 106. NATOLI, U., *La proprietà: appunti delle lezioni...*, *op.cit.*, p. 97-98. PERLINGIERI, P., *El derecho civil en la legalidad constitucional...*, *op.cit.*, p. 834.

3. La disciplina de la propiedad privada en la Constitución italiana de 1948

3.1. Antecedentes. La propiedad privada en el Estatuto Albertino y la función social de la propiedad durante el fascismo

El Estatuto fundamental de la Monarquía de Saboya de 4 de marzo de 1848, también conocido como Estatuto Albertino, fue la norma fundamental de Italia hasta la entrada en vigor de la Constitución republicana el 1 de enero de 1948. El Art. 29 de dicha ley disponía lo siguiente en materia de propiedad: *“Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili. Tuttavia, quando l’interesse pubblico legalmente accertato lo esiga, si può essere tenuti a cederle in tutto o in parte, mediante una giusta indennità conformemente alle leggi.”*

El precepto contiene un reconocimiento de la inviolabilidad del derecho de propiedad y la garantía expropiatoria, sin que contenga pronunciamiento alguno sobre la función social de la propiedad. Este concepto, sin embargo, fue acuñándose con la aprobación de diversas normas a lo largo de la etapa bélica de la primera guerra mundial y la posterior etapa fascista.

Durante la primera guerra mundial es cuando el legislador italiano aprueba diferentes decretos, con carácter transitorio, que ponen de manifiesto la prevalencia del interés público sobre el privado de los particulares y que inician el proceso de transformación del derecho de propiedad.²⁶⁹

²⁶⁹ PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo diritto...*, op.cit., p. 53-62. Concretamente, los Arts. 1 y 2 del Real Decreto nº 506 de 22 de abril de 1915 reconocían a la autoridad militar la facultad de requisar fundos *nell’interesse della difesa nazionale* para proveer al ejército italiano. Además, el Decreto Ley nº 1570 de 30 de octubre de 1915 atribuía a la autoridad militar el poder de *“disposizioni sulla proprietà privata, nell’interesse della difesa nazionale, o per altra grave necessità pubblica”*. Las normas que se dictaron en este período de tiempo no solo tenían por objeto la adquisición de propiedades para abastecer al ejército, sino que otras disposiciones imponían obligaciones al propietario para que aumentase la superficie destinada a cultivo de sus fundos. No solo se imponían deberes a los particulares para cultivar sus tierras y aumentar la producción durante la guerra para satisfacer el consumo de la población, sino que el Ministerio de agricultura podía requerir a los propietarios de fincas abandonadas para que las cultivaran, en virtud de lo dispuesto en el Decreto Ley nº 1614 de 4 de octubre de 1917. En este sentido, el Decreto Ley nº 788 de 10 de mayo de 1917 disponía que: *“In base alle norme che verranno date dal ministero di agricoltura, il Prefetto [...] ha facoltà [...] di imporre, a chiunque eserciti, a qualsiasi titolo, una azienda agraria, l’aumento della superficie complessiva a cultura alimentari”*.

La ocupación temporánea de las tierras también era un instrumento del que podía servirse el legislador para mejorar la productividad de las tierras en beneficio del interés nacional. El Decreto Ley nº 147 de 14 de febrero de 1918 preveía que: *“Per la durata della guerra e fino a tutto l’anno agrario successivo a quello in cui sarà pubblicata la pace il Ministero per l’agricoltura, allo scopo di dare incremento alla*

3.2. *El reconocimiento del derecho a la propiedad privada*

El primer párrafo del Art. 42 de la Constitución italiana reconoce que: “*La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati.*”

Con este enunciado parece que el constituyente italiano quiso asegurar, al vincular el término *economici* con *beni*, una categoría de bienes necesariamente destinados al tráfico económico o al consumo. Pero antes de este reconocimiento, la Constitución italiana diferencia entre propiedad pública y privada, con lo que el constituyente también quiso reconocer a nivel constitucional la relación jurídica existente entre el

produzione agraria, provvede al controllo delle colture, all'organizzazione del lavoro agricolo, ed altresì alla provvista e più utile distribuzione dei mezzi di lavoro e di produzione”.

Una vez finalizada la guerra se aprobaron algunos decretos que alargaron la vigencia de las normas promulgadas durante la misma. Concretamente, el Real Decreto n° 1633 de 2 de septiembre de 1919 declaraba la eficacia del Decreto Ley n° 1570 de 30 de octubre de 1915 hasta el 31 de diciembre de 1920 para que las tierras incautas pudieran ser concedidas “*a favore di associazioni agrarie od enti, legalmente costituiti*” por un período de cuatro años con la correspondiente indemnización. No obstante, a través de sucesivos decretos la vigencia del Decreto Ley n° 1570 de 30 de octubre de 1915 se prorrogó hasta 31 de diciembre de 1922.

Con el alzamiento del fascismo se derogaron las normas que fueron aprobadas durante y después de la guerra y se promulgaron nuevas normas que siguieron potenciando el interés colectivo por encima del de los particulares. Se cambió el rumbo de la política legislativa y los Decretos Ley n° 3256 de 30 de diciembre de 1923 y n° 3267 de 30 de diciembre de 1923 pusieron el foco sobre las aguas públicas y los bosques, en lugar de regular la conducta de los propietarios de tierras para mejorar su aprovechamiento. Así se desprende del contenido de la Ley n° 3134 de 24 de diciembre de 1928: “*disposizioni relative alle bonifiche idrauliche, alle sistemazioni montane, alle trasformazioni fondiari, alle irrigazioni, alle strade e agli acquedotti rurali e, in genere, a presso che tutti i miglioramenti fondiari, sussidiabili secondo la precedente legislazione*”.

L'Opera Nazionale Combattenti fue un ente asociativo que desempeñó una importante función para la mejora de la productividad de los fundos. Se trata de un ente que se creó por el Real Decreto n° 1970 de 10 de diciembre de 1917 cuyo artículo primero decía que su objeto era “*promuovere le condizioni tecniche, economiche e civili che consentono la maggiore produttività delle forze di lavoro della nazione*”. Sin embargo, el Real Decreto que regulaba este ente contenía disposiciones que revelan la intención del legislador italiano de promover, a través de este ente, la recuperación de tierras de particulares para mejorar su productividad.

GAMBARO, A., *Il diritto di proprietà*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 51. Por lo tanto, la función social de la propiedad era concebida como un elemento externo del contenido del derecho de propiedad y su virtualidad se reducía a una regla para el cálculo económico para legitimar el sacrificio del mismo en presencia de un interés público prevalente sobre el del propietario. Es decir, la idea de la función social de la propiedad estaba directamente relacionada con la idea de considerar la propiedad como una función pública y los propietarios como sujetos destinatarios del mandato de la función social de mejorar la productividad de las tierras a favor del interés general.

titular del derecho de propiedad, -el *soggetti*-, y el *beni giuridici*, sin perjuicio de ulteriores precisiones.²⁷⁰

Con la finalidad de determinar qué alcance tiene el reconocimiento constitucional y la garantía de la propiedad privada, la doctrina italiana²⁷¹ ha sostenido que, en primer lugar, el constituyente italiano quiso salvaguardar la propiedad privada, esto es como una institución “*prescrivendone la «necessaria» esistenza*” y, en segundo lugar, la posibilidad del legislador ordinario de delimitar su contenido de acuerdo con las leyes.

Se afirma que, con base en el Art. 42 CI, no puede obtenerse una noción de propiedad privada que tiene que salvaguardarse necesariamente del poder configurador y delimitador del legislador, pues parece que la Constitución delega esta misión al legislador, que determinará el objeto de la garantía de acuerdo con las leyes y siempre asegurando la realización de la función social de la propiedad.²⁷²

²⁷⁰ MANGIAMELI, S., *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali*, Giuffrè Editore, Milano, 1986, p. 3-5. Con este reconocimiento, el constituyente italiano consagró en la Constitución italiana el derecho de propiedad alejándose de la concepción liberal del Art. 832 CCI (aunque ya se ha visto que este artículo también fue interpretado por la doctrina italiana como un derecho subjetivo, pero sin la carga dogmática que tenían los Arts. 544 CCF y 348 CC) resultante de la Revolución francesa para considerarlo como “*un diritto meramente estrinseco e secondario.*” PERLINGIERI, P., *Introduzione alla problematica della «proprietà»...*, *op.cit.*, p. 21-22. Además, el reconocimiento constitucional del derecho a la propiedad privada supuso la quiebra definitiva del modelo liberal de la propiedad y de las relaciones económicas. COCO, G. S., *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà...*, *op.cit.*, p. 140-145.

²⁷¹ NATOLI, U., *La proprietà: appunti delle lezioni...*, *op.cit.*, p. 39-40. “È appena il caso di osservare che, parlando di «riconoscimento», la norma costituzionale non intende comunque dare atto di una pretesa mera recezione del fenomeno aliunde, ma soltanto precisare che, nel nostro ordinamento, è ammesso l’istituto «proprietà privata».”

Respecto del segundo posicionamiento: “*la legge che regola ogni momento dell’esistenza e dell’esercizio del diritto di proprietà e che, allo stesso tempo, ne assicura la tutela, come, del resto, avviene per ogni altro diritto soggettivo.*” COSTANTINO, M., *Contributo alla teoria della proprietà...*, *op.cit.*, p. 20-22. PALMA, G., *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà...*, *op.cit.*, p. 140, 146. “*Il che induce a concludere che a norma dell’art. 42 e particolarment del secondo comma [...] il legislatore ordinario può non solo mantenere o meno in vita la proprietà privata di determinate categorie di beni, ma anche di garantire o meno un minimum di ambito vitale di appropriazione individuale dei beni. [...] l’adozione della prima proposizione dell’attuale primo comma, cui si attribuiva il valore [...] di un riconoscimento costituzionale [...] della persistenza della proprietà privata.*” IANNELLI, A., *La proprietà costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane. Scuola de perfezionamento in diritto civile dell’Università di Camerino, Napoli, 1980, p. 58. BARTOLOMEI, F., *L’espropriazione nel diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 325-333.

²⁷² NATOLI, U., *La proprietà: appunti delle lezioni...*, *op.cit.*, p. 39-40. MANGIAMELI, S., *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali...*, *op.cit.*, p. 7. Se critica por este autor la degradación constitucional de la propiedad debido al amplio margen de intervención del

Algunos autores²⁷³ han defendido que el objeto del reconocimiento constitucional de la propiedad puede encontrarse en lo que se conoce como *constitución material*, es decir, en lo que históricamente se ha considerado que debe ser objeto de una constitución, independientemente de que no todas las normas a partir de las cuales pueda obtenerse una noción de propiedad se encuentren recogidas en la constitución.

Sin embargo, esta tesis tampoco ha sido aceptada por la mayoría de la doctrina italiana, toda vez que de intentarse obtener una noción de propiedad de acuerdo con aquélla, no son pocos los inconvenientes que se nos presentan para alcanzarla.²⁷⁴

Ante la dificultad de intuir una “noción constitucional” del derecho de propiedad, la doctrina italiana ha concluido que el reconocimiento de la propiedad privada del Art. 42 CI supone el reconocimiento de la propiedad privada como un derecho necesario sobre el cual se estructura todo el sistema económico del país, basado en una economía mixta y que se conecta con la iniciativa económica.²⁷⁵

legislador a través de las leyes ordinarias teniendo que preservar, necesariamente, la realización de la función social de la propiedad.

Una crítica extensa sobre la remisión de la Constitución al legislador y a las leyes, *vid.* MANGIAMELI, S., *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali...*, *op.cit.*, p. 11-37.

²⁷³ GIANNINI, M. S., “Basi costituzionali della proprietà privata”, en *Politica del Diritto*, 1971, p. 456. D’ANGELO, G., *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all’indennizzo...*, *op.cit.*, p. 49-52. Este autor defiende que la noción de propiedad reconocida por la Constitución es una noción material de la misma, toda vez que la noción formal de la propiedad constitucional, según este autor, va en contra de la interpretación lógica de la Constitución y de la voluntad del legislador constituyente.

²⁷⁴ GIANNINI, M. S., “Basi costituzionali della proprietà privata”..., *op.cit.*, p. 463-465. GIANNINI alerta de los peligros de entender lo que hoy en día se entiende por propiedad atendiéndonos puramente a las bases históricas, pues actualmente no puede reconducirse la noción de propiedad a la idea que se tenía de ella por la doctrina en el Estado liberal. MANGIAMELI, S., *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali...*, *op.cit.*, p. 38-42. El autor también critica duramente esta posición. “*Essa comporta un depotenziamento della Costituzione formale ed un uso eterodosso delle norme costituzionali, attraverso l’introduzione di elementi di flessibilità estranei alla logica del sistema.*”

²⁷⁵ MANGIAMELI, S., *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali...*, *op.cit.*, p. 47. PERLINGIERI, P., *Introduzione alla problematica della «proprietà»...*, *op.cit.*, p. 22-24. Esto se deduce de la ubicación sistemática del Art. 42 CI en la Constitución, pues el derecho a la propiedad privada es reconocido con otros derechos de índole económica como la iniciativa económica y empresarial. Por lo tanto, el reconocimiento del primer párrafo del Art. 42 CI “*è costituito dal rapporto economico che indubbiamente esiste alla base del fenomeno stesso della proprietà*”. NATOLI, U., *La proprietà: appunti delle lezioni...*, *op.cit.*, p. 36. COSTANTINO, M., *Contributo alla teoria della proprietà...*, *op.cit.*, p. 98.

En definitiva, se trata de un reconocimiento de una garantía individual que se manifiesta a través de la salvaguarda de un ámbito de apropiación individual de los bienes y de una garantía institucional sobre la cual pivotan las relaciones patrimoniales entre los particulares y sobre la cual se estructura la economía del Estado.²⁷⁶

3.3. *La función social de la propiedad*

3.3.1. Concepto

El Art. 42 CI sigue diciendo que: “*La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.*”

Con base en el precepto constitucional, la doctrina italiana²⁷⁷ ha sostenido que la función social de la propiedad representa la posibilidad de instrumentalizar el derecho de propiedad para la consecución y el fortalecimiento de una determinada utilidad social.

3.3.2. Alcance y efectos

Una vez determinado el alcance del reconocimiento del derecho a la propiedad privada del primer párrafo del Art. 42 CI, la doctrina también ha debatido acerca de cuál debe ser el papel de la función social que reconoce el apartado segundo del precepto constitucional en materia de la propiedad constitucional y del Código civil italiano.²⁷⁸

Sobre el rol de la función social de la propiedad, puede afirmarse que no ha habido unanimidad en este punto entre los autores italianos, pues se han propuesto diferentes cauces o interpretaciones para determinar cuál es el papel que la función social está llamada a cumplir.

²⁷⁶ D'ANGELO, G., *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all'indennizzo...*, op.cit., p. 19-33. Para llegar a esta conclusión, D'ANGELO propone acudir a los materiales preparatorios de la Constitución italiana de 1942, así como a la consciencia social de la Asamblea constituyente.

²⁷⁷ COCO, G. S., *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà...*, op.cit., p. 167.

²⁷⁸ PERLINGIERI, P., *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza...*, op.cit., p. 44. “*La piú moderna civilistica ha, comunque, tenuto a sottolineare la necessità, nell'ambito di una piú generale rilettura del c.c. alla luce della Costituzione, di una interpretazione sistematica delle norme che si incontrano nel nostro ordinamento in materia di proprietà, da quelle costituzionali, a quelle codicistiche ed alle leggi speciali, le quali ultime non possono piú essere ignorate, in quanto costituiscono le fonti piú ricche e significative di regolamentazione degli istituti privatistici.*”

No obstante, la doctrina italiana²⁷⁹ coincide en afirmar que la institución de la propiedad privada no puede definirse solamente con base en el Art. 832 CCI, sino que necesariamente tiene que hacerse referencia a la función social que desempeña este derecho como consecuencia de la evolución de la propiedad, aunque se observan mayores dificultades para determinar la proyección y la eficacia de esta institución.

Un primer debate sobre la función social es la posición que ésta ocupa en la estructura del derecho de propiedad, es decir, si la función social forma parte del contenido del derecho de propiedad o si, por otro lado, se sitúa en el exterior del mismo.

La mayoría de los autores italianos²⁸⁰ defienden que la función social forma parte del contenido del derecho de propiedad y no tiene que ser vista como un límite externo de este derecho, lo que obedecería a una concepción liberal ya superada de este derecho.

Ahora bien, una vez se ha afirmado por la mayor parte de la doctrina que la función social forma parte del contenido del derecho de propiedad, los autores difieren en determinar cuál es el alcance y los efectos de esta institución. Por este motivo, a continuación se sintetizan las diferentes opiniones doctrinales que se han aportado al respecto, diferenciando las diferentes funciones que desempeña la función social de la propiedad privada. Con esto se destaca el papel activo que está llamada a cumplir la función social de la propiedad en la Constitución italiana.

²⁷⁹ COSTANTINO, M., *Contributo alla teoria della proprietà...*, *op.cit.*, p. 22-26.

Sobre la problemática de la introducción de la función social en el contenido del derecho de propiedad y, por lo tanto, el derecho subjetivo por excelencia, *vid.* RODOTÀ, S., “Note critiche in tema di proprietà”, en *Revista trimestrale diritto e procedura civile*, 1960, p. 1.297-1.314.

²⁸⁰ COSTANTINO, M., *Contributo alla teoria della proprietà...*, *op.cit.*, p. 27-28, 178. NATOLI, U., *La proprietà: appunti delle lezioni...*, *op.cit.*, p. 43-44. PERLINGIERI, P., *Introduzione alla problematica della «proprietà»...*, *op.cit.*, p. 77.

Otros autores opinan que el derecho de propiedad es el derecho subjetivo por excelencia y no cabe que la función social forme parte de su contenido. TABET, A., y OTTOLENGHI, E., *La proprietà...*, *op.cit.*, p. 24-26. TRABUCCHI, A., *Istituzioni de diritto civile...*, *op.cit.*, p. 427. D'ANGELO, G., *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all'indennizzo...*, *op.cit.*, p. 64-69. RODOTÀ, S., “Poteri dei privati e disciplina della proprietà”..., *op.cit.*, p. 380. DE VITA, A., *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea...*, *op.cit.*, p. 164-165. MAZZONI, P., *La proprietà procedimento: pianificazione del territorio e disciplina della proprietà*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 529. RODOTÀ, S., “Note critiche in tema di proprietà”..., *op.cit.*, p. 1.292-1.295. “*la proprietà «ha» no «è» una funzione sociale. [...] la funzione sociale appare come temperamento della proprietà, allo stesso modo dei limiti ad essa imposti. [...] la ragioni sociali, che si è soliti indicare a fondamento di questa costruzione, non riescono, infatti, a penetrare nel vivo della struttura giuridica.*”

A) La función social de la propiedad como un principio general del derecho

Para un sector doctrinal, la función social es un principio general del derecho que opera, en el campo de la propiedad privada, cuando no hay una disposición normativa concreta que regule el ejercicio del derecho del propietario.²⁸¹

También hay quien,²⁸² afirmando que la función social de la propiedad es un principio general del derecho, sus efectos se desenvuelven en el plano de la interpretación de las normas. En este sentido, la función social de la propiedad, reconocida en el párrafo segundo del Art. 42 CI, tendría como primer receptor el legislador ordinario, pues éste debería atenderse a aquélla para colmar lagunas existentes en el Ordenamiento jurídico, interpretar las normas y basarse en la misma para regular la institución del dominio.²⁸³

B) La función social de la propiedad como un parámetro de valoración de la conducta del propietario

El reconocimiento de la función social de la propiedad del segundo párrafo del Art. 42 CI, configurada como un principio general del derecho, puede presentarse, a primera vista, como un mandato dirigido al legislador a la hora de configurar el contenido y el ejercicio del derecho del propietario.

²⁸¹ RODOTÀ, S., “Note critiche in tema di proprietà”..., *op.cit.*, p. 1.338-1.339. COSTANTINO, M., *Contributo alla teoria della proprietà...*, *op.cit.*, p. 29. Esta posición es criticada por COSTANTINO que argumenta que la definición de la función social como un principio general del derecho puede suponer una carga política excesiva para esta institución. TABET, A., y OTTOLENGHI, E., *La proprietà...*, *op.cit.*, p. 24-26. PERLINGIERI, P., *Introduzione alla problematica della «proprietà»...*, *op.cit.*, p. 122-123, 128. PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile...*, *op.cit.*, p. 174. PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo diritto...*, *op.cit.*, p. 278. PALMA, G., *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà...*, *op.cit.*, p. 53, 67, 72, 140. Se trata de un principio general del derecho con un valor jurídico innegable para el Estado, aunque la salvaguarda de los intereses sociales no puede llegar a anular el espacio de libre actuación del propietario. DE VITA, A., *La proprietà nell’esperienza giuridica contemporanea...*, *op.cit.*, p. 173.

²⁸² NATOLI, U., *La proprietà: appunti delle lezioni...*, *op.cit.*, p. 188. “Più semplicemente si può dire che la norma offre un criterio di interpretazione valido per tutte le norme, generali e speciali, che riguardano il diritto di proprietà nei suoi vari aspetti e momenti che, come espressione di un principio fondamentale dell’ordinamento giuridico, non solo autorizza l’analogia [...] ma più propriamente esplica una funzione essenzialmente integrativa del dato positivo.”

²⁸³ COCO, G. S., *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà...*, *op.cit.*, p. 169.

Sin embargo, ha habido autores²⁸⁴ que también han afirmado que la función social de la propiedad actúa como un límite para el propietario en el ejercicio de su derecho. De esta forma, la función social de la propiedad se podría concebir como un parámetro para valorar si la conducta del propietario se ajusta a la legalidad o es acorde con el interés colectivo. El incumplimiento de la función social de la propiedad podría llegar al extremo de privar al propietario del ejercicio de su derecho.²⁸⁵

C) La función social de la propiedad como un criterio válido para la delimitación del contenido del derecho de propiedad

Otra manifestación de que el cumplimiento y la realización de la función social de la propiedad competen fundamentalmente al legislador es la conclusión a la que ha llegado un sector de la doctrina, según la cual, el legislador es competente para regular el contenido del derecho de propiedad ante la presencia de un interés colectivo que justifique limitar restrictivamente el contenido del derecho desde la perspectiva del propietario.²⁸⁶

²⁸⁴ NATOLI, U., *La proprietà: appunti delle lezioni...*, op.cit., p. 189. COCO, G. S., *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà...*, op.cit., p. 157. PERLINGIERI, P., *Introduzione alla problematica della «proprietà»...*, op.cit., p. 71. LENER, A., “problemi generali della proprietà”, en SANTORO-PASSARELLI, F., *Proprietà privata e funzione sociale: seminario*, CEDAM, Padova, 1976, p. 17. Para LENER, la función social debe ser el criterio que siga el legislador para valorar el comportamiento del propietario. DE VITA, A., *La proprietà nell’esperienza giuridica contemporanea...*, op.cit., p. 170.

²⁸⁵ RODOTÀ, S., “Note critiche in tema di proprietà”..., op.cit., p. 1.312-1.314. NATOLI, U., *La proprietà: appunti delle lezioni...*, op.cit., p. 152. IANNELLI, A., *La proprietà costituzionale...*, op.cit., p. 249-253. IANNELLI considera que el verdadero problema se encuentra en determinar qué función social es la que debe perseguir la institución de la propiedad privada. De lo contrario se dejaría la determinación de la “función” de la función social de la propiedad en manos del legislador ordinario, con el riesgo de que éste sea el mediador de los intereses del propietario y los de la sociedad en su conjunto. No obstante, que el propietario tenga que ejercitar su derecho conforme a la función social de la propiedad, esto no quiere decir que la propiedad privada sea una función pública puesta a la disposición del interés general, sin tener en consideración los intereses particulares de los propietarios. En este sentido, vid. SCC n° 252 de 1983 [GAZZETA UFFICIALE n° 212 de 3 de agosto de 1983]. “La norma suddetta non ha, come pure si è sostenuto da una parte della dottrina, trasformato la proprietà privata in una funzione pubblica.”

²⁸⁶ COCO, G. S., *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà...*, op.cit., p. 169-170. Ahora bien, la presencia de un interés público o colectivo que tenga que ser salvaguardado a través del sacrificio del contenido normal del derecho de propiedad no puede determinarse arbitrariamente, sino que, por el contrario, cuando se limite la iniciativa y la libre disponibilidad del bien objeto del derecho de propiedad se tiene que proceder procurando que con ello se consiga un mejor goce y disfrute de este derecho de acuerdo con todos los intereses en juego, los del propietario y los de la colectividad. PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo diritto...*, op.cit., p. 109-110. IANNELLI, A., *La proprietà costituzionale...*, op.cit., p.

Con esta variedad de roles que la doctrina ha señalado que puede desempeñar la función social de la propiedad, se pone de relieve que ésta se desenvuelve, básicamente, en dos sentidos, es decir, es lo que la doctrina ha llamado *funzione sociale limite* o *statica* y *funzione sociale impulsiva*.²⁸⁷

Ahora bien, una vez se ha afirmado por la doctrina que la función social de la propiedad es un criterio válido para delimitar el contenido del derecho de propiedad por obra del legislador, esto no puede conducir a la conclusión de que el legislador pueda desnaturalizar la propiedad privada hasta hacerla irreconocible, de acuerdo con la conciencia social en un momento histórico determinado.²⁸⁸

241, 248. DE VITA, A., *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea...*, *op.cit.*, p. 168. MAZZONI, P., *La proprietà procedimento...*, *op.cit.*, p. 530.

Sobre la delimitación del contenido del derecho de propiedad para la satisfacción del interés general, *vid.* SCC n° 169 de 2015 [GAZZETTA UFFICIALE n° 29 de 24 de junio de 2015]: “*Si denuncia, infine, la violazione anche dell'art. 42, secondo comma, Cost., in quanto la facoltà del legislatore di limitare la proprietà privata è tuttavia sottoposta al rispetto del «limite teleologico della funzionalità alle esigenze delle collettività, mediante un bilanciamento di interessi di rango costituzionale che non può tradursi in uno «svuotamento di rilevante entità ed incisività del suo contenuto» (v. sentenza Corte Cost. n. 55/1968)». Evenienza che, nella specie, non si sarebbe verificata, avendo il legislatore previsto misure in chiave sanzionatoria, tanto della durata che del canone locatizio, svuotando di contenuto l'autonomia negoziale, senza una proporzionale ricaduta sul piano della funzione sociale dellaproprietà.*” SCC n° 71 de 2015 [GAZZETTA UFFICIALE n° 18 de 6 de mayo de 2015]. SCC n° 348 de 2007 [GAZZETTA UFFICIALE n° 42 de 31 de octubre de 2007]. SCC n° 196 de 2004 [GAZZETTA UFFICIALE n° 26 de 7 de julio de 2004]. SCC n° 164 de 2000 [GAZZETTA UFFICIALE n° 24 de 7 de junio de 2000]. SCC n° 135 de 1998 [GAZZETTA UFFICIALE n° 17 de 29 de abril de 1998]. SCC n° 155 de 1972 [GAZZETTA UFFICIALE n° 201 de 2 de agosto de 1972].

²⁸⁷ COCO, G. S., *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà...*, *op.cit.*, p. 204-205. Aun así, se afirma que “*la funzione sociale è unica.*” Por *funzione sociale limite* se hace referencia a aquella vertiente de la función social que opera en el interior del derecho de propiedad, es decir, en la fase de apropiación de los bienes y de goce de los mismos, la disciplina de los límites del poder del propietario y su tutela por parte del Ordenamiento jurídico; mientras que la *funzione sociale impulsiva* se desenvuelve en el ejercicio del derecho de propiedad.

²⁸⁸ D'ANGELO, G., *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all'indennizzo...*, *op.cit.*, p. 59, 70-71. MAZZONI, P., *La proprietà procedimento...*, *op.cit.*, p. 542.

La Corte Costituzionale también ha admitido que la delimitación del contenido del derecho de propiedad no puede hacerse sin tener presente el contexto social. *Vid.* SCC n° 348 de 2007 [GAZZETTA UFFICIALE n° 42 de 31 de octubre de 2007]: “*La Corte stessa ha tenuto a precisare che la «mediazione tra l'interesse generale sotteso all'espropriazione e l'interesse privato, espresso dalla proprietà privata, non può fissarsi in un indefettibile e rigido criterio quantitativo, ma risente sia del contesto complessivo in cui storicamente si colloca, sia dello specifico che connota il procedimento espropriativo, non essendo il legislatore vincolato ad individuare un unico criterio di determinazione dell'indennità, valido in ogni fattispecie espropriativa.*” SCC n° 283 de 1993 [GAZZETTA UFFICIALE n° 26 de 23 de junio de 1993]: “*Come anche un contesto complessivo che risulti caratterizzato da una sfavorevole congiuntura economica - che il legislatore mira a contrastare con un'ampia manovra economico-finanziaria - può*

D) La función social de los bienes

Algunos autores, ante las dificultades que presenta el encuadramiento de la función social dentro del contenido del derecho de propiedad y su eficacia normativa, son más partidarios de hablar de función social de los bienes, en lugar de la función social del derecho de propiedad.²⁸⁹

Con esta interpretación del párrafo segundo del Art. 42 CI vuelve a presentarse el debate sobre la existencia de un único derecho de propiedad definido objetivamente y que se corresponde con un tipo abstracto o si, por el contrario, cabe hablar de

conferire un diverso peso ai confliggenti interessi oggetto del bilanciamento legislativo. Questa essenziale relatività dei valori in giuoco impone una verifica settoriale e legata al contesto di riferimento nel momento in cui si pone il raffronto tra il risultato del bilanciamento operato dal legislatore con la scelta di un determinato criterio "mediato" ed il canone di adeguatezza dell'indennità ex art. 42, comma 3, della Costituzione."

²⁸⁹ TABET, A., y OTTOLENGHI, E., *La proprietà...*, *op.cit.*, p. 24-26. TRABUCCHI, A., *Istituzioni de diritto civile...*, *op.cit.*, p. 427. NATOLI, U., *La proprietà: appunti delle lezioni...*, *op.cit.*, p. 199-202. Este autor no desconoce la importancia de la función social de los bienes, pero considera que su función social siempre es instrumental para la determinación del contenido del derecho subjetivo o de la propiedad como institución del Derecho civil.

La Corte Costituzionale ha admitido en diversas sentencias que la función social de los bienes es diferente según su categoría. *Vid.* SCC n° 167 de 2009 [GAZZETTA UFFICIALE n° 22 de 3 de junio de 2009]: *“Con tale sentenza la Corte ha ribadito che «detta violazione non si verifica allorquando, come nella fattispecie, i limiti posti alla proprietà privata si riferiscano ai modi di godimento di intere categorie di beni, specie nell'ambito della attuazione della funzione sociale che deve svolgere il diritto di proprietà per la tutela accordata ad interessi sociali e quindi pubblici che fanno capo alla generalità dei cittadini». La funzione sociale che persegue il principio della libera raccolta dei tartufi è, come già dianzi accennato, quella «di salvaguardare un patrimonio ambientale di grande valore, specie a favore di quella parte della popolazione che nella ricerca e raccolta dei tartufi trova un motivo di distensione ed anche di integrazione del proprio reddito» (sentenza n. 328 del 1990).”* SCC n° 9 de 2008 [GAZZETTA UFFICIALE n° 5 de 31 de enero de 2008]. Sobre el aprovechamiento de las aguas, *vid.* SCC n° 259 de 1996 [GAZZETTA UFFICIALE n° 31 de 31 de julio de 1996]: *“La dichiarazione anzidetta di pubblicità di tutte le acque non deve indurre ad un equivoco: l'interesse generale è alla base della qualificazione di pubblicità di un'acqua, intesa come risorsa suscettibile di uso previsto o consentito; ma questo interesse è presupposto in linea di principio esistente in relazione alla limitatezza delle disponibilità e alle esigenze prioritarie (specie in una proiezione verso il futuro), di uso dell'acqua, suscettibile, anche potenzialmente, di utilizzazione collimante con gli interessi generali. La nuova legge n. 36 del 1994 ha accentuato lo spostamento del baricentro del sistema delle acque pubbliche verso il regime di utilizzo, piuttosto che sul regime di proprietà.”* SCC n° 419 de 1996 [GAZZETTA UFFICIALE n° 2 de 8 de enero de 1996]. SCC n° 328 de 1990 [GAZZETTA UFFICIALE n° 30 de 25 de julio de 1990]. SCC n° 118 de 1990 [GAZZETTA UFFICIALE n° 11 de 14 de marzo de 1990]. GALGANO, F., *Diritto privato...*, *op.cit.*, p. 123. *“La norma costituzionale esprime l'esigenza di una destinazione sociale, ossia per il vantaggio di tutti, delle risorse e, in generale, della ricchezza, immobiliare e mobiliare, anche se questa si trova in mani private. Il che rende necesario l'intervento della legge che, ponendo limiti al diritto del propietario, attribuisca alla Stato o ad altri enti pubblici il potere di assicurare la destinazione sociale della ricchezza.”*

propiedades, es decir, de diferentes formas del derecho de propiedad, con un contenido diferente, que se diferencian por el objeto sobre el cual recae el derecho.²⁹⁰

3.4. El contenido esencial del derecho de propiedad

La Constitución italiana, a diferencia de la Constitución española de 1978, no ofrece ningún apoyo legislativo que permita vincular al legislador al contenido esencial del derecho de propiedad. En efecto, el segundo párrafo del Art. 42 CI establece lo siguiente: “*La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.*”

Como se ha visto en el epígrafe anterior, la función social tiene un papel preeminente a la hora de determinar los modos de adquisición, de goce y los límites de los bienes para que éstos sean accesibles a todos, pero la Constitución italiana no establece que el legislador tenga que respetar el contenido de los derechos en ella reconocidos cuando regule su contenido o ejercicio. Por esta razón, en Italia la discusión ha girado en torno a la idea de si puede o no establecerse un *contenido mínimo* de la propiedad que tenga que respetarse por el legislador.²⁹¹

²⁹⁰ El sector mayoritario de la doctrina italiana se posiciona a favor de hablar de “propiedades” en lugar de propiedad como un *genus maior*. La idea que permite hablar de varios derechos de propiedad es la diferente protección de los intereses en juego que debe satisfacer la cosa, es decir, los intereses del propietario y los de la sociedad en general. Por esta razón se defiende la tutela de los bienes a través de diferentes estatutos dominicales, para explotar económicamente los bienes de acuerdo con su naturaleza. PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo diritto...*, *op.cit.*, p. 112-114, 148-150. COSTANTINO, M., *Contributo alla teoria della proprietà...*, *op.cit.*, p. 99. D’ANGELO, G., *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all’indennizzo...*, *op.cit.*, p. 58. IANNELLI, A., *La proprietà costituzionale...*, *op.cit.*, p. 275. Una tesis intermedia podría ser el posicionamiento que defiende IANNELLI: “*In definitiva, se pure è vero che non esiste «la» proprietà, come istituto generale ed unitario, è altresì vero che esiste un’unica struttura giuridica proprietaria, costituzionalmente garantita per quanto riguarda la modalità di esercizio del godimento, che riceve dalla funzione sociale espletata in concreto un contenuto specifico e caratteristico.*”

²⁹¹ MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, *op.cit.*, p. 178-179. MANGIAMELI, S., *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali...*, *op.cit.*, p. 41-51.

3.4.1. Las teorías para determinar el contenido esencial del derecho de propiedad

A) La teoría del contenido mínimo

Esta teoría tuvo su primer reconocimiento en la Sentencia n° 6 de la Corte Costituzionale de 1966 que, en referencia a la expropiación forzosa estableció que: “*limitazioni tali da svuotare di contenuto il diritto di proprietà incidendo sul godimento del bene tanto profondamente da renderlo inutilizzabile in rapporto alla destinazione inerente alla natura del bene stesso o determinando il venir meno o una penetrante incisione del suo valore di scambio*”.²⁹²

Con base en el precepto transcrito, la Corte Costituzionale estableció que el contenido esencial del derecho de propiedad es vulnerado por el legislador cuando no se respeta la destinación del bien de conformidad con su naturaleza, o cuando la intervención en el contenido del derecho ha disminuido el valor en cambio del bien en el mercado. Ahora bien, ambos criterios fueron criticados por la doctrina.²⁹³

Otros autores defienden que la garantía del Art. 42 CI se refiere a la propiedad como un derecho subjetivo y no como una institución y, por lo tanto, se trata de una garantía individual. Este argumento se apoya en el tenor literal del segundo párrafo del Art. 42 CI, pues el precepto habla del modo de adquisición, del goce y de los límites del derecho, con lo que parece que el constituyente estaba pensando en el ejercicio del derecho de propiedad.²⁹⁴

²⁹² SCC n° 6 de 1966 [GAZZETTA UFFICIALE n° 25 de 29 de enero de 1966].

²⁹³ D'ANGELO, G., *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all'indennizzo...*, *op.cit.*, p. 180. Al criterio del valor en cambio en el mercado se le ha objetado que depende en exceso del contexto económico y social, con lo que no ofrece una base segura e inalterable a partir de la cual pueda llegarse a entender lo que es objeto de la garantía constitucional del Art. 42 CI.

El segundo criterio parece que entiende la garantía del Art. 42 CI como una garantía institucional de la propiedad cuando habla de la “*destinazione inerente alla natura del bene stesso*”, pues en este artículo ya se ha visto que se reconoce la propiedad privada como una institución. De esto se desprende que el contenido esencial debería identificarse con el instituto de la propiedad y no como un derecho subjetivo.

²⁹⁴ LUCIANI, M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, CEDAM, Padova, 1983, p. 49. MANGIAMELI, S., *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali...*, *op.cit.*, p. 60. BARTOLOMEI, F., *L'espropriazione nel diritto pubblico...*, *op.cit.*, p. 403. Por este motivo se habla de un contenido *mínimo* del derecho de propiedad que tiene que ser el objeto de la garantía constitucional. Es decir, la garantía constitucional de la propiedad, según esta teoría, comprendería “*un godimento medio o standard dei beni appartenenti a privati*”.

B) La teoría de la conciencia social e histórica

Esta teoría también encuentra su apoyo en una sentencia de la Corte Costituzionale, concretamente, en la Sentencia n° 55 de la Corte Costituzionale de 1968 se encuentra un reconocimiento a esta teoría. En ella se argumenta que la *“imposizioni a titolo particolare (sulla proprietà) non possono mai eccedere, senza indennizzo, quella portata, al di là della quale il sacrificio imposto venga a incidere sul bene, oltre cuò che è connaturale al diritto dominicale, quale viene riconosciuto nell’attuale momento storico. Al di là di tale confine, essa assume carattere espropriativo”*.²⁹⁵

Esta teoría fue criticada por la doctrina²⁹⁶ por diferentes motivos y esto comporta que parte de la misma haya dudado que a través de ésta pueda llegarse a definir lo que constituye el contenido esencial del derecho de propiedad.

Se le ha objetado que no se trata de un criterio único para la determinación objetiva de lo que es objeto del reconocimiento del Art. 42 CI y, además, no puede sobreentenderse que el interés social o sentir común es el mismo que el propio del Estado.²⁹⁷

La doctrina también ha alertado sobre la inexistencia de un intérprete cualificado para intuir o definir el sentir común de la colectividad. En este punto, algún autor ha propuesto que el sentir común se corresponda con la del legislador que es el representante de los ciudadanos ante las instituciones gubernamentales.²⁹⁸

²⁹⁵ SCC n° 55 de 1968 [GAZZETTA UFFICIALE n° 139 de 1 de junio de 1968]. Esta teoría recurre, por lo tanto, para definir lo que se entiende por el contenido esencial del derecho a la propiedad privada, a la conciencia social y al sentir común de la colectividad. En este sentido, el reconocimiento de la propiedad privada del Art. 42 CI es un reenvío a la realidad social y al sentir común del momento histórico. De esta forma, según esta teoría, se llegaría a entender lo que es objeto de la garantía constitucional del Art. 42 CI.

²⁹⁶ MANGIAMELI, S., *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali...*, op.cit., p. 64-72. Para el derecho español, vid. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, op.cit., p. 416-418.

²⁹⁷ MANGIAMELI, S., *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali...*, op.cit., p. 65-66.

²⁹⁸ GIANNINI, M. S., “Basi costituzionali della proprietà privata”..., op.cit., p. 457. Con este criterio, el de la voluntad del legislador, tampoco puede llegarse a entender lo que es objeto de la garantía constitucional de la propiedad, puesto que el legislador ordinario se expresa por medio de leyes y, por lo tanto, tampoco de esta forma queda patente que es objeto de garantía por la Constitución si ésto es determinado por las leyes ordinarias que emanan del poder legislativo y que se derogan con el tiempo.

C) La teoría de la idea de propiedad del poder constituyente

Esta teoría acude a la idea *preconcebida* que el legislador constituyente tenía del derecho de propiedad, teniendo en cuenta que el Art. 42 CI tiene una función garantística de la institución de la propiedad privada. Esta idea preconcebida de la propiedad como un *prius* se reduce al campo del derecho que es disponible por el legislador, es decir, a la determinación de los modos de adquisición, del goce y de los límites de este derecho.²⁹⁹

Para obtener esta noción o concepto *crystallizzato* del derecho de propiedad, se ha propuesto por la doctrina³⁰⁰ acudir al concepto de este derecho que recoge el Art. 832 CCI, puesto que se trata de una definición de la propiedad del tiempo del constituyente y que indica su contenido, como ya se ha tenido la oportunidad de ver. También puede ser un buen cauce para comprender el concepto de propiedad la legislación especial sobre este derecho.

3.4.2. El alcance del contenido esencial de la propiedad

Una vez que se han expuesto los caminos esbozados por la doctrina para determinar el contenido esencial de la propiedad, cabe estudiar qué facultades comprende este contenido, toda vez que la Constitución italiana, igual que la Constitución española, no lo define.

Antes de entrar a examinar qué es lo que la doctrina y la jurisprudencia han determinado que constituye el contenido esencial de la propiedad, resulta oportuno hacer una serie de consideraciones previas que pueden ser útiles para determinar el contenido esencial de la propiedad.

MANGIAMELI, S., *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali...*, op.cit., p. 66-70. Según MANGIAMELLI, la consecuencia debe ser la misma si el sentir común se corresponde con la concepción histórica del derecho de propiedad de la Corte Costituzionale.

²⁹⁹ MANGIAMELI, S., *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali...*, op.cit., p. 76-77. Según este autor, hay que tener en cuenta que la Constitución no ofrece ninguna definición a partir de la cual pueda entenderse la noción preconstitucional del derecho de propiedad privada. D'ATENA, A., *L'autonomia legislativa delle regioni*, Bulzoni, Roma, 1974, p. 118-119.

³⁰⁰ MANGIAMELI, S., *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali...*, op.cit., p. 80.

La primera de ellas es que, de la misma forma que algunos autores defendían que la función social de la propiedad tenía unos efectos distintos en función de los bienes sobre los cuales recaía, algunos autores son consecuentes con esta idea y defienden lo mismo respecto del contenido esencial de la propiedad, es decir, el contenido esencial de este derecho tiene que determinarse en función de los bienes y no puede hablarse de un contenido esencial mínimo de la institución de la propiedad.³⁰¹

Otros,³⁰² por otro lado, defienden una posición contraria y admiten que la garantía del Art. 42 CI es una garantía para el mantenimiento de la institución de la propiedad y que esta garantía no incide en la tarea delimitadora del legislador del contenido del derecho.

La Corte Costituzionale, a través de su jurisprudencia, ha elaborado distintas teorías en virtud de las cuales el tribunal ha intentado determinar cuándo se produce el sacrificio del contenido esencial de la propiedad por la intervención del legislador. A continuación paso a exponer sintéticamente estas teorías que la Corte Costituzionale ha seguido para determinar cuándo se lesiona el contenido esencial de la propiedad.

A) Las actuaciones delimitadoras y expropiadoras del legislador

Según esta teoría, el contenido esencial de la propiedad es vulnerado cuando la intervención en el contenido del derecho es de tal magnitud que éste sufre un sacrificio real respecto de un bien en concreto y no respecto de todos los bienes de la categoría a la cual pertenece y a todos los propietarios.

La jurisprudencia de la Corte Costituzionale ha sostenido que la determinación del contenido esencial de la propiedad, en ausencia de una previsión constitucional que lo defina, podría deducirse mediante el alcance de la actuación del legislador sobre el contenido del derecho de propiedad, es decir, si su actuación se proyecta sobre la totalidad de una categoría determinada de bienes, -actuación delimitadora-, o si, por el

³⁰¹ PALMA, G., *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà...*, *op.cit.*, p. 168. PERLINGIERI, P., *Introduzione alla problematica della «proprietà»...*, *op.cit.*, p. 31-35.

³⁰² NATOLI, U., *La proprietà: appunti delle lezioni...*, *op.cit.*, p. 57. PERLINGIERI, P., *Introduzione alla problematica della «proprietà»...*, *op.cit.*, p. 33. Lo que quería el constituyente era reconocer un contenido mínimo del derecho de propiedad al propietario en consonancia con otros valores y preceptos constitucionales.

contrario, se trata de una intervención particular sobre un conjunto de bienes determinados, -actuación expropiadora-.³⁰³

Ahora bien, el recurso a esta teoría de origen germánico ha sido criticado por un sector doctrinal. Con esta teoría no se puede llegar a deducir lo que engloba el contenido esencial del derecho de propiedad si puede limitarse el contenido de las distintas categorías de bienes sin el devengo de la consecuente indemnización para los afectados por la intervención delimitadora del legislador. En otras palabras, si el legislador puede delimitar el contenido del derecho de propiedad de las categorías de bienes sin la correspondiente indemnización para los titulares de estos bienes, no se preserva la institución de la propiedad.³⁰⁴

B) La afectación de la intervención al destino natural del bien, la disminución de su valor en cambio en el mercado

En este epígrafe se agrupan aquellas teorías que ponen su acento en la desnaturalización del destino económico del bien o la disminución de su valor económico en el mercado.³⁰⁵

³⁰³ MANGIAMELI, S., *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali...*, op.cit., p. 147. Se trata de la aplicación de la teoría alemana de la *Einzelaktstheorie*. En esta obra se cita la siguiente sentencia: SCC n° 55 de 1968 [GAZZETTA UFFICIALE n° 139, de 1 de junio de 1968]: “*Premesso che l'istituto della proprietà privata è garantito dalla Costituzione e regolato dalla legge nei modi di acquisto, di godimento e nei limiti, la Corte ha osservato che tale garanzia è menomata qualcosa singoli diritti, che all'istituto si ricollegano (naturalmente secondo il regime di appartenenza dei beni configurato dalle norme in vigore), vengano compressi o soppressi senza indennizzo, mediante atti di imposizione che, indipendentemente dalla loro forma, conducano tanto ad una traslazione totale o parziale del diritto, quanto ad uno svuotamento di rilevante entità ed incisività del suo contenuto, pur rimanendo intatta l'appartenenza del diritto e la sottoposizione a tutti gli oneri, anche fiscali, riguardanti la proprietà fondiaria.*” SCC n° 419 de 1996 [GAZZETTA UFFICIALE n° 2 de 8 de enero de 1997]: “*Su un piano più generale, deve essere confermato il principio che l'art. 42 della Costituzione non impone indennizzo quando la legge in via generale regoli diritti dominicali in relazione a determinati fini per assicurare la funzione sociale con riferimento a intere categorie di beni (v. per tutte la sentenza n. 328 del 1990 con richiami), né quando sia regolata la situazione che i beni stessi hanno rispetto ad interessi della pubblica amministrazione, sempre che la legge abbia per destinataria la generalità dei soggetti (sentenza n. 245 del 1976).*”

³⁰⁴ GIANNINI, M. S., “Basi costituzionali della proprietà privata” ..., op.cit., p. 481-482.

³⁰⁵ MANGIAMELI, S., *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali...*, op.cit., p. 147. Se trata de una teoría que fue elaborándose por la jurisprudencia de la Corte Costituzionale: Vid. SCC n° 6 de 1966, SCC n° 55 de 1968 [GAZZETTA UFFICIALE n° 139, de 1 de junio de 1968]: “*Nel determinare tale regime, il legislatore può persino escludere la proprietà privata di certe categorie di beni, come pure può imporre, sempre per categorie di beni, talune limitazioni in via generale, ovvero*

C) La “temporalidad” de la intervención

Según esta teoría, la indemnización correspondiente a una limitación singular del contenido del derecho de propiedad puede excluirse si la intervención tiene una duración limitada en el tiempo.³⁰⁶

autorizzare imposizioni a titolo particolare, con diversa gradazione e più o meno accentuata restrizione delle facoltà di godimento e di disposizione.” SCC n° 56 de 1968 [GAZZETTA UFFICIALE n° 139, de 1 de junio de 1968]: “Espropriazione presupposta in questo articolo non v'è, come mostra di credere la provincia di Bolzano, soltanto quando v'è coattivo trasferimento ad un soggetto legittimato a dare un'ulteriore destinazione ad un bene nell'interesse pubblico, ma v'è in ogni caso in cui si autorizza la pubblica amministrazione ad incidere un diritto relativo a quel bene, sottraendone il godimento, in tutto o in parte, al suo titolare (sentenza 19 gennaio 1966 n. 6); cioè v'è espropriazione pure in ogni caso in cui la menomazione del diritto sia l'effetto dell'esercizio della potestà amministrativa di ridurre l'uso di un bene originariamente a godimento integrale, così da restringerne il contenuto essenziale, oltre che nel caso di trasferimento in mano pubblica della disponibilità di un bene per la realizzazione di un pubblico interesse.” SCC n° 338 de 2011 [GAZZETTA UFFICIALE n° 54 de 28 de diciembre de 2011]: “Nel quadro di tali principi, la norma censurata, nell'interpretazione offerta dalle Sezioni Unite civili, viola sia l'art. 42, terzo comma, Cost., sia l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 1 del primo protocollo addizionale alla CEDU. La disciplina stabilita dall'art. 16 non è, infatti, compatibile con il citato nucleo minimo di tutela del diritto di proprietà, in quanto non contempla alcun meccanismo che, in caso di omessa dichiarazione/denuncia ICI, consenta di porre un limite alla totale elisione di tale indennità, garantendo comunque un ragionevole rapporto tra il valore venale del suolo espropriato e l'ammontare della indennità.”

³⁰⁶ MANGIAMELI, S., *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali...*, op.cit., p. 152-153. En esta obra se citan las siguientes sentencias que elaboraron la teoría de la temporalidad de la intervención: SCC n° 55 de 1968 [GAZZETTA UFFICIALE n° 139, de 1 de junio de 1968]: “Sotto il secondo aspetto, la risoluzione della questione si collega alla prima e ne dipende, nel senso che, una volta riconosciuto il diritto ad un indennizzo, questo dev'essere razionalmente riferito a punti cronologici di operatività, senza creare vuoti che disgiungano illimitatamente la sottomissione immediata del bene dal compenso per la sua perdita, effettiva o virtuale, dilazionando, solo per ciò che riguarda l'onere cui l'Amministrazione è tenuta, l'efficacia dell'atto impositivo.” Vid. SCC n° 225 de 1976 [GAZZETTA UFFICIALE n° 314, de 24 de noviembre de 1976]. SCC n° 260 de 1976 [GAZZETTA UFFICIALE n° 4, de 5 de enero de 1977]: “L'esigenza che i vincoli di destinazione imposti sopra beni determinati di privata proprietà debbano avere efficacia limitata nel tempo è stata riconosciuta dal legislatore non soltanto con la ricordata legge 19 novembre 1968, n. 1187, e con le successive disposizioni di proroga temporanea emanate in vista della riforma del regime urbanistico circa l'uso dei suoli, ma anche con una serie di altre norme legislative, concernenti specificamente l'efficacia dei piani particolareggiati e la loro attuazione.” SCC n° 92 de 1982 [GAZZETTA UFFICIALE n° 137, de 20 de mayo de 1982.]. SCC n° 314 de 2007 [GAZZETTA UFFICIALE n° 29 de 25 de Julio de 2007]: “L'iter interpretativo della garanzia costituzionale in materia di espropriazione ha portato a riconoscere il principio secondo cui, per gli anzidetti vincoli (urbanistici) espropriativi, la reiterazione (o la proroga) comporta – oltre la temporaneità – necessariamente un indennizzo, diretto al ristoro del pregiudizio causato dal protrarsi della durata (sentenza n. 148 del 2003). Ed infatti, questa Corte ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 147, primo ed ultimo comma, del previgente testo unico delle leggi sul Mezzogiorno, approvato con d.P.R. 30 giugno 1967, n. 1523, nella parte in cui dette norme consentivano, senza previsione di indennizzo, che vincoli di destinazione preordinati all'esproprio fossero imposti sui beni di proprietà privata dai piani regolatori delle aree dei nuclei di sviluppo industriale, senza prefissione di un termine di durata (sentenza 260 del 1976).” SCC n° 179 de 1999 [GAZZETTA

La doctrina italiana ha criticado este posicionamiento de la Corte Costituzionale porque la intervención en el contenido esencial, aunque sea limitada temporalmente, puede ser dañosa para el contenido del derecho del propietario y afectar el núcleo esencial del derecho.³⁰⁷

D) La teoría de la inexistencia de un contenido esencial de la propiedad

Un sector doctrinal, ante las dificultades para determinar lo comprendido dentro de la garantía constitucional del contenido esencial de la propiedad, ha llegado a la conclusión de que no existe un contenido esencial o connatural del derecho de propiedad.³⁰⁸

De acuerdo con esta premisa, se ha afirmado que la garantía constitucional del derecho de propiedad tiene que buscarse en la propia Constitución, huyendo, de esta forma, de un concepto apriorístico del derecho de propiedad que haya sido constitucionalizado con el reconocimiento del Art. 42 CI.³⁰⁹

4. La disciplina de la propiedad privada en el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)

4.1. Concepto

El Art. 903 BGB, igual que el Código civil italiano de 1942, define a la propiedad de una forma subjetiva, es decir, tomando en consideración los poderes que se atribuyen al propietario respecto de la cosa de su propiedad.³¹⁰

UFFICIALE n° 21 de 26 de mayo de 1999]. SCC n° 393 de 1991 [GAZZETTA UFFICIALE n° 45 de 13 de noviembre de 1991]. SCC n° 108 de 1986 [GAZZETTA UFFICIALE n° 17 de 30 de abril de 1986].

³⁰⁷ MANGIAMELI, S., *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali...*, op.cit., p. 156.

³⁰⁸ IANNELLI, A., *La proprietà costituzionale...*, op.cit., p. 39. “è concettualmente errato ricercare un contenuto «essenziale» o «connaturale» del diritto di proprietà.”

³⁰⁹ IANNELLI, A., *La proprietà costituzionale...*, op.cit., p. 49-50.

³¹⁰ EIRANOVA ENCINAS, E., *Código Civil alemán comentado BGB*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 291. Art. 903 BGB (poderes de los propietarios): “El propietario de una cosa puede, en tanto que no sea contrario a la ley o a los derechos de terceras personas, proceder con las cosas como le plazca y excluir a otros de cualquier intromisión. El propietario de un animal debe cumplir las disposiciones legales especiales para la protección de los animales cuando ejerza su poder.”

De esta manera, el BGB no contiene una definición del derecho de propiedad en un sentido objetivo, sino lo que hace es fijar su contenido desde la vertiente del titular del derecho dominical. Sin embargo, al igual que la doctrina clásica de otros países europeos como España, Francia o Italia, la propiedad puede definirse como “*el más extenso derecho de dominio que sobre una cosa permite el Ordenamiento jurídico.*”³¹¹

En virtud de la definición del Art. 903 BGB, la doctrina clásica alemana³¹² distinguió dos aspectos de este derecho: en primer lugar, un aspecto interior del mismo que se identifica con la relación que une al propietario con la cosa, es decir, el propietario puede hacer lo que le plazca con la cosa objeto de su derecho, mientras que los titulares de derechos reales pueden gozar de la cosa de una forma muy amplia, siempre y cuando respeten los límites de su derecho. En segundo lugar, se distingue un aspecto exterior del derecho vinculado con el carácter exclusivo del derecho de propiedad y que pone en relación al propietario con terceros. En este sentido, el propietario puede excluir que cualquier otro particular entre en el goce de la cosa.

Ahora bien, conceptualmente, la propiedad es el derecho subjetivo más extenso sobre una cosa mueble o inmueble que el Ordenamiento jurídico reconoce a un particular, siempre y cuando el ejercicio del derecho del propietario sea acorde con los límites que le imponen las leyes y con el respeto de los derechos reales que otros tengan sobre la misma cosa.³¹³

³¹¹ ENNERCCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil*, v. I, t. III, *ob. trad. por* PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., Bosch, Barcelona, 1971, p. 326-327, 330. La definición del Art. 903 BGB fue criticada por razones de política jurídica. Ante la imposibilidad de definir objetivamente las facultades del propietario resulta difícil crear nuevos derechos de contenido parcial que se asimilen lo más posible al derecho de propiedad. PLANITZ, H., *Principios de derecho privado germánico*, *ob. trad. por* MELON INFANTE, C., Bosch, Barcelona, 1957, p. 101. HEDEMANN, J. W., *Derechos reales*, t. II, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1955, p. 326. WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette*, *ob. trad. por* FADDA, C., y BENZA, P. E., t. I, UTET, Torino, 1930, p. 591. Para el estudio de la evolución del derecho germánico y del BGB, *vid.* WIEACKER, F., *Historia del derecho privado de la Edad moderna*, *ob. trad. por* FERNÁNDEZ JARDÓN, F., Aguilar, Madrid, 1957.

³¹² VON TUHR, A., *Derecho Civil. Los derechos subjetivos y el patrimonio*, v. I, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 137-138. WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette...*, *op.cit.*, p. 590. ENNERCCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil...*, *op.cit.*, p. 327. Lo que hace el Art. 903 BGB es presumir la libertad de acción del propietario y que sus actos se han ejecutado conforme a derecho. El que alegue una limitación en el derecho de señorío del propietario tendrá que probarlo.

³¹³ VON TUHR, A., *Derecho Civil. Los derechos subjetivos y el patrimonio...*, *op.cit.*, p.137-139. En consecuencia, la definición objetiva del contenido del derecho de propiedad clásica se establecía

Actualmente, es comúnmente aceptado por la doctrina moderna que el derecho de propiedad no puede definirse objetivamente sin tener en cuenta el resto del Ordenamiento jurídico en el cual se inserta y el contexto social históricamente dado. Por lo tanto, el Art. 903 BGB, al igual que sus artículos homólogos de los códigos continentales, tiene un valor simbólico que impide que este artículo sea la imagen de este derecho.³¹⁴

4.2. *Las características del derecho de propiedad*

4.2.1. Absoluto

Para la doctrina clásica, el derecho de propiedad otorgaba al propietario la facultad de hacer lo que deseaba con la cosa, no solo en el ejercicio actual de su voluntad, sino también su voluntad potencial. Esto quiere decir que el Ordenamiento jurídico protegía al propietario para hacer lo que le conviniera con la cosa también en el futuro, lo que quiere decir que el propietario podía no usar y disponer de la cosa durante un largo período de tiempo y no por esta razón el ejercicio de su derecho no era conforme a al mismo o antisocial.³¹⁵

Los actos del propietario que emanan de su voluntad pueden materializarse mediante actos materiales sobre la cosa, es decir, usarla, consumirla o hasta el punto de destruirla,

aisladamente y negativamente en función de la concurrencia o no sobre la cosa de derechos reales que suponían una falta de atribución de determinadas facultades dominicales al titular del derecho real *in re aliena*. ENNERCCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil...*, *op.cit.*, p. 328. La idea de que la propiedad también comporta deberes para el propietario aparece por primera vez en el Art. 153 de la Constitución de Weimar de 1919, donde se afirma que la propiedad obliga. Esto supuso una quiebra con la concepción imperante hasta entonces del carácter absoluto de los derechos subjetivos, para pasar a una noción más completa, compleja y variable donde tengan cabida las obligaciones que se imponen al propietario, junto con sus facultades sobre la cosa objeto de su poder. EIRANOVA ENCINAS, E., *Código Civil alemán comentado BGB...*, *op.cit.*, p. 291. WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette...*, *op.cit.*, p. 595-603. En el derecho romano las principales limitaciones que se imponían al propietario se conectaban con las relaciones de vecindad.

³¹⁴ HEDEMANN, J. W., *Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 326-327.

³¹⁵ VON TUHR, A., *Derecho Civil. Los derechos subjetivos y el patrimonio...*, *op.cit.*, p.60. HEDEMANN, J. W., *Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 140. WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette...*, *op.cit.*, p. 591-593.

pero también pueden materializarse mediante actos jurídicos de disposición que pueden traducirse en la transmisión voluntaria de su derecho.³¹⁶

El término absoluto también puede interpretarse partiendo de la posición de ventaja del propietario que tiene un derecho de señorío sobre la cosa de manera directa e inmediata que es eficaz frente a todos. En contraposición, los titulares de derechos personales o de crédito solo vinculan a las partes de la relación jurídica.³¹⁷

Un sector doctrinal³¹⁸ también habla de *principio de universalidad* del derecho de propiedad, de forma análoga a la *generalidad* del derecho de propiedad, que defiende la doctrina española, francesa e italiana. Se dice que el poder del propietario abarca todas las facultades posibles amparadas por el Ordenamiento jurídico y a él le compete decidir el destino jurídico de la cosa.

El Art. 903 BGB acaba concluyendo que el propietario puede proceder con la cosa según su voluntad mientras no contravenga la ley o perjudique los derechos de terceros, con lo que las facultades del propietario no son ilimitadas y el propio Código civil alemán abre la puerta a imponer límites al ejercicio de su derecho, del mismo modo que los códigos civiles español, francés e italiano.

Este artículo tiene que ser puesto en relación con el Art. 904 BGB que dispone que: “*El propietario de una cosa no está autorizado a prohibir la intromisión de otro sobre la cosa, si dicha intromisión es necesaria para evitar un riesgo actual y el daño que amenaza es desproporcionadamente grande en relación con el daño causado al*

³¹⁶ ENNERCCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil...*, op.cit., p. 335. De acuerdo con la diferenciación del contenido del derecho de propiedad antes apuntada, estos autores afirman que los actos de disposición y disfrute de la cosa constituyen el núcleo positivo del derecho. LARENZ, K., *Derecho civil. Parte General*, ob. trad. por IZQUIERDO MACÍAS-PICAVEA, M., Edersa, Jaén, 1978, p. 53. ARNDTS, L., *Trattato delle Pandette*, ob. trad. por SERAFINI, F., 3ª ed., Tipi fava e garagnani, Bologna, 1877, p. 253-254.

³¹⁷ PLANITZ, H., *Principios de derecho privado germánico...*, op.ci., p. 98. BETTI, E., *Système du Code civil allemand*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 104. De la definición del Art. 903 BGB se desprende que el legislador alemán definió el derecho de propiedad libre de cargas. No obstante, la doctrina que ha interpretado este artículo sostiene que el propietario tiene que ejercitar su derecho conforme a la función social de la propiedad.

³¹⁸ HEDEMANN, J. W., *Derechos reales...*, op.cit., p. 141-146.

propietario por la intromisión. El propietario puede exigir indemnización del daño causado a él."³¹⁹

4.2.2. Exclusivo

El derecho de propiedad es exclusivo, lo que quiere decir que el propietario está facultado para impedir las intromisiones de terceros en la cosa de su poder.³²⁰

Ahora bien, el propietario también puede tolerar estas intromisiones de terceros en ejercicio de sus derechos y, fruto de ello, es el nacimiento de los derechos reales limitados en cosa ajena que otros tienen sobre la cosa de su propiedad. Si bien estos derechos limitan notablemente las facultades del propietario, éste volverá a recuperarlas una vez se extingan los derechos que gravan su propiedad.³²¹

En relación con el carácter exclusivo del dominio hay que decir que el Código civil alemán huye de las formas de dominio dividido en consonancia con los otros códigos continentales, pues la doctrina defiende que no puede haber otro sujeto que ostente el mismo estatuto jurídico que el propietario respecto de la cosa. De esta forma, no cabe la división de su derecho.³²²

4.2.3. Elástico

El derecho de propiedad se distingue de los demás derechos reales, entre otras cosas, por la capacidad de recuperar todas las facultades que se comprenden en su contenido, una vez se han extinguido los gravámenes que privaban temporalmente al propietario de algunas de las atribuciones dominicales. Por consiguiente, los derechos reales gravan el

³¹⁹ MELON INFANTE, C., *Código civil alemán*, Bosch, Barcelona, 1955, p. 190-191. Se desprende del Art. 903 BGB que el derecho del propietario también puede estar limitado por derechos de terceros, es decir, por las relaciones de vecindad o por los derechos que otro tenga sobre la cosa.

³²⁰ ENNERCCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil...*, *op.cit.*, p. 335. LARENZ, K., *Derecho civil. Parte General...*, *op.cit.*, p. 53.

³²¹ HEDEMANN, J. W., *Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 146.

³²² HEDEMANN, J. W., *Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 146-149. "junto al propietario no puede surgir otra persona con el mismo carácter, sino que a este otro le compete a lo sumo un *ius in re aliena*".

derecho de propiedad y, una vez extinguidos, el propietario recobra todas las facultades del dominio.³²³

4.2.4. Perpetuo

“*La propiedad sobre una cosa solo puede constituirse como un derecho pleno e ilimitado en cuanto al tiempo y a la substancia.*”³²⁴ Se ha defendido por la doctrina alemana la perpetuidad del dominio, sin que se haya discutido acerca de este rasgo, en contraposición con lo que se vio en el derecho italiano o francés.

4.3. El contenido del derecho de propiedad

La doctrina clásica alemana prácticamente distinguió dos facultades que integraban necesariamente el contenido esencial del derecho de propiedad, éstas son la facultad de goce y la facultad de disposición.³²⁵

Sin embargo, fruto de la propia evolución de la institución dominical, hoy en día la doctrina alemana también ha huido de aquella forma de concebir el derecho de propiedad como una suma de facultades o poderes del propietario, sino que este derecho se concibe en abstracto y de forma generalizada, sin que sea posible enumerar exhaustivamente las facultades del propietario.³²⁶

³²³ ENNERCCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil...*, op.cit., p. 328. HEDEMANN, J. W., *Derechos reales...*, op.cit., p. 146.

³²⁴ ENNERCCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil...*, op.cit., p. 329. HEDEMANN, J. W., *Derechos reales...*, op.cit., p. 146, 329. “*la propiedad tiene en su esencia un valor de eternidad*”.

³²⁵ PLANITZ, H., *Principios de derecho privado germánico...*, op.cit., p. 101-103. Es interesante destacar las variaciones que ha experimentado el derecho de propiedad a lo largo de la historia. PLANITZ explica que la propiedad medieval únicamente otorgaba el derecho de gozar de la cosa como consecuencia de las cargas feudales sobre la cosa. Según el autor, precisamente esto explica la propiedad dividida que representaban los censos rurales. *Cuando la propiedad inmobiliaria y el derecho de disfrute eran solo manifestaciones de un derecho de señorío unitario sobre la finca, se atribuía también al titular del disfrute la propiedad (propiedad dividida). El vasallo y el censatario, que se establecían duraderamente sobre su bien inmueble, no gozaban en el concepto público de una menor vinculación con su finca que la que se atribuía al señor mismo.*”

Posteriormente, con la abolición de la propiedad colectiva, la facultad de disposición fue incorporándose dentro del contenido del derecho de propiedad, lo que inevitablemente condujo a una progresiva supresión de los derechos reales rurales, como los censos.

³²⁶ HEDEMANN, J. W., *Derechos reales...*, op.cit., p. 327.

Antes de exponer esquemáticamente las facultades que comprende el dominio, la doctrina alemana, en consonancia con la doctrina comparada, ha defendido que el contenido del derecho de propiedad no solo está integrado por un conjunto positivo de facultades, sino que: “*El propietario tiene el deber de ejercer su derecho atendiendo también a los intereses sociales [...]. Esta obligación social no es solo un límite o un gravamen impuesto desde fuera, sino correlato necesario a las atribuciones del propietario, y forma, por tanto, parte del contenido de la propiedad incluso cuando no está concretada en un determinado aspecto por medio de una ley especial.*”³²⁷

En general, puede sostenerse que las facultades del propietario se circunscriben en dos grandes grupos, siempre y cuando el ejercicio de su derecho respete los límites establecidos por el Ordenamiento jurídico: la facultad de disponer de la cosa en un sentido material y jurídico y la facultad de goce.

4.3.1. La facultad de goce

Por lo que se refiere al derecho de propiedad, el propietario puede tomar posesión de su bien mueble o inmueble, usarlo, disfrutarlo y hasta puede destruir la cosa objeto de su derecho de propiedad.³²⁸

4.3.2. La facultad de disposición

La facultad de disposición se vincula directamente sobre la existencia del derecho, es decir, el propietario puede transmitir, modificar, gravar o suprimir su derecho.³²⁹

5. La disciplina de la propiedad privada en la Constitución alemana

5.1. El reconocimiento del derecho a la propiedad privada

La Constitución de la República federal alemana dedica su Art. 14 a la institución de la propiedad privada y se pronuncia en unos términos parecidos al Art. 33 CE y 41 CI:

³²⁷ HEDEMANN, J. W., *Derechos reales...*, op.cit., p. 335.

³²⁸ LEHMANN, H., *Tratado de derecho civil. Parte general, ob. trad. por NAVAS, J. M^a.*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 158. HEDEMANN, J. W., *Derechos reales...*, op.cit., p. 337. Con esto no se quiere decir que el propietario actúe abusando de su derecho. LARENZ, K., *Derecho civil. Parte General...*, op.cit., p. 53.

³²⁹ LEHMANN, H., *Tratado de derecho civil. Parte general...*, op.cit., p. 164. LARENZ, K., *Derecho civil. Parte General...*, op.cit., p. 53.

“La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por la ley.

La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común.

La expropiación está permitida solo por razones de bien común. Podrá ser efectuada solo por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y el monto de la indemnización. La indemnización se fijará considerando en forma equitativa los intereses de la comunidad y de los afectados. En caso de discrepancia sobre el monto de la indemnización quedará abierta la vía judicial ante los tribunales.”

En la primera parte del primer párrafo se encuentra el reconocimiento del derecho a la propiedad privada, pues la palabra propiedad debe ser interpretada en un sentido amplio, asociado al patrimonio y a la idea político-social que se tenga de ella. Se trata, por lo tanto, de un reconocimiento institucional, toda vez que, con tal enunciado, la propiedad privada se convierte en uno de los pilares fundamentales del Estado alemán sobre el cual se estructura la organización política y económica de dicho Estado.³³⁰

Junto a este reconocimiento institucional de la propiedad privada en la Constitución alemana, la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional también ha afirmado que la garantía constitucional del Art. 14 CRFA se refiere al reconocimiento de la propiedad privada como un derecho subjetivo de los ciudadanos, en unos términos similares a lo que ya se ha visto en las constituciones española e italiana.³³¹

³³⁰ ENNECCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil...*, op.cit., p. 321-322. STERN, K., “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”..., op.cit., p. 265. “Determinados preceptos en que se proclaman derechos fundamentales garantizan institutos de derecho privado y público. A esta categoría pertenecen: [...] la propiedad y la herencia (art. 14 LF) [...]. Unas y otras actúan como garantías de instituto o garantías institucionales”. SALVADOR MARTÍNEZ, M., “El doble contenido de los derechos fundamentales en la doctrina alemana”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henés*, nº. 7, 1997-1998, p. 121. El derecho a la propiedad pertenece a la categoría de los derechos de defensa. En esta categoría se incluirían los derechos que tratan de asegurar un ámbito de libertad del particular frente a las intromisiones del Estado. EIRANOVA ENCINAS, E., *Código Civil alemán comentado BGB...*, op.cit., p. 291. PAREJO ALFONSO, L., “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el derecho alemán (I)”..., op.cit., p. 248. La garantía del derecho de propiedad del Art. 14 CRFA y su reconocimiento “Comprende, por lo tanto, no solo la protección estatal de los referidos derechos en interés de su titular y para su afirmación en caso de ataques de terceros, sino [...] la exigencia de la extensión del acceso a las antes aludidas bases de la subsistencia y del desarrollo personal a la masa de la población.”

³³¹ PAREJO ALFONSO, L., “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el derecho alemán (I)”..., op.cit., p. 248. El autor cita las STFC de 18 de diciembre de 1968 y de 19 de junio de 1969.

Sin embargo, de la primera parte del Art. 14 CRFA, -La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados-, no puede intuirse cuál es el alcance de la garantía constitucional, con lo que la doctrina concluyó que la virtualidad del reconocimiento del derecho a la propiedad privada es indeterminado, y por lo tanto, tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional llegaron a la conclusión de que el reconocimiento del Art. 14 CRFA tenía dos vertientes: una institucional y otra subjetiva.³³²

5.2. *La función social de la propiedad*

El Art. 14.1 CRFA, inmediatamente después de proclamar la garantía del derecho a la propiedad privada, establece que el contenido de esta institución y sus límites serán determinados por la ley. Este enunciado, junto con el segundo párrafo del mismo artículo, plantea el debate sobre el ámbito de actuación del legislador para la regulación del derecho de propiedad en Alemania con base en su función social.

5.2.1. Concepto

El Art. 14 de la CRFA no menciona explícitamente la función social de la propiedad, pero en el segundo párrafo de este precepto queda claro que el legislador constituyente alemán quiso asegurar que la propiedad tuviera que servir también al interés colectivo de la sociedad, además del interés privado del propietario que reconoce y ampara el primer párrafo de aquel artículo.

De esta forma, la doctrina alemana ha sostenido que la función social atempera el ejercicio del derecho del propietario con el fin de evitar el abuso de su derecho.³³³

³³² PAREJO ALFONSO, L., “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el derecho alemán (I)”..., *op.cit.*, p. 249. “*El alcance material de la garantía es, así, constitucionalmente indeterminado. La protección opera más bien a través de la atribución de un derecho subjetivo, es decir, de un poder de acción para defender la integridad de la posición jurídica dominical*”.

³³³ ENNECCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil...*, *op.cit.*, p. 323. “*el contenido de la propiedad puede ser configurado de tal suerte, en interés público o en el de la economía general, que al propietario le sean negadas determinadas formas de uso, o se le impongan deberes de tolerancia, o se le exijan acciones positivas.*”

5.2.2. Alcance y efectos

De acuerdo con lo dicho en el epígrafe anterior, el propietario tiene que ejercer su derecho teniendo en consideración el interés social.

En el derecho alemán también se ha discutido sobre el carácter interno o externo de la función social, es decir, si forma parte del contenido del derecho de propiedad o si, en caso contrario, se trata de un límite impuesto al propietario. La doctrina más autorizada se ha manifestado, igual que la doctrina española e italiana mayoritaria, en un sentido inclusivo, es decir, considera que la función social de la propiedad forma parte del contenido de este derecho y que sus efectos se dirigen también hacia el propietario que tendrá que procurar que, junto con la satisfacción de su interés, se vea cumplido también el bien social.³³⁴

Por lo tanto, la función social de la propiedad forma parte del contenido del derecho de propiedad y sus efectos se centran en el propietario, quien deberá ajustar el ejercicio de su derecho en ausencia de una disposición legal en virtud de la cual se impongan determinados deberes de conducta o restricciones a su derecho.³³⁵

Aunque los efectos de la función social de la propiedad se dirijan principalmente al propietario, esto no obsta para que también el legislador se vea afectado por esta institución, pues la función social también es un principio programático dirigido al legislador para promover, con sus políticas, los fines sociales del dominio.³³⁶

5.3. La garantía del contenido esencial de la propiedad. La Wesensgehaltgarantie

El Art. 19 CRFA se refiere a la garantía del contenido esencial de la propiedad:

“1. Cuando conforme a esta Constitución un derecho fundamental pueda ser limitado por Ley o con base a una Ley, ésta debe tener vigencia general y no solo para el caso concreto. Además, la Ley debe citar el derecho fundamental, con indicación del Art. correspondiente.

³³⁴ ENNECCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil...*, op.cit., p. 335. “Esta obligación social no es solo un límite o un gravamen impuesto desde fuera, sino correlato necesario de las atribuciones del propietario, y forma, por tanto, parte del contenido de la propiedad”.

³³⁵ ENNECCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil...*, op.cit., p. 335.

³³⁶ ENNECCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil...*, op.cit., p. 335.

2. *En ningún caso puede ser afectado un derecho fundamental en su contenido esencial.*”³³⁷

La doctrina alemana no ha dado al Art. 19 CRFA la trascendencia que sí la doctrina española dio al Art. 53.2 CE, toda vez que, como refleja la obra de PAREJO ALFONSO, la doctrina alemana ha considerado que el Art. 19.2 CRFA es una garantía secundaria de los derechos fundamentales, es decir, una vez reconocido el derecho fundamental a la propiedad privada, el legislador, a través de la regulación del contenido de dicho derecho mediante las leyes ordinarias, no podría reducir su contenido básico.³³⁸

5.3.1. Las teorías para intuir el contenido esencial de la propiedad

La doctrina alemana fue especialmente proclive a desarrollar teorías para la determinación del contenido esencial del derecho de propiedad, es decir, aquel mínimo de facultades y atributos que necesariamente tienen que reconocerse al propietario para que se derecho no quede desnaturalizado. Esto se debe a que el primer párrafo del Art. 14 CRFA establece que el contenido del derecho de propiedad y sus límites serán determinados por la ley.³³⁹

A continuación se exponen las distintas teorías elaborados por la doctrina alemana para determinar el contenido esencial del derecho de propiedad.

³³⁷ PAREJO ALFONSO, L., “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el derecho alemán (I)”..., *op.cit.*, p. 270.

³³⁸ PAREJO ALFONSO, L., “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el derecho alemán (I)”..., *op.cit.*, p. 271. PAREJO cita a HÄBERLE como el principal avalador de esta posición respecto de la garantía del contenido esencial del Art. 19.2 CRFA. Según este autor, el valor del Art. 19.2 CRFA es puramente declarativo y asegurador. PAREJO también cita a BREUER, quien destaca el rol secundario que juega el Art. 19.2 CRFA en lo que se refiere a la protección del contenido de los derechos fundamentales.

Ahora bien, sin perjuicio de lo último que se acaba de decir, los mismos autores citados sostienen que la *Wesensgehaltgarantie* es una garantía también institucional, como la garantía institucional del reconocimiento de los derechos fundamentales.

³³⁹ STERN, K., “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”..., *op.cit.*, p. 274. Igual que el Art. 53 CE, la Constitución alemana contiene en materia de propiedad una reserva parlamentaria, en virtud de la cual “lo “esencial” ya no puede ser resuelto en virtud de un apoderamiento legal por el titular de la potestad reglamentaria, sino que ha de ser regulada en la propia ley.”

A) La teoría del acto concreto. La *Einzelaktstheorie*

La autoría de esta teoría se atribuye a ANSCHÜTZ y constituye el primer intento de la doctrina alemana y, en consecuencia del resto de países europeos, para determinar el contenido esencial de los derechos en general y de la propiedad en particular.³⁴⁰

En los epígrafes dedicados al estudio del contenido esencial de la propiedad en Italia ya se hizo referencia a la *einzelaktstheorie* como una teoría que se basa en la categoría que pertenecen los bienes para determinar su contenido esencial. Es decir, en virtud de esta teoría, no se podría hablar de un contenido esencial de la institución dominical, sino que los bienes se encuentran divididos en categorías en función de sus propiedades, y es en función de la categoría a la cual pertenecen que puede determinarse su contenido esencial.³⁴¹

En virtud de *einzelaktstheorie*, la regulación del legislador sobre el contenido esencial de una clase de bienes determinados no sería indemnizable por cuanto afecta a todos los propietarios de dichos bienes. En otras palabras, la regulación sobre el contenido de una categoría de bienes no da lugar a indemnización por ser una intervención de alcance general y que afecta por igual a un conjunto de propietarios y no a propietarios individualmente considerados.³⁴²

Según algunos autores, esta teoría choca con el reconocimiento de la propiedad privada como institución del Art. 14 CRFA que parece que evoca a un contenido esencial común de todas las formas de propiedad, independientemente de la categoría de pertenencia de los distintos bienes.³⁴³

³⁴⁰ PAREJO ALFONSO, L., “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el derecho alemán (II)”, en *REDA*, nº 19, 1978, p. 551-552.

³⁴¹ MANGIAMELI, S., *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali...*, *op.cit.*, p. 147. D’ANGELO, G., *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all’indennizzo...*, *op.cit.*, p. 193.

³⁴² PAREJO ALFONSO, L., “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el derecho alemán (II)”..., *op.cit.*, p. 552-553. Por esta razón BREUER llama a esta teoría *individualaktstheorie*.

³⁴³ D’ANGELO, G., *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all’indennizzo...*, *op.cit.*, p. 193-195. La doctrina italiana puede traerse para estudiar la propiedad en Alemania, toda vez que en las constituciones de ambos países se reconoce el derecho de propiedad de forma similar.

Esta teoría, que ha sido prácticamente abandonada para la determinación del contenido esencial de los derechos. No explica qué ocurre en los supuestos intermedios, es decir, cuando la expropiación no afecta a todos los propietarios de un tipo de bienes, sino a unos cuantos. Pensemos en la afectación del contenido esencial de la propiedad debido a una nueva planificación urbanística o la creación de una zona de protección especial como puede ser una reserva natural.³⁴⁴

B) La teoría del sacrificio especial. La *Sonderopfertheorie*

Se trata de una evolución de la *einzelaktstheorie* y que tuvo su principal avalador la sentencia del Gran Senado Civil de 10 de junio de 1952. Parte de la misma base de la *einzelaktstheorie*, pero la transforma porque considera que se está ante un acto expropiativo del legislador cuando el sacrificio es especial y no concreto, es decir, la expropiación constituye una afectación desigual y especial sobre un conjunto de propietarios y les impone un sacrificio especial en beneficio de la colectividad que no es exigible a todos. La infracción del principio de igualdad se encuentra en la base de esta teoría.³⁴⁵

C) La teoría de la gravedad de la lesión. La *Schweretheorie*

Esta teoría, que tiene su fundamento en la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-administrativo de 12 de junio de 1957, fue la primera que se basó en criterios materiales para delimitar el contenido esencial de los derechos. Es decir, la

Se han detectado otros inconvenientes a esta teoría que tienen que tenerse en cuenta si se quiere llegar a intuir el contenido esencial de la propiedad a través de ella: “*La teoría in questione non garantisce nemmeno il diritto di proprietà individuale su beni costituenti una parte di categorie riconosciute alla legge, perchè essa consentirebbe al legislatore di annullare [...] la proprietà privata di beni appartenenti a un gruppo non specificamente determinato di persone, senza concedere a queste alcun compenso.*”

³⁴⁴ PAREJO ALFONSO, L., “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el derecho alemán (II)”..., *op.cit.*, p. 553.

³⁴⁵ PAREJO ALFONSO, L., “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el derecho alemán (II)”..., *op.cit.*, p. 554-558. Las críticas a esta teoría se basaron principalmente en que ésta se fundamenta en la vulneración del principio de igualdad como el único criterio válido para diferenciar entre aquellas actuaciones del legislador que afectan al contenido esencial de la propiedad y, por lo tanto, constituyen un acto expropiativo, de aquellas actuaciones que suponen una delimitación general del derecho.

El principio de igualdad ha venido siendo entendido como interdicción de la arbitrariedad y de la discriminación, con lo que los defensores de esta tesis defendieron una nueva vertiente del principio de igualdad, esta es la contribución desigual a los sacrificios públicos.

Schweretheorie no se basa en criterios formales como el número de afectados o la vulneración del principio de igualdad, sino que el punto clave se encuentra en la gravedad y en la profundidad de la intervención del legislador en el contenido esencial del derecho.³⁴⁶

D) La teoría de la dignidad de la protección. La *Schzwüdigkeitstheorie*

La autoría de esta teoría se atribuye a WALTER JELLINEK. Según este autor, el derecho de propiedad es un derecho debilitado por la presencia de otros intereses y de los derechos de terceros.

En consecuencia, la posible afectación del contenido esencial de la propiedad no trae causa en la ley o en una norma de rango de ley, sino en la propia concepción colectiva de esta institución. No es la ley la que debilita la propiedad, sino que es la concepción de la sociedad de esta institución que la ha debilitado. Por lo tanto, la determinación del contenido esencial de la propiedad se deberá determinar con base en la historia, los valores sociales establecidos, los usos lingüísticos y las expresiones legales.³⁴⁷

Esta teoría pone su acento en la conciencia social y en la concepción de la propiedad del legislador ordinario en un momento dado, es decir, lo que el Art. 14 CRFA protege y reconoce como contenido esencial de la propiedad viene por la imagen que la sociedad se ha hecho de la propiedad a lo largo de la historia.³⁴⁸

³⁴⁶ PAREJO ALFONSO, L., “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el derecho alemán (II)”..., *op.cit.*, p. 558-559. Según BREUER, esta teoría es útil en su momento inicial, es decir, para determinar la gravedad de la intervención del legislador en el contenido esencial del derecho, pero no para fijar la indemnización de la expropiación. Algún autor ha afirmado que la adopción de esta teoría como medio para determinar el contenido esencial de los derechos supone el abandono de un criterio objetivo y la remisión a las circunstancias del caso concreto, con lo que se llega a una situación de inseguridad jurídica.

³⁴⁷ PAREJO ALFONSO, L., “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el derecho alemán (II)”..., *op.cit.*, p. 559-561. Las intervenciones en el contenido esencial de la propiedad se medirían en una escala de 0 (propiedad ilimitada) a 100 (limitación absoluta de la propiedad). Factores como el número de afectados, la intensidad de la intervención o el fin de la medida determinarían la calificación de la afectación en el contenido esencial. Además, la afectación del contenido esencial fijada con base en una escala teniendo en cuenta los factores antes indicados es solo aparente, pues la determinación de un nivel a partir del cual se entienda que se ha vulnerado el contenido esencial de la propiedad puede ser indeterminado y arbitrario.

³⁴⁸ MANGIAMELI, S., *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali...*, *op.cit.*, p. 64-72.

La doctrina ha huido de confiar a esta teoría la determinación del contenido esencial de la propiedad. Se dice que la garantía del contenido esencial de la propiedad no sería eficaz en cuanto a garantizar un ámbito que necesariamente tiene que salvaguardarse si su protección descansa sobre la imagen que la sociedad o el legislador ordinario tienen de la institución en un momento histórico determinado.³⁴⁹

E) La teoría de la exigibilidad. La *Zumutbarkeitstheorie*

Esta teoría, ideada por STÖDTER, también se basa en el principio de igualdad, igual que la *Sonderopfertheorie*, pero para determinar si la actuación del legislador vulnera o no el contenido esencial de la propiedad parte de criterios materiales y no formales.³⁵⁰

Para determinar el punto a partir del cual el legislador, con su intervención, incurre en una vulneración del contenido esencial de la propiedad, STÖDTER acude a los mismos parámetros que JELLINEK, es decir, a la historia, a los valores sociales y a las diferentes expresiones legislativas reguladoras de la institución, con lo que el contenido esencial de la propiedad se fija con base en la concepción de la colectividad, igual que la *Schzwüdigkeitstheorie*.³⁵¹

F) La teoría de la minoración de la sustancia. La *Substanzminderungstheorie*

La *Substanzminderungstheorie*, ideada por el alemán SCHELCHER, es una teoría que para determinar el contenido esencial de la propiedad se centra en la sustancia del derecho –*Wesensgehalt*-. Se trata, a primera vista, de un criterio más sólido en comparación con los que se han expuesto anteriormente, pero la doctrina se ha

³⁴⁹ D'ANGELO, G., *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all'indennizzo...*, *op.cit.*, p. 204-208.

³⁵⁰ PAREJO ALFONSO, L., “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el derecho alemán (II)”..., *op.cit.*, p. 561. “A este respecto, el criterio básico es el de la medida y profundidad de la intervención y de su aficción a la sustancia del derecho de que se trate”. El contenido del derecho de propiedad estaría formado por un envoltorio cuya afectación por el legislador sería exigible y, por lo tanto, carente de indemnización, mientras que la afectación del contenido esencial sería inexigible y su afectación comportaría el deber de indemnizar al propietario.

³⁵¹ *Ibidem*. Las críticas a esta teoría van en la misma dirección que las de la *Einzelaktstheorie* y la *Sonderopfertheorie*, pues la fórmula accidental = exigible y esencial = inexigible se asemeja a las fórmulas de aquellas teorías, es decir, general = igualdad y especial = desigualdad.

encargado de evitar que por esta vía se llegue a la petrificación del contenido esencial de la propiedad y que se mantenga inmutable a lo largo del tiempo.³⁵²

Lo que se quiere decir es que la intervención del legislador en el contenido esencial de la propiedad es indemnizable cuando afecta a la *Wesensgehalt* de forma tan intensa que la destruye o condiciona a la realización económica de la propiedad.³⁵³

De esta forma, el contenido esencial del derecho va evolucionando al compás del tiempo, aunque no con la celeridad de la *Schzwüdigkeitstheorie* y de la *Zumutbarkeitstheorie*, pues además de tenerse en cuenta la coyuntura económica y social del momento, se delimitan unos contornos del derecho que han de tenerse en cuenta en todo caso.³⁵⁴

Como se ha expuesto en el epígrafe anterior, el problema se trasladaría en determinar el criterio objetivo a partir del cual pueda determinarse que el contenido esencial del derecho de propiedad, la *Substanz*, ha sufrido un daño de suficiente entidad como para ser indemnizable, según lo prevenido en el Art. 14.3 CRFA.³⁵⁵

Si bien el derecho de propiedad reconocido en el Art. 14 CRFA puede ser limitado por el legislador en virtud de la presencia de los intereses de la comunidad que también necesariamente tienen que protegerse, de lo que se trata aquí es de distinguir los aspectos accidentales del derecho o secundarios de aquéllos que son fundamentales y, en consecuencia, tienen que ser respetados por el legislador en su faceta de delimitación

³⁵² D'ANGELO, G., *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all'indennizzo...*, *op.cit.*, p. 208-209.

³⁵³ PAREJO ALFONSO, L., “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el derecho alemán (II)”..., *op.cit.*, p. 562. Se trata de una teoría que intentó delimitar el contenido esencial de la propiedad con base en criterios materiales, aunque, como se verá, no consiguió pasar de la mera declaración de intenciones sin que consiguiera establecer la frontera entre el contenido esencial de la propiedad y el contenido accidental.

³⁵⁴ D'ANGELO, G., *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all'indennizzo...*, *op.cit.*, p. 210.

³⁵⁵ STERN, K., “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”..., *op.cit.*, p. 271.

del derecho de acuerdo con la habilitación de la segunda parte del Art. 14.1 CRFA, cosa que no consiguió esta teoría.³⁵⁶

G) La teoría de la utilidad privada. La *Privatnützigkeitstheorie*

La teoría de REINHARDT fue el último intento de ofrecer una solución para la determinación del contenido esencial de la propiedad una vez promulgada la Constitución alemana.

Se dice por este autor que la utilidad privada, por sí misma, no es capaz de alcanzar un razonable equilibrio de intereses entre los intereses privados y públicos existentes en toda sociedad y, por lo tanto, es necesario adoptar un mecanismo corrector que permita que, junto con la satisfacción del interés privativo, se consiga la realización del bien común. Es aquí donde tiene un papel destacado la función social de la propiedad, que se inserta dentro del contenido de la propiedad.³⁵⁷

Las críticas de la doctrina respecto de esta teoría se han centrado en el vacío que aboca la utilización de esta teoría, pues son indeterminados los conceptos de “utilidad privada” y “uso del bien conforme a su destino económico”. Se trata de unos conceptos abstractos cuyo contenido depende de la política legislativa en un momento dado, con la falta de seguridad jurídica que sugiere este extremo, pues la determinación del contenido esencial puede variar en el tiempo, pero debe tener una cierta consistencia como para concebir a la institución dominical como tal y no accidentalmente.³⁵⁸

³⁵⁶ STERN, K., “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”..., *op.cit.*, p. 275. “El objeto de protección lo constituye el contenido esencial específico del derecho fundamental en cuestión, esto es; los elementos identificativos y tipificadores de ese derecho fundamental. [...] esto exige la búsqueda de lo esencial del derecho fundamental y la delimitación frente a sus partes accidentales. De lo que se trata es [...] de un núcleo interno que se encuentra protegido frente a la capa exterior. Este núcleo interno del supuesto fáctico de los derechos fundamentales es objeto de una protección absoluta.”

³⁵⁷ PAREJO ALFONSO, L., “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el derecho alemán (II)”..., *op.cit.*, p. 565. De esta forma, la intervención del legislador afectaría al contenido esencial de la propiedad cuando dicha intervención implique la privación de la utilidad privada del bien de acuerdo con su destino económico. De lo contrario, si la intervención del legislador no priva al propietario de aprovecharse del bien, esta limitación de su derecho no afectaría el contenido esencial de la propiedad.

³⁵⁸ PAREJO ALFONSO, L., “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el derecho alemán (II)”..., *op.cit.*, p. 566.

6. La disciplina de la propiedad privada en el Derecho anglosajón

La propiedad temporal y la propiedad compartida, que han sido introducidas en el Ordenamiento jurídico de Cataluña por la LPTPC, se inspiran en formas del derecho de propiedad, *Property Rights in Respect of Land*, del derecho anglosajón.³⁵⁹

Por este motivo, cobra especial interés centrarse ahora en el estudio del derecho de propiedad en Inglaterra para comprender las diferencias del dominio más importantes entre ambos sistemas jurídicos, es decir, el tratamiento del derecho de propiedad en los países del *Common law*, y, como ya han sido tratados en las páginas anteriores, el derecho de propiedad basado en el derecho romano que siguen países como España, Francia, Italia o Alemania.

6.1. *Tenures y Estates*

Aunque en la práctica es común que se afirme que las tierras pueden ser objeto de propiedad de varios propietarios, lo cierto es que la propiedad inglesa parte de la base de que todas las tierras son propiedad de la Corona.

Una pequeña parte de las tierras era propiedad de la Corona, mientras que la mayoría de los fundos fueron ocupados por *tenants* que se convirtieron en propietarios directamente o indirectamente gracias a la Corona.³⁶⁰

La sociedad feudal inglesa tenía una estructura piramidal y se construía partiendo de la cima, donde se encontraba el Rey o señor feudal y debajo de éste se encontraba el conjunto de ciudadanos que le prestaban servicios y, a cambio, recibían alguna contraprestación como, por ejemplo, la protección que les proporcionaba su ejército.

³⁵⁹ NASARRE AZNAR, S., y SIMÓN MORENO, H., “Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda”, en *RCDI*, nº 739, 2013, p. 3.083-3.085.

³⁶⁰ MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property*, 8ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2012, p. 8, 22. El derecho de propiedad inglés tiene un origen feudal, por este motivo se explica la progresiva desamortización del dominio de las tierras de la Corona en manos de los *tenants*. BURN, E. H., *Modern Law of Real Property*, 17ª ed., Oxford University Press, New York, 2006, p. 13-14. RIDDALL, J. G., *Introduction to land law*, 3ª ed., Butterworths, London, 1983, p. 2-3. GRAY, K., y FRANCIS GRAY, S., *Land Law*, 2ª ed., Butterworths LexisNexis, 2001, p. 20-21. THOMPSON, M. P., *Modern Land Law*, 3ª ed., Oxford University Press, New York, 2006, p. 20.

Los *tenants* prestaban servicios al *lord* y el conjunto de servicios que prestaban los *tenants* al *lord* se englobaban dentro de la *tenure*.³⁶¹

Asimismo, en una sociedad medieval donde escaseaban los recursos y el capital, el *lord* fragmentaba sus dominios en varias parcelas para que los *tenants* las trabajaran. De esta forma, el señor obtenía una contraprestación no dineraria por la ocupación de las tierras por los *tenants*. Éstos daban al señor una parte de las cosechas u otro tipo de recursos naturales y aquél veía como sus tierras eran productivas y a cambio protegía a los siervos por el cuidado de sus fundos. De este modo, el concepto de *tenure* era bidireccional porque los sujetos involucrados, el *lord* y el *tenant-in-chief* se beneficiaban mutuamente de dicha relación jurídica.³⁶²

Los derechos de propiedad que la Corona concedía a los *tenants* dieron lugar a los *estates*.³⁶³ Éstos son el conjunto de derechos que ostentaban los *tenants* sobre sus tierras y que se concedían por un período de tiempo determinado. Se otorgaban por un tiempo indefinido que no dependía de la vida del titular ni de sus herederos *-fee simple; in fee*

³⁶¹ BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 27. "Tenure signifies the relation between lord and tenant, and what it implies is that the person whom we should naturally call the owner does not own the land, but merely holds it as tenant of the Crown or of some other feudal superior." MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 22-23. MARKBY, W., *Elements of law*, 6ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1905, p. 174. RIDDALL, J. G., *Introduction to land law...*, *op.cit.*, p. 2-6. Existía una gran variedad de servicios que los *tenants* prestaban al *lord*. Por ejemplo, las *knight service* consistían a proporcionar al *lord* servicios militares. Además, también existían las *spiritual tenures*, que englobaban *tenures* de diversa índole, como ayudar a los pobres del feudo. HARWOOD, M., *Modern English Law Land*, 2ª ed., Sweet & Maxwell, 1982, p. 10-11. GRAY, K., y FRANCIS GRAY, S., *Land Law...*, *op.cit.*, p. 20-21. BAKER, J. H., *An Introduction to Legal History*, 4ª ed., Oxford University Press, New York, 2007, p. 223-229.

³⁶² LAWSON, F. H., y RUDDEN, B., *The law of property*, 2ª ed., Clarendon Law Series, New York, 1982, p. 80-81. RIDDALL, J. G., *Introduction to land law...*, *op.cit.*, p. 3. MARKBY, W., *Elements of law...*, *op.cit.*, p. 176-177. Resulta interesante ver que este autor comparó el sistema feudal inglés de las *tenures* con la relación jurídica que se establecía en la enfiteusis entre el censalista y el enfiteuta. HARWOOD, M., *Modern English Law Land...*, *op.cit.*, p. 10-11.

³⁶³ LAWSON, F. H., y RUDDEN, B., *The law of property...*, *op.cit.*, p. 88-89. MARKBY, W., *Elements of law...*, *op.cit.*, p. 166-168. PHILBRICK, F. S., *Property*, t. V, P. F. Collier & Son Corporation, New York, 1939, p. 182-183. "The word "estate" is used by laymen to mean land itself. Lawyers frequently employ it as meaning merely the durational measure of rights in land, indicated by the labels "for years", "for life", and "in fee"." RIDDALL, J. G., *Introduction to land law...*, *op.cit.*, p. 16-17. GRAY, K., y FRANCIS GRAY, S., *Land Law...*, *op.cit.*, p. 17.

tail-, esto es hasta que el *tenant* o cualquiera de sus descendientes vivieran, o los *life interests* que eran vitalicios y estaban vinculados a la vida de su titular.³⁶⁴

Con el reforzamiento del estatuto jurídico de los *tenants* la doctrina distinguió entre los *estates of freehold* cuyos titulares eran los *lords* porque su derecho no estaba sometido a ninguna limitación temporal ni afectado por otro gravamen, y los *estates less than freehold* cuyos titulares eran los *tenants* que tenían un derecho sometido a una limitación temporal.³⁶⁵

En consecuencia, puede afirmarse que, actualmente, el origen último de cualquier *estate* se encuentra en la Corona, incluso el derecho de propiedad más amplio que uno puede tener sobre su fundo, los *fees simple absolute in possession*.³⁶⁶

6.2. Derechos de propiedad sobre los fundos

En el derecho anglosajón existen varios derechos reales cuyos titulares pueden tener respecto de sus fundos. Se trata de un sistema *numerus clausus* de derechos reales que pueden constituirse sobre las tierras, de un modo similar al sistema cerrado de derechos reales que algunos países reconocen a los titulares de derechos reales *in re aliena*.³⁶⁷

³⁶⁴ MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 23, 37. “The term “estate”, [...], indicates an interest in land of some particular duration.”

Sobre los diferentes *estates of freehold*, *vid.* MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 38-39. PHILBRICK, F. S., *Property...*, *op.cit.*, p. 184-185. BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 31-32. De acuerdo con la doctrina de los *estates*, puede decirse que éstos eran concedidos por un plazo determinado dentro del cual el *tenant* actuaba como un verdadero propietario y que durante este período de tiempo el *lord* y el *tenant* tenían diferentes derechos dominicales de distinta naturaleza sobre el bien. GRAY, K., y FRANCIS GRAY, S., *Land Law...*, *op.cit.*, p. 18-19. BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 28. El estatuto jurídico de los *tenants* fue reforzándose por la posesión continuada de las tierras.

³⁶⁵ BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 31.

³⁶⁶ MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 24. HARWOOD, M., *Modern English Law Land...*, *op.cit.*, p. 14-15. DIXON, M., *Modern Land Law*, 5ª ed., Cavendish, London, 2005, p. 5-6.

³⁶⁷ SWADLING, W., “Property: General Principles”, en BURROWS, A., *English Private Law*, 3ª ed., Oxford University Press, New York, 2013, p. 183. La doctrina inglesa insiste en diferenciar entre el derecho de propiedad sobre las tierras y sobre las cosas que también pueden ser objeto de derechos por razones de su naturaleza jurídica, su carácter permanente o no, entre otros. Además, esta diferenciación también ha sido reconocida a lo largo de la historia, pues el derecho de propiedad inglés sobre la tierra tiene un origen feudal. GRAY, K., y FRANCIS GRAY, S., *Land Law...*, *op.cit.*, p. 68-69.

Existe, por lo tanto, un sistema cerrado de derechos sobre las tierras que se resume en el siguiente esquema, aunque, según el Art. 1 LPA, solo los *Fee Simple Absolute in Possession* y los *leases* son derechos dominicales:

1) Fees simple absolute in possession, 2) Conditional fees, 3) Determinable fees, 4) Life states, 5) Entails, 6) Leases, 7) Easements, 8) Profits à prendre, 9) Rentcharges, 10) Restrictive covenants, 11) Estate contracts, 12) Options to purchase, 13) Equities of redemption, 14) Legal and equitable charges.

De todas estas formas del derecho de propiedad inglés me voy a centrar en los *Fees Simple Absolute in Possession* y los *Leases of Land*, por ser los dos derechos de propiedad que atribuyen al propietario la posesión exclusiva de su fundo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo primero de la Law of Property Act de 1925, si bien el estudio de los *leaseholds* se reserva para el capítulo cuarto de esta Memoria doctoral.³⁶⁸

Ambos son considerados por la doctrina como *possessory estates* porque atribuyen a sus titulares la posesión del fundo. Todas estas formas del derecho de propiedad se caracterizan por tener una duración limitada en el tiempo, aunque, para el caso de los *Freehold*, la duración es indeterminada, lo que demuestra la finalidad concreta por la cual se crearon, es decir, el *interest*. Además, estas formas de propiedad también se extinguen por causas fortuitas o de fuerza mayor, como es la destrucción de la cosa por diferentes causas sobrevenidas, lo que se denomina como *abnormal termination*.³⁶⁹

Sobre el origen del derecho de propiedad inglés, Vid. AWB, SIMPSON., *A History of the Land Law*, 2ª ed., Oxford Clarendon Press, New York, 1986, p. 1-102.

³⁶⁸ Art. 1 LPA: *Legal estates and equitable interests*.

(1) *The only estates in land which are capable of subsisting or of being conveyed or created at law are—*

(a) *An estate in fee simple absolute in possession;*

(b) *A term of years absolute.*

SWADLING, W., "Property: General Principles" ..., *op.cit.*, p. 185.

³⁶⁹ PHILBRICK, F. S., *Property...*, *op.cit.*, p. 182-183.

6.2.1. *Fee Simple Absolute in Possession*

A) Concepto

El Art. 1 LPA establece que los *freehold* son, junto con los *leasehold*, los únicos *estates* reconocidos por la ley. Por esta razón, la doctrina ha afirmado que la finalidad de este artículo es diferenciar los *estates* que son susceptibles de otorgar a su titular de un verdadero *legal status* de aquéllos que no.³⁷⁰

A continuación paso a desglosar los elementos de la definición de este *estate* para ver las variantes que puede presentar de conformidad con la autonomía privada.

a) *Fee simple*

La doctrina engloba el *fee simple absolute in possession* dentro de la categoría de los *freehold estates*, toda vez que la duración de estos *estates* es incierta. Nadie puede predecir la duración de un *fee simple absolute in possession* porque depende de la existencia del *tenant* o de sus herederos. Es decir, entre sus características no figura la existencia de un término final claudicante de su eficacia como los *leaseholds*, que se verán a continuación.³⁷¹

b) *Absolute*

Actualmente, el *fee simple absolute in possession* otorga al propietario los más amplios poderes sobre la cosa, de modo que es el propietario de lo construido o plantado en su fundo y de lo que hay debajo de él, es decir, las minas y los minerales, excepto el oro, la plata y el petróleo que pertenecen a la Corona, mientras que el carbón tampoco le

³⁷⁰ STEVENS, J., y PEARCE, R. A., *Land law*, Sweet & Maxwell, London, 1998, p. 43. BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 167. GRAY, K., y FRANCIS GRAY, S., *Land Law...*, *op.cit.*, p. 111-112.

³⁷¹ MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 39. BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 167-168. STEVENS, J., y PEARCE, R. A., *Land law...*, *op.cit.*, p. 44. RIDDALL, J. G., *Introduction to land law...*, *op.cit.*, p. 28. HARWOOD, M., *Modern English Law Land...*, *op.cit.*, p. 15. Solamente cuando el *landlord* dispone de su derecho en *fee simple* deja de tener algún interés sobre el fundo que poseía. Esto es una característica que diferencia los *freeholds* de los *leasehold* porque en éstos últimos el *landlord* sigue vinculado con su fundo, aunque haya cedido su posesión y muchas facultades al *tenant*.

pertenece. De este modo, los *freeholds* son el derecho más amplio que un particular puede tener sobre sus tierras y los demás derechos de propiedad derivan de aquél.³⁷²

Con el concepto de *absolutividad* se quiere transmitir la idea de que se trata de un *estate* que, en principio, no está gravado por otros *interests*, aunque esto es posible si, por ejemplo, se establece alguna condición que haga depender la eficacia del *fee simple* en el futuro o si se sujeta su eficacia a un acontecimiento futuro.³⁷³

De acuerdo con lo anterior, las partes pueden pactar un *conditional fee simple*, es decir, que un *fee simple* se transmita sujeto a una condición que será claudicante de su eficacia si ésta se cumple en el futuro. Ahora bien, si la condición se cumple, esto no tiene como efecto inmediato que el *land* revierta automáticamente al *grantor*, sino que el titular del hasta entonces *fee simple* seguirá teniendo la posesión del fundo, pero ya no como titular de este *estate*. Por otro lado, si la condición no se cumple el *status* y el *interest* del titular del *conditional fee simple* se consolidan.³⁷⁴

La doctrina también ha distinguido los *determinable fee simple*, en virtud de los cuales este *estate on land* tiene efectos automáticamente con el acontecimiento del evento que hayan pactado las partes.³⁷⁵

El Art. 7 LPA reconoce que el *conditional fee simple* es un *legal estate*, a pesar de su condicionalidad.³⁷⁶

³⁷² Vid. Art. 7 y 8 de la Coal Industry Act 1994. Arts. 1 y 2 de la Petroleum Act 1998. STEVENS, J., y PEARCE, R. A., *Land law...*, *op.cit.*, p. 43. BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 174. HARWOOD, M., *Modern English Law Land...*, *op.cit.*, p. 14-15. MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 52.

³⁷³ STEVENS, J., y PEARCE, R. A., *Land law...*, *op.cit.*, p. 44. BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 168. Éstos últimos son los que la doctrina denomina *determinable fee simple*, “that is, one which according to the express terms of its limitation may determine by some event before the completion of the full period for which it may possible continue.”

³⁷⁴ STEVENS, J., y PEARCE, R. A., *Land law...*, *op.cit.*, p. 44-46. RIDDALL, J. G., *Introduction to land law...*, *op.cit.*, p. 38-42. MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 64-65. GRAY, K., y FRANCIS GRAY, S., *Land Law...*, *op.cit.*, p. 112.

³⁷⁵ RIDDALL, J. G., *Introduction to land law...*, *op.cit.*, p. 39-42. “A *determinable fee simple* is created not only by the word “until”, but also by such words as “during”, “while”, or “as long as””. MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 63-64. GRAY, K., y FRANCIS GRAY, S., *Land Law...*, *op.cit.*, p. 112.

c) *In possession*

Con este concepto no se quiere decir que el titular del *fee simple absolute* necesariamente tiene que tener la posesión de la cosa en un sentido material, es decir, que se encuentre permanentemente vinculado físicamente con el *land*. Por el contrario, la doctrina ha dicho que el *landlord* puede ceder la posesión de su fundo a un tercero titular de otro *estate* como un *leasehold*.³⁷⁷

B) Naturaleza jurídica de los *freehold*

Originariamente, el *fee simple absolute in possession* concedía al propietario el derecho a la posesión en exclusiva de su tierra para siempre de la forma más amplia. La única causa de extinción del *fee simple absolute in possession* era que el propietario muriera intestado o sin herederos. En este caso, este *estate* volvía a la Corona, lo que significaba que el derecho a la exclusiva posesión se extinguiese.³⁷⁸

De esta forma este *estate* estaba esencialmente vinculado a la existencia de su titular, aunque con posterioridad se reconoció que este derecho fuese transmitido a sus herederos vía *mortis causa*.³⁷⁹

Pero en 1.306 se estableció que si el *tenant in fee simple* enajenaba su tierra, el *fee simple absolute in possession* continuaba en relación con el nuevo *tenant* y sus herederos. De este modo el *fee simple absolute in possession* no estaba sujeto a ningún

³⁷⁶ Vid. Art. 7.1 Law of Property Act 1925: “A *fee simple* which, by virtue of the *Lands Clauses Acts*, . . . or any similar statute, is liable to be divested, is for the purposes of this Act a *fee simple absolute*, and remains liable to be divested as if this Act had not been passed and a *fee simple* subject to a legal or equitable right of entry or re-entry is for the purposes of this Act a *fee simple absolute*.”

³⁷⁷ STEVENS, J., y PEARCE, R. A., *Land law*..., *op.cit.*, p. 47. BURN, E. H., *Modern Law of Real Property*..., *op.cit.*, p. 170. GRAY, K., y FRANCIS GRAY, S., *Land Law*..., *op.cit.*, p. 112-113.

³⁷⁸ SWADLING, W., “Property: General Principles”..., *op.cit.*, p. 184. “The word “*fee*” denotes an estate of inheritance, that the right will descend to the grantee’s heirs, the word “*simple*” that these heirs are general rather than restricted to a special class [...], the word “*absolute*” that the estate will not come to an end on the happening of some specified event, and the words “*in possession*” signifying that the grantee has a right to immediate possession of the land.”

³⁷⁹ BURN, E. H., *Modern Law of Real Property*..., *op.cit.*, p. 165.

término cuya llegada significaba la finalización de su derecho, sino que su duración era perpetua.³⁸⁰

a) Facultad de disposición

Actualmente, el *tenant* que posee un fundo en concepto de *fee simple* puede disponer de su *estate* de cualquier modo, es decir, *intervivos* o *mortis causa*.³⁸¹

b) Facultad de uso y de goce sobre los fundos

El *fee simple absolute in possession* confiere a su titular los más amplios poderes sobre la cosa de su propiedad. La propia denominación de este *estate* dice que es absoluto, adjetivo con el que se expresa esta idea de generalidad de poderes atribuidos al titular del *fee simple absolute in possession*.³⁸²

El derecho de propiedad inglés, igual que el derecho de propiedad continental, parte del principio de que quién es propietario del suelo también lo es de lo que está por encima y por debajo de él: *cujus est solum, ejus est usque ad coelum et ad inferos*. Por lo tanto, el propietario del fundo lo es también de cualquier bien mueble que se encuentre en sus tierras si éste manifiesta su voluntad de apropiárselo.³⁸³

El propietario en *fee simple* también es titular del derecho de accesión respecto de todo lo que se anexe en su fundo. Ahora bien, si las tierras afectadas por la accesión han

³⁸⁰ MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 39.

³⁸¹ MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 53.

³⁸² BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 173. "A *tenant in fee simple* has extensive property rights in the subject-matter of his interest. In accordance with the maxim, *cujus est solum, ejus est usque ad coelum et ad inferos* the common law principle is that a *tenant in fee simple* is owner of everything in, on and above his land." MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 53. BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 181-182. Sin embargo, el derecho del propietario no es ilimitado, sino que está limitado por los deberes y obligaciones que le impone la ley para garantizar la convivencia pacífica en el seno de la sociedad.

³⁸³ MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 54. BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 173-174.

sido gravadas con un *leasehold*, será el titular de este estate el que saque provecho de lo accionado en el fundo, sin perjuicio que se haya pactado lo contrario.³⁸⁴

Por último, el propietario puede dividir su propiedad horizontalmente o de cualquier otra manera.³⁸⁵

³⁸⁴ MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 54-55. “*The doctrine of accresion requires that the process should be gradual and imperceptible, but the fact that movement could occasionally be detected by an observer may not be fatal.*”

³⁸⁵ MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 55.

II PARTE

LA DIVISIÓN Y LA TEMPORALIDAD DEL DOMINIO COMO UNA NUEVA FORMA DE DISFRUTE DEL DERECHO DE PROPIEDAD

CAPÍTULO III: LAS FIGURAS JURÍDICAS AFINES A LA PROPIEDAD TEMPORAL Y A LA PROPIEDAD COMPARTIDA DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

PRELIMINAR

Los capítulos que forman la segunda parte de esta Memoria doctoral tienen por objeto, por una parte, el estudio de las figuras afines a la propiedad temporal y a la propiedad compartida que han sido señaladas por la doctrina como aquéllas que implican una situación de temporalidad o de división del dominio y, por otra parte, el estudio y la crítica dogmática y constitucional de ambas nuevas tenencias introducidas en el Código civil de Cataluña por la Llei 19/2015, de 29 de julio, d'incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. DOGC nº 6927, de 4 d'agost de 2015.

La propiedad temporal y la propiedad compartida son formas alternativas para acceder a una vivienda en propiedad que combinan la estabilidad y la seguridad del dominio con la flexibilidad del alquiler y que, por este motivo, la doctrina las denomina “tenencias intermedias”. Si bien el Código civil de Cataluña no limita la adquisición de propiedades temporales y de propiedades compartidas sobre los bienes inmuebles, parece que el legislador de Cataluña ha querido focalizar la propiedad temporal y la propiedad compartida en estos bienes para facilitar el acceso a la vivienda.³⁸⁶

³⁸⁶ Vid. Llei 19/2015, del 29 de juliol, d'incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. DOGC nº 6927, de 4 d'agost de 2015. “*La introducció d'aquestes modalitats de domini obeeix, principalment, al propòsit d'aportar solucions al problema de l'accés a la propietat de l'habitatge, tot flexibilitzant les vies d'adquisició, oferint fórmules que permetin abaratir o minorar els costos econòmics i respectant la naturalesa jurídica del dret de propietat, de conformitat amb la tradició jurídica pròpia. Aquesta finalitat fa que siguin els béns immobles llur objecte principal, la qual cosa no implica que no s'estengui també a determinats béns mobles, en concret als que siguin duradors i no fungibles i es puguin registrar, és a dir que siguin identificables.*” NASARRE AZNAR, S., y SIMÓN MORENO, H., “*Fracccionando el dominio*”..., *op.cit.*, p. 3.071. “*«Tenencias intermedias» es una denominación genérica para apelar a una serie de formas de tenencia inmobiliaria que tienen en común el encontrarse entre el alquiler y la plena propiedad de la vivienda*”. NASARRE AZNAR, S., “*Les tinences intermitges: combinant assequibilitat,*

En los capítulos anteriores se ha puesto de manifiesto que dichas formas de propiedad podrían implicar un cambio sustancial en la dogmática del derecho de propiedad, tal y como éste fue configurado por la doctrina y la jurisprudencia europea a partir de los postulados revolucionarios consagrados por el Código civil francés. El cambio dogmático puede que sea más sustancial en la propiedad temporal regulada entre los Art. 547-1 y 547-10 CCCat porque se basa en la reversión del dominio del titular temporal a favor del titular sucesivo una vez finalizado el plazo de duración de la propiedad temporal. Es decir, se crea un nuevo tipo del derecho de propiedad que se basa en la temporalidad del mismo.

El capítulo tercero, dedicado al estudio de las figuras afines a la propiedad temporal y a la propiedad compartida se divide en dos partes claramente diferenciadas.

En primer lugar y antes de entrar a estudiar las figuras de propiedad incorporadas en el Código civil de Cataluña, se analiza el preámbulo de dicha ley a efectos de introducir y presentar ambas tenencias y sus rasgos característicos. Además, es necesario tratar el régimen jurídico de los potenciales adquirentes de las tenencias intermedias porque esto implica tratar, implícitamente, los motivos de fondo que justificaron que el legislador de Cataluña decidiese optar por regular dos nuevas formas de disfrute del derecho de propiedad alternativas a la plena propiedad y al alquiler, u otras formas de aprovechamiento temporal de la propiedad inmobiliaria para que los ciudadanos puedan acceder más fácilmente a una vivienda digna y adecuada, pues el Art. 47 CE, precisamente, atribuye a los poderes públicos el mandato de promover las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho de los españoles en condiciones de igualdad, de acuerdo con el Art. 149.1.1ª CE.

La Constitución española de 1978 reconoce el derecho de los españoles de disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Sistemáticamente, este precepto se ubica dentro del Capítulo III del Título I de la Constitución. En consecuencia, este derecho se encuentra dentro de los principios rectores de la política social y económica y, con base en el Art. 53.3 CE, se trata de un precepto que informa “*la política legislativa, la práctica judicial*

flexibilitat i estabilitat en l'accés a l'habitatge”, en *Governos locals i polítiques d'habitatge. Balanç i reptes*, 2012, p. 5.

y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.”³⁸⁷

Además, el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 asumió la competencia en materia de vivienda en el Art. 137 EAC,³⁸⁸ de conformidad con el reparto competencial del Art. 148 CE que establece en su apartado tercero que las Comunidades Autónomas pueden asumir en sus respectivos estatutos de autonomía competencias en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

La intervención del legislador de Cataluña en esta materia se fundamenta en la LDV del Parlamento de Cataluña que desarrolla el Art. Art. 47 CE que, precisamente, impone el deber a los poderes públicos de promover las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho de los españoles en condiciones de igualdad, de acuerdo con el Art. 149.1.1ª CE, y los Arts. 26 y 47 y 137 EAC.³⁸⁹

En segundo lugar, en el preámbulo de la LPTPC, el legislador de Cataluña ha hecho un notable esfuerzo para demostrar que la temporalidad y el fraccionamiento del dominio

³⁸⁷ Así lo ha afirmado también el Tribunal Constitucional en algunas sentencias. *Vid.* STC 80/1982, de 20 de diciembre [LA LEY 7457-JF/0000]. “*Decisiones reiteradas de este Tribunal en cuanto intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la LOTC) han declarado ese indubitable valor de la Constitución como norma. Pero si es cierto que tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los arts. 39 a 52 en los términos del art. 53.3 de la C.E., no puede caber duda a propósito de la vinculatoriedad inmediata (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los arts. 14 a 38, componentes del capítulo segundo del título primero, pues el párrafo primero del art. 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo «vinculan a todos los poderes públicos».*”

En el mismo sentido, *vid.* STC 19/1982, de 5 de mayo [LA LEY 13501-JF/0000].

Sobre la eficacia de los principios rectores de la política social y económica, *vid.* PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho constitucional*, 15ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 438. APARICIO PÉREZ, M. A., y BARCELÓ SERRAMALERA, M., *Manual de Derecho Constitucional...*, *op.cit.*, p. 715-718. BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), *Manual de Derecho constitucional...*, *op.cit.*, p. Los principios rectores de la política social y económica “*no configuran por sí mismas derechos subjetivos directamente exigibles ante los tribunales desde el plano constitucional, sino que serán las leyes las que concretarán su alcance y regularán su pormenor y, con ese contenido obligacional, [...], podrán ser exigidos entonces ante la jurisdicción.*”

³⁸⁸ Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña [LA LEY 7429/2006].

³⁸⁹ JARIA MANZANO, J., “El derecho a una vivienda digna en el contexto del estado social”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 70. PELEGRÍN CASANOVA, V., “Las dificultades actuales para el acceso a la vivienda”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 103-108.

no son extraños en el Ordenamiento jurídico español y que, en consecuencia, la propiedad temporal y la propiedad compartida no tienen que ser vistas como un fenómeno excepcional que altere la configuración jurídica del derecho de propiedad en España. Es por esta razón que es conveniente abordar sucintamente la naturaleza jurídica de estas figuras jurídicas afines a las tenencias intermedias.

Se estudiará la naturaleza jurídica de aquellas figuras, de naturaleza personal o real que, por su propia dinámica o naturaleza jurídica, implican una situación de temporalidad o de división del dominio y que servirían de precedente para sostener la constitucionalidad de la temporalidad y de la división del dominio.

En el cuarto capítulo se abordará el estudio de la propiedad temporal y de la propiedad compartida, sobre todo en lo que se refiere a su naturaleza jurídica y a su conformidad con la regulación del derecho a la propiedad privada, de acuerdo con el Art. 33 y 53 CC, y con el reparto competencial de los Art. 148 y 149 CE. La dogmática del derecho de propiedad estudiada en los dos primeros capítulos de esta Memoria doctoral se aplica para hacer un juicio crítico de las nuevas formas de disfrute de la propiedad a efectos de valorar su encaje en el Ordenamiento constitucional y la afectación, en mayor o en menor medida, a la dogmática del derecho de propiedad.

Para concluir este epígrafe, los objetivos que se persiguen en la parte especial de la Memoria doctoral se relacionan con la compatibilidad de la propiedad temporal y de la propiedad compartida con la dogmática clásica y constitucional del derecho de propiedad y si, en virtud de la función social de la propiedad del Art. 33.2 CE, el legislador puede introducir figuras como la propiedad temporal y la propiedad compartida para facilitar el acceso a la vivienda a los ciudadanos y escapar, de esta forma, del binomio tradicional basado en la accesibilidad a la vivienda a través de la plena propiedad y del alquiler que, como se expondrá en las páginas siguientes, se ha mostrado insuficiente para hacer frente a las necesidades actuales de vivienda.

En los últimos años,³⁹⁰ el legislador de Cataluña ha intentado buscar nuevas formas de tenencia para hacer frente al “stock” de viviendas vacías del parque inmobiliario catalán

³⁹⁰ NASARRE AZNAR, S., “Les tinences intermitges”..., *op.cit.*, p. 11-13. En el Plan nacional por la vivienda de Catalunya (2007-2016) se incluían dos medidas que iban en la dirección de potenciar formas alternativas de acceso a la vivienda, concretamente las medidas 3 y 4, respectivamente: “*La Generalitat es compromet a realitzar un estudi econòmic i jurídic de la viabilitat de creació de noves figures de tinença intermitges entre les tradicionals de propietat i de lloguer que facilitin l'accés a*

y proporcionar a los ciudadanos otros instrumentos para acceder a una vivienda digna, sin que estos nuevos instrumentos pivoten exclusivamente sobre el rol de la Administración,³⁹¹ es decir, si bien la Administración está llamada a desarrollar un importante papel en este nuevo contexto, no es deseable que el nuevo modelo gire en torno de los entes públicos y que sean, también, los particulares y las entidades de crédito los que, a través de la iniciativa privada, construyan un nuevo modelo para acceder a la vivienda acorde con las necesidades de los ciudadanos en el contexto que nos ha dejado la crisis económica.

l'habitatge de la ciutadania, i a fer les accions necessàries per tal que s'implantin els nous models". [...] "La Generalitat posarà en marxa un sistema de propietat compartida dels habitatges entre l'Administració o tercers i els joves per fomentar l'emancipació".

³⁹¹ NASARRE AZNAR, S., "Les tinences intermitges"..., *op.cit.*, p. 3, 4. NASARRE AZNAR, S., "Catalunya, pionera a legislar per accedir a l'habitatge: les tinences intermèdies", en *Món jurídic*, nº 289, p. 25. La Administración, en el ejercicio de sus competencias en materia de urbanismo, puede desempeñar una función muy importante para la implantación de las tenencias intermedias. LONGO MARTÍNEZ, A., "Ciudadano y vivienda: una relación en crisis", en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 93. Algunos sectores empiezan a proponer que las ayudas de la Administración para facilitar el acceso a la vivienda dejen de dirigirse principalmente en la creación de una nueva vivienda protegida en propiedad y se dirijan a potenciar las ayudas al alquiler y las políticas de rehabilitación. SOSA MÁRQUEZ, M., "Dificultades y alternativas. Constatación de una realidad", en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 99. Otros siguen apostando por el aumento del número de viviendas de protección oficial.

1. La Ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida en el libro quinto del Código civil de Cataluña

1.1. Introducción

1.1.1. El Preámbulo de la Ley 19/2015, de 29 de julio del Parlamento de Cataluña

A) Consideraciones generales

El primer párrafo del preámbulo de la LPTPC deja claro que tanto la propiedad temporal como la propiedad compartida constituyen dos nuevas formas del derecho de propiedad, sin que quepa la opción de configurarlas como derechos reales *in re aliena* ni como derechos de carácter personal.³⁹²

Esta es una premisa que debe tenerse en cuenta a lo largo de este capítulo porque, si bien en el Ordenamiento jurídico español existen otras instituciones que conjugan el factor tiempo y la cotitularidad de los derechos –como por ejemplo el derecho de superficie–, se trata de dos figuras jurídicas que, configuradas como tipos del derecho de propiedad, quiebran con los caracteres de la perpetuidad de la propiedad y su indivisibilidad, tal y como se ha configurado dogmáticamente el derecho de propiedad.

Sin embargo, y de acuerdo con lo que se ha expuesto en la introducción de esta Memoria doctoral, hay argumentos, que se expondrán en el capítulo cuarto relativo al estudio dogmático y constitucional de la propiedad temporal y de la propiedad compartida, que pueden conducir a defender que lo que ha hecho en realidad el legislador de Cataluña es regular un nuevo derecho real en cosa ajena, para el caso de la propiedad temporal, donde el titular temporal ostentaría un derecho real que le atribuiría

³⁹² Llei 19/2015, del 29 de juliol, d'incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. DOGC n° 6927, de 4 d'agost de 2015. “*Aquesta llei delimita l'estatut jurídic de dues formes de propietat, la propietat temporal i la propietat compartida, i les dota d'un contingut mínim i, alhora, específic que permet diferenciar-les clarament dels drets reals en cosa aliena i dels drets de caràcter personal, amb l'objectiu tant de facilitar l'accés a la propietat com de conferir la màxima estabilitat a la situació real de l'adquirent.*”

Convendría remontarse aquí a lo que se vio en los capítulos antecedentes sobre el debate de la propiedad como una institución única o plural que reviste diferentes formas en función del sujeto, del objeto sobre el que recae, etc. No obstante, la creación de dos nuevos tipos de propiedad pretende proporcionar seguridad a los consumidores, es decir, facilitar el acceso a la vivienda a través de una tenencia estable y segura, sobre todo a resultas de la reducción del período mínimo legal del contrato de alquiler por la Ley 4/29013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas.

amplias facultades de goce sobre el bien, de forma parecida al usufructuario o al superficiario, pero que en su caso no estaría afectado con el deber de conservar la forma y la sustancia del bien, ni de respetar su destino económico.

Por su parte, la propiedad compartida se configuraría como una comunidad especial de bienes y no como una nueva forma o tipo del derecho de propiedad, donde coexistirían, al mismo tiempo, como mínimo dos comuneros, si bien solo uno tendría el uso, el goce y la posesión, que es generalmente el que tiene una menor cuota del dominio. La especialidad de la propiedad compartida radica, pues, en la atribución al «propietario material» del derecho de adquisición gradual para adquirir la totalidad del dominio.

En primer lugar, el preámbulo de la LPTPC define la propiedad temporal como la que otorga a su titular *“el domini d’un bé durant un termini cert i determinat, vençut el qual el domini esdevé del titular successiu”*.³⁹³

Se trata de una institución que engloba a dos titulares, estos son el titular temporal y el titular sucesivo. El titular temporal es el titular del bien durante un período de tiempo que quedaría definido por un término cierto y determinado que, una vez cumplido, tendría como consecuencia que el bien haría tránsito gratuitamente al titular sucesivo, es decir, el propietario original u otro que hubiese adquirido la titularidad sucesiva, de modo que el cumplimiento del término tendría una eficacia claudicante respecto del derecho del titular temporal, lo que acabaría con su titularidad respecto del bien.

En segundo lugar, *“la propietat compartida confereix a un dels dos titulars, que rep el nom de propietari material, una quota inicial del domini, i la possessió, l’ús i gaudi exclusiu del bé i el dret a adquirir, de manera gradual, la quota restant de l’altre titular, que rep el nom de propietari formal.”*³⁹⁴

La propiedad compartida, a diferencia de la propiedad temporal, pivota sobre, como mínimo, dos titulares o comuneros que la LPTPC denomina «propietario material», que es el que tiene el uso y el goce del bien y el derecho de ir adquiriendo más cuotas de dominio, y el «propietario formal», que es el que generalmente tiene la mayor cuota de

³⁹³ Llei 19/2015, del 29 de juliol, d’incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. DOGC nº 6927, de 4 d’agost de 2015.

³⁹⁴ Llei 19/2015, del 29 de juliol, d’incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. DOGC nº 6927, de 4 d’agost de 2015.

dominio y la idea es que se vaya desprendiendo de ellas a medida que el copropietario con una menor cuota ejerce el derecho de adquisición gradual.

Se trata, como se intentará demostrar, de una comunidad especial de bienes porque en ella concurren al menos dos comuneros que son, a la vez, titulares del mismo bien. El «propietario material» tiene una cuota inicial de dominio y es el que generalmente detenta la posesión, el uso y el goce exclusivo del bien. En virtud de su derecho de adquisición gradual, éste iría adquiriendo, de forma paulatina, cuotas de propiedad del otro titular, el «propietario formal», que es el que “va vendiendo” cuotas de propiedad del bien en función de las posibilidades económicas del propietario material.

En el preámbulo de la LPTPC queda claro que el derecho de adquisición gradual del «propietario material» es un derecho y no un deber y que cabe una regulación del mismo en el título de constitución, si bien el Código civil de Cataluña contiene una regulación mínima en defecto de pacto que se estudiará en el apartado correspondiente.³⁹⁵

B) Ubicación sistemática

La colocación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida en el Código civil de Cataluña ya es reveladora de la diferente naturaleza jurídica de ambas instituciones.

La propiedad temporal se ha ubicado en un nuevo Capítulo, el VII («*Propietat temporal*»), en el Título IV («*Del dret de propietat*») del Libro quinto relativo a los derechos reales. Por su parte, la propiedad compartida ha sido ubicada en un nuevo Capítulo el VI («*Propietat compartida*»), en el Título V («*De les situacions de comunitat*»).

Respecto de la propiedad temporal, considero que la ubicación en el título séptimo del libro quinto poco más nos aporta en lo que se refiere a su naturaleza jurídica. Más reveladora es la colocación de la propiedad compartida en el título quinto del libro quinto pues, como ya se ha afirmado en los párrafos anteriores, esto revela que dicha forma de disfrute de la propiedad opera sobre la base de una comunidad de bienes

³⁹⁵ Llei 19/2015, del 29 de juliol, d'incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. DOGC nº 6927, de 4 d'agost de 2015. “*Per bé que la quota mínima inicial es deixa a la voluntat de les parts, l'adquisició de les quotes restants mitjançant l'exercici del dret d'adquisició gradual ha de representar, si no hi ha pacte, un mínim del 10%.*”

subyacente, si bien los rasgos diferenciadores son que los actos de dominio competen al copropietario que tiene una menor cuota de dominio, es decir, es éste el que detenta la posesión y el que usa y goza el bien. Asimismo, esto comporta que el «propietario material» pueda disfrutar de todo el bien en sí mismo considerado y que el goce y el uso del bien no vengan determinados por una cuota de propiedad sobre el bien, como ocurre en los bienes que forman parte de una comunidad ordinaria, al amparo del Art. 392 y siguientes del Código civil general y del Art. 552-1 CCCat.

C) Carácter dispositivo de la regulación

El preámbulo de la LPTPC deja a los particulares una amplia autonomía privada para amoldar la regulación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida a sus necesidades, salvo aquellos aspectos que la regulación de la propia ley sea imperativa por establecer los rasgos más importantes y sustanciales de ambas figuras.³⁹⁶

Estos elementos sustanciales que los particulares no pueden obviar son, básicamente, los términos de duración de ambas formas de disfrute de la propiedad. Sin perjuicio del desarrollo de esta cuestión en las páginas siguientes, de entrada puede decirse que el Art. 547-4.3 CCCat fija, para la propiedad temporal, unos límites en cuanto a la duración del derecho del titular temporal en función de la naturaleza del bien: para los bienes inmuebles el derecho del titular temporal no puede ser inferior a diez años, y para los bienes muebles, el derecho del titular temporal no puede ser inferior a un año. En ambos casos, el derecho del titular temporal no puede durar más de 99 años, con lo que se establece un máximo y un mínimo para el derecho de este sujeto.

Para la propiedad compartida, el Art. 556-4.3 CCCat fija una duración máxima de 30 años en defecto de pacto y, en todo caso, una duración máxima de 99 años que no es disponible por las partes.

³⁹⁶ Llei 19/2015, del 29 de juliol, d'incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. DOGC n° 6927, de 4 d'agost de 2015. "A excepció d'allò que fa referència als elements de tipificació de les institucions, les normes que s'introdueixen són de caràcter dispositiu, de manera que es dóna un ampli marge a l'autonomia privada, conforme al tradicional principi de llibertat civil (article 111-6 del Codi civil)."

1.1.2. La motivación de la nueva regulación. La insuficiencia del binomio propiedad/alquiler para acceder a una vivienda digna y adecuada

La crisis económica que ha travesado España ha afectado, entre muchos otros sectores, el sector de la vivienda y, consiguientemente, el derecho de los españoles de acceder a una vivienda digna y adecuada que el Art. 47 CE consagra entre los principios rectores de la política económica y social.

Las políticas en materia de vivienda de los últimos años han tratado de potenciar el acceso a la vivienda promocionando la plena propiedad en detrimento del alquiler como forma de tenencia flexible, pero a la vez segura.³⁹⁷ Esto condujo a que la vivienda fuese considerada por el legislador un activo económico más que un lugar donde la personas se desarrolla vitalmente cuando es precisamente esta faceta de la vivienda la que es protegida por el texto constitucional.³⁹⁸

³⁹⁷ CORPME, “Estadística registral inmobiliaria. Anuario 2014”, p. 33, en http://www.registradores.org/wp-content/estadisticas/propiedad/eri/ERI_Anuario_%202014.pdf (visitado el 14 de enero de 2016). El estudio pone de manifiesto que en 2014 se vendieron 318.928 viviendas, mientras que en el año anterior el número de compraventas registradas fue superior, pues fueron 329.146 las transacciones realizadas, lo que supone una caída del 3%. Esto implica que desde el año 2007 la caída de las compraventas realizadas ha ido cayendo progresivamente desde el millón de compraventas que se realizaron en 2006. Sin embargo, dichas transacciones se dividen en dos grandes grupos: transacciones de viviendas nuevas y de viviendas usadas. En 2014 se vio un repunte de éstas últimas, toda vez que, del total de 318.928 transacciones, 200.065 fueron de vivienda usada, con lo que supone un incremento destacable respecto del año 2013. Por lo que respecta a las ventas de nuevas viviendas, en 2014 éstas alcanzaron su mínimo histórico, pues representan el 27% de las transacciones respecto del año 2003.

³⁹⁸ LÓPEZ RAMÓN, F., “Sobre el derecho a la vivienda”, en LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 12-20. HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “La protección constitucional de la vivienda y su proyección penal: especial referencia a los fenómenos okupa y mobbing inmobiliario”, en LEDESMA IBÁÑEZ, M^a. P. (Coord.), *Derecho y vivienda*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 13-20. SOSA MÁRQUEZ, M., “Dificultades y alternativas. Constatación de una realidad”..., *op.cit.*, p. 98-99. JIMÉNEZ CLAR, A. J., “Algunas observaciones sobre el mercado de la vivienda y en especial sobre el uso residencial de los bienes inmuebles: ¿es necesaria una tercera vía?”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.) *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 110-111. El valor en cambio de los inmuebles, habida cuenta de su condición de bienes escasos, ha desligado la vivienda de su fin esencial, que es la de ser un lugar donde el ser humano se desarrolla personalmente.

La potenciación de la plena propiedad³⁹⁹ como medio para acceder a una vivienda dio lugar a un sobreendeudamiento familiar que se tradujo en un aumento de la morosidad en el pago de los préstamos hipotecarios al estallar la crisis económica.⁴⁰⁰

Para abordar los problemas del mercado inmobiliario español, desde el estallido de la crisis económica y de la burbuja inmobiliaria, el legislador español ha promulgado una

³⁹⁹ BEREZIARTUA RUBIO, J. *Reflexiones sobre el mercado de la vivienda*, Euskadiko Autonomia Elkarteko Administrazioa, Oñati, 2008, p. 13-35. A causa del fomento de la vivienda en propiedad, se produjo un aumento exorbitante de los precios desde el año 1995 hasta 2007 cuando estalló la crisis económica en España. En el año 1995 el precio del metro cuadrado en España era de 693.- euros, mientras que en el año 2007 el precio del metro cuadrado se situó en los 2.054.- euros. La doctrina ha apuntado diversas causas de la subida de los precios, entre las cuales destacan la mejora de la economía española, amentando con ello la capacidad adquisitiva; la mejora de las condiciones para acceder al mercado crediticio por las bajadas del tipo de interés, el aumento de los plazos crediticios, el incremento de la demanda por el turismo y de la emigración. El incremento del precio del metro cuadrado de suelo subió desmesuradamente al compás de la construcción de nuevas viviendas. Así, desde el año 1991 hasta el año 2006 se iniciaron en España 7.065.243 viviendas, con lo que una de cada tres viviendas y media existentes se inició en aquel período. ANTÓN, F., BARROSO, A., LIDÓN, E., RODRÍGUEZ E., y SOTO, O., “Vivienda y opinión pública en España”, en *Opiniones y Actitudes*, nº 60, 2007, p. 13-16. A partir del año 2003 el acceso a la vivienda era considerado uno de los problemas más importantes para los españoles como consecuencia, sin duda alguna, del aumento del precio del metro cuadrado. Vid. ROCH, F., “El modelo inmobiliario español”, en DÍAZ ORUETA, F., LOURES SEOANE, M^a. L., *Desigualdad social y vivienda*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2004, p. 31-36. LEAL, J., “La política de vivienda en España”, en *RESSA*, nº 138, 2005, p. 67-69, 70-72.

⁴⁰⁰ NASARRE AZNAR, S., “La insuficiencia de la normativa actual sobre acceso a la vivienda en propiedad y en alquiler: la necesidad de instituciones jurídico-privadas alternativas para facilitar el acceso a la vivienda. Algunas propuestas” en NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H. (coords.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 118. ALGUACIL DENCHE, A., ALGUACIL GÓMEZ, J., et alii., *La vivienda en España en el siglo XXI*, Fundación Foessa, Cáritas Española Editores, Madrid, 2013, p. 134-140. El importe medio del crédito hipotecario contratado por la compra de la vivienda en el año 2003 era de 100.000.- euros. A partir de este año se observa una tendencia alcista que alcanza su máximo histórico en 2007, cuando el importe medio del crédito hipotecario era de 150.000.- euros. Con la crisis económica se vuelve a una tendencia bajista que llegó a los 120.000.- euros de media en el año 2010. CORPME, “Estadística registral inmobiliaria. Anuario 2013”, p. 108, en http://www.registradores.org/wp-content/estadisticas/propiedad/eri/ERI_Anuario_%202013.pdf (visitado el 14 de enero de 2016). En el año 2013 se vuelve a los mismos niveles que 2003 y el importe medio del préstamo hipotecario para la compra de la vivienda era de 100.000.- euros. CORPME, “Estadística registral inmobiliaria. Anuario 2014”, p. 109, en http://www.registradores.org/wp-content/estadisticas/propiedad/eri/ERI_Anuario_%202014.pdf (visitado el 14 de enero de 2016). A partir de 2014 el valor medio del importe del préstamo hipotecario repunta por primera vez desde el año 2007 y se sitúa en los 103.766.- euros. Sobre el sobreendeudamiento privado y su incidencia en la actual crisis económica, vid. CUENA CASAS, M., “El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar”, en PRATS ALBENTOSA, L., y CUENA CASAS, M. (coords.), *Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 27-33.

serie de disposiciones legislativas para hacer frente a la parálisis del mercado inmobiliario⁴⁰¹ y a la precaria situación del parque inmobiliario español.⁴⁰²

Se trata de medidas que han sido calificadas por la doctrina⁴⁰³ como “parciales, no estructurales y de carácter paliativo” y que poco éxito tuvieron para alcanzar el fin que perseguían. Entre ellas destacan el Real Decreto Ley 8/2011⁴⁰⁴ que elevó el mínimo de inembargabilidad de la LEC, el Real Decreto Ley 27/2012 sobre moratoria⁴⁰⁵ y el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo.⁴⁰⁶

⁴⁰¹ Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización [LA LEY 15490/2013]. El Art. 63.2 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización prevé que los extranjeros no comunitarios que adquieran inmuebles en España por una inversión igual o superior a 500.000.- euros adquirirán el visado de estancia. Ley 11/2009, de 26 de octubre [LA LEY 18822/2009], de Sociedades de Inversión en el Mercado Inmobiliario.

Sobre las Sociedades de Inversión en el Mercado Inmobiliario, *vid.* GARCÍA GARNICA, M. del C., y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., “Las sociedades cotizadas de inversión inmobiliaria: un nuevo instrumento impulsor del mercado inmobiliario y de alquiler en España”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 307-323.

⁴⁰² INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, “Censos de Población y Viviendas 2011”, en http://www.ine.es/censos2011_datos/cen11_datos_inicio.htm. (visitado el 5 de enero de 2015). Según el Instituto Nacional de Estadística se calcula que en España en 2011 había prácticamente 3,5 millones de viviendas vacías, lo que representaba el 14% del total de viviendas del país. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DE ESPAÑA., “Datos sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales - Datos desde 2007 hasta tercer trimestre de 2015”, en *Informes jurídicos periódicos*, 2015, p. 1, en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Informes-estadisticos-periodicos/Datos-sobre-el-efecto-de-la-crisis-en-los-organos-judiciales---Datos-desde-2007-hasta-tercer-trimestre-de-2015> (visitado el 14 de enero de 2015). Desde el año 2007 ha habido en España alrededor de 600.000 ejecuciones hipotecarias. DIARIO EL MUNDO, “El millón de alquileres que no se declaran sumergen casi 3.000 millones”, en <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/09/21/suvivienda/1285062068.html>. (visitado el 5 de enero de 2016). Según la cuarta edición del “Informe sobre los Alquileres Sumergidos en España” del Sindicato de Técnicos del Ministerio de Economía y Hacienda (Gestha) en España el 55% de los arrendamientos no están declarados, lo que supone un fraude al fisco equivalente a 3.000 millones de euros.

⁴⁰³ NASARRE AZNAR, S., “La propiedad compartida y la propiedad temporal como tenencias intermedias de acceso a la vivienda y a otros bienes en el Derecho civil de Cataluña y su extensión al resto del Estado”, en NASARRE AZNAR, S. (Dir.), *Bienes en común*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015, p. 778.

⁴⁰⁴ Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa [LA LEY 14238/2011].

⁴⁰⁵ Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios [LA LEY 19145/2012]. En el Real Decreto Ley 27/2012, de 15

A este grupo de normas hay que añadir dos leyes muy importantes que incidieron directamente sobre las dos principales formas de tenencia inmobiliaria en España. Se trata de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social⁴⁰⁷ y la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas.⁴⁰⁸

Respecto de las reformas en el mercado hipotecario español, el legislador pretendió conseguir la máxima celeridad, tanto en las ejecuciones hipotecarias que afectaban a particulares como en los procedimientos concursales. Este posicionamiento del legislador español trajo consigo la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013.⁴⁰⁹

Respecto de los alquileres,⁴¹⁰ las medidas legislativas adoptadas desde 2010 han ido en la dirección de acelerar el proceso de desahucio y de evitar la intervención del juez para

de noviembre se estableció una moratoria de dos años para el lanzamiento sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables, siempre y cuando se acreditaran los requisitos previstos en la misma ley. ALGUACIL DENCHE, A., ALGUACIL GÓMEZ, J., *et alii.*, *La vivienda en España en el siglo XXI...*, *op.cit.*, p. 148-149.

⁴⁰⁶ Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios sin recursos [LA LEY 4108/2012]. Para una crítica de esta norma, *vid.* CUENA CASAS, M., “El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar”, en PRATS ALBENTOSA, L., y CUENA CASAS, M. (coords.), *Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 53-54. La norma pretendía resolver los problemas para el pago de la deuda hipotecaria de algunos deudores en relación con los préstamos hipotecarios para la adquisición de la vivienda habitual. Además, de preveían otras medidas de reconstrucción de la deuda hipotecaria y subsidiariamente la dación en pago para la cancelación de la deuda pendiente. ALGUACIL DENCHE, A., ALGUACIL GÓMEZ, J., *et alii.*, *La vivienda en España en el siglo XXI...*, *op.cit.*, p. 146-148.

⁴⁰⁷ Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social [LA LEY 7255/2013]. CUENA CASAS, M., “El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera”..., *op.cit.*, p. 58-62. La Ley 1/2013 cambió el redactado del Art. 682 LEC para acabar con los problemas que se venían produciendo en la ejecución hipotecaria.

⁴⁰⁸ Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas [LA LEY 8684/2013].

⁴⁰⁹ STJUE de 14 de marzo de 2013 [LA LEY 11269/2013].

⁴¹⁰ NASARRE AZNAR, S., OLINDA GARCÍA, M., y XERRI, K., “Puede ser el alquiler una alternativa real al dominio como forma de acceso a la vivienda?”, en *Teoría y derecho*, nº 16, 2014, p. 189-214.

delegarla en los secretarios judiciales, con la pérdida de garantías y desprotección que esto supone para el arrendatario.⁴¹¹

Consecuencia de ello es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya intentado frenar o retrasar algún procedimiento de desahucio por considerar que un procedimiento de este tipo sin la observación de las garantías debidas puede ser contrario a los Arts. 3 (prohibición de la tortura) y 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁴¹²

El contexto actual de crisis económica condujo al legislador de Cataluña a pensar en otras formas para acceder a la vivienda basadas en tenencias intermedias, estas son tenencias que participan de las características de la propiedad y del alquiler y que se dirigen a aquel sector de la población que no puede comprar por completo una vivienda sin incurrir en un excesivo sobreendeudamiento y que no ven en el alquiler una tenencia adecuada para acceder a la vivienda.⁴¹³

⁴¹¹ Sobre los problemas que planteaba la legislación procesal arrendaticia previa a la reforma operada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, *vid.* ADÁN DOMÈNECH, F., “Legislación procesal arrendaticia: soluciones y propuestas de mejora”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 325-340. NASARRE AZNAR, S., “La propiedad compartida y la propiedad temporal”..., *op.cit.*, p. 780. Con todo, la doctrina se ha planteado si las medidas legislativas adoptadas para acelerar los procedimientos de desahucio no van en contra de algunos convenios internacionales de los cuales el Estado español es parte. Por ejemplo, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, cuyos Arts. 6 y 8 establecen una serie de derechos en relación a la pérdida de la vivienda.

⁴¹² NASARRE AZNAR, S., “Robinhoodian courts’ decisions on mortgage law in Spain”, en *International Journal of Law in the Built Environment*, v. II, 2015, p. 137. Se destaca la medida provisional adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en fecha de 15 de octubre de 2013 en el caso *CeesayCeesay and others v. Spain* sobre el desahucio en un piso de Salt, por el que se paralizaba un lanzamiento de 40 precaristas a instancias del Sareb, que era el titular del inmueble, porque la administración competente no había realojado a los afectados. Esta decisión tuvo una influencia en otros lanzamientos en Cataluña, como es el caso de la decisión de un secretario judicial de Sant Feliu de Llobregat el 27 de febrero de 2014 de posponer el lanzamiento hasta que se hubieran reubicado los afectados.

⁴¹³ El hecho es que España es el país de la Europa occidental con una de las tasas de propiedad más alta, aunque los datos varían, por lo que se aportan varias fuentes. MINISTERIO DE FOMENTO, “El ajuste del sector inmobiliario español”, p. 4, en http://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/885AC2DF-7007-4B27-85E7-684C47F60435/109401/AjoinmobEsp_ENE2012.pdf. Según el Ministerio de Fomento en 2012 la propiedad era la forma de tenencia más elevada entre los españoles y representaba el 81%, en contra del alquiler que representaba tan solo el 17%. EUROSTAT, “Distribution of population by tenure status, type of household and income group”, en <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do>. Según el Eurostat la propiedad representaba en el año 2014 el 78% de las viviendas.

En este nuevo conjunto de tenencias intermedias, donde se ubican la propiedad temporal y la propiedad compartida, no se limitan las facultades del dominio, como sucede en los derechos reales, sino que lo que se hace es introducir otros condicionantes como son el tiempo (propiedad temporal) y el fraccionamiento del dominio (propiedad compartida), con lo que se asegura la estabilidad de la tenencia consolidando el dominio progresivamente o temporalmente y se gana en seguridad frente al alquiler.

Los datos⁴¹⁴ demuestran que los españoles aspiran a una vivienda en propiedad, que representa la estabilidad y la comodidad de tener la vivienda como propia. Además, el mercado del alquiler es caro,⁴¹⁵ con lo que se plantea la cuestión de si el alquiler puede ser o no una auténtica alternativa al pleno dominio.

Ahora bien, si bien es cierto que los españoles prefieren tener en plena propiedad su vivienda habitual, cabe decir que no todo son ventajas en el dominio, sino que también tiene externalidades negativas como son que no promueve la movilidad laboral⁴¹⁶ y el sobreendeudamiento familiar.⁴¹⁷

⁴¹⁴ FOTOCASA, “Los españoles y su relación con la vivienda”, p. 7-9, en http://trends.fotocasa.es/pdf/Informe_sociologico.pdf. El estudio de Fotocasa revela que el 71,8% de los españoles prefiere tener su vivienda en propiedad, mientras que tan solo el 11,8% de los mismos prefiere vivir en alquiler. Sin embargo, es un dato revelador la contraposición de este estudio con el del año 2011, pues en aquel año el porcentaje de españoles que prefería vivir en alquiler representaba el 4%, es decir que en tan solo dos años el porcentaje de españoles que prefiere vivir en alquiler casi se ha triplicado. Además, el estudio demuestra que siete de cada diez españoles consideran que esta tenencia se está consolidando debido al elevado precio que supone comprar un inmueble.

Pese a que la preferencia por el alquiler entre los españoles ha aumentado en los años inmediatamente anteriores, los españoles siguen teniendo un grande apego a la propiedad. El 73% de los jóvenes consideran que a la larga sale mucho más a cuenta comprar un piso que alquilarlo. Si bien el alquiler goza de una mayor consideración entre los jóvenes, el 56,8% preferirían vivir en una vivienda de su propiedad. La explicación para este aumento del alquiler como tenencia se explica por el actual contexto de crisis económica porque, según el estudio, la situación económica del 61,8% de los españoles ha empeorado en los últimos años. El 48,8% de los españoles llega justo a fin de mes, mientras que el 25,7% afirma que no llega a fin de mes. ANTÓN, F., BARROSO, A., LIDÓN, E., RODRÍGUEZ E., y SOTO, O., “Vivienda y opinión pública en España”..., *op.cit.*, p. 38-53.

⁴¹⁵ FOTOCASA, “Informe del precio de la vivienda en alquiler – Noviembre 2015”, p. 1, en http://www.fotocasa.es/indice-alquiler-inmobiliario_fotocasa.aspx. (visitado el 7 de enero de 2016). En noviembre de 2015 el precio medio mensual de alquiler era de 7,02.- euros/m².

⁴¹⁶ BARCELÓ, C., “Housing tenure and labour mobility: a comparison a cross European Countries”, Banco de España, Documento de Trabajo 0603, 2006, p. 53. Según la autora de este artículo los propietarios de vivienda y los inquilinos de viviendas de protección social son los más reticentes a

La discusión sobre la necesidad de implementar en el Ordenamiento jurídico español nuevas formas de acceso a la vivienda también ha venido propiciada por la promulgación de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial,⁴¹⁸ y por otras normas de diverso rango⁴¹⁹ nacionales que vienen introduciendo la obligación a los prestamistas de otorgar los préstamos hipotecarios solo a quienes estén en condiciones de cumplir con sus obligaciones legales y contractuales.⁴²⁰

moveirse laboralmente. SOSA MÁRQUEZ, M., “Dificultades y alternativas. Constatación de una realidad”..., *op.cit.*, p. 98.

⁴¹⁷ VALIAÑO, V., “Medidas contra el sobreendeudamiento de las familias”, en *Ejecuciones hipotecarias y el derecho a la vivienda: estrategias jurídicas frente a la insolvencia familiar*, Observatorio DESC, 2009, p. 1-2. Según este estudio, el sobreendeudamiento familiar paso del 45% en 1995 al 76,7% en 2001, y al 143% en 2008. Este incremento se debe, fundamentalmente, al endeudamiento hipotecario de las familias.

⁴¹⁸ Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010 [LA LEY 2640/2014]. En el considerando n° 3 de la Directiva se dice que: “*La crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero.*”

⁴¹⁹ *Vid.* Art. 18 de la Orden EHA/2899/2011 [LA LEY 20192/2011]. Los aspectos que son objeto de análisis por la entidad financiera son muy variados y van desde la situación de empleo y los ingresos hasta la situación patrimonial y financiera. Además, estas circunstancias se tienen en cuenta a largo plazo porque la misma orden prevé su examen y estudio una vez finalizada la vida laboral del prestatario. *Vid.* Art. 12 de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de crédito [LA LEY 12040/2012]. Para una crítica de las normas de derecho interno de esta materia, *vid.* CUENA CASAS, M., “El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar”..., *op.cit.*, p. 62-75.

⁴²⁰ ZUNZUNEGUI, F., “Evaluación de la solvencia en la concesión de préstamos hipotecarios”, en *Teoría y derecho*, n° 16, 2014, p. 147-148. Esto afecta, inexcusablemente, al principio de libertad de contratación que impera en esta materia. La Directiva 2014/17/UE es congruente con dicho principio, pues en el considerando 57° se establece que: “*No obstante, el hecho de que la evaluación de la solvencia arroje un resultado positivo no debe comportar para el prestamista la obligación de conceder un crédito.*”

Ahora bien, el autor citado defiende que la entidad financiera no queda vinculada por el resultado de la evaluación de la solvencia cuando ésta arroje un resultado positivo, pero sí que resulta vinculada cuando la evaluación arroje un resultado negativo y, en consecuencia, el prestatario no pueda acceder a esta forma de financiación.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible supuso el primer intento del legislador español de poner fin a la concesión irresponsable de préstamos hipotecarios por las entidades financieras a sus clientes.⁴²¹

El Art. 18 de la Directiva 2014/17/UE obliga a que los Estados miembros velen porque las entidades de crédito avalúen la solvencia del consumidor antes de celebrar un contrato de crédito o un préstamo hipotecario. Como resultado de esta evaluación, el Art. 18.5 de la misma Directiva obliga a los Estados miembros a velar porque el *“prestamista solo ponga el crédito a disposición del consumidor si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan según lo establecido en dicho contrato”*.⁴²²

No obstante, la directiva no deja claras las consecuencias del incumplimiento del prestamista de evaluar la solvencia del deudor, lo que ha llevado a la doctrina a afirmar que un resultado negativo obtenido en el test de solvencia no impide a la entidad de

CUENA CASAS, M., “Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales”, en *RDCP*, nº 20, 2013, p. 2. Por el contrario, esta autora no se opone a que, fruto de evaluación negativa de la solvencia del prestatario, la entidad financiera tenga prohibido abrirle las puertas de la financiación.

⁴²¹ Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible [LA LEY 3603/2011].

Art. 29 Responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios de servicios financieros

“1. Las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, deberán evaluar la solvencia del potencial prestatario, sobre la base de una información suficiente. A tal efecto, dicha información podrá incluir la facilitada por el solicitante, así como la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos, de acuerdo con la legislación vigente, especialmente en materia de protección de datos de carácter personal.”

⁴²² Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010. [LA LEY 2640/2014].

Sobre la normativa aplicable, el ámbito de aplicación de la misma, *vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento” en PRATS ALBENTOSA, L., y CUENA CASAS, M. (coords.), *Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 207-214. ZUNZUNEGUI, F., “Evaluación de la solvencia en la concesión de préstamos hipotecarios”..., *op.cit.*, p. 142-146. CALLEJO CARRIÓN, S., y DE PRADA RODRÍGUEZ, M., “Urge un consentimiento informado (que no desinformado) para la ejecución hipotecaria”, en *DLL*, nº 8.602, 2015, p. 5. Según las autoras, la intención de la directiva es loable, pero esto puede quedar en el campo de las buenas intenciones por su armonización de mínimos y porque, según ellas, una mayor cantidad y claridad en la información o una atención individualizada no es garantía de un consentimiento informado. Sobre la información precontractual en la contratación de préstamos hipotecarios, *vid.* CATENA REAL, R., “La reciente normativa en materia de transparencia referida a los préstamos hipotecarios”, en *DLL*, nº 8.402, 2015, p. 8-10.

crédito denegar la concesión de un préstamo hipotecaria, aunque si se produce un incumplimiento por parte del prestatario el prestamista asumirá toda la responsabilidad de su decisión.⁴²³

Se trata, por lo tanto, de una cuestión de orden público en beneficio de los clientes y de la estabilidad del mercado,⁴²⁴ para que no se repitan casos como los de las hipotecas *suprime* donde se financiaba más del 80% del LTV (Loan to value). No obstante, esta Directiva constituye un muro para que una parte muy importante de la población pueda acceder a una vivienda en propiedad si no se obtiene un resultado favorable en el test de evaluación de su solvencia.

Este es el contexto en el que tienen que ubicarse la propiedad temporal y la propiedad compartida que incorpora el Código civil de Cataluña para superar el binomio propiedad/alquiler y para hacer frente a los nuevos retos en el campo de la vivienda y del derecho de propiedad.⁴²⁵

NASARRE AZNAR argumenta que, a consecuencia de la crisis económica, existe un sector de la población que no puede acceder a la propiedad sin endeudarse y que, sin embargo, tienen ingresos suficientes que impiden que accedan a una vivienda social y que tampoco ven el alquiler una forma de tenencia estable. En el contexto de la propiedad compartida y de la propiedad temporal se está pensando fundamentalmente en aquellas familias que tienen ciertos ingresos y con capacidad de ahorro, pero que

⁴²³ CUENA CASAS, M., “El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera”..., *op.cit.*, p. 75-79. GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La obligación de evaluar la solvencia del deudor”..., *op.cit.*, p. 220-222. En un sentido contrario se pronuncia GALLEGO SÁNCHEZ, quien afirma que: “*Por tanto, conceder el préstamo sin solvencia no supone incumplimiento de obligación alguna.*”

⁴²⁴ ZUNZUNEGUI, F., “Evaluación de la solvencia en la concesión de préstamos hipotecarios”..., *op.cit.*, p. 148.

⁴²⁵ NASARRE AZNAR, S., “Les tinences intermitges”..., *op.cit.*, p. 3. “*Les tinences intermitges representen un mecanisme de partenariat públic-privat (habitatge social) o d’iniciativa únicament privada que superi la dicotomia “lloguer vs domini”, transformant-lo en un sistema de “lloguer & domini”.* INURRIETA, A., IRIGOIEN, E., MURGUI, N., y NAREDO, J. M., *Qué hacemos frente a los graves problemas creados por la especulación inmobiliaria y para proponer una política alternativa de vivienda*, Akal, Madrid, 2013, p. 29-47. No obstante, algunos autores consideran que la solución a los actuales problemas de vivienda se encuentra en la potenciación del mercado del alquiler y en el aumento de la vivienda de protección oficial, pero lo cierto es que las reformas efectuadas en el mercado del alquiler como la operada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, no parecen que hayan en la dirección de proporcionar estabilidad y seguridad a los arrendatarios.

viven en ciudades donde escasea un mercado de vivienda privada asequible⁴²⁶ para ellos.

O también jóvenes o trabajadores desplazados en otro país que no pueden comprar una vivienda en propiedad ni tampoco les seduce el mercado del alquiler. Se trata, por lo

⁴²⁶ Para un estudio sobre el esfuerzo económico de la propiedad compartida en comparación con la plena propiedad y el alquiler, *vid.* NASARRE AZNAR, S., y SOLER TARRADELLAS, M^a. J., “Altres formes d'accés a l'habitatge. Les tinences intermèdies: Antecedents, concepte i càlcul de l'esforç familiar”, en *Revista digital Apunts d'Habitatge*, n^o 4, 2013, p. 18-29. El estudio se realizó en base a un modelo estándar:

- Municipio: Badalona (Zona A).
- Superficies: 60 m² útiles de vivienda y 25 m² de aparcamiento.
- Tipología de adquisición hipoteca: régimen general.
- Renta neta mensual de la unidad familiar: 200.- euros.
- Miembros de la unidad familiar: 2.
- % de propiedad compartida: 25% propiedad y 75% alquiler.
- Financiación: PH (préstamo hipotecario); PP (préstamo personal); RP (recursos propios).
- Opciones de financiación: a) 80% PH y el resto RP; b) 80% PH y el resto PP y RC.

El estudio pone de manifiesto que el esfuerzo familiar de la propiedad compartida se sitúa siempre alrededor del 30% teniendo en cuenta los parámetros del ejemplo estudiado y que los recursos propios a aportar son reducidos. Todo esto independientemente de la forma de financiación del porcentaje que se adquiere en propiedad.

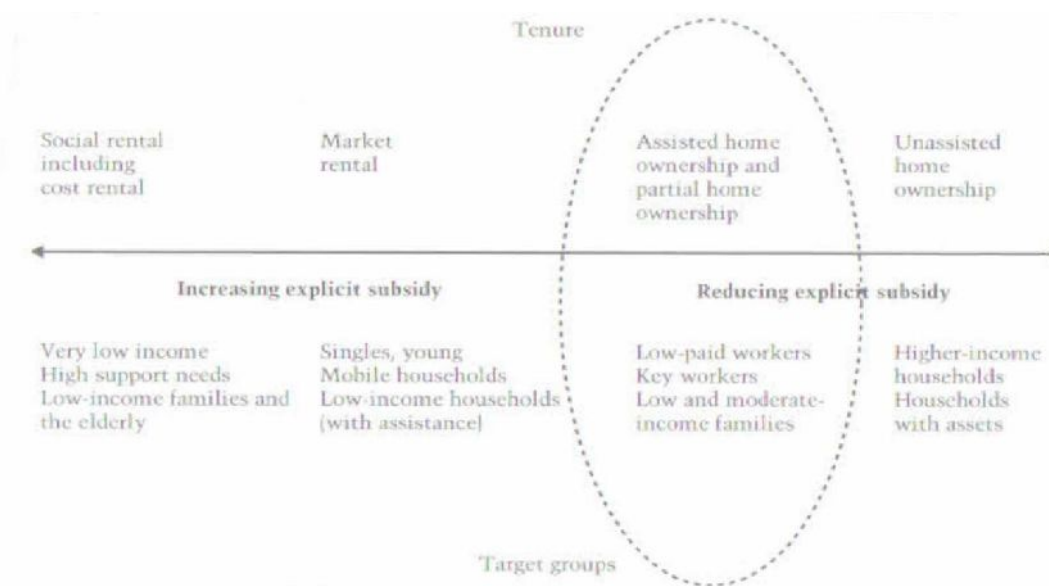
También se demuestra que la adquisición del 100% del dominio se sitúa alrededor del 30% si los recursos propios aportados son muy elevados, es decir, la adquisición de la vivienda habitual a través de un préstamo hipotecario el esfuerzo económico familiar se sitúa también alrededor del 30% si dicho préstamo es pequeño en comparación con el LTV. En caso contrario, si la cantidad de recursos aportados inicialmente es pequeña, el esfuerzo económico familiar se dispara sustancialmente por encima del 50% respecto del LTV.

Según este estudio, el alquiler es la tenencia más asequible y la que exige un menor esfuerzo económico familiar que, en la mayoría de los casos, se sitúa por debajo del 30%. Aún así, los autores del estudio advierten de los inconvenientes de esta tenencia, pues, en la propiedad compartida, el propietario material, de acuerdo con el Art. 556-6 CCCat, puede hacer actos de riguroso dominio, mientras que el inquilino, como es sabido, tiene un derecho de naturaleza personal sobre su vivienda.

Para un estudio económico del esfuerzo económico de la propiedad temporal, *vid.* SOLER TARRADELLAS, M^a. J., “Análisis económico sobre la accesibilidad a la vivienda: el esfuerzo familiar en las tenencias intermedias”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 630-636. Según la autora, la venta de la propiedad temporal por el propietario original (el sucesivo) es beneficiosa para, por ejemplo, el pago del préstamo hipotecario de su vivienda. Por ejemplo, teniendo en cuenta las variables del estudio, con la venta de la propiedad temporal el esfuerzo económico para el pago del préstamo hipotecario se reduce casi a la mitad. Por su parte, la cantidad de recursos que tiene que aportar el propietario temporal para acceder a esta vivienda también es mucho menor. Para mayor abundamiento, *vid.* LORCAN SIRR., “Análisis económico de la propiedad compartida y de la propiedad temporal” en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 590-606.

tanto, de evitar una polarización social en materia de vivienda, es decir, una división clara entre “ricos-propietarios” y “pobres-inquilinos”.⁴²⁷

En la siguiente figura se aprecian los colectivos que pueden resultar beneficiados por las tenencias intermedias:



Fuente: MONK y WHITEHEAD⁴²⁸

1.2. Naturaleza jurídica. Figuras análogas existentes en el Ordenamiento jurídico español

El legislador de Cataluña ha enumerado una serie de instituciones jurídicas basadas en la temporalidad y en el fraccionamiento del dominio en el preámbulo de la LPTPC a efectos, presumiblemente, de restar excepcionalidad a la regulación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida. Es decir, en el preámbulo se enumeran instituciones que la doctrina ha afirmado que se basan en la división o en la temporalidad del dominio para que la propiedad compartida y la temporal no resulten tan extrañas en nuestro Ordenamiento jurídico.

Una vez que se han presentado ambas nuevas formas de disfrute de la propiedad y sus rasgos más esenciales, sin perjuicio de abordar con mayor profundidad el estudio de

⁴²⁷ NASARRE AZNAR, S., y SIMÓN MORENO, H., “Fraccionando el dominio”..., *op.cit.*, p. 3.065, 3.072. LONGO MARTÍNEZ, A., “Ciudadano y vivienda: una relación en crisis”..., *op.cit.*, p. 90.

⁴²⁸ MONK, S., y WHITEHEAD, C., *Making housing more affordable-The role of intermediate tenures*, Wiley –Blackwell, Reino Unido, 2010, p. 21.

estas figuras más adelante en el capítulo cuarto de esta Memoria doctoral, paso a reflexionar sobre la naturaleza jurídica de las instituciones existentes en el Ordenamiento jurídico español que la doctrina ha señalado como las que más se asemejan a la naturaleza jurídica de las nuevas formas de disfrute de la propiedad.

Se trata de instituciones que, como se verá, han planteado problemas sobre el estatuto jurídico de los sujetos involucrados en alguna fase de la relación jurídica que se establece en el seno de estas instituciones. Por este motivo, en el desarrollo de esta investigación resulta de importancia el estudio de las mismas, pues respecto de ellas una parte de doctrina ha señalado que el dominio puede ser temporal o dividido. Desde luego, y por los motivos ya señalados,⁴²⁹ no serán objeto de tratamiento los derechos reales como el usufructo o las servidumbres.

La exposición de estas instituciones, en lo que es de interés para entender la naturaleza jurídica de la propiedad temporal y de la propiedad compartida, sigue un orden coherente pues, como se verá, algunas de ellas, como la herencia o legado a plazo o a término y la donación con pacto de reversión, parten de la sustitución fideicomisaria que es, por así decirlo, el supuesto paradigmático que implica una situación de temporalidad del dominio, en este caso, a favor del heredero fiduciario mientras no transmite la herencia al heredero fideicomisario, que es el destinatario final de los bienes hereditarios.

Pero antes de estudiar la dinámica de estas instituciones y su naturaleza jurídica, considero que es importante hacer una reflexión previa sobre la naturaleza jurídica de las nuevas formas de propiedad introducidas en el Código civil de Cataluña y las que, en cierta medida, implican una situación de dominio temporal.

La propiedad temporal y la propiedad compartida son, según el preámbulo de la LPTPC, dos nuevas formas de propiedad, por bien que la propiedad compartida pivote sobre una comunidad de bienes subyacente. El Art. 1 de la mencionada ley lo que hace es crear una nueva forma de propiedad basada en la temporalidad del dominio cuyo titular, una vez se cumpla el término cierto y determinado, hará tránsito del dominio al titular sucesivo. Además, la propiedad compartida también implica una situación de

⁴²⁹ El Art. 513 CC establece que el usufructo se extingue: *“Por expirar el plazo por que se constituyó, o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo.”*

De la misma manera, el Art. 546 CC establece que las servidumbres se extinguen: *“Por llegar el día o realizarse la condición, si la servidumbre fuera temporal o condicional.”*

temporalidad, puesto que el Art. 556-4.3 CCCat establece que la duración de la propiedad compartida es de 30 años si las partes no acuerdan otra cosa en el título de constitución, pero que en todo caso no puede durar más de 99 años.

Con esto se quiere decir que, según la regulación de las mismas del Código civil de Cataluña, son unos nuevos tipos del derecho real paradigmático que implican e introducen la temporalidad del dominio y la división del mismo entre sus características.

Si bien es cierto que la doctrina ha considerado que existen instituciones en el Ordenamiento jurídico español que implican una situación temporal del dominio o la división de éste, debe tenerse clara la división que existe entre los llamados derechos reales⁴³⁰ y los derechos de crédito o personales⁴³¹ para no confundir los extremos de la comparación que se realizará a continuación.⁴³²

⁴³⁰ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III...*, op.cit., p. 82. “Denominamos derecho real a un determinado tipo de derecho subjetivo que protege con carácter absoluto el interés de una persona sobre una cosa, otorgándole un poder directo e inmediato sobre ella y al mismo tiempo una eficacia general en relación con los terceros, entendiendo por terceros a los posibles adquirentes de la cosa y a las demás personas que se encuentren en relación con ella.” ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, op.cit., p. 11-13. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., et alii., *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, op.cit., p. 1-3.

⁴³¹ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. II.- Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Civitas, Pamplona, 2008, p. 125-127. “El derecho de crédito es toda la situación de poder [...] que el ordenamiento concede a la persona del acreedor para la tutela y para el logro de su interés. [...] El núcleo central del derecho de crédito lo constituye la facultad de exigir la prestación. Consiste en la posibilidad de formular una justa pretensión frente al deudor y reclamarle la adopción del comportamiento debido. La facultad de exigir la prestación va acompañada, [...], del poder de agresión sobre los bienes.” ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: II Derecho de obligaciones*, 14ª ed., Edisofer, Madrid, 2011, p. 15-16. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., et alii., *Elementos de Derecho Civil II: Derecho de obligaciones*, v. I, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2011, p. 3-5.

⁴³² DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. I.- Introducción. Teoría general del contrato*, 6ª ed., Civitas, Pamplona, 2008, p. 75-90. Este autor utiliza los criterios de la eficacia y de la función económica para diferenciar las dos clases de derechos patrimoniales. En virtud del criterio de la eficacia, puede distinguirse entre derechos reales y no reales, pero a la vez, la característica esencial de los derechos reales es diferente en la propiedad y en los derechos reales *iura in re aliena*. La primera atribuye un poder a su titular para reclamar la cosa, independientemente de donde se encuentre y de quien detenga la posesión. Los derechos reales *iura in re aliena* precisamente permiten la acción de su titular contra el propietario. En virtud del criterio de la función económica o de los poderes que otorgan a su titular puede diferenciarse entre derechos de disfrute y de obligación: “Los primeros otorgan a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa; los segundos, en cambio, confieren un poder de dirigirse contra otra persona y reclamar de ella un comportamiento.” A su vez, dice el autor que dentro de los derechos de

2. Las figuras afines a la propiedad temporal y a la propiedad compartida

2.1. Instituciones sucesorias

2.1.1. La sustitución fideicomisaria

A) El estatuto jurídico del heredero fiduciario como un sujeto análogo al titular temporal

El preámbulo de la LPTPC alude a la sustitución fideicomisaria como una forma de propiedad temporal que ostenta el heredero fiduciario sobre los bienes de la herencia.⁴³³

Para determinar las facultades del fiduciario respecto de los bienes durante la pendencia del fideicomiso se estará a la regulación del Código civil y a la del Código civil de Cataluña. Todo ello en relación con la sustitución fideicomisaria ordinaria, es decir, sin entrar en el estudio de la sustitución fideicomisaria de residuo porque es sustancial en ella que el fiduciario tenga amplias facultades de disposición sobre los bienes del fideicomiso.⁴³⁴

En primer lugar, el Código civil general regula la sustitución fideicomisaria entre los Arts. 781 y 787 CC. La definición contenida en el Art. 781 CC ya indica meramente las facultades del heredero fiduciario: *“Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la*

obligación tienen especial relevancia aquellos que se contraigan sobre una cosa concreta y determinada: *“El derecho a adquirir una cosa cierta y determinada posee un relieve especial y puede por ello configurarse como un derecho de obligación con un efecto de modificación jurídico-real.”*

Sobre los derechos reales como contenido posible de una obligación, *vid. DÍEZ-PICAZO, L., Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III.- Las relaciones jurídico-reales, el registro de la propiedad, la posesión..., op.cit., p. 89-90. ALBALADEJO GARCÍA, M., Derecho Civil: III Derecho de bienes..., op.cit., p. 11-22. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., et alii., Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales..., op.cit., p. 3-6.* Estos autores señalan algunas diferencias entre ambos tipos de derechos subjetivos que pueden ser determinantes para trazar una línea divisoria entre ambos, de las cuales destacaría la “vinculación que crea el derecho real”: *“En el derecho de crédito, [...], existe un deber privado del deudor, de observar determinada conducta, surgido de una concreta autorregulación de intereses [...]. En cambio, en el derecho real, junto al deber público de abstención no hay deber privado: falta el obligado personal y concreto, y por tanto la posible violación específica y exclusiva suya.”* En el mismo sentido, *vid. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., Fundamentos del Derecho civil patrimonial. II..., op.cit., p. 68-69.*

⁴³³ Llei 19/2015, del 29 de juliol, d'incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. DOGC nº 6927, de 4 d'agost de 2015. *“En efecte, la propietat temporal és present en la propietat resultant de la substitució fideïcomissària”.*

⁴³⁴ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código civil comentado y con jurisprudencia..., op.cit., p. 789.*

herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.”

De este artículo resulta que el heredero fiduciario tiene el deber de conservar los bienes que conforman el fideicomiso para entregarlos después al heredero fideicomisario. Ahora bien, aunque el código hable de “conservar” los bienes del fideicomiso, la doctrina se ha posicionado a favor de permitir al fiduciario disponer de su derecho, siempre y cuando esto no afecte al deber de entregar los bienes del fideicomiso.⁴³⁵

En cuanto a la doctrina del Tribunal Supremo, ésta no ha admitido abiertamente la facultad de disposición de los bienes por el heredero fiduciario en todos los casos, sino que ha diferenciado en función de si se trata de una sustitución fiduciaria pura o condicional, admitiéndose que puede disponer de los bienes del fideicomiso en las condicionales.⁴³⁶

La doctrina más autorizada ha afirmado que durante la fase de pendencia del fideicomiso, es decir, mientras los bienes del fideicomiso no hacen tránsito al heredero

⁴³⁵ ALBADALEJO GARCÍA, M., “Comentario al Art. 781 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 1.917. “*El fiduciario puede ciertamente disponer por sí solo y sin más del derecho que tiene de propiedad temporal, o, si se quiere, puede disponer por sí solo y sin más de los bienes, pero siempre con el gravamen fideicomisario.*” CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario al Art. 781 CC”, en CAÑIZARES LASO, A., *et. alii.*, *Código civil comentado*, t. II, Civitas, Pamplona, 2011, p. 723-724. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et. alii.*, *Elementos de derecho civil V: Sucesiones*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009, p. 268-269. DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, v. IV, t. II, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, p. 101. Estos autores son más prudentes respecto de las facultades de disposición del fiduciario sobre los bienes del fideicomiso y niegan que el fiduciario pueda disponer de los bienes de la herencia sin el consentimiento del fideicomisario. “*Sin embargo, negar al fiduciario poder de disposición en casos de necesidad o utilidad evidente sería perjudicial para los intereses de los futuros titulares de la herencia. De ahí que deba aplicarse por analogía el Art. 168, párrafo 3.º, que permite al representante del ausente enajenar bajo aquellos presupuestos y con la preceptiva autorización judicial.*” PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, v. II, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1971, p. 561. La misma tesis sigue este autor sobre los actos de disposición en caso de necesidad.

⁴³⁶ STS de 28 de febrero de 1999 [LA LEY 8825/1999]. “*Es necesario diferenciar, en cuanto a los efectos traslativos, las sustituciones fideicomisarias puras de las condicionales. En aquéllas, la obligación de conservar y transmitir, impuesta al fiduciario, es categórica, de tal forma que no puede enajenar los bienes que ha recibido con el gravamen de sustitución. Por el contrario, en las sustituciones fideicomisarias condicionales existe la incertidumbre propia de estas determinaciones accesorias de la voluntad. En ellas, el fiduciario puede enajenar los bienes porque pudiera incumplirse la condición resolutoria (si fallece con hijos) con lo que él se convertiría en el último y definitivo propietario de los bienes y por tanto resultarían inatacables las transmisiones que pudiera haber realizado.*”

fideicomisario “La posición del fiduciario desde que recibe la herencia hasta que acaba su derecho sobre ésta es la de un verdadero heredero, es decir, no tiene derecho de usufructo sobre un patrimonio [...] que no es suyo, sino que es titular de este patrimonio [...], si bien limitadamente al tiempo durante el que la herencia le corresponde”.⁴³⁷

Al tratarse de un verdadero titular temporal, al fiduciario le compete el ejercicio de las acciones dominicales propias de todo propietario, aunque solo sea con carácter temporal.⁴³⁸

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha equiparado el derecho del heredero fiduciario con el derecho dominical de cualquier propietario sobre los bienes del fideicomiso, con lo que la doctrina y la jurisprudencia coinciden sobre este punto.⁴³⁹

⁴³⁷ ALBADALEJO GARCÍA, M., “Comentario al Art. 781 CC”..., *op.cit.*, p. 1.917. DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil...*, *op.cit.*, p. 100. “El fiduciario es un heredero [...], lo que significa que es un propietario de los bienes sujetos a la sustitución, si bien con carácter temporal [...] o condicional [...]. Sin embargo, pese a ser propietario, está sometido a cuentas limitaciones nacen del hecho de que ha de conservarlos para transmitirlos”. ROCA SASTRE, R. M^a., *El Fideicomiso "Si sine liberis decesserit" y el Código civil: discurso leído el día 30 de abril de 1956, en su recepción pública*, Imprenta viuda de Galo Sáez, Madrid, 1956, p. 31. “el fiduciario, en la sustitución fideicomisaria, no es un simple propietario medial, instrumental, circunstancial o per accidens, sino un propietario per se, o sea, de verdad, solo que gravado de temporalidad. Sería un propietario normal, como cualquier otro, pero solo tiene una propiedad ad tempus”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código civil...*, *op.cit.*, p. 941. CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario al Art. 781 CC”..., *op.cit.*, p. 723. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et. alii.*, *Elementos de derecho civil V: Sucesiones...*, *op.cit.*, p. 267. GARRIDO MELERO, M., “Tema 3: los fideicomisos”, en DELGADO DE MIGUEL, J. F. (Coord.), *Instituciones de Derecho privado*, Civitas, Consejo General del Notariado, Madrid, 2004, p. 817. En contra de considerar al heredero fiduciario se posiciona este autor: “Nos da la impresión, y es una impresión cierta, que se concibe la propiedad con el carácter de derecho definitivo y permanente: de ahí que el fiduciario que es, en principio, un propietario provisional no puede ser considerado como verdadero propietario y, en consecuencia, su posición viene, se diga lo que diga, siendo muy similar en este campo de los derechos de goce y disfrute a la de un usufructuario.”

⁴³⁸ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil...*, *op.cit.*, p. 559. En lo que se refiere al elenco de facultades del heredero fiduciario, *vid.* DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil...*, *op.cit.*, p. 100-102. ALBADALEJO GARCÍA, M., “Comentario al Art. 781 CC”..., *op.cit.*, p. 1.917. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código civil...*, *op.cit.*, p. 941. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et. alii.*, *Elementos de derecho civil V: Sucesiones...*, *op.cit.*, p. 268.

⁴³⁹ ALBADALEJO GARCÍA, M., “Comentario al Art. 781 CC”..., *op.cit.*, p. 1.917. En esta obra se citan las STS de 29 de enero de 1916, STS de 26 de febrero de 1919, STS de 22 de diciembre de 1920, STS de 19 de mayo de 1952, STS de 2 de diciembre de 1954, STS de 8 de mayo de 1964.

Por lo que respecta al Código civil de Cataluña, la sustitución fideicomisaria se encuentra regulada minuciosamente en el Capítulo VI, del Título II del Libro IV de las sucesiones. En lo que se refiere al estatuto jurídico del heredero fiduciario, el Art. 426-26 CCCat establece que: *“El fiduciari té l’ús i el gaudi dels béns fideïcomesos i de llurs subrogats i accessions, fa seus els fruits i les rendes, i gaudeix de tots els altres drets que la llei atribueix al propietari, però allò que adquireix que no siguin fruits o rendes s’incorpora al fideïcomís.”*

De este artículo se desprende que el heredero fiduciario es el propietario del patrimonio del fideicomiso, de la misma forma que en el Código civil general.⁴⁴⁰

En la sustitución fideicomisaria es comúnmente admitido por la doctrina que el heredero fiduciario puede considerarse un “heredero o titular temporal” hasta que se cumpla el plazo o la condición en virtud del cual los bienes del fideicomiso tendrán que hacer tránsito al heredero fideicomisario que es el destinatario final de los bienes de la herencia.

No obstante, esta denominación de “heredero o titular temporal” podría ser inmediatamente matizada atendiendo a las limitadas facultades de disposición que el Código civil general y el Código civil de Cataluña (en mayor medida) conceden al heredero fiduciario.

STS de 28 de febrero de 1996 [LA LEY 3657/1996]. *“Según esta doctrina, la fiduciaria D^a Irene-Himilce solo pudo ceder a su hermano el derecho de propiedad temporal que tenía sobre la mitad indivisa de la finca; con este mismo carácter le recibieron los herederos de D. José-Isidro; y en idénticas condiciones la han vendido a los terceros los mencionados herederos, pues no consta que la heredera fiduciaria haya fallecido, ni que se cumpla la condición de la existencia de unos herederos legítimos que le sobrevivan.”* MARTÍN PÉREZ, J. A., “Art. 781 CC”, en PASQUAU LIAÑO, M., *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, t. I, Comares, Granada, 2000, p. 1.434.

⁴⁴⁰ PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Institucions del Dret civil de Catalunya*, v. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 322. *“l’hereu fiduciari en el període comprès entre l’obertura de la successió del fideïcomitent i la delació fideïcomissària presenta un doble aspecte: respecte els fruits i rendes [...] el fiduciari en té la plena propietat i els fa irrevocablement seus; i respecte els béns que formen part del capital de l’herència fideïcomesa, el fiduciari n’és també el propietari.”* BRANCÓS NÚÑEZ, E., “Los efectos del fideicomiso mientras está pendiente”, en JOU MIRABENT, LL., *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, t. II, Bosch, Barcelona, 1994, p. 787. PUIG FERRIOL, LL., *El heredero fiduciario*, Cátedra de Derecho Civil «Durán y Bas», bajo el patrocinio de la Excm. Diputación Provincial y del Excmo. Ayuntamiento de Barcelona, Barcelona, 1965, p. 83, 152. El fiduciario es un verdadero propietario, pero su facultad de disposición está limitada por el tránsito de los bienes del fideicomiso al heredero fideicomisario.

Entiendo que la doctrina haya coincidido en que el heredero fiduciario sea considerado un titular temporal ante terceros durante el tiempo que media entre la muerte del causante y el tránsito de los bienes al heredero fideicomisario por el cumplimiento del plazo o la condición prevista. Durante este período de tiempo el heredero fiduciario tiene el deber de conservar y administrar los bienes del fideicomiso para que sea el heredero fideicomisario el que reciba los bienes de la herencia, siendo sus facultades de disposición sobre los bienes del fideicomiso considerablemente limitadas.⁴⁴¹

B) La limitación de los llamamientos para evitar la vinculación de la propiedad

Conviene recordar que la temporalidad del dominio del heredero fiduciario se justificó para evitar que la sustitución fideicomisaria fuese una institución a través de la cual el dominio se vinculara a las generaciones posteriores y volver, de nuevo, a la situación anterior a la revolución liberal.

En este sentido, el Art. 781 CC acaba diciendo que “*Las sustituciones fideicomisarias [...], serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.*”

Con esta afirmación, los codificadores españoles quisieron establecer un límite a los llamamientos sucesivos de la sucesión fideicomisaria, con el fin de limitar la vinculación del patrimonio familiar perpetuamente a las generaciones posteriores.⁴⁴²

La sustitución fideicomisaria se veía como un instrumento para volver a vincular el patrimonio familiar a las generaciones posteriores y volver, de esta forma, a la vinculación de la tierra. En consecuencia, la limitación del Art. 781 CC, que ciertamente conlleva que los herederos fiduciarios sean herederos temporales, tenía como finalidad evitar la vinculación de la tierra, como en el pasado se hizo con los mayorazgos.⁴⁴³

⁴⁴¹ El Código civil de Cataluña dedica los Art. 426-36 a 426-43 CCCat a disciplinar las facultades de disposición del heredero fiduciario.

⁴⁴² VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama del Derecho de sucesiones*, t. I, Civitas, Madrid, 1982, p. 285. En el Derecho romano existían diversos instrumentos para asegurar la perpetuación y la vinculación del patrimonio familiar, como por ejemplo la *heredis institutio*, el *consortium inter fratres* y el *fideicommissum familiae relictum*. Fue Justiniano el que dispuso que los bienes quedaban libres a partir de la cuarta generación en su Novela 159, 2.

⁴⁴³ VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama del Derecho de sucesiones...*, *op.cit.*, 285-287.

La influencia del Código civil francés sobre los codificadores españoles fue decisiva también en este punto, aunque la base 15 de la Ley de Bases de 1888 permitió que la vinculación se perpetuara tres generaciones y esta premisa se consolidó en el Art. 781 CC, en contra de lo dispuesto en el Art. 896 CCF: *“no pasaran ni aun en la línea directa de la segunda generación, a no ser que se hagan a favor de personas que todas vivan al tiempo del fallecimiento del testador.”*

Con estas reflexiones quiere decirse que si bien el Art. 781 CC implica que el heredero fiduciario sea un heredero temporal porque está gravado con el gravamen fiduciario, esta temporalidad del derecho de los llamados a suceder como herederos fideicomisarios tuvo como finalidad evitar la vinculación del patrimonio a las sucesiones posteriores y que, en cierta medida, la temporalidad del derecho de los herederos fiduciarios es acorde con las ideas revolucionarias que se cristalizaron en leyes como el Código civil francés que acabó con la vinculación de la propiedad. Es decir, la temporalidad del derecho del heredero fiduciario es consecuencia de la necesidad de salvaguardar la libre circulación de los bienes acorde con las ideas revolucionarias.

Respecto de la regulación de la sustitución fideicomisaria en el Código civil de Cataluña, el Art. 426-10 CCCat dice lo siguiente respecto del número de llamamientos:

1. El fideïcomitent pot cridar successivament al fideïcomís el nombre de fideïcomissaris que vulgui, sempre que es tracti de persones vives en el moment de la seva mort. L'eficàcia d'aquestes crides exclou la de crides ulteriors a fideïcomissaris no nascuts ni concebuts en el moment de la mort del fideïcomitent.

2. El fideïcomitent pot cridar fideïcomissaris que encara no hagin nascut en el moment de la seva mort. En aquest cas, només pot arribar a ésser efectiva una sola crida.

De acuerdo con el precepto transcrito, la doctrina entendió que el límite de llamamientos permitidos son dos grados, es decir, el heredero fiduciario y el

RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones. Común y foral*, t. II, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009, p. 1.162-1.163, 1.164-1.165. La Revolución francesa acabó con las vinculaciones sucesorias y las sustituciones fideicomisarias. El Art. 896 CCF prohibió las sustituciones fideicomisarias, aunque excepcionalmente vino a permitir las por una sola generación.

El Código civil italiano de 1865 excluyó totalmente las sustituciones fideicomisarias.

En España, por Real Decreto de las Cortes de 27 de septiembre de 1820, fueron suprimidos los mayorazgos y los fideicomisos perpetuos.

fideicomisario, aunque el Código civil de Cataluña no lo disponga expresamente como sí hace el Art. 781 CC. Este criterio se ha mantenido desde la Compilación Derecho civil de Cataluña.⁴⁴⁴

C) Similitudes y diferencias entre el heredero fiduciario y el titular temporal

De acuerdo con el posicionamiento mayoritario de la doctrina española, puede afirmarse que el heredero fiduciario es un titular temporal de los bienes hereditarios hasta que se cumpla el plazo o condición en virtud del cual los bienes de la herencia tengan que hacer tránsito al heredero fideicomisario.

Esta configuración de la situación del heredero fiduciario conduce a buscar paralelismos y diferencias entre el estatuto jurídico del heredero fiduciario y el titular temporal de la propiedad temporal incorporada en el libro V del Código civil de Cataluña.

En primer lugar, puede afirmarse que la ostentación de un dominio temporal a favor del heredero fiduciario es consecuencia de propia dinámica de la sustitución fideicomisaria y, en particular, de la voluntad del causante, que ha querido determinar su sucesión en las siguientes generaciones. Con esto quiero decir que, si bien en virtud de la sustitución fideicomisaria se produce una situación de temporalidad del dominio a favor del heredero fiduciario hasta que los bienes tengan que ser transmitidos al heredero fideicomisario, con ello no puede concluirse que la perpetuidad no forma parte de las características esenciales del dominio y que, por ende, que la sustitución fideicomisaria implique un reconocimiento de la temporalidad del dominio.

Como se ha visto a lo largo de esta Memoria doctoral, el derecho de propiedad es el derecho real paradigmático y que, configurado dogmáticamente a la luz de las ideas revolucionarias, éste es perpetuo sin que su eficacia esté determinada temporalmente por la propia naturaleza del mismo derecho, aunque ya se ha visto que, en virtud del principio de la autonomía privada, algunos autores han sostenido que nada obsta a las partes para fijar un término cierto y determinado para la eficacia del derecho de propiedad.

⁴⁴⁴ VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama del Derecho de sucesiones...*, op.cit., 289-290. RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones. Común y foral...*, op.cit., p. 1.270-1.271. PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Instituciones...*, op.cit., p.313-315.

En definitiva, considero que la sustitución fideicomisaria implica una situación de temporalidad del dominio a favor del heredero fiduciario, pero que este argumento no es de suficiente entidad para considerar que pueda discutirse la perpetuidad o temporalidad del derecho de propiedad, toda vez que esta situación de temporalidad del dominio es fruto de la propia dinámica de esta institución sucesoria.

En segundo lugar, una vez realizada la anterior consideración, puede compararse el estatuto jurídico del heredero fiduciario y del titular temporal, aunque creo que la comparación es forzada con base en el haz de facultades y obligaciones de ambos sujetos.

El Art. 547-6.1 CCCat reconoce un amplio elenco de facultades al titular temporal, toda vez que este Art. afirma que: *“El propietari temporal té totes les facultats del dret de propietat, sense més limitacions que les derivades de la durada i de l’existència del titular successiu.”* Por lo tanto, el derecho del titular temporal no tiene más limitaciones que las relativas al plazo de duración de su derecho y las que derivan de la existencia del propietario sucesivo. Las limitaciones derivadas de la existencia del titular sucesivo se concretan en el deber del titular temporal de notificar al sucesivo los actos de disposición de su derecho, de acuerdo con el Art. 547-6.2 CCCat.

Además, es importante destacar la previsión del Art. 547-9.1.b) CCCat que establece como causa de extinción de la propiedad temporal el deterioro en más de un 50% del bien objeto de dicha propiedad por culpa o negligencia del titular temporal cuando éste haya sido requerido por el titular sucesivo y no se haga cargo de las obras de conservación y de reparación.

Por su parte, las facultades del heredero fiduciario están limitadas al uso y a la conservación de los bienes hereditarios porque es la voluntad del causante que el heredero fideicomisario sea el destinatario final de los bienes hereditarios, aunque en la regulación de la sustitución fideicomisaria del Código civil de Cataluña se amplían sustancialmente las facultades de disposición del heredero fiduciario cuando medie el acuerdo de los todos los herederos fideicomisarios y en aquellos casos que la ley así lo disponga.

No hace falta decir que la condición de heredero es indeleble y que, por lo tanto, el heredero fiduciario no puede disponer de su propia condición, al contrario de lo que

ocurre en la propiedad temporal, pues el titular temporal puede enajenar y gravar su derecho.

2.1.2. La herencia y el legado a término

A) La dinámica de la institución

La doctrina ha considerado que el Art. 791 CC permite que la herencia y los legados se sometan al cumplimiento de una condición y se regirán por la disposiciones relativas a las obligaciones condicionales. En particular, el Art. 805 CC admite la posibilidad que la herencia o un legado se sometan a un término inicial o suspensivo como a un término final y resolutorio.⁴⁴⁵

De esta forma se quiebra con el principio romano *semel heres semper heredes*, en virtud del cual el que es instituido heredero lo es para siempre.⁴⁴⁶

La cuestión fundamental que se plantea en esta institución y que interesa por el objeto de esta investigación es la situación del primer heredero o *heredero temporal* por la naturaleza esencialmente temporal de su derecho.⁴⁴⁷

La doctrina más autorizada entiende que la condición de heredero es indeleble y, por lo tanto, ésta reside en el que haya adquirido primero la herencia. La sucesión ya habría

⁴⁴⁵ RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones. Común y foral*, t. I, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009, p. 897. En esta obra se cita la STS de 17 de marzo de 1996. Esta sentencia reconoce que, aunque el heredero sometido a condición no se encuentra regulado en la Sección IV del Capítulo II del Libro III, del Código civil: “*es perfectamente válido y eficaz en nuestro derecho positivo, que ni tácita ni expresamente lo prohíbe en su art. 790*”.

⁴⁴⁶ TORRALBA SORIANO, V., “Comentario al Art. 805 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 1.964. ALBADALEJO GARCÍA, M., “Comentario al Art. 805 CC”, en ALBADALEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, v. II, EDERSA, Madrid, 1986, p. 545. DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil...*, *op.cit.*, p. 89.

⁴⁴⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código civil...*, *op.cit.*, p. 962. TORRALBA SORIANO, V., “Comentario al Art. 805 CC”..., *op.cit.*, p. 1.966. “*Hay que concluir, por tanto, que el instituido hasta cierto tiempo está gravado de restitución, al llegar el día fijado, a favor del segundo llamado o, en su caso, a los sucesores abintestato. Por su parte los llamados para después de cierto tiempo, han de considerarse sustitutos fideicomisarios a plazo.*”

operado a favor del primer instituido y el que es llamado a continuación ya no podría disponer de toda la herencia.⁴⁴⁸

Esta tesis se basa en que el instituido bajo un término inicial o final está limitado temporalmente para gozar los bienes hereditarios y que el testador no quiere que el fenómeno sucesorio se deshaga ni que se invaliden los negocios jurídicos del instituido en primer lugar que, como se ha afirmado, es el verdadero heredero.⁴⁴⁹

El heredero instituido a término final lo es desde la muerte del causante hasta que se cumpla el término final y, por lo tanto, la doctrina ha concluido que el instituido heredero en primer lugar está gravado con el deber de restituir los bienes a favor de los sucesivos instituidos cuando se cumpla la condición o cuando llegue el término final o, en su defecto, a favor de los herederos abintestato.⁴⁵⁰

En este punto se plantea el alcance de la condición resolutoria, “*pues en caso de admitirse plenamente su juego, cumplida que sea la condición, sus efectos se retraerán al momento de la delación produciéndose, en consecuencia, la ineficacia de lo realizado por el heredero, pues su título queda resuelto ab initio.*”⁴⁵¹

Respecto de los llamados a continuación del primer instituido, la doctrina ha afirmado que su estatuto se asemeja a los herederos fideicomisarios, con lo que serían de aplicación las reglas de esta institución en cuanto a las reglas de administración, conservación, enajenación y restitución del patrimonio fideicomisario.⁴⁵²

⁴⁴⁸ PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho civil*, t. IV, Bosch, Barcelona, 1991, p. 410.

⁴⁴⁹ PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho civil...*, *op.cit.*, p. 410-411.

⁴⁵⁰ RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones. Común y foral...*, *op.cit.*, p. 897.

⁴⁵¹ RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones. Común y foral...*, *op.cit.*, p. 897. VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama del Derecho de sucesiones...*, *op.cit.*, 129-130. En contra de este posicionamiento se sitúa VALLET DE GOYTISOLO que considera en el momento que se cumple la condición resolutoria se produce la subrogación del heredero en la situación jurídica del primer instituido.

⁴⁵² PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho civil...*, *op.cit.*, p. 411. ALBADALEJO GARCÍA, M., “Comentario al Art. 805 CC”..., *op.cit.*, p. 555-556. DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil...*, *op.cit.*, p. 90. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “Comentario al Art. 805 CC”, en CAÑIZARES LASO, A., *et. alii.*, *Código civil comentado*, v. II, Civitas, Navarra, 2011, p. 773. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “Comentario al Art. 805 CC”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 923.

El heredero instituido a término inicial, es decir, aquél que tiene la certeza de que el llamamiento tendrá eficacia aunque no se sepa cuándo porque el término actúa como una condición suspensiva, permite que el heredero instituido a término final transmita su derecho a sus respectivos herederos en el supuesto de morir antes de llegar el término inicial.⁴⁵³

La Dirección General de los Registros y del Notariado también se ha posicionado en algunas de sus resoluciones a favor de considerar el término inicial como una condición suspensiva que faculta al instituido bajo un término inicial para disponer de su derecho.⁴⁵⁴

A favor de la aplicabilidad de las reglas de la sustitución fideicomisaria también se ha posicionado el Tribunal Supremo sobre esta cuestión en varias de sus sentencias.⁴⁵⁵

B) La naturaleza personal del término y de la condición del heredero instituido a plazo

En consecuencia, parece que la doctrina y la jurisprudencia han tratado de equiparar la institución del heredero a plazo o instituido bajo condición a la sustitución fideicomisaria. Es decir, el estatuto jurídico del primer instituido hasta el cumplimiento de una determinada condición o para un plazo determinado se asimila al del heredero fiduciario y, por lo tanto, tendría considerablemente limitadas sus facultades de disposición de los bienes hereditarios, toda vez que estaría gravado con el deber de restituir los bienes al segundo instituido a los herederos intestados, pues para éste la

⁴⁵³ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código civil comentado y con jurisprudencia...*, *op.cit.*, 809. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., "Comentario al Art. 805 CC"..., *op.cit.*, p. 771. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., "Comentario al Art. 805 CC"..., *op.cit.*, p. 923. MARTÍN PÉREZ, J. A., "Art. 805 CC", en PASQUAU LIAÑO, M., *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, t. I, Comares, Granada, 2000, p. 1.474.

⁴⁵⁴ MARTÍN PÉREZ, J. A., "Art. 805 CC"..., *op.cit.*, p. 1.474-1.475. *Vid.* RDGRN de 29 de noviembre de 1911: "*Las instituciones a día cierto o que indudablemente ha de venir, crean derechos transmisibles desde el fallecimiento del testador*". *Vid.* RDGRN de 18 de mayo de 1943. "*Las disposiciones testamentarias a título de herencia o legado, hechas a cierto día o que seguramente ha de venir, crean derechos a favor de los sucesores desde el fallecimiento del causante y no implican prohibiciones de disponer*". *Vid.* RDGRN de 12 de enero de 1944.

⁴⁵⁵ MARTÍN PÉREZ, J. A., "Art. 805 CC"..., *op.cit.*, p. 1.475. En esta obra se cita la STS de 25 de octubre de 1954.

condición o el plazo del primer instituido operarían como un término suspensivo cuyo cumplimiento implicaría que fuese el destinatario final de los bienes hereditarios.

Dada la asimilación que ha hecho la doctrina y la jurisprudencia entre ambas instituciones podría afirmarse que el instituido en primer lugar es un heredero temporal hasta que se cumpla el plazo que el testador le ha concedido para que disfrute de los bienes hereditarios o la condición resolutoria claudicante de su derecho. Entiendo que como heredero temporal que es se mostraría ante terceros como un verdadero propietario, aunque está gravado con el deber de restitución de los bienes a favor del segundo instituido, de la misma forma que el heredero fiduciario está gravado con el deber de restitución a favor del heredero fideicomisario.

A mayor abundamiento, aunque se considere que el primer instituido o heredero temporal se muestre ante terceros como un verdadero propietario, no puede olvidarse que el Código civil, en el Art. 791 CC establece que son de aplicación supletoria las normas referidas a las obligaciones condicionales, con lo que, a mi modo de ver, no puede defenderse que esta institución implica tácitamente un reconocimiento de la temporalidad del dominio cuando dicha cláusula no tiene efectos reales, sino meramente personales.⁴⁵⁶

2.2. Instituciones de naturaleza real

2.2.1. La enfiteusis

A) Concepto

El preámbulo de la LPTPC alude a la enfiteusis y al derecho de superficie como instituciones representativas del fenómeno de la división y de la temporalidad del dominio.⁴⁵⁷

⁴⁵⁶ Sobre el sentido de este precepto, *vid.* TORRALBA SORIANO, V., “Comentario al Art. 791 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 1.940-1.941.

⁴⁵⁷ Llei 19/2015, del 29 de juliol, d'incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. DOGC nº 6927, de 4 d'agost de 2015. “*la propietat temporal és present [...] si així es pacta, particularment el cens emfitèutic i el dret de superfície (art. 564-1). [...] La propietat compartida, [...]. És, a més, una cotitularitat de propietat que s'endinsa en les figures censals, en concret en el cens emfitèutic tal com es va practicar i es manté, en la distinció entre el domini útil –del propietari que cobra el cànon- i el domini directe –qui posseeix i explota el bé- en consideració a qui està en contacte directe amb el bé.*”

El Capítulo I y II del Título VII –*De los censos*–, del Libro IV se dedican a la regulación del censo enfiteútico o enfiteusis, además de los censos consignativo y reservativo.⁴⁵⁸

Sin embargo, dada la regulación unitaria que se contiene en el Código civil, la doctrina ha sostenido que, por un lado, debe distinguirse el censo consignativo y el reservativo y, por el otro, la enfiteusis, puesto que el contenido mínimo de la misma es mucho más amplio y cabe hablar de una auténtica división del dominio, mientras que en los dos primeros, su contenido mínimo se reduce a la sujeción de la finca al pago del canon periódico, es decir, se configuran como una carga real en una cosa ajena.⁴⁵⁹

El Art. 1.605 CC define la enfiteusis como un censo “*cuando una persona cede a otra el dominio útil de una finca, reservándose el directo y el derecho a percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio.*” Por lo tanto, el Art. 1.605 traza las líneas para determinar la naturaleza jurídica de este derecho real al calificarlo como un censo y en distinguir entre dominio útil y directo sobre la finca.⁴⁶⁰

⁴⁵⁸ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Art. 1.604 CC” en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1.225. La doctrina ha criticado la sistemática del Código Civil, pues los censos se ubican dentro del Libro IV relativo a las obligaciones y contratos y, precisamente, el Art. 1.604 CC que abre el Capítulo I del Título VII destaca la naturaleza real de los censos. Su inclusión en el Libro IV obedece al hecho que, para su constitución, se requiere de un negocio jurídico que revista la forma de contrato, pero una cosa es el negocio jurídico de constitución y, la otra, la naturaleza del derecho constituido. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia...*, *op.cit.*, p. 1.766.

⁴⁵⁹ *Ibidem.*

⁴⁶⁰ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Art. 1.604 CC”..., *op.cit.*, p. 1.228. La doctrina ha criticado la definición del censo dada por el Art. 1.605 CC básicamente en dos puntos. En primer lugar, la enfiteusis, dado su amplio contenido no puede ser calificada, según el autor, como un censo y, además, la definición tampoco es correcta cuando dice que el pago de la pensión debe ser anual, pues nada obsta para seguir otra periodicidad, ya sea mensual, semestral, bianual, etc. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, *op.cit.*, p. 634-635. Para ALBALADEJO la enfiteusis consiste, adoptando la perspectiva de que se trata de un supuesto de dominio dividido y no estrictamente de un censo, en la siguiente situación: “*Finca sometida a derechos de dos personas; una llamada enfiteuta o dueño útil, que tiene sobre aquella un poder (real) que encierra la casi totalidad de atribuciones que corresponderían a quien fuese su propietario exclusivo, con el deber de pagar una pensión; la otra, llamada censalista o dueño directo, que tiene otro poder (real) mucho más escueto que el del enfiteuta (algo así como una nuda propiedad), pero que la ley concibe como un poder de dueño (y no solo como un derecho real en cosa ajena [del enfiteuta]), juntamente con el derecho a cobrar la pensión.*”

B) Naturaleza jurídica

Para determinar la naturaleza jurídica de la enfiteusis la doctrina ha elaborado tres teorías que pueden ser defendidas todas ellas perfectamente a la luz de las disposiciones del Código civil.

a) Como un derecho real *in re aliena*

Se trata de la teoría romanista. El enfiteuta es el titular de un derecho real en cosa ajena, en virtud del cual el concedente o censalista cede a un tercero el uso y disfrute de la finca, reservándose el derecho a percibir una pensión en reconocimiento de su señorío. Aun así, el enfiteuta tiene una posición preponderante y, por lo tanto, a él le compete el ejercicio de las facultades explotación, utilización y disposición sobre el inmueble.⁴⁶¹

Esta teoría no discute el carácter unívoco de la propiedad del inmueble, pues el único propietario es el censalista, mientras que el enfiteuta solo es titular de un derecho real en cosa ajena.⁴⁶²

⁴⁶¹ MANRESA NAVARRO, J. M^a., *Comentarios al Código Civil*, t. XI, 3^a ed., Reus, Madrid, 1920, p. 7-9. MANRESA defiende que la enfiteusis es un derecho real en cosa ajena y no acepta la teoría del dominio dividido. DÍEZ-PICAZO PONDE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. VI Derechos reales*, 5^a ed., Civitas, Pamplona, 2008, p. 308. En favor de la primera tesis se posiciona DÍEZ PICAZO: “La tesis del dominio dividido no pasa de ser una forma de descripción, pero sin que se alcance la naturaleza jurídica, por lo que nosotros preferimos mantener la visión más tradicional del derecho del enfiteuta como un derecho real *in re aliena*.”

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, v. III, t. II, 8^a ed., Tecnos, Madrid, 2012, p. 117-118. “El Código considera la enfiteusis como un censo, la regula dentro de los censos y la considera como un tipo de éstos. Sin embargo, es un censo en alguna medida muy especial, pues sería erróneo pensar que el concedente transfiere la titularidad del dominio a cambio solo del derecho a percibir el canon. [...]. Por ello, a pesar de su calificación como censo, la definición y la regulación del Código se encuentran influidas por la doctrina medieval del dominio dividido. Ni el enfiteuta ni el dueño del dominio directo ostentan una plena titularidad sobre la cosa y sus derechos son de carácter concurrente.” MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, t. XXIV, 2^o ed., Reus, Madrid, 1949, p. 245-246. SCAEVOLA, citando a MOLITOR “Un derecho en cuya virtud se posee la cosa de otro y se ejerce sobre ella todos los derechos de propiedad, por largo tiempo o a perpetuidad, mientras se pague un canon en reconocimiento de la propiedad y no se deje deteriorar el fundo.”

⁴⁶² CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. II, v. II, Reus, Madrid, p. 275-276. SANTAMARIA, J., *Comentarios al Código civil...*, *op.cit.*, p. 657. RODRÍGUEZ NAVARRO, M., *Doctrina civil del Tribunal Supremo*, t. IV, Aguilar, Madrid, 1951, p. 5.313. En esta obra se cita la STS de 2 de enero de 1928. El Tribunal Supremo, en sus primeras sentencias, determinó que la enfiteusis era un derecho real y trató de alejar a esta institución de su concepción medieval asentada sobre el dominio dividido: “[...] los Códigos modernos, modificando el criterio económico por otro que inspira la necesidad de desligar la propiedad de todo gravamen ilimitado en orden al tiempo, se viene

Se trata de la tesis de la naturaleza jurídica de la enfiteusis que ha defendido la mayoría de autores italianos, pues en este país la teoría de la división del dominio no ha tenido demasiados apoyos doctrinales.

El Art. 1.556 del Código civil italiano de 1865 definía la enfiteusis como: “*un contratto colquale si concede, in perpetuo o a tempo, un fondo coll’obbligo di migliorarlo e di pagare un’annua determinata prestazione in denaro o in derrate.*”⁴⁶³

El Código civil italiano de 1942 no contiene una definición de la institución y el Art. 957 CCI se limita a decir que las disposiciones contenidas en el código son subsidiarias respecto de lo que acuerden las partes en el título de constitución del derecho real. Aun así, -dice el apartado segundo del precepto-, el título no puede derogar las disposiciones contenidas en el Art. 958.2, 961.2, 962, 965, 968, 971 y 973 CCI.

La regulación de la enfiteusis fue completada por leyes especiales, concretamente por la Ley n° 607 de 22 de julio de 1966, la Ley n° 1.138 de 18 de diciembre de 1970 y, por último, por la Ley n° 270 de 14 de junio de 1974.⁴⁶⁴

Después de la promulgación del Código civil de 1942 y de toda la regulación especial de la enfiteusis por las leyes especiales que se han citado en el párrafo anterior, la doctrina moderna italiana ha definido la enfiteusis como: “*una relación, en virtud de la cual, sobre un fundo (de ordinario, rústico) y sobre sus accesiones, se concede (contra compensación de carácter periódico) un derecho (perpetuo o temporal) de utilización de los frutos del fundo, del tesoro y del subsuelo –de naturaleza real, alienable e*

reduciendo a la mera existencia de un derecho real, susceptible solo de ser utilizado como origen de renta sobre la riqueza inmobiliaria, sin desprenderse totalmente del dominio de los bienes”.

⁴⁶³ PERLINGIERI, P., *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza...*, op.cit., p. 254. PESCATORE, G., y RUPERTO, C., *Codice civile annotato con la giurisprudenza della Corte Costituzionale, della Corte de Cassazione e delle Giurisdizioni Amministrative Superiori*, t. I, Giuffrè, 1993, p. 1.185. De esta definición puede destacarse que el Código civil italiano de 1865 daba a la enfiteusis una naturaleza jurídica personal al colocarla en sede de los contratos y, por el contrario, nada se dice sobre su naturaleza real como se ha visto en los códigos civiles francés y español.

⁴⁶⁴ PERLINGIERI, P., *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza...*, op.cit., p. 254. Todas las leyes especiales que conformaron sucesivamente la institución fueron impugnadas ante la Corte Costituzionale. En esta obra se citan las siguientes sentencias: Las SCC n° 37 de 13 de marzo de 1969 [GAZZETTA UFFICIALE n° 78, de 26 de marzo de 1969], n° 145 de 18 de julio de 1973 [GAZZETTA UFFICIALE n° 191, de 25 de julio de 1973], y n° 53 de 22 de febrero de 1974 [GAZZETTA UFFICIALE n° 69, de 13 de marzo de 1974], se encargaron de dirimir las cuestiones controvertidas de las leyes especiales.

*hipotecable [...] a una persona (llamada enfiteuta) con la obligación de mejorar el fundo (de ordinario, mediante cultivo).”*⁴⁶⁵

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la enfiteusis, la doctrina italiana se ha centrado en determinar cuál de las dos partes del contrato de constitución del derecho real tiene la propiedad de la finca dada en enfiteusis, por bien que la mayoría de la doctrina se inclina por considerar que el propietario es el concedente, mientras que el enfiteuta es titular de un derecho real *in re aliena*, siguiendo de esta forma la tradición romana.⁴⁶⁶

Con esto se quiere decir que entre los civilistas italianos la discusión se ha centrado en determinar quién es el verdadero propietario de la finca, sin que haya tenido demasiado recorrido la teoría del dominio dividido⁴⁶⁷ que es la que sigue la mayor parte de la

⁴⁶⁵ MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial...*, op.cit., p. 448. IANNELLI, A., *La nuova enfiteusi*, Jovene Editore, Napoli, 1975, p. 39-40. BARBERO, D., *Sistema del Derecho privado...*, op.cit., p. 353. Vid. CARIOTA FERRARA, L., *L'enfiteusi*, UTET, Torino, 1950, p. 130. TRIFONE, R., “Enfiteusi”, en DE MARTINO, F., BRANCA, G., y TRIFONE, R., *Commentario del Codice civile Zanichelli*, Bologna, 1947, p. 1. Para el estudio de la enfiteusis a lo largo de la historia en Italia, vid. SIMONCELLI, V., *Della enfiteusi*, t. I, UTET, Torino, 1910.

⁴⁶⁶ CARIOTA FERRARA, L., *L'enfiteusi...*, op.cit., p. 10, 34, 166. Según la doctrina italiana, puede afirmarse respecto de la naturaleza de la enfiteusis que se trata de un derecho real en cosa ajena y no puede admitirse la teoría del dominio dividido: “*può con tranquillità affermarsi che esso è un vero e proprio ius in re, un diritto reale. Per precisare deve aggiungersi che rientra fra i diritti reali su cosa altrui. Non può, cioè, equipararsi al diritto di proprietà, nè è dato ravvisarvi un particolare o parziale dominio, che si contrapponga ad un altro particolare o parziale dominio di chi ha dato il fondo in enfiteusi.*”

“*[...] non si può ammettere una duplice proprietà sulla stessa cosa: il proprietario non può che essere uno. Da ciò discende che se l'enfiteuta non è, lui, il proprietario della cosa, proprietario di questa è soltanto il concedente.*”

COVIELLO, N., “*Manuale di Diritto civile italiano...*, op.cit., p. 257. “*El concedente es y permanece propietario único y verdadero, con los atributos concernientes a la nuda propiedad*”. IANNELLI, A., *La nuova enfiteusi...*, op.cit., p. 40. BRANCA, G., *Istituzioni di diritto privato...*, op.cit., p. 248-249. ZATTI, P., *Corso di diritto civile...*, op.cit., p. 166. DE RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho civil...*, op.cit., p. 744. BARASSI, L., *Instituciones de Derecho civil...*, op.cit., p. 68. TRABUCCHI, A., *Istituzioni di diritto civile...*, op.cit., p. 429-431. BARCELLONA, M., *Proprietà privata e intervento statale: profili istituzionali della questione agraria*, Jovene, Napoli, 1980, 189. PALERMO, G., “*L'enfiteusi*”, en RESCIGNO, P., *Trattato di diritto privato*, t. II, UTET, Torino, 1982, p. 53. ROTONDI, M., *Instituciones de Derecho privado...*, op.cit., p. 291. BRUGI, B., *Della enfiteusi*, v. II, UTET, 1929, p. 232-263. ROPPO, V., *Istituzioni di Diritto privato...*, op.cit., p. 286. DUSI, B., *Istituzioni di diritto privato...*, op.cit., p. 624. CASETI, E., y RUSSO, G., *Manuale del Diritto civile italiano...*, op.cit., p. 343. CALLEGARI, D., *Istituzioni di Diritto privato...*, op.cit., p. 460. IRTI, N., *Proprietà e impresa*, CEDAM, Napoli, 1965, p. 73-74.

⁴⁶⁷ TABET, A., y OTTOLENGHI, E., *La proprietà...*, op.cit., p. 6. Estos autores niegan que pueda haber alguna institución que se fundamente en la duplicidad de dominios. CASETI, E., y RUSSO,

doctrina española, pues para los autores italianos esta teoría es propia del derecho feudal.⁴⁶⁸

La doctrina italiana, además de posicionarse en una u otra posición, también ha elaborado otras teorías que han sido defendidas por algunos autores. Una de estas teorías minoritarias defiende que la enfiteusis puede dar lugar a un condominio entre el concedente y el enfiteuta y otra defiende que ambos son propietarios pero sometidos a una condición. El enfiteuta sería un propietario bajo condición resolutoria, mientras que el concedente lo sería bajo una condición suspensiva.⁴⁶⁹

En contra de lo defendido por la doctrina mayoritaria, dice IANNELLI que la nueva regulación de la enfiteusis permite afirmar que el derecho del enfiteuta podría configurarse como un derecho de propiedad limitado, es decir, como un supuesto de dominio dividido, en contra de lo que afirma la doctrina mayoritaria que ha defendido que la propiedad la ostenta el concedente.⁴⁷⁰

G., *Manuale del Diritto civile italiano...*, *op.cit.*, p. 298. Estos autores se posicionaron en el mismo sentido que TABET y OTTOLENGHI. PESCATORE, G., y RUPERTO, C., *Codice civile annotato...*, *op.cit.*, p. 1.185. PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile...*, *op.cit.*, p. 185. En esta obra de PERLINGIERI sí que se hace esmento de la teoría del dominio dividido: “*Pertanto la situazione dell’enfiteuta si qualifica come “dominio utile” e quella del proprietario come “dominio diretto”, sottolineando la sostanziale attribuzione all’enfiteuta dei poteri del proprietario.*” GALGANO, F., *Diritto privato...*, *op.cit.*, p. 165-166. GALGANO también afirma que el contenido del derecho del enfiteuta es de tanta amplitud que hasta podría considerarse como una forma de propiedad.

⁴⁶⁸ CARIOTA FERRARA, L., *L’enfiteusi...*, *op.cit.*, p. 130. DE RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho civil...*, *op.cit.*, p. 744-748. DE RUGGIERO afirma que la regulación de la enfiteusis en el Código civil italiano de 1865 es desafortunada porque representa el resultado de la transacción entre la teoría del dominio dividido de la Edad media y la concepción romana de la enfiteusis como un derecho real en cosa ajena. BRUGI, B., *Della enfiteusi...*, *op.cit.*, p. 233. CASETI, E., y RUSSO, G., *Manuale del Diritto civile italiano...*, *op.cit.*, p. 342.

⁴⁶⁹ CARIOTA FERRARA, L., *L’enfiteusi...*, *op.cit.*, p. 162-164.

⁴⁷⁰ IANNELLI, A., *La nuova enfiteusi...*, *op.cit.*, p. 40-41. Según el autor, el estuauto jurídico del concedente se ha ido debilitando por la supresión de algunos de sus poderes que, sin duda alguna, permitían afirmar que éste era el propietario de la finca enfiteútica. Por ejemplo, el concurso de la voluntad del concedente para que el enfiteuta procediera a la enajenación de la finca, el derecho de tanteo puesto a su disposición para hacerse con la finca en el caso que el enfiteuta decidiera venderla y el derecho de laudemio en favor del concedente. COVIELLO, N., *Della trascrizione*, t. II, Eugenio Marghieri, Napoli, 1907, p. 245. “*Non potendo ammettersi nella nostra legge la distinzione dei due dominio, diretto ed utile, non resta che scegliere tra le due opinioni estreme: che l’enfiteuta abbia un diritto reale su cosa che rimane in proprietà del concedente, come seguiva per diritto romano; che abbia, invece, un vero diritto di proprietà gravato da un peso reale in favore del concedente. Ora noi crediamo*

ALLARA, de acuerdo con IANNELLI, considera que el verdadero propietario es el enfiteuta, mientras que el concedente es el titular de un derecho real en cosa ajena. Afirma que si la enfiteusis es temporal al amparo del Art. 958 CCI, el concedente es propietario *con termine iniziale*. En caso contrario, si la enfiteusis se constituye con carácter perpetuo, el concedente es el titular de un derecho real que la faculta para percibir el canon a cargo del enfiteuta. En consecuencia, de acuerdo con la teoría defendida por este autor, la enfiteusis sería una institución de dominio dividido si se constituye de forma temporal, mientras que el enfiteuta sería el único propietario si se constituye de forma perpetua.⁴⁷¹

Históricamente en Francia se ha entendido que la enfiteusis era una forma de tenencia asociada a la propiedad señorial desmembrada o dividida propia del *Ancien régime*. Es por este motivo que el *Code* no contiene una regulación detallada de la misma, puesto que fue una de las formas de propiedad señorial abolidas por las leyes revolucionarias francesas.⁴⁷²

che, stante la grave differenza fra le norme del diritto romano e quelle sancite dal codice nostro, non possa accogliersi lo stesso concetto [...].”

GIANTURCO, V., *Istituzione di diritto civile italiano...*, *op.cit.*, p. 138. “*L’enfiteusi nel diritto italiano vigente attribuisce al concessionario la proprietà del fondo coll’obbligo di migliorarlo, salvo un diritto reale in favore del concedente, che ha diritto a un annuo canone in denaro o in derrate.*”

⁴⁷¹ ALLARA, M., *Le nozioni fondamentali del diritto civile...*, *op.cit.*, p. 750-752.

⁴⁷² GARAUD, M., *Histoire générale du Droit Privé Français (de 1789 à 1804)...*, *op.cit.*, p. 39. “*L’emphytéose, institution d’origine romaine, emportait, comme la censive, la division de la propriété en domaine direct et en domaine utile.*” El autor afirma que en la Edad media, la enfiteusis constituía un supuesto de dominio dividido, aunque a partir del *Code rural* de 1902 la enfiteusis se configuró como un derecho real *in re aliena*, siendo, de esta forma, fiel a la tradición romana. DOMAT, J., *Las leyes civiles en su orden natural*, *ob. trad. por FELIO VILARRUBIAS y JOSÉ SARDÁ*, t. I, 2ª ed., Imprenta de José Tauro, Barcelona, 1844, p. 212-213. La naturaleza jurídica de la enfiteusis ha cambiado a lo largo de la historia del Derecho francés y, por lo tanto, se aborda el estudio de esta institución siguiendo el orden cronológico.

La doctrina renacentista, representada por JEAN DOMAT, entendía que la enfiteusis era “*un contrato por el cual uno da á otro por lo regular perpetuamente una porción de terreno para que lo cultive y mejore, mediante un censo en dinero, frutos ú otra especie, y otras cargas que suelen juntársele*”.

Según el autor, hay dos notas fundamentales que distinguen el contrato de enfiteusis del contrato de arrendamiento, que son la perpetuidad del primero y la traslación “*de una clase de dominio*”. La perpetuidad del contrato de enfiteusis llegaba hasta el extremo de que los derechos del enfiteuta no solo pasaban a los herederos de éste, sino “*también á todos cuantos puedan tener derecho en él, sea por donación, venta, ú otra especie de enajenación; no pudiendo jamás ser despojados, ni por el señor directo, ni por sus sucesores*”.

La enfiteusis llevaba consigo una traslación de una parte del dominio al enfiteuta y esta característica era definitoria de esta institución: “*La traslación de dominio que se hace en el enfiteusis es proporcionada á*

la naturaleza del contrato, en el cual el dueño da en arriendo el terreno y se reserva un censo; verificándose de este modo una especie de partición de derechos de propiedad entre él y el enfiteuta.

En virtud de la división del dominio que representaba la enfiteusis para la doctrina renacentista, el señor conservaba el dominio directo sobre las tierras dadas en enfiteusis y el enfiteuta tenía el dominio útil. POTHIER, R. J., *Oeuvres de Pothier. Nouvelle édition*, t. XII, Imprimeur-Libraire, Paris, 1821, p. 1-2. Por su parte, POTHIER también parece que siguió la teoría del dominio dividido, aunque en sus obras no estudia específicamente la enfiteusis, sino que se limita al derecho de censo en general. Define el derecho de censo como: “*Le contrat de bail à cens est un contrat par lequel le propriétaire d’un héritage ou d’une autre droit immobilier l’aliène, sous la réserve qu’il fait de la seigneurie directe, et d’une redevance annuelle en argent ou en fruits [...] Le propriétaire d’un héritage, qui le tient à titre de fief, peut aussi le donner à cens; car, quoiqu’il ne soit lui-même qu’un seigneur utile vis-à-vis de celui de qui il tient son héritage en fief, néanmoins cette seigneurie qu’il a, n’est pas bornée à ce qu’il y a de purement utile dans la seigneurie*».” El derecho que se reserva el titular del dominio directo es un derecho “honorífico”, puesto que su derecho se limita a cobrar el canon anual y los demás derechos dominicales forman parte del contenido del derecho del titular del dominio útil.

PLANIOL, M. F., *Traité élémentaire de Droit Civil...*, *op.cit.*, p. 1.040-1.041. LÉVY, J. P., *Histoire de la propriété...*, *op.cit.*, p. 45, 77-80. AUBRY & RAU., *Droit Civil français...*, *op.cit.*, p. 623. Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la enfiteusis según los autores de la Escuela de la Exégesis, la doctrina clásica se polarizó entre los que, por un lado defendían, siguiendo a la tradición romana, que la enfiteusis era un derecho real *in re aliena*, en virtud del cual el enfiteuta disponía de un fundo ajeno y, por otro lado, los que afirmaban que la enfiteusis era una variante del contrato de arrendamiento convencional, a resultas de lo dispuesto en el Art. 530 CCF.

La doctrina clásica francesa no se adhirió a la teoría del dominio dividido que siguieron los autores españoles, sino que la doctrina mayoritaria la configuraba como un derecho real *in re aliena* que permite al enfiteuta aprovecharse de un fundo ajeno.

La doctrina clásica francesa no pudo mantener la teoría del dominio dividido a partir de la entrada en vigor del *Code* en 1804 y de las leyes revolucionarias, puesto que el Art. 530 CCF establece que: “*Toute rente établie à perpétuité pour le prix de la vente d’un immeuble, ou comme condition de la cession à titre onéreux ou gratuit d’un fonds immobilier, est essentiellement rachetable*.” En consecuencia, no podía mantenerse la teoría del dominio dividido, que se basaba en el pago de un canon por parte del enfiteuta al titular del dominio directo como demostración de su derecho dominical sobre la cosa dada en enfiteusis.

De esta forma, un sector doctrinal se inclinó por considerar que la enfiteusis podía configurarse como una variante del contrato de arrendamiento: “*Si toutefois, il était clairement établi que, malgré la perpétuité de la concession, les parties n’ont entendu faire qu’un simple bail, et la propriété a été retenue pleine et entière par le bailleur, cette convention devrait sortir son effet, sauf réduction de la durée du bail au terme de quatre-vingt-dix-neuf ans*.”

Como puede comprobarse, las posiciones adoptadas por la doctrina clásica, tanto si se entiende que se trata de un derecho real o de una variante del arrendamiento, distan de las posiciones adoptadas por los autores españoles y por la jurisprudencia respecto del Art. 1.605 del Código civil español de 1889, que no conciben mayoritariamente a la enfiteusis directamente como un derecho real, sino que del tenor literal del precepto se desprende que el legislador quiso ir más allá, o al menos así lo ha interpretado la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y considera que la enfiteusis es una forma de dominio dividido de acuerdo con la configuración medieval de esta institución.

LAURENT, F., *Principes de Droit Civil français...*, *op.cit.*, p. 411.

Por lo que respecta al Derecho belga, la doctrina clásica de este país también huyó de la teoría del dominio dividido por tratarse de un vestigio feudal que la Revolución francesa quiso abolir.

A diferencia del Código civil español de 1889, el *Code* no contiene una regulación de la enfiteusis. Por esta razón, la regulación de la enfiteusis en el derecho francés siempre se ha desarrollado en leyes especiales.⁴⁷³

En cuanto a las leyes especiales, la primera ley que se ocupó de la regulación de la enfiteusis en el Derecho francés fue el *Code rural*, aprobado por la Ley de 25 de junio de 1902, que dedica el Título V a la regulación detallada de la enfiteusis.⁴⁷⁴

El *Code rural* fue vigente hasta 2010, cuando quedó derogado por la Ordenanza nº 2010-462 de 6 de mayo de 2010,⁴⁷⁵ por el que se aprueba el *Code rural et de la pêche maritime*. En el Art. L451-1 se dispone lo siguiente: “*Le bail emphytéotique de biens*

⁴⁷³ PLANIOL, M. F., *Traité élémentaire de Droit Civil...*, *op.cit.*, p. 1.041. “*L'emphytéose avait été admise dans notre ancien droit, conformément aux lois romaines, et elle avait pour effet d'opérer la décomposition de la propriété en domaine direct et domaine utile, avec transfert de celui-ci à l'emphytéote. Sous la Révolution elle fit d'abord l'objet d'une loi du 18 décembre 1790, qui réduisit sa durée la plus longue à 99 ans et défendit d'établir des emphytéoses perpétuelles, mais qui n'en changea nullement la nature. Au contraire, les lois du 9 messidor an III et du 11 brumaire an VII la modifièrent considérablement: elles placèrent l'emphytéose à côté de l'usufruit, montrant par-là l'intention du législateur de ne plus admettre l'existence du domaine utile et de ne laisser au preneur qu'un simple droit de jouissance sur la chose d'autrui.*” Este fragmento refleja las reticencias del legislador de cambiar la forma de concebir la enfiteusis como un supuesto de dominio dividido a partir de la Revolución francesa de 1789. GARAUD, M., *Histoire générale du Droit Privé Français (de 1789 à 1804). La Révolution et la propriété foncière*, Ouvrage publié avec le concours du Centre National de la Recherche Scientifique et de l'Université de Poitiers, Paris, 1958, p. 262. La ley de 18 de diciembre de 1790 no cambió sustancialmente la naturaleza de la institución porque: “*homologua ces principes, en précisant que les baux emphytéotiques non perpétuels seraient exécutés pour toute leur durée et pourraient être faits, à l'avenir, pour 99 ans. L'emphytéose perpétuelle était abolie.*” Por lo tanto, la cuestión de si, a partir de las leyes revolucionarias, la enfiteusis se configuraba de acuerdo con la noción medieval del dominio dividido que provocó que este autor se pronunciara sobre ello en un sentido negativo: «*Il semblait peu probable que le législateur avait voulu maintenir dans ce cas particulier une théorie inhérente au régime féodal. Tout portait à croire, au contraire, qu'il avait entendu assimiler à cet égard l'emphytéose temporaire à l'emphytéose perpétuelle.*” COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil...*, *op.cit.*, p. 824. PAVAGEAU, S., *Le droit de propriété dans les jurisprudences sumpremes françaises...*, *op.cit.*, p. 83-93.

En esta obra se cita la SCCons nº 81-133, de 30 de diciembre de 1981. El Conseil Constitutionnel ha reconocido los *démembrements* de la propiedad: “*la propriété au sens de l'art. 17 couvre tous les éléments du droit dont elle est l'objet et par conséquent l'usufruit, l'usage et l'habitation*”.

⁴⁷⁴ BÉNABENT, A., *Droit civil. Les contracts spéciaux civils et commerciaux*, 8ª ed., Montchrestein, Paris, 2008, p. 213. La enfiteusis fue definida en el Art. 451-1 del *Code rural* como: “*Le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque ; ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière. Ce bail doit être consenti pour plus de dix-huit années et ne peut dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans ; il ne peut se prolonger par tacite reconduction.*”

⁴⁷⁵ *Vid.* Ordonnance nº 2010-462 du 6 mai 2010 créant un livre IX du code rural relatif à la pêche maritime et à l'aquaculture marine.

immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque; ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière.

Ce bail doit être consenti pour plus de dix-huit années et ne peut dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans ; il ne peut se prolonger par tacite reconduction.”

No obstante, la primera ley inmediatamente posterior a la promulgación del *Code* que reguló la enfiteusis se encuentra en el Derecho belga, esta es la Ley de 10 de junio de 1824, sobre el derecho de enfiteusis.⁴⁷⁶ El primer artículo de dicha ley la define como: “*un droit réel, qui consiste à avoir la pleine jouissance d’un immeuble appartenant à autrui, sous la condition de lui payer une redevance annuelle, soit en argent, soit en nature, en reconnaissance de son droit de propriété.*”⁴⁷⁷

Aunque el *Code* no contenga una regulación de la enfiteusis, la doctrina francesa de principios del siglo XX se preguntaba si la enfiteusis subsistía después de la entrada en vigor del Código civil francés y sobre la naturaleza jurídica del derecho que concedía el arrendador al enfiteuta.⁴⁷⁸

Siguiendo a COLIN & CAPITANT, la discusión giraba en torno a varias cuestiones. En primer lugar, si el enfiteuta era titular de un derecho real *in re aliena* sobre un inmueble, ello quería decir que era susceptible de ser hipotecado y de ser embargado. O si, por otro lado, se consideraba que el derecho del enfiteuta era un derecho de disfrute de

⁴⁷⁶ Vid. Loi sur le droit d'emphytéose publié le 10 du janvier du 1820. http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a.pl. Actualmente esta ley se encuentra vigente en el Derecho belga y no ha sufrido ninguna modificación al respecto, al contrario que el derecho de superficie que, si bien también se reguló inicialmente por una ley de 1824, ha sido modificada recientemente.

⁴⁷⁷ LAURENT, F., *Principes de Droit Civil français*, t. VIII, 3ª ed., Librairie A. Marescq, Ainé, Paris, 1878, p. 410. LAURENT, F., *Cours élémentaire de Droit Civil*, t. I, Librairie A. Marescq, Ainé, Paris, 1878, p. 615.

⁴⁷⁸ WEILL, A., *Droit Civil. Les biens*, 2ª ed., Dalloz, Paris, 1974, p. 579. “*la doctrine, en général, tendait à ne reconnaître à l'emphytéote qu'un droit de créance, de nature mobilière, étant donné, l'énumération limitative des droits réels, la jurisprudence reconnut la réalité du droit de l'emphytéote, considéré comme un droit réel immobilier portant sur la chose d'autrui, autorisé par l'article 543.*” Este precepto refleja las tensiones que hubieron entre la doctrina francesa y la jurisprudencia, pues esta última quiso fortalecer el estatuto dominical del enfiteuta.

naturaleza personal como el arrendamiento, su derecho no podía ser hipotecado y sus acreedores no podían embargar el bien dado en enfiteusis.⁴⁷⁹

La doctrina francesa más moderna parece que ha huido de configurar la enfiteusis como un contrato de arrendamiento de larga duración, confiriendo al enfiteuta un derecho real susceptible de ser opuesto ante terceros.⁴⁸⁰

Así, los hermanos MAZEAUD afirman que: “*Le bail emphytéotique crée donc deux catégories différentes de droits: des obligations naissent entre le preneur et le bailleur; un droit réel est constitué en faveur du preneur. Par sa nature l'emphytéose devrait être un droit personnel, puisque le bail emphytéotique n'est qu'une variété du louage; l'emphytéote, comme le fermier, ne devrait donc pas avoir de droit direct sur la chose louée, mais seulement un droit contre le bailleur.*”⁴⁸¹

Lo que se quiere destacar es que los autores franceses modernos se han inclinado por resaltar el carácter real del derecho del enfiteuta, en contraposición de los que defienden el carácter personal de esta institución.

En virtud de esta configuración jurídica, el enfiteuta sería el titular de un derecho real, en virtud del cual tiene que pagar una renta al propietario de la finca dada en enfiteusis, pero su posición jurídica se vería reforzada por la naturaleza real de su derecho ante terceros, puesto que su derecho es susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad.⁴⁸²

⁴⁷⁹ COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil...*, *op.cit.*, p. 825. La configuración de la enfiteusis como un derecho real chocaba con el Art. 543 CCF que limita los derechos que uno puede tener sobre una cosa a la propiedad y a un derecho de goce. Además, el Art. 2.118 CCF no contempla la enfiteusis entre los derechos susceptibles de hipotecarse.

⁴⁸⁰ WEILL, A., *Droit Civil. Les biens...*, *op.cit.*, p. 577. ATIAS, C., *Droit Civil. Les biens*, 8ª ed., LexisNexis, Paris, 2005, p. 309. VOIRIN, P., y GOUBEAUX, G., *Droit Civil...*, *op.cit.*, p. 335. BÉNABENT, A., *Droit civil. Les contracts spéciaux civils et commerciaux...*, *op.cit.*, 214-216. MARTY, G., y RAYNAUD, P., *Les biens...*, *op.cit.*, p. 185-186.

⁴⁸¹ MAZEAUD, H., MAZEAUD, J., MAZEAUD, L., y CHABAS, F., *Leçons de Droit Civil...*, *op.cit.*, p. 384.

⁴⁸² MAZEAUD, H., MAZEAUD, J., MAZEAUD, L., y CHABAS, F., *Leçons de Droit Civil...*, *op.cit.*, p. 386. Corresponde al enfiteuta el ejercicio de todas las acciones posesorias, como si ante terceros se tratará del verdadero propietario. COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil...*, *op.cit.*, p. 825-826.

Por lo tanto, el estatuto jurídico del enfiteuta es notablemente amplio, semejante al del usufructuario puesto que, además de poder hipotecar el bien dado en enfiteusis, el enfiteuta puede transmitir su derecho *mortis causa* a sus herederos como si se tratara de un verdadero propietario: “*Ce droit réel, qui porte le nom d’emphytéose, confère au preneur des droits plus étendus que ceux découlant d’un bail ordinaire. L’emphytéote a la jouissance de la chose sur laquelle porte son droit : il en a donc aussi l’usage. Il recueille les fruits comme l’usufruitier; il exerce les droits de chasse et de pêche ; il exploite, comme l’usufruitier, les mines, minières, précédemment exploitées par le propriétaire. Il peut changer le mode de culture, acquérir au profit du fonds de servitudes, pour un temps qui n’excédera pas la durée du bail et à charge d’avertir le propriétaire.*”⁴⁸³

b) Como un supuesto de dominio dividido

Como consecuencia del fortalecimiento de la posición del enfiteuta, la enfiteusis se configuró en la edad media alrededor de dos sujetos que eran igualmente propietarios, si bien con un estatuto jurídico diferenciado; por un lado, se distinguía el titular del dominio útil, el enfiteuta y, por el otro, el titular del dominio directo, el propietario. Se trataba, por tanto, de un condominio⁴⁸⁴ formado por los dos titulares, los cuales tienen el poder de disposición sobre de su condominio.

⁴⁸³ WEILL, A., *Droit Civil. Les biens...*, *op.cit.*, p. 578, 580. Sin embargo, también hay notables diferencias entre ambas instituciones. En primer lugar, el usufructo puede constituirse legalmente, mientras que la enfiteusis requiere necesariamente de un contrato, es decir, necesariamente tiene que ser constituida por la voluntad de las partes. En segundo lugar, el usufructo puede ser oneroso o gratuito, por bien que la regla general es su gratuidad. En cambio, el contrato de enfiteusis es siempre oneroso porque el enfiteuta debe pagar un canon anual. En tercer lugar, el usufructo puede constituirse sobre cosas muebles e inmuebles, mientras que la enfiteusis solo puede constituirse sobre bienes inmuebles. ATIAS, C., *Droit Civil. Les biens...*, *op.cit.*, p. 309. Por los poderes que este contrato confiere al enfiteuta, este autor también considera que la enfiteusis escapa del ámbito propio de un arrendamiento y que su naturaleza jurídica se asemeja más a la del usufructo.

⁴⁸⁴ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Art. 1.604 CC”..., *op.cit.*, p. 1.228. Según el autor, se trata de una comunidad pro indiviso en la que se produce una división de las facultades del dominio en un sentido jurídico, no material ni temporal. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia...*, p. 1.766-1.767. El autor define la enfiteusis como un: “*derecho real de propiedad sobre una finca, cuyos cotitulares son el enfiteuta o dominio útil que tiene el uso y disfrute de la finca y el dueño directo, que tiene el derecho a percibir un canon sobre la misma finca y otros derechos.*” O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Art. 1.605 CC”, en SIERRA DE LA CUESTA, I. (Coord.), *Comentario del Código civil*, t. X, 2ª ed., Bosch, Barcelona, p. 228.

El titular del dominio directo se presenta como el propietario, cuya facultad principal es percibir el canon o rédito, además de otras facultades. El titular del dominio útil también tiene la condición de copropietario y tiene las facultades de posesión, uso y disfrute de la finca.⁴⁸⁵

Se trata de una teoría que fue seguida por la mayoría de los autores españoles del siglo XIX y que tuvieron una influencia directa en los autores modernos sobre la forma de concebir la enfiteusis como un supuesto de dominio dividido.⁴⁸⁶

⁴⁸⁵ CORBELLA PASCUAL, A., *Historia jurídica de las diferentes especies de censos*, Imprenta y litografía de los huérfanos, Madrid, 1892, p. 10, 134-135. “*El censo enfiteútico, el más antiguo é importante de todos los censos, se funda precisamente en la división del dominio.*” La enfiteusis, como tantas otras instituciones civiles actuales, tiene su origen en el derecho romano. Sin embargo, señala el autor que los romanos no conocieron la distinción que hace el Código Civil entre dominio directo y dominio útil, pero sí de hecho, es decir, los romanos no dieron cabida en su tecnicismo jurídico a esta distinción.

Los siguientes autores se posicionaron a favor de la tesis de la división del dominio. Vid. CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de derecho civil español...*, op.cit., p. 498. VALVERDE VALVERDE, C., *Tratado de derecho civil español*, t. II, 2ª ed., Talleres topográficos Cuesta, Valladolid, 1920, p. 460. Esta teoría tiene su origen en las obras de CLEMENTE DE DIEGO y VALVERDE y VALVERDE y que fue desarrollada y aceptada por otros autores. En el mismo sentido, MANRESA NAVARRO, J. Mª., *Comentarios al Código Civil...*, op.cit., p. 32-35. BONET CORREA, J., *Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, t. VII, Civitas, Madrid, 1993, p. 533-534. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, op.cit., p. 635-640. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., et alii., *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, op.cit., p. 242-243. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., et alii., *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales*, v. II, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2009, p. 183-184.

Vid. STS de 30 de diciembre de 1930 [Repertorio de Jurisprudencia, t. I, v. I, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1945, p. 550-551]. En esta sentencia se dice que la enfiteusis supone una “*modificación del derecho de propiedad o disgregación del derecho del dominio pleno en otros dos, conocidos con los nombres de directo y útil, siendo éste el que se transmite a cambio de la pensión, también inherente a tal situación*”. FARRÉ ALEMÁN, J. Mª., *Código civil comentado y concordado...*, op.cit., p. 1.641. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Art. 1.604 CC”, en SIERRA DE LA CUESTA, I. (Coord.), *Comentario del Código civil*, t. X, 2ª ed., Bosch, Barcelona, p. 224-227. MORENO GIL, O., *Código civil y jurisprudencia concordada*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, p. 1.728. La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1978 dice que la enfiteusis no puede ser tratada como un derecho real en cosa ajena a favor del enfiteuta porque el titular del dominio directo tiene acción real contra aquél, de acuerdo con el Art. 1.623 CC. GARCÍA GARCÍA, J. A., “Los censos”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *Bienes en común*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 714.

⁴⁸⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. II, v. I, 13ª ed., Reus, Madrid, 1987, p. 111-112. GUTIERREZ FERNANDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español...*, op.cit., p. 68-70. Puede afirmarse que el fenómeno de la desmembración del dominio, la propiedad dividida, se desarrolló en España durante la Edad Media y adoptó formas diversas en función de las distintas regiones del territorio que desarrollaron formas de aprovechamiento de los fundos basadas en la división del dominio. El censo enfiteútico puede considerarse el caso de dominio dividido paradigmático, a partir del cual se explican otras formas de dominio dividido semejantes, como es el caso de los contratos de foro y subforo de Galicia y de la *rabassa morta* de Cataluña.

A continuación, siguiendo a ALBALADEJO,⁴⁸⁷ se exponen los argumentos que ha esgrimido la doctrina para determinar si verdaderamente se está ante un supuesto de

Antes de entrar en el estudio de la enfiteusis en el Código de las Siete Partidas, quisiera hacer una puntualización sobre la noción de dominio y de la propiedad, pues los glosadores encontraron en este punto una diferencia teórica que podría ser útil para determinar si lo que es divisible es el dominio o la propiedad en sí. El comentarista de la glosa 2ª de la ley 27 determinó que: “*dominium cest terminus magis latus, et generalis, comprehendentiam dominium directum, quam utile; proprietatem verò solum capitur propriè pro directo dominio.*”

De esta afirmación se deduce que, según los glosadores, el dominio era divisible en dominio directo y dominio útil y éstos podían recaer en dos titulares distintos. El estatuto jurídico de ambos titulares estaba revestido por un conjunto de facultades dominicales que eran propias del contenido del derecho de propiedad, pero esta denominación y la condición de propietario se reservaban para el titular del dominio directo.

Ahora bien, esto se contradice con lo dispuesto en el final de la glosa citada, pues el glosador acaba diciendo que cuando el titular del dominio directo reivindique el útil “*non dicas ad te pertinere proprietatem; nec ad proprietatem concludas, sed ad dominium.*”

Dice la ley 3ª, título XIV, Partida I: “*Enfitéusis es manera de enajenamiento é es de tal natura que derechamente non puede ser llamada vendida, nin arrendamiento, como quier que tiene natura en sí de ambos á dos: é há logar este enajenamiento en todas las cosas que son dichas raíces é non en las muebles; é fácese con voluntad del señor de la cosa, é del que la rescibe, en esta manera: que el rescibidor ha de dar luego de mano al otro dineros ó alguna cosa cierta, según se avinieren, que es como manera de precio, é que ha de fincar por suyo quitamente; é el señor de la cosa débela entregar con tal condición, que le dé cada año dineros ó otra cosa cierta en que avinieren [...]*”.

DE TAPIA, E., *Febrero Novísimo o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, t. II, 3ª ed., Imprenta de don Ildefonso Mompie de Montagudo, Valencia, 1837, p. 267. Según la doctrina, el censo enfiteútico era en las Partidas la forma más clara de división del dominio. En el mismo sentido, *vid.* GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBAN HERRANZ, J. M., *Derecho civil y penal de España...*, *op.cit.*, p. 659-661. ELÍAS DE ALOY, J. A., *Derecho civil general y foral de España...*, *op.cit.*, p. 349. DEL VISO AÑÓ, S., *Lecciones elementales de derecho civil...*, *op.cit.*, p. 107-108. DOMINGO DE MORATÓ, D. R., *El derecho español con las correspondencias del romano*, t. I, 2ª ed., Imprenta y Librería Nacional y Extranjera de H. de Rodríguez, Valladolid, 1877, p. 455-457. Si bien la doctrina española anterior a la Codificación se posicionó a favor de la tesis del dominio dividido en la enfiteusis, hay que decir que también hubo voces discordantes, pues este autor afirmaba que se trataba de “*Un derecho real constituido en una cosa determinada en virtud del cual podemos exigir un rédito ó pensión anual del poseedor de ella. [...] Es por lo tanto el derecho de censo, una vez constituido, un derecho meré real.*” GUTIERREZ FERNANDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español...*, *op.cit.*, p. 632, 634. Este autor define el censo “*como una modificación del derecho de propiedad, que ó bien produce una coparticipación en el dominio, ó bien dá derecho a retirar una parte de las utilidades de la cosa.*” Respecto de la naturaleza jurídica de la enfiteusis, merece la pena destacar que este autor dice que se trata de “*un contrato [...] de naturaleza especial, aunque participa de venta ó arrendamiento.*” Con esto quiere decir que al tratarse de una *modificación del derecho de propiedad*, éste se asemeja al arrendamiento.

⁴⁸⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, *op.cit.*, p. 635. Se trata de determinar si, en el momento de la promulgación del Código civil, el legislador español acogió la tesis medieval del dominio dividido en su totalidad, como consecuencia del progresivo debilitamiento de la posición jurídica del censalista, hasta llegar a considerar que el único y verdadero propietario de la finca era el enfiteuta, acabándose de esta manera con la teoría del dominio dividido.

dominio dividido o si, en caso contrario, podemos hablar de un derecho real en cosa ajena o de una carga real.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, como se verá, tampoco se ha posicionado en un sentido u otro y ha ido basculando entre los argumentos favorables y contrarios.

- Argumentos a favor de la tesis de que la enfiteusis se trata de un caso de dominio dividido.-

I) La terminología legal: Del tenor literal de los artículos de la Sección primera, del Capítulo II del Título VII, del Libro VI del Código civil⁴⁸⁸ revelan que la intención del legislador fue la de acoger la tesis medieval del dominio dividido, pues continuamente se refiere a los titulares de los dominios útil y directo como codueños, los cuales tienen cada uno una parte del dominio y ambos se consolidan en determinados casos.

El apartado tercero del Art. 8 de la Ley Hipotecaria también se refiere a la inscripción de fincas cuyo dominio se halle dividido. En este caso, la finca se inscribirá como una sola.

El Reglamento Hipotecario también parece que concibe la enfiteusis y derechos afines, como la *rabassa morta* de Cataluña y el foro gallego, como supuestos de dominio dividido. Por ejemplo, el Art. 377 RH prevé que abra folio registral tanto la inscripción del dominio útil como la del dominio directo: “*En el caso de hallarse separados el dominio directo y el útil, la primera inscripción podrá ser de cualquiera de estos dominios; pero si después se inscribiese el otro dominio, la inscripción se practicará a continuación del primeramente inscrito.*”

Algunas sentencias del Tribunal Supremo también consideran que la enfiteusis implica una división del dominio, concretamente la Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo social de 28 de abril de 1934 se refiere a la enfiteusis como una “*cesión de un predio hecha en términos que implican división del dominio, con arreglo a la concepción medieval*”. Además, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1976 reconoció al enfiteuta el ejercicio de la acción reivindicatoria, lo que supone que se le atribuye un atributo muy importante del poder dominical.

⁴⁸⁸ Vid. Arts. 596, 1.604, 1.605, 1.630, 1.631, 1.633, 1.634, 1.635, 1.636, 1.637, 1.638, 1.636, 1.640, 1.642, 1.643, 1.644, 1.646, 1.647, 1.648, 1.649, 1.650, 1.651, 1.652, 1.653 CC.

- II) Los frutos y accesiones de la finca dada en enfiteusis: El Art. 1.632 CC⁴⁸⁹ proclama que: “*El enfiteuta hace suyos los productos de la finca y de sus accesiones. Tiene los mismos derechos que corresponderían al propietario en los tesoros y minas que se descubran en la finca enfiteútica.*”
- III) Derechos de tanteo y retracto: El Art. 1.636 CC establece que: “*Corresponden recíprocamente al dueño directo y al útil el derecho de tanteo y el de retracto, siempre que vendan o den en pago su respectivo dominio sobre la finca enfiteútica.*” Se desprende de este precepto que el Código regula la enfiteusis como una situación de condominio. Por esta razón se pone al alcance del censualista y del enfiteuta el derecho de adquisición preferente, es decir, los derechos de retracto y de tanteo, en el caso de transmisión onerosa de su parte del dominio, con el fin de consolidar la propiedad a favor del titular del dominio directo o del dominio útil, según el caso.⁴⁹⁰
- IV) Derecho de comiso del titular del dominio directo: El Art. 1.648 CC⁴⁹¹ prevé el comiso de la finca dada en enfiteusis en el caso en el que el enfiteuta deje

⁴⁸⁹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Art. 1.632 CC” en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1.260-1.261. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, *op.cit.*, p. 637. ALBALADEJO considera que la atribución del *ius fruendi* al enfiteuta es una prueba de que el Código civil concibe a la enfiteusis como un supuesto de dominio dividido y que la concurrencia de dos titulares dominicales forma una comunidad *pro diviso*, puesto que, si fuera el único dueño, el artículo que se comenta no tendría razón de ser, pues todo propietario hace suyos los frutos que produce su finca y las accesiones. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 183. Asimismo, tal argumento también puede ser utilizado en un sentido contrario e interpretar que si el Código civil concede este derecho en enfiteuta es porque es este el verdadero y único propietario.

⁴⁹⁰ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Art. 1.636 CC” en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1.264-1.266. Semejantes afirmaciones también se encuentran en varias sentencias del Tribunal Supremo que se citan en este comentario del Art. 1.636 CC: La STS de 4 de diciembre de 1896 dispone que: “*el retracto legal se ha establecido para lograr, según su naturaleza, la consolidación de los dominios que se encuentran desmembrados o indivisos*”, y las STS de 29 de octubre de 1928 y 24 de enero de 1948 que establecen la finalidad de los derechos de tanteo y retracto es “*la consolidación de los dominios directo y útil en una sola persona*”.

⁴⁹¹ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, *op.cit.*, p. 637. El legislador puso en manos del censualista el derecho de comiso en el caso que se den los presupuestos que marca el precepto, hecho que no sucede en ningún otro derecho real *in re aliena*. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Art. 1.648 CC” en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1.277-1.280. Se trata

de pagar la pensión durante tres años consecutivos o que incumpla alguna disposición del contrato o menoscabare gravemente la finca.

- V) Derecho del titular del dominio directo a percibir el laudemio en caso de enajenación de la finca por el enfiteuta: El Art. 1.644 CC dispone que: “*En las enajenaciones a título oneroso de fincas enfiteúticas solo se pagará laudemio al dueño directo cuando se haya estipulado expresamente en el contrato de enfiteusis.*” Se desprende del tenor literal de este artículo que el laudemio se configura como un derecho que es dispositivo por las partes contratantes, toda vez que solo será exigible en el caso en el que así se haya pactado expresamente.⁴⁹²
- VI) Constitución de servidumbres sobre la finca dada en enfiteusis: El Art. 596 CC exige el consentimiento de los titulares del dominio directo y útil para gravar la finca enfiteútica con servidumbres.⁴⁹³
- VII) Sucesión del enfiteuta por el censalista en caso de sucesión *mortis causa abintestato*: El Art. 1.653 CC reconoce el derecho del titular del dominio directo a suceder al enfiteuta “*A falta de herederos testamentarios descendientes, ascendientes, cónyuge supérstite y parientes dentro del sexto grado*”. Se trata del derecho de reversión que tiene el censalista si se dan los presupuestos del Art. 1.653 CC.⁴⁹⁴

de un derecho que tiene la naturaleza de sanción y que su ejercicio supone la extinción de la enfiteusis y que el dueño del dominio directo adquiera la propiedad total de la finca y su posesión. En el caso que el enfiteuta hubiese gravado su derecho, el dominio útil, las cargas y gravámenes se extinguirán de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 214 RH.

⁴⁹² ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, op.cit., p. 637. El carácter dispositivo del laudemio es una muestra del debilitamiento de la posición del censalista en el contrato de enfiteusis, pero que, en ningún caso, supone la negación de su derecho o una manifestación que el enfiteuta sea el verdadero y único propietario del dominio.

⁴⁹³ CUADRADO IGLESIAS, M., “Art. 596 CC” en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., et. alii., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 1.508-1.510. Tal previsión es consecuencia de la configuración de la enfiteusis como un supuesto de dominio dividido, pues se atribuyen a los codueños facultades dominicales distintas y ninguno de ellos tiene el pleno de dominio. Consecuencia de ello es la exigencia del consentimiento de ambos para la constitución de servidumbres en la finca dada en enfiteusis.

⁴⁹⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, op.cit., p. 637. Se trata de un derecho que no contempla el Código para los censalistas de los censos reservativo y consignativo, ni tampoco a los titulares de otros derechos reales en cosa ajena. O'CALLAGHAN

- Argumentos en contra de la tesis de considerar a la enfiteusis como un supuesto de dominio dividido.-
- I) La terminología legal: En algunos preceptos el Código civil se refiere a la enfiteusis como un censo, concretamente en los Arts. 1.618, 1.619, 1.623, 1.625, 1.627 CC, lo que podría dar a entender que el censuario no es titular de una parte del dominio, sino que es titular de un derecho real en cosa ajena.⁴⁹⁵
 - II) Facultad de disposición del enfiteuta: De los Arts. 1.617, 1.633 y 1.635 CC se desprende que el enfiteuta puede, transmitir, disponer, donar y permutar su derecho, dejando a salvo los derechos que pudiera tener sobre la finca el titular del dominio directo. Por lo tanto, la concesión al enfiteuta de la facultad de disposición podría conducir a la conclusión de que es el verdadero y único propietario de la finca.⁴⁹⁶
 - III) Indemnización por siniestro o expropiación de la finca: Los Arts. 1.626 y 1.627 CC establecen que el pago de la indemnización en caso de siniestro o

MUÑOZ, X., “Art. 1.653 CC” en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1.285-1.286. Con base en este artículo, la doctrina sostiene que no puede considerarse al censalista como el sucesor *mortis causa* del enfiteuta. Según O’CALLAGHAN: “*La naturaleza jurídica de esta reversión es de extensión del derecho de propiedad del condómino a toda la propiedad, en el caso de que el otro condómino (el enfiteuta) fallezca sin herederos testamentarios, ni parientes ab intestato.*”

⁴⁹⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, *op.cit.*, p. 638. Argumento que, según el autor, es débil si se pone en contradicción con los no menos preceptos que se refieren a la enfiteusis como un supuesto de dominio dividido.

⁴⁹⁶ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Art. 1.617 CC” en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1.242-1.243. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, *op.cit.*, p. 638. La doctrina ha encontrado argumentos en contra de considerar que el enfiteuta tenga el dominio total de la finca con base en la facultad de disposición, aunque prácticamente la totalidad del señorío que encierra la propiedad le corresponde a éste. Si se parte de la teoría del dominio dividido, considerando a la enfiteusis como una comunidad *pro diviso*, resulta lógico que el legislador reconozca la facultad de disposición a ambos titulares, aunque, como afirma ALBALADEJO, tal facultad de disposición debe entenderse sobre el derecho que sobre la finca tengan el enfiteuta y el censalista, como se desprende del Art. 1.633 CC cuando dice “*dejando a salvo los derechos del dueño directo*”, que es su derecho de propiedad. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Art. 1.633 CC” en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1.261-1.263. El adquirente de la finca gravada con un censo enfiteutico se subrogará en la posición del anterior enfiteuta y deberá respetar los derechos dominicales del titular del dominio directo.

expropiación de la finca se afectará “*al pago del capital del censo*” lo que puede conducir a pensar que la indemnización se concede en su totalidad al enfiteuta por afectarse al pago del capital del censo.⁴⁹⁷

- IV) Derecho de redimir el censo del enfiteuta: El Art. 1.608 CC reconoce el derecho del enfiteuta de liberarse del gravamen que representa el censo enfiteutico mediante el pago del valor de la finca que se hubiese pactado en el momento de la constitución del censo, lo que puede entenderse como una facultad que tiene el enfiteuta de liberarse del gravamen del censo y que este tiene la naturaleza de derecho real en cosa ajena.⁴⁹⁸
- V) Prescripción del derecho del censalista: Según el Art. 1.620 CC son prescriptibles “*tanto el capital como las pensiones de los censos*”. Algún sector doctrinal ha considerado que este argumento podría indicar que el Código civil considera el censo enfiteutico como un derecho real en cosa ajena y no como un supuesto de dominio dividido, pues el derecho del

⁴⁹⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, op.cit., p. 638-639. Argumento que ha sido debatido por la doctrina con base en el Art. 49.4 del Reglamento de la Ley de Expropiación forzosa que establece que: “*El pago se hará en dinero y precisamente a quienes figuren como dueños de la cosa o titulares del derecho expropiado*”.

⁴⁹⁸ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, op.cit., p. 639. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Art. 1.651 CC” en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., et. alii., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1.282-1.283. La institución de la redención sí que parece que es más adecuada para liberarse de gravámenes. Sin embargo, el autor citado defiende que en el caso de la enfiteusis su naturaleza es distinta. A título de ejemplo, en el derecho real de servidumbre se requiere del acuerdo entre los interesados, mientras que en la enfiteusis la redención puede llevarse a cabo unilateralmente por el enfiteuta, según se desprende del Art. 1.608 CC: “*el censatario podrá redimir el censo a su voluntad aunque se pacte lo contrario*”. ALBALADEJO considera que “*se trata de una facultad de unificar todo el dominio en manos de quien tiene la parte básica de él, es decir, una especie de poder expropiatorio, de expropiación del dominio directo, que posee el enfiteuta, en aras, no de su interés privado, sino del interés general*”. Además, el pago del valor de la finca enfiteutica al tiempo de constituirse el censo prueba que se trata del valor de las facultades que constituyen el dominio directo. O'CALLAGHAN considera que es injusto que el enfiteuta tenga que pagar el valor total de la finca para redimir el censo, puesto que no adquiere la totalidad del dominio, sino la titularidad directa que ostentaba el censalista. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Art. 1.608 CC” en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., et. alii., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1.231-1.233. La STS de 22 de junio de 1988 estableció que “*la redención de un censo por parte del que lo acepta, el censalista, es un acto de riguroso dominio, de efectos definitivos no transitorios, a diferencia de los actos de mera administración*”. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., et alii., *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, op.cit., p. 183. A esto se le puede objetar que el valor de la finca se fija en un momento anterior a la redención, como si el titular del dominio directo se desvinculara de la cosa gravada con el censo enfiteutico y que en realidad ocurre es que el enfiteuta se libera del pago de la pensión.

enfiteuta no se extingue por prescripción, lo que supone un fortalecimiento de su posición.⁴⁹⁹

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también fue evolucionando acorde con la doctrina, pues en las primeras sentencias interpretadoras del Art. 1.605 CC se concebía la enfiteusis como un derecho real en cosa ajena, mientras que en la reciente sentencia de 21 de noviembre de 2002 se admite la división de dominios.⁵⁰⁰

Lo mismo puede decirse de la doctrina establecida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, aunque en la resolución de 26 de noviembre de 2004 estimó que, según el Código civil, el titular del dominio directo es prevalente sobre el titular del dominio útil y, por lo tanto, no se está ante una equiparación absoluta de los derechos de ambos titulares.⁵⁰¹

c) Como una carga real

Bajo la óptica de esta teoría, la enfiteusis se configuraría como una carga real, es decir, sería la sujeción del bien inmueble al pago de un canon o rédito con una periodicidad determinada. Se trataría de un supuesto de traslación total del dominio a favor del

⁴⁹⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, *op.cit.*, p. 640. Argumento que la doctrina más autorizada ha descartado alegando el mejor posicionamiento del enfiteuta en la relación jurídica que lo une con el censalista con base en la conveniencia de consolidar el dominio. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "Art. 1.620 CC" en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1.246-1.247. Este autor defiende que el titular del dominio directo no perdería su cuota de propiedad por prescripción, sino que hace falta una *usucapio libertatis* del enfiteuta. Para evitarlo, el Art. 1.647 CC atribuye al titular del dominio directo la facultad de exigir al enfiteuta el reconocimiento de su derecho cada veinte años.

⁵⁰⁰ PASQUAU LIAÑO, M., *Jurisprudencia civil comentada*, t. III, 2ª ed., Comares, Granada, 2009. En esta obra se citan las siguientes sentencias: STS de 2 de enero de 1928, STS de 21 de noviembre de 2002 [LA LEY 698/2003]. El tribunal se posiciona a favor de la tesis del dominio dividido cuando habla de la consolidación de los dominios a favor del censalista o del enfiteuta.

⁵⁰¹ RDGRN de 26 de octubre de 2004 [LA LEY 142/2005]. "Sin embargo, todavía hoy en día, con arreglo al Derecho común, aunque se configure la enfiteusis como dominio dividido, el correspondiente al dueño directo es el prevalente. En efecto, según el Art. 1.605 del Código Civil, es el titular dominical el que constituye el censo enfiteútico al ceder, realizando con ello un acto dispositivo, el dominio útil, reservándose el directo. Como contrapartida a esta cesión, recibe un canon que podrá consistir en dinero o en frutos. Es decir, el dueño directo, es auténtico dueño. No solo se llega a esta conclusión a partir del Art. mencionado; el Art. 1.647 del Código Civil, lo deja también claro al establecer un derecho de reconocimiento a favor del dueño directo, por parte del enfiteuta, quien aparece como «aquel que se encuentra en posesión de la finca». Es en fin el titular del dominio directo aquél con quien hay que entenderse para redimir la finca conforme al Art. 1651."

enfiteuta, mientras que el propietario cedente de la finca solo sería el acreedor del canon o rédito que sujeta el bien inmueble que sería el objeto de su derecho.⁵⁰²

En el Código civil de Cataluña, parece que la tesis dominante es la del censo configurado como una carga real, de acuerdo con la regulación de los censos contenida en los Arts. 565.1 y siguientes del Código civil de Cataluña. En este sentido se ha pronunciado la doctrina catalana que ha huido de la teoría del dominio dividido.⁵⁰³

También puede decirse que ésta ha sido la opción escogida por el legislador alemán, pues el BGB regula, entre los Arts. 1.105 y 1.112, la carga real.⁵⁰⁴

⁵⁰² Entre los defensores de esta tesis se encuentran SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de derecho civil...op.cit.*, p. 675-676. Para SÁNCHEZ ROMÁN el censo es “un derecho real, constituido sobre inmuebles fructíferos, que faculta para exigir un canon ó pensión anual, con cargo á los frutos de aquéllos.” Sin embargo, para el caso particular de la enfiteusis, “procede de la división del dominio pleno en los llamados dominio directo y útil”. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral...*, *op.cit.*, p. 277-278. Para CASTÁN, hay determinados preceptos del Código Civil que demuestran que el dominio útil es el verdadero dominio. Entre ellos hay que mencionar el Art. 1.633 CC que habilita al enfiteuta para que disponga de toda la finca, el Art. 1.627 CC que reconoce el derecho al enfiteuta de cobrar la indemnización por expropiación forzosa de la finca, y el Art. 1.632 CC que concede al enfiteuta los mismos derechos que corresponderían al propietario sobre los tesoros y minas que se descubran en la finca enfiteútica. MARZAL RODRÍGUEZ, P., “Art. 1.605 CC”, en CAÑIZARES LASO, A., *et. alii.*, *Código civil comentado*, v. IV, Civitas, Pamplona, 2011, p. 562. Se trata de una tesis que no comparte este autor por intentar relativizar las teorías de la enfiteusis como un derecho real o como un supuesto de dominio dividido, pues la enfiteusis no puede ser un gravamen si se concede al titular del dominio directo el derecho de comiso. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil...*, *op.cit.*, p. 154. ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil español*, v. II, 6ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p. 394. PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español*, t. II, 2ª ed., Civitas, Pamplona, 1972, p. 699. “Si se impera esta tesis [la del dominio dividido] en el Código y en la Ley Hipotecaria, hay que reconocer asimismo que se da mayor intensidad dominical al enfiteuta, ya que el art. 1.633 autoriza a éste a disponer no de su dominio, sino de la fina misma. Otros Arts.. Como el 1.627, confirman este parecer.”

⁵⁰³ PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Institucions del Dret civil de Catalunya*, v. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 596-597. DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*, 5ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 456-457.

⁵⁰⁴ PLANITZ, H., *Principios de derecho privado germánico...*, *op.cit.*, p. 125-128. ARNDTS, L., *Trattato delle Pandette...*, *op.cit.*, p. 410. “L'enfiteusi e la supericie sono diritti reali di godimento su cosa immobile, i quali, come quelli che sono così estesi da permettere di goderne pienamente e di disporne quasi senza limiti e sono ad un tempo alienabili e trasmissibili, s'avvicinano di tanto alla proprietà che spesso furono considerati quasi forme di proprietà limitata.” Vid. Ley de Introducción al Código civil alemán, en <http://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/BJNR006049896.html>.

Para la doctrina alemana, los censos son derechos reales que otorgaban un aprovechamiento ilimitado e inmediato sobre una finca. El enfiteuta tenía la posesión de la finca y, por lo tanto, obtenía un aprovechamiento ilimitado de la misma. Por esto se dice que la enfiteusis representaba una manifestación

C) La enfiteusis y la propiedad temporal

En los epígrafes anteriores se ha expuesto que el Código civil de Cataluña no ha configurado la enfiteusis como un supuesto de dominio dividido, sino como una carga

de la propiedad dividida porque el contenido de este derecho era tan amplio que el estatuto jurídico del enfiteuta era semejante al del propietario, aunque actualmente no hay dudas de que se trata de un derecho real limitado.

Los censos rurales carecen hoy en día de importancia práctica y solo se encuentran manifestaciones en algunos *länder*. A lo largo de los siglos XVIII y XIX comienza el Estado alemán a suprimir la sumisión hereditaria de los campesinos y a reforzar sus derechos posesorios. De esta forma se suprimieron las formas censales y la posesión de los campesinos se convirtió en propiedad libre.

Por esta razón el BGB no regula ningún derecho real de censo tal y como se ha visto en los códigos civiles español e italiano, sino que regula la carga real, que tiene una función similar, como se verá a continuación. Sin embargo, a través del Art. 63 de la Ley de Introducción al Código civil alemán se han respetado y se han mantenido en vigor los censos de algunos *länder*, concretamente los derechos *büdnrecht* y *häuslerrecht*. MELON INFANTE, C., *Código civil alemán (BGB)...*, op.cit., p. 231.

El Código civil alemán regula una institución que la doctrina ha equiparado a los censos españoles. Se trata de la “carga real” que se regula entre los Arts. 1.105 y 1.112 BGB.

El tenor literal del Art. 1.105 BGB establece que: “*Una finca puede ser gravada de forma que a aquél en cuyo beneficio se establece el gravamen hayan de satisfacerse prestaciones reiteradas a costa de la finca (carga real).*”

La carga real puede también ser constituida en beneficio de quien en cada momento sea propietario de otra finca.”

Se trata, por lo tanto, de un inmueble sujeto a prestaciones reiteradas a favor del titular activo del gravamen.

La escasa trascendencia jurídica de esta figura de debe a que fue suprimida por la mayor parte de los Landers alemanes y de ahí que el Código civil alemán solo regule las características esenciales de la institución.

Esta institución tiene su origen, como los censos, en la Edad Media y, a los efectos de esta investigación, es importante destacar que durante este período histórico, la carga real supuso una división de la propiedad, pues la doctrina alemana, en lugar de adoptar esta expresión, habla de propiedad superior e inferior: “*Cuando más tarde el otorgante de la investidura aparecía como propietario superior o directo y el investido como propietario inferior; solo con la supresión de la propiedad superior, y con la transformación de la investida en propiedad plena, la carga real se transformó en derecho real sobre cosa ajena.*”

Actualmente no se discute sobre la naturaleza jurídica de esta institución, puesto que la doctrina alemana coincide en que se trata de un derecho real, sin que se admita una división del dominio en directo y útil como en el caso español.

Del mismo modo que la enfiteusis, la carga real grava toda la finca, toda vez que el Art. 1.106 BGB dispone que: “*Una cuota de una finca solo puede ser gravada con una carga real si consiste en la cuota de un copropietario.*” Es decir, la carga real grava toda la finca y, en el caso de que esta forme parte de una comunidad de bienes, la carga real gravará la cuota del copropietario en cuestión.

ENNECCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil...*, op.cit., p. 149-157. “*La carga real como un todo es un derecho real, un gravamen del inmueble; cierto que no otorga intervención alguna inmediata sobre el cuerpo de la cosa, pero sí el derecho a obtener de ella ciertos valores.*” HEDEMANN, J. W., *Derechos reales...*, op.cit., p. 379-380. EIRANOVA ENCINAS, E., *Código civil alemán comentado...*, op.cit., p. 353-255. WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette...*, op.cit., p. 784-785.

real, en virtud de la cual el censalista percibe una prestación anual a cargo del enfiteuta.⁵⁰⁵

En el Ordenamiento jurídico español la enfiteusis es el supuesto paradigmático de dominio dividido, al menos para la mayoría de autores. De acuerdo con esta configuración doctrinal mayoritaria de la enfiteusis, pueden destacarse las similitudes que existen entre esta institución y la propiedad temporal configurada como un supuesto de dominio dividido, por bien que, como se verá en el capítulo cuarto, son posibles otras configuraciones.

Además, la comparación no es forzada, sino que de la propia regulación de la propiedad temporal del Código civil de Cataluña podría sostenerse que se produce una división de las facultades dominicales entre el titular temporal y el titular sucesivo, toda vez que el Art. 547-6 CCCat atribuye al titular temporal todas las facultades dominicales, con las limitaciones de la duración de su derecho y de la existencia del titular sucesivo, mientras que éste también puede exigir al titular sucesivo que se haga cargo de los gastos de conservación y reparación del bien cuando se deteriore en más de un 50%, lo que podría conducir a la conclusión de que el titular sucesivo tiene más que una mera expectativa de tener la plena propiedad cuando finalice el plazo de duración del derecho del titular temporal.

Por lo que respecta al haz de facultades del enfiteuta, el artículo 1.632 CC le reconoce el derecho de disfrutar de la finca, haciendo suyos los frutos de ésta y de sus accesiones, además de tener los mismos derechos sobre los tesoros y minas que corresponderían al propietario exclusivo de la finca. Lo mismo podría deducirse del titular temporal, según lo previsto en el Art. 547-6.1 CCCat, cuyo derecho le atribuye todas las facultades del derecho de propiedad, sin más limitaciones que las derivadas de la duración de su derecho y de la existencia del titular sucesivo.

⁵⁰⁵ PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Institucions...*, *op.cit.*, p.596. Con la ley catalana de 31 de diciembre de 1945 se configuraron los censos como una carga real, siguiendo la teoría moderna de la naturaleza jurídica de los censos que atribuye la propiedad de la finca al enfiteuta o censatario, mientras que el censalista tiene un derecho real de goce sobre la finca que le faculta para percibir una pensión a cargo del enfiteuta. El preámbulo de la Ley 6/1990, de 16 de marzo, de los censos es clara en su propósito: “*d’atribuir una configuració jurídica als censos mitjançant una nova regulació i d’eliminar la complexa divisió del domini. [...] la finalitat de la nova Llei s’orienta a culminar el procés normatiu iniciat amb la Llei de Censos de 1945 i a establir una regulació clara del cens com a institució jurídica de caràcter real, en virtut de la qual el censatari esdevé titular del dret de propietat sobre una finca que resta subjecta al pagament d’una pensió periòdica.*”

El Art. 1.633 CC faculta al enfiteuta para disponer de su dominio, dejando a salvo los derechos del dueño directo, del mismo modo que el Art. 547-6.2 CCCat faculta al titular temporal para enajenar, hipotecar y someter a cualquier gravamen su derecho de propiedad temporal, sin perjuicio de notificar al propietario sucesivo del acto de disposición celebrado.

Por lo que se refiere a los derechos del titular del dominio directo, puede decirse que estos son más amplios que los del titular sucesivo, toda vez que aquél está facultado para percibir la pensión en reconocimiento de su dominio directo (Art. 1.630 CC), y para percibir el laudemio en el caso en el que el enfiteuta enajene a título oneroso el dominio útil de la finca (Art. 1.644 CC). Además, puede disponer del dominio directo, sin más limitaciones que dar previo aviso al enfiteuta (Art. 1.617 CC). Por su parte, el titular sucesivo únicamente puede disponer de su derecho y exigir que el titular temporal se haga cargo de las obras de reconstrucción o reparación cuando el bien se deteriore en más de un 50% (Art. 547-7 CCCat).

No obstante, es importante destacar que el enfiteuta no está gravado con la obligación de conservar la forma y la sustancia de la finca dada en enfiteusis, hecho que, a diferencia de lo que sucede en el usufructo, refuerza la tesis de que la propiedad temporal podría configurarse como un derecho real en cosa ajena similar al usufructo, pero reforzado, en lugar de ser, propiamente, un nuevo tipo del derecho de propiedad en Cataluña.

Por lo tanto, configurándose la propiedad temporal como un supuesto de dominio dividido, es importante ver lo que acontece al extinguirse el dominio útil del enfiteuta y la consiguiente absorción de las facultades dominicales por el titular del dominio directo. ALBALADEJO habla de una “reabsorción” de las facultades dominicales que constituyen el contenido del dominio útil del enfiteuta, lo que conduce a pensar que se trata de una adquisición automática del pleno dominio.⁵⁰⁶

En cierto modo, esta adquisición automática del resto de facultades dominicales por el titular del dominio directo podría utilizarse para defender la adquisición automática de

⁵⁰⁶ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, op.cit., p. 646. “Importa precisar qué facultades integran el llamado dominio útil, y cuáles el directo. En principio, basta decir que aquél encierra la casi totalidad de las que son contenido de la propiedad normal, mientras que éste se reduce a una especie de propiedad nuda, con la potencialidad de reabsorber las que actualmente le faltan, si el dominio útil se extingue.”

la plena propiedad por el titular sucesivo, tal y como reconocen los Arts. 547-1 y 547-10.1 CCCat. Sin embargo, no puede hacerse tal asimilación entre la extinción del dominio útil de la enfiteusis y la extinción de la propiedad temporal con base en la regulación de la enfiteusis del Código civil general, dada la diferente naturaleza jurídica de ambas instituciones.

En efecto, de acuerdo con la definición contenida en el Art. 1.605 CC: “*Es enfiteutico el censo cuando una persona cede a otra el dominio útil de una finca, reservándose el directo y el derecho a percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio.*” Se trata, por lo tanto, de la división de las facultades dominicales sobre una finca entre el titular del dominio útil y el directo, hecho que faculta al titular del dominio directo para percibir la pensión a cargo del enfiteuta en reconocimiento de su derecho dominical.

Pero, aunque la enfiteusis se configure por la doctrina mayoritaria como un supuesto de dominio dividido con base en la regulación contenida en el Código civil general, la enfiteusis es una institución que tiene unos caracteres esenciales, como es la pensión que tiene derecho a percibir el titular del dominio directo, que implica un desmembramiento de las facultades dominicales entre dos sujetos, y que presupone la preexistencia del derecho de propiedad del titular del dominio directo que es el que se desprende de la mayor parte de las facultades dominicales para, de esta forma, reconocer al enfiteuta el dominio útil de la finca.

Considero que el hecho que el titular del dominio directo absorba las facultades dominicales que hasta el momento de extinguirse la enfiteusis pertenecían al titular del dominio útil podría ser un argumento para sostener que en realidad la enfiteusis es un derecho real constituido a favor del enfiteuta para que éste use y goce la finca durante un plazo de tiempo determinado o a perpetuidad. De esta forma, podría explicarse mejor la reversión automática de las facultades dominicales del dominio útil a favor del titular del dominio directo, del mismo modo que ocurre en el momento de extinguirse el derecho real de usufructo. El titular del dominio directo absorbería las facultades dominicales del enfiteuta por la consolidación del dominio a su favor.⁵⁰⁷

⁵⁰⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, op.cit., p. 637. ALBALADEJO defiende que la previsión del Art. 1.653 CC, que previene que a falta de herederos testamentarios y de cónyuge o parientes del enfiteuta con derecho a sucederle sin testamento, el titular del

En caso contrario, si se considera que bajo la regulación de la propiedad temporal del Código civil de Cataluña se esconde un derecho real en cosa ajena, puede compararse la propiedad temporal con la enfiteusis del Código civil de Cataluña, toda vez que la propiedad de la finca se atribuye al enfiteuta o censatario.⁵⁰⁸

El estatuto jurídico del enfiteuta o censatario sería muy similar al del titular temporal porque el primero es el titular dominical de la finca, mientras que el segundo, según el Art. 547-1 CCCat tiene todas las facultades del derecho de propiedad, si bien limitadas por la existencia del titular sucesivo.

Por su parte, el estatuto jurídico del titular sucesivo se asemeja al del censalista. Durante la vigencia de la propiedad temporal y del censo enfiteútico su estatuto jurídico está muy limitado, pues el titular sucesivo se limita a poder disponer de su derecho, del mismo modo que puede hacer el censalista, de conformidad con el Art. 565-5.1 CCCat. Además, el titular sucesivo percibe el valor de la propiedad temporal cuando ésta es adquirida por el titular temporal, presumiblemente por un precio inferior al de adquisición de la plena propiedad, mientras que el censalista tiene, según el Art. 565-3. a) CCCat, el derecho de percibir la “entrada” cuando el censo se constituya por transmisión del derecho de propiedad al censatario.

Sin embargo, hay diferencias importantes entre el censo enfiteútico y la propiedad temporal. La más importante puede que sea la pensión que debe percibir el censalista y

dominio directo sucederá al enfiteuta en lugar de hacerlo el Estado para que cese la situación de dominio dividido, permite afirmar que se está ante un supuesto de dominio dividido y no de un simple derecho real en cosa ajena, toda vez que no hay una previsión en un sentido similar para el resto de derechos reales. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. VI...*, *op.cit.*, p. 318-319. DÍEZ-PICAZO cita las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1951 y de 2 de junio de 1956. En la primera de ellas si dispone que la enfiteusis comporta “*un modo extintivo del censo por consolidación, sin precedentes en nuestro Derecho histórico, excluyéndose de la herencia, en la hipótesis a que dicho Art. se refiere, la finca enfiteútica, con la finalidad de reunir los dos dominios que en los censos de tal naturaleza existen.*” En el mismo sentido se pronuncia la segunda sentencia citada. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Art. 1.653 CC”..., *op.cit.*, p. 1.285. “*La naturaleza jurídica de esta reversión es de extinción del derecho de propiedad del condómino a toda la propiedad, en el caso de que el otro condómino (el enfiteuta) fallezca sin herederos testamentarios, ni parientes ab intestato.*”

⁵⁰⁸ PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Instituciones...*, *op.cit.*, p.601-602. DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 456. MIRAMBELL ABANCÓ, A., *Els censos en el dret civil de Catalunya: la qüestió de l'emfiteusi (a propòsit de la Llei especial 6/1990)*, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, Barcelona, 1997, p. 333. Des de aprobación la Ley 6/1990, de censos, que fue derogada con la entrada en vigor del libro V del Código civil de Cataluña, los censos son configurados como una carga real que gravan la propiedad.

que, de acuerdo con el Art. 565-8.1 CCCat, es un elemento esencial del censo enfitéutico. Además, el censalista tiene el derecho de percibir el *lusismo* o *laudemio* que es la cantidad de dinero que éste percibe por cada transmisión de la finca objeto del censo enfitéutico.

Algunos autores han afirmado que la atribución de la propiedad al censatario es un incentivo para la utilización del censo enfitéutico como un instrumento al servicio de las políticas de vivienda con la finalidad de ofrecer suelo y vivienda, ya que esto supondría abaratar el valor del suelo.⁵⁰⁹

Por lo tanto, el censo enfitéutico podríamos decir que, con la configuración actual del censo enfitéutico en Cataluña, éste cumple una función similar que la propiedad temporal, es decir, facilitar el acceso a la vivienda sin que la adquisición de la misma suponga un sobreendeudamiento para el comprador. El titular temporal paga una contraprestación al propietario originario por el tiempo que adquiere la propiedad temporal, con lo que presumiblemente se reduciría el coste de adquisición de la propiedad. El pago de la propiedad temporal podría hacerse de golpe o a través de financiación externa con un préstamo hipotecario. De esta forma, se asimila la adquisición de la propiedad temporal al pago de la entrada y de la pensión características de los censos enfitéuticos.

No obstante, considero que el acceso a la vivienda a través del censo enfitéutico no es tan atractivo que hacerlo a través de la nueva propiedad temporal. Seguramente los consumidores de nuevas tenencias intermedias se verán más atraídos por nuevas figuras jurídicas que, como la propiedad temporal, se basan en una nueva forma de propiedad más flexible o un amplio derecho real que otorga a su titular amplias facultades dominicales, en lugar de apostar por figuras jurídicas como el censo enfitéutico cuya presencia en la práctica es muy limitada y actualmente los casos más frecuentes que plantean los censos se refieren, precisamente, a su redención o extinción.

⁵⁰⁹ GONZALEZ BOU, E., “El censo enfitéutico en Cataluña: Configuración actual y perspectivas de futuro”, en *La Notaría*, nº 6, 2003, p. 26.

2.2.2. Figuras análogas a la enfiteusis

La Sección II, del Capítulo II, del Título VII del Libro IV contiene en los Arts. 1.655 y 1.656 CC unas disposiciones aplicables a los contratos de foro, subforo y censo a primeras cepas o *rabassa morta*.

El Art. 1.655 CC se limita a dar una naturaleza u otra las figuras análogas a la enfiteusis en función de si su duración es indefinida o temporal, siendo la constitución de estos derechos posterior a la promulgación del Código civil.

Por lo tanto, de la sistemática del Código civil se desprende que la intención del legislador fue la de tratar igual a estas formas de dominio dividido en cuanto a su regulación.⁵¹⁰

A) El contrato de foro

a) Concepto

El *foro* era un contrato de naturaleza real por medio del cual el *aforante* (censualista) concedía al *foratario* o *forero* (enfiteuta) el dominio útil de una finca, reservándose el dominio directo con el derecho de percibir un canon o pensión anual mediante la condición de que, al concluirse el tiempo fijado en el contrato, el titular del dominio directo readquiriría la totalidad del dominio, es decir, el dominio útil que se había transmitido al *forero*.⁵¹¹

La doctrina ha configurado el contrato de foro como una variante del derecho de censo,⁵¹² toda vez que reunía los rasgos que definen éste contrato, como son la

⁵¹⁰ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, *op.cit.*, p. 662.

⁵¹¹ GUTIERREZ FERNANDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español...*, *op.cit.*, p. 660. ELÍAS DE ALOY, J. A., *Derecho civil general y foral de España...*, *op.cit.*, p. 375-376. Para comprender la problemática del campo gallego y el origen de los foros en Galicia, *vid.* LEZÓN FERNÁNDEZ, M., *El problema social agrario en Galicia y la redención de foros*, Reus, Madrid, 1922, p. 8-12. VILLARES PAZ, R., *Foros, frades e fidalgos*, Edicións Xerais de Galicia, Vigo, 1982, p. 141-195.

⁵¹² GUTIERREZ FERNANDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español...*, *op.cit.*, p. 662-663. Sin embargo, había un sector doctrinal que era reticente a considerar al contrato de *foro* como un contrato similar al de censo, a pesar de sus especialidades que permitían diferenciarlo de la enfiteusis. JOVE BRAVO, R., *Los foros en Galicia y Asturias*, Auseva SA, Gijón, 1990, p. 17. Discrepa de tal asimiliación este autor, pues aunque la configuración del *foro* puede diferir en cierta medida de la del censo enfitéutico, puede decirse que no hay dudas sobre su finalidad, pues “*tiene*

transmisión del dominio útil al enfiteuta y la reserva, a favor del aforante, de la titularidad del dominio directo y el derecho a cobrar el pago de una pensión o canon anual.

Sin embargo, no ha sido unánime la doctrina en este sentido, puesto que algunos autores⁵¹³ mantienen que el contrato de foro no puede asimilarse al censo enfiteútico debido a sus especialidades ni a un contrato de arrendamiento.

Por tanto, un sector mayoritario de la doctrina, siguiendo la jurisprudencia,⁵¹⁴ la normativa reguladora⁵¹⁵ de este tipo de contrato y la sistemática del Código civil, ha

por principal objeto convertir en cultivadas y fructíferas las tierras incultas y yermas, por lo cual el foratario adquiere la obligación de trabajar y mejorar el terreno hasta donde le sea posible [...]”.

⁵¹³ LEZÓN FERNÁNDEZ, M., *El problema social agrario en Galicia y la redención de foros...*, *op.cit.*, p. 13-18. El autor critica el hecho que se intentó configurar el *foro* como un simple arrendamiento con base en las características de la temporalidad y la renta fija de éste. Además, el arrendamiento al tratarse de un derecho de naturaleza personal, era más garantista para los derechos del propietario. JOVE BRAVO, R., *Los foros en Galicia y Asturias...*, *op.cit.*, p. 17-18. En el mismo sentido se pronuncia JOVE BRAVO, que afirma que, con el contrato de *foro*, se están otorgando unas facultades de índole real al *foratario* que difícilmente tienen cabida en la naturaleza del arrendamiento. JOVE BRAVO defendió que en este contrato no se está ante una división del dominio, sino ante “*una división de sus condiciones que, separadas de dos sujetos distintos y componentes de un derecho real absoluto, vienen a convertirse en otros dos de la misma naturaleza que mutua y recíprocamente se limitan.*” El derecho del titular del dominio directo es permanente y es el principal, mientras que el derecho del titular del dominio útil es temporal y deriva del derecho del señor directo, como un mero despojo de facultades que poseía éste sobre la finca de su propiedad.

⁵¹⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, *op.cit.*, p. 662 y ss. En esta obra se citan las siguientes sentencias: Las STS 3 de febrero de 1896, 11 de junio de 1902, 5 de febrero y 13 de noviembre de 1909, 25 de febrero de 1911 y 22 de enero de 1921 declaran aplicables los preceptos relativos a la enfiteusis a los foros, dado que su naturaleza es esencialmente la misma.

⁵¹⁵ La regulación más completa del foro se encontraba en la Ley 147/1963, de 2 de diciembre, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Galicia [LA LEY 55/1963] que fue derogada por la Ley 7/1987, de 10 de noviembre, sobre la Compilación del Derecho Civil de Galicia [LA LEY 2156/1987]. En el Art. 3 se disponía que: “*El foro confiere al foratario o forero el dominio de determinados bienes inmuebles fructíferos, con la obligación de conservarlos y mejorarlos y, además, la de pagar al aforante o forista cierta pensión anual y otras prestaciones, en reconocimiento del derecho real que éste se reserva en la transmisión realizada.*” Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. VI...*, *op.cit.*, p. 321-322. La Exposición de motivos de la ley es clara y no hay dudas que el fin de la misma fue facilitar la redención de los foros: “*Sea cual fuere la naturaleza jurídica que pretenda atribuírsele al foro, institución genuina de Galicia, que por extensión pasó a las comarcas limítrofes de Asturias y León, lo cierto es que si en un principio vino a remediar una necesidad social, evitando que quedaran incultas o improductivas grandes extensiones de terreno e impidiendo la persistencia de los latifundios que iba creando la Reconquista y las exigencias de aquellos tiempos –e incluso logró convertir en propietarios a millares de personas que, de otro modo, serían hoy braceros del campo–; sin embargo, ahora, ya muy distante la fecha de su constitución, se han relajado los vínculos de afecto entre receptor y pagador, no viendo éste en el pago del canon o pensión más que una especie de*

llegado a la conclusión de que los foros constituyen un supuesto de dominio dividido, de forma que los copropietarios no solo están vinculados por una obligación personal, sino que ambos tienen un derecho de propiedad sobre la finca aforada.

El Reglamento hipotecario se ocupa entre los Arts. 69 y 74 de la disciplina registral de este tipo de contratos. Del Art. 69 RH⁵¹⁶ se desprende que, tanto el titular del dominio útil como el titular del dominio directo, pueden inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad en igualdad de condiciones, de la misma manera que sucede con la enfiteusis.

Aun así, como se verá, no puede proclamarse la absoluta identidad entre la enfiteusis y el foro porque hay diferencias accidentales y permiten que ambos tengan sustantividad propia y no estemos ante la misma figura, por bien que compartieron la misma función social.

b) Naturaleza jurídica

De acuerdo con CASTÁN⁵¹⁷, se han formulado varias teorías sobre la naturaleza jurídica del foro que pueden agruparse de la siguiente manera:

tributo propio de épocas pasadas, y un gravamen que pesa sobre su propiedad y dificulta su rápida y libre tramitación, perjudicando al crédito territorial.”La compilación contenía un régimen complejo de redención de los foros subsistentes. Estableció una redención voluntaria y una redención forzosa, contemplando un plazo de cinco años sucesivos desde la entrada en vigor de la Ley de 1963, de manera que los foros que estaban subsistentes en diciembre de 1963 y no hubieran sido redimidos, voluntariamente o forzosamente, se entendía que el dueño directo había renunciado a su derecho y se facilitaba la reversión de la propiedad al forero o titular del dominio útil.

⁵¹⁶ Art. 69 RH: “*El dueño directo o el útil podrán obtener la inscripción de los foros, subforos y demás derechos reales de igual naturaleza, así como la de su dominio directo o útil respectivo, mediante la presentación de las escrituras públicas de constitución o reconocimiento del foro, o de los testimonios de los actos de conciliación y de los deslindes, apeos y prorratesos realizados judicialmente, o mediante la de los documentos privados, aprobados por convenio ante Notario, en los que se establezca o reconozca el foro o consten los deslindes, apeos y prorratesos extrajudiciales.*”

Hay un conjunto de disposiciones normativas que se ocupaban de la regulación de determinados aspectos del contrato de foro. Entre ellas se encuentra la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 [LA LEY 1/1881] que entre los Arts. 2.071 y 2.108 se ocupaba del apeo y de los prorratesos de los foros. También hay que citar a la normativa especial, principalmente el Real Decreto Ley de 25 de junio de 1926 y el Reglamento para su aplicación de 23 de agosto de 1926, relativa a la redención de foros anteriores a la promulgación del Código Civil de 1889 (hoy derogada).

⁵¹⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral...*, op.cit., p. 337-339.

- Teorías que consideran el foro como una institución análoga a la enfiteusis común o como una variante regional de la enfiteusis

Se trata del grupo mayoritario de la doctrina⁵¹⁸ y estos autores defienden que no existe una diferencia esencial entre el foro y la enfiteusis.

Sin embargo, algunos autores⁵¹⁹ señalan que la temporalidad es una característica esencial del foro frente a la enfiteusis, aunque dicha nota es controvertida. Por su parte, otros⁵²⁰ niegan que ambas instituciones puedan diferenciarse por la temporalidad del foro.

- Teorías que consideran el foro como un derecho distinto de la enfiteusis

En este apartado pueden agruparse aquellos autores que han defendido que el foro se configura como un derecho real con sustantividad propia que impide configurarlo como una variante de la enfiteusis. Se defiende que el foro se puede configurar como un derecho distinto:

- Como un feudo.
- Como una donación con pacto de reversión.
- Como un arrendamiento.⁵²¹

⁵¹⁸ PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español...*, *op.cit.*, p. 746. MANRESA NAVARRO, J. M^a., *Comentarios al Código Civil...*, *op.cit.*, p. 212. ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil español...*, *op.cit.*, p. 402. ESPÍN CÁNOVAS se aparta de considerar al foro como un arrendamiento, puesto que éste es esencialmente temporal, al contrario que el foro que su duración generalmente es indefinida o perpetua. VALVERDE VALVERDE, C., *Tratado de derecho civil español...*, *op.cit.*, p. 500. MANRESA NAVARRO, J. M^a., *Comentarios al Código Civil...*, *op.cit.*, p. 218. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario...*, *op.cit.*, p. 707-709. FARRÉ ALEMÁN, J. M^a., *Código civil comentado y concordado...*, *op.cit.*, p. 1.668-1.669. AGUILAR GARCÍA, A., *El contrato y el derecho real de foro*, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1911, p. 19.

⁵¹⁹ GUTIERREZ FERNANDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español...*, *op.cit.*, p. 660. VALVERDE y VALVERDE, C., *Tratado de derecho civil español...*, *op.cit.*, p. 500-502. Estos autores dicen que el foro consiste en la entrega del dominio útil de una cosa por una pensión anual, con la condición de que concluido el tiempo la readquiera su dueño. Por lo tanto, destacan la nota de temporalidad del foro frente a la enfiteusis, aunque, como se desprende del Art. 1.608 CC, nada impide que el censo enfiteútico sea también temporal y no indefinido. SANTAMARIA, J., *Comentarios al Código civil...*, *op.cit.*, p. 681.

⁵²⁰ JOVE BRAVO, R., *Los foros en Galicia y Asturias...*, *op.cit.*, p. 18.

⁵²¹ PAZ NOVOA, J. M., *Reformismo agrario no sexenio democrático*, Xunta de Galicia. Consellería de Agricultura, Ganadería e Política Agroalimentaria, Santiago de Compostela, 2001, p. 79. PLA CANCELA, B. M., “De los foros y contratos enfiteúticos”, en ARTIAGA REGO, A., y BAZ

- Como un derecho real especial.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo estableció, en la sentencia de 28 de abril de 1928, que el foro era una institución análoga a la enfiteusis, aunque señala que la redención del primero es el rasgo que permite diferenciarlos de aquélla: “*en efectivo, la enfiteusis y el foro y derechos similares son instituciones cuya analogía no pasa de la división de facultades indicada, pero entre las que hay una profunda diferencia precisamente en lo que se refiere a la redención, que siendo característica de la enfiteusis, según la concepción moderna de ésta, porque su duración indefinida nunca puede terminar en la consolidación de ambos dominios en el censalista si no es por el ejercicio de los derechos de comiso, de retracto o de sucesión irregular por muerte «ab intestato», sin herederos legítimos del enfiteuta*”.⁵²²

B) El censo a primeras cepas o *rabassa morta*

a) Concepto

Una variante del censo enfitéutico era y es conocida actualmente en Cataluña con el nombre de *rabassa morta*. En virtud de este contrato, el dominio útil del censatario de esta clase de enfiteusis no recaía sobre el terreno, sino únicamente sobre las primeras cepas que se plantaban. Además, las facultades del enfiteuta eran amplias y estaba facultado, para realizar en el terreno donde se encontraban las viñas, mugrones y renovaciones de las mismas.⁵²³

VICENTE, M^a, X., *Propiedade da terra e reforma liberal*, Xunta de Galicia. Consellería de Agricultura, Ganadería e Montes, Santiago de Compostela, 1997, p. 149. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral...*, *op.cit.*, p. 339. La mayoría de estos autores encuentran bastantes paralelismos entre el foro y el contrato de arrendamiento, pero hay que advertir que hay diferencias entre una y otra institución, pues generalmente los foros eran perpetuos y tenían naturaleza de derecho real. RODRÍGUEZ NAVARRO, M., *Doctrina civil del Tribunal Supremo...*, *op.cit.*, p. 5.374-5.375. La naturaleza consensual o arrendaticia del arrendamiento también puede verse en la STS de 28 de abril de 1928: “[los foros] resultaban instituidos como un contrato consensual, en virtud del cual un propietario cedía una o varias fincas, transfiriendo todas las facultades inherentes al ejercicio del derecho de propiedad por un tiempo determinado”.

⁵²² PASQUAU LIAÑO, M., *Jurisprudencia civil comentada...*, *op.cit.*, p. 3.307. RODRÍGUEZ NAVARRO, M., *Doctrina civil del Tribunal Supremo...*, *op.cit.*, p. 5.372-5.373. En el mismo sentido se pronunciaron las sentencias posteriores del mismo tribunal de 3 de julio de 1946 [Repertorio de Jurisprudencia, t. XIII, Aranzadi, Pamplona, 1946, p. 616-617] y de 13 de julio del mismo año [Repertorio de Jurisprudencia, t. XIII, Aranzadi, Pamplona, 1946, p. 621-623].

⁵²³ ELÍAS DE ALOY, J. A., *Derecho civil general y foral de España...*, *op.cit.*, p. 373-374. Con base en los derechos y las obligaciones de las partes del contrato de *rabassa morta* se percibe la estrecha

El Art. 1.656 CC contiene una regulación detallada de la *rabassa morta* o censo a primeras cepas. Se trata de una institución de origen consuetudinario, que estuvo fuertemente arraigada en Cataluña. Se trata de una variante de la enfiteusis, o al menos la mayor parte de los autores afirman que es una institución análoga a la enfiteusis, en virtud de la cual el propietario concede al *rabasser* (censatario) las tierras con el objeto de que éste pueda plantar en ellas viñas y cultivar las vides aprovechándose de sus beneficios.⁵²⁴

b) Naturaleza jurídica

La doctrina y la jurisprudencia no han sido unánimes a la hora de determinar la naturaleza jurídica de la *rabassa morta*, pues aunque la doctrina clásica catalana mayoritaria considera que esta institución tiene naturaleza enfitéutica, existen sentencias antiguas del Tribunal Supremo que asimilan este contrato al de arrendamiento, debido a que en algunos apartados del Art. 1.656 CC se usan términos propios de este contrato.

vinculación que había entre este contrato y el censo enfitéutico. El dominio útil del enfiteutista solo subsistía mientras vivían o existían las primeras cepas. Una vez que éstas morían, el titular del dominio directo recobraba la plena propiedad del terreno, aunque se daba por concluido el contrato si transcurrían cincuenta años desde la fecha de celebración del contrato o si morían dos terceras partes de las cepas plantadas.

La regla general es que el contrato de *rabassa morta* tenía una duración de cincuenta años como máximo y, vistos los problemas que podía plantear el plazo de duración del contrato, como consecuencia de que el enfiteutista hiciera en la viña mogrones o renuevos, la Real Audiencia de Barcelona cerró la puerta a que por esta vía pudiera adquirirse por el titular del dominio útil la totalidad del dominio por medio de la prescripción del dominio directo, puesto que en los *Usatges* de Cataluña se fijaba un plazo de treinta años para la usucapción de bienes inmuebles.

En esta obra se cita la Sentencia de la Real Audiencia de Barcelona de 9 de mayo de 1859.

GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBAN HERRANZ, J. M., *Derecho civil y penal de España...*, *op.cit.*, p. 664.

⁵²⁴ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. VI...*, *op.cit.*, p. 322-323. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "Art. 1.656 CC" en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1.289-1.292. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia...*, *op.cit.*, p. 1.802. La característica más importante de esta institución es que la cesión del uso de la finca dura mientras las primeras cepas viven y, en consecuencia, se extingue cuando dichas cepas mueren o quedan infructíferas, lo que convierte a esta institución en esencialmente temporal.

- Naturaleza enfitéutica de la *rabassa morta*

Como introducíamos en el apartado anterior, la mayor parte de la doctrina catalana⁵²⁵ configuró a la *rabassa morta* como una variante de la enfiteusis.

Parece que ésta también fue la naturaleza jurídica que quisieron dar los codificadores en el Código civil de 1889 al regular esta institución junto con “*contratos análogos al de enfiteusis*”, ubicación que no es extraña en el Código civil, puesto que el Art. 1.563 del Proyecto de Código civil de 1851 regula conjuntamente el censo enfitéutico con otras instituciones análogas, entre las cuales cita a la *rabassa morta*, y las declara redimibles, hecho que supone dotar al *rabassaire* de un instrumento propio del enfitauta y, por lo tanto, puede entenderse que en el Proyecto de Código civil de 1851 también se asimiló a la *rabassa morta* con la enfiteusis.⁵²⁶

⁵²⁵ DE BACARDI JANER, A., *Manual de Derecho Civil vigente en Cataluña*, 3ª ed., Librería Juan Llordachs, Barcelona, 1885, p. 321. DE BROCA MONTAGUT, G. Mª., y AMELL LLOPIS, J., *Instituciones del Derecho Civil catalán*, 2ª ed., Imprenta Barcelonesa, Barcelona, 1886, p. 117. DE BROCA MONTAGUT, G. Mª., *Historia del Derecho de Catalunya, especialmente del civil, y exposición de las instituciones de Derecho civil del mismoterritorio, en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia*, t. II, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Barcelona, 1985, p. 309. Destaca que hay dos notas que distinguen la *rabassa morta* de la enfiteusis común que son: 1º Su naturaleza temporal y, 2º el destino de la tierra que se tiene que dedicar al cultivo de la viña, además de no atribuir al *rabasser* el derecho de laudemio. BORRELL SOLER, A. M., *Dret Civil vigent a Catalunya*, t. II, Imprenta de la Casa de la Caritat, Barcelona, 1923, p. 388. VIVES CEBRIÀ, S., COMES, J., *Tratado teórico-práctico del Arte de Notaría*, t. II, Imprenta de J. Mayol y compañía, Barcelona, 1828, p. 311. GALI RAMON, H., *Opera artisnotariae: theoreticam simul et practicam eruditionem complectentia*, Barcelona, 1684, p. 3. PUIG FERRIOL, LL., ROCA TRÍAS, E., *Instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 1987, p. 256. La doctrina catalana más autorizada sigue diciendo que la *rabassa morta* debe seguir configurándose como una enfiteusis de carácter temporal. CORBELLA PASCUAL, A., *Manual de Derecho Civil catalán*, Imprenta de Viuda de Vadiella y Pablo Casas, Reus, 1906, p. 607. Este autor defiende una configuración jurídica de la *rabassa morta* semejante al derecho de superficie. DE BROCA MONTAGUT, G. Mª., y AMELL LLOPIS, J., *Instituciones del Derecho Civil catalán...*, *op.cit.*, p. 118. Tesis que tampoco encuentra errónea DE BROCA cuando afirma que: “*con diversa aplicación, no es distinto del derecho de superficie reconocido y regulado en la legislación romana.*” PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español...*, *op.cit.*, p. 757. PUIG PEÑA considera que la *rabassa morta* no puede asimilarse a un derecho de superficie porque “*no precisa para constituirse eficazmente el pago de una pensión o canon anual. Por otra parte, el superficiario tiene un derecho de propiedad pleno sobre lo edificado, mientras que el «rabasser», en todo caso, solo tiene un dominio útil sobre las plantas, aunque no sobre el suelo.*” PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario...*, *op.cit.*, p. 717. En un sentido contrario a PUIG PEÑA se posiciona PEÑA BERNALDO que afirma que: “*Es un derecho de superficie de tipo censal: se cede el derecho de plantar –y disfrutar de lo plantado–, a cambio de una pensión. Y como en tal derecho, hay un contrato y un gravamen análogos a la enfiteusis*”.

⁵²⁶ MARZAL RODRÍGUEZ, P., “Art. 1.656 CC”, en CAÑIZARES LASO, A., *et. alii.*, *Código civil comentado*, v. IV, Civitas, Pamplona, 2011, p. 618-619. MONTOBBIO JOVER, J. M., *Rabassa*

La tradición legislativa catalana también se ha decantado por considerar la *rabassa morta* como una variante de la enfiteusis desde el Proyecto de Apéndice de DURAN I BAS, que regula esta institución después de la enfiteusis, en la Sección IV –Del establecimiento a primeras cepas–, dentro del Título VI –De la enfiteusis–.⁵²⁷

La mayor parte de la doctrina española, acorde con el Título de la Sección «*De los foros y otros contratos análogos al de enfiteusis*», sostiene que la *rabassa morta* constituye un supuesto de dominio dividido, igual que en la enfiteusis, si bien esta institución tiene unos rasgos que permiten diferenciarlo de la enfiteusis como es su carácter esencialmente temporal y su concesión al *rabasser* con un fin determinado: explotar la tierra mediante el cultivo de las cepas.⁵²⁸

morta, Bosch, Barcelona, 1996, p. 27-29. Señala el autor que la regulación contenida en el Proyecto de 1851 fue doblemente criticada por los *rabassaires* y por los propietarios. En un escrito de varios enfiteutas de la provincia de Barcelona, de veinticuatro de diciembre de mil ochocientos cincuenta y uno, se oponían a la nueva regulación. En primer lugar, los *rabassaires* pretendían el mantenimiento de la situación anterior y, en todo caso, un plazo de duración del contrato muy superior al de sesenta años y que no comenzase a regir hasta que se hubiera publicado el proyecto. También argumentaban que la *rabassa morta* era considerada como una concesión del propietario de las tierras para plantar viñas y no como una desmembración del dominio, correspondiendo el útil al *rabassaire*. Además, el tenor literal de la regla 9.^a del Art. 1.563 del Proyecto de 1851 tenía efectos retroactivos y, en consecuencia, se alteraba la situación anterior, aunque el Proyecto de 1851 prohibía la retroactividad. Por su parte, los propietarios reclamaban que quedara claro que en el contrato de *rabassa morta* el dominio útil recaía sobre las viñas y no sobre las tierras donde éstas se ubicaban; además de pugnar por un plazo más breve para la duración del contrato – cincuenta años, que se concediera la acción de desahucio y que quedara claro que en el contrato de *rabassa morta* no eran aplicables los preceptos referentes a la perpetuidad y redimibilidad de los censos. En el mismo sentido, *vid.* SALVADOR CODERCH, P., “El Proyecto de Código civil de 1851 y el Derecho civil Catalán”, en *RJC*, nº 2, 1980, p. 343-358.

⁵²⁷ DURAN I BAS, M., *Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, Imprenta de la Casa de la caridad, Barcelona, 1883, p. 348. Art. CLXXXI del Apéndice de Derecho Civil de Cataluña. PUIG FERRIOL, LL., “*Rabassa morta: duración.- tácita reconducción. Requisitos de forma*”, en AA.VV., *El Derecho Civil Catalán en la Jurisprudencia*, t. VII, Cátedra «Durán y Bas» Universidad de Barcelona, Barcelona, 1969, p. 16. Destaca PUIG FERRIOL que lo que caracteriza la *rabassa morta* es la venta de la facultad de plantar viñas.

⁵²⁸ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, *op.cit.*, p. 667-668. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Art. 1.656 CC”..., *op.cit.*, p. 1.290. PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español...*, *op.cit.*, p. 757. En contra de tal división del dominio se manifiesta PUIG PEÑA que dice: “Además, en la «*rabassa*» no transmite el dominio útil del suelo al «*rabasser*», sino tan solo el derecho de uso y aprovechamiento, con arreglo al fin específico de la plantación y cultivo del viñedo.” O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Art. 1.656 CC”, en SIERRA DE LA CUESTA, I. (Coord.), *Comentario del Código civil*, t. X, 2^a ed., Bosch, Barcelona, p. 308-311. La jurisprudencia del Tribunal Supremo también asimiló la *rabassa morta* a la enfiteusis en numerosas sentencias, si bien se destaca su temporalidad como hecho diferenciador. Se citan las STS de 18 de diciembre de 1.901; 25 de mayo de 1.928; 9 de julio de 1.930; 9 de abril de 1.935 y 7 de junio de 1.972.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo fue basculante y en algunas sentencias declaró que la naturaleza jurídica de la *rabassa morta* era enfitéutica. En este sentido se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1901.⁵²⁹

- Como un derecho real en cosa ajena

Ante la dificultad de determinar la naturaleza jurídica de la *rabassa morta*, PUIG PEÑA acaba llegando a la conclusión de que *“la «rabassa morta» es un derecho real que no está catalogado en ninguno de los tipos comunes; tiene características propias y peculiares que le independizan de todos ellos, confiriéndole autonomía y sustantividad.”*⁵³⁰

- Como un contrato de arrendamiento o aparcería

La doctrina señala que la problemática sobre la naturaleza jurídica de la enfiteusis se debe al redactado del Art. 1.563.9 del Proyecto de Código civil de 1851, en virtud del cual: *“El contrato en cuya virtud el dueño del suelo ha cedido su uso para plantar viñas, y por el tiempo que viviere en las primeras cepas, fenecer el derecho a los sesenta años, si no se ha estipulado lo contrario, bien se conserven las primitivas en todo o en parte, o bien se hayan plantado otras.”*

La expresión “cesión del suelo” indujo a reconducir la naturaleza jurídica de la *rabassa morta* hacía un contrato de arrendamiento o de aparcería, es decir, como una figura jurídica de naturaleza personal y no real.⁵³¹ La misma expresión se mantuvo en el

⁵²⁹ RODRÍGUEZ NAVARRO, M., *Doctrina civil del Tribunal Supremo...*, op.cit., p. 5.383-5.384. *“La doctrina que a falta de disposiciones concretas había establecido el Tr. S., equiparando el contrato conocido en Cataluña bajo la denominación de “rabassa morta” al contrato de arrendamiento a los efectos de desahucio, carece hoy de eficacia, [...], puesto que además de reputar como un gravamen análogo al constituido por la enfiteusis el gravamen que sobre la propiedad de impone por el dueño de un terreno que cede a otro su uso para plantar viñedo por el tiempo que duren las primeras cepas a cambio de una pensión anual, reconoce dicho precepto legal un conjunto de derechos al cesionario en sus relaciones con el dueño, de índole tal, que le constituye en copartícipe del dominio, siquiera sea temporalmente, por todo el tiempo de la concesión, sin reconocer al cedente la facultad de desahuciarle más que a causa del cumplimiento del término del contrato, lo cual excluye la posibilidad de equipararse ese contrato, y por tanto el de “rabassa morta”, al de un contrato de puro arrendamiento.”*

⁵³⁰ PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español...*, op.cit., p. 757.

⁵³¹ SANTAMARÍA TOUS, V., *La rabassa morta y el desahucio aplicado á la misma: con formularios de la escritura para dicho contrato*, Establecimiento Topográfico de Alfonso Bassas,

Código civil de 1889 en el Art. 1.656 CC: “*El contrato en cuya virtud el dueño del suelo cede su uso para plantar viñas [...].* También el Art. 1.656.7 y 9 CC se refiere al *rabasser* como “colono”, palabra que dista, en cuanto a su significación y contenido de su derecho, de la de “enfiteuta” y que también induce a configurar a la *rabassa morta* como un derecho de naturaleza personal.

También es extraña a la enfiteusis la acción de desahucio que se contempla a favor del propietario en el Art. 1.656.10 CC si al finalizar el contrato el *rabasser* sigue ocupando la finca del propietario, acción que es similar a la del Art. 1.561.1 CC referida al arrendamiento de cosas del Código civil.

La doctrina también ha alertado que si las partes no acuerdan otra cosa, el Art. 1.656 CC fija un plazo de duración del contrato de 50 años y, cabe tener en cuenta en este punto lo dispuesto en el artículo anterior que establece que: “*Los foros y cualesquiera otros otros gravámenes de naturaleza análoga [...] Si fueren temporales o por tiempo limitado, se estimarán como arrendamientos y se regirán por las disposiciones relativas a este contrato.*”, con lo que podría entenderse que el Código civil prefiere la aplicación

Barcelona, 1878, p. 5. Este autor aprovecho la redacción del Art. 1.563 del Proyecto de Código civil de 1851 para abrir una nueva corriente doctrinal que asimilara la *rabassa morta* con un contrato de arrendamiento o aparcería. La expresión utilizada por el Art. 1.563 del Proyecto de 1851 y la del Art. 1.656 CC es similar a la definición del arrendamiento de cosas del Art. 1.543 CC, por lo tanto, el tenor literal del artículo indujo a pensar que el legislador no quiso regular la *rabassa morta* como un derecho real. MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil...*, *op.cit.*, p. 693. SCAEVOLA se alinea con SANTAMARÍA, quien asegura que: “*predominan los rasgos del padre, que fue el arrendamiento.*” PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español...*, *op.cit.*, p. 757. PUIG PEÑA descarta que puede configurarse como un arrendamiento por poderse pagar la pensión en especie, es decir, con frutos. FARRÉ ALEMÁN, J. M^a., *Código civil comentado y concordado...*, *op.cit.*, p. 1.670. “*Esta figura participa de la naturaleza de la enfiteusis y del arrendamiento*”. SANTAMARIA, J., *Comentarios al Código civil...*, *op.cit.*, p. 684. “*contrato de indudable stirpe consensual.*” PUIG FERRIOL, LL., “*Rabassa morta: duración.- tácita reconducción. Requisitos de forma*”..., *op.cit.*, p. 18-20. Una explicación de la conversión de la naturaleza jurídica de la *rabassa morta* configurada como una variante de la enfiteusis a un arrendamiento o aparcería la encontramos en esta obra. Señala el autor que el establecimiento de un plazo de 50 años para la duración del contrato y la atribución de la acción de desahucio se hicieron para favorecer la recuperación del dominio útil por parte de los concedentes de las fincas rústicas dadas en *rabassa morta*. Los *rabassers* emplearon la técnica de los llamados *colgats o capficats*, en virtud de la cual se impedía que las cepas murieran. De esta forma el concedente no podía recuperar el dominio útil y, para calmar las tensiones existentes en el campo de Cataluña, la Real Audiencia de Cataluña, en sus sentencias de 24 de diciembre de 1770 y de 12 de junio de 1771 consideró que en el transcurso de un período de 50 años las cepas quedaban muertas.

de la regulación del arrendamiento a este contrato si se pacta un plazo de duración para el mismo.⁵³²

Una solución de continuidad entre ambas teorías podría encontrarse en la obra de MORENO MOCHOLI que encuentra en la figura del precario la solución de continuidad en el disfrute de la finca después de haberse extinguido el derecho que lo justificaba.⁵³³

2.2.3. El derecho de superficie

A) Concepto y quiebra del principio *superficies solo cedit*

La regulación del derecho de propiedad en el Código civil general sigue la tradición romana y, en virtud de ello, el Art. 358 CC consagra el principio de *superficies solo cedit* o de accesión de la propiedad, en virtud del cual “*Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos*”.

⁵³² HERNÁNDEZ MORENO, A., “La rabassa morta: Título de constitución y derecho real constituido. Los Arts. 1.655 y 1.656 del código civil”, en AA.VV., *El derecho civil catalán en la jurisprudencia*, t. X, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1981, p. 101-109. La doctrina ha interpretado que el segundo párrafo del Art. 1.655 CC va dirigido a la foros y no a otros gravámenes similares catalanes y, por lo tanto, no sería posible esta remisión a las normas del contrato de arrendamiento para la *rabassa morta*. La clave de esta cuestión está en el Art. 1.656.5 CC que permite que el *rabasser* disponga de su derecho, atributo que no le reconocería el Código Civil si su naturaleza fuera arrendaticia.

⁵³³ MORENO MOCHOLI, M., *El precario. Estudio histórico-crítico-constructivo, aplicado al Derecho Español con ensayo de estructuración y sistematización de fuentes, en particular de la copiosa jurisprudencia que de él trata*, Bosch, Barcelona, 1951, p. 298 y ss. PUIG FERRIOL, LL., “Rabassa morta: duración.- tácita reconducción. Requisitos de forma”..., *op.cit.*, p. 24. Según el autor es de esta forma que podría sostenerse la naturaleza enfiteútica de la *rabassa morta*, pues durante la vigencia del contrato éste ocuparía una posición similar a la del enfiteuta que, al finalizar el contrato, pasaría a ser considerado un precario y, a partir de este momento, el concedente podría ejercitar la acción de desahucio contra el *rabasser*. HERNÁNDEZ MORENO, A., “La rabassa morta”..., *op.cit.*, p. 105-106. Solución que también comparte este autor. BALCELLS GONZÁLEZ, A., *El problema agrari a Catalunya. La qüestió rabassaire: (1890-1936)*, Editorial Nova Terra, Barcelona, 1968, p. 24. BALCELLS también se sitúa entre ambas teorías al considerar a la *rabassa morta* como: “*un sistema de transició, característic de Catalunya, entre el cas emfitèutic típic, o sigui perpetu, i la parceria moderna típica, de curta durada*”. VALVERDE VALVERDE, C., *Tratado de derecho civil español...*, *op.cit.*, p. 509. “*Esta institución [...], participa de la naturaleza de la enfiteusis y del arrendamiento; pero según el código tiene una naturaleza especial, que difiere esencialmente de la enfiteusis, y no constituye verdadera enajenación de fincas rústicas.*” MANRESA NAVARRO, J. M^a., *Comentarios al Código Civil...*, *op.cit.*, p. 225. MANRESA también se inclina por la naturaleza enfiteútica y arrendaticia de la *rabassa morta*.

El derecho real de superficie significa una excepción a este principio y supone una *división* de la propiedad -entre la propiedad del suelo que pertenece al concedente y a sus causahabientes (propiedad del suelo gravada con el derecho de superficie) y la propiedad de lo edificado, construido o sembrado que pertenece al tercero (propiedad superficiaria)- que permite que el propietario pueda ceder la utilización del suelo a favor de un tercero, en virtud de un negocio jurídico entre las partes. El tercero se propone llevar a cabo una edificación, adquiriendo éste la *propiedad temporal* de lo construido durante el plazo convenido entre las partes o bien tiene un poder de edificación en suelo ajeno.⁵³⁴

El derecho real de superficie puede considerarse atípico en el Código civil general que no lo regula del mismo modo que la enfiteusis, sino que solo lo nombra en la base 26 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888⁵³⁵ y en el Art. 1.611 CC donde se establece que no le son aplicables a este derecho real las disposiciones referidas a la redención del censo enfiteútico, careciendo, de este modo, de una regulación más estricta y detallada en el seno del Código civil.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo abordó en algunas sentencias aspectos sustantivos de este derecho y, en cuanto a su naturaleza, descartó asimilarlo a la enfiteusis si se constituía de forma indefinida o como un contrato de arrendamiento si se pactaba que la propiedad de la construido o plantado era temporal, de acuerdo con lo establecido en el Art. 1.655 CC.⁵³⁶

⁵³⁴ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. VI...*, op.cit., 326-327. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, op.cit., p. 681. PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español...*, op.cit., p. 764. ROCA SASTRE, R. M^a., “Ensayo sobre el derecho de superficie”, en RCDI, n° 392-393, 1961, p. 7-8. Para ROCA SASTRE, el derecho real de superficie no atribuye al superficiario tan solo la facultad de construir en suelo ajeno, sino que es “*el derecho real de tener o mantener, temporal o indefinidamente, en terreno o inmueble ajeno, una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar o plantar o por medio de un acto adquisitivo de edificación o plantación preexistente.*” ÁLVAREZ VIGARAY, R., “Reflexiones sobre el derecho de superficie”, en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis-Díez Picazo*, t. III, Civitas, Madrid, 2003, p. 3.445. Este autor habla de “*disociación del dominio del suelo y el del edificio*”.

⁵³⁵ Ley de Bases de 11 de mayo de 1888. Base 26: “[...] *Una ley especial desarrollará el principio de la reunión de los dominios en los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes constituidos sobre la propiedad inmueble.*”

⁵³⁶ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. VI...*, op.cit., p. 327. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1941 examinaba un caso en el cual

La constitución del derecho real de superficie era posible en el Ordenamiento jurídico español no solo porque el Código civil y otras leyes hacían referencia a este derecho, a pesar de no tener una regulación sustantiva, sino que los particulares podían constituirlo en virtud de su autonomía privada, de acuerdo con el sistema *numerus apertus* de derechos reales. Actualmente sigue siendo un derecho real atípico en el Código civil, pero su regulación se encuentra en leyes especiales, como se verá a continuación.⁵³⁷

un solar se había cedido en arriendo al demandado con habilitación expresa para que éste pudiera construir en el solar un inmueble que tenía que ser destinado a teatro y que podría ser utilizado por el titular del derecho de superficie durante el plazo de vigencia del contrato y, una vez finalizado, la propiedad del inmueble revertiría al propietario del suelo. La sentencia determina la naturaleza compleja del contrato de arrendamiento suscrito por las partes y concluye que se trataba de un contrato de arrendamiento complejo y que debía ser incluido dentro de la categoría de los contratos atípicos de naturaleza arrendaticia-superficiaria y que esta consideración es suficiente para apartarlo del régimen jurídicos sobre los arrendamientos comunes: *“examinada a través de este prisma la relación jurídica por la que se cedió el uso de un solar mediante retribución periódica –solarium- con permiso de edificación, se aprecia sin duda alguna que se trata de un arrendamiento en el que se ha injertado un derecho de superficie, con soldadura tan íntima en un solo nexo que sería inútil pretender que se mantuviera su sustancia jurídica separando los elementos componentes”*.

RODRÍGUEZ NAVARRO, M., *Doctrina civil del Tribunal Supremo...*, *op.cit.*, p. 5.319-5.320. En esta obra se citan las siguientes sentencias: STS de 4 de julio de 1928: *“[el derecho de superficie] no ha sido definido por la legislación clásica, el Código vigente ni por los tratadistas de un modo determinado y concreto, sino estimándolo similar, muy principalmente al censo enfiteútico”*.

Más recientemente, el Tribunal Supremo ha venido manteniendo que el derecho de superficie, careciendo de una regulación sustancial en el Código Civil, tiene una sustantividad propia que hace que no pueda asimilarse a la enfiteusis o superficie. GARCÍA GIL, F. J., *El nuevo derecho del suelo. Ley 8/2007, de 28 de mayo, del suelo*, DAAP Publicaciones Jurídicas, Pamplona, 2007, p. 247-249.

STS de 22 de noviembre de 2004 [LA LEY 10552/2005]: *“Aunque el CC no refleja la sustantividad del derecho de superficie, ya que, de acuerdo con los Arts. 1655 y 1611, resulta asimilado al censo enfiteútico, si se constituye por tiempo indefinido, y al arrendamiento, si es por tiempo limitado, la jurisprudencia de la Sala Primera de este Alto Tribunal ha relativizado esta asimilación. Y, así, ya desde la antigua Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 que introdujo una regulación especial, en cierto modo administrativa a los efectos de la construcción de viviendas, y la previsión contenida en el Art. 16 del Reglamento Hipotecario, se produjo el reconocimiento legal de la superficie como un derecho autónomo que se rige, en primer término, por su título de constitución.”* En el mismo sentido, O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Art. 1.655 CC” en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1.287-1.289.

⁵³⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, *op.cit.*, p. 682.

B) El régimen jurídico del derecho de superficie

Al carecer el derecho de superficie de una regulación sustantiva en el Código civil, su disciplina se trasladó a normas especiales entre las cuales destacan las sucesivas leyes del suelo, la Ley hipotecaria y el Reglamento hipotecario.⁵³⁸

La primera regulación en una ley especial de este derecho se encuentra en la Ley de 12 de mayo de 1956⁵³⁹ de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, concretamente entre los Arts. 157 y 161. Actualmente, la regulación del derecho real de superficie se encuentra en el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana.⁵⁴⁰

Según Art. 53.4 del TRLSRU: “*El derecho de superficie se rige por las disposiciones de este Capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho.*” El TRLSRU, por lo tanto, es actualmente la ley especial que regula sustantivamente el derecho real de superficie que, en lo no previsto en sus artículos, se remite al Código civil y a lo dispuesto en el título constitutivo del derecho.⁵⁴¹

⁵³⁸ El Art. 107.5 LH establece que son hipotecables: “*Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real.*” El Art. 16 del Reglamento hipotecario regula la disciplina de la inscripción del derecho de superficie.

⁵³⁹ Ley de 12 de mayo de 1956 de régimen del suelo y ordenación urbana [LA LEY 9/1956]. El derecho de superficie se configuraba en esta ley como una técnica para dinamizar el urbanismo, especialmente sobre terrenos que pertenecían a las Entidades y Administraciones públicas. Posteriormente, el derecho de superficie fue regulado por las sucesivas leyes del suelo prácticamente sin alteraciones respecto a la regulación de 1956. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo*, t. II, Civitas, Madrid, 1988, p. 171. El autor califica el derecho de superficie como un derecho en cosa ajena eminentemente temporal. Entre los Arts. 171 y 174 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana [LA LEY 611/1976], se regulaba el derecho real de superficie como una forma de fomento del urbanismo, igual que en el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 1 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana [LA LEY 1921/1992].

⁵⁴⁰ *Vid.* Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana [LA LEY 16530/2015]. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. VI...*, *op.cit.*, p. 328. La doctrina sostiene que la regulación del derecho real de superficie es una regulación sustantiva de carácter general que no tiene un marcado destino como en sus antecedentes en las leyes citadas, cuya regulación se encaminaba a la incorporación del suelo público en el proceso de urbanización.

⁵⁴¹ LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 191. La doctrina ha criticado la remisión que se hace en el TRLSRU al

C) Naturaleza jurídica

De acuerdo con CASTÁN,⁵⁴² varias son las teorías que se han propuesto entorno de la naturaleza jurídica del derecho de superficie:

a) Como un derecho real

En primer lugar hay que decir que existe un sector doctrinal⁵⁴³ que configura el derecho de superficie como un derecho real, enajenable y transmisible, sobre construcciones hechas en un fundo ajeno, independientemente que el superficiario tenga que pagar un canon al propietario con una periodicidad determinada. Esta es la concepción del derecho de superficie según el Derecho romano, la cual no admitía una propiedad sobre lo construido o plantado que fuese diferente de la propiedad del suelo.⁵⁴⁴

Esta tesis tuvo un reconocimiento en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de octubre de 1947 que, ante la ausencia de una

Art. 1.655 CC pues, según estos autores, “no parece aceptable una tal conclusión sobre la aplicación del precepto al derecho de superficie. En cuanto a la primera de sus reglas, por la dificultad práctica de la aplicación analógica a la superficie de las normas de la enfiteusis, con la que presenta diferencias notables, y en cuanto a la segunda, porque la corriente interpretación doctrinal indicada quiebra en cuanto a las bases del intento de sujetar al derecho de superficie de carácter temporal a las reglas del arrendamiento.”

⁵⁴² CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral...*, op.cit., p. 378-386. CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de derecho civil español...*, op.cit., p. 505-506.

⁵⁴³ PUIG BRUTAU, J., *Compendio de derecho civil...*, op.cit., p. 345. Este autor, impregnado por la doctrina italiana, se adhiere a esta teoría y define el derecho de superficie como: “el derecho de tener en terreno ajeno una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida mediante el ejercicio del derecho de edificar o plantar, o por medio de la adquisición de una edificación o plantación preexistente.” RAMOS BLANES, A. J., “Notas sobre el derecho de superficie agrícola en la Compilación de Navarra”, en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, p. 655-662. DE LOS MOZOS, J. L., *Tratado de Derecho Urbanístico. El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, Ministerio de la vivienda. Secretaría General Técnica, Servicio General de publicaciones, Madrid, 1974, p. 266. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Art. 1.655 CC”, en SIERRA DE LA CUESTA, I. (Coord.), *Comentario del Código civil*, t. X, 2ª ed., Bosch, Barcelona, p. 306-307.

⁵⁴⁴ DE LA IGLESIA MONJE, Mª. I., *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996, p. 126. La autora critica esta posición, pues “hoy no es posible asimilar el derecho de superficie únicamente a un ius in re aliena, pues al haber desaparecido la concepción del principio de accesión, en sentido rígido, es posible mantener la existencia de una propiedad separada, sustentada en base al derecho de goce sobre suelo ajeno que tiene el superficiario.”

regulación del derecho de superficie en el Código civil, lo intentó definir con base en la legislación comparada como el “*derecho a tener una construcción en predio ajeno [que] reviste el carácter de finca*”.⁵⁴⁵

Por lo que respecta a la configuración de este derecho en el Código civil de Cataluña, la doctrina catalana ha afirmado que el derecho de superficie regulado en este código es un derecho real, a pesar de que, a la luz de la definición del mismo contenida en el Art. 564-1 CCCat parece que se trata de una división del dominio: “*La superfície és el dret real limitat sobre una finca aliena que atribueix temporalment la propietat separada de les construccions o de les plantacions que hi estiguin incloses. En virtut del dret de superfície, es manté una separació entre la propietat d'allò que es construeix o es planta i el terreny o el sòl en què es fa.*”

PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS defienden un contenido doble del derecho de superficie en virtud del cual cuando se crea un derecho de superficie: “*s’escindeixen els dos objectes que fins a la seva creació es mantenien nits, és a dir, el sòl i allò que hi ha plantat o edificat; però quan es constitueix aquest dret, no estem dividint la propietat, [...], sinó que es tracta de la creació d’un dret limitat i temporal sobre el sòl propi, escindint-la d’allò que s’hi edifica o planta. No es tracta d’un únic dret de contingut doble, sinó de dos drets diferents, un dels quals, la superfície, limita el dret del propietari. [...]. Ara bé, dit això, és cert que el superficiari gaudeix del sòl aliè, de manera que es pot afirmar que la propietat del sòl que manté el propietari, es veu limitada no tant per la derogació de les regles de l’accessió, sinó per la facultat de gaudi del sòl que necessàriament ha de tenir el superficiari qui, per tant, a més de tenir la propietat d’allò plantat o edificat, té el dret de gaudi.*”⁵⁴⁶

De acuerdo con esta configuración del derecho de superficie en el Código civil de Cataluña, podría decirse que el derecho real de superficie atribuye al superficiario un derecho de goce y de uso del suelo ajeno para plantar o edificar y que le otorga, temporalmente, el derecho de propiedad de lo construido o plantado. El propietario del

⁵⁴⁵ MARZAL RODRÍGUEZ, P., “Art. 1.611 CC”, en CAÑIZARES LASO, A., *et. alii.*, *Código civil comentado*, v. IV, Civitas, Pamplona, 2011, p. 571.

⁵⁴⁶ PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Institucions del Dret civil de Catalunya...*, *op.cit.*, p. 571-572. DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 361.

suelo sigue siendo el titular del mismo, pero sus facultades dominicales se ven limitadas por el derecho real de superficie constituido a favor del superficiario.

La regulación del derecho de superficie en el Libro V del Código civil de Cataluña despeja las dudas que podían suscitarse en lo referente a la naturaleza jurídica de este derecho, puesto que se define como un: *“dret real limitat sobre una finca aliena que atribueix temporalment la propietat separada de les construccions o de les plantacions que hi estiguin incloses. En virtut del dret de superfície, es manté una separació entre la propietat d'allò que es construeix o es planta i el terreny o el sòl en què es fa.”*⁵⁴⁷

En consecuencia, puede decirse que el Código civil de Cataluña configura el derecho de superficie como un derecho real, en virtud del cual el superficiario tiene, sobre el suelo, un derecho real que le faculta para construir o plantar, mientras que la propiedad de lo construido o plantado le pertenece temporalmente, lo que constituye un supuesto de propiedad dividida o separada, pues por el efecto del derecho real de superficie se crea un nuevo objeto de derecho, este es la propiedad superficiaria.

b) Como un supuesto de dominio dividido

En segundo lugar hay la teoría que considera a este derecho como una propiedad independiente de la propiedad del suelo. Esta teoría tiene su génesis en el derecho medieval, igual que la teoría del dominio dividido de la enfiteusis, constituyendo el derecho del superficiario un derecho análogo al dominio útil del enfiteuta.

Se trata de una teoría que arraigó sobre todo entre la doctrina francesa que definió la superficie como un derecho de propiedad que recae sobre las construcciones, árboles o

⁵⁴⁷ Llei 5/2006, de 10 de maig, del Llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya, relatiu als drets reals [LA LEY 5055/2006]. BADOSA COLL, F., BOSCH CAPDEVILA, E., *et alii.*, “III. Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de Regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente”, en COLEGIO DE REGISTRADORES (Coord.), *Comentarios de Derecho Patrimonial Catalán*, Bosch, Barcelona, p. 469-473. Estos autores, comentando la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, derogada por la Ley 5/2006, dicen que: “El art. 1.1 LDSSA atribuye al derecho limitado el efecto de ser el título o fuente de un nuevo derecho de propiedad «superficiaria», transmisible (art. 4) y gravable (art. 3.3), lo que implica la creación de un nuevo objeto de Derecho.” Por lo tanto, se confirma que la regulación del derecho de superficie del Código civil de Cataluña sigue la tesis de la propiedad superficiaria que atribuye al superficiario el dominio de la construido o edificado y, además, un derecho real sobre el suelo ajeno donde se asienta su propiedad.

plantas adheridos a la superficie de un fundo, perteneciendo la propiedad del suelo a otro propietario.⁵⁴⁸

⁵⁴⁸ AUBRY & RAU., *Droit Civil français*, t. II, 7º ed., Librairie de la cour de cassation, Paris, 1961, p. 592-596. LAURENT, F., *Cours élémentaire de Droit Civil...*, *op.cit.*, p. 623. LAURENT, F., *Principes de Droit Civil français...*, *op.cit.*, p. 495. WEILL, A., *Droit Civil. Les biens...*, *op.cit.*, p. 591-592. Igual que sucedía con la enfiteusis, el *Code* no define ni regula el derecho de superficie. Por lo tanto, el estudio de este derecho necesariamente tiene que partir de otras leyes especiales anteriores al *Code* que atribuían a los particulares derechos cuya naturaleza era análoga a la del derecho de superficie.

No obstante, aunque el *Code* no regule el derecho de superficie y ni tan si quiera lo nombre como lo hace el Código civil español, la doctrina clásica francesa y belga ha considerado que el Art. 553 CCF no cierra la puerta a que pueda constituirse un derecho real de este tipo sobre la propiedad de un tercero: “*Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment.*”

El *Code* sugiere que puede probarse que lo construido o plantado en suelo ajeno pertenezca a un tercero que haya adquirido su derecho de propiedad ya sea de forma originaria, derivativa o por usucapión.

Fuera del *Code* ninguna otra ley especial se ha ocupado de regular detalladamente el derecho de superficie en el Derecho francés, a diferencia de lo que hizo el legislador español. En consecuencia, puede afirmarse que se trata de una institución consuetudinaria que tuvo su auge en el *Ancien Régime* y que no se desarrolló por las leyes revolucionarias como hizo el legislador francés con el arrendamiento enfitéutico.

A grandes rasgos se puede afirmar que la doctrina clásica francesa y belga se ha debatido entre configurar jurídicamente el derecho de superficie como un derecho real *in re aliena* o como un derecho que atribuye al superficiario el derecho de propiedad sobre lo construido o plantado y, previamente, un derecho real que le permite construir o plantar en suelo ajeno. Ya se adelantó al tratar el derecho de superficie en el derecho español que la teoría de la propiedad superficiaria tenía su origen en el derecho francés.

AUBRY & RAU definen el derecho de superficie como: “*un droit de propriété portant sur les constructions, arbres, ou plantes, adhérent à la Surface d'un fonds (édifices et superficies), dont le dessous (tréfonds) appartient à un autre propriétaire. [...] Le droit de superficie constitue une véritable propriété corporelle, immobilière*”.

Por lo que respecta al Derecho belga, el tenor literal del Art. 124 de la Ley de 25 de abril de 2014 deja pocas dudas al respecto sobre la naturaleza jurídica de este derecho en aquél país como un derecho real en cosa ajena y, además, tal configuración del derecho ya fue defendida por la doctrina clásica belga que estudió el derecho de superficie con base en la Ley de 10 de enero de 1824.

Sin embargo, LAURENT considera que, si bien el *Code* consagra una verdadera excepción del principio romano “*superficies solo cedit*” en el Art. 553 CCF, la ley de 10 de enero de 1824 no parte, en primer lugar, de esta premisa o, al menos, la cuestión de si el superficiario adquiere la propiedad de la construido o plantado no estuvo a salvo de las objeciones de la doctrina.

De la misma forma que lo hizo la doctrina clásica belga, LAURENT parece que se posicionó a favor de la teoría de la propiedad superficiaria, en virtud de la cual, el superficiario hace suyas las construcciones y plantaciones hechas en un fundo ajeno con base en el Art. 6 de la Ley de 24 de enero de 1824, que prevía que el propietario del suelo adquiriera la propiedad de la construido una vez finalizado el plazo por el cual se fijó la vigencia del derecho del superficiario.

CORNU, G., *Droit Civil. Introduction, les personnes - les biens...*, *op.cit.*, p. 535-536. MARTY, G., y RAYNAUD, P., *Les biens...*, *op.cit.*, p. 186. GOYET, C., *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiare...*, *op.cit.*, p. 124-130. La doctrina moderna francesa parece que se ha decantado por la teoría de la propiedad superficiaria, aunque la discusión no es unánime. Así pues, en la propiedad superficiaria: “*Le foncier et le superficiare sont investis de deux droits indépendants et complets qui portent respectivement sur des objets différents; le fonds et les superstructures.*” CORNU

Algunos autores han alertado que el derecho del superficiario no puede equipararse al del enfiteuta hasta el punto de considerar a la superficie como una variante de la enfiteusis, puesto que hay diferencias notables entre ambas instituciones. Entre las más importantes cabe citar la fijación de un plazo para el derecho del superficiario que el TRLSRU fija en 99 años.⁵⁴⁹

habla de una “*décomposition du domaine fait place à deux propriétés superposées, chacune sur une assiette distincte, et séparées, selon une ligne idéale.*” Considero que este párrafo es significativo a efectos de afirmar que en el derecho de superficie francés supone una división del dominio como en el derecho español.

Esta institución se caracteriza por la superposición de dos propiedades distintas. Por un lado, hay que distinguir la propiedad del suelo, *-du fonds-*, y, por otro lado, la propiedad superficiaria, *-foncier ou tréfoncier-*.

Esta concepción del derecho de superficie supone una excepción del principio de accesión de la propiedad, en virtud del cual el propietario del suelo adquiere la propiedad de todo lo que se incorpora en su fundo.

El hecho de que la doctrina francesa se haya decantado por esta configuración del derecho de superficie, lleva consigo consecuencias de diverso orden. De esta forma, se señala que el derecho de superficie no se extingue por el no uso por un periodo de treinta años, como sucedería con un derecho de usufructo o una servidumbre y, además el derecho del superficiario es susceptible de hipoteca.

Evidentemente, como consecuencia de esta división del dominio entre la propiedad del suelo y la propiedad de lo edificado o plantado, a veces el titular del suelo ve muy reducidas sus facultades de actuación sobre el terreno, puesto que debe respetar el derecho del superficiario.

BONET CORREA, J., *Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina...*, op.cit., p. 586-587. Un sector de la doctrina española también parece adscribirse a esta teoría cuando se afirma su naturaleza análoga a la enfiteusis: “*hay en él dos dominios, el directo y el útil, recogiendo así el sentido tradicional del derecho patrio y las orientaciones de la doctrina científica que le califican de figura jurídica similar a la enfiteusis.*” BONET CORREA refuerza su posición citando la STS de 4 de julio de 1928. DE LLAMAS MOLINA, S., y VICENTE CERVANTES, J., *Comentario crítico, jurídico, literal a las 83 Leyes de Toro*, t. II, 2ª ed., Banchs editor, Barcelona, p. 543-551. La equiparación de la naturaleza jurídica de ambas instituciones se manifestó claramente en la Ley 74 de Toro, pues los comentaristas de esta ley asimilaron el estatuto del superficiario con el del enfiteuta. VALVERDE VALVERDE, C., *Tratado de derecho civil español...*, op.cit., p. 499. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil...*, op.cit., p. 699. SANTAMARIA, J., *Comentarios al Código civil...*, op.cit., p. 683. Este autor afirma que la relación jurídica por la cual el superficiario tiene derecho a edificar en suelo ajeno nace de un contrato de arrendamiento: “*El derecho de superficie, [...], que nace sin sustantividad propia al amparo del contrato de venta o del de arrendamiento [...], hay en él dos dominios, el directo y el útil.*”

⁵⁴⁹ MEZQUITA DEL CACHO, J. L., “El derecho real de superficie en la Ley de 12 de mayo de 1956”, en *RDP*, t. XLI, 1957, p. 753-762. El autor esgrime que en la enfiteusis, la solución a la perpetuidad del derecho del enfiteuta radica en el derecho a redimir el censo, pero que este argumento no puede hacerse extensible a la superficie porque el pago de un canon no es un elemento esencial de este derecho. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. I, 3ª ed., Centro de Estudios registrales, Madrid, 1999, p. 710. El autor pone el acento en la temporalidad del derecho de superficie, pero no para configurarlo como un derecho real en cosa ajena independiente de la enfiteusis, sino para diferenciarlo entre el arrendamiento y de aquélla institución. Únicamente cabría un derecho real de superficie independiente de la enfiteusis si no se acuerda el pago de una pensión al titular del dominio del suelo, puesto que, según el autor, si se paga una pensión se está ante una variante de la enfiteusis. DE LOS MOZOS, J. L., *Tratado de Derecho Urbanístico. El derecho de superficie en general*

También pueden citarse otras diferencias como es la falta de atribución al superficiario de derechos semejantes al titular del dominio directo en la enfiteusis, como es el caso del derecho de comiso de la finca y la inexistencia de los derechos de tanteo y retracto enfitéuticos como atributos de los titulares de ambos dominios.

- c) Como un derecho real sobre un fundo ajeno y como un derecho de propiedad respecto de lo construido. La teoría de la propiedad superficiaria.

Por último, cabe citar a una teoría intermedia, mantenida por una parte de la doctrina alemana⁵⁵⁰ y un sector de la doctrina italiana,⁵⁵¹ y que ha tenido el apoyo de una gran parte de la doctrina española y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Esta teoría se basa en la existencia de relaciones jurídicas de diferente naturaleza entre los sujetos involucrados en el derecho de superficie. Por un lado, el superficiario tiene, respecto del suelo ajeno, un derecho real de disfrute de éste mientras que, por otro lado, respecto de lo construido, tiene un derecho de propiedad limitado temporalmente por el derecho de propiedad del titular del suelo.

Se trata, por lo tanto, de una teoría que podría encajar perfectamente dentro de la definición del derecho de superficie contenida en el Art. 53 TRLSRU. Es decir, el derecho de superficie se configura por el TRLSRU como un derecho real en cosa ajena

y en relación con la planificación urbanística..., op.cit., p. 260. El autor se aleja de este posicionamiento al afirmar que “no podemos, a pesar de la vinculación del derecho de superficie a los censos, considerar a la propiedad superficiaria como propiedad útil no solo porque esto sea contrario a la concepción moderna de la propiedad [...], sino porque, desde la concepción del Código, una reducción sistemática de sus principios impone una interpretación restrictiva, en cierto modo, de la disciplina de los censos”. AMENGUAL PONS, P. J., “El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la legislación hipotecaria”, en *RCDI*, nº 532, 1979, p. 631. Se argumenta que esta tesis fue la que siguió la doctrina española a raíz de la doctrina francesa y la STS de 3 de julio de 1941. *Vid.* STS de 3 de julio de 1941 [Repertorio de Jurisprudencia, t. VIII, Aranzadi, Pamplona, 1941, p. 541-543].

⁵⁵⁰ ENNECCERUS, L., THEODOR, K., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil*, t. III, v. II, Bosch, Barcelona, 1937, p. 1. ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil español..., op.cit.*, p. 408. Tesis que también han seguido algunos autores como ESPÍN CÁNOVAS que han afirmado que las anteriores teorías “son insuficientes para explicar la actual regulación de la superficie, ya que mientras la tradicional del derecho sobre cosa ajena desconoce la actual fase evolutiva de concesión de verdadera propiedad sobre las construcciones o plantaciones al superficiario, la del dominio dividido, de una parte pugna con la actual concepción unitaria de la propiedad y, sobre todo, deja de explicar el derecho de superficie sobre el terreno, derecho necesario para edificar o mantener la edificación, así como su derecho antes de la edificación.”

⁵⁵¹ SALIS, L., *La proprietà superficiaria*, CEDAM, Padova, 1936, p. 4 y ss.

que faculta al superficiario para edificar en suelo ajeno, pero que necesariamente implica la división temporal del dominio del suelo y de lo construido o plantado.⁵⁵²

En general puede afirmarse que la doctrina moderna ha ido avanzando hacia una noción de la superficie como una forma de propiedad separada respecto de la del suelo o como una figura mixta formada por el derecho real sobre cosa ajena y la propiedad separada, decayendo de esta manera el principio del derecho romano de “*superficies solo cedit*”.

Esto que se afirma es congruente con lo dispuesto en el Art. 952 del Código civil italiano de 1942 que dispone que el derecho del superficiario es un derecho de propiedad: “*Il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo una costruzione a favore di altri che neacquista la proprietà.*”

Del pari può alienare la proprietà della costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo.”

Entre la doctrina española⁵⁵³ algunos autores se han posicionado a favor de la teoría de la propiedad superficiaria, formada por un derecho real sobre la propiedad del suelo y

⁵⁵² Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana [LA LEY 16530/2015].

Art. 53 *Contenido, constitución y régimen*

El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el suelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas.

⁵⁵³ CÁMARA AGUILA, M^a. P., “El derecho de superficie urbano: una aproximación a su configuración unitaria o dual”, en *RCDI*, nº 648, 1998, p. 1.623-1.625. “*el derecho de superficie es un derecho real, del tipo de los de goce, que da lugar a una propiedad separada –la de la edificación o plantación con respecto a la del suelo sobre el que se erigen-, denominada propiedad superficiaria. [...] el derecho de superficie se cualifica por ser el derecho a tener y mantener en suelo ajeno una edificación en propiedad separada.*” MESA MARTÍN, F., “El derecho de superficie. Bosquejo”, en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, t. I, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, p. 560. “ FERNANDO CABALLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M^a y F., “Derecho de superficie: diversidad especificativa y régimen jurídico”, en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, t. I, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, p. 401-402. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a del C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, 7^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 258. CARRASCO PERERA presume que, de la regulación del derecho de superficie contenida en el TRLSRU, pueda sostenerse la existencia de una propiedad separada de la del suelo respecto de lo construido. Aun así, del Código Civil y del TRLSRU no puede determinarse el objeto del derecho, pues: “*Incluso la remisión [al Código Civil] al régimen de la enfiteusis permite dudar si se tratará de dos objetos de derecho que son diversos entre sí (suelo y construido), cada uno sometido a un derecho pleno de propiedad, i si existe un solo objeto de*

por un derecho de propiedad temporal sobre lo construido o edificado. La propiedad superficiaria se apoya inevitablemente sobre un fundo ajeno y, por lo tanto, la relación que vincula al superficiario con el suelo no puede ser de propiedad, toda vez que la propiedad del suelo sigue perteneciendo al concedente. Por ello, la propiedad superficiaria se fundamenta en un derecho real *in re aliena* que el superficiario tiene sobre el suelo ajeno durante la vida de aquélla.⁵⁵⁴

ROCA SASTRE entiende que el derecho de superficie propiamente dicho es un derecho real en cosa ajena, pero que, a su vez, este derecho real hace posible la propiedad separada, a favor del superficiario, del edificio o la plantación respecto de la propiedad del terreno donde se ubica: “*el derecho de superficie es el soporte jurídico de la propiedad superficiaria. [...] El derecho de superficie, de configuración moderna, constituye uno de los dispositivos de la propiedad separada y la manifestación típica de la propiedad horizontal. El derecho de superficie origina una verdadera propiedad horizontal, más que la propiedad de casas por pisos o departamentos, conocida usualmente como propiedad horizontal*”.⁵⁵⁵

derecho, sometido a un dominio útil a favor del superficiario y un dominio directo a favor del concedente.” O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia...*, p. 1.799.

⁵⁵⁴ GULLÓN BALLESTEROS, A., *La superficie urbana (El derecho de superficie en la Ley del suelo y legislación hipotecaria)*, Instituto García Oviedo de la Universidad de Sevilla. Ayuntamiento de Sevilla, Sevilla, 1960, p. 31. MACHADO CARPENTER, J., “Algunas cuestiones sobre el derecho de superficie”, en MARTÍNEZ-RADÍO, A de la E. (Dir.), *Estudios de Derecho Privado*, t. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962, p. 448. GUILARTE ZAPATERO, V., *El derecho de superficie*, Aranzadi, Pamplona, 1966, p. 156, 159. El contenido del derecho del superficiario incluiría, principalmente, dos facultades: a) el derecho a realizar una construcción sobre suelo ajeno y, b) el derecho a mantener la construcción en su propiedad durante el tiempo convenido y con independencia del derecho de propiedad del concedente sobre el suelo.

⁵⁵⁵ ROCA SASTRE, R. M^a., “Ensayo sobre el derecho de superficie”..., *op.cit.*, p. 7, 19, 28 y 29. Sin embargo, el autor considera que con base en la redacción del Art. 358 CC no es posible la propiedad separada a no ser que se modifique aquél artículo para introducir una excepción que se remita a al TRLSRU que contiene la regulación especial de la materia. DALMASES JORDANA, J., *El usufructo de derechos: (“Inclusive, de títulos-valores”)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, p. 145 y ss. Este autor defiende que el principio de accesión del derecho de la propiedad romano no puede mantener la misma fuerza y virtualidad, puesto que el Art. 359 CC lo establece admitiendo prueba en sentido contrario. En el mismo sentido, PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español...*, *op.cit.*, p. 767. MACHADO CARPENTER, J., “Algunas cuestiones sobre el derecho de superficie”..., *op.cit.*, p. 452. PRATS ALBENTOSA, L., “El derecho de superficie”, en LÓPEZ LÓPEZ, A., MONTÉS PENADÉS, V. L., y ROCA TRIAS, E., *Derecho Civil. Derechos reales y derecho inmobiliario registral*, 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 398-399. Sin que el TRLS de 2008 haya introducido variaciones sustanciales en el derecho de superficie, el autor se inclina por afirmar que el derecho de superficie es un supuesto de propiedad dividida o *ad tempus*.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 30 de junio de 2009, también se ha adscrito a esta teoría y ha reconocido la existencia de una propiedad separada a favor del superficiario y, al mismo tiempo, ha diferenciado la naturaleza jurídica de la enfiteusis y del derecho de superficie: *“el titular de un derecho real de superficie no es propietario del terreno por lo que no se cumple el requisito que permitiría alargar la duración del contrato de arrendamiento de instalaciones y de suministro de carburante con cláusula de exclusividad más allá de cinco años por el periodo pactado de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador (revendedor). Esta apreciación se basa en que, sin necesidad de entrar en temas que aquí y ahora resultarían estériles (teorías dualistas y unitaria, alcance de la regulación del Código Civil, si la temporalidad es o no esencial, etc.), sí debe señalarse que la concepción tradicional que asimilaba al derecho de superficie a los derechos censarios ha sido superada, y el derecho de superficie no solo es un derecho real con autonomía y sustantividad propia sino que además su estructura es claramente diferente de la del censo enfiteútico, pues si en ambos hay un doble dominio, el dominio dividido del censo enfiteútico (dominio directo del constituyente y útil del enfiteuta) recae sobre el mismo y único objeto, la finca, en cambio en el derecho de superficie hay dos propiedades separadas que recaen sobre objetos distintos, la que recae sobre la finca que corresponde en exclusiva (a diferencia del derecho de vuelo que hay cotitularidad) al concedente (constituyente del gravamen real), y la que recae sobre la edificación (o, en su caso, plantación), que constituye la propiedad superficiaria (claudicante, en cuanto de duración temporal); y, como consecuencia, el concedente conserva como propietario de la finca todos los derechos del dueño que sean de posible utilización y no incompatibles, en cada caso, con la superficie.”*⁵⁵⁶

Para comprender esta configuración doctrinal del derecho de superficie es importante diferenciar entre dos momentos o fases en la vigencia del derecho. En un primer momento, el de la constitución, el superficiario solo tiene un derecho a construir en

⁵⁵⁶ STS de 30 de junio de 2009 [LA LEY 125364/2009]. Vid. STS de 26 de noviembre de 2002 [LA LEY 573/2003]. El Tribunal Supremo, sin decantarse por una teoría u otra en esta sentencia, habla de *“desmembración o grave limitación del dominio”*.

suelo ajeno, mientras que de la propiedad superficiaria solo se puede hablar a partir del momento que existe la construcción o la plantación.⁵⁵⁷

Esta es la tesis que parece que definitivamente ha acogido el Tribunal Supremo. Concretamente, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 4 de febrero de 1993 el Tribunal estableció que: “*esa concesión de la que nace el derecho a edificar, no ha creado, sin embargo, la propiedad superficiaria, pues la construcción no existe todavía y como dice la doctrina, en el día en que se realice la construcción no desaparecerá ya que el derecho “ad aedificandum” que ha hecho posible la propiedad separada sigue perdurando*”.

d) Las teorías elaboradas por la doctrina italiana y alemana

El derecho de superficie no se encontraba regulado en el Código civil italiano de 1865, pero, aun así, la doctrina italiana no encontró ningún inconveniente para defender la propiedad superficiaria con base en el Art. 448 CCI que establecía que podía probarse que las construcciones y plantaciones no pertenecían al propietario del suelo, admitiendo, de esta forma, excepciones al principio de accesión del derecho de propiedad: “*Qualsiasi costruzione, piantazione od opera sopra o disotto il suolo si*

⁵⁵⁷ ALONSO PÉREZ, M^a. T., *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, p. 137-138. GULLÓN BALLESTEROS, A., *La superficie urbana (El derecho de superficie en la Ley del suelo y legislación hipotecaria)*..., *op.cit.*, p. 30-31. ROCA SASTRE, R. M^a., “Ensayo sobre el derecho de superficie”..., *op.cit.*, p. 22. BENAVIDES DEL REY, J. L., “El derecho de superficie sobre inmuebles ya construidos”, en *RCDI*, n^o 610, 1992, p. 1.246. GUILARTE ZAPATERO, V., *El derecho de superficie*..., *op.cit.*, p. 148. DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I., *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*..., *op.cit.*, p. 126-127. Por su parte, la autora afirma que: “*Tras la concesión del derecho de superficie, cuando la construcción todavía no se ha iniciado, lo que existe es un derecho real de superficie pero sin su objeto: la propiedad superficiaria. En este momento existe ya la separación de los dominios distintos con contenidos diferentes, aunque no se haya materializado su objeto.*” RUANO BORRELLA, J. P., “Esquema de la regulación del derecho de superficie en el ordenamiento jurídico español. El derecho de sobreelevación y profundización. Aspectos sustantivos y registrales”, en *Ponencias y Comunicaciones al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, t. I, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, p. 700-702. En contra se posiciona este autor que entiende que: “*No hay separación entre propiedad del suelo y de lo construido, pues, como he dicho, el superficiario hace suya la unidad-finca. El concedente, sin embargo, tendrá un derecho real sobre la finca.*”

presume fatta del proprietario a sua spese ed appartenergli, finchè non consti del contrario, senza pregiudizio però dei diritti legittimamente acquistati dai terzi."⁵⁵⁸

Actualmente, el derecho de superficie se encuentra regulado en el Código civil italiano entre los Arts. 952 y 956 CCI, y el primero de éstos lo define desde una vertiente subjetiva, tomando en consideración la posición del propietario.

De acuerdo con el principio de accesión del derecho de propiedad, reconocido en el Art. 840 del Código civil italiano, el propietario, por regla general, es el titular de todo lo que se encuentra por debajo y por encima de la superficie de su fundo. Por lo tanto, el Código civil italiano trata de reunir en una sola persona el derecho de propiedad sobre el suelo y sobre las eventuales construcciones que puedan materializarse en la finca, de conformidad con el principio de accesión de la propiedad.⁵⁵⁹

En Art. 952 CCI define el derecho de superficie desde el punto de vista del propietario y contempla dos hipótesis: "*Il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenere al disopra del suolo una costruzione a favore di altri, che ne acquista la proprietà. Del pari può alienare la proprietà della costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo.*"

En primer lugar, el primer párrafo del Art. 952 CCI previene que el propietario del suelo conceda a un tercero el derecho a construir y a mantener en su fundo lo construido, adquiriendo la propiedad de la edificación.

En segundo lugar, el propietario del suelo enajena la propiedad de lo ya construido que es adquirida por el superficiario. En las siguientes páginas se expondrán las teorías que ha propuesto la doctrina para los dos supuestos que contempla el Art. 952 CCI.

En virtud del tenor literal del Art. 952 CCI la doctrina ha mantenido una doble naturaleza jurídica del derecho de superficie o, mejor dicho, una dualidad de supuestos ahí contemplados. En primer lugar –párrafo primero del Art. 952 CCI-, este derecho puede configurarse como un derecho real *in re aliena* en virtud del cual un tercero puede construir y mantener sobre el suelo un inmueble, adquiriendo la propiedad del

⁵⁵⁸ PERLINGIERI, P., *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza...*, *op.cit.*, p. 246. PESCATORE, G., ALBANO, R., y GRECO, F., *Della proprietà...*, *op.cit.*, p. 554.

⁵⁵⁹ PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile...*, *op.cit.*, p. 184.

mismo. En segundo lugar, el poder del propietario de enajenar separadamente la propiedad del inmueble de la del suelo y viceversa. Es en este segundo caso cuando puede hablarse de la propiedad superficiaria.⁵⁶⁰

La doctrina también ha diferenciado en función del estado de la construcción, es decir, si una vez constituido el derecho de superficie la edificación está realizada o no.

Si la construcción existe en el momento de constituirse el derecho de superficie, el titular del suelo solo enajena la propiedad superficiaria y el superficiario se convierte en el propietario del edificio por el plazo de duración de su derecho, manteniéndose el primero como el propietario del suelo. En el segundo caso, si en el momento de constituirse el derecho de superficie la construcción no está realizada, el titular del suelo constituye un derecho real en favor del tercero para que construya y, posteriormente, adquiera la propiedad de la edificación.⁵⁶¹

- El derecho de superficie como un derecho real. El Art. 952.1 CCI

Según la doctrina mayoritaria, el primer párrafo del Art. 952 CCI reconoce un derecho real autónomo que consiste en el poder de construir y de mantener en el suelo de otro una construcción futura, es decir, como una cesión del *ius aedificandi* a un tercero.⁵⁶²

BALBI define el derecho del párrafo primero del Art. 952 CCI como: “*un contratto in forza del quale il proprietario del suolo permette alla controparte di costruire sul suolo, con l'intesa, tacita o espressa, che l'edificio divenga proprietà del costruttore.*”⁵⁶³

⁵⁶⁰ PERLINGIERI, P., *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza...*, *op.cit.*, p. 246. TRABUCCHI, A., y CIAN, G., *Commentario breve al Codice civile...*, *op.cit.*, p. 843. ZATTI, P., *Corso di diritto civile...*, *op.cit.*, p. 166. PARADISO, M., *Cosi di istituzioni di diritto privato...*, *op.cit.*, p. 158. SALIS, L., *La proprietà superficiaria...*, *op.cit.*, p. 5. PESCATORE, G., ALBANO, R., y GRECO, F., *Della proprietà...*, *op.cit.*, p. 554-556. ROPPO, V., *Istituzioni di Diritto privato...*, *op.cit.*, p. 285. CALLEGARI, D., *Istituzioni di Diritto privato...*, *op.cit.*, p. 456.

⁵⁶¹ BRANCA, G., *Istituzioni di diritto privato...*, *op.cit.*, p. 246. GALGANO, F., *Diritto privato...*, *op.cit.*, p. 162.

⁵⁶² SALIS, L., *La proprietà superficiaria...*, *op.cit.*, p. 3-4, 32-33. Este autor defiende que el derecho de superficie, configurado como un derecho real, consiste en un derecho para construir y para mantener la construcción en el futuro. De esta forma solo se trataría de una cesión al superficiario del *ius aedificandi*. PESCATORE, G., y RUPERTO, C., *Codice civile annotato...*, *op.cit.*, p. 1.178. PALERMO, G., “La superficie”, en RESCIGNO, P., *Trattato di diritto privato*, t. II, UTET, Torino, 1982, p. 3-4, 9. ROTONDI, M., *Instituciones de Derecho privado...*, *op.cit.*, p. 291. PESCATORE, G., ALBANO, R., y GRECO, F., *Della proprietà...*, *op.cit.*, p. 556-557.

De acuerdo con esta primera posible configuración del derecho de superficie –Art. 952.1 CCI- la doctrina no ha sido unánime respecto de la relación que mantiene el titular del derecho real de superficie con el suelo. Se han debatido diferentes posiciones sobre la naturaleza del derecho del superficiario respecto del suelo que se analizan a continuación.

Un primer sector doctrinal mantuvo que, en virtud del Art. 952.1 CCI, antes de realizar la construcción, el superficiario adquiriría la propiedad del espacio aéreo existente encima del suelo, pues aún no se puede enajenar lo construido sobre del suelo sin que el superficiario pueda adquirir la propiedad de la edificación.⁵⁶⁴

La primera opción que puede defenderse a la luz del precepto es la concesión del *ius aedificandum*, que crea un nuevo objeto de derecho, la superficie, que se desprende del suelo y que sería susceptible de ser objeto de un derecho de propiedad separado. De acuerdo con esta teoría, el concedente del *ius aedificandum* adquiriría la propiedad de lo construido en la superficie, el derecho de edificar y, en consecuencia, el edificio pasaría a ser de su propiedad por aplicación del principio general de accesión de la propiedad del Art. 934 CCI.⁵⁶⁵

Se ha considerado que la atribución al superficiario del *ius aedificandum* es como si se tratara de un derecho real autónomo *sui generis* que habilita al superficiario para construir en suelo ajeno.⁵⁶⁶

La atribución del *ius aedificandum* al superficiario tiene un efecto obligacional, es decir, la obligación del titular del suelo de dejar hacer la construcción al superficiario y el derecho correlativo de éste de construir en suelo ajeno.

⁵⁶³ BALBI, G., *Il diritto di superficie*, G. Giappichelli editore, Torino, 1947, p. 49.

⁵⁶⁴ SALIS, L., *La proprietà superficiaria...*, *op.cit.*, p. 7.

⁵⁶⁵ TRABUCCHI, A., *Istituzioni di diritto civile...*, *op.cit.*, p. 488. ROTONDI, M., *Instituciones de Derecho privado...*, *op.cit.*, p. 282. PESCATORE, G., ALBANO, R., y GRECO, F., *Della proprietà...*, *op.cit.*, p. 557. DUSI, B., *Istituzioni di diritto privato...*, *op.cit.*, p. 618.

⁵⁶⁶ PALERMO, G., “La superficie”..., *op.cit.*, p. 9. “e nella seconda ipotesi realizzare la creazione ex novo di un *ius aedificandi*”. BALBI, G., *Il diritto di superficie...*, *op.cit.*, p. 52. La doctrina ha criticado este posicionamiento, puesto que: “Nè basta dichiarare trattarsi di un diritto di costruire, che poi, eretta la costruzione, si trasformerebbe in un vero diritto di proprietà.”

Otros defienden que la concesión del *ius aedificandum* se materializa mediante la constitución de un derecho de usufructo sobre el suelo con la habilitación del usufructuario para que construya casas que, una vez finalizado el usufructo, serán de su propiedad, mientras que durante el usufructo éste será el propietario de los materiales utilizados para la construcción de la edificación.⁵⁶⁷

También se ha sostenido la tesis de la servidumbre predial durante la construcción del edificio, bajo la condición suspensiva de la ejecución de la construcción, con base en el Art. 1.029 CCI. Con la constitución de la servidumbre predial, el titular del derecho de superficie, constituido de acuerdo con el Art. 952.1 CCI, podría usar parcialmente el suelo en virtud de esta servidumbre hasta que finalice la construcción.⁵⁶⁸

Otro sector doctrinal se ha decantado por afirmar que no se reconoce al superficiario un derecho de propiedad separado de la propiedad del suelo respecto de lo construido o plantado.⁵⁶⁹

- El derecho de superficie y la propiedad superficiaria

Por otro lado, y de acuerdo con lo dispuesto en el segundo párrafo del Art. 952 CCI, el superficiario sí que se reserva el derecho de propiedad –la propiedad superficiaria–, sobre lo construido. La doctrina italiana sostiene que a través de esta fórmula se enajena directamente la propiedad de lo construido, sin constituirse previamente un derecho real

⁵⁶⁷ BALBI, G., *Il diritto di superficie...*, op.cit., p. 52. El autor critica esta posición por considerar que los poderes que tiene el superficiario sobre la construcción exceden de los que se confieren al usufructuario, pues de ser así éste no podría disponer de la construcción de una forma plena y exclusiva y estaría limitado por el deber de respetar la destinación económica del bien, de acuerdo con el Art. 981 CCI.

⁵⁶⁸ Vid. Art. 1.029 CCI: “È ammessa la costituzione di una servitù per assicurare a un fondo un vantaggio futuro. È ammessa altresì a favore o a carico di un edificio da costruire o di un fondo da acquistare; ma in questo caso la costituzione non ha effetto se non dal giorno in cui l'edificio è costruito o il fondo è acquistato.” PALERMO, G., “La superficie”..., op.cit., p. 10-11. CALLEGARI, D., *Istituzioni di Diritto privato...*, op.cit., p. 458.

⁵⁶⁹ Vid. PESCATORE, G., ALBANO, R., y GRECO, F., *Della proprietà...*, op.cit., p. 556.

que faculta al superficiario para construir y mantener la edificación en un fundo ajeno.⁵⁷⁰

La teoría de la propiedad superficiaria ha venido siendo explicada por la doctrina clásica italiana a través de la división de la propiedad en un plano horizontal, es decir, que la constitución de un derecho de superficie no produce un desmembramiento de la propiedad del suelo como si se tratara de un derecho real sobre el mismo, pues la propiedad del suelo es una y la propiedad superficiaria es otra, con un objeto diferente que pertenecen a distintos sujetos.⁵⁷¹

La teoría de la división de las propiedades en el plano horizontal no ha estado exenta de críticas por una parte de la doctrina, que ha intentado demostrar que con esta configuración del derecho de superficie no se resuelven todos los problemas que el derecho de superficie plantea.⁵⁷²

Para colmar las lagunas que quedan abiertas con la teoría de la división horizontal de las propiedades, la doctrina ha propuesto otras teorías alternativas para configurar la relación jurídica compleja que supone el derecho de superficie entre el propietario del suelo y el superficiario.

⁵⁷⁰ MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial...*, op.cit., p. 260. PESCATORE, G., y RUPERTO, C., *Codice civile annotato...*, op.cit., p. 1.178-1.179. PESCATORE y RUPERTO afirman que el derecho de superficie solo transmite la propiedad de lo construido al superficiario cuando “*sorge su cosa completamente altrui*”. PERLINGIERI, P., *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza. Libro terzo (artt. 810-1172)...*, op.cit., p. 246-247. GIANTURCO, E., *Istituzioni di diritto civile italiano...*, op.cit., p. 137.

⁵⁷¹ SALIS, L., *La proprietà superficiaria...*, op.cit., p. 196. BALBI, G., *Il diritto di superficie...*, op.cit., p. 46-47. DUSI, B., *Istituzioni di diritto privato...*, op.cit., p. 618-619. CALLEGARI, D., *Istituzioni di Diritto privato...*, op.cit., p. 458.

⁵⁷² BALBI, G., *Il diritto di superficie...*, op.cit., p. 32. Es evidente que la constitución del derecho de superficie, de acuerdo con el párrafo segundo del Art. 952 CCI, supone una superposición de los dos derechos de propiedad, la del suelo y la superficiaria, que igualmente comporta que el superficiario utilice el suelo. Por lo tanto, el autor afirma que la propiedad del suelo está limitada por la propiedad superficiaria. BALBI, G., *Il diritto di superficie...*, op.cit., p. 33. De acuerdo con esta posición doctrinal crítica con la superposición de las dos propiedades, BALBI dice que: “*il richiamo alla divisione della proprietà del fondo per piani orizzontali è insufficiente, perchè spiega solo un lato del fenomeno [...], lascia nell’ombra il fatto che tra le due proprietà non vi è semplicemente una linea di separazione, ma una utilizzazione positiva del suolo da parte del superficiario.*”

El superficiario tiene el derecho de propiedad sobre lo construido. Por lo que se refiere a la propiedad del suelo, el superficiario tendrá sobre el mismo un derecho exclusivo de uso.⁵⁷³

El propietario del suelo, una vez enajenada la construcción, sigue siendo propietario del mismo y puede continuar con el uso y el goce del suelo que es compatible con la existencia del derecho de superficie. En virtud de esta configuración del derecho de superficie, puede decirse que el uso y el goce del propietario del suelo es general, mientras que el uso del suelo por el superficiario es especial y tiene una finalidad clara: la construcción. Con esta configuración del derecho de superficie es necesario reconocer al superficiario, al mismo tiempo que el derecho de propiedad sobre la edificación, un derecho real sobre el suelo.⁵⁷⁴

También se ha afirmado por la doctrina italiana que el derecho de superficie es un derecho real diferente del de servidumbre, usufructo o de la enfiteusis, es decir, un derecho real en cosa ajena *sui generis* típico.⁵⁷⁵

A la vista del orden sistemático del Código civil italiano, parece que esta es una interpretación plausible, toda vez que el legislador italiano dedicó el Título III del Libro III a la regulación del mencionado derecho. Aun así, una parte de la doctrina entiende que la regulación del derecho es genérica y que no se define suficientemente el derecho que se pretende regular.

Un sector doctrinal ha asimilado el derecho del superficiario respecto del suelo a una servidumbre. Sin embargo, esta teoría tampoco es inatacable, puesto que no explica la

⁵⁷³ PALERMO, G., “La superficie”..., *op.cit.*, p. 9, 11.

⁵⁷⁴ BALBI, G., *Il diritto di superficie...*, *op.cit.*, p. 36-37. El autor critica que el superficiario, aun reconociéndosele el derecho de propiedad sobre lo construido, tenga sus facultades tan limitadas y encaminadas únicamente a la construcción. Se propone que el superficiario tenga la propiedad en exclusiva de la construcción y que sea, junto con el propietario del suelo, copropietario del fundo.

⁵⁷⁵ BALBI, G., *Il diritto di superficie...*, *op.cit.*, p. 47-48. BARBERO, D., *Sistema del Derecho privado...*, *op.cit.*, p. 303-305. Este autor dice que la relación que tiene el superficiario sobre el suelo es de naturaleza real y que es titular de un derecho real *sui generis*, pues si se piensa que la relación que tiene el superficiario con el suelo se basa en una servidumbre o en un derecho real de usufructo no se ofrece una solución adecuada al fenómeno. Por esta razón piensa que la relación se traduce en un nuevo derecho real. Así pues, la relación superficiaria es definida por este autor como un “*derecho de propiedad sobre la superficie, integrado por un derecho real funcionalmente conexo, e inseparable, sobre el suelo, consistente en el poder de mantener el suelo sometido a la sustentación de la superficie.*”

unión material inevitable entre el fundo y la construcción, es decir, como pueden ser lo mismo el predio dominante y el sirviente, pues no queda claro cómo se diferencian los dos predios que constituyen una servidumbre predial.⁵⁷⁶

Otra configuración posible del derecho del superficiario, de acuerdo con el segundo párrafo del Art. 952 CCI, que ha sido debatida por la doctrina es articular este fenómeno como si se tratara de dos edificios sobrepuestos, la propiedad del suelo y la propiedad superficiaria, uno encima del otro, es decir, como si se tratara de un edificio dividido en pisos susceptibles de aprovechamiento independiente de acuerdo con el régimen jurídico inmobiliario de la propiedad horizontal.⁵⁷⁷

En último lugar, algunos autores habían sostenido una consideración unitaria del derecho de superficie y no dual por la inderogabilidad del principio de accesión de la propiedad en el derecho romano.⁵⁷⁸

Se trata de una configuración que podía ser válida en base del Código civil de 1865, pero que la doctrina más moderna ha descartado, dado que el artículo 952 CCI abre una doble vía para configurar el derecho de superficie, permitiendo que el propietario enajene la propiedad de lo construido, reservándose la propiedad del suelo.⁵⁷⁹

Una vez han sido expuestas las teorías defendidas por la doctrina sobre la propiedad superficiaria, conviene hacer un inciso acerca de lo prevenido en el Art. 953 CCI sobre la temporalidad de la propiedad superficiaria. Según este Art.: “*Se la costituzione del diritto è stata fatta per un tempo determinato, allo scadere del termine il diritto di superficie si estingue e il proprietario del suolo diventa proprietario della costruzione.*”

⁵⁷⁶ BALBI, G., *Il diritto di superficie...*, op.cit., p. 40-41. Estos autores proponen una división jurídica de las dos propiedades, la del suelo y la superficiaria.

⁵⁷⁷ SALIS, L., *La proprietà superficiaria...*, op.cit., p. 196. BALBI, G., *Il diritto di superficie...*, op.cit., p. 46-47. BALBI dice que esta teoría solo es válida cuando el edificio está ya construido en el momento de constituirse el derecho de superficie, pues según éste esta teoría no es suficiente para explicar el uso del suelo por el superficiario. DUSI, B., *Istituzioni di diritto privato...*, op.cit., p. 618-619. CALLEGARI, D., *Istituzioni di Diritto privato...*, op.cit., p. 458.

⁵⁷⁸ GIANTURCO, V., *Istituzione di diritto civile italiano...*, op.cit., p. 137.

⁵⁷⁹ BALBI, G., *Il diritto di superficie...*, op.cit., p. 47.

El tenor literal del precepto reconoce que la propiedad superficiaria respecto de lo construido o plantado sea temporal, pues en el momento que el plazo de constitución del derecho de superficie se extinga, la propiedad superficiaria revertirá favor del titular del suelo, siendo éste propietario del suelo y de lo edificado, de acuerdo con lo establecido en el Art. 953 CCI.⁵⁸⁰

Si el Art. 953 CCI reconoce que el derecho de propiedad del superficiario respecto de lo construido puede ser temporal, esto conlleva ciertas limitaciones en cuanto al contenido de su derecho de propiedad, pues las más importantes se centran en su facultad de disposición.

En efecto, el hecho que el superficiario sea el titular de la propiedad superficiaria implica que puede disponer válidamente de su derecho mientras sea propietario, lo que conlleva que la facultad de disposición, entendida como su derecho a enajenar el objeto de la propiedad superficiaria y la facultad de tiene de gravar su propiedad, está limitada en el tiempo puesto que, una vez finalizado el plazo de constitución de su derecho, la propiedad de las construcciones revierte a favor del titular del suelo libre de las cargas y gravámenes que éste no haya reconocido en su propio nombre.⁵⁸¹

En el Derecho alemán, la regulación del derecho de superficie contenida en el BGB era insuficiente para que este derecho fuera utilizado para cultivar y mejorar la productividad de los fundos. Por este motivo, actualmente se encuentra regulado en una ley especial que completa la regulación del BGB.⁵⁸²

⁵⁸⁰ BRANCA, G., *Istituzioni di diritto privato...*, op.cit., p. 247. NATOLI, U., *La proprietà: appunti delle lezioni...*, op.cit., p. 224.

⁵⁸¹ BRANCA, G., *Istituzioni di diritto privato...*, op.cit., p. 247-248. Respecto del mecanismo de adquisición de la propiedad superficiaria por el titular del suelo, una vez ha expirado el plazo de constitución del derecho de superficie, la doctrina ha debatido sobre el carácter oneroso o gratuito de tal adquisición por el titular del suelo. Los autores que se citan defienden que nada impide que las partes establezcan el pago de una compensación para el superficiario, siempre y cuando se establezca en el título de constitución del derecho. PESCATORE, G., y RUPERTO, C., *Codice civile annotato...*, op.cit., p. 1.182. TRABUCCHI, A., y CIAN, G., *Commentario breve al Codice civile...*, op.cit., p. 845.

⁵⁸² ENNERCCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Código civil alemán (BGB)*, ob. trad. por MELÓN INFANTE, C., Bosch, Barcelona, 1955, p. 215. ENNERCCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil*. V. II, t. III, ob. trad. por PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., Bosch, Barcelona, 1971, p. 1-3. EIRANOVA ENCINAS, E., *Código Civil alemán comentado BGB...*, op.cit., p. 329. PLANITZ, H., *Principios de derecho privado germánico...*, op.cit., p. 129. BETTI, E., *Système du Code civil allemand...*, op.cit., p. 107-108.

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica del derecho de superficie, la doctrina alemana, de una forma similar a lo que se expuso respecto a la doctrina italiana, ha diferenciado, en primer lugar, entre un negocio de naturaleza obligacional en virtud del cual se permite al superficiario construir en suelo ajeno y, en segundo lugar, un derecho del superficiario de naturaleza real sobre la futura edificación.⁵⁸³

Esto se desprende del Art. 1.015 BGB que disponía que el negocio jurídico de constitución del derecho de superficie tuviera que formalizarse a través de un contrato. A su vez, este contrato tiene efectos reales, pues el superficiario adquiere la propiedad de lo construido o edificado por un cierto tiempo o bajo condición. En virtud de este contrato, el superficiario adquiere la propiedad de lo construido con anterioridad a la constitución del derecho de superficie y lo construido con posterioridad, si bien es cierto

El BGB en su redacción originaria contenía una regulación incompleta del derecho de superficie entre los Arts. 1.012-1.017 BGB.

Esta sucinta regulación del derecho de superficie que se contenía en el BGB fue derogada por la Ordenanza sobre derecho de superficie de 15 de enero de 1919 (*Erbbaurechtsverordnung*), disposición reglamentaria que fue confirmada por la Ley transitoria de 4 de marzo de 1919, momento en el que pasó de ser una ordenanza a ser la ley especial reguladora del derecho de superficie (*Erbbaurechtsgesetz*).

Como consecuencia de la derogación de los artículos del BGB referentes al derecho de superficie, se ha diversificado el régimen jurídico aplicable a este derecho, pues para los derechos de superficie constituidos con anterioridad a la ordenanza de 1919 siguen siendo aplicables los Arts. 1.012-1.017 BGB, mientras que para los derechos de superficie constituidos con posterioridad a la regulación especial es aplicable esta misma, de acuerdo con el Art. 38 de la *Erbbaurechtsgesetz*.

Hecha esta precisión acerca del régimen jurídico del derecho de superficie, con base en el Art. 1.012 BGB y del artículo primero de la *Erbbaurechtsgesetz*, puede definirse el derecho de superficie como un derecho real enajenable y transmisible *mortis causa* que faculta a su titular para edificar sobre una finca ajena, ya sea en el suelo o en el subsuelo. La superficie de plantaciones quedó suprimida.

Por edificación, la doctrina entiende que comprende toda construcción que represente un todo independiente, es decir, un edificio u otro inmueble que sea susceptible de individualización determinable por su especie.

La doctrina alemana equiparó el derecho de superficie con el derecho de censo, con lo que puede llegarse a la conclusión que son dos instituciones que tienen un origen común, o más bien el derecho de superficie es una evolución del derecho de censo, que tuvo como finalidad el fomento de la vivienda y el desarrollo urbanístico.

El origen del derecho de superficie se vincula con las leyes de la reforma agraria posteriores al BGB. Progresivamente se empieza a abandonar la práctica de vender las tierras con sus construcciones entre particulares para ser adquiridas por el Estado alemán, reservándose éste la propiedad por un plazo de tiempo y concediendo las tierras a asociaciones de utilidad pública que se obligaban a la realización de una construcción dentro del plazo pactado a cambio del pago de una renta anual. Pasado el plazo de tiempo pactado, la propiedad de lo construido revertía en el Estado.

⁵⁸³ EIRANOVA ENCINAS, E., *Código Civil alemán comentado BGB...*, op.cit., p. 330.

que esta última opción no era la que acogía inicialmente el BGB, pues se modificó este particular en el Art. 12 de la Ordenanza de 15 de enero de 1919.⁵⁸⁴

Para explicar la relación que existe entre el propietario del suelo y el propietario de lo construido, ENNECCERUS, KIPP y WOLFF se remiten a la teoría de la *propiedad dividida*, sin entrar en detalles acerca de esta forma singular de concebir el estatuto jurídico del superficiario.⁵⁸⁵

A mi parecer, hay indicios que me llevan a afirmar que la teoría de la *propiedad dividida* puede ajustarse a la naturaleza del derecho de superficie, aunque también podría pensarse que la forma escogida por el legislador alemán fue la de darle naturaleza de derecho real. En primer lugar, el derecho de superficie es enajenable y transmisible *mortis causa*, con lo que podría pensarse que el superficiario tiene amplias facultades de disposición sobre el objeto de su derecho, como si se tratara de un propietario de lo construido.

No obstante, el Art. 15 de la Ordenanza de 15 de enero de 1919 permite que la enajenación se condicione al asentimiento que preste el propietario con el fin de evitar que el superficiario especule con la venta de su derecho. Este condicionamiento es difícil de encajar con la facultad de libre disposición de cualquier propietario que reconoce el Art. 903 BGB.

D) El derecho de superficie y la propiedad temporal

El derecho de superficie, regulado entre los Arts. 564-1 CCCat y 564-6 CCCat, es un derecho real que “tiene contenido de derecho de propiedad”⁵⁸⁶ y que, por esta razón,

⁵⁸⁴ ENNERCCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil...*, op.cit., p. 3.

⁵⁸⁵ ENNERCCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil...*, op.cit., p. 6. “*El derecho de superficie es un derecho, no una cosa, pero es tratado como una cosa [...]. Es un “fundus” jurídico.*” WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette...*, op.cit., p. 798-799. WINDSCHEID consideraba que no era posible la división de las propiedades por ser materialmente imposible. “*Una tale rapporto di diritto non è però giuridicamente possibile, poichè ciò che è congiunto (permanentemente) al suolo non ha esistenza indipendente, ma è soltanto parte costitutiva del suolo, quindi non può neppure essere oggetto d’un diritto speciale, ma viene necessariamente compreso nel rapporto giuridico, che ha luogo sul fondo.*”

⁵⁸⁶ PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Institucions...*, op.cit., p.572. DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op.cit., p. 361. “*mientras está vigente el derecho de superficie, el superficiario tiene todas las facultades inherentes al derecho de propiedad, y no está obligado a la conservación de los*

puede compararse con la propiedad temporal del Código civil de Cataluña con el fin de determinar si el efecto que persigue el legislador de Cataluña con la propiedad temporal, que es, fundamentalmente, facilitar el acceso a la vivienda, no hubiera podido ser satisfecho con el propio derecho real de superficie o con la creación de otro derecho real de goce semejante.

Según la doctrina más autorizada, el derecho de superficie: *“No es tracta d’un únic dret de contingut doble, sinó de dos drets diferents, un dels quals, la superfície, limita el dret del propietari. [...] el que es produeix és solament un dret de propietat diferent sobre l’edifici o la plantació efectuada pel legítimat, titular del dret de superfície. Ara bé, dit això, és cert que el superficiari gaudeix del sòl aliè, de manera que es pot afirmar que la propietat del sòl que manté el propietari, es veu limitada no tant per la deorgació de les regles de l’accessió, sinó per la facultat de gaudi del sòl que necessàriament ha de tenir el superficiari qui, per tant, a més de tenir la propietat d’allò plantat o edificat, té el dret de gaudi.”*⁵⁸⁷

El Art. 564-4.2.a) CCCat reconoce, implícitamente, la condición de propietario al superficiario, cuando dice que en el título de constitución del derecho de superficie puede limitarse la facultad de disposición del superficiario y que éste necesite el consentimiento del propietario del suelo, con lo que se equipara la facultad de disposición del superficiario con la del titular temporal, que está limitada por el plazo de duración de su derecho y tiene que notificar al titular sucesivo el acto dispositivo que se ha llevado a cabo, de conformidad con el Art. 547-6.2 CCCat.

El derecho de superficie se ha configurado en el Código civil de Cataluña como un derecho real limitado, pero que atribuye la propiedad de las construcciones o de las

bienes [...]. La limitación está en la temporalidad del derecho, y no en su contenido mientras está vigente: el superficiario es propietario y, salvo las limitaciones que hayan podido establecerse en el título constitutivo, tiene todas las facultades del propietario: usar, disfrutar y disponer de su derecho de propiedad.”

⁵⁸⁷ PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Institucions...*, op.cit., p.571-572.

Sobre la utilidad del suelo una vez constituido el derecho de superficie, vid. DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op.cit., p. 362-363. CUMELLA GAMINDE, A., y TORMO SANTOJA, M. (Dir.), *Comentarios de derecho patrimonial catalán*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 469-473. YSÀS SOLANES, M., “La regulación civil del derecho de superficie en la normativa catalana”, en GONZÁLEZ PORRAS, J. M., y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (Coords.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Murcia, 2004, p. 5.027-5.029.

plantaciones al superficiario por un período limitado de 99 años. Coincide, por lo tanto, el plazo de duración del derecho de superficie y el de la propiedad temporal y el contenido dominical del derecho del superficiario y del titular temporal.

Además, el Art. 564-2 CCCat contempla dos clases de superficie: en primer lugar, se reconoce el derecho de superficie constituido sobre construcciones o plantaciones ya existentes y, en segundo lugar, los derechos de superficie que se constituirán como consecuencia de la creación del derecho.

En consecuencia, el derecho de superficie, en tanto que atribuye la propiedad temporal al superficiario de la construcción, otorga a su titular un derecho de contenido dominical que es transmisible, se puede gravar e hipotecar, de la misma forma que el contenido del derecho del titular temporal, si bien limitado por la existencia del titular del suelo que adquirirá la propiedad de la construcción o de la plantación una vez finalizado el plazo de duración de la propiedad superficiaria.⁵⁸⁸

Lo mismo sucede en la propiedad temporal, puesto que el titular sucesivo adquiere el pleno dominio cuando finaliza el plazo de duración del derecho del titular temporal.

El Art. 564-3.2.d) CCCat prevé que el derecho de superficie pueda ser oneroso o gratuito, pues se contempla que el superficiario abone al titular del suelo una “entrada o canon” que deberán satisfacer los superficiarios si así se pacta en el título de constitución del derecho de superficie.

En la regulación de la propiedad temporal del Código civil de Cataluña no se contempla expresamente que el titular temporal tenga que pagar una contraprestación al propietario originario, pero considero que esto sería la práctica habitual para que, por ejemplo, los propietarios de viviendas vacías o en desuso transmitieran la propiedad temporal para la rehabilitación de la misma, entre otras posibles aplicaciones.

El efecto principal de la constitución del derecho de superficie es la separación de la propiedad del suelo de lo construido impidiendo que, por obra del principio de accesión de la propiedad, el propietario del suelo adquiera la propiedad de lo construido. De esta

⁵⁸⁸ PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Institucions...*, op.cit., p.584-585.

forma, una vez extinguido el derecho de superficie, desaparece la “barrera” que impedía al propietario del suelo ser propietario de lo construido o plantado.⁵⁸⁹

A modo de conclusión, puede decirse que el mismo efecto que se pretende conseguir por el legislador de Cataluña con la introducción de la propiedad temporal en el Código civil de esta comunidad autónoma se podría conseguir a través del derecho real de superficie. De hecho, el Art. 171 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo contempla que: “*La Administración de la Generalidad, los entes locales, las entidades urbanísticas especiales y las otras personas jurídicas de derecho público, en el ámbito de las competencias respectivas, y también las personas particulares, pueden constituir el derecho de superficie en terrenos de que sean propietarios o propietarias para destinarlos a construir viviendas, establecer servicios complementarios o hacer instalaciones industriales, logísticas y comerciales u otras edificaciones determinadas en los planes urbanísticos.*” En el mismo sentido, el Art. 80.6 y 82 LDV contemplan la posibilidad de ofrecer vivienda pública utilizando el derecho de superficie.⁵⁹⁰

Un claro ejemplo de un ente público que ha tratado de impulsar el derecho de superficie a través de políticas de vivienda pública ha sido el Ayuntamiento de Barcelona a través de su plan de vivienda 2008-2016 para facilitar el acceso a la vivienda a través de nuevas tenencias.⁵⁹¹

⁵⁸⁹ DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op.cit., p. 370-371. ALONSO PÉREZ, M^a. T., “El acceso a la propiedad de la vivienda a través del derecho de superficie”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 547-552. Para esta autora, el derecho de superficie implica una disociación objetiva de la propiedad ordinaria: “*La constitución de un derecho real de superficie sobre un inmueble altera la estructura de la sede objetiva de la propiedad inmobiliaria ordinaria provocando una disociación del volumen descrito, de manera que sobre un único solar vamos a encontrar dos (o más) objetos inmuebles separados y cada uno de ellos va a ser sede objetiva de un derecho de propiedad atribuido a un titular diferente.*” Por su parte, la propiedad temporal del Código civil de Cataluña implica una disociación temporal del dominio, sin que se puedan distinguir dos objetos de derecho como en el derecho de superficie.

⁵⁹⁰ Vid. Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo [LA LEY 16569/2010]. Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda [LA LEY 13598/2007].

⁵⁹¹ AJUNTAMENT DE BARCELONA. PATRONAT MUNICIPAL DE L’HABITATGE DE BARCELONA., “El dret de superfície: un nou règim de tinença per a l’habitatge protegit a Barcelona”, nº 17, 2009, p. 1-40. El Patronato municipal de vivienda de Barcelona transmite al adjudicatario de la

Sin embargo, el legislador de Cataluña decidió regular la propiedad temporal aparentemente de forma autónoma como un nuevo tipo de propiedad, independientemente de que el derecho de superficie también sea una opción válida para flexibilizar el acceso a la vivienda, para que el fenómeno del aprovechamiento temporal de inmuebles fuera más atractivo para los consumidores y para las entidades de crédito.

Las semejanzas de la propiedad temporal con el derecho de superficie son un argumento más para sostener que, junto con las formas de adquisición de la propiedad temporal que presuponen la preexistencia de un derecho de propiedad pleno y exclusivo, las limitaciones del contenido del derecho del titular temporal para preservar los derechos del titular sucesivo y la transmisión automática del dominio, se trata, en realidad, de un derecho real en cosa ajena que tiene el titular temporal y que grava la propiedad exclusiva, plena y perpetua del titular sucesivo.

2.2.4. El derecho real de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico

A) Propuestas doctrinales para regular el fenómeno del aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico con anterioridad a promulgación de las directivas europeas

La Directiva 94/47/CE fue el primer intento por parte del legislador comunitario de regular el fenómeno que se conoció como *multipropiedad* o *timesharing*.⁵⁹²

Sin embargo, el fenómeno de la multipropiedad empezó a aparecer en Europa en los años sesenta, es decir, treinta años antes desde la adopción de la primera directiva reguladora de esta forma de aprovechamiento de bienes turísticos, por lo que los Estados miembros tuvieron que desarrollar fórmulas legales para hacer frente a este

vivienda el derecho de superficie y retiene la propiedad del suelo. La transmisión de la propiedad superficiaria se hace por un período de 75 años. El valor de la propiedad superficiaria va bajando hasta llegar el término final a los 75 años, cuando la propiedad de lo construido revierte a la Administración, que es la propietaria del suelo, sin ninguna indemnización para el superficiario. DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 371-372.

⁵⁹² Sobre las primeras definiciones que propuso la doctrina española, *vid.* MUNAR BERNAT, P. A., *Presente y futuro de la multipropiedad*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 35. ROCA GUILLAMÓN, J., “Consideraciones sobre la llamada multipropiedad”, en *RDN*, julio-diciembre, 1982, p. 294. LEYVA DE LEYVA, J. A., “La propiedad cuadrimensional: Un estudio sobre la multipropiedad”, en *RCDI*, n° 566, 1985, p. 33.

fenómeno y, en especial, para dotar a la multipropiedad de una naturaleza jurídica acorde con su configuración jurídica.

Esa variedad de configuraciones de la multipropiedad en el seno de los Estados miembros dio lugar a graves dificultades para que la multipropiedad fuera una institución “omnicomprensiva” y que se articulara de la misma manera en todas las legislaciones nacionales. El problema fue de mayores dimensiones si se tiene en cuenta que los modelos que siguieron los Estados miembros para configurar la multipropiedad en algunos casos fueron antagónicos. A título de ejemplo, en España, a la luz de la Directiva 94/47/CE, la problemática respecto de la naturaleza jurídica de la multipropiedad se resolvió creando un nuevo derecho real, éste es el derecho real de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico.

A continuación paso a examinar la configuración y la naturaleza jurídica de la multipropiedad en algunos países europeos para ver como afrontaron la incorporación en su Ordenamiento jurídico del fenómeno del aprovechamiento por turnos.

a) Las propuestas de la doctrina italiana

Italia fue una de los últimos países en aprobar una ley para regular el fenómeno de la multipropiedad, aunque la doctrina italiana fue especialmente proclive creando teorías que serían tomadas en consideración por otros legisladores europeos para dar a la multipropiedad una naturaleza jurídica acorde con los principios de sus respectivos ordenamientos jurídicos.⁵⁹³

La primera norma que aprobó el legislador italiano para dar protección a los consumidores y seguridad a los inversores de este fenómeno fue el Decreto legislativo de 9 de noviembre de 1998 que definía la multipropiedad como: *“uno o piu' contratti della durata di almeno tre anni con i quali, verso pagamento di un prezzo globale, si costituisce, si trasferisce o si promette di costituire o trasferire, direttamente o indirettamente, un diritto reale ovvero un altro diritto avente ad oggetto il godimento su*

⁵⁹³ MUNAR BERNAT, P. A., *Regímenes Jurídicos de Multipropiedad en Derecho comparado*, Ministerio de Justicia. Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 143.

uno o piu' beni immobili, per un periodo determinato o determinabile dell'anno non inferiore ad una settimana".⁵⁹⁴

El precepto transcrito es suficientemente amplio respecto de la naturaleza jurídica de la multipropiedad como para permitir la constitución del fenómeno de acuerdo con las teorías doctrinales que se habían propuesto hasta el momento, toda vez que el precepto habla de constituir o transmitir un derecho real u otro derecho existente. No obstante, las opciones comúnmente admitidas por la doctrina italiana para configurar la multipropiedad son la forma societaria y la multipropiedad inmobiliaria.⁵⁹⁵

Antes de la entrada en vigor del Decreto Legislativo de 9 de noviembre de 1998 la doctrina italiana propuso varias configuraciones jurídicas para regular el fenómeno de la multipropiedad. En primer lugar, pueden citarse los autores que consideraban que la multipropiedad podía encauzarse tomando como base la estructura de la comunidad ordinaria indivisa, aunque en virtud del principio de la autonomía privada tendrían que adaptarse algunos aspectos de aquélla a la multipropiedad.⁵⁹⁶

El carácter necesariamente indivisible de la multipropiedad también chocaba frontalmente con lo dispuesto en el Art. 1.111 CCI que dice que cada partícipe puede pedir el cualquier momento la división de la comunidad. Sin embargo, un sector

⁵⁹⁴ CASELLI, G., *La multiproprietà. Commeto al D.lgs. del 9 novembre 1998, n. 427*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 3-8.

⁵⁹⁵ CASELLI, G., *La multiproprietà: problemi giuridici*, Giuffrè, Milan, 1984, p. 5.

⁵⁹⁶ Los principales puntos de confrontación entre la comunidad ordinaria y la multipropiedad eran varios, el primero de los cuales fue la temporalidad esencial en el goce del apartamento por parte de los copropietarios. Ello parece oponerse a lo dispuesto en el Art. 1.108 CCI que impone el deber a los copropietarios de permitir el uso de la cosa por los demás copropietarios según su derecho. Algún autor consideró que este obstáculo era salvable regulando el goce de la cosa por los comuneros en el título de constitución de la comunidad. CASELLI, G., *La multiproprietà: problemi giuridici...*, *op.cit.*, p. 10-11. CALO, E., y CORDA, T. A., *La multipropiedad. (Principios teóricos. Precedentes doctrinales y jurisprudenciales. Legislaciones extranjeras)*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985, p. 2. Estos autores se opusieron a que el título de constitución de la multipropiedad, es decir, la escritura notarial, fuese el medio idóneo para regular los aspectos de la comunidad indivisa que servía de base para la estructuración del fenómeno del aprovechamiento por turnos. En el mismo sentido, *vid.* BARASSI, L., *Proprietà e comproprietà*, Giuffrè, Milan, 1951, p. 721-724. ARRIVAS, F., "La multiproprietà", en ALPA, G., y BESSONE, M., *I contratti in generale*, UTET, Torino, 1984, p. 1.139-1.140. VINCENTI, U., *Multiproprietà immobiliare. La multiproprietà come tipo di comunione*, CEDAM, Padova, 1992, p. 109-116. IASIELLO, M., "Introduzione", en ALPA, G., y IASIELLO, M., *La multiproprietà*, CEDAM, Padova, 1993, p. 2-3.

doctrinal propuso acudir al Art. 1.112 CCI que previene que no se podrá pedir la división de la cosa común cuando la división la haga inservible para el uso a que se destina.⁵⁹⁷

En segundo lugar, CASELLI propuso que el fenómeno del aprovechamiento por turnos se configurara en Italia creándose un nuevo derecho real atípico hasta el momento.⁵⁹⁸

Este autor llegó a la conclusión que la multipropiedad participa de las características de varias instituciones del derecho civil italiano como la propiedad, el usufructo, los derechos reales de uso y habitación, la comunidad de bienes, la propiedad horizontal y los arrendamientos. En consecuencia, concluyó que no era posible encuadrar la multipropiedad siguiendo el esquema de una institución ya existente, con lo que defendió la creación de un derecho real atípico.⁵⁹⁹

Esta teoría chocaba con el carácter cerrado del sistema de derechos reales italiano, pero el autor defendía que el Art. 1.322 CCI (autonomía privada) ampara la creación de derechos de naturaleza real que sean merecedores de tutela jurídica y no se opongan a otras normas de Ordenamiento jurídico italiano.⁶⁰⁰

Otros vieron en la propiedad cíclica la estructura sobre la cual articular el fenómeno del aprovechamiento por turnos. Es decir, un sector de la doctrina italiana afirmó que la multipropiedad es una manifestación de la propiedad temporal, teniendo en cuenta que

⁵⁹⁷ VINCENTI, U., *Multiproprietà immobiliare. La multiproprietà come tipo di comunione...*, *op.cit.*, p. 100-109. CALO, E., y CORDA, T. A., *La multipropiedad...*, *op.cit.*, p. 2. Para estos autores, el recurso al Art. 1.112 CCI era completamente extraño para el supuesto de la multipropiedad. Sobre el recurso al Art. 1.112 CCI en lo que se refiere al pacto de indivisibilidad de la comunidad de bienes, *vid.* CALO, E., y CORDA, T. A., *La multipropiedad...*, *op.cit.*, p. 15-37. IASIELLO, M., “Introduzione”..., *op.cit.*, p. 3-5.

⁵⁹⁸ CASELLI, G., *La multiproprietà*, 3ª ed., Giuffrè, Milan, 1995, p. 53-71. CASELLI, G., *La multiproprietà: problemi giuridici...*, *op.cit.*, p. 110-113, 123-130. En contra de esta teoría, *vid.* CALO, E., y CORDA, T. A., *La multipropiedad. (Principios teóricos. Precedentes doctrinales y jurisprudenciales. Legislaciones extranjeras)...*, *op.cit.*, p. 76-80. IASIELLO, M., “Introduzione”..., *op.cit.*, p. 9-12.

⁵⁹⁹ CASELLI, G., *La multiproprietà: problemi giuridici...*, *op.cit.*, p. 128-129.

⁶⁰⁰ CASELLI, G., *La multiproprietà...*, *op.cit.*, p. 53-71. CASELLI, G., *La multiproprietà: problemi giuridici...*, *op.cit.*, p. 110-113, 123-128. ARRIVAS, F., “La multiproprietà”..., *op.cit.*, p. 1.140-1.141. Sobre el sistema cerrado de derechos reales en Italia, *vid.* MORELLO, U., *Multiproprietà e autonomía privada*, Giuffrè, Milan, 1984, p. 1-29.

el Código civil italiano no sanciona la perpetuidad de la propiedad y que si la generalidad de la doctrina había admitido que la perpetuidad era una característica esencial del dominio se debía a un esquema abstracto del instituto conforme a las ideas del liberalismo económico.⁶⁰¹

La doctrina italiana también pensó en el modelo societario para encauzar la naturaleza jurídica de la multipropiedad. A través de la constitución de una sociedad cuyo objeto social fuese la adquisición de inmuebles para ser disfrutados por turnos por sus socios y el consiguiente desembolso de acciones entre los socios podía disfrutarse de un inmueble por turnos entre los socios de la misma.⁶⁰²

No obstante, esta opción fue criticada arduamente por la doctrina por conllevar problemas de diversa índole como la posibilidad de insolvencia de la sociedad propietaria de los inmuebles y la consiguiente pérdida de los derechos de sus socios o la posibilidad de disolución anticipada de la misma. Además, se trataría de una sociedad civil que no desarrollaría una actividad empresarial, lo que contradice el Art. 2.256 CCI.⁶⁰³

Para finalizar las opciones propuestas por la doctrina italiana cabe citar la multipropiedad hotelera o *alberghiera*. Se trata de una combinación de los dos tipos de multipropiedad antes vistos, estos son la comunitaria y la societaria. El funcionamiento de multipropiedad hotelera se estructuraba de la forma siguiente: los apartamentos de un complejo inmobiliario que pertenecían, o bien a una sociedad mercantil, o bien a una

⁶⁰¹ CALO, E., y CORDA, T. A., *La multipropiedad...*, *op.cit.*, p. 83-89, 99-110. “En tal línea pierde sentido el carácter de perpetuidad como reflejo imprescindible de la disciplina proporcionada por el ordenamiento para la tutela de la libertad del titular. Tal exigencia viene satisfecha solo por la previsión y garantía de aquel complejo de poderes de goce y disposición, configurables en determinadas situaciones históricas con el fin de asegurar la función social de la propiedad y de hacerla accesible a todos.” En contra de esta teoría, *vid.* ARRIVAS, F., “La multiproprietà”..., *op.cit.*, p. 1.141-1.142. IASIELLO, M., “Introduzione”..., *op.cit.*, p. 8-9.

⁶⁰² CONFORTINI, M., *La multiproprietà*, t. I, CEDAM, Podore, 1983. CASELLI, G., *La multiproprietà: problemi giuridici...*, *op.cit.*, p. 5-9. ARRIVAS, F., “La multiproprietà”..., *op.cit.*, p. 1.137-1.138. MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E., *Soluciones notariales al fenómeno de la llamada multipropiedad o propiedad a tiempo compartido*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, p. 34-35.

⁶⁰³ CALO, E., y CORDA, T. A., *La multipropiedad...*, *op.cit.*, p. 113-117. CASELLI, G., *La multiproprietà: problemi giuridici...*, *op.cit.*, p. 9-10. ARRIVAS, F., “La multiproprietà”..., *op.cit.*, p. 1.138-1.139.

pluralidad de copropietarios en el seno de una comunidad ordinaria indivisa de bienes, eran atribuidos a los socios o a los copropietarios por turnos.⁶⁰⁴

b) Las propuestas de la doctrina portuguesa

En Portugal, de una forma similar al caso español, la problemática se resolvió creando el derecho real de habitación periódica⁶⁰⁵ a través de los Decretos Ley nº 355, de 31 de diciembre de 1981 y nº 368 de 4 de octubre de 1983.⁶⁰⁶

El legislador portugués se decantó por la opción legislativa de crear un nuevo derecho real de goce para dar satisfacción y seguridad a los inversores, tomando como base el

⁶⁰⁴ CASELLI, G., *La multiproprietà: problemi giuridici...*, *op.cit.*, p. 11-12. MUNAR BERNAT, P. A., *Regímenes Jurídicos de Multipropiedad en Derecho comparado...*, *op.cit.*, p. 161. LEYVA DE LEYVA, J. A., “La propiedad cuadrimensional: Un estudio sobre la multipropiedad”..., *op.cit.*, p. 56. La doctrina también criticó esta configuración de la multipropiedad, *vid.* CALO, E., y CORDA, T. A., *La multipropiedad...*, *op.cit.*, p. 119-123. ARRIVAS, F., “La multiproprietà”..., *op.cit.*, p. 1.135-1.137.

⁶⁰⁵ BENITO ARENAS, J. A., “Algunas consideraciones de la multipropiedad en Derecho comparado”, en *RCDI*, nº 615, 1993, p. 472-478. Para una exposición de los rasgos esenciales del derecho de habitación periódica portugués, *vid.* MUNAR BERNAT, P. A., *Regímenes Jurídicos de Multipropiedad en Derecho comparado...*, *op.cit.*, p. 61-75. HERRERO GARCÍA, M^a. J., *La multipropiedad*, La Ley, Madrid, 1988, p. 26, 29-30. “*Se trata, [...], de un derecho de habitación con eficacia real limitado a un período cierto de tiempo de cada año que puede constituirse sobre un inmueble o conjunto inmobiliario urbano destinado a fines turísticos, o sobre fracciones de los mismos.*” MARTÍNEZ-PIÑERIRO CARAMES, E., *Soluciones notariales al fenómeno de la llamada multipropiedad...*, *op.cit.*, p. 43. Para algunos se trataba de una adaptación del derecho de habitación clásico (vitalicio e intransmisible) a las nuevas necesidades del turismo portugués. MUNAR BERNAT, P. A., *Regímenes Jurídicos de Multipropiedad en Derecho comparado...*, *op.cit.*, p. 60. MUNAR BERNAT descarta que el derecho de habitación periódica pueda equipararse al derecho de habitación por ser diametralmente opuesto en cuanto a sus características y por la remisión supletoria a las normas referidas a la propiedad horizontal y al usufructo en lugar de hacerlo a favor del derecho de habitación.

⁶⁰⁶ MUNAR BERNAT, P. A., *Regímenes Jurídicos de Multipropiedad en Derecho comparado...*, *op.cit.*, p. 55-57. Con anterioridad a la creación del derecho real de habitación periódica se propusieron otras soluciones como configurar la multipropiedad como un nuevo régimen jurídico inmobiliario o la copropiedad de un apartamento, opciones que fueron descartadas por el legislador portugués en el preámbulo del Decreto Ley nº 355, de 31 de diciembre de 1981 por no poder satisfacer las demandas y las necesidades del turismo e inversores: “*Para garantia das relações jurídicas que importa tutelar, há que ultrapassar as situações actuais do direito de crédito ou de compropriedade, únicas conhecidas face ao direito existente, e avançar resolutamente na inovação legislativa que se traduza na prefiguração de um direito de uso temporário de habitação de férias, designadamente em relação a empreendimentos turísticos, livremente alienável inter vivos e mortis causa. De facto, no quadro do direito português vigente, só 2 esquemas jurídicos possibilitam a aquisição de um direito real sobre um apartamento: o esquema da propriedade horizontal e o esquema da compropriedade dos apartamentos. Qualquer destes esquemas, porém, não proporciona solução adequada aos objetivos que o investidor pretende alcançar num investimento turístico.*”

clásico derecho de habitación regulado entre los Arts. 1.484-1.490 del Código civil portugués.⁶⁰⁷

c) Las propuestas de la doctrina francesa

En cambio, en Francia la multipropiedad se configuró de conformidad con el modelo societario, es decir, mediante sociedades cuyo objeto social era proporcionar a los socios una residencia donde pudieran pasar sus vacaciones.⁶⁰⁸

No obstante, en Francia también se planteó la opción de configurar el fenómeno de la multipropiedad con base en la estructura de la comunidad ordinaria indivisa, pero esta configuración de carácter real chocaba contra algunos elementos esenciales de la comunidad indivisa del Código civil francés, como son la necesidad de regular el uso de la cosa mediante la atribución de un período a cada uno de los comuneros y la imposibilidad de pactar la indivisión, de conformidad con el Art. 815 CCF.⁶⁰⁹

Francia fue el primer país que reguló el fenómeno de la multipropiedad siguiendo un esquema societario a través de la Ley 86-18, de 6 de enero, de Sociedades de Atribución de Inmuebles en Régimen de Disfrute a Tiempo Compartido. Antes pero, en Francia ya

⁶⁰⁷ MUNAR BERNAT, P. A., *Regímenes Jurídicos de Multipropiedad en Derecho comparado...*, *op.cit.*, p. 57-59. Las razones que movieron al legislador portugués para decantarse por esta opción fueron, fundamentalmente, la naturaleza real del nuevo derecho creado, que podía ser enajenado y gravado con garantías reales y se evitaban los problemas que planteaba la configuración del fenómeno tomando como base la comunidad ordinaria indivisa.

En el preámbulo del Decreto Ley nº 355, de 31 de diciembre de 1981 era perceptible el interés del legislador portugués de regular el fenómeno de la multipropiedad: “*Trata-se de situação que interessa não apenas à mobilização de pequenas poupanças como, muito particularmente, à dinamização do turismo interno - pela garantia de alojamento acessível - e à captação de investimento em divisas, seja da parte de emigrantes, seja da parte de turistas estrangeiros, visto que as suas necessidades de habitação têm claramente natureza sazonal.*” MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E., *Soluciones notariales al fenómeno de la llamada multipropiedad...*, *op.cit.*, p. 41-43.

⁶⁰⁸ DESURVIRE, D., *Le timeshare ou la multipropriété échangée. Les nouveaux droits des acquéreurs directive C.E. du 26 octobre 1994*, L'Harmattan, París, 1995, p. 54-60.

⁶⁰⁹ MUNAR BERNAT, P. A., *Regímenes Jurídicos de Multipropiedad en Derecho comparado...*, *op.cit.*, p. 84-85. BENITO ARENAS, J. A., “Algunas consideraciones de la multipropiedad en Derecho comparado” ..., *op.cit.*, p. 465-466.

se habían utilizados sistemas de construcción colectiva, estos son los métodos de Grenoble y de París.⁶¹⁰

El modelo societario francés siguió con la Ley de 28 de junio de 1938 ante la desconfianza con que eran vistos los métodos de Grenoble y de París. Dicha ley otorgaba validez a las sociedades constituidas bajo cualquier de las formas reconocidas legalmente, aunque no tuvieran como fin el afán de lucro,⁶¹¹ que tuvieran por objeto la construcción o adquisición de inmuebles para dividirlos en fracciones que se atribuyeran a los socios en propiedad o en goce.⁶¹²

El Título II de la Ley de sociedades de atribución de 16 de julio de 1971 fue el primer cauce para dotar de seguridad jurídica las operaciones de multipropiedad que se celebraron antes de la entrada en vigor de la Directiva 94/47/CE, puesto que el Art. 9 de aquella ley ordenaba la división del capital social en participaciones sociales, las cuales tenían que ser proporcionales al valor de las fracciones del inmueble a las que se referían, con relación al valor del conjunto. Además, la titularidad de una participación

⁶¹⁰ Para profundizar en los métodos de Grenoble y París, *vid.* MUNAR BERNAT, P. A., *Regímenes Jurídicos de Multipropiedad en Derecho comparado...*, *op.cit.*, p. 81-83. HERRERO GARCÍA, M^a. J., *La multipropiedad...*, *op.cit.*, p. 31-34. BENITO ARENAS, J. A., “Algunas consideraciones de la multipropiedad en Derecho comparado”..., *op.cit.*, p. 465-466. El método de Grenoble surgió para hacer frente a la crisis del sector de la construcción en aquella ciudad. En virtud de este método, los futuros copropietarios encargaban a uno de ellos la compra del terreno. Posteriormente, el adquirente del terreno cedía una cuota a los demás, creándose una indivisión. En tercer lugar, se confería a uno de los partícipes de la indivisión un mandato para cumplir todas las actividades necesarias para la edificación del inmueble. Los partícipes de la indivisión iban adquiriendo a medida que se iba realizando la construcción un derecho de propiedad sobre lo construido. Finalmente, una vez terminado el inmueble se procedía a la división en apartamentos, de manera que la indivisión cedía lugar a una propiedad horizontal.

La regla de la unanimidad dificultaba la obtención de la financiación para construir el complejo inmobiliario, por lo que se pasó al método de París.

El método de París pivotaba sobre la constitución de una futura sociedad entre los socios copropietarios por el tiempo que duraba la construcción, y la financiación se obtenía constituyendo una hipoteca sobre el terreno del cual la sociedad era titular. Una vez construido el inmueble el bien social se adjudicaba a los socios en copropiedad.

⁶¹¹ MUNAR BERNAT, P. A., *Regímenes Jurídicos de Multipropiedad en Derecho comparado...*, *op.cit.*, p. 89. La sociedad civil del Art. 1.832 CCF no podía ser el cauce para regular el fenómeno de la multipropiedad debido a que entre sus rasgos fundamentales figura la atribución de una parte del activo social en beneficio de los socios.

⁶¹² MUNAR BERNAT, P. A., *Regímenes Jurídicos de Multipropiedad en Derecho comparado...*, *op.cit.*, p. 83. HERRERO GARCÍA, M^a. J., *La multipropiedad...*, *op.cit.*, p. 32-33.

otorgaba a los socios un derecho de estancia que estaba limitado a un período de tiempo concreto del año sobre un determinado apartamento.⁶¹³

Ante los problemas que se planteaban las sociedades clásicas de atribución de la Ley de 16 de julio de 1971, el legislador francés aprobó la Ley 86-18, de 6 de enero, de Sociedades de Atribución de Inmuebles en Régimen de Disfrute a Tiempo Compartido, que era la Ley que sirvió para crear sociedades de atribución específicas para el fenómeno de la multipropiedad ante el auge de estas operaciones.⁶¹⁴

d) Las propuestas de la doctrina española

La multipropiedad fue la primera forma de uso de bienes inmuebles que supuso una quiebra dogmática de la concepción clásica del derecho de propiedad, de acuerdo con la doctrina clásica de la propiedad. No obstante, antes de que el legislador español decidiera crear un nuevo derecho real para regular el fenómeno de la multipropiedad, los autores españoles discutieron cómo podría configurarse este fenómeno en España. La doctrina española debatió sobre la naturaleza jurídica de la multipropiedad, intentando configurarla con base en instituciones jurídicas ya existentes en el Ordenamiento jurídico español, entre las cuales destacan la comunidad de bienes pro-

⁶¹³ MUNAR BERNAT, P. A., *Regímenes Jurídicos de Multipropiedad en Derecho comparado...*, *op.cit.*, p. 90-95. El ejercicio del derecho de abandono anticipado por uno de los socios, que podía originar el nacimiento de una copropiedad, y la disolución de la sociedad eran los principales inconvenientes de regular el fenómeno de la multipropiedad a través de la Ley de sociedades de atribución. MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E., *Soluciones notariales al fenómeno de la llamada multipropiedad...*, *op.cit.*, p. 31-32. La imposibilidad de tener acceso a la publicidad registral también fue uno de los inconvenientes de las sociedades de atribución.

⁶¹⁴ Para ver los rasgos esenciales de las sociedades de atribución de inmuebles en régimen de tiempo compartido, *vid.* MUNAR BERNAT, P. A., *Regímenes Jurídicos de Multipropiedad en Derecho comparado...*, *op.cit.*, p. 95-102. HERRERO GARCÍA, M^a. J., *La multipropiedad...*, *op.cit.*, p. 36-38. BENITO ARENAS, J. A., “Algunas consideraciones de la multipropiedad en Derecho comparado”..., *op.cit.*, p. 467-472. El artículo primero de la Ley 86-18, de 6 de enero definía este tipo de sociedades como aquéllas constituidas con el objeto de la atribución, en su integridad o en forma fraccionada, de inmuebles destinados con carácter principal a vivienda en régimen de disfrute periódico a favor de sus socios, sin concesión de derecho alguno de propiedad ni de ningún otro derecho real en contraprestación a sus aportaciones. Además, el artículo primero de esta ley ya eliminaba cualquier posibilidad de configurar el fenómeno con una naturaleza real, atribuyendo a los socios un derecho de propiedad o un derecho de naturaleza real.

diviso,⁶¹⁵ la comunidad de bienes ordinaria del Art. 392 CC⁶¹⁶ o la creación de un nuevo régimen jurídico inmobiliario,⁶¹⁷ entre otras.

⁶¹⁵ ROCA GUILLAMÓN, J., “Consideraciones sobre la llamada multipropiedad”..., *op.cit.*, p. 307, 316. “*a mi modo de ver, la multipropiedad podría encajar con bastante exactitud dentro del esquema de la vieja propiedad dividida. [...] Se trataría, más bien de una propiedad dividida por tiempo de utilización periódica, posibilidad que, en principio, no parece ofrecer obstáculo alguno en cuanto a su admisibilidad*”. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “De nuevo, sobre la multipropiedad”, en AC, nº 1, 1994, p. 1-17. Según un sector doctrinal, la multipropiedad podría funcionar como una comunidad pro-diviso, es decir, como una comunidad germánica análoga a los aprovechamientos comunales y las comunidades vecinales que se reconocen entre los Arts. 600 y 603 CC. En contra de la opción de configurar la multipropiedad como una comunidad dividida, *vid.* PAU PEDRÓN, A., “La multipropiedad en el derecho comparado”, en RCDR, nº 10, 1984, p. 43. La sustitución de los distintos aprovechamientos materiales por la atribución de períodos de tiempo para el disfrute altera notablemente la institución de la comunidad pro-diviso. LEYVA DE LEYVA, J. A., “La propiedad cuadrimensional: Un estudio sobre la multipropiedad”..., *op.cit.*, p. 85-87. Sobre la comunidad de bienes de bienes de los Arts. 600 y 603 CC, *vid.* DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial III: las relaciones jurídico-reales, el registro de la propiedad, la posesión...*, *op.cit.*, p. 1011-1015. La comunidad germánica se organiza de tal forma que el interés del conjunto de los comuneros es superior a su interés privado. De aquí la inexistencia de la división del derecho de propiedad sobre la cosa en cuotas como ocurre en la llamada comunidad romana. La doctrina ha sostenido que los aprovechamientos comunales y las comunidades vecinales constituyen un “*residuo de las formas de comunidad colectiva [...]. En estas formas de aprovechamiento existe siempre comunidad. Puede ser una propiedad colectiva del común de los vecinos y puede ser también comunidad de un derecho de disfrute sobre una cosa ajena [...], caso en el cual el dominio pertenecerá a otra persona o constituirá un dominio público.*” ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, *op.cit.*, p. 435. ALBALAEDEJO también pone de relieve que la comunidad de pastos se trata de un supuesto de dominio dividido: “*no se puede hablar de que se esté ante un caso de copropiedad. A menos que se trate de que cada uno se reserve la propiedad de su finca a efectos distintos de los pastos y ponga en común con los demás las facultades que la propiedad (pro diviso) de su finca le confiere a efectos de pastos, es decir, el derecho a pastos como parte del dominio (dividido) de su finca. Entonces sí que habría un condominio (pro indiviso) sobre las distintas fincas.*” PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario...*, *op.cit.*, p. 499-500. En la comunidad pro-diviso no existen cuotas de propiedad entre los comuneros sobre la cosa común, sino que todos los comuneros son al mismo tiempo propietarios de las facultades que es susceptible de atribuir a los propietarios la cosa, es decir, hay una división de las facultades del objeto de su propiedad. No hay, por lo tanto, un derecho de propiedad sobre la totalidad de la cosa con los caracteres de exclusividad, perpetuidad y absolutidad, sino que los comuneros se reparten el disfrute del bien. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, *op.cit.*, p. 432. “*el poder que el dominio encierra no se atribuye a diversos dueños en fracciones cualitativamente iguales [...], o partes alícuotas, sino en el de que su contenido se separa en distintas facultades –se DIVIDE– concediéndose parte a una persona y parte a otra*”.

⁶¹⁶ Una parte de la doctrina española fue favorable a configurar a la multipropiedad como una comunidad de bienes al amparo del Art. 392.2 CC que permite crear comunidades de bienes que se rijan, en primer lugar, por lo prevenido por los comuneros en el título de constitución de la misma. De esta forma, “*El multipropietario adquiere una participación pro indiviso del inmueble, que le confiere fundamentalmente el derecho al uso durante el tiempo contratado.*” LEYVA DE LEYVA, J. A., “La propiedad cuadrimensional: Un estudio sobre la multipropiedad”..., *op.cit.*, p. 71. El autor destaca la gran aceptación que ha tenido esta configuración de la multipropiedad en diferentes Estados. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “La multipropiedad”, en RDN, nº 139, 1988, p. 130. “*la multipropiedad puede tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico al amparo de lo dispuesto en el párrafo 2º del Art.*

392 del Código Civil.” Este autor considera que esta teoría sobre la configuración de la multipropiedad puede mantenerse a raíz de lo declarado por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 18 de mayo de 1983 (el estudio de la misma se deja para más adelante en el estudio de la comunidad funcional atípica como otra forma de configurar a la multipropiedad) que abre la puerta a crear “una especie de comunidad de bienes carácter dinámico, con fines específicos y órganos propios”. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, 5ª ed., Dilex, Madrid, 2005, p. 850. La Dirección General de los Registros y del Notariado abordó el tema de la naturaleza jurídica de la multipropiedad y, en particular, la posibilidad de configurarla como una comunidad de bienes indivisa. *Vid.* RDGRN de 4 de marzo de 1993 [LA LEY 599-RN/1993]. La Dirección General de los Registros y del Notariado determinó que era posible el acceso de este derecho al registro si se cumplían los requisitos de determinación jurídica y de viabilidad económica.

La doctrina detectó varios inconvenientes para configurar la multipropiedad como una comunidad de bienes indivisa. Estos inconvenientes se relacionan con la imperatividad de algunos preceptos de dicha comunidad, como son el uso solidario, la acción de división y el retracto de comuneros. El primero de los inconvenientes para regular la multipropiedad como una comunidad de bienes indivisa fue el uso solidario. El Art. 394 CC establece que “Cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho”. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Art. 394 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 1.075. “Se suele afirmar que el uso que corresponde a los comuneros es solidario, o que la facultad de usar la cosa se extiende a toda ella y no se hace por cuotas. [...] Si la cosa lo permite, el uso no necesita sujetarse a la medida de la cuota; es decir, de un terreno común, los comuneros pueden usar lo mismo, aunque sus cuotas sean desiguales. Mas si surgen dificultades por ser imposible o muy incómodo el uso promiscuo o solidario, habrá de establecerse una reglamentación y habrá de hacerse tomando en cuenta el derecho de cada uno y, por tanto, la cuota.” DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial III...*, *op.cit.*, p. 1.029. “Nuestro Código respeta en este punto, como en todos, los pactos o acuerdos que al efecto celebran entre sí los comuneros. Existe por consiguiente la posibilidad de que en éstos establezcan sistemas especiales de uso y de disfrute.” DÍEZ-PICAZO reconoce explícitamente que es posible pensar en un sistema de uso por turnos de la cosa, “estableciéndose períodos temporales en cada uno de los cuales cada uno de los comuneros utiliza la cosa de manera directa individualmente.”

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, *op.cit.*, p. 378. “Parece que, en cuanto es posible regular el régimen de la comunidad por pacto, cabe admitir el de que el uso total corresponda a cada codueño determinado período, y que, durante él, no puedan utilizarla los demás, aunque tampoco la use el facultado.”

La doctrina no dudó sobre la posibilidad de pactar el uso de la cosa común por turnos en el título de constitución de la comunidad, pero la discusión se trasladó al quórum necesario para adoptar un acuerdo en este sentido según el Art. 398 CC, es decir, si se tiene que adoptar por mayoría o por unanimidad.

Con base en aquel precepto, los comuneros podrían acordar por mayoría que el uso del inmueble fuese por turnos en lugar de simultaneo o solidario, aunque de la misma manera que podrían adoptar un acuerdo en este sentido nada les impediría que en el futuro adoptaran un acuerdo en un sentido contrario, de manera que se frustraría el fin económico y social de la multipropiedad. *Vid.* MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E., *Soluciones notariales al fenómeno de la llamada multipropiedad...*, *op.cit.*, p. 67-71. “sí tiene trascendencia el precisar si para modificar a posteriori este régimen de turnos bastará la mayoría o debe exigirse unanimidad. De ser suficiente lo primero la multipropiedad estaría amenazada de muerte.”

El segundo de los inconvenientes para configurar a la multipropiedad adoptando la forma de la comunidad de bienes fue el reconocimiento de la acción de división a los comuneros, en virtud de la cual estos pueden poner fin al estado de indivisión de la cosa. La mayor parte de la doctrina ha visto negativamente las situaciones de comunidad y, por esta razón, se reconoce en el Art. 400 CC el derecho de pedir la división a instancias de cualquier comunero, por lo que la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha llegado a afirmar que la acción de división es un derecho absoluto y la limitación de

mismo podría ser contrario al orden público, si bien hay matices respecto del supuesto de la multipropiedad. Vid. STS de 5 de junio de 1989 [LA LEY 293-JF/0000]. “*la acción communi dividendo derivada del art. 400 CC, representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, y es de tal naturaleza, que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, valiendo como única causa de oposición el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a 10 años.*” DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial III: las relaciones jurídico-reales, el registro de la propiedad, la posesión...*, op.cit., p. 1.036. En este punto la doctrina tampoco ha sido unánime ya que una parte de la doctrina considera que se trata de una simple facultad de los comuneros y no de un derecho absoluto inherente a la condición de comunero. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Comentario al Art. 400 CC”, en ALBALADEJO, GARCÍA, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. V, v. II, Edersa, Madrid, 1985, p. 444-445. Pensando en el supuesto específico de la multipropiedad, para MIQUEL GONZÁLEZ ésta es una institución en la cual la división de la cosa común frustra el interés general de los comuneros y esto es una razón para excluirla. “*la acción de división solo tiene sentido para potenciar el valor en cambio del derecho de cada condómino, cuando se trate de cosas indivisibles o que desmerezcan mucho por su división material [...]. Si esto es así, la renuncia a la acción no puede ser contraria al interés o al orden público, cuando la acción de división carezca de sentido para obtener la finalidad que el legislador pretende [...]. En esos casos puede pensarse que el ejercicio de la acción de división carece de sentido, y, por tanto, aun sin haber renunciado a la acción podría estar limitada por la buena fe o por el abuso del derecho. Los Estatutos de inmuebles en régimen e multipropiedad contienen precisamente una renuncia a la acción de división de modo perpetuo e irrevocable, además de la afirmación de que su ejercicio constituiría un evidente abuso del derecho. La exclusión de la acción de división en el caso de la multipropiedad, que es sustancialmente una comunidad, aparece como una necesidad evidente y sería ridículo tratar de defender que es contraria al orden público. No lo es, porque los períodos de tiempo se han configurado como objetos de tráfico que pueden ser negociados con ventaja frente a la negociación de toda la cosa. El inconveniente de la comunidad que trataría de remediar la acción de división no existe, por lo que no es ya que la renuncia a la acción sea contraria al orden público, sino que la acción puede carecer de todo sentido.*”

Un primer remedio que propuso la doctrina para limitar el ejercicio de la acción de división fue acudir al segundo párrafo del Art. 400 CC que reconoce la posibilidad de mantener la situación e comunidad por un período de diez años: “*Esto no obstante, será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención.*”

Sin embargo, esta opción tampoco consiguió satisfacer todas las críticas de la doctrina. El primer inconveniente de esta solución es la interpretación misma del precepto, es decir, si se interpreta que solo es posible una prórroga del pacto de indivisión el interés social y económico de la multipropiedad sigue amenazado.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Art. 400 CC” en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 1.104. Respecto de las prórrogas del pacto de indivisión, la mayoría de la doctrina ha considerado que el Art. 400.2 CC no limita el número de las mismas. “*Lo que impide el CC es una vinculación a permanecer en la comunidad durante más de diez años, pero una comunidad puede tener una duración ilimitada, bien porque los dueños no hacen uso de la acción de división, bien porque se obligan a ello por sucesivas prórrogas cada diez años, que el CC no limita.*” DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial III...*, op.cit., p. 1.038. “*Se ha discutido si la prórroga permitida por el art. 400 es una sola prórroga o cabe más de una. Siempre que se produzcan sucesivas convenciones unánimes de todos los partícipes podrán producirse prórrogas sucesivas, ninguna de las cuales podrá exceder del susodicho plazo de los diez años.*” ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, op.cit., p. 394. “*Considero que no hay razón alguna para estimar que solo haya de ser prorrogable una sola vez el plazo de indivisión. La ley no impone semejante tope. Y que el C.c., art. 400, 2.º, última parte, hable de prórroga por nueva convención (en singular) es evidente que no excluye que pueda haber sucesivamente varios acuerdos de prórroga (cada uno de ellos sería una nueva convención).*” BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes en derecho español*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

p. 341-342. *“Interpretando estrictamente la letra de la ley, debe decirse que la prórroga que el C.c. permite es única”*. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de derecho civil... op.cit.*, p. 195. En el mismo sentido que BELTRÁN DE HEREDIA, SÁNCHEZ ROMÁN afirma que la limitación de la prórroga en un plazo de diez años *“aleja la idea de perpetuidad”*, por lo que parece que también limita el número de convenciones. Otra de las opciones que se planteó la doctrina para evitar que cualquiera de los comuneros pidiera la división de la cosa común fue acudir a la exclusión de la acción de división del Art. 401 CC que impide dividir la cosa si, de hacerla, la cosa resulta inservible para el uso a que se destina. Esta opción no estaba mal encaminada si se tiene en cuenta que es cierto que si uno de los multipropietarios pide la división se frustra el destino económico y social perseguido. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial III...*, *op.cit.*, p. 1.038. La indivisión de la cosa común se conecta con su destino económico que *“debe entenderse en el sentido objetivo, determinado por la naturaleza del objeto.”* MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Art. 401 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 1.106-1.108. La doctrina ha considerado que este Art. no es aplicable al supuesto de la multipropiedad por no ser este caso acorde con los antecedentes históricos del precepto. *“El art. 401 I parece aplicable a aquellos supuestos en los que no cabe venta, además de no ser económica una división material. Existen en efecto muchas cosas que estando al servicio de otras no es que no puedan dividirse materialmente, sino que por sí solas, separadas de su destino, carecen de valor económico o desmerecen mucho, de modo que nadie las compraría. De acuerdo con sus antecedentes el art. 401 se refiere a estas cosas. Respecto de ellas es evidente que no debe existir discrepancia en la improcedencia de la acción de división en cualquiera de sus modalidades, división material o división por venta y reparto del precio”*. En el supuesto concreto de la multipropiedad, MIQUEL GONZÁLEZ afirma que: *“La exclusión de la acción de división en la multipropiedad, en tanto no exista una ley que así lo establezca, no creo que pueda apoyarse, reconocido que se trata de una comunidad, en el art. 401 I, por la delimitación estricta de su ámbito de aplicación conforme a sus antecedentes, sino por carecer de utilidad la acción de división. Crecerá con utilidad y constituirá un ejercicio del derecho contrario a la buena fe, como tal inadmisibles, si, como es de suponer, la parte, esto es el período de cada codueño, obtiene en el mercado una cotización superior a la que corresponda a la parte alícuota de la cosa si se vendiera entera. Si se negocia mejor la parte que el todo, no cabe duda de que exigir la venta de la cosa entera es cuando menos inútil.”*

La última solución que se planteó para salvar el problema de la división de la cosa común en la comunidad de bienes sobre la cual se asienta la multipropiedad fue excluir el ejercicio de la acción de división mediante el recurso de la creación de comunidades de bienes económicamente ventajosas al amparo el Art. 392.2 CC. Es decir, considerando que el legislador dejó abierta la puerta para crear comunidades de bienes que, por perseguir un fin común en beneficio de todos los comuneros, no permitieran el ejercicio de la *actio communi dividundo* por resultar contrario a los intereses perseguidos. *Vid.* RDGRN de 18 de mayo de 1983 (LA LEY 197/1983). La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de mayo de 1983 puede considerarse el precedente para abrir la puerta a la constitución de este tipo de comunidades ventajosas que se crean para la persecución del interés general de los comuneros y, por esta razón, no tendrían que ser vistas con desvalor por el legislador, posibilitando que se excluyera la acción de división en el seno de las mismas por parte de los comuneros. En esta resolución se afirma que: *“Considerando que la distinta naturaleza de una y otra forma de comunidad se manifiesta en que la denominada comunidad incidental proindiviso se caracteriza por la nota de su inestabilidad y que normalmente se origina de un modo involuntario entre los partícipes, y de ahí que el Decreto estimule su desaparición a través de los instrumentos jurídicos adecuados, y muy especialmente mediante la acción de división -Ley 374-, mientras que en la comunidad funcional pactada por la voluntad de quien o quienes la crea, existe un destino común que constituye la finalidad del logro a que tiende, y en tanto subsista esta situación objetiva no cabe el ejercicio de la acción de división sin el acuerdo unánime de los copartícipes, pues ello supondría la destrucción de la comunidad realmente querida.”*

Una vez propuesta la solución de acudir al Art. 392.2 CC para dotar a la multipropiedad de una naturaleza jurídica en base a la comunidad de bienes indivisa, la doctrina coincidió en que la misma solución podría

B) La doble naturaleza jurídica de la multipropiedad en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre

Para juzgar la idoneidad de la opción elegida por el legislador español para dar a la multipropiedad una naturaleza jurídica acorde con su Ordenamiento jurídico, conviene estudiar lo prevenido por la Directiva 94/47/CE⁶¹⁸ al respecto.

aplicarse para evitar el otro inconveniente que la comunidad de bienes presenta, este es el retracto de comuneros reconocido en el Art. 1.522 CC, en virtud del cual cualquier comunero tiene preferencia para adquirir la cuota de otro que la enajena o grava con la finalidad de evitar la entrada de terceros en la comunidad y, así, favorecer la extinción de la comunidad por ir acumulándose las cuotas de copropiedad en manos de los comuneros restantes.

MUNAR BERNAT, P. A., *Presente y futuro de la multipropiedad...*, op.cit., p. 114. “*Si el fundamento último de este derecho de adquisición preferente es favorecer el tráfico económico y evitar la situación de permanencia en una cotitularidad sobre un bien, carece de sentido su existencia en una institución como la que estamos estudiando, en la que, como ya dijimos antes, es más beneficiosa la disposición de la cuota sobre el bien que sobre la totalidad del mismo, además de que tiene vocación hacia el disfrute por un número importante de personas del apartamento: argumento contradictorio con el fin último de este derecho de adquisición preferente que es la acumulación de todo el derecho de propiedad en unas solas manos.*”

⁶¹⁷ BADOSA COLL, F., “La multipropietat com a «règim jurídic immobiliari»”, en CÀTEDRA DE DRET CIVIL CATALÀ “DURAN I BAS”., *Materials de les IV jornades de dret català a Tossa. Règim de la Propietat Col·lectiva Urbana a Catalunya*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988, p. 13-43. Concretamente, el autor define el concepto de régimen jurídico inmobiliario como “*una qualitat jurídica real de l’immoble que contribueix a configurar-lo com a objecte de drets reals i que es fonamenta en una determinada destinació econòmica.*”

Si la multipropiedad es contemplada como un régimen jurídico inmobiliario se está frente a “*una situació objectiva, en què el torn s’eleva a element definitori, amb independència de l’efectiva existència i nombre de cotitulars. Els torns s’assignen immediatament a l’immoble. Com a conseqüència d’aquesta assignació objectiva, la multipropietat ja no és una situació circumstancial i variable resultant de l’existència i nombre de cotitulars i pendent sempre de la voluntat extintiva d’un sol d’ells, sinó una situació dotada de fixesa i que assoleix la categoria de qualitat real del local. És un mode d’organitzar la utilització de l’immoble previ i independent de la presència dels titulars.*” BADOSA COLL, F., “La multipropietat com a «règim jurídic immobiliari»...”, op.cit., p. 37-38.

⁶¹⁸ Directiva 94/47/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio [LA LEY 5963/1994].

Según los considerandos 2º y 3º de la Directiva 94/47/CE se desprende que el legislador comunitario centró su atención en dar seguridad jurídica a los consumidores de este producto vacacional, pues según el primero de los considerandos citados: “*el objetivo de la presente Directiva es la creación de una base mínima de normas comunes que permita garantizar el buen funcionamiento del mercado interior y, a través de ello, la protección de los adquirentes; que es suficiente que dichas normas se refieran a las transacciones contractuales solo en sus aspectos relativos a la información sobre los elementos constitutivos del contrato, a las modalidades de transmisión de dicha información y a los procedimientos y modalidades de resolución*”.

De la exposición de motivos de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, se desprende que el legislador español, ante el debate sobre la naturaleza jurídica de la multipropiedad en el Ordenamiento interno, optó por la creación y regulación detallada del derecho real de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, si bien no fue la única fórmula posible, pues la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, también dejaba abierta la posibilidad de configurar el fenómeno del aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico como una variante del arrendamiento de temporada de la Ley de Arrendamientos Urbanos.⁶¹⁹

Por lo tanto, a primera vista la problemática entorno a la naturaleza jurídica del fenómeno no estaba entre las principales preocupaciones del legislador comunitario, pues la intervención comunitaria, como se ha visto, se limitó a aquellos aspectos que incidían más directamente en la protección del consumidor desde un punto de vista contractual.

En el considerando 3º de la Directiva es donde se decía explícitamente que la naturaleza jurídica que adopte la multipropiedad no es una cuestión problemática de la que se debe ocupar el legislador comunitario y que, debido al gran abanico de posibilidades que se plantearon por la doctrina, es una cuestión que se dejaba a los estados miembros.

En el considerando 3º de la Directiva se dispone: “*Considerando que la naturaleza jurídica de los derechos objeto de los contratos a que se refiere la presente Directiva varía considerablemente entre los Estados miembros; que, por consiguiente, procede referirse de forma sintética a esta diversidad formulando una definición suficientemente amplia de tales contratos, sin que ello suponga una armonización a escala comunitaria de la naturaleza jurídica de los derechos objeto de los mismos*”.

El Art. 1º de la Directiva, después de afirmar que sus disposiciones se ciñen en la protección del consumidor en el campo contractual añade que: “*Sin perjuicio del respeto de las normas generales del Tratado, los Estados miembros conservan su competencia sobre los demás aspectos, entre otras cosas para determinar la naturaleza jurídica de los derechos objeto de los contratos a los que se refiere la presente Directiva.*”

Con base en la libertad que el legislador comunitario dejó a los Estados miembros para escoger la naturaleza jurídica del fenómeno de la multipropiedad que fuera más acorde con su Ordenamiento interno, los legisladores nacionales dieron a la multipropiedad una naturaleza jurídica acorde con su tradición jurídica. Paso entonces a examinar el derecho real de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico que creó el legislador español en base a la Directiva 94/47/CE.

⁶¹⁹ Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (LA LEY 4494/1998). “*La cuestión clave de política legislativa consistía en determinar si debían regularse varias fórmulas institucionales o si se debía limitar su regulación a una sola, dejando fuera de la ley a las demás. Se ha optado por una vía intermedia, consistente en la detallada regulación de un nuevo derecho real de aprovechamiento por turno, permitiendo sin embargo la configuración del derecho como una variante del arrendamiento de temporada, al que resultarán aplicables el conjunto de disposiciones de la Ley en cuanto no contradigan su naturaleza jurídica.*”

MUNAR BERNAT, P. A., *La Regulación Española de la «Multipropiedad»: La Ley de Derechos de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2003. p. 90, 92-93. Sin embargo, no fue esta la opción preferida por el legislador con anterioridad a la promulgación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, puesto que en el anteproyecto de ley de 1996 solo se contemplaba la creación del derecho real de aprovechamiento por turnos y no la variante en forma de arrendamiento.

La opción preferida por el legislador español fue la creación *ex novo*⁶²⁰ del derecho real de aprovechamiento por turnos, que ocupa la mayor parte de la regulación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre.⁶²¹

Vid. Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de 1997. Este órgano consultivo expresa su desacuerdo por no dejar abierta la posible configuración de la multipropiedad como un derecho personal: “*atendiendo a la vocación eminentemente turística y vacacional y a la muy relevante proyección del sector hacia no residentes, [...] que la regulación “ex novo” de un especial régimen de aprovechamiento de bienes inmuebles por turno debería incluir la doble posibilidad de seguir esquemas jurídico-reales o fórmulas jurídico-personales*”. Esta tesis era compartida por la Asociación Nacional de Empresarios de Tiempo Compartido que expresó su disconformidad con la solución adoptada en el anteproyecto de ley de 1996 en la audiencia que le dio el Consejo de Estado en su dictamen: “*existe una considerable diversidad entre los regímenes de aprovechamientos inmobiliarios concurrentes que actualmente existen en nuestro país y de que una amplia mayoría de los constituidos están configurados sobre la base de derechos personales*”.

⁶²⁰ La mayoría de los autores defendieron que el legislador español creara un derecho real atípico hasta el momento. *Vid.* PAU PEDRÓN, A., “El nuevo derecho real de aprovechamiento por turno: su configuración y protección en el Anteproyecto de Ley”, en *DLL*, t. I, 1997, p. 1-9. PAU PEDRÓN, A., “El Derecho real de Aprovechamiento por Turno en la Ley 42/1998”, en *AA.VV.*, *El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en Europa*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, p. 83. MUNAR BERNAT, P. A., “El derecho real de aprovechamiento por turno, la nueva opción legislativa en materia de multipropiedad”, en *RCDI*, nº 647, 1998, p. 1.225. MUNAR BERNAT, P. A., *La Regulación Española de la «Multipropiedad»...*, *op.cit.*, p. 93. HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., “El denominado derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: su peculiar problemática en el marco del actual mercado mundial de timesharing”, en *AC*, t. III, 1998, p. 803-819. LETE ACHIRICA, J., “La configuración de la multipropiedad en España: la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias”, en *AC*, t. I, 1999, p. 130. COSTAS RODAL, L., “La multipropiedad en España: valoración de la Ley 42/1998 sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes inmuebles de Uso Turístico”, en *AC*, t. V, 1999, p. 1.591. Por otro lado, un sector de la doctrina defendió que se estaba ante una variante del derecho real de uso, de habitación, de usufructo o ante un derecho de propiedad especial. *Vid.* FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., “El derecho de uso de bienes inmuebles en el Proyecto de Ley. Especial referencia a su ámbito objetivo”, en *RCDI*, nº 649, 1998, p. 1.836-1.837. DÍEZ-AMBRONA BERDAJÍ, M. D., “Apuntes sobre la multipropiedad”, en *RCDI*, nº 658, 2000, p. 1.440. Para un estudio sobre las semejanzas entre el usufructo y el derecho real de aprovechamiento por turnos de uso turístico, *vid.* CORDERO CUTILLAS, I., *El derecho de aprovechamiento por turno en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 22-32. MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E., “Derechos de aprovechamiento por turno”..., *op.cit.*, p. 7. No todos los autores coincidieron en que la Ley 42/1998 se limitaba a crear un nuevo derecho real limitado. Por el contrario, hay quien sostuvo que desde la óptica colectiva, es decir, tomando en consideración todo el inmueble y no solo la posición individual de los distintos titulares, se podía llegar a la conclusión que la Ley 42/1998 creaba un nuevo régimen jurídico inmobiliario. Este argumento se fundamentaba en las previsiones contenidas en el capítulo II de la ley respecto de la constitución del régimen. Además, este argumento también explicaría que el derecho real de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico no se extinga por consolidación.

⁶²¹ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y GARCÍA ALGUACIL, M^a. J., “Art. 1”, en RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y CAÑIZARES LASO, A., *Multipropiedad y aprovechamiento por turno. Comentarios sistemáticos a la ley sobre derechos de aprovechamiento por turno*, Civitas, Madrid, 2000, p. 70-71.

El Art. 1º de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre disponía que el derecho real de aprovechamiento por turnos: *“atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios.”*

Se trata, por lo tanto, de un derecho real limitado que faculta a su titular para utilizar un inmueble⁶²² por un período de tiempo al año de forma periódica,⁶²³ sin la posibilidad de alterar sus elementos estructurales ni su mobiliario. El derecho real de aprovechamiento por turnos en absoluto guarda ninguna relación con el derecho real de habitación del Art. 524 CC que es personalísimo y que tiene por finalidad atender a las necesidades de vivienda de su titular y de su familia. Además el Art. 525 CC previene que el derecho real de habitación no se puede traspasar por ningún título, mientras que el Art. 15º de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre establecía la transmisibilidad del derecho que creaba.⁶²⁴

Sin embargo, el Art. 1.4º de la ley negaba que el derecho real de aprovechamiento por turnos se extinguiese por consolidación por recaer en el mismo propietario la titularidad

⁶²² RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y GARCÍA ALGUACIL, Mª. J., “Art. 1”, en RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y CAÑIZARES LASO, A., *Multipropiedad y aprovechamiento por turno. Comentarios sistemáticos a la ley sobre derechos de aprovechamiento por turno...*, op.cit., p. 57-58. La Directiva 94/47/CE definía en el Art. 2º lo que se entendía por inmueble a efectos de la misma: *“Todo inmueble o parte de un inmueble para uso de vivienda al que se refiera el derecho objeto del contrato.”* Partiendo de esta definición, la Ley 42/1998 no definió lo que se entendía por “bien inmueble” como lo hace la directiva objeto de transposición. Ante la falta de concreción de la Ley 42/1998, los autores citados consideran que es posible una remisión al Art. 334 CC que ampliaría el ámbito de aplicación de la ley a los nueve supuestos allí contemplados, abarcando, según el Art. 334.9º CC *“Los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa.”* Siempre y cuando tengan un destino turístico.

⁶²³ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y GARCÍA ALGUACIL, Mª. J., “Art. 1”, en RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y CAÑIZARES LASO, A., *Multipropiedad y aprovechamiento por turno. Comentarios sistemáticos a la ley sobre derechos de aprovechamiento por turno...*, op.cit., p. 61. Según estos autores: *“«específico» no significa «fijo». Por lo tanto, nada impide que se pacte que el período de tiempo sea distinto y variable cada año, o cada varios años, siempre que se sepa de antemano cuál va a ser”.*

⁶²⁴ MUNAR BERNAT, P. A., *La Regulación Española de la «Multipropiedad»...*, op.cit., p. 93.

del derecho real y del derecho de propiedad, a diferencia de lo que ocurre con los otros derechos reales limitados que regula el Código civil.⁶²⁵

De acuerdo con lo prevenido por el Art. 1.4º de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, el derecho real de aprovechamiento por turnos grava la totalidad de cada alojamiento del inmueble, en función de si se ha constituido el régimen de propiedad horizontal sobre éste. Con esto se descarta que se forme una comunidad de bienes entre los diferentes cotitulares que se aprovechan periódicamente del mismo inmueble, pues se dice expresamente que: “*El derecho real de aprovechamiento por turno no podrá en ningún caso vincularse a una cuota indivisa de la propiedad, ni denominarse multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad.*”⁶²⁶

Como se ha anticipado, el Art. 1.1º de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre también contemplaba que la multipropiedad se configurara como una variante del arrendamiento por temporada de la LAU.⁶²⁷

⁶²⁵ MUNAR BERNAT, P. A., *La Regulación Española de la «Multipropiedad»...*, *op.cit.*, p. 94-95. Una explicación a esta situación la da MUNAR BERNAT: “*Al respecto habrá que concluir que los derechos reales de aprovechamiento por turno nacen cuando se constituye este régimen jurídico inmobiliario de aprovechamiento por turnos. Una vez constituido este régimen, salvo que se modifique el título constitutivo, tendrá una duración prefijada, y durante todo su plazo de vigencia se mantendrá vivo con independencia de quiénes sean los titulares de los diferentes derechos reales limitados.*” RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y GARCÍA ALGUACIL, Mª. J., “Art. 1º”, en RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y CAÑIZARES LASO, A., *Multipropiedad y aprovechamiento por turno...*, *op.cit.*, p. 92-93. La razón de la exclusión de la consolidación como medio extintivo de este derecho real limitado es la necesidad de subsistencia del propio régimen. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario...*, *op.cit.*, p. 583.

⁶²⁶ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y GARCÍA ALGUACIL, Mª. J., “Art. 1º”..., *op.cit.*, p. 56. Según estos autores, lo que no excluye la norma es que haya varios cotitulares respecto del mismo turno, con la facultad de gozar a la vez el bien dentro del mismo lapso temporal. LORA-TAMAYO, I., MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A., y TENA ARREGUI, R., *Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Legislación comentada*, Sepin, Madrid, 2000, p. 39-41. Un sector doctrinal se opuso a que el fenómeno del aprovechamiento por turnos no pudiera configurarse como un derecho de propiedad pleno, pues si de lo que se trataba era proteger a los consumidores, que mejor que regular este fenómeno como una forma de propiedad, pues el dominio es el derecho que más facultades atribuye a su titular. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario...*, *op.cit.*, p. 583.

⁶²⁷ MUNAR BERNAT, P. A., “Reflexiones sobre algunos aspectos del derecho real de aprovechamiento por turno. La nueva opción legislativa en materia de propiedad, en AA.VV., *El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en Europa*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, p. 72-73.

Se trata de una modalidad residual que introdujo la Ley 42/1998, de 15 de diciembre y que, por esta razón, no se va a estudiar con profundidad porque la opción preferida del legislador y a la que dedicó la mayor parte de su articulado fue el derecho real de aprovechamiento por turnos de bienes turísticos.

C) La naturaleza jurídica de la multipropiedad en la Ley 4/2012, de 6 de julio

El legislador español transpuso la Directiva 2008/122/CE⁶²⁸ al Ordenamiento jurídico español por medio de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por

⁶²⁸ Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio [LA LEY 966/2009].

La Directiva 2008/122/CEE ha supuesto el último intento de la Unión Europea para conseguir una protección efectiva de los consumidores de este tipo de productos vacacionales, toda vez que la Directiva 94/47/CE no había dado lugar a los resultados esperados.

MUNAR BERNAT, P., “Estudio sobre la Directiva 2008/122/CEE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores en los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa e intercambio”, en *Indret*, n° 4, 2009, p. 4-8, en <http://www.indret.com/es/> (visitado el 1 de septiembre de 2015). Señala el autor que pocos meses después que todos los Estados miembros hubieran procedido a la transposición de la Directiva 94/47/CE, varios organismos comunitarios elaboraron informes sobre la aplicación de la citada Directiva, poniéndose de manifiesto las carencias de la misma y la necesidad de una nueva regulación que proporcionase una efectiva protección a los consumidores de este tipo de productos vacacionales.

Entre la doctrina, *vid.* SERRANO CASTRO, M^a. D., “Comentarios al Anteproyecto de la Ley sobre contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles”, en *DLL*, n° 7719, 2011, p. 1-2. ÍNIGUEZ ORTEGA, P., “Aspectos sustantivos del aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de usos turísticos ante la propuesta de directiva europea de 7 de junio de 2007”, en *Revista de análisis turístico*, n° 6, 2008, p. 6-10. FELIU REY, M. I., “La nueva regulación europea de la figura del aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio: la Directiva 2008/122/CE”, *Derecho de los Negocios*, n° 222, 2009, p. 19-21. PUENTE DE PINEDO, L., “Los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico ante la propuesta directiva europea de 7 de junio de 2007”, en *DLL*, n° 6832, 2007, p. 1-5. ANDERSON, M., “La directiva sobre aprovechamiento por turno y la necesidad de transponerla...en un Estado plurilegislativo”, en ARROYO AMAYUELAS, E., (Coord.), *Crónica de Derecho Privado Europeo*, ADC, t. LXIII, 2010, p. 230-232. MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., y FLORES RODRÍGUEZ, J., “Comentarios a la Ley 4/2012, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico”, en *AC*, n° 17/18, 2012, p. 1.735-1.736.

Entre los puntos de la Directiva 2008/122/CE que no han sido objeto de armonización se encuentra la naturaleza jurídica de los productos que entran dentro de su ámbito de aplicación. Aun así, con anterioridad a la promulgación de la Directiva 2008/122/CE hubo diversos intentos por parte de organismos europeos para intentar armonizar la naturaleza jurídica del aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico.

Vid. PARLAMENTO EUROPEO., “Proyecto de informe de Luís Marinho. Seguimiento de la política comunitaria en el ámbito de la protección de los adquirentes de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido”, p. 13 en <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/juri/20011015/448615ES.pdf>. “Recomienda que se

turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.⁶²⁹

De la Exposición de motivos de la Ley 4/2012, de 6 de julio destaca lo dispuesto en el apartado 3º, pues se dispone que se ha procedido a elaborar un texto unificado partiendo de la antigua Ley 42/1998, de 15 de diciembre para adaptarla a las modificaciones introducidas por la Directiva 2008/122/CE.⁶³⁰

Con esto ya se deduce que, respecto de la naturaleza jurídica del aprovechamiento por turno, el legislador parte de la “fórmula intermedia” de la Ley 42/1998, es decir, por un lado se sigue regulando detalladamente el derecho real de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico y, por otro lado, se contempla también que el fenómeno del aprovechamiento por turno revista de una forma personal, como un arrendamiento por temporada. Además, las fórmulas no se agotan aquí, sino que el Art. 23.8º establece que: *“Lo dispuesto en el presente título no es obstáculo para la validez de cualquier otra modalidad contractual de constitución de naturaleza personal o de tipo asociativo, que tenga por objeto la utilización de uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un período de ocupación, constituidas al amparo y en los términos contenidos en las normas de la Unión Europea, en particular, en el Reglamento (CE) n.º 593/2008*

examine la posibilidad de definir la naturaleza jurídica del contrato referente al uso de inmuebles en régimen de tiempo compartido como contrato de consumo conforme al Derecho comunitario”.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos del aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, los productos vacacionales de larga duración, la reventa y el intercambio”, p. 4, en <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:044:0027:0032:ES:PDF>

⁶²⁹ Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias [LA LEY 12141/2012]. Para un crítica de la posición adoptada por el legislador español en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, *vid.* CARRASCO PERERA, A., “Tipos contractuales y modos de elusión en el sistema español de multipropiedad”..., *op.cit.*, p. 46. *“No existían otros modelos de contratos vacacionales de los que el “aprovechamiento real por turno” fuera una especie. En esta tesitura, escapar del régimen jurídico contenido en este modelo comportaba evitar la aplicación de toda la ley, eludir el régimen de protección de la Directiva en los productos de multipropiedad. No existía una red general de protección consumerista en la que el supuesto pudiera caer cuando las partes consiguieran librarse del mamotreto del “aprovechamiento real por turno.”*Teniendo en cuenta lo dispuesto en la Disposición adicional segundo sobre la imperatividad de la ley, se condenaba al ostracismo cualquier otro modelo de tiempo compartido que se configurase en España.

⁶³⁰ MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., y FLORES RODRÍGUEZ, J., “Comentarios a la Ley 4/2012”..., *op.cit.*, p. 1.735.

del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y en los convenios internacionales en que España sea parte.”⁶³¹

Respecto del derecho real de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico creado por la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, puede decirse que la Ley 4/2012, de 6 de julio se ha limitado a la reubicación, sistematización y modificación conforme a las previsiones en materia de protección de los consumidores de la Directiva 2008/122/CE. De esta manera, se ha modificado el plazo de duración del régimen que el Art. 3º de la Ley 42/1998 fijaba entre tres y cincuenta años, mientras que la nueva ley, en el Art. 24º rebaja el mínimo a un año y mantiene el máximo de cincuenta.⁶³²

Alguna novedad más sustancial presenta el Art. 23.6º de la Ley 4/2012 respecto de contrato de arrendamiento vacacional por temporada. El Art. 1.6º de la Ley 42/1998 limitaba el ámbito de aplicación de este contrato cuando fijaba un mínimo de tres temporadas y un máximo de cincuenta para quedar sujeto a las previsiones de la ley. Por el contrario, la Ley 4/2012 ha eliminado esta referencia y estipula que los contratos que tengan por objeto más de una temporada, independientemente que se anticipen o no las rentas correspondientes a algunos a todas las temporadas y “*cualesquiera otras modalidades contractuales de duración superior a un año, que sin configurar un derecho real tengan por objeto la utilización de uno o varios alojamientos para pernoctar más de un período de ocupación, quedarán sujetos a lo dispuesto en este Título*”. Además, se sujetan estos contratos a la legislación general en materia de consumo.⁶³³

⁶³¹ MUNAR BERNAT, P. A., “Estudio sobre la Directiva 2008/122/CEE, de 14 de enero de 2009”..., *op.cit.*, p. 12. Esta remisión a los normas de derecho internacional privado no era extraña en las otras normas de países europeos reguladoras del fenómeno de la multipropiedad, pero sí que no se contemplaba en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre. MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., y FLORES RODRÍGUEZ, J., “Comentarios a la Ley 4/2012”..., *op.cit.*, p. 1.738. Con esta remisión a las normas de derecho internacional privado se pretende flexibilizar la naturaleza jurídica del aprovechamiento por turno, pues se había criticado la limitación de la autonomía privada de los particulares en este aspecto que se restringía a las dos figuras que ya conocemos.

⁶³² MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., y FLORES RODRÍGUEZ, J., “Comentarios a la Ley 4/2012”..., *op.cit.*, p. 1.748.

⁶³³ MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., y FLORES RODRÍGUEZ, J., “Comentarios a la Ley 4/2012”..., *op.cit.*, p. 1.748. Los autores acaban llegando a la conclusión que de poco sirve lo prevenido en el Art. 23.7º de la Ley 4/2012 de declarar nulos los contratos de naturaleza

La previsión del Art. 23.8º de la Ley 4/2012 es congruente con el contexto internacional en el que generalmente se desenvuelve el fenómeno del *timesharing*. De esta forma, los Arts. 17º y 23.8º de la Ley 4/2012 permiten que el fenómeno del aprovechamiento por turnos adopte otras formas contractuales o asociativas más allá del arrendamiento por temporada contemplado en la nueva ley en el Art. 23.6º. No obstante, no resulta aplicable el Reglamento nº 593/2008 cuando el fenómeno del aprovechamiento por turnos se configure como un derecho real porque en este caso prevalece la *lex rei sitae*.⁶³⁴

D) Algunas consideraciones sobre la opción escogida por el legislador español

A pesar que el fenómeno del aprovechamiento por turnos pueda configurarse como un arrendamiento por temporadas o según los esquema de otros países, lo cierto es que la opción que escogió el legislador español y que ocupó la mayor parte de la regulación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre y de la Ley 4/2012, de 6 de julio, fue la de crear un nuevo derecho real, pues de la misma forma procedió el legislador portugués creando el derecho real de habitación periódica, aunque algunos autores consideran que se trata de una adaptación del derecho real de habitación.

Los esfuerzos que pusieron los autores españoles en dar a la multipropiedad una naturaleza jurídica acorde con los principios de otras instituciones del Derecho civil son un reflejo de los debates doctrinales acerca de la naturaleza jurídica de la multipropiedad que conducen al desenlace de la opción escogida por el legislador español, que no es otra que crear un nuevo derecho real y evitar los problemas que planteaba configurar la multipropiedad como una comunidad de bienes indivisa u otras fórmulas, por ejemplo.

personal o real que queden al margen de lo prevenido en el Título II de la ley, pues el propio Art. 23.6º de la Ley 4/2012 dice que quedan dentro de su ámbito de aplicación otras modalidades contractuales y, además, el Art. 23.7º establece como excepción lo dispuesto en el apartado siguiente en referencia a los derechos constituidos de acuerdo con la legislación de un tercer Estado. En el mismo sentido, *vid.* CARRASCO PERERA, A., “Tipos contractuales y modos de elusión en el sistema español de multipropiedad”..., *op.cit.*, p. 55-57.

⁶³⁴ CARRASCO PERERA, A., “Tipos contractuales y modos de elusión en el sistema español de multipropiedad”..., *op.cit.*, p. 55. “No tiene ninguna importancia que el inmueble esté situado en España ni que el promotor sea español. La ley aplicable al contrato será la que libremente elijan las partes, siempre que se asegure que al menos un elemento “relevante” de la relación no esté conectado con la jurisdicción española, para evitar la “atracción” por la *lex rei sitae* que en otro caso impondría el Art. 10.1 del CC en relación con el Art. 3.3 del Reglamento Roma I.”

De esta forma se esquivó el debate que hoy plantean la propiedad temporal y la compartida, toda vez que en la propiedad temporal concurren, como mínimo, dos propietarios, el material y el formal, cuyos derechos recaen sobre el mismo bien, si bien con facultades distintas.

También se ha visto que entre los autores italianos se planteó la opción de considerar la multipropiedad como un supuesto de propiedad temporal, por bien que en la multipropiedad el uso y el goce de los distintos titulares es discontinuo, mientras que en la propiedad temporal del Código civil de Cataluña es continuado hasta la terminación del plazo por el cual fue constituida. Se trata de una tesis de la naturaleza jurídica de la multipropiedad que fue descartada por los problemas doctrinales que planteaba.

La tesis de configurar la multipropiedad de acuerdo con una estructura comunitaria, que es la que sirve de estructura en la propiedad compartida, fue descartada por los inconvenientes que planteaban algunas normas de la comunidad de bienes imperativas que no podían derogarse en el título de constitución por la vía del Art. 392.2 CC. Además, entre los autores españoles no se planteó la opción de la propiedad temporal o cíclica como sí ocurrió en Italia, lo que demostró las reticencias de la doctrina española de reconsiderar la dogmática de la propiedad en la referido a la perpetuidad del dominio.

Ninguno de los países cuyo derecho de propiedad sigue el modelo de la propiedad romana configuró el fenómeno de la multipropiedad como una forma de propiedad temporal, dadas las dificultades para explicar la reversión del dominio a favor de los diferentes titulares una vez llegado el final del turno de cada titular para disfrutar del bien, lo que demuestra las reticencias de los legisladores de los países cuyos códigos civiles que se inspiran en la propiedad del Código francés de 1804 para admitir formas temporales del derecho real de propiedad.

2.2.5. La comunidad especial por turnos del Código civil de Cataluña

A) Naturaleza jurídica

El Código civil de Cataluña regula, entre los Arts. 554-1 y 554-12 CCCat la comunidad especial por turnos que significa la incorporación y la regulación en el Código civil de Cataluña del fenómeno del aprovechamiento por turnos de bienes muebles e inmuebles,

sin que el destino de estos sea específicamente el turismo, pues de lo contrario se estaría invadiendo el ámbito de aplicación de la directiva europea.⁶³⁵

Dicha comunidad se ubica sistemáticamente dentro de Código civil de Cataluña a continuación de la comunidad de bienes ordinaria y, junto con la previsión del Art. 554-8.2 CCCat que determina que la extinción de la comunidad especial por turnos desemboca en la creación de una comunidad ordinaria, demuestra que el legislador de Cataluña se inclinó por la opción comunitaria en cuanto a la naturaleza jurídica de esta comunidad, si bien con el calificativo de “especial” por ser determinante en ella el uso del bien por los comuneros de forma discontinua y periódica y por la exclusión de ejercicio de la acción de división.⁶³⁶

Se trata de una especie de “comunidad funcional atípica”, pues el legislador de Cataluña, en el Art. 554-1.d) CCCat, excluye el ejercicio de la acción de división y del retracto legal de comuneros en el seno de esta comunidad especial de bienes. La opción elegida por el legislador de Cataluña tiene su base en la Resolución de la Dirección general de los Registros y del Notariado de 18 de mayo de 1983 que fue la base de la construcción de la teoría de la comunidad funcional atípica de la multipropiedad y,

⁶³⁵ Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals (LA LEY 5055/2006). Del Preàmbulo de la ley se desprende el afán del legislador catalán de no invadir el ámbito de aplicación de la Directiva 94/47/CE entonces vigente: “*El capítol IV conté una regulació de la comunitat especial per torns, que és diferent de la regulació dels torns d'apartaments per a vacances que regeix la Directiva 94/47/CE, del 26 d'octubre, i que hi és compatible, perquè aquest capítol es limita a béns unitaris i exclou de manera expressa l'aplicació als supòsits a què fa referència la normativa europea.*” PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Institucions...*, op.cit., p.433.

⁶³⁶ ANDERSON, M., *El dret civil català davant la transposició de la directiva 2008/122, relativa a certs aspectes contractuals de l'aprofitament per torns de béns mobles i immobles*, en Centre d'Estudis Jurídics i de Formació Especialitzada, Barcelona, 2010, p. 22. GONZÁLEZ BOU, E., “La comunitat especial per torns”, en *La notaria*, nº 41, 2007, p. 143-144. “[...] *el factor temps es converteix en l'element determinant del repartiment de l'aprofitament entre els titulars.*” PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Institucions...*, op.cit., p.437.

SAP Girona de 5 de marzo de 2013 [LA LEY 40057/2013]. “*La multipropiedad puede definirse como la copropiedad que implica el aprovechamiento en un periodo de tiempo determinado que debe compatibilizarse con los restantes propietarios. Se distingue de la comunidad ordinaria, entre otras cosas, en que no cabe el ejercicio de la acción de división, pues la división que ésta persigue no es posible en tanto cada propietario lo es de forma plena respecto de una unidad temporal, es decir, la división ya se ha producido.*” STSJC de 10 de marzo de 2014 [LA LEY 45266/2014]. “*En la llamada multipropiedad, como en la propiedad horizontal no se da el retracto de comuneros ni la acción de división, porque en esos regímenes de la propiedad lo característico es que el dominio o derecho sobre cada una de las unidades inmobiliarias -los períodos, los pisos y locales- constituye, con su anejo inseparable, el derecho de participación en los elementos comunes, una sola unidad jurídica*”

posteriormente, esta forma de configurar el fenómeno multipropietario fue acogida nuevamente en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de marzo de 1993.⁶³⁷

Por lo tanto, con base en la exclusión del ejercicio de la acción de división y del retracto legal de comuneros, la doctrina ha defendido que la comunidad especial por turnos reviste la forma de una comunidad funcional atípica y, en consecuencia, el Código civil de Cataluña no admite otras formas para configurar el fenómeno del aprovechamiento por turnos más allá de esta forma de carácter real.⁶³⁸

Ahora bien, aunque el Código civil de Cataluña no lo disponga expresamente, algunos autores han defendido que la creación de una comunidad de bienes funcional sobre un inmueble conlleva la creación de un nuevo régimen jurídico inmobiliario que opera sobre la base de una comunidad ordinaria subyacente.⁶³⁹

⁶³⁷ RDGRN de 4 de marzo de 1993 (LA LEY 599-RN/1993). En el Fundamento jurídico 6º se dispone lo siguiente: “*En la llamada multipropiedad, como en la propiedad horizontal no se da el retracto de comuneros ni la acción de división, porque en esos regímenes de la propiedad lo característico es que el dominio o derecho sobre cada una de las unidades inmobiliarias -los períodos, los pisos y locales- constituye, con su anejo inseparable, el derecho de participación en los elementos comunes, una sola unidad jurídica: El derecho de participación en los elementos comunes no puede tener vida autónoma sino el mismo destino jurídico que el dominio o derecho con el que inseparablemente se integra. Si no hay, pues, retracto de comuneros ni -mientras dure la multipropiedad- acción de división, es porque propiamente no hay comunidad en el mismo dominio o derecho (del que el derecho de participación es solo un ingrediente inescindible) pues cada uno recae sobre una distinta unidad inmobiliaria. Terminada la multipropiedad renacerá, con toda su fuerza, la acción de división porque es de interés público facilitar la terminación de la situación socialmente indeseable que implicaría el consiguiente condominio (que tan frecuentemente supondrá la muerte económica del inmueble a él sujeto).*” Para el análisis de esta resolución, *vid.* DE LOS MOZOS, J. L., “Comentario a la RDGRN de 4 de marzo de 1993”, en *RDP*, t. II, 1993, p. 1.201-1.205.

⁶³⁸ GONZÁLEZ BOU, E., “La comunitat especial per torns”..., *op.cit.*, p. 144, 147. LUCAS ESTEVE, A., *Dret Civil català. Drets reals. Possessió, propietat i situacions de comunitat*, t. I, v. I, Bosch, Barcelona, 2015, p. 321-322. De acuerdo con ANDERSON, el autor defiende que la exclusión de la acción de división y del retracto de comuneros; la creación de una comunidad de bienes ordinaria en el caso de extinción de la comunidad especial por turnos y la ubicación sistemática en el Código civil de Cataluña conducen a pensar en que el legislador catalán crea una comunidad funcional atípica.

⁶³⁹ ANDERSON, M., *El dret civil català davant la transposició de la directiva 2008/122...*, *op.cit.*, p. 23. ANDERSON, M., “La directiva sobre aprovechamiento por turno y la necesidad de transponerla...en un Estado plurilegislativo”..., *op.cit.*, 240. GONZÁLEZ BOU, E., “La comunitat especial per torns”..., *op.cit.*, p. 149-150. GETE-ALONSO CALERA, M^a. Del C., “Panorámica general de la configuración de la comunidad especial por turnos en el Código civil de Cataluña”, en GARRIDO MELERO, M., (Coord.), *La regulación de la propiedad horizontal y las situaciones de comunidad en Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 158-162, 172. PÉREZ RIVARÉS, J. A., “La utilidad de la

La creación de un nuevo régimen jurídico inmobiliario se justifica por el elevado número de titulares cuyos derechos recaen sobre el mismo inmueble, en la comunidad de bienes catalana no hay la creación de un derecho real limitado que grave la titularidad de un propietario, ni tampoco una empresa de servicios que se encargue del mantenimiento del edificio. Si el régimen jurídico inmobiliario de la propiedad horizontal se fundamenta en la necesidad de organización del aprovechamiento por los diferentes propietarios de los bienes comunes, en la comunidad de bienes catalana este problema se agrava por no mediar un empresario que se dedique a las tareas de mantenimiento del inmueble.⁶⁴⁰

B) Algunas consideraciones sobre la opción escogida por el legislador de Cataluña

El legislador de Cataluña reguló la comunidad especial por turnos del Código civil de Cataluña tomando como base las premisas de la comunidad de bienes indivisa, pero excluyendo, por el Art. 554-1 CCCat, el ejercicio de la acción de división y el retracto de comuneros, que fueron dos de los principales problemas que encontró la doctrina española en el intento de configurar la multipropiedad siguiendo el esquema de la comunidad de bienes indivisa.

La opción de crear una comunidad de bienes funcional atípica hasta el momento también se contempló por la doctrina española con base en la RDGRN de 18 de mayo de 1983 que reconoció la posibilidad de crear una comunidad en la cual se excluía el ejercicio de la acción de división por los comuneros.⁶⁴¹

regulación catalana del timeshare en proyectos inmobiliarios y turísticos”, en VALLE ZAYAS, J., PÉREZ RIVARÉS, J. A., y SALELLES, J. R., *Estudios sobre derecho de la empresa en el Código civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2013, p. 262. Sobre la constitución de la multipropiedad como un nuevo régimen jurídico inmobiliario, *vid.* BADOSA COLL, F., “La multipropietat com a «règim jurídic immobiliari»”..., *op.cit.*, p. 26-45.

⁶⁴⁰ ANDERSON, M., “La directiva sobre aprovechamiento por turno y la necesidad de transponerla”..., *op.cit.*, 240.

⁶⁴¹ *Vid.* RDGRN de 18 de mayo de 1983 [LA LEY 197/1983]. “Considerando que la distinta naturaleza de una y otra forma de comunidad se manifiesta en que la denominada comunidad incidental proindiviso se caracteriza por la nota de su inestabilidad y que normalmente se origina de un modo involuntario entre los partícipes, y de ahí que el Decreto estimule su desaparición a través de los instrumentos jurídicos adecuados, y muy especialmente mediante la acción de división -Ley 374-, mientras que en la comunidad funcional pactada por la voluntad de quien o quienes la crea, existe un destino común que constituye la finalidad del logro a que tiende, y en tanto subsista esta situación

De esta forma, el legislador de Cataluña también creó una figura atípica hasta el momento para encauzar el fenómeno del aprovechamiento por turnos, basada en la exclusión del ejercicio de la acción de división y el retracto de comuneros y en el uso temporal y discontinuo del bien, aunque la opción escogida se basa en una adaptación de la comunidad de bienes indivisa al supuesto de la multipropiedad, mientras que la opción de crear un nuevo derecho real que siguió el legislador estatal no guarda ninguna relación con otra institución del Código civil, puesto que fue creado *ex novo*.

En el caso de la propiedad compartida, el legislador de Cataluña ha vuelto a tomar como base el esquema de la comunidad de bienes indivisa para crear un nuevo tipo de comunidad en el cual el uso del bien es atribuido en exclusiva, generalmente, al comunero que tiene una menor cuota del dominio, mientras que el comunero que tiene la cuota mayoritaria puede disponer de su derecho y percibe una contraprestación económica por no poder gozar ni usar del bien.

La base comunitaria de la propiedad compartida se afirma en el propio preámbulo de la LPTPC y, además, el Art. 556-3 CCCat prevé la aplicación de las normas de la comunidad de bienes en la medida que esto sea compatible con la naturaleza de la propiedad compartida.

En consecuencia, las comparaciones entre la propiedad compartida y la comunidad especial por turnos con la comunidad de bienes indivisa no son forzadas, toda vez que las dos primeras se rigen supletoriamente por las normas de esta última en la medida en que esto sea posible.

La consideración de la comunidad especial por turnos como un desarrollo de la comunidad ordinaria indivisa del Art. 552-1 CCCat y la falta de reproches de inconstitucionalidad por la vulneración de la doctrina de los derechos civiles forales del Art. 149.1.8^a CE, parece conducir a la conclusión de que a la propiedad compartida, precisamente por su base comunitaria, tampoco puede reprochársele su constitucionalidad, sin perjuicio de entrar en el estudio de esta cuestión en el siguiente capítulo en los epígrafes dedicados a la crítica constitucional de esta nueva comunidad especial de bienes.

objetiva no cabe el ejercicio de la acción de división sin el acuerdo unánime de los copartícipes, pues ello supondría la destrucción de la comunidad realmente querida.”

2.3. *Instituciones de naturaleza personal*

2.3.1. La cláusula de reserva de dominio. Las teorías sobre su naturaleza jurídica

La cláusula de reserva de dominio es un pacto de naturaleza obligacional en virtud del cual el vendedor se desprende de la posesión de la cosa vendida, que es entregada al comprador, pero se reserva el dominio que será transmitido al comprador en un momento posterior. Generalmente se trata de un contrato de compraventa en el cual todo o parte del precio ha quedado aplazado y el vendedor utiliza esta cláusula como una garantía de que el dominio de la cosa estará en sus manos hasta que se satisfaga la totalidad del precio.⁶⁴²

La doctrina ha elaborado diferentes teorías para determinar el estatuto jurídico de ambas partes del contrato hasta que la totalidad del precio sea satisfecho. La primera de las cuales se basa en considerar la reserva de dominio como una condición suspensiva y la segunda como una cláusula resolutoria.

A) La cláusula de reserva de dominio como condición suspensiva

Según esta interpretación, la cláusula de reserva de dominio actúa como una garantía del pago íntegro del precio.⁶⁴³

Esta teoría puede plantear la duda de si la relación jurídico-obligatoria existe en sí misma considerada, con lo que la cláusula de reserva de dominio afectaría solo a su eficacia o si, por el contrario, la relación entre las partes empieza en el momento de completarse el pago del precio.

En este punto, la doctrina ha coincidido ampliamente en afirmar que los sujetos involucrados en este tipo de contratos se encuentran vinculados desde la concurrencia

⁶⁴² DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. IV...*, op.cit., p. 62-63. La jurisprudencia del Tribunal Supremo se posicionó, a principios del siglo pasado, a favor de la admisibilidad de esta cláusula. En esta obra se cita la STS de 20 de marzo de 1930. “este TS, en su jurisprudencia, desde el año 1906 a la fecha, viene declarando que el pacto de reserva de dominio por el que, el que enajena una cosa, le retiene hasta el pago total del precio por quien la adquiere [...] no solo es perfectamente válido y moral”.

⁶⁴³ SOTO NIETO, F., *Derecho vivo: jurisprudencia comentada*, t. II, Revista de Derecho Judicial, Madrid, 1970, p. 475. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de venta a plazos de bienes muebles*, Montecorvo, S. A., Madrid, 1977, p. 123, 172. Se trata de un contrato de naturaleza real que se perfecciona con la entrega de la cosa al comprador y el pago de una parte del precio (desembolso inicial).

de sus respectivas declaraciones de voluntad que forman el nexo contractual y que el pago de precio solo desplazaría en un momento posterior la eficacia de la relación.⁶⁴⁴

Para el caso particular de la cláusula de reserva de dominio, BALDO DEL CASTAÑO indica que “*no hay que caer en el espejismo de que la posible subordinación de algún efecto de la venta a la conducta futura del comprador equivalga a que la relación obligacional perfectamente constituida quede en cuanto a su perfección también subordinada a dicho acontecimiento futuro*”.⁶⁴⁵

En consecuencia, lo que hace la cláusula de reserva de dominio configurada como una condición suspensiva es posponer para un momento ulterior la transmisión de la propiedad según la teoría del título y del modo.⁶⁴⁶

A esta teoría se le han hecho, básicamente, dos objeciones. La primera de ellas es que el precio, como elemento esencial del contrato de compraventa, no puede constituir una condición del mismo y la segunda se basa en el Art. 1.115 CC que establece que cuando el cumplimiento de la condición depende exclusivamente de la voluntad del deudor es nula.⁶⁴⁷

Para salvar estos inconvenientes la doctrina italiana⁶⁴⁸ defendió una posición interesante que se basa en que el contrato de compraventa celebrado bajo condición suspensiva produce todos sus efectos desde el nacimiento de la relación jurídica entre el acreedor y

⁶⁴⁴ ALBADALEJO GARCÍA, M., *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 231. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *La reserva de dominio*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 49-50.

⁶⁴⁵ BALDO DEL CASTAÑO, V., *Régimen jurídico de las ventas a plazos. Particular estudio de sus garantías*, Tecnos, Madrid, 1974, p. 142.

⁶⁴⁶ RIVERA FERNANDEZ, M., *La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 30. SOTO NIETO, F., *Derecho vivo: jurisprudencia comentada...*, *op.cit.*, p. 475.

⁶⁴⁷ BALDO DEL CASTAÑO, V., *Régimen jurídico de las ventas a plazos...*, *op.cit.*, p. 140-141. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *La reserva de dominio...*, *op.cit.*, p. 50. DE ANDUIZA, J., *La venta a plazos con reserva de dominio*, Talleres Espasa-Calpe, Madrid, 1934, p. 55-57. Respecto de estas objeciones, este autor considera que no hay ningún problema en que un elemento del contrato pueda constituir una condición del mismo y que el cumplimiento de la condición no depende exclusivamente de la voluntad del deudor.

⁶⁴⁸ FERRARA-SANTAMARÍA, M., *La vendita a rate con riserva di proprietà*, Jovene, Napoli, 1934, p. 65-66, 72. GASCA, C. L., *La compraventa civil y comercial, ob. trad. por SANTACRUZ TEJEIRO, J., y VICENTE GELLA, J.*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931, p. 22-24.

el deudor y que la cláusula de reserva de dominio solo afecta a la transmisión de la propiedad. Esta doctrina fue seguida por algunos mercantilistas españoles⁶⁴⁹ a raíz de algunas sentencias del Tribunal Supremo.⁶⁵⁰

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha seguido desde sus inicios esta teoría en la mayor parte de sus sentencias.⁶⁵¹

De todo lo expuesto puede concluirse que, según la teoría de la condición suspensiva, el pago del precio en el contrato de compraventa con pacto de reserva de dominio “*no constituye condición suspensiva para la perfección de la compraventa, por cuanto que de él no depende el nacimiento de las obligaciones propias del contrato, consistentes en entregar la cosa y pagar el precio.*”

⁶⁴⁹ BLANCO CONSTANS, F., *Estudios elementales de Derecho mercantil*, Reus, Madrid, 1945, p. 63-64. GARRIGUES WALKER, J., *Tratado de Derecho mercantil*, t. III, v. I, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1963, p. 384. LANGLE, E., *Manual de Derecho Mercantil Español*, t. III, Bosch, Barcelona, 1959, p. 198-199. En contra se posicionó este autor, pues según él, la teoría de la condición suspensiva tiene un error “*porque no queda pendiente el contrato de un acontecimiento futuro e incierto, sino que nacen con él sus efectos obligacionales. Ni siquiera puede ser referida la condicionalidad al tránsito del dominio, pues éste solo se produce al pagar el último plazo (ex nunc) y no es que impida definitivamente la transferencia del derecho por depender de una condición suspensiva, sino que permite obtener la resolución del contrato por incumplimiento.*”

⁶⁵⁰ BALDO DEL CASTAÑO, V., *Régimen jurídico de las ventas a plazos...*, *op.cit.*, p. 144. En esta obra se cita la STS de 11 de marzo de 1929: “*El repetido convenio de no quedar transferido al comprador el dominio de la cosa hasta el completo pago del precio envuelve sustancialmente una verdadera condición suspensiva; afecta no a la perfección, pero sí a la consumación.*” MONTÁNCHEZ RAMOS, M., *Algunas reflexiones respecto del pacto de reserva de dominio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, p. 130-131. *Vid.* STS de 10 de junio de 1958.

⁶⁵¹ STS de 15 de marzo de 1934 [Repertorio de Jurisprudencia, t. III, Aranzadi, Pamplona, 1934, p. 219-221]: “*dan lugar con frecuencia al «pactum reservati dominii», que no constituye condición suspensiva de su perfección por cuanto de él no depende el nacimiento de las obligaciones propias de la compraventa, obligación de entregar la cosa y obligación de pagar el precio, sino que afecta a la consumación del discutido contrato, y consiste en una estipulación expresa de las partes por virtud de la que el dominio de la cosa no se transfiere al comprador mientras no se realice el pago total del precio*”. STS de 19 de mayo de 1989 [LA LEY 288-JF/0000]. “*el pacto de reserva de dominio, reconocido en cuanto a su validez por la doctrina uniforme de esta Sala (SS 16 Feb. 1894, 6 Mar. 1906, 30 Nov. 1915, 10 Jun. 1958, 10 Ene. y 11 Mar 1959, 11 Jul. 1983), y por virtud del cual, en el contrato de compraventa, el vendedor no transmite al comprador el dominio de la cosa vendida hasta que éste le pague por completo el precio convenido, viene a constituir simplemente, como cualquiera otra de las varias que pueden utilizarse con ese fin, una garantía del cobro del precio aplazado, cuyo completo pago actúa a modo de condición suspensiva de la adquisición por el comprador del pleno dominio de la cosa comprada.*” En el mismo sentido, *vid.* STS de 10 de mayo de 1990 [LA LEY 21114-JF/0000].

*Dicho pacto afecta a la consumación del contrato de compraventa y consiste en una estipulación expresa de las partes por virtud de la cual el dominio de la cosa no se transfiere al comprador mientras no se realice el pago total del precio, viniendo a constituir simplemente una garantía del pago, pero sin que por ello se desnaturalice el concepto jurídico de la compraventa ni se prive a los contratantes del derecho a exigir recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato.”*⁶⁵²

Es esta la teoría que sigue la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque en paralelo se desarrollaron otras teorías para explicar la dinámica de funcionamiento y la naturaleza jurídica de la cláusula de reserva de dominio.⁶⁵³

B) La cláusula de reserva de dominio como término

Como reacción a los inconvenientes que presentaba la teoría de la condición suspensiva, un sector doctrinal desarrolló la teoría del término suspensivo.

Esta teoría fue ideada por el italiano ASCOLI y se basa en considerar la compraventa con pacto de reserva de dominio como una venta perfecta desde el momento en que se perfecciona el contrato, pero la transmisión de la propiedad tiene lugar en un momento posterior hasta el pago total del precio. Con base en esta construcción doctrinal, el pago del precio opera como un término y no como una condición suspensiva porque es la voluntad de las partes comprar y vender respectivamente y diferir la transmisión de la propiedad a un determinado día, el día del pago del último plazo del precio, es decir, un día cierto que actúa como un término y no como una condición suspensiva.⁶⁵⁴

⁶⁵² BALDO DEL CASTAÑO, V., *Régimen jurídico de las ventas a plazos...*, *op.cit.*, p. 148-149.

⁶⁵³ MONTÁNCHEZ RAMOS, M., *Algunas reflexiones respecto del pacto de reserva de dominio...*, *op.cit.*, p. 139-140.

⁶⁵⁴ BALDO DEL CASTAÑO, V., *Régimen jurídico de las ventas a plazos...*, *op.cit.*, p. 166. A esta teoría también se le han hecho numerosas críticas. En particular se ha tratado de poner en evidencia la falta de solidez de la misma con las facultades de disposición del vendedor. Es decir, si se afirma que durante la pendencia del pago de la totalidad del precio el vendedor tiene plenas facultades de disposición de la cosa y que lo único que ha hecho es ceder el uso y el goce de la cosa, habrá de concluirse que se trata de una promesa de venta. Si se reconoce que el vendedor no tiene facultades de disposición sobre la cosa habrá de concluirse que la propiedad permanece en el vendedor. MONTÁNCHEZ RAMOS, M., *Algunas reflexiones respecto del pacto de reserva de dominio...*, *op.cit.*, p. 130-131. RIVERA FERNANDEZ, M., *La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio...*, *op.cit.*, p. 33. “Bajo ningún concepto podemos ver en la reserva de dominio una venta a término, tal y

Esta teoría tenía el inconveniente que, como la condición suspensiva, la adquisición del dominio por el comprador se producía en el momento del pago de la totalidad del precio, es decir, “ex nunc” y no desde el momento de la celebración de la venta como correspondería por el efecto típico retroactivo del plazo suspensivo, con lo que la doctrina desarrolló nuevas teorías que pivotarían sobre la protección del comprador.⁶⁵⁵

C) La cláusula de reserva de dominio como condición resolutoria

Esta teoría se opone a la que se ha visto en primer lugar, pues el comprador adquiere la propiedad desde un primer momento y el pago del precio actúa como una condición resolutoria ante el impago de la totalidad del precio. En otras palabras, el comprador adquiere la propiedad desde el inicio de la relación obligatoria y si no cumple con su obligación de pagar la totalidad del precio, la reserva de dominio tiene una eficacia claudicante del negocio jurídico.⁶⁵⁶

Esta teoría no satisface a la doctrina, puesto que ésta supone un debilitamiento excesivo de la posición del vendedor porque si desde el perfeccionamiento del negocio jurídico se transmite la propiedad, aquél quedaría desprotegido frente a terceros acreedores de buena fe del comprador.⁶⁵⁷

como define ASCOLI. Ello, por la simple razón de que el pago del precio carece de las características propias del término, ya que es un «incertus an» e «incertus quand»”.

⁶⁵⁵ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *La reserva de dominio...*, *op.cit.*, 50-51.

⁶⁵⁶ CASAS VALLES, R., “La reserva de dominio en la venta de inmuebles”, en *RJC*, nº 3, 1986, p. 646-647. “*el vendedor que, ante el impago y con la eficacia propia del mecanismo condicional, puede recuperar la propiedad, no hay duda de que, en cierto modo, se la ha reservado. [...] el vendedor dispone de una eficacísima garantía erga omnes: la resolutoria; el comprador ve reconocida su condición de propietario, por más que anómalo y amenazado de resolución*”.

MONTÉS PENADÉS, V. L., “Comentario al Art. 1.113 CC”, en ALBADALEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, v. I, EDERSA, Madrid, 1986, p. 1.017-1.038. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *La reserva de dominio...*, *op.cit.*, 51. El detonante del cambio de orientación se produjo gracias a la jurisprudencia de los tribunales que concedían al comprador la acción de tercería de dominio para levantar los embargos trabados sobre la cosa vendida por los acreedores del vendedor, con lo que se colocaba al comprador en una posición de tercerista análoga a la del propietario.

⁶⁵⁷ RIVERA FERNANDEZ, M., *La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio...*, *op.cit.*, p. 33. BALDO DEL CASTAÑO, V., *Régimen jurídico de las ventas a plazos...*, *op.cit.*, p. 151. También se discute que una condición contraria al Derecho como es el impago del precio pueda ser una verdadera condición de la cual penden los efectos de un contrato de compraventa. CASSO ROMERO, I., “La compraventa a plazos con reserva de dominio”, en *Conferències de dret civil, mercantil i fiscal. Reedició dels cicles 1941-1954*, Col·legi de Notaris de Catalunya,

Además, con la teoría de la condición resolutoria se vulneraba la autonomía privada, puesto que las cláusulas de reserva de dominio seguían diciendo que la propiedad de la cosa seguía siendo del vendedor hasta el pago de la totalidad del precio.⁶⁵⁸

D) La cláusula de reserva de dominio como un derecho real de garantía

Esta teoría fue expuesta por el autor alemán BLOMEYER y fue introducida en la doctrina española por RODRIGO BERCOVITZ.⁶⁵⁹

Se trata de una teoría que tiene cabida en el Ordenamiento jurídico español porque en España se adoptó la figura de la prenda sin desplazamiento de la posesión por la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión de 16 de diciembre de 1954.⁶⁶⁰ Además, la publicidad de la cláusula de reserva de dominio podía asegurarse a través de la creación de un registro público para sustituir el desplazamiento característico del derecho real de prenda, con lo que las cláusulas de reserva de dominio se dotarían de publicidad ante terceros.⁶⁶¹

Sin embargo, el pago o no de la totalidad del precio aplazado también tendría un papel fundamental en esta teoría y, por lo tanto, la cláusula de reserva de dominio seguiría teniendo una eficacia condicional: *“Se trata de una condición suspensiva, puesto que el propietario de la prenda mantiene su plena titularidad hasta el momento de la ejecución. Lo que implicará que, [...], dicho propietario [...] conservará una titularidad sobre la cosa sometida a condición resolutoria. Es decir, que tal*

Barcelona, 2011, p. 17. Según este autor, el pacto de reserva de dominio configurado como una condición resolutoria *“se destruye en principio la razón técnico jurídica de ese pacto.”*

⁶⁵⁸ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *La reserva de dominio...*, op.cit., 52.

⁶⁵⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Editorial moneda y crédito, Madrid, 1971, p. 45-48. *“De acuerdo con esos presupuestos, la reserva de dominio es un derecho real de garantía del crédito del vendedor [...] que recae sobre la cosa vendida y entregada al comprador.”* En particular, BERCOVITZ considera que el derecho real de prenda tiene una función económica equiparable a la de la cláusula de reserva de dominio y que el legislador no tiene que crear un nuevo derecho real.

⁶⁶⁰ *Vid.* Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión [LA LEY 46/1954].

⁶⁶¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La cláusula de reserva de dominio...*, op.cit., p. 52.

construcción solo será asimilable a la tradición con reserva de dominio si se admite que ésta es una tradición bajo condición suspensiva.”⁶⁶²

Según esta teoría, el vendedor conserva la propiedad de la cosa vendida hasta el pago de la totalidad del precio y, al mismo tiempo, el pago de la totalidad del precio es una condición resolutoria porque en caso de impago de la totalidad del precio se faculta al vendedor para la realización forzosa de la cosa.⁶⁶³

No obstante, a esta teoría se le han hecho algunas críticas relacionadas sobre todo con la diferente función económica de las mismas.⁶⁶⁴

E) La teoría de la duplicidad de dominios

Las teorías que anteriormente se han expuesto fueron criticadas por la doctrina y CANO MARTÍNEZ DE VELASCO elaboró su teoría de la duplicidad de dominios en base a ciertas premisas de las teorías mayoritarias, éstas son la de la condición suspensiva y resolutoria.⁶⁶⁵

La teoría defendida por CANO MARTÍNEZ DE VELASCO descansa sobre la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, en particular con base en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1989: *“se somete a la resolución de esta Sala un mismo y único problema, cual es el de si el comprador de un bien inmueble [...], a precio aplazado y con pacto de reserva de dominio a favor del vendedor hasta que quede totalmente pagado el precio, que se halla en la posesión del inmueble comprado, por habérselo entregado el vendedor y que va cumpliendo exacta y puntualmente su obligación de pago en los respectivos vencimientos de los plazos estipulados, puede ejercitar la acción de tercería de dominio ante un embargo trabado, antes del*

⁶⁶² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles...*, op.cit., p. 47-48.

⁶⁶³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La cláusula de reserva de dominio...*, op.cit., p. 47.

⁶⁶⁴ ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1972, p. 368-371. *“Mas debe decirse, por otra parte, que transformar la reserva de dominio en un derecho de prenda es aniquilar una cláusula de indudable tradición e importante cometido. Prenda y reserva de dominio son instituciones incompatibles, incluso contradictorias.”* CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *La reserva de dominio...*, op.cit., 52-54. En este sentido, al vendedor no le es igual ser propietario que acreedor pignoraticio, puesto que éste último no puede reivindicar la cosa y recuperar la posesión, sino que solo puede realizar la prenda o resolver la venta.

⁶⁶⁵ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *La reserva de dominio...*, op.cit., 48-58.

vencimiento de todos los referidos plazos, sobre dicho inmueble por un acreedor del vendedor para el cobro, por la vía de apremio, de las deudas que éste tiene contraídas en favor de ese acreedor. La solución que corresponde al enunciado problema, pese a las vacilaciones doctrinales e incluso jurisprudenciales acerca del mismo, entendemos que ha de ser afirmativa, y ello con base en las consideraciones siguientes: a) La acción de tercería de dominio, que no puede ser identificada con la reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella, tiene por finalidad principal no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo (SS 29 Oct. 1984, 15 Feb. 1985, 21 Feb. y 9 Jul. 1987, 11 Abr. 1988) o, lo que es igual, sustraer de un procedimiento de apremio bienes no pertenecientes al patrimonio del apremiado (SS 8 May. 1986, 9 Jul. 1987, 12 Feb. 1988), ya que el embargo de bienes del deudor solo puede recaer sobre los que éste realmente tenga y que estén incorporados a su patrimonio en tal momento (SS 29 Nov. 1962, 14 Dic. 1968, 13 Dic. 1982). b) Aunque carente de regulación legal [...], el pacto de reserva de dominio, reconocido en cuanto a su validez por la doctrina uniforme de esta Sala (SS 16 Feb. 1894, 6 Mar. 1906, 30 Nov. 1915, 10 Jun. 1958, 10 Ene. y 11 Mar 1959, 11 Jul. 1983), y por virtud del cual, en el contrato de compraventa, el vendedor no transmite al comprador el dominio de la cosa vendida hasta que éste le pague por completo el precio convenido, viene a constituir simplemente, como cualquiera otra de las varias que pueden utilizarse con ese fin, una garantía del cobro del precio aplazado, cuyo completo pago actúa a modo de condición suspensiva de la adquisición por el comprador del pleno dominio de la cosa comprada. Durante el período de la pendencia de la expresada condición (*pendente conditione*), determinado dicho período por los sucesivos vencimientos de los plazos estipulados, se produce esta doble situación jurídica: por una parte, y desde el lado del comprador, éste, si bien adquiere normalmente, con la posesión de la cosa, el goce de ella, carece en absoluto de poder de disposición o facultad transmisiva (voluntaria o forzosa) de la misma a un tercero, por lo que si, antes de haber completado el pago, dispone voluntariamente de ella o se ve forzado a tal transmisión (a virtud de procedimiento de apremio promovido contra él por sus propios acreedores), el vendedor, con base en el citado pacto de reserva de dominio, podrá ejercitar las acciones procedentes [...]; por otra parte, y desde el lado del vendedor, éste, pese al expresado *pactum reservati domini*, carece igualmente de poder de disposición o facultad de transmisión (voluntaria o forzosa) de la cosa a tercero, mientras que el comprador esté dando cumplimiento a la obligación

*de pago aplazado al llegar los sucesivos vencimientos de los plazos convenidos, de tal manera que si, durante el expresado período de pendencia de la condición, el vendedor dispone voluntariamente de la cosa en favor de tercero o se ve forzado a ello, a virtud de procedimiento de apremio seguido contra el mismo por sus propios acreedores, el comprador, que se halla en la posesión y disfrute de la cosa y viene realizando todos los actos a que está obligado para que la condición pueda cumplirse (el pago fraccionado del precio en los plazos pactados), no puede quedar inerte e indefenso ante esa situación a la que es totalmente ajeno [...], y ello no solo porque lo impedirían elementales razones de equidad (art. 3.2 CC) y los principios generales y normas de la contratación (pacta sunt servanda: el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes -art. 1256 CC-), sino también, y sobre todo porque el ordenamiento jurídico le brinda, para esos supuestos, los adecuados medios de defensa, cuando el art. 1121.1 CC establece que «el acreedor puede, antes del cumplimiento de las condiciones, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho».*⁶⁶⁶

En primer lugar, la teoría de la duplicidad de dominios descansa sobre algunos presupuestos prácticos, como es el caso de la concesión al comprador de la acción de tercería de dominio que lo equipara a la posición de un comprador sin el condicionante que supone la cláusula de reserva de dominio, aunque éste no pueda ejercitar la acción reivindicatoria.⁶⁶⁷

Con esto no se equiparan plenamente las posiciones del vendedor y del comprador, puesto que el vendedor sigue siendo el dueño de la cosa, pero su posición jurídica

⁶⁶⁶ Vid. STS de 19 de mayo de 1989 [LA LEY 288-JF/0000]. En el mismo sentido, vid. STS de 18 de diciembre de 1990 [LA LEY 2189/1991] y STS de 16 de julio de 1993 [LA LEY 13307/1993].

⁶⁶⁷ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *La reserva de dominio...*, *op.cit.*, 60. El autor se muestra partidario de concederle también la acción reivindicatoria frente a terceros eventualmente poseedores que no sean el vendedor. De este modo, el comprador podría ejercitar todas las acciones dominicales frente a todos, menos frente al vendedor. El autor destaca que las acciones dominicales son concedidas al vendedor no por su cualidad de comprador, sino por ser un poseedor en concepto de dueño cuya posesión es apta para usucapir los bienes comprados. El refuerzo de la posición jurídica del comprador y la consecuente equiparación de sus posiciones jurídicas se consigue por la concesión pretoria de los tribunales de justicia a través de la concesión al comprador de algunas de las acciones útiles del dominio como la acción de tercería de dominio.

también está debilitada, puesto que tampoco podría ejercitar la acción reivindicatoria contra el comprador antes de que éste pague la totalidad del precio.⁶⁶⁸

La facultad de disposición del vendedor tampoco sería plena, puesto que quedaría suspendida en virtud del pacto de reserva de dominio.⁶⁶⁹

Según el autor de esta teoría: *“Estas consecuencias permiten sostener que el derecho de propiedad del vendedor durante la reserva no es ya tan absoluto como lo fuere antes de la consignación, pues está limitado entre tanto por la propiedad útil del comprador. Por otra parte, este dominio útil está, a su vez, limitado por el derecho de propiedad del vendedor, contra el cual la acción reivindicatoria del comprador no podría por ahora progresar, sino solo podrá hacerlo en relación con los terceros.”*⁶⁷⁰

De este modo, el autor diseña en la cláusula de reserva de dominio un modelo en el cual se distinguen “dos niveles de propiedad”, estos son el dominio directo del vendedor que es superior en virtud del pacto de reserva de dominio y el dominio útil del comprador que es inferior y protegido por los tribunales. Los estatutos jurídicos de las partes no se obstaculizan entre sí, sino que se coordinan y complementan para dar cabida, en el pacto de reserva de dominio, la satisfacción de los intereses jurídicos de ambas partes.⁶⁷¹

Finalmente el autor acaba afirmando que en el pacto de reserva de dominio *“la propiedad está “compartida” durante la ejecución del contrato por el vendedor con el comprador.”*⁶⁷²

⁶⁶⁸ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *La reserva de dominio...*, op.cit., 60. La acción reivindicatoria ejercitada contra el comprador quedaría detenida por tratarse de un incumplimiento contractual manifiesto del vendedor.

⁶⁶⁹ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *La reserva de dominio...*, op.cit., 60-61.

⁶⁷⁰ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *La reserva de dominio...*, op.cit., 61-62. El mismo autor dice que la posición jurídica del comprador se asemeja a la del enfiteuta, con lo que refuerza su teoría de la duplicidad de dominios, según el modelo visto en los capítulos anteriores.

⁶⁷¹ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *La reserva de dominio...*, op.cit., 62-64.

⁶⁷² CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *La reserva de dominio...*, op.cit., 71-72. *“La situación es, por lo tanto, la siguiente: durante la reserva el vendedor tiene la propiedad, apoyada en la ley, y el comprador tiene las acciones de la propiedad. El dominio, por todo ello, ha perdido parte de su originario absolutismo, por así haberlo querido las partes contratantes en la cláusula de reserva, lo que se explica por haber adquirido a través de ésta una función de garantía. Pagado el precio, la propiedad*

F) Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la cláusula y del contrato de compraventa

Independientemente de la tesis que se adopte sobre la naturaleza jurídica de la cláusula de reserva de dominio, excepto la teoría de la duplicidad de dominio, se trata de un pacto de naturaleza personal que se añade al contrato paradigmático, este es el de la compraventa.

La generalidad de la doctrina española⁶⁷³ ha afirmado que el contrato de compraventa es de naturaleza personal, productor de obligaciones entre las partes, en virtud del cual el vendedor se compromete, de acuerdo con el Art. 1.445 CC a entregar la cosa vendida y el comprador a pagar por ella el precio acordado. Además, en Art. 1.461 CC impone al vendedor la obligación de sanear la cosa objeto de la venta.

Respecto de la cláusula de reserva de dominio, dicha cláusula es un pacto de naturaleza obligacional, que se añade al contrato de compraventa, en virtud del cual el vendedor se reserva el dominio de la cosa vendida hasta el pago íntegro del precio, hecho que, según la tesis dominante entre la doctrina española y seguida por el Tribunal Supremo, opera como una condición suspensiva.

Se trata, por lo tanto, de una cláusula que se añade al contrato de compraventa y que implica que el comprador no adquiera el dominio de la cosa vendida hasta que pague la totalidad del precio (condición suspensiva) y que el dominio que se reserva el vendedor se transmita al comprador cuando se pague el precio.

De acuerdo con esta configuración de la cláusula de reserva de dominio, no puede afirmarse que el dominio del comprador sea temporal porque, precisamente, el efecto de

del vendedor, ya sin función de aseguramiento, pasa al comprador y la propiedad útil de éste desaparece por falta de función, quedando totalmente consumada la venta.”

⁶⁷³ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. IV ...*, op.cit., p. 55-57.
LÓPEZ LÓPEZ, A. M., “Comentario al Art. 1.445 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., et. alii., *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 887-889. “Del art. 1445 CC y concordantes que se expresan se deduce que la compraventa es un contrato consensual [...], bilateral y generador de obligaciones recíprocas, fundamentalmente las de entrega y saneamiento de la cosa vendida (art. 1461 CC) y la de pago de su precio (art. 1500 CC). Solamente productor de obligaciones: la compraventa carece por sí de virtualidad transmisiva de iura in re”. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: II Derecho de obligaciones...*, op.cit., p. 489-492. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., et alii., *Elementos de Derecho Civil II: Derecho de obligaciones*, v. II, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2013, p. 3-6.

la cláusula de reserva de domino, según la tesis mayoritaria seguida por la doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consiste en que el vendedor lo retiene hasta que el comprador paga la totalidad del precio.

Con el pacto de reserva de dominio se evita el efecto típico del contrato de compraventa mediante la entrega de la cosa al comprador, que es la transmisión del dominio o de la propiedad de la cosa vendida. En consecuencia, no se da una situación de temporalidad del dominio a favor del comprador, puesto que el dominio no se ha transmitido a favor de aquél, en virtud de la propia cláusula de reserva de dominio.

Considero que a otras conclusiones podría llegarse si la doctrina hubiera seguido otra de las teorías expuestas, pero lo cierto es que siguiendo la teoría de la condición suspensiva, que es la dominante entre la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no puede afirmarse que existe, en las compraventas con cláusula de reserva de dominio, una situación de temporalidad o de división del dominio porque el vendedor lo retiene hasta que el comprador pague la totalidad del precio convenido.

2.3.2. La donación con cláusula de reversión

El preámbulo de la LPTPC se refiere a la donación con pacto de reversión del Art. 531-19 CCCat como una institución en la que se da una situación de dominio temporal del donatario durante el tiempo que tiene los bienes en su poder, mientras no se cumpla la causa que dé lugar a la reversión de la donación. Se trata del mismo tipo de donación que prevé el Art. 641 CC, por lo que aquí interesa determinar cuál es la situación del donatario mientras la donación pende.

A) Configuración jurídica

Antes de entrar a estudiar la dinámica de las donaciones con cláusula de reversión, considero que es necesario adentrarse primero en la configuración jurídica de esta institución, toda vez que ello puede influir en el juicio que se haga sobre la temporalidad del derecho del donatario afectado por la cláusula de reversión y, consiguientemente, en la admisibilidad del dominio temporal que implica esta institución.

El Art. 609 CC dice en el segundo párrafo que: *“La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.”*

De esta forma el Código civil establece que la donación es un medio autónomo para adquirir y transmitir la propiedad, de la misma forma que lo son los contratos, la ley y la sucesión testada e intestada. No obstante, el Art. 618 CC dice que la donación es un “acto de liberalidad”, evitando equiparar las donaciones a los contratos.

Aunque el Código civil haya tratado de trazar una línea entre ambas instituciones, lo cierto es que la doctrina ha sostenido que puede hablarse de una “unidad conceptual” entre ambas instituciones: *“No puede discutirse que la donación presenta, frente a los demás contratos, algunas peculiaridad. Sin embargo, ello no impide la unidad conceptual, no solo porque la donación requiere efectivamente un acuerdo de voluntades, sino, sobretudo, [...] porque en ella plasma un precepto de autonomía privada, que es definidor del estatuto jurídico de determinados derechos y que crea, entre las partes, evidentes relaciones jurídicas. Por otra parte, el art. 621 al hacer aplicables a las donaciones las reglas de los contratos, resulta decisivo.”*⁶⁷⁴

En consecuencia, la donación con cláusula de reversión debe situarse en el campo de las relaciones obligatorias y no en el campo de los derechos reales. Este posicionamiento y la naturaleza de la cláusula de reversión pueden ser determinantes a los efectos de declarar la admisibilidad del dominio temporal que implica la propiedad temporal introducida en el Código civil de Cataluña.

B) La dinámica de la donación con cláusula de reversión

La doctrina ha dicho que durante el tiempo que pende la reversión el donatario tiene las facultades propias del titular de los bienes donados, pero bajo la amenaza de que acontezca la reversión a favor del donante.⁶⁷⁵

⁶⁷⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. IV.- Las particulares relaciones obligatorias*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 194-195. En el mismo sentido, *vid.* ALBADALEGO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, p. 29-35. ALBADALEJO GARCÍA, M., “Comentario al Art. 618 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 1.572-1.573.

⁶⁷⁵ ALBADALEJO GARCÍA, M., “Comentario al Art. 641 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 1.627. *“Hasta que se dé el caso para el que la reversión ha sido establecida, el donatario es tal, y su situación y facultades son los propios del titular de los bienes donados, que ahora son suyos, si bien bajo la amenaza de perderlos si acontece el hecho reversional. Así que puede proceder como dueño dentro de que lo que haga no frustre la posibilidad de la eventual reversión, porque, a salvo*

Esto conduce a la conclusión de que el donatario se muestra ante terceros como el verdadero titular del bien, si bien sus facultades están limitadas ante la eventual reversión de la donación, y por esto la doctrina ha dispuesto que el donatario no puede disponer de los bienes libremente sin el consentimiento del donante y sus actos de disposición sobre los bienes donados únicamente son definitivos si la reversión no se produce.⁶⁷⁶

El Tribunal Supremo ha considerado, como no podía ser de otra forma, que durante la pendencia de la reversión el donatario es el propietario de los bienes donados, con las limitaciones que ya se han expuesto: “*La donación con cláusula de reversión, que contempla el Art. 641 del Código civil, es una restricción a la donación, que consiste en que producido el evento reversional se da el mecanismo recuperatorio que determina automáticamente la readquisición por parte del donante (a no ser que la reversión sea a favor de un tercero). Pero mientras no se dé dicho evento, el donatario es propietario de lo donado*”.⁶⁷⁷

El cumplimiento del hecho reversional de la donación a favor del propio donante o de un tercero opera como una cláusula resolutoria para el donatario, claudicante de su

de ésta, le pertenece la plenitud del derecho sobre lo que se donó.” ALBADALEGO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación...*, *op.cit.*, p. 529-530. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, v. II, t. II, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, p. 95. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código civil...*, *op.cit.*, p. 805. NIETO ALONSO, A., “Comentario al Art. 641 CC”, en CAÑIZARES LASO, A., *et. alii.*, *Código civil comentado*, v. II, Civitas, Navarra, 2011, p. 176. GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., “La donación”, en SIMÓ SANTONJA, V., (Coord.), *Instituciones de Derecho privado*, t. III, v. II, Civitas, Madrid, 2005, p. 847. “*las facultades dispositivas del donatario serían las propias de un propietario ad tempus*”. SIRVENT GARCÍA, J., *La donación con cláusula de reversión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 69-70. NIETO ALONSO, A., *Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación. La atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad*, La Ley, Madrid, 2014, p. 501-503. MARÍN CASTÁN, F., “Comentario al Art. 641 CC”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.), *Comentario del Código civil*, t. IV, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2006, p. 262.

⁶⁷⁶ ALBADALEJO GARCÍA, M., “Comentario al Art. 641 CC”..., *op.cit.*, p. 1.627.

Tan solo un sector doctrinal se ha posicionado en contra de que el donatario pueda hacer actos de disposición. *Vid.* PONS PÉREZ, A., “La reversión de donaciones en el Código civil”, en *RDP*, t. XLI, 1957, p. 1.185-1.186.

⁶⁷⁷ STS de 27 de enero de 2011 [LA LEY 1009/2011].

derecho, pues ante el acontecimiento reversional se verá obligado a devolver el bien que le fue donado al donante o a quien éste haya designado.⁶⁷⁸

Mientras no se cumpla el hecho que dé lugar a la reversión, la doctrina ha mantenido que el donatario tiene la obligación de conservar el bien como si se tratara de un heredero fiduciario, cosa que no le es exigible a un propietario ordinario. Esto conlleva que el donatario responda civilmente por el incumplimiento de su obligación de conservación de los bienes donados cuando el beneficiado por el pacto de reversión, el donante o un tercero, se encuentren con un bien deteriorado por la culpa del donatario.⁶⁷⁹

La propia dinámica de la institución ha llevado a la doctrina a afirmar que el estatuto jurídico del donatario gravado con la cláusula de reversión se asemeja al del heredero fiduciario, toda vez que sus facultades son fundamentalmente el uso y el goce de los bienes donados mientras no se cumpla el hecho reversional, lo que limita

⁶⁷⁸ ALBADALEJO GARCÍA, M., “Comentario al Art. 641 CC”..., *op.cit.*, p. 1.627.

ALBADALEJO GARCÍA, M., “Comentario al Art. 641 CC”, en ALBADALEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VIII, v. II, EDERSA, Madrid, 1986, p. 281-282. ALBADALEGO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación...*, *op.cit.*, p. 529-530. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código civil...*, *op.cit.*, p. 804. NIETO ALONSO, A., “Comentario al Art. 641 CC”..., *op.cit.*, p. 170. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 752. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código civil comentado y con jurisprudencia...*, *op.cit.*, p. 665.

Vid. STS de 11 de marzo de 1988 [LA LEY 10441-R/1988]. “*Las donaciones con cláusula de reversión necesariamente hay que incluirlas en la modalidad de donaciones condicionales, en su verdadera acepción técnica, pues tal pacto supone el recobro por el donante de lo que regaló, (para cualquier caso y circunstancias), o el paso de lo donado, desde el donatario a terceras personas (con el límite de las sustituciones fideicomisarias), pudiendo establecerse la reversión tanto en favor del donante como del tercero, no solo para si ocurre un cierto suceso, y entonces serían condiciones, sino también para cuando llegue cierto tiempo, y entonces serían a plazo; entendiéndose que la reversión acordada en favor del donante, y en el caso de que hubiese muerte de sus herederos, habrá de corresponder a estos si viviesen al cumplirse la condición puesta para la reversión; conservando el donatario las facultades propias del titular de los bienes donados, si bien bajo la amenaza de perderlos si acontece el hecho reversional, y gozando tal hecho de la naturaleza propia de una condición resolutoria, bajo la que se hizo la donación, y cuyo cumplimiento producirá automáticamente la resolución de la misma; conjunto de elementos que han llevado a la mayoría de la doctrina a equiparar esta institución con la fideicomisaria.*”

⁶⁷⁹ ALBADALEJO GARCÍA, M., “Comentario al Art. 641 CC”..., *op.cit.*, p. 1.627. ALBADALEGO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación...*, *op.cit.*, p. 529-530. GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., “La donación”..., *op.cit.*, p. 848.

sustancialmente sus facultades de disposición que requieren del consentimiento del donante.⁶⁸⁰

Por lo que se refiere a la donación con cláusula de reversión prevista en el 531-19 CCCat, la doctrina catalana ha sostenido que: *“Les donacions amb clàusula de reversió són aquelles que transmeten immediatament al donatari la propietat dels béns donats, però deixen de tenir eficàcia quan es compleix el supòsit previst en l’atorgament, ja sigui una condició resolutòria, ja sigui que es tracti d’una donació efectuada a termini i arribi la data.”*⁶⁸¹

C) La naturaleza personal de la cláusula de reversión

La doctrina también ha sostenido que el donatario que adquiere los bienes donados con el pacto de devolverlos al donante, una vez se cumpla el plazo pactado o la condición estipulada, es considerado un titular temporal.

No obstante, si bien es cierto que durante la pendencia del pacto de reversión el donatario es el titular temporal de los bienes donados, no puede olvidarse la naturaleza de dicho pacto, pues es de naturaleza personal y no real. Es decir, la donación con pacto de reversión es un tipo específico de esta institución, en virtud del cual se crea una situación temporal del dominio que permite afirmar la temporalidad del derecho de propiedad del donatario, pero que no debe conducir a la conclusión, a mi modo de ver, que el Ordenamiento jurídico admite la temporalidad del dominio fundamentándose esta afirmación en la existencia de figuras que implican una situación de dominio temporal con base en cláusulas contractuales de naturaleza personal.

⁶⁸⁰ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. IV...*, op.cit., p. 233-234. ALBADALEJO GARCÍA, M., “Comentario al Art. 641 CC”..., op.cit., p. 1.627.

⁶⁸¹ PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Institucions del Dret civil de Catalunya...*, op.cit., p. 208-209. Estos autores también han defendido que se trata de una institución muy parecida a la sustitución fideicomisaria y, en todo lo que no estuviere previsto en el Art. 531-19 CCCat, es aplicable lo dispuesto en los artículos que regulan los fideicomisos. DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op.cit., p. 76-77. *“Los donatarios bajo cláusula reversional se convierten en titulares de los bienes donados pero afectados por el gravamen reversional, lo que implica que asumen la obligación de conservar los bienes donados por si se cumple la condición y los bienes deben restituirse a los beneficiarios, pero evidentemente se aprovechan de todos los productos y rendimientos que generen. Igualmente, su poder de disposición resulta afectado por el gravamen reversional.”*

La naturaleza jurídica del pacto de reversión es obligacional, pues se trata de un pacto que forma parte del contrato de donación, cuyos efectos se limitan en el campo de las relaciones jurídicas de las partes involucradas y que debe guardar la forma solemne exigida para la donación.⁶⁸²

2.3.3. Reflexiones finales

Una vez se ha analizado la naturaleza jurídica y la dinámica de las figuras jurídicas análogas a la propiedad temporal y a la propiedad compartida que el preámbulo de la LPTPC menciona para justificar que la temporalidad y la división del dominio no son excepcionales en el Ordenamiento jurídico español, conviene exponer aquí algunas conclusiones que se desprenden de este estudio.

En primer lugar, puede decirse que la sustitución fideicomisaria y la dinámica de la misma sobre la transmisión de los bienes hereditarios del heredero fiduciario al heredero fideicomisario ofrece un sólido apoyo para explicar cómo se produce la reversión del dominio del titular temporal al titular sucesivo. En la propiedad temporal, una vez finaliza el plazo de duración de la misma, el bien es transmitido al titular sucesivo, del mismo modo que ocurre en los fideicomisos, ya sean a término o condicionales.

En segundo lugar, las figuras jurídicas de naturaleza real, como son la enfiteusis y el derecho real de superficie, podrían explicar que la división del dominio no es extraña en el Ordenamiento jurídico español. Aun así, cabe recordar que la doctrina no es unánime respecto de la naturaleza jurídica de la enfiteusis y que, si bien la doctrina mayoritaria afirma que se trata de un supuesto de dominio dividido entre el titular del dominio directo y el titular del dominio útil, otros autores han considerado que se trata de un derecho real en cosa ajena o una carga real, de acuerdo con las teorías romanista y moderna, respectivamente.

Por lo que se refiere al derecho de superficie, puede decirse que, con base en las conclusiones de la doctrina mayoritaria, no se trata de un supuesto de dominio dividido, sino de un derecho real en cosa ajena que cuya dinámica origina un nuevo objeto de derecho, la superficie, que es propiedad del titular del derecho real de superficie por el plazo de 99 años (Art. 564-3.2. a) CCCat y Art. 53.2 TRLSRU).

⁶⁸² ALBADALEGO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación...*, *op.cit.*, p. 522-524. ALBADALEJO GARCÍA, M., “Comentario al Art. 641 CC”..., *op.cit.*, p. 1.625.

El fenómeno del aprovechamiento por turnos se configuró en España creando un nuevo derecho real en cosa ajena, el derecho real de aprovechamiento de bienes de uso turístico que actualmente se encuentra regulado en la Ley 4/2012, de 6 de julio y, el legislador de Cataluña, lo configuró creando una comunidad de bienes especial, la comunidad especial por turnos del Código civil de Cataluña regulada entre los Arts. 554-1 CCCat a 554-12 CCCat. Por lo tanto, tanto el legislador estatal como el legislador de Cataluña no crearon ninguna nueva forma de aprovechamiento de la propiedad inmobiliaria basada en la temporalidad del dominio, sino que se crearon un nuevo derecho real en cosa ajena y una nueva comunidad especial de bienes para incorporar el fenómeno del aprovechamiento por turnos en España, con lo que se demuestran las reticencias de ambos legisladores para crear nuevas formas del derecho de propiedad temporales.

En tercer lugar, las otras figuras jurídicas que se mencionan en el preámbulo de la LPTPC son figuras jurídicas personales o de naturaleza obligacional como la donación con cláusula de reversión del dominio y la compraventa con pacto de reserva del dominio cuya dinámica origina una situación de temporalidad del dominio.

Se trata, por lo tanto de instituciones que implican una situación de temporalidad del dominio por su propia dinámica, pero no puede sostenerse que la perpetuidad no sea una característica del dominio que no forme parte de su contenido esencial con base en la dinámica de instituciones de nuestro Ordenamiento que originan una situación de temporalidad del dominio.

CAPÍTULO IV

LA PROPIEDAD TEMPORAL Y LA PROPIEDAD COMPARTIDA

1. La propiedad temporal

La propiedad temporal es, por orden sistemático, la primera de las dos nuevas formas de propiedad que ha introducido la LPTPC en el libro V Código civil de Cataluña.⁶⁸³

Ahora bien, antes de entrar en la crítica de este nuevo tipo del derecho de propiedad del Código civil de Cataluña, es conveniente decir en este punto que, para hacer la crítica de la propiedad temporal, se parte de la premisa de que, de acuerdo con la regulación de la misma del Código civil de Cataluña y con lo defendido por la mayoría de autores, la propiedad temporal es un nuevo tipo del derecho de propiedad que se basa en la temporalidad del dominio.

No obstante, y para facilitar el encaje dogmático y constitucional de esta nueva figura jurídica del derecho de propiedad, se defenderá que, lo que en realidad se esconde detrás de la regulación de la propiedad temporal es un nuevo derecho real en cosa ajena, similar al derecho real de usufructo, censo o superficie, que atribuye a su titular amplias facultades de goce sobre el bien.

⁶⁸³ NASARRE AZNAR, S., “Exposició de motius de la Llei 19/2015”, en NASARRE AZNAR, S., (Coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d’altres normes*, Centre d’Estudis Jurídic i Formació Especialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 32. NASARRE AZNAR, S., “Exposición de motivos de la Ley 19/2015”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 51-52. La doctrina ha defendido que tanto la propiedad temporal como la propiedad compartida son dos nuevos tipos de propiedad. La primera es un tipo de propiedad a término, mientras que la segunda es un tipo de comunidad de bienes que implica una concurrencia de titularidades. No se tratan de derechos reales en cosa ajena porque tanto el titular temporal como el material tienen los bienes como propios, sin perjuicio de las limitaciones de sus derechos derivadas de la existencia del titular sucesivo y del propietario formal. GETE-ALONSO y CALERA, M^a. del C., “Una primera lectura de la Ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y la propiedad compartida al libro quinto del Código civil de Cataluña” en *REDS*, n^o 7, 2015, p. 22-23. NÚÑEZ ZORRILA, M^a. C., “La propiedad temporal y la propiedad compartida: las nuevas formas de acceso a la vivienda en Cataluña”, en *AC*, n^o 12, 2015, 2, 4-5, 7. TORRENT CUFÍ, F., “La propiedad temporal y la compartida”, en *La Notaría*, n^o 2, 2015, p. 30-31.

De esta forma, el verdadero y único propietario sería el titular sucesivo y el derecho seguiría siendo perpetuo, toda vez que lo que ostentaría el titular temporal sería un derecho real que grava la propiedad perpetua del titular sucesivo. En este sentido, una vez finalizado el plazo de duración del derecho del titular temporal, el contenido de su derecho sería absorbido por el titular sucesivo, implicando el cumplimiento del plazo de duración un mero cambio en la titularidad del bien.

1.1. Figura jurídica inspiradora

La propiedad temporal que el legislador de Cataluña ha introducido en el Código civil se inspira en los *leasehold* ingleses. Se trata de un tipo de propiedad temporal que, si bien tiene sus orígenes en el derecho anglosajón, también está presente en países como Irlanda, Australia, Malta y los países bajos.

Por lo tanto, antes de entrar en el estudio de esta nueva forma de disfrute de la propiedad en Cataluña, consideramos oportuno exponer las características esenciales de los *leasehold* para comprender mejor la propiedad temporal del Código civil de Cataluña.

1.1.1. Leases of Land

A) La esencia de los *leasehold*

En el sistema feudal de la propiedad inglesa, originariamente solo existían los *estates of freehold*, pues eran los únicos *estates* reconocidos por la ley. El único otro derecho legítimo que otorgaba la posesión sobre un *land* era conocido como la *tenancy at will*, en el cual el *tenant* podía ser expulsado en cualquier momento porque no era titular de ningún *estate*. Con el transcurso del tiempo, su derecho se protegió contractualmente, sin que fueran considerados como verdaderos propietarios. Su derecho era meramente personal y solo tenía efectos entre el concesionario y el propio *tenant* hasta que a partir del siglo decimoquinto su *status* se fortaleció y se protegió su derecho frente a terceros.⁶⁸⁴

⁶⁸⁴ MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 40.

El Art. 205 LPA⁶⁸⁵ da una definición compleja de los *leases of land*, pero en base a esta definición puede definirse este *estate of land* como un una compraventa de un inmueble de forma temporal y condicional para que el concesionario de este derecho tenga la posesión en exclusiva del mismo.⁶⁸⁶

En el capítulo II de esta Memoria doctoral, concretamente en el epígrafe relativo al *fee simple absolute in possession* se ha visto que este *estate* es el que atribuye a su titular los más amplios derechos dominicales sobre su fundo, sin perjuicio de que el *landlord* cree otro *estate*, como son los *leaseholds*, en virtud de los cuales sus terrenos sean explotados por otros *tenants*. Pues bien, de acuerdo con esta premisa, junto con los *fee simple absolute in possession*, los *leaseholds* son otro tipo de derecho real que concede a su titular el derecho a la exclusiva posesión de su fundo por un período de tiempo determinado, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 1 LPA. La limitación temporal es el rasgo que permite diferenciar estos *estates* de los *freeholds*.⁶⁸⁷

El *leasehold* se basa en una concesión a favor de su titular de un derecho para que éste ostente la exclusiva posesión del fundo por un período de tiempo determinado. Es un

⁶⁸⁵ Art. 205 Law of Property Act 1925: “*Term of years absolute*” means a term of years (taking effect either in possession or in reversion whether or not at a rent) with or without impeachment for waste, subject or not to another legal estate, and either certain or liable to determination by notice, re-entry, operation of law, or by a provision for cesser on redemption, or in any other event (other than the dropping of a life, or the determination of a determinable life interest); but does not include any term of years determinable with life or lives or with the cesser of a determinable life interest, nor, if created after the commencement of this Act, a term of years which is not expressed to take effect in possession within twenty-one years after the creation thereof where required by this Act to take effect within that period; and in this definition the expression “term of years” includes a term for less than a year, or for a year or years and a fraction of a year or from year to year”. PHILBRICK, F. S., *Property...*, *op.cit.*, p. 197.

⁶⁸⁶ MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 743. “A lease is a bilateral contract which, as a general rule, confers an estate in the land capable of binding third parties. The contract is one “for the exclusive possession and profit of land for some determinate period”. The estate so created, whatever its duration, may be referred to as a leasehold, a tenancy or a term of years.”

⁶⁸⁷ SWADLING, W., “Property: General Principles”..., *op.cit.*, p. 185. Los *leases* no tienen su origen en el derecho feudal porque su finalidad es más bien comercial, en lugar de tener una finalidad meramente familiar. BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 36. LAWSON, F. H., y RUDDEN, B., *The law of property...*, *op.cit.*, p. 148. MARKBY, W., *Elements of law...*, *op.cit.*, p. 168-169. MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 744-745. STEVENS, J., y PEARCE, R. A., *Land law...*, *op.cit.*, p. 65. RIDDALL, J. G., *Introduction to land law...*, *op.cit.*, p. 241. GARDNER, S., *An introduction to Land Law*, 2ª ed., Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009, p. 195-198. GRAY, K., y FRANCIS GRAY, S., *Land Law...*, *op.cit.*, p. 19-20, 122-123.

rasgo fundamental de los *leaseholds* que estos derechos dominicales solo pueden ser concedidos por aquéllos que también tienen un derecho de posesión exclusiva de su fundo, es decir, que también sean titulares de un derecho real. De este modo, el concedente del *leasehold* tiene que ser el titular de un *fee simple absolute in possession* o de otro *leasehold*.⁶⁸⁸ En este segundo caso, cuando el concedente del *leasehold* sea otro *lessee*, se está ante un *sub-lease*. En este supuesto no hay ningún límite en cuanto al número de *sub-leases* que pueden ser creados.⁶⁸⁹

En el caso en el que el concedente del *leasehold* no sea titular de un derecho de posesión exclusiva del fundo, el contrato solo será vinculante entre las partes, sin perjuicio de que más tarde el concedente del *leasehold* adquiriera un derecho de semejante naturaleza, pues en este caso el derecho del *tenant* tendrá efectos ante terceros.⁶⁹⁰

Para concluir este apartado, puede decirse que la esencia de los *leaseholds* es que el titular del *fee simple o freehold* transmita a otro particular la posesión del inmueble para que sea explotado a cambio de percibir una renta, sin que esto suponga la pérdida de los derechos dominicales del *landlord* a favor del *lessor*, pues el interés de aquél se centra en la expectativa de recuperar la plenitud de sus facultades reales, lo que se conoce como *freehold reversion*.⁶⁹¹

En los *leasehold*, el *landlord* sigue teniendo un interés sobre su fundo y no se desentiende del *estate* creado, toda vez que, como se verá a continuación, los *leasehold*

⁶⁸⁸ HARWOOD, M., *Modern English Law Land...*, *op.cit.*, p. 96. Si un particular ostenta la posesión en exclusiva de un inmueble y el concedente no es titular de un *freehold*, aquél tendrá meramente un derecho personal que le faculta para poseer el fundo sin ser titular de un *estate*. Se estaría ante una *tenancy at will* cuyos rasgos más característicos se verán a continuación.

⁶⁸⁹ SWADLING, W., "Property: General Principles"..., *op.cit.*, p. 185. LAWSON, F. H., y RUDDEN, B., *The law of property...*, *op.cit.*, p. 150. RIDDALL, J. G., *Introduction to land law...*, *op.cit.*, p. 251.

⁶⁹⁰ SWADLING, W., "Property: General Principles"..., *op.cit.*, p. 185.

⁶⁹¹ STEVENS, J., y PEARCE, R. A., *Land law...*, *op.cit.*, p. 65. HARWOOD, M., *Modern English Law Land...*, *op.cit.*, p. 18. DIXON, M., *Modern Land Law...*, *op.cit.*, p. 195.

son un *estate* que impone derechos y obligaciones a ambas partes, es decir, al *landlord* y al *tenant*.⁶⁹²

B) Categorías de *leasehold*

a) Los *leasehold* de duración determinada

En este tipo de *leasehold*, el *tenant* ostenta la posesión del fundo por un período de tiempo determinado. Evidentemente, siempre cabe la posibilidad de que el plazo de duración del *leasehold* sea inferior al que las partes acuerdan, por ejemplo por el impago de la renta periódica que debe satisfacer el *tenant* al concesionario de su derecho, pero esto no afecta al concepto general de esta institución.⁶⁹³

b) Los *leasehold* cuya duración es susceptible de ser determinada

Un *leasehold* celebrado “de año en o año”, *from year to year*, sin ninguna otra previsión que sirva para determinar su auténtica duración, continuará indefinido hasta que el concesionario –*landlord*- o el *tenant* tomen la iniciativa para determinar exactamente la duración del *leasehold* concedido: “*It consists, furthermore, of an initial term for one year supplemented by automatic yearly extensions of one year each.*”⁶⁹⁴

c) *Tenancies at will* y *at sufferance*

Las *tenancies at will* y las *tenancies at sufferance* son tratadas juntamente con los *leaseholds*, aunque no pueden equipararse por completo con éstos por tener una naturaleza jurídica diferente.⁶⁹⁵

Las *tenancies at will* o a voluntad continúan indefinidamente hasta que su duración se determina por las partes en cualquier momento. Este tipo de tenencias no constituyen

⁶⁹² HARWOOD, M., *Modern English Law Land...*, *op.cit.*, p. 91.

⁶⁹³ MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 41. RIDDALL, J. G., *Introduction to land law...*, *op.cit.*, p. 245. HARWOOD, M., *Modern English Law Land...*, *op.cit.*, p. 102. GRAY, K., y FRANCIS GRAY, S., *Land Law...*, *op.cit.*, p. 123. THOMPSON, M. P., *Modern Land Law...*, *op.cit.*, p. 360. En efecto, los *leases* de este tipo pueden contener cláusulas de desistimiento o *break clauses* para finalizar unilateralmente los *leases* de este tipo.

⁶⁹⁴ MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 41. HARWOOD, M., *Modern English Law Land...*, *op.cit.*, p. 103.

⁶⁹⁵ MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 42.

ningún *estate*, sino que son tratadas como simples tenencias que permiten a su titular aprovecharse del fundo por la mera tolerancia de su concedente. El *tenant* tiene un *status* similar al de un precario, pues no tiene ningún *estate* ni puede enajenar las tierras que posee por la voluntad del concedente. Sin embargo, se diferencia del precarista en que ha de pagar una renta por el período de tiempo que siga ocupando el inmueble.⁶⁹⁶

Las *tenancies at sufferance* nacen cuando el derecho del *tenant* ha terminado, pero el *tenant* sigue ostentando la posesión de las tierras sin el consentimiento del propietario de las mismas. Lo que diferencia el *status* del *tenant* de un intruso o *squatter* que ha ocupado ilegalmente las tierras es el hecho que su toma de posesión de las tierras no fue ilegal, sino que ocupó la finca pacíficamente, pero una vez finalizado su derecho las siguió poseyendo sin el consentimiento del propietario.⁶⁹⁷

d) Los *leasehold* periódicos

Si bien es cierto que los *leasehold* tienen que tener una duración determinada, esto no quiere decir que siempre el plazo de duración tenga que ser continuado, pudiéndose prever un plazo de duración periódico por semanas, por meses o por años. En estos

⁶⁹⁶ MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 42, 791-793. MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 778, 791-792. Los ejemplos más comunes de *tenancies at will* son aquellos casos que un *tenant* sigue ocupando la finca después de que su *lease* haya finalizado, cuando un *tenant* toma posesión con base en un *leasehold* nulo o ineficaz o cuando el propietario consiente que una persona ocupa una finca sin pagar ninguna renta por un período indefinido, entre otros. BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 212-213. *Vid. Heslop v Burns*: “It may be that the tenancy at will can now serve only one legal purpose, and that is to protect the interests of an occupier during a period of transition.” Las *tenancies at will* pueden crearse expresamente si así lo acuerdan las partes o implícitamente, como puede ser el caso que el *tenant*, una vez transcurrido el plazo de duración del *leasehold*, siga poseyendo la finca con el consentimiento del *landlord*. PHILBRICK, F. S., *Property...*, *op.cit.*, p. 207-209. STEVENS, J., y PEARCE, R. A., *Land law...*, *op.cit.*, p. 100. RIDDALL, J. G., *Introduction to land law...*, *op.cit.*, p. 247-248. Para este autor, las *tenancy at will* no son un *estate in land* ni una mera *licence*, sino que tienen características de ambas figuras. HARWOOD, M., *Modern English Law Land...*, *op.cit.*, p. 104. GRAY, K., y FRANCIS GRAY, S., *Land Law...*, *op.cit.*, p. 143. THOMPSON, M. P., *Modern Land Law...*, *op.cit.*, p. 362.

⁶⁹⁷ MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 42, 793-794. BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 213-214. PHILBRICK, F. S., *Property...*, *op.cit.*, p. 205-206. RIDDALL, J. G., *Introduction to land law...*, *op.cit.*, p. 248. HARWOOD, M., *Modern English Law Land...*, *op.cit.*, p. 105. GRAY, K., y FRANCIS GRAY, S., *Land Law...*, *op.cit.*, p. 143. THOMPSON, M. P., *Modern Land Law...*, *op.cit.*, p. 363.

casos, el requisito de la duración del *leasehold* y de la certeza del acontecimiento que ponga fin al mismo se refiere a la totalidad de los períodos.⁶⁹⁸

En este tipo de *leasehold* sí que es necesario que medie un preaviso por parte de una de las partes para dejar sin eficacia este *estate in land*. Si el *leasehold* se hizo por semanas, el *leasee* también tiene que avisar con una semana de antelación al *landlord* su voluntad de dar por terminada la relación, y si el *leasehold* se constituyó por meses, el preaviso también se tiene que hacer con un mes de antelación. Si ninguna parte manifiesta su voluntad de dar por terminado el *leasehold*, éste continua hasta que medie el preaviso de alguna de las partes.⁶⁹⁹

C) Elementos sustanciales de los *leasehold*

a) Intención

Los *leasehold* tienen que distinguirse de los demás tipos contractuales que otorgan a su titular el uso de las tierras, pero que no son *leaseholds* propiamente. Las partes pueden convenir lo que quieran y dejar constancia de ello mediante un contrato. Pero si una de ellas desea transmitir un *estate*, ello se tiene que llevar a cabo de conformidad con los requisitos que establece la ley para que tenga plenos efectos ante terceros.⁷⁰⁰

Por este motivo, es esencial en los *leasehold* que éstos se constituyan formalmente siguiendo los requerimientos legales para que tengan eficacia *erga omnes*. Depende de las circunstancias y de la voluntad de las partes que éstas creen un *estate*, en este caso un *leasehold*, pues aunque se atribuya la posesión en exclusiva no siempre el propietario

⁶⁹⁸ SWADLING, W., "Property: General Principles"..., *op.cit.*, p. 190. Vid. El caso *Prudential Assurance Ltd v London Residuary Body*: "A tenancy from year to year is saved from being uncertain because each party has power by notice to determine at the end of any year. The term continues until determined as if both parties made a new agreement at the end of each year for a new term for the ensuing year." MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property*..., *op.cit.*, p. 783. GRAY, K., y FRANCIS GRAY, S., *Land Law*..., *op.cit.*, p. 140.

⁶⁹⁹ RIDDALL, J. G., *Introduction to land law*..., *op.cit.*, p. 245-246. HARWOOD, M., *Modern English Law Land*..., *op.cit.*, p. 103. BURN, E. H., *Modern Law of Real Property*..., *op.cit.*, p. 214. THOMPSON, M. P., *Modern Land Law*..., *op.cit.*, p. 360-361.

⁷⁰⁰ MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property*..., *op.cit.*, p. 750-753. STEVENS, J., y PEARCE, R. A., *Land law*..., *op.cit.*, p. 67-68.

se convierte en *lessor* y el *tenant* adquiere la condición de *lessee* y, por lo tanto, titular de un *estate in land*.⁷⁰¹

También es importante destacar un punto del caso *Street v. Mountford*, este es la denominación del negocio jurídico celebrado por las partes o, lo que es lo mismo, la naturaleza jurídica del negocio jurídico, a pesar de la denominación que le hayan dado los contratantes.

En el caso *Street v. Mountford* las partes acuerdan constituir una *licence* a pesar de que el *landlord* transfiere al *tenant* la posesión exclusiva del inmueble por un plazo de tiempo determinado y se pacta el pago de una renta por la concesión de la posesión en exclusiva del mismo. La Corte de apelación sostuvo que lo que habían celebrado las partes era un *leasehold* y no una *licence*, a pesar que las partes habían convenido que se trataba de una *licence*.⁷⁰²

b) Posesión exclusiva

Como ya se ha dicho en las páginas anteriores, en un *leasehold* el *tenant* tiene la posesión en exclusiva del inmueble objeto de este contrato. Esto no quiere decir que todo derecho que atribuya la exclusiva posesión de un inmueble a un tercero tenga que ser considerado como un *leasehold*, toda vez que se tiene que diferenciar entre la posesión en exclusiva de un *leasehold* y la posesión en exclusiva que se tiene con base en una mera *licence*.⁷⁰³

⁷⁰¹ BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 194. Si no se acuerda expresamente que las partes crean un *leasehold*, el derecho transmitido es meramente personal, es decir una *licensee*, que otorga a su titular del derecho de usar un inmueble con un determinado propósito, como puede ser el hospedaje para la familia del beneficiario o un acto de generosidad sin la voluntad de crear un *leasehold*. RIDDALL, J. G., *Introduction to land law...*, *op.cit.*, p. 244-245.

⁷⁰² GARDNER, S., *An introduction to Land Law...*, *op.cit.*, p. 213-214. “*The decision to adopt it has a dual significance. First, it carries the illiberal implication that this kind of right [...] comes in only one version –in rem or in personam– as the law, not the parties, shall decide. [...] And second, it announces the law’s choice to be in rem.*”

⁷⁰³ PHILBRICK, F. S., *Property...*, *op.cit.*, p. 198. BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 197-198. Según la doctrina, en el siglo XIX el rasgo que permitía diferenciar cuando se estaba ante un *leasehold* y no ante una *licence* era la posesión exclusiva del *tenant*. A partir de la segunda mitad del siglo XX, el rasgo diferenciador era la intención de las partes. Esta doctrina se estableció en el caso *Marchant v Charters*: “*Was it intended that the occupier should have a stake in the room or did he have only permission for himself personally to occupy the room, whether under a contract or not? I which case he is a licensee.*” SWADLING, W., “Property: General Principles”..., *op.cit.*, p.

Si el titular del *leasehold* tiene la posesión en exclusiva del inmueble, esto quiere decir que tiene la facultad de excluir a cualquiera, incluso el propio *landlord*, del uso y del goce de sus tierras.⁷⁰⁴

Otra diferencia sustancial entre ambas figuras es que, obviamente, una mera *licence* no es reconocida por la Law of Property Act 1925 como un *estate of land*, mientras que sí lo es un *leasehold*, de acuerdo con el Art. 1 LPA.⁷⁰⁵

c) Duración determinada

Los *leasehold* tienen que convenirse por un período determinado de años, sin que haya ningún plazo mínimo ni máximo de años por los que se pueda pactar el *leasehold*.

186-189. La problemática sobre la posesión en exclusiva en favor del tenant ha sido dilucidada a través de varios English Land Law Cases. En este sentido, *vid. Hill v Tupper, Clore v Theatrical Properties Ltd, Street v Mountford, Westminster CC v Clarke, Aslan v Murphy, Antoniadis v Villiers, AG Securities v Vaughan, Mikeover Ltd v Brady*. RIDDALL, J. G., *Introduction to land law...*, *op.cit.*, p. 244. GARDNER, S., *An introduction to Land Law...*, *op.cit.*, p. 199. HARWOOD, M., *Modern English Law Land...*, *op.cit.*, p. 92. GRAY, K., y FRANCIS GRAY, S., *Land Law...*, *op.cit.*, p. 129-131. Para mayor abundamiento, *vid. DIXON, M., Modern Land Law...*, *op.cit.*, p. 197-203.

⁷⁰⁴ MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 753. BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 197. LAWSON, F. H., y RUDDEN, B., *The law of property...*, *op.cit.*, p. 150-151. STEVENS, J., y PEARCE, R. A., *Land law...*, *op.cit.*, p. 66, 69-70.

En la práctica se han llevado a cabo prácticas en las cuales los titulares de un *freehold* intentan esquivar la protección conferida a los *licensee* a través de celebración de contratos que tienen una naturaleza de *leasehold* con el fin de burlar la protección conferida a los *licensee* a través de la Rents Act.

Este es el caso *Facchini v Bryson*. En el contrato se estipuló que “*nothing in this agreement shall be construed to create a tenancy*”. Sin embargo, el Tribunal falló que “*The occupation has all the features of a tenancy, and the parties cannot by the mere words of their contract turn it into something else. Their relationship is determined by the law and not by the label which they choose to put on it [...]. It is most important that we should adhere to this principle, or else we might find all landlords granting licences and not tenancies, and we should make a hole in the rent acts through which could be driven – I will not say in these days a coach and four – but an articulated vehicle.*”

RIDDALL, J. G., *Introduction to land law...*, *op.cit.*, p. 241. GARDNER, S., *An introduction to Land Law...*, *op.cit.*, p. 198-199, 201, 204. Lo anterior debe ser matizado, toda vez que en la mayoría de casos el *landlord* se reserva el derecho de entrar en el inmueble, con el consentimiento del *tenant*, con el fin de comprobar que éste está cumpliendo con sus obligaciones. Además, en *landlord* también asume ciertas obligaciones contractuales por las que se obliga a hacer reparaciones en el inmueble, con lo que inevitablemente el *tenant* no podrá vetar su entrada en el inmueble. Según el caso *Street v. Mountford*, solo si el *landlord* tiene un derecho ilimitado para entrar en el inmueble se trataría de una *licence* y no de un *lease*. HARWOOD, M., *Modern English Law Land...*, *op.cit.*, p. 92. GRAY, K., y FRANCIS GRAY, S., *Land Law...*, *op.cit.*, p. 128-129.

⁷⁰⁵ STEVENS, J., y PEARCE, R. A., *Land law...*, *op.cit.*, p. 66. Si el *landlord* vende el inmueble si éste está ocupado por un *licensee*, esto no implica que el adquirente siga vinculado por la licencia concedida por el anterior *landlord*.

Dicho en otras palabras, el *leasehold* puede tener una duración de tantos años como las partes acuerden, pero necesariamente éstas tienen que estipular un plazo máximo de duración o un límite que sea cierto.⁷⁰⁶

Esto implica que los *leasehold* que tengan un plazo determinado de duración acabarán cuando se cumpla el referido plazo, sin que sea necesario que el *landlord* avise al *tenant* con una anterioridad suficiente para que desaloje el inmueble. El *landlord* tampoco puede finalizar anticipadamente el *leasehold* por su voluntad.⁷⁰⁷

Varios *english land law cases* han tratado la problemática de la determinación del plazo máximo de duración de los *leasehold* o de la validez del acontecimiento final.

Puede citarse el caso *Lace v Chantler* que versa sobre la validez del término de un *leasehold* cuya duración dependía de la finalización de la segunda guerra mundial. La Corte de apelación decidió que no era posible crear un *leasehold* cuya duración dependía de la finalización de la guerra por ser un hecho indeterminado.⁷⁰⁸

De acuerdo con la Law of Property Act de 1925, es un requisito esencial en los *leasehold* que se fije un plazo de duración para estos *estates*. Sin embargo, esto no

⁷⁰⁶ SWADLING, W., "Property: General Principles"..., *op.cit.*, p. 189. MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property*..., *op.cit.*, p. 744, 781. BURN, E. H., *Modern Law of Real Property*..., *op.cit.*, p. 194, 196-197. BLACKSTONE, W., *Commentaries on the laws of England*, t. II, University of Chicago Press, Chicago, 1979, p. 143. LAWSON, F. H., y RUDDEN, B., *The law of property*..., *op.cit.*, p. 151. STEVENS, J., y PEARCE, R. A., *Land law*..., *op.cit.*, p. 84. RIDDALL, J. G., *Introduction to land law*..., *op.cit.*, p. 242, 245. GARDNER, S., *An introduction to Land Law*..., *op.cit.*, p. 211. HARWOOD, M., *Modern English Law Land*..., *op.cit.*, p. 102. DIXON, M., *Modern Land Law*..., *op.cit.*, p. 203. THOMPSON, M. P., *Modern Land Law*..., *op.cit.*, p. 346-347. También puede citarse el caso *Prudential Assurance Co. V. London Residuary Body*. Se trata de un caso donde el propietario de un terreno cercano a una carretera decidió venderlo y tener sobre éste un *leasehold* hasta ser requerido por las autoridades para ampliar la carretera. Se declaró que el *leasehold* era ineficaz por no poderse determinar el plazo de duración del mismo. Se trataba de una mera *tenancy* porque el *landlord* podía finalizar dicha tenencia por su voluntad.

⁷⁰⁷ RIDDALL, J. G., *Introduction to land law*..., *op.cit.*, p. 245.

⁷⁰⁸ SWADLING, W., "Property: General Principles"..., *op.cit.*, p. 189. "The Court Appeal held that it was no possible to create a lease for the duration of the war. Lord Greene MR said that a term created by a leasehold tenancy agreement must be expressed either with certainty and specifically, or by reference to something which could, at the time the lease took effect, be looked to as a certain ascertainment of what the term was meant to be. Here, at the time the agreement took effect, the term was completely uncertain. Since it was impossible to say how long the tenancy would last, it was void." THOMPSON, M. P., *Modern Land Law*..., *op.cit.*, p. 346.

impide que el derecho del *tenant* se extinga antes de llegar el término final del *leasehold* o por la producción del acontecimiento que signifique su vencimiento.⁷⁰⁹

Es esencial en los *leasehold* que el *lessor* recupere la posesión de las tierras una vez cumplido el plazo por el cual se constituyó el *leasehold* o una vez se produzca el acontecimiento que suponga también su vencimiento, toda vez que, si no fuera de esta forma, el *tenant* tendría la condición de *freehold* por no estar su derecho limitado temporalmente. Se trata del derecho de recuperación de la posesión que tiene el *landlord* una vez cumplido el plazo de duración del *leasehold*.⁷¹⁰

La doctrina también exige que el plazo de duración del *leasehold* sea determinado desde el inicio del contrato, es decir, las partes tienen que determinar a partir de cuándo va a comenzar el plazo de duración de este *estate*. Los casos más problemáticos son aquéllos que el *leasehold* no tiene una fecha determinada de inicio y aquéllos que la fecha es indeterminada.⁷¹¹

Los *leasehold* que no tengan un fecha determinada para el inicio del *estate* no son válidos,⁷¹² mientras que los que la fecha es indeterminada por depender de un acontecimiento incierto si que serán válidos.⁷¹³

⁷⁰⁹ BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 194, 207. Entre las posibles causas que dan lugar a la finalización anticipada del *lease* se encuentran la expiración del plazo por el cual fue establecido, la voluntad del *landlord* de recuperar la posesión de la finca o por una causa contemplada en la ley.

⁷¹⁰ PHILBRICK, F. S., *Property...*, *op.cit.*, p. 199. GARDNER, S., *An introduction to Land Law...*, *op.cit.*, p. 211-212.

⁷¹¹ RIDDALL, J. G., *Introduction to land law...*, *op.cit.*, p. 242. Es importante tener en cuenta la previsión del Art. 149.3 LPA que dice que será nulo el *lease* cuya fecha de inicio se posponga más de 21 años desde que fue creado. BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 207-208. MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 782.

⁷¹² STEVENS, J., y PEARCE, R. A., *Land law...*, *op.cit.*, p. 83. “*In Harvey v. Pratt the parties made a written agreement for the lease of a garage which included the length of the term and details of the rent but did not give the date for commencement of the tenancy. The intended tenant had never gone into occupation and the Court of Appeal held that in the absence of a commencement date there was no valid contract for the lease.*”

⁷¹³ STEVENS, J., y PEARCE, R. A., *Land law...*, *op.cit.*, p. 83. *Vid. Brilliant v. Michaels*. BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 207-208.

d) *Premium* o contraprestación periódica

Este tercer requisito fue reconocido en el caso *Street v Mountford*, pues parece evidente que el *tenant* tenga que pagar una renta al *landlord* por el uso en exclusiva del inmueble. De esta forma, éste obtiene un rendimiento económico al ceder el uso y el goce del inmueble al *tenant*. Es importante remarcar que el pago de una contraprestación al *landlord* tiene como finalidad la cesión del uso en exclusiva del bien y no otros conceptos como pueden ser la reparación del bien u otras causas.⁷¹⁴

No obstante, el requisito del pago de una renta no fue pacífico y se plantearon dudas sobre si el pago de una renta es esencial o no para la válida constitución de los *leasehold*. De esta forma, otros casos se pronunciaron sobre la gratuidad o la onerosidad de los *leasehold* sin que se haya llegado a una unanimidad de la doctrina en este punto:

*“The point arose in Ashburn Anstalt v Arnold. In this case the Court of Appeal held that an agreement under which a person could occupy a shop “rent free” did indeed amount to a lease of the shop. There was no rule, they said, that a tenancy could not exist without a rent. The question of rent arose again in the Court of Appeal in Skipton Building Society v Clayton, where the court held that an agreement to purchase a title to a house for one-third of its true value and to guarantee the vendors the right to remain living in it rent-free for the remainder of their lives had the effect of granting to the vendors a tenancy of the house which bound mortgagees to whom a mortgage had been granted.”*⁷¹⁵

Sin embargo, aunque el pago de una renta al *landlord* no sea un requisito esencial para la eficacia de un *leasehold*, la doctrina ha determinado que una contraprestación del

⁷¹⁴ STEVENS, J., y PEARCE, R. A., *Land law...*, *op.cit.*, p. 87. El pago de la renta puede hacerse mediante una contraprestación en especie y no solamente en dinero.

⁷¹⁵ SWADLING, W., “Property: General Principles”..., *op.cit.*, p. 190. BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 196-197. “The payment of rent, though normally required under terms of a lease, is not, however, essential.” PHILBRICK, F. S., *Property...*, *op.cit.*, p. 182-183. MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 745-746. STEVENS, J., y PEARCE, R. A., *Land law...*, *op.cit.*, p. 88. La doctrina destacó dos razones por las cuales la Corte de apelación llegó a dicha conclusión que parece inclinarse por no considerar el pago de una renta esencial para la validez de los *leases*. La primera es la incompatibilidad de mantener la esencialidad del pago de la renta con el Art. 205 (XXVII) LPA y el otro es la imposibilidad de conciliar dicho posicionamiento con otras resoluciones, en particular con el caso *Radaich v. Smith*. DIXON, M., *Modern Land Law...*, *op.cit.*, p. 205.

tenant de este tipo es indicativo de la voluntad de las partes de crear un *estate of exclusive possession of land*.⁷¹⁶

e) Requerimientos formales

Para crear un *legal estate*, esto es un *leasehold*, la Law of Property Act 1925 exige que se cumplan ciertas formalidades.

Según el Art. 52 LPA, un *legal estate* tiene que crearse mediante escritura. Aun así, según el Art. 54 LPA, este requisito no es exigible cuando un *leasehold* se materializa mediante la toma de posesión, cuando el plazo de duración no excede de tres años y cuando se pacta una renta razonable. Si se cumplen estas tres condiciones se puede crear un *leasehold* de forma verbal o escrita.⁷¹⁷

D) Derechos y obligaciones de las partes

Resulta también sumamente interesante ver cuál es el estatuto jurídico de las partes involucradas en un *leasehold* con el fin de establecer paralelismos entre este *real estate* y la propiedad temporal del Código civil de Cataluña.

a) Estatuto jurídico del *landlord*

- *Implied covenant for quiet enjoyment*: La relación que se establece entre ambas partes, es decir, el *landlord* y el *tenant*, conlleva implícitamente el deber del primero de garantizar al segundo el goce pacífico del inmueble objeto del *leasehold*. Este deber de *landlord* de mantener el *lessee* en la posesión pacífica del inmueble es un deber que necesariamente forma parte de este *estate*, aunque no se pacte expresamente en la escritura de constitución.⁷¹⁸ Si el *landlord* no

⁷¹⁶ STEVENS, J., y PEARCE, R. A., *Land law...*, *op.cit.*, p. 88. Vid. *Colchester Council v. Smith*. GARDNER, S., *An introduction to Land Law...*, *op.cit.*, p. 210-211. HARWOOD, M., *Modern English Law Land...*, *op.cit.*, p. 101. THOMPSON, M. P., *Modern Land Law...*, *op.cit.*, p. 350-351.

⁷¹⁷ MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 763-765. BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 194. LAWSON, F. H., y RUDDEN, B., *The law of property...*, *op.cit.*, p. 80-81. PHILBRICK, F. S., *Property...*, *op.cit.*, p. 200. RIDDALL, J. G., *Introduction to land law...*, *op.cit.*, p. 2551-252. GRAY, K., y FRANCIS GRAY, S., *Land Law...*, *op.cit.*, p. 69.

⁷¹⁸ MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 868-869. BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 230. Si el acto de perturbación de la posesión pacífica del *lessee* no proviene del *landlord*, sino de un particular que tiene un mejor derecho sobre la finca, el *landlord* no responde de este extremo: “*There is no liability under the covenant, however, if the*

respetara este deber, el *tenant* puede requerirle para que respete su derecho de gozar pacíficamente su propiedad.⁷¹⁹

- *Obligation not to derogate from his grant*: El *landlord* no puede finalizar anticipadamente el *leasehold*. Esta obligación no solo se impone al propio *landlord*, sino a todos aquellos que le sucederán en su derecho. Es decir, el *landlord* o sus herederos no pueden frustrar el uso y el goce de la finca que fue concedida al *lessee*.⁷²⁰
- *Implied condition of safety or fitness in certain cases and fit for habitation*: El propietario no se pronuncia, en general, sobre el destino del inmueble objeto del *leasehold*. Es decir, el *landlord* generalmente no dice si el inmueble debe ser destinado a ser la vivienda del *tenant* o tener por objeto otro uso.

Tampoco se obliga a hacer reparaciones en la finca, aunque éste tenga la obligación de mantener el *tenant* en el goce pacífico de la cosa.⁷²¹

b) Estatuto jurídico del *tenant*

- *Obligation to pay the rent*: La primera obligación del *tenant* es la de pagar una renta al *landlord* por tener la posesión en exclusiva del inmueble. Se trata de la percepción de una cantidad razonable por la ocupación exclusiva del *land*.⁷²² Aun así, ya se ha visto que el pago de una renta no es un requisito esencial para la válida constitución del *leasehold*.

act of disturbance is committed by a person claiming not under the lessor, but under a title paramount to his." PHILBRICK, F. S., *Property...*, *op.cit.*, p. 202-203. HARWOOD, M., *Modern English Law Land...*, *op.cit.*, p. 116-118. GRAY, K., y FRANCIS GRAY, S., *Land Law...*, *op.cit.*, p. 435-436. THOMPSON, M. P., *Modern Land Law...*, *op.cit.*, p. 372.

⁷¹⁹ THOMPSON, M. P., *Modern Land Law...*, *op.cit.*, p. 373.

⁷²⁰ MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 877. BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 231-232. HARWOOD, M., *Modern English Law Land...*, *op.cit.*, p. 118-119. GRAY, K., y FRANCIS GRAY, S., *Land Law...*, *op.cit.*, p. 436-437. THOMPSON, M. P., *Modern Land Law...*, *op.cit.*, p. 375-376.

⁷²¹ BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 232. MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 879. HARWOOD, M., *Modern English Law Land...*, *op.cit.*, p. 119-121. GRAY, K., y FRANCIS GRAY, S., *Land Law...*, *op.cit.*, p. 437-438.

⁷²² Sobre la naturaleza de la renta, *vid.* MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 706-707. PHILBRICK, F. S., *Property...*, *op.cit.*, p. 200-202. HARWOOD, M., *Modern English Law Land...*, *op.cit.*, p. 121. GRAY, K., y FRANCIS GRAY, S., *Land Law...*, *op.cit.*, p. 443.

- *Obligation to pay rates and taxes*: El *tenant* está obligado a pagar todos los impuestos y contribuciones, excepto aquéllos que el *landlord* asuma su pago.⁷²³
- *Obligation not to commit waste*. Esta obligación del *lessee* podría entenderse como el deber de no dejar deterior culposa o negligentemente el inmueble. El desarrollo del contenido de esta obligación es tratado en el caso *Warren v Keen*: “*The tenant must take proper care of the place. He must, if he going away for the winter, turn off the water and empty the boiler. He must clean the chimneys, when necessary, and also the windows. He must mend the electric light when it fuses. He must unstop the sink when it is blocked by his waste. In short, he must do the little jobs about the place which a reasonable tenant would do.*”⁷²⁴
- *Landlord’s right to view*: El *tenant* tiene el deber de permitir que el *landlord* entre en la finca objeto del *leasehold* con la finalidad de hacer las reparaciones necesarias, si se ha obligado a ello. Además, el propietario tiene el derecho de entrar en la finca en otros casos legalmente previstos. A parte de estos casos, el propietario no tendrá derecho a entrar en la finca durante el plazo de duración del *leasehold*.⁷²⁵
- *Estovers*: El *lessee* puede aprovecharse de los recursos naturales que produce el *land*, por ejemplo de la madera para hacer reparaciones en el inmueble. Este derecho no es absoluto, sino que solo puede usar los recursos naturales cuando verdaderamente lo necesite.⁷²⁶
- *Emblements*: El *tenant* puede aprovecharse de las cosechas que estén pendientes en el momento de finalizar el *leasehold* cuando éste acaba por alguna causa imprevisible que hace que no se cumpla el plazo por el cual se constituyó. Pero el *tenant* no tendrá este derecho si el *leasehold* finaliza por el vencimiento del

⁷²³ MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 889-890.

⁷²⁴ MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 890-892. BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 239. HARWOOD, M., *Modern English Law Land...*, *op.cit.*, p. 122-123. GRAY, K., y FRANCIS GRAY, S., *Land Law...*, *op.cit.*, p. 443.

⁷²⁵ MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 892. HARWOOD, M., *Modern English Law Land...*, *op.cit.*, p. 123.

⁷²⁶ BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 240. “*This right is limited by immediate necessity: a tenant cannot cut and store wood with a view to future requirements.*” MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 892.

plazo, pues es su responsabilidad prever si la cosecha estará lista cuando llegue el término final del *lease*.⁷²⁷

Una vez se han expuesto las características más importantes de los *leasehold*, que es la tenencia inglesa que ha inspirado al legislador de Cataluña para regular e introducir en el Código civil de Cataluña la propiedad temporal, paso al examen de esta nueva forma de disfrute del dominio en Cataluña.

1.2. Concepto

Según el Art. 547-1 CCCat el derecho de propiedad temporal confiere a su titular el dominio de un bien⁷²⁸ durante un plazo cierto y determinado, vencido el cual el dominio es transmitido al titular sucesivo.⁷²⁹

Con esta definición se dibuja un esquema aparentemente sencillo, pero a la vez muy novedoso porque hasta el momento no se había cuestionado el carácter perpetuo de la propiedad con carácter general, aunque ya se ha visto que en el Ordenamiento jurídico español existen otras instituciones (por ejemplo, propiedad fiduciaria, la enfiteusis, la propiedad superficiaria, etc.) que se basan en una titularidad temporal del dominio.

Como sujetos de la relación jurídica que se establece puede identificarse, de un lado, al «propietario temporal», que es el propietario del bien objeto de la propiedad temporal, durante un plazo cierto y determinado y, por otro lado, al «titular sucesivo», que es titular de la expectativa de tener el dominio en exclusiva de quien le transmite la propiedad temporal. Este titular sucesivo, que bien puede ser el titular originario del

⁷²⁷ BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 240.

⁷²⁸ El Art. 547-2 CCCat señala que pueden ser objeto de la propiedad temporal los bienes inmuebles y los bienes muebles duraderos no fungibles que puedan constar en un registro público. Para mayor abundamiento, *vid.* MOLINA ROIG, E., “Art. 547-2. Objeto”, en NASARRE AZNAR, S., (Coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d’altres normes*, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 65-74. MOLINA ROIG, E., “Art. 547-2 Objeto”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 91-102.

⁷²⁹ NASARRE AZNAR, S., y SIMÓN MORENO, H., “Fraccionando el dominio”..., *op.cit.*, p. 3.088. “*Nace una propiedad temporal cuando un nuevo propietario adquiere de un propietario original la titularidad de un inmueble por un tiempo cierto y determinado.*”

bien u otra persona, sabe que el titular temporal, tarde o temprano, le transmitirá el dominio de los bienes que tenía en tal concepto.⁷³⁰

De acuerdo con la definición del Art. 547-1 CCCat se constata, claramente, que los elementos esenciales de esta institución son el tiempo y la revocación de la propiedad del titular temporal, con la consiguiente retrocesión del bien a favor del titular sucesivo, una vez se cumpla el plazo, cierto y determinado, durante el cual el titular temporal tenía las facultades de uso y de goce del bien. De lo anterior cabe subrayar que tanto el titular temporal, como el sucesivo saben desde el momento de la adquisición de la propiedad temporal cuándo llegará el momento a partir del cual el dominio deberá ser transmitido del titular temporal al titular sucesivo. Es decir, el titular temporal sabe cuándo va a finalizar su derecho de propiedad temporal, y el titular sucesivo sabe cuándo va a recuperar el pleno dominio, absoluto y perpetuo.

Como se decía, el efecto más importante de la propiedad temporal es la revocación de la propiedad de su titular por el transcurso del tiempo. Es decir, la retransmisión de la titularidad dominical del titular temporal al titular sucesivo; lo que supone que, llegado el plazo, la propiedad del titular temporal se extinguirá y el dominio será transmitido al titular sucesivo, que, hasta el momento, era titular de la expectativa de ser el propietario ordinario del bien.

Ahora bien, la regulación de la propiedad temporal contenida en el Código civil de Cataluña no está al margen de la crítica y, a continuación, paso a examinar algunos aspectos de la misma que, de conformidad con su definición, contenida en el Art. 547-1 CCCat, suscitan algunas dudas, especialmente, sobre la delimitación de la autonomía privada y la situación posesoria en esta nueva institución.

⁷³⁰ NASARRE AZNAR, S., “La propiedad compartida y la propiedad temporal”..., *op.cit.*, p. 817. NASARRE AZNAR, S., “Catalunya, pionera a legislar per accedir a l’habitatge: les tinences intermèdies”..., *op.cit.*, p. 25. NASARRE AZNAR, S., “Les tinences intermitges”..., *op.cit.*, p. 15. NASARRE AZNAR, S., “Art. 547-1. Concepte de propietat temporal”, en NASARRE AZNAR, S., (Coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d’altres normes*, Centre d’Estudis Jurídic i Formació Especialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 56. NASARRE AZNAR, S., “Art. 547-1. Concepto de propiedad temporal”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 81.

1.2.1. Los límites de la autonomía privada en la propiedad temporal

El preámbulo de la LPTPC establece que la autonomía privada es uno de los pilares fundamentales tanto para la regulación de la propiedad temporal, como de la compartida. Concretamente este principio se anuncia de la siguiente forma: *“A excepció d’allò que fa referència als elements de tipificació de les institucions, les normes que s’introdueixen són de caràcter dispositiu, de manera que es dóna un ampli marge a l’autonomia privada, conforme al tradicional principi de llibertat civil (article 111-6 del Codi civil).”*

No obstante, el fragmento transcrito no despeja todas las dudas sobre el ámbito de la autonomía de los titulares de estas nuevas formas de propiedad, puesto que no aclara cuáles son los «elementos de tipificación de las instituciones». En consecuencia, considero que sería oportuno tratar de determinar cuáles son los elementos de la propiedad temporal que son «tipificadores» de la institución; lo que creo que podría englobar aquellos elementos que la LPTPC considera que son esenciales de la institución y que, por el juego de la autonomía privada, la propiedad temporal podría desnaturalizarse si los propietarios disponen de ellos, en ejercicio de su libertad.

A continuación se analizan los elementos que, en ausencia de una previsión legal que lo establezca expresamente, son esenciales o estructurales de la propiedad temporal, a la luz de la regulación de la misma que se contiene en el Código civil de Cataluña.

1.2.2. La duración

Se desprende del Art. 547-1 CCCat que la propiedad temporal se atribuye a su titular por un plazo cierto y determinado. Posteriormente, el Art. 547-4.3 CCCat concreta el plazo mínimo y el máximo que puede durar el negocio jurídico de adquisición de la propiedad temporal. Para los bienes muebles se fija un plazo mínimo de un año y un máximo de 99 años, mientras que para los inmuebles el plazo mínimo es de diez años y un máximo de 99 años.

Por lo tanto, la duración de la propiedad temporal queda perfectamente determinada y, con base en el tenor literal del Art. 547-4.3 CCCat, no parece que pueda pactarse una propiedad temporal por un plazo superior a los 99 años o por un plazo mínimo al límite establecido en función de la naturaleza mueble o inmueble del bien.

Según NASARRE, “un plazo mínimo era necesario para evitar problemas de naturaleza jurídica a la situación resultante del negocio jurídico de transmisión”.⁷³¹

Comparto con este autor que era necesario el establecimiento de un plazo mínimo de duración para la propiedad temporal, diferente según la naturaleza del bien, puesto que con ello, de un lado, se quiere evitar que esta nueva forma de propiedad sea especulativa y, de otro, se quiere permitir que el titular temporal pueda desarrollar las facultades dominicales que le otorga el Art. 547-6 CCCat en un plazo de tiempo razonable para el pleno ejercicio de sus derechos.

En lo que se refiere a la fijación de un plazo máximo de duración de 99 años para la propiedad temporal, el mismo autor critica la posición adoptada por el legislador de Cataluña, toda vez que, con esta decisión de política legislativa, quiere equipararse el derecho del titular temporal con un derecho real en cosa ajena, que grava el derecho superior de propiedad del titular sucesivo. Esto, sin duda alguna, puede interpretarse como un posicionamiento a favor de no limitar temporalmente el derecho del titular temporal.⁷³²

No obstante el anterior criterio, quizá hubiera sido deseable que el legislador de Cataluña no hubiese limitado la propiedad temporal estableciendo un plazo máximo de duración. De este modo, la propiedad temporal se adquiriría indefinidamente por su titular hasta el momento en el que ambos propietarios acordaran la transmisión del dominio al titular sucesivo. De esta manera la duración de la propiedad temporal no estaría determinada, sino que sería determinable por acuerdo de los propietarios sin que, *a priori*, el dominio estuviera limitado temporalmente.

Si el legislador de Cataluña hubiera optado por esta otra opción, el derecho del titular temporal no estaría limitado temporalmente y, por ende, se trataría de un tipo o forma de propiedad, cuya duración sería indefinida o tendencialmente perpetua, pero su eficacia claudicante en virtud de una convención entre los titulares temporal y sucesivo.

⁷³¹ NASARRE AZNAR, S., “La propiedad compartida y la propiedad temporal”..., *op.cit.*, p. 818-819. GETE-ALONSO y CALERA, M^a. del C., “Una primera lectura de la Ley 19/2015”..., *op.cit.*, p. 24. La autora justifica el establecimiento de un plazo mínimo de duración para evitar que, por la vía de la propiedad temporal, se burle la Ley de arrendamientos urbanos. En el mismo sentido, *vid.* NÚÑEZ ZORRILA, M^a. C., “La propiedad temporal y la propiedad compartida”..., *op.cit.*, p. 6.

⁷³² NASARRE AZNAR, S., “Art. 547-1. Concepte de propietat temporal”..., *op.cit.*, p. 57. NASARRE AZNAR, S., “Art. 547-1. Concepto de propiedad temporal”..., *op.cit.*, p. 82.

De acuerdo con lo anterior, la dogmática del derecho de propiedad no se vería tan comprometida, como parece que resulta de la regulación del Código civil de Cataluña.

Considero que la creación de un nuevo tipo de derecho de propiedad, cuya eficacia fuese indefinida pero, a la vez, determinable por la autonomía privada podría defenderse, al menos, por un sector doctrinal más amplio, favorable a admitir que el derecho de propiedad se extinga por causas determinables en el momento de su adquisición.⁷³³

Además, otros autores⁷³⁴ han defendido la propiedad “*temporal vitalicia*”. Según MOLINA ROIG, si se parte de la base de que mediante la propiedad temporal se pretende combinar la flexibilidad del arrendamiento con la seguridad de la propiedad plena y exclusiva, la protección del titular temporal puede verse frustrada, por ejemplo, cuando la propiedad temporal finaliza durante la jubilación de su titular. En estos casos, la propiedad temporal no sería una tenencia estable, pues no garantizaría a su titular su permanencia en el dominio, privándole de una seguridad precisa en su etapa vital de mayor vulnerabilidad.

La LPTPC no contempla las consecuencias de la no fijación de la duración de la propiedad temporal en el título constitutivo, ni las consecuencias cuando se haya fijado un plazo de duración superior al legalmente establecido. En el primer caso, es difícil evitar la nulidad del negocio jurídico por el carácter imperativo del Art. 547-4.3 CCCat y por la inexistencia de un término legal supletorio, al contrario de lo que sucede con la propiedad compartida (Art. 556-4.3 CCCat). En el segundo caso, la solución más adecuada sería la reducción del plazo de duración de la propiedad temporal hasta el

⁷³³ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral...*, op.cit., p. 164. PUIG PEÑA, F., *Compendio de derecho civil español...*, op.cit., p. 49-50. “Este carácter de perpetuidad se recoge en la moderna doctrina con las limitaciones propias del caso, pues, que si en un principio no hay nada que obste a él, sin embargo, esto no impide la existencia de la propiedad revocable.”

⁷³⁴ MOLINA ROIG, E., “Art. 547-4. Adquisició i durada”, en NASARRE AZNAR, S., (coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d’altres normes*, Centre d’Estudis Jurídic i Formació Especialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 90-92. MOLINA ROIG, E., “Art. 547-4. Adquisición y duración”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 122-124. Para la propiedad temporal vitalicia se propone el mismo método de cálculo de la cuota hipotecaria de la hipoteca inversa que depende de la valoración del bien, la edad del solicitante y de la evolución del precio del inmueble en el mercado.

máximo de 99 años, de acuerdo con los principios de la autonomía privada y de la conservación de los negocios jurídicos.⁷³⁵

1.2.3. El establecimiento de un plazo cierto y determinado de duración

En relación con la duración de la propiedad temporal, el Art. 547-1 CCCat dice que el plazo tiene que ser determinado. Con esto se impide que la fijación de la duración de la propiedad temporal, dentro de los límites temporales del Art. 547-4.3 CCCat, dependa del cumplimiento de un acontecimiento futuro que funcionaría como un término resolutorio claudicante de la eficacia del derecho del titular temporal, o del arbitrio de un tercero ajeno al negocio jurídico de adquisición de la propiedad temporal.⁷³⁶

La doctrina ha defendido la determinación de la duración de la propiedad temporal con base en motivos de seguridad jurídica. Y también con base en razones «de mercado», pues la determinación temporal se considera que hará más atractiva esta forma de propiedad para las entidades de crédito.⁷³⁷

Pero, de nuevo, la opción legislativa escogida por el legislador de Cataluña podría haber sido la contraria, y haber dejado a las partes determinar el plazo de duración de la propiedad temporal, de acuerdo con el principio de la autonomía privada, y no tener que ceñirse a los límites que marca el Art. 547-4.3 CCCat. Esta sería una opción perfectamente válida, de modo que las partes podrían hacer depender la duración de la propiedad temporal del cumplimiento de una condición, de un término cierto, o, incluso, no determinado, inicialmente el término, pero confiando su determinación a un tercero

⁷³⁵ BOSCH CAPDEVILA, E., “La propietat temporal i la propietat compartida en el Codi civil de Catalunya”, en *RJC*, nº 2, 2016, p. 353-354. MOLINA ROIG, E., “Art. 547-4. Adquisició i durada”..., *op.cit.*, p. 88. “*si la durada no es pacta al títol d’adquisició o no se’n pot deduir del negoci transmissiu, la PT es nul·la i no arribarà a existir.*” MOLINA ROIG, E., “Art. 547-4. Adquisición y duración”..., *op.cit.*, p. 119. “*si la duración determinada no se pacta en el título de adquisición o no se puede deducir del negocio de transmisión [...], la PT no se transmitirá, pudiéndose llegar a transmitir, dependiendo de las circunstancias del negocio, atendiendo al principio de conservación, una propiedad ordinaria.*”

⁷³⁶ NASARRE AZNAR, S., “Art. 547-1. Concepte de propietat temporal”..., *op.cit.*, p. 61. NASARRE AZNAR, S., “Art. 547-1. Concepto de propiedad temporal”..., *op.cit.*, p. 86. MOLINA ROIG, E., “Art. 547-4. Adquisició i durada”..., *op.cit.*, p. 92-94. MOLINA ROIG, E., “Art. 547-4. Adquisición y duración”..., *op.cit.*, p. 125. Se defiende la posibilidad de pactar prórrogas sucesivas hasta alcanzar el máximo legal de 99 años de duración de la propiedad temporal. En el caso de superar dicho límite, se tendría que formalizar un nuevo contrato de propiedad temporal.

⁷³⁷ NASARRE AZNAR, S., “La propiedad compartida y la propiedad temporal”..., *op.cit.*, p. 817-819.

(arbitrador), designado por las partes, ajeno a la relación jurídica, o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, (Arts. 1.255 CC y 1.128).⁷³⁸

La doctrina ha sostenido que el tiempo puede ser una circunstancia de la relación jurídico-real y, en consecuencia, las partes pueden pactar el momento inicial, *dies a quo*, y el momento final, *dies ad quem*, de los derechos reales: “*La circunstancia temporal de un derecho, además de determinar la duración del fenómeno jurídico, puede incrustarse en él como punto de referencia de la producción de algunos de sus efectos. Se puede distinguir así entre un término inicial y un término final. El término inicial es el que marca el comienzo de la relación jurídica y el de la producción de sus efectos. [...] El tiempo puede ser utilizado como término final o término resolutorio de una relación jurídica que las partes han querido que sea temporalmente limitada. [...] La llegada del término final marca el fin de la relación jurídica y establece la entrada de los deberes de liquidación.*”⁷³⁹

De conformidad con el principio de la autonomía privada, sin perjuicio de las limitaciones que operan en este campo, las partes pueden establecer la duración temporal de un derecho real, de modo que llegado el término final, deberá liquidarse el estado posesorio del antiguo poseedor, de conformidad con el Art. 547-10.3 CCCat.

⁷³⁸ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. VI.- Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 131-133. El principio de la autonomía privada domina, asimismo, el ámbito de las relaciones jurídico-reales. Sin embargo, dicha autonomía se encuentra limitada, toda vez que “*tiende a constituir un estatuto jurídico de la cosa objetivamente considerada, que acompañe a ésta durante toda sus existencia o por lo menos durante un largo período de tiempo. Por esto, el acto individual, en cuanto se impone a los posibles terceros interesados que tengan algún contacto con la cosa, deja en rigor de ser un acto de autonomía, para convertirse en alguna medida en heterónimo.*” En cuanto al establecimiento del estatuto de la relación jurídico-real, la autonomía privada está limitada para no desbordar el sistema de derechos reales y crear relaciones jurídico-reales atípicas.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral...*, *op.cit.*, p. 52. “*Los derechos de crédito pueden nacer bajo las formas más variadas y se rigen por el principio de la autonomía privada. Los derechos reales, por el contrario, toman su configuración en la Ley y obedecen en lo esencial al principio del orden público.*” ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, *op.cit.*, p. 27. ALBALADEJO defiende que en materia de derechos reales la autonomía privada de las partes es la misma que en la regulación de las circunstancias de la relación obligatoria y que solo está limitada por los límites del Art. 1.255 CC. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et. alii.*, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 13-17. Otros niegan que el Art. 1.255 CC tenga en el campo de los derechos reales la misma eficacia que en el campo de los derechos de crédito.

⁷³⁹ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. VI.- Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 966-967.

En el caso de la propiedad temporal, su titular, desde que reciba la posesión del bien, podrá ejercer todas las facultades dominicales que le reconoce el Art. 547-6 CCCat; todo ello sin perjuicio de que, en virtud de un nuevo acuerdo, el titular temporal transmita, en un momento posterior, el pleno dominio al titular sucesivo. En este caso, la ley no fijaría la duración máxima de su derecho, pues sería resultado de lo pactado por ambos propietarios.

1.3. Naturaleza jurídica

La doctrina ha debatido sobre la naturaleza jurídica de la propiedad temporal, puesto que en una situación de propiedad temporal coexisten los poderes del titular temporal y del titular sucesivo sobre un mismo bien.

Este epígrafe tiene su base en la dogmática civilista y constitucional del derecho de propiedad estudiada en los dos primeros capítulos de esta investigación, es decir, me centraré en la crítica de la naturaleza jurídica y de la constitucionalidad de la propiedad temporal de acuerdo con la doctrina de la primera parte de esta Memoria doctoral.

Antes de proceder con este estudio, creo que es sumamente importante destacar que el preámbulo de la LPTPC establece en el primer párrafo que la propiedad temporal es una nueva forma de propiedad y que se diferencia claramente de los derechos reales en cosa ajena, con lo que para criticar la propiedad temporal del Código civil de Cataluña debe partirse de esta premisa.⁷⁴⁰

Con esto el legislador de Cataluña ha querido dejar claro desde buen principio que la imbricación de la propiedad temporal en el Ordenamiento jurídico se ha llevado a cabo a través de la creación de una nueva forma de propiedad y no con la creación de un nuevo derecho real, aunque con base en la regulación de la propiedad temporal podría defenderse que en realidad se trata de un derecho real que grava la propiedad ordinaria que es plena y tendencialmente perpetua.

En definitiva, el legislador de Cataluña adoptó la decisión de regular una nueva forma de propiedad. Esta decisión de política legislativa estuvo presidida por la finalidad de reforzar la situación jurídica de quienes adquirirían la propiedad temporalmente. Obvio es decir que la posición jurídica del propietario posee mayor fortaleza jurídica, que

⁷⁴⁰ Llei 19/2015, del 29 de juliol, d'incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. DOGC nº 6927, de 4 d'agost de 2015.

aquella que ostenta el mero titular de un derecho real. Asimismo, se pretendió que esta nueva forma de propiedad amparase tanto los intereses sociales concurrentes, como los intereses legítimos del «propietario originario» (y su derecho a recobrar la propiedad).

Pueden identificarse, de otra parte, otros intereses que pudieron determinar, en cierta medida, la propia configuración de este nuevo régimen de la propiedad, tales como aquellos de carácter financiero, es decir, aquellos que pretenden hacer que la regulación permita a las entidades financieras considerar que la adquisición de la propiedad temporal posee entidad y seguridad suficiente para constituir un derecho real subyacente seguro que sirva de soporte a la concesión de crédito para su adquisición.

Entiendo que en la *mens legislatoris* estaba la creación de un nuevo tipo de propiedad que fuera atractiva tanto para los consumidores como para las entidades de crédito y la Administración, reforzando el estatuto jurídico de los propietarios involucrados en esta nueva forma de propiedad y otorgándoles la condición de propietarios y no la de titulares de un mero derecho real que precisamente es un desmembramiento de la propiedad.

La decisión del legislador de Cataluña, no obstante, no está exenta de críticas y, dicho esto, paso a criticar dogmáticamente la nueva forma de propiedad que el legislador de Cataluña ha introducido en el Código civil de Cataluña que pivota, fundamentalmente, sobre la temporalidad del dominio y la división de las facultades dominicales entre el titular temporal y el titular sucesivo.

Siguiendo a BOSCH CAPDEVILA,⁷⁴¹ paso a exponer las teorías que se han propuesto para explicar la naturaleza jurídica de la propiedad temporal y su correspondiente crítica.

1.3.1. La propiedad temporal como una situación de comunidad

La propiedad temporal comporta la coexistencia de los poderes de dos titulares sobre un mismo bien y esto podría inducir a pensar que la propiedad temporal pivota sobre una comunidad de bienes en la cual los cotitulares tendrían diferentes facultades

⁷⁴¹ BOSCH CAPDEVILA, E., “La propietat temporal i la propietat compartida”..., *op.cit.*, p. 347-349.

dominicales y, al cabo de un tiempo, la situación de comunidad se extinguiría y el bien pasaría a ser propiedad exclusiva, absoluta y perpetua del cotitular que no había tenido el uso y el goce del bien durante el tiempo de duración de la propiedad temporal. Es decir, la concurrencia de dos titulares al mismo tiempo del bien sería el presupuesto que permitiría afirmar que la propiedad temporal implica una situación de comunidad.

Considero que esta no ha sido la opción elegida por el legislador de Cataluña, puesto que si la propiedad temporal se basara en una comunidad de bienes, el preámbulo de la LPTPC se hubiera referido a ello, de la misma forma que lo hace respecto de la propiedad compartida. Sin embargo, respecto de la naturaleza jurídica de la propiedad temporal, el preámbulo de la LPTPC parece que se inclina por considerar la propiedad temporal como un supuesto de dominio dividido y no como una situación de comunidad: “*En efecte, la propietat temporal és present [...] en la caracterització originària dels censos com a propietat dividida susceptible de durada temporal si així es pacta*”.⁷⁴²

La colocación sistemática de la propiedad temporal en el Código civil de Cataluña también denota la intención del legislador de no configurar la propiedad temporal como una situación de comunidad, al contrario que la propiedad compartida. La propiedad compartida se ubica dentro del Capítulo VII, del Título IV del Libro V del Código civil de Cataluña, es decir, a continuación de la regulación del derecho real de propiedad. Hay que tener en cuenta que el legislador no ha previsto la exclusión de la acción de división en la propiedad temporal, lo que conduce a descartar la teoría comunitaria.

Además, la doctrina ha afirmado que en la propiedad temporal solo existe un titular dominical del bien, puesto que el titular sucesivo no merece esta calificación porque será el titular dominical una vez se extinga la propiedad temporal, lo que impide que coexistan dos titulares dominicales sobre el mismo bien y, en consecuencia, que se produzca una situación de comunidad.⁷⁴³

⁷⁴² Llei 19/2015, del 29 de juliol, d'incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. DOGC nº 6927, de 4 d'agost de 2015.

⁷⁴³ NASARRE AZNAR, S., “Art. 547-1. Concepto de propiedad temporal”..., *op.cit.*, p. 81. NASARRE AZNAR, S., “Art. 547-1. Concepte de propietat temporal”..., *op.cit.*, p. 56. “*mentre el propietari temporal ho és, el titular successiu no ho és i, per això, és successiu, perquè és el que segueix al propietari temporal.*”

1.3.2. La propiedad temporal como una propiedad gravada con un derecho de adquisición

La propiedad temporal podría también concebirse como una propiedad gravada con un derecho de adquisición a favor del titular sucesivo. En este supuesto, el verdadero propietario sería el titular temporal con base en el conjunto de facultades dominicales que le reconoce el Art. 547-6 CCCat.

Según BOSCH CAPDEVILA,⁷⁴⁴ los trabajos preparatorios de la LPTPC partían de esta concepción de la propiedad temporal y, en cierto modo, en el preámbulo de la LPTPC se asimila el titular temporal al propietario ordinario: *“En la propietat temporal, el propietari gaudeix, durant el termini fixat, d’un poder jurídic idèntic al del propietari ordinari que el legitima per a actuar com a propietari únic i exclusiu, mentre que el titular successiu ho és d’un dret de reversió.”*

Algunos preceptos de la LPTPC permitirían afirmar que el verdadero propietario ordinario es el titular temporal. A título de ejemplo, el propio Art. 547-1 CCCat no establece ningún límite al dominio del titular temporal, el Art. 547-6.1 CCCat empieza diciendo que *“el propietari temporal té totes les facultats del dret de propietat”*, entre otros.

No obstante, otros preceptos referentes a la propiedad temporal destacan los límites del titular temporal y se pone en duda que éste sea el propietario original u ordinario. El titular temporal tiene, en virtud del Art. 537-6.2 CCCat, limitada su facultad de disposición sobre su derecho por su propia temporalidad: *“La propietat temporal es pot alienar, hipotecar i sotmetre a qualsevol altre gravamen amb el límit del termini fixat”*. Además, el Art. 547-6.1 CCCat reconoce que el titular temporal tiene todas las facultades del derecho real de propiedad, pero limitadas por la existencia del titular sucesivo. Por último, el Art. 547-7.3 CCCat permite al titular sucesivo exigir al titular temporal que se haga cargo de las obras de reparación o de reconstrucción del bien cuando éste se deteriore en más de un 50%.

⁷⁴⁴ BOSCH CAPDEVILA, E., “La propietat temporal i la propietat compartida”..., *op.cit.*, p. 347. GETE-ALONSO CALERA, M^a. Del C., “Una primera lectura de la Ley 19/2015”..., *op.cit.*, p. 22-23, 26.

Una vez hechas las anteriores consideraciones, el propietario ordinario sería el titular temporal, mientras que el titular sucesivo sería el titular de un derecho de adquisición del dominio una vez finalizado el plazo de duración de la propiedad temporal.⁷⁴⁵

A mi parecer, se trata de una opción que es perfectamente defendible a la luz de la regulación del estatuto del titular temporal pero, en mi opinión, la asimilación no es tan evidente.

Un sector doctrinal ha defendido que más que tratarse de un derecho de adquisición, el derecho del titular sucesivo es un auténtico derecho subjetivo de naturaleza real, similar al derecho del heredero fideicomisario (artículo 426-35 CCCat): *“el dret de reversió del titular successiu s’ha considerat com un autèntic dret subjectiu, que té naturalesa real [...], ja que atorga al seu titular totes les facultats de disposició sobre el dret inter vivos (alienar, hipotecar, gravar) i mortis causa, sense necessitat de que intervingui el propietari temporal per exercitar-lo, ja que té la certesa que obtindrà el domini ple del bé, un cop venci el termini determinat. Per tant, té una relació immediata amb la cosa, característica dels drets reals.”*⁷⁴⁶

Además, si se inscribe la propiedad temporal en el registro correspondiente, éste también reflejará el derecho del titular sucesivo y, por lo tanto, tendrá eficacia *erga*

⁷⁴⁵ BOSCH CAPDEVILA, E., “La propietat temporal i la propietat compartida”..., *op.cit.*, p. 349-350. *“L’anomenat titular successiu serà propietari en arribar al termini, però mentre dura la situació de propietat temporal el que té és un dret d’adquisició que, per la seva inevitable vinculació amb la finca [...], s’ha de qualificar com un dret real, com ho confirma el fet que es pot hipotecar i sotmetre a qualsevol altre gravamen (art. 547-7.1). En definitiva, el titular successiu no té una simple expectativa, caracteritzada per la seva incertesa [...], sinó que té un autèntic dret real. Es tracta d’un dret real d’adquisició, que es distingeix del dret real d’opció regular en els arts. 568-1 i seg. en què el seu efecte adquisitiu és automàtic”*. En el mismo sentido, *vid.* MOLINA ROIG, E., “Art. 547-7. Facultats del titular successiu”, en NASARRE AZNAR, S., (Coord.), *Comentaris a la nova regulació de les finences intermèdies. Llei 19/2015 i d’altres normes*, Centre d’Estudis Jurídic i Formació Especialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 126-127. MOLINA ROIG, E., “Art. 547-7. Facultades del titular sucesivo”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 168-169. GETE-ALONSO y CALERA, M^a. del C., “Una primera lectura de la Ley 19/2015”..., *op.cit.*, p. 26. GETE-ALONSO no habla de un derecho de adquisición, sino que el titular sucesivo es titular de una mera expectativa con un contenido económico. TORRENT CUFÍ, F., “La propiedad temporal y la compartida”..., *op.cit.*, p. 31. *“El titular sucesivo es un titular de un derecho de reversión, el derecho a recuperar la propiedad cuando acabe el del titular temporal. Este derecho tiene un contenido económico y jurídico”*.

⁷⁴⁶ MOLINA ROIG, E., “Art. 547-7. Facultats del titular successiu”..., *op.cit.*, p. 126-127. MOLINA ROIG, E., “Art. 547-7. Facultades del titular sucesivo”..., *op.cit.*, p. 168-169.

omnes, que es propio de los derechos reales. En este sentido, el titular sucesivo podrá dirigir sus facultades contra aquél que sea el titular temporal del bien en cualquier momento.

Considero que el conjunto de facultades que el Art. 547-7 CCCat otorga al titular sucesivo sobrepasan la consideración de su derecho como un derecho de adquisición que se diferencia del derecho de adquisición del 568-1 CCCat por el efecto automático de la adquisición de la propiedad una vez se extinga la propiedad temporal.

Además de poder exigir que el titular temporal se haga cargo de las obras de conservación o de reparación del bien cuando éste se deteriore en más de un 50%, el Art. 547-10.1 CCCat dice que el titular sucesivo: *“pot exercir les accions de protecció de la propietat i de la possessió que li corresponguin.”* Este precepto es indicativo de la naturaleza dominical del derecho del titular sucesivo que puede poner en cuestión su caracterización como un derecho de adquisición del pleno dominio cuando se extinga la propiedad temporal.

Por lo tanto, considero que el contenido del derecho del titular sucesivo no puede reducirse a un derecho de adquisición o de reversión como dice el preámbulo de la LPTPC puesto que, según el Art. 547-7.3 CCCat, está legitimado para exigir al propietario que se haga cargo de los gastos para la conservación y reparación del bien cuando éste se deteriore más de un 50%, además de poder interponer las acciones protectoras del dominio como la acción reivindicatoria.

Es decir, del conjunto de facultades que le reconoce el Art. 547-7 CCCat sobre el bien, entiendo que no puede limitarse el contenido de su derecho a un derecho de adquisición o de reversión. Sin embargo, se trata de una configuración de la propiedad temporal que, como se ha dicho en los párrafos anteriores, ha sido defendida por la mayor parte de la doctrina: *“El denominado titular sucesivo será propietario al llegar al plazo, pero mientras dura la situación de propiedad temporal, lo que tiene es un derecho de adquisición que, por su inevitable vinculación con la finca [...], podemos calificar*

*como un derecho real, como lo confirma la posibilidad de ser hipotecado y sometido a cualquier otro gravamen*⁷⁴⁷

Considero que, en todo caso, se trataría de un derecho real atípico que atribuiría al titular sucesivo las facultades que enumera el Art. 547-7 CCCat y no solo el derecho de revertir a su favor el dominio una vez finalizada la propiedad temporal.

En definitiva, considero que si esta es la tesis sobre la naturaleza jurídica de la propiedad temporal que sigue el legislador y la doctrina mayoritaria, el estatuto jurídico del titular sucesivo se parece más al de un heredero fideicomisario en lugar de afirmar que ostenta un derecho de adquisición de naturaleza real.

El titular sucesivo, al igual que sucede con el heredero fideicomisario, puede ejercitar las acciones y las medidas adecuadas para proteger la expectativa de tener el pleno dominio. Durante la existencia de la propiedad temporal puede disponer de su derecho *inter vivos* o *mortis causa* (Art. 547-7.1 CCCat), exigir al titular temporal que se haga cargo de las obras de reparación o de conservación del bien (Art. 547-7.3 CCCat), además de poder ejercitar las acciones protectoras del dominio (Art. 547-10.1 CCCat).

Por su parte, el heredero fideicomisario está facultado para ejercitar las acciones y medidas adecuadas para proteger su expectativa hereditaria. Concretamente, el heredero fideicomisario puede ejercitar la *interrogatio in iure* (Art. 461-12.2 CCCat), puede también intervenir en la formación del inventario que ha de realizar el heredero fiduciario (Art. 426-20.4 CCCat). Puede, asimismo, exigir el cumplimiento de las obligaciones que la Sección tercera del Capítulo VI, del Título II del Libro IV impone al heredero fiduciario.

Además, respecto de la caución que prevé el Art. 426-23.2 CCCat durante la fase de pendencia del fideicomiso: “*Si el fiduciari posa en perill, dissipa o danya greument els béns fideïcomesos, el fideïcomissari li pot exigir garantia suficient en seguretat del pagament de la indemnització dels danys i perjudicis causats pel seu capteniment. Si es tracta d'un fideïcomís a termini, el fideïcomissari pot optar entre exigir la prestació de garantia o el trànsit immediat dels béns fideïcomesos. En cas que aquest trànsit no sigui*

⁷⁴⁷ DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op.cit., p. 158-159. BOSCH CAPDEVILA, E., “La propietat temporal i la propietat compartida”..., op.cit., p. 349-350.

possible o es tracti d'un fideïcomís sotmès a condició, si el fiduciari no presta garantia, el fideïcomissari pot demanar a l'autoritat judicial que nomeni un administrador.”

En lo referido a la protección de los derechos de los herederos fideicomisarios, los Arts. 426-23.3 CCCat y 426-23.4 CCCat disponen lo siguiente:

“3. Durant el període de pendència del fideïcomís, els fideïcomissaris poden pretendre la declaració judicial de llur dret o del caràcter fideïcomès dels béns.

4. Els fideïcomissaris poden impugnar judicialment els actes de disposició atorgats pel fiduciari, però, mentre no es defereixi el fideïcomís, les sentències que estimin la pretensió d'impugnació únicament es poden executar en la mesura necessària per a salvaguardar immediatament els interessos dels fideïcomissaris.”

En consecuencia, tanto el titular sucesivo como el heredero fideicomisario están facultados para proteger sus respectivas expectativas de tener el bien como propio, sin que su estatuto jurídico se limite a una expectativa de tener el dominio o la herencia como propios.

A mi modo de ver las cosas, la temporalidad de la propiedad podría también afectar, en general, al sistema de los derechos reales y, en particular, a la diferenciación de la propiedad temporal de otros derechos reales en cosa ajena que atribuyen a su titular amplias facultades de uso y de goce y que pueden ser temporales, como por ejemplo el derecho real de usufructo, toda vez que el estatuto jurídico del propietario sucesivo se asemeja, en cierta medida al del nudo propietario, mientras que la posición del titular temporal podría ser equiparable a la del usufructuario.

El derecho real de usufructo es el derecho real que atribuye a su titular las más amplias facultades para usar y gozar de un bien que es propiedad de otro, con la limitación, de conformidad con los Arts. 561-2.1 CCCat y 476 CC, de salvaguardar la forma y la sustancia de la cosa objeto del derecho real. Se trata, por lo tanto, de un gravamen del derecho de propiedad constituido a favor del usufructuario para que éste pueda percibir,

directa o indirectamente todas las utilidades que pueda producir el bien del nudo propietario con la limitación de preservar la forma y la sustancia del objeto.⁷⁴⁸

Cabe, pues, comparar la propiedad temporal del Código civil de Cataluña con el derecho real de usufructo, aunque no puede perderse de vista que el usufructo es un derecho real en cosa ajena y la propiedad temporal es, según el preámbulo de la LPTPC, una nueva forma del derecho real de propiedad que se basa en la revocación de la propiedad del titular temporal a favor del titular sucesivo una vez finalizado el plazo de duración por el cual fue adquirida.

En este sentido, la propiedad temporal se configura como una nueva forma de propiedad que confiere al titular temporal el pleno dominio durante un plazo de tiempo determinado, mientras que el titular sucesivo tiene la expectativa de recuperar el pleno dominio al finalizar el plazo de tiempo por el que se constituyó la propiedad temporal, de la misma forma que el nudo propietario recupera la plena propiedad cuando se extingue el derecho real que grava su propiedad.

La obligación del usufructuario de conservar la forma y la sustancia en cierta manera también es una obligación del titular temporal, pues, según el Art. 547-9.1.b), la propiedad temporal se extingue cuando el bien se deteriora en más de un 50% por culpa o dolo del titular temporal si éste, una vez requerido por el propietario sucesivo, no hace las reparaciones necesarias para la conservación del bien. El Art. 547-7.3 CCCat reconoce al titular sucesivo la facultad de exigir al titular temporal que se haga de la reparación o reconstrucción del bien si éste se deteriora en más de un 50%.

En lo que se refiere a la *enajenabilidad* de los derechos del titular temporal y del usufructuario, el Art. 561-9 CCCat dispone lo siguiente respecto de la facultad de disposición de este último sobre su derecho:

- “1. *L'usdefruit és disponible per qualsevol títol.*
2. *Els nus propietaris, si els usufructuaris es proposen transmetre llur dret, tenen dret d'adquisició preferent, llevat que el títol de constitució estableixi una altra cosa.*
3. *Els contractes que fan els usufructuaris s'extingeixen al final de l'usdefruit.*
4. *Els nus propietaris poden disposar dels béns usufructuats i introduir-hi*

⁷⁴⁸ PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Institucions...*, op.cit., p.464-468. DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op.cit., p. 377-379.

modificacions que no n'alterin la forma ni la substància i que no perjudiquin els usufructuaris. Per a fer construccions o edificacions, ho han de notificar als usufructuaris, els quals s'hi poden oposar si entenen que lesionen llurs interessos.”

El Código civil de Cataluña admite, con carácter general, que el usufructuario pueda disponer de su derecho por actos entre vivos o por causa de muerte, además de poder disponer de su derecho a título gratuito o a título oneroso.⁷⁴⁹

Asimismo, entre los Arts. 561-21 y 561-24 CCCat se regula el usufructo con facultad de disposición sobre la cosa usufructuada. La regla general es que, de acuerdo con el Art. 561-9.4 CCCat, la facultad de disposición forme parte del contenido del derecho del propietario y que el usufructuario tenga las facultades de uso y de goce del bien. De lo contrario, si la facultad de disposición se atribuyera, con carácter general, al usufructuario, el derecho del propietario quedaría prácticamente vacío de contenido.⁷⁵⁰

Sin embargo, el Código civil de Cataluña prevé que la facultad de disposición sobre la cosa usufructuada se transmita al usufructuario en el título de constitución del usufructo. Dicha concesión de la facultad de disposición sobre la cosa usufructuada al usufructuario se justifica por el hecho que, en algunas ocasiones, los bienes del usufructo no producen frutos que permitan a su titular aprovecharse de los mismos si no es a través de la enajenación de los mismos, por ejemplo, un usufructo compuesto de obras de arte.⁷⁵¹

No obstante, no es necesario que el usufructuario se encuentre en un estado de necesidad para que el nudo propietario le conceda la facultad de disposición sobre la cosa usufructuada. En el caso de que el usufructuario no tenga que encontrarse en un estado de necesidad para poder disponer del bien objeto del usufructo, lo obtenido con la venta del bien “*és de lliure disposició pels usufructuaris*”, de conformidad con el Art. 561-24.1 CCCat.

⁷⁴⁹ PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Institucions...*, op.cit., p. 502-504. DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op.cit., p. 387.

⁷⁵⁰ DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op.cit., p. 393.

⁷⁵¹ DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op.cit., p. 393.

En consecuencia, las diferencias entre el estatuto jurídico del titular temporal y del usufructuario con facultad de disposición sobre el bien del usufructo son mínimas, con lo que se refuerza la teoría que la propiedad temporal es, en realidad, un derecho real en cosa ajena que grava la propiedad originaria del titular sucesivo.

Por su parte, el Código civil general también reconoce al usufructuario la facultad de disponer de su derecho. Concretamente, el Art. 480 CC dispone que el este último podrá *“aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito, pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola.”*

Considero que existen algunas similitudes entre este precepto, que reconoce las facultades de disposición y gravamen del usufructuario, y el Art. 547-6.2 CCCat, pues este artículo habilita al titular temporal para disponer de su derecho dentro de los límites temporales de su derecho, o al menos esto entiendo cuando aquel precepto dice que: *“La propietat temporal es pot alienar, hipotecar i sotmetre a qualsevol altre gravamen amb el límit del termini fixat”*, de la misma forma que el Art. 480 CC dice que los contratos que el usufructuario haya celebrado cesarán en el momento en que se resuelva el usufructo.

La doctrina ha diferenciado, respecto del usufructo, la facultad del usufructuario de enajenar su derecho y la facultad de enajenar el objeto de su derecho, es decir, la cosa sobre la cual recae el usufructo. Creo que este debate podría extrapolarse en la propiedad temporal, pues parece que el Art. 547-6.2 CCCat se defiera únicamente al supuesto de la enajenación del derecho del titular temporal.

Se ha afirmado⁷⁵² que, en base de la autonomía privada del Art. 467 CC, se pueden constituir usufructos en los cuales se conceda al usufructuario la facultad de disponer de la cosa dada en usufructo. Sobre este punto, algún autor⁷⁵³ ha defendido que en realidad

⁷⁵² CLEMENTE MEORO, M., “El usufructo (I): Concepto, estructura y contenido”, en LÓPEZ LÓPEZ, A., MONTÉS PENADÉS, V. L., y ROCA TRÍAS, E., *Derecho civil. Derechos reales y derecho inmobiliario registral*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 322. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario...*, op.cit., p. 618-619.

⁷⁵³ VENEZIAN, G., *Usufructo, uso y habitación*, t. I, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1928, p. 270-273.

no nos encontramos ante la constitución de un usufructo, sino ante una transmisión de la propiedad del bien. Otros han dicho que se está ante un verdadero usufructo cuando el usufructuario muere sin que haya dispuesto de la cosa usufructuada y, por lo tanto, si no ha dispuesto de la cosa dada en usufructo tendrá que restituirse al propietario cuando se extinga el derecho real. Además, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS⁷⁵⁴ argumentan que lo obtenido con la venta de la cosa de la cosa usufructuada pasará a ser objeto de usufructo, en virtud del principio de subrogación real.

Otros autores⁷⁵⁵ se oponen a la posibilidad de que el usufructuario pueda disponer de la cosa usufructuada, limitándose su derecho de disposición sobre su derecho. Defienden que la facultad de disposición del Art. 480 CC se contempla la facultad de disposición sobre el derecho de usufructo, mientras que la facultad de disposición de la cosa dada en usufructo tendría que reconocerse al usufructuario en el título de constitución de este derecho real.⁷⁵⁶

Por lo que respecta a la propiedad temporal, el Art. 547-6 CCCat solo contempla que el titular temporal pueda disponer de su derecho y, además el Art. 547-7 CCCat previene lo mismo respecto de la facultad de disposición del titular sucesivo sobre su derecho. De este modo, podría plantearse si el titular temporal puede disponer del objeto de la propiedad temporal.

En principio, podría admitirse esta posibilidad si las partes así lo acuerdan, de acuerdo con el principio de la autonomía privada. Sin embargo, debe tenerse presente la

⁷⁵⁴ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil...*, op.cit., p. 39. “La concesión de la facultad que tratamos no desnaturaliza el derecho y lo transforma en propiedad, por lo que si aquél se extingue no habiendo el usufructuario enajenado la cosa, habrá de pasar ésta al propietario o sus sucesores, no a los del usufructuario. En realidad, es un usufructo al que se le ha añadido una especial y extraordinaria legitimación para realizar un negocio dispositivo con influencia en la esfera jurídica ajena.”

⁷⁵⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, op.cit., p. 506-508. PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho civil...*, op.cit., p. 248-249.

⁷⁵⁶ MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., “Art. 480 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., et. alii., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 1.285. “Es importante esta disposición del derecho, que no de la cosa, puesto que la cosa sigue siendo del nudo propietario, que será quien podrá enajenarla, excepto que esta facultad se haya concedido al usufructuario en el título constitutivo.” SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “Art. 480 CC”, en CAÑIZARES LASO, A., et. alii., *Código civil comentado*, v. I, Civitas, Pamplona, 2011, p. 1.947.

previsión del Art. 547-7.2 CCCat que establece que: “*Els actes i els contractes no consentits pel titular successiu que excedeixin de la durada de la propietat temporal no el perjudiquen.*” El precepto puede leerse en sentido contrario e interpretar que el titular temporal puede disponer del bien de la propiedad temporal si dicho negocio jurídico es consentido por el titular sucesivo.

Respecto de la *hipotecabilidad* de la propiedad temporal y del usufructo, los Arts. 547-6.2 CCCat y 107.1 LH reconocen sin ambigüedades que ambos derechos son hipotecables, es decir, que en este punto también están equiparados.⁷⁵⁷

Al extinguirse el derecho real de usufructo, el nudo propietario recupera la plena propiedad de bien objeto del usufructo,⁷⁵⁸ de acuerdo con el principio de *plasticidad* del dominio, lo que impide que el fenómeno adquisitivo de la plena propiedad tenga que articularse de un modo complejo, sino que será suficiente la cancelación registral del derecho del usufructuario para dejar constancia frente a terceros de la nueva realidad. Es decir, en el caso del usufructo la adquisición de la plena propiedad por el nudo propietario sí que es automática por tratarse de un derecho real limitativo de su propiedad constituido a favor de un tercero.

Una vez se ha expuesto la crítica sobre la controvertida diferenciación entre la propiedad temporal y otros derechos reales en cosa ajena que pueden ser temporales, como el usufructo, pueden hacerse una serie de consideraciones finales sobre la admisibilidad de la temporalidad del dominio con base en la existencia de figuras jurídicas afines a la propiedad temporal que, por su propia dinámica, implican una situación de temporalidad del dominio.

Respecto del carácter perpetuo del dominio sí que se detectan mayores problemas dogmáticos en lo referido a la nueva propiedad temporal del Código civil de Cataluña, pues la doctrina ha afirmado que la propiedad es, generalmente, perpetua o tendencialmente perpetua, en el sentido que el derecho de propiedad dura tanto como su

⁷⁵⁷ CLEMENTE MEORO, M., “El usufructo (I): Concepto, estructura y contenido”..., *op.cit.*, p. 323. MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., “Art. 480 CC”..., *op.cit.*, p. 1.286-1.287. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, *op.cit.*, p. 508-510.

⁷⁵⁸ PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Instituciones...*, *op.cit.*, p.527. DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 404.

objeto, sin perjuicio de que el derecho dure más que su titular y aquél se transmita *mortis causa*.⁷⁵⁹

Sobre la perpetuidad o la temporalidad del derecho de propiedad también se han expuesto en los anteriores capítulos las opiniones de aquellos autores⁷⁶⁰ que han defendido que, con base en la autonomía privada, las partes acuerden que la transmisión del dominio sea revocable o que penda del cumplimiento de una condición, como es el caso de la compraventa con pacto de reserva de dominio.⁷⁶¹

Con base en el principio de la autonomía privada y de la relatividad de los contratos, considero que podría articularse un negocio jurídico cuyo objeto fuera un derecho de propiedad temporal sobre bienes muebles o inmuebles, de conformidad con el Art. 1.255 y 1.257 CC. En otras palabras, pienso que nada impide a las partes crear un derecho de propiedad temporal, sin que ello implique la creación de un nuevo tipo institucionalizado del derecho de propiedad basado en la temporalidad del dominio, puesto que solo vincularía a las partes contratantes. Ciertamente, esta doctrina puede servir para defender que la perpetuidad no es un atributo esencial del dominio, pero no creo que con base en este argumento pueda defenderse que la propiedad no sea tendencialmente perpetua.

En el capítulo tercero también se han estudiado aquellas instituciones jurídicas a las que se refiere el preámbulo de la LPTPC, para demostrar que la temporalidad del dominio

⁷⁵⁹ DIEZ PICAZO, L., y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III...*, *op.cit.*, p. 994-996. BLASCO GASCÓ, F de P., y CECCHINI ROSELL, X., “Título II De la Propiedad. Capítulo I De la propiedad en general”..., *op.cit.*, p. 99. PÉREZ PÉREZ, E., *Propiedad, Comunidad y Finca Registral...*, *op.cit.*, p. 47.

STS de 24 de octubre de 2005 [LA LEY 10090/2006]. “*el derecho de propiedad, según se desprende de lo dispuesto por el Art. 348 del Código Civil, presenta como caracteres propios ser un derecho: a) unitario; b) general y abstracto, en cuanto comporta la existencia de facultades indeterminadas sobre la cosa pues abarca todas las que no hayan sido excluidas, sin que consista en una mera suma de facultades (sentencia de 2 de octubre de 1975); c) elástico, ya que, en caso de existir algún derecho real que la limite, la facultad que el mismo comporta la recupera el propietario cuando dicho derecho real se extingue (sentencia de 27 de junio de 1991); d) exclusivo, pues permite excluir del goce a los demás incluso si su uso es inocuo; y e) perpetuo, pues dura mientras exista el objeto (sentencia de 20 de mayo de 1993).*”

⁷⁶⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral...*, *op.cit.*, p. 164. PUIG PEÑA, F., *Compendio de derecho civil español...*, *op.cit.*, p. 49-50.

⁷⁶¹ MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, *op.cit.*, p. 71.

no es extraña en el Ordenamiento jurídico español y que en el Código civil general y en el Código civil de Cataluña se recogen instituciones que ciertamente dan lugar a una titularidad temporal del dominio.

Sin embargo, las anteriores instituciones que se nombran en el preámbulo de la LPTPC, implican una temporalidad del dominio que es consecuencia de la propia dinámica de tales figuras. Es decir, en la sustitución fideicomisaria, el heredero fiduciario es un titular temporal hasta que se cumpla la condición o término a partir del cual los bienes del fideicomiso harán tránsito al heredero fideicomisario.⁷⁶² En la donación con cláusula de reversión el donatario es el titular de los bienes donados, sin perjuicio de que se cumpla la condición o el término a partir del cual los bienes vuelvan al donante.⁷⁶³ Pero en ambas instituciones el derecho de ambos titulares temporales está limitado por el derecho, o si se quiere expectativa de derecho, del titular definitivo, que es el designado por el testador en la sustitución fideicomisaria o el propio donante.

Por lo que respecta a las instituciones de naturaleza real, el tenor literal de los Arts. 564.1 CCCat y 53 TRLSRU inducen a pensar que la temporalidad del dominio no es extraña al derecho de propiedad, toda vez que ambos artículos admiten la temporalidad de la propiedad superficiaria.

⁷⁶² ALBADALEJO GARCÍA, M., “Comentario al Art. 781 CC”..., *op.cit.*, p. 1.917. CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario al Art. 781 CC”..., *op.cit.*, p. 723-724. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et. alii.*, *Elementos de derecho civil V: Sucesiones...*, *op.cit.*, p. 268-269. DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil...*, *op.cit.*, p. 100. ROCA SASTRE, R. M^a., *El Fideicomiso "Si sine liberis decesserit" y el Código civil: discurso leído el día 30 de abril de 1956, en su recepción pública...*, *op.cit.*, p. 31. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código civil...*, *op.cit.*, p. 941. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil...*, *op.cit.*, p. 559. *Vid.* STS de 29 de enero de 1916, STS de 26 de febrero de 1919, STS de 22 de diciembre de 1920, STS de 19 de mayo de 1952, STS de 2 de diciembre de 1954, STS de 8 de mayo de 1964. STS de 28 de febrero de 1996 [LA LEY 3657/1996]. Por lo que se refiere al derecho catalán, *vid.* PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Instituciones...*, *op.cit.*, p.322. BRANCÓS NÚÑEZ, E., “Los efectos del fideicomiso mientras está pendiente”..., *op.cit.*, p. 787.

⁷⁶³ ALBADALEJO GARCÍA, M., “Comentario al Art. 641 CC”..., *op.cit.*, p. 1.627. ALBADALEGO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación...*, *op.cit.*, p. 529-530. DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil...*, *op.cit.*, p. 324. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código civil...*, *op.cit.*, p. 805. NIETO ALONSO, A., “Comentario al Art. 641 CC”..., *op.cit.*, p. 176. GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., “La donación”..., *op.cit.*, p. 847. SIRVENT GARCÍA, J., *La donación con cláusula de reversión...*, *op.cit.*, p. 69-70. NIETO ALONSO, A., *Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación. La atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad...*, *op.cit.*, p. 501-503. MARÍN CASTÁN, F., “Comentario al Art. 641 CC”..., *op.cit.*, p. 262. STS de 27 de enero de 2011 [LA LEY 1009/2011].

El primero de los artículos citados dice que: *“La superficie és el dret real limitat sobre una finca aliena que atribueix temporalment la propietat separada de les construccions o de les plantacions que hi estiguin incloses.”* El segundo se pronuncia en términos parecidos: *“El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas.”*

La propiedad superficiaria es una verdadera propiedad *ad tempus*, puesto que, de conformidad con el Art. 54.2 TRLSRU, el superficiario puede enajenar las construcciones o plantaciones realizadas sobre un suelo ajeno sin la necesidad de recabar el consentimiento del propietario del suelo durante el plazo por el cual fue constituido el derecho de superficie, lo que constituye una demostración de la existencia de una superposición de propiedades.

Sin embargo, aunque se reconozca que la propiedad superficiaria es una verdadera propiedad temporal, puede argumentarse que la existencia de una superposición de propiedades es consecuencia de la constitución de un derecho real por el propietario del suelo favor del superficiario que le faculta para levantar una construcción o hacer una plantación en suelo ajeno. El contenido del derecho real del superficiario, que no es otro que facultarle para construir en suelo ajeno, es lo que determina el nacimiento de la propiedad temporal de la superficie. En otras palabras, la existencia de una propiedad temporal sobre lo construido por el superficiario es consecuencia del propio derecho real atribuido al superficiario y esto puede que sea el hecho que permita diferenciar la naturaleza jurídica de la propiedad temporal del Código civil de Cataluña y la propiedad temporal de la superficie.

El legislador de Cataluña con la propiedad temporal ha creado –o pretendido crear- un nuevo tipo de propiedad que pivota esencialmente sobre la temporalidad del dominio. Es decir, no se trata de una institución que se base en la temporalidad del dominio de un modo accidental o coyuntural como ocurre en la sustitución fideicomisaria o en la donación con cláusula de reversión, sino que se crea *ex novo* una nueva forma de propiedad cuya temporalidad es querida por ambos propietarios que son al mismo tiempo titulares del mismo bien, quebrando, de esta forma, con el carácter perpetuo de la propiedad generalmente admitido por la doctrina española y extranjera.

Se trata de una figura que va más allá de la mera suspensión o reserva de la transmisión del dominio (cláusula de reserva de dominio), de la propiedad temporal del heredero fiduciario en las sustituciones fideicomisarias o de la titularidad del donatario en las donaciones con cláusula de reversión.

En definitiva, se trata de la creación por el legislador de Cataluña de una nueva forma de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria que, basada en la temporalidad del dominio, podría afectar la garantía institucional de la propiedad privada del Art. 33.1 CE en la medida que atribuye un carácter temporal a esta forma de propiedad que, por ende, podría comprometer el carácter perpetuo del derecho de propiedad y su contenido esencial.⁷⁶⁴

⁷⁶⁴ MUÑIZ ESPADA, E., “Bienes en común y estatutos intermedios de ocupación de la vivienda” en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *Bienes en común*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 832, 836. La autora señala que la Cour de Cassation francesa está empezando a conciliar el Art. 544 CCF con otras formas de propiedad temporal y compartida. “*Ello responde a la necesidad de nuevas construcciones propias de una adecuada modernización y una mejor disposición y rentabilidad de los bienes [...], lo que no puede llevar a la desnaturalización o confusión de los distintos tipos de derechos reales.*”

Vid. SCCas de 23 de mayo de 2012 n° 11-13.202. “*ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE le crû et à croître, qui constituait un démembrement de propriété en dissociant la propriété du sol et celle du bois déjà crû et à croître, était de nature perpétuelle et ne pouvait à ce titre se prescrire par un non-usage trentenaire (jugement, p. 7, in fine) ; que la parcelle cadastrée B n° 20 était en nature de tailles, qu’il en résultait que le crû et à croître vendu à M. Y... avait pour assiette l’étendue boisée de cette parcelle, à l’exception de toute autre partie en nature de pré ou sol, interdiction lui étant faite de procéder à des plantations de par la nature même du crû et à croître (jugement, p. 8, in limine);*

ALORS QUE le droit dit de crû et à croître, droit d’exploiter des arbres situés sur le sol d’un fonds appartenant à un tiers, est un simple droit réel de jouissance démembré de la propriété de ce fonds et s’éteint en conséquence par un non-usage trentenaire; qu’en retenant au contraire que ce droit investissait son titulaire de la pleine propriété des arbres concernés et qu’il ne s’éteignait dès lors pas par un non-usage trentenaire, la cour d’appel a violé, par fausse application, l’article 544 du code civil”.

Vid. SCCas de 31 de octubre de 2012 n° 11-16.304. «*ALORS QUE le droit d’usage et les démembrements du droit d’usufruit se perdent de la même manière que l’usufruit; que l’usufruit qui n’est pas accordé à des particuliers ne dure que trente ans; que la cour d’appel, pour refuser d’appliquer ces règles dans l’espèce, énonce que «ni le règlement de copropriété, ni l’acte authentique du 28 avril 1981, ne fixent de durée au droit d’usage convenu», que, «du rapprochement de ces deux actes, il doit être retenu que bien que dénommé “droit d’usage” c’est un droit réel de jouissance spéciale qui est institué par le règlement de copropriété en faveur d’un tiers, droit réel dont les charges et conditions ont été précisées au terme de l’acte sous seing privé conclu au nom du syndicat des copropriétaires», et que «ce droit de jouissance est perpétuel»; qu’en s’abstenant de justifier, autrement que par une affirmation pure et simple, que le libellé du titre constitutif du droit d’usage concédé à l’auteur de la société Erdferait de ce droit un «droit réel de jouissance spéciale» et serait donc exclusif de l’existence d’un droit d’usufruit ou encore d’un démembrement du droit d’usufruit, la cour d’appel, qui tire de là que ce «droit réel de jouissance spéciale» serait perpétuel, a violé l’article 12 du code de procédure civile, ensemble les articles 619 et 625 du code civil.”*

No obstante, los partidarios de la temporalidad del dominio defienden que en realidad no se está ante la constitución de un nuevo derecho de propiedad basado en la temporalidad del dominio, sino ante una sucesión temporal de titularidades. Es decir, el derecho de propiedad no se extingue por el cumplimiento del plazo de duración del titular temporal, sino que el derecho siempre es el mismo. Lo que hace el titular sucesivo, si es el propietario original del bien, es desprenderse de las facultades dominicales del bien a favor del titular temporal que es quién ostenta un derecho de propiedad temporal durante el tiempo que dura su titularidad del dominio, sin que ello le impida disponer de la expectativa de recobrar el dominio.⁷⁶⁵

Se trata de otro significado de la expresión “propiedad temporal”⁷⁶⁶ que ya había sido defendido por un sector doctrinal⁷⁶⁷ y que sostiene la temporalidad del derecho de propiedad cuando la titularidad de un sujeto es sometida a un término cierto y exacto.

1.3.3. La propiedad temporal como un derecho real reforzado

Otra opción que podría defenderse a la luz de la regulación de la propiedad temporal del Código civil de Cataluña sería considerar que el verdadero propietario es el titular sucesivo y que el titular temporal en realidad es titular de un derecho real similar al de

No obstante, la segunda sentencia habla de la creación de un “derecho real especial de goce” con lo que cuestiono que el tribunal esté reinterpremando la dogmática del derecho de propiedad en esta sentencia, pues el desmembramiento de la misma se modula a través de la creación de un derecho real atípico.

⁷⁶⁵ NASARRE AZNAR, S., “La propiedad compartida y la propiedad temporal”..., *op.cit.*, p. 818. “Dado que nada se constituye, sino que solo se transmite, el art. 547-4.1 CCC se limita a señalar que la PT se puede adquirir por cualquier negocio inter vivos o mortis causa”. DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 158-159.

⁷⁶⁶ FUENMAYOR CHAMPIN, A., *La revocación de la propiedad*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1941, p. 64. “Esto se debe al equívoco significado del término propiedad temporal, pues expresa, a la par, aquélla que supone la vida del derecho durante un tiempo más o menos largo, pero siempre limitado, y aquélla otra en que no se considera la duración del derecho en sí, sino para su titular. La primera lleva consigo la extinción absoluta del derecho; la segunda, una extinción meramente relativa.”

⁷⁶⁷ DE BUEN, D., *Derecho civil español común*, t. I, 2ª ed., Madrid, 1930, p. 161. “Se le asigna también al derecho de propiedad el carácter de perpetuo. Fúndase tal carácter en que la propiedad no lleva en sí una razón de caducidad; en principio, el propietario sigue siéndolo indefinidamente, [...]; pero no puede negarse que, en teoría, nada impide concebir el derecho de propiedad como un derecho de duración limitada o como un derecho que solo corresponde al propietario mientras éste sepa utilizarle en términos beneficiosos para la organización social”.

usufructo, censo o superficie, pero reforzado porque, en virtud del Art. 547-6 CCCat, no estaría limitado con el deber de conservar la forma y la sustancia del bien y tampoco tendría que respetar su destino económico.

Es decir, el estatuto jurídico del titular temporal podría asimilarse al de un usufructuario y, de hecho, esta concepción del titular temporal ha sido destacada por un sector doctrinal,⁷⁶⁸ pero éste no estaría limitado, como el usufructuario, pudiendo alterar la forma y la sustancia de la cosa y sin que tenga que respetar la destinación económica del bien. Esta afirmación debe ser matizada porque el titular temporal no podría abusar del bien, puesto que si éste se deteriora en más de un 50% se extingue la propiedad temporal.

Se trata de una opción perfectamente defendible, de conformidad con las formas de adquisición de la propiedad temporal que establece el Art. 547-4.1 CCCat: *“El titular del dret de propietat pot retenir la propietat temporal i transmetre la titularitat successiva a un tercer o a la inversa o transmetre ambdues.”*

Se desprende del Art. 547-4.1 CCCat que el derecho de propiedad temporal nace necesariamente de un derecho de propiedad ilimitado y perpetuo. Considero que este precepto podría ser la base para afirmar que la propiedad es, en el fondo, un derecho real limitado en cosa ajena que grava la propiedad absoluta y perpetua del titular sucesivo y, una vez transcurrido el plazo de duración del derecho del titular temporal, el bien revertirá al titular originario o sucesivo.

El propietario ordinario u original podría reservarse el derecho de propiedad temporal, en virtud del cual podría actuar como si fuera el verdadero propietario del bien, pero tendría limitado su derecho temporalmente. O bien, podría reservarse el derecho de recuperar la plena propiedad una vez finalizado el plazo de duración de la propiedad temporal. En ambos casos, el titular del derecho real pleno y exclusivo sería el titular sucesivo.

⁷⁶⁸ BOSCH CAPDEVILA, E., “La propietat temporal i la propietat compartida”..., *op.cit.*, p. 349. *“La conclusió a què cal arribar és que el propietari temporal és un propietari, però mancat d’alguna de les facultats que integren el contingut de la propietat ordinària [...]. Al propietari li queda doncs només la facultat de gaudir del bé, com a l’usufructuari, però amb la facultat d’alterar la forma i la substància de la cosa [...], i sense que hagi de respectar la destinació econòmica del bé [...].”* MOLINA ROIG, E., “Art. 547-7. Facultats del titular successiu”..., *op.cit.*, p. 126.

Esta configuración de la propiedad temporal también se refuerza con la limitación legal de la duración de la propiedad temporal, que es más propia de los derechos reales, y por la necesidad de hacer un inventario cuando tenga que tener lugar la reversión de la plena propiedad a favor del titular sucesivo.⁷⁶⁹

El Art. 547.4.3 CCCat establece que la duración de la propiedad temporal sobre bienes inmuebles es de 10 años como mínimo, mientras que la propiedad temporal sobre bienes muebles tiene una duración mínima de un año, y siempre la duración máxima de la propiedad temporal es de 99. Con esto se equipara la propiedad temporal con los demás derechos reales limitativos del dominio como el derecho de superficie o el usufructo temporal que también tienen una duración máxima de 99 años.

Configurada la propiedad temporal de este modo podrían evitarse los problemas que podría plantear la adquisición automática del dominio, de acuerdo con el Art. 547-10.1 CCCat, pues el titular sucesivo adquiriría el pleno dominio, de acuerdo con el *principio de plasticidad* del derecho de propiedad. Es decir, el titular sucesivo absorbería automáticamente las facultades dominicales que fueron transferidas al titular temporal una vez extinguido su derecho.⁷⁷⁰

En consecuencia, la propiedad temporal, configurada como un derecho real en cosa ajena, no plantea los problemas dogmáticos que implica la configuración de la propiedad temporal como una nueva forma de propiedad basada en la temporalidad del dominio.

Se trataría, en definitiva, de un “derecho real de aprovechamiento temporal” que, si bien las facultades del titular temporal serían muy amplias, no podría denominarse “propiedad temporal” a efectos de no confundir a los consumidores de esta forma de aprovechamiento de la propiedad, al menos esta fue la premisa del legislador en la regulación del fenómeno del aprovechamiento por turnos.

⁷⁶⁹ NASARRE AZNAR, S., “Art. 547-1. Concepte de propietat temporal”..., *op.cit.*, p. 57. NASARRE AZNAR, S., “Art. 547-1. Concepto de propiedad temporal”..., *op.cit.*, p. 82.

⁷⁷⁰ Este punto referido a la absorción de las facultades dominicales por el titular sucesivo de acabará de explicar mejor en el epígrafe dedicado a la extinción de la propiedad temporal y la transmisión automática del dominio a favor del titular sucesivo.

La configuración de la propiedad temporal como un derecho real en cosa ajena limitativo del dominio también puede fundamentarse con base en las aportaciones de los autores que han defendido que, lo que en realidad sucede en la propiedad temporal del Código civil de Cataluña, es un mero cambio de titularidades un vez finalizado el plazo de duración del derecho de propiedad temporal, puesto que el derecho de propiedad tiende a la perpetuidad y continúa a favor del titular sucesivo.⁷⁷¹

Sin embargo, se trata de una opción que no ha seguido el legislador de Cataluña en la regulación de la propiedad temporal contenida en la LPTPC. El preámbulo de la LPTPC y los preceptos reguladores de la propiedad temporal son claros en afirmar que el titular temporal es el titular dominical del bien mientras dura su derecho. Además, esta posición ha tenido el respaldo mayoritario de la doctrina que considera que el titular temporal es el único propietario del bien durante el plazo de duración de la propiedad temporal.

1.3.4. La propiedad temporal como un supuesto de dominio dividido

Por último, con base en la regulación de la propiedad temporal del Código civil de Cataluña, que diferencia entre el estatuto jurídico del «propietario temporal» y del «titular sucesivo» podría sostenerse que la propiedad temporal implica una división de las facultades dominicales entre el titular temporal y el sucesivo.

A la anterior conclusión puede llegarse a través de la equiparación que se hace en el preámbulo de la LPTPC⁷⁷² entre los censos, como supuesto paradigmático de la división del dominio según su concepción medieval, y la propiedad temporal, y con base en el conjunto de facultades que los Art. 547-6 y 547-7 CCCat reconocen a los titulares temporal y sucesivo.

Según esta teoría, la propiedad temporal implica la coexistencia de dos titulares sobre el bien y un reparto de las facultades dominicales sobre el mismo que conduce a la

⁷⁷¹ NASARRE AZNAR, S., “La propiedad compartida y la propiedad temporal”..., *op.cit.*, p. 818. DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 158-159.

⁷⁷² Llei 19/2015, del 29 de juliol, d’incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. DOGC n° 6927, de 4 d’agost de 2015. “*En efecte, la propietat temporal és present [...] en la caracterització originària dels censos com a propietat dividida susceptible de durada temporal si així es pacta*”.

conclusión de que se trata de un supuesto de división del dominio similar al que se produce en la enfiteusis, de acuerdo con la tesis sobre su naturaleza jurídica del Código civil general.

Por este motivo, pueden hacerse una serie de reflexiones finales sobre la admisibilidad de la división del dominio en el Ordenamiento jurídico español, siendo la enfiteusis el supuesto paradigmático.

Se ha visto en el primer capítulo de esta Memoria doctoral que la propiedad es unívoca y la esencia del dominio, como un derecho real que permite al propietario obtener la máxima utilidad y goce que su bien es capaz de producir, es objeto de la garantía institucional del Art. 33.1 CE.⁷⁷³

Ahora bien, el carácter unívoco del dominio que se desprende del Art. 348 CC se basa en su oposición al dominio desmembrado propio del Antiguo Régimen anterior a la Revolución francesa sin que, como consecuencia de la introducción de la propiedad privada en el sistema de derecho civil constitucional, haya problemas para admitir que caben varias formas de propiedad o estatutos dominicales en función del bien sobre el cual recae el poder dominical o sin perjuicio de que, como es el caso de la propiedad

⁷⁷³ DIEZ PICAZO, L., y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III...*, op.cit., p. 61-62. MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, op.cit., p. 154-156. MEDINA DE LEMUS, M., *La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico...*, op.cit., p. 26-27. DE LOS MOZOS, J. L., *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica...*, op.cit., p. 208. LOPEZ Y LOPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, op. cit., p. 38-39. “No parece pensable que la garantía institucional se refiera a la propiedad privada con todas y cada una de sus manifestaciones singulares, pues ello equivaldría, entre otras cosas, a negar la posibilidad de concretas intervenciones ablatorias por parte de los poderes públicos, lo que es absurdo, consagrada la expropiación forzosa por la propia Constitución.” LASARTE ÁLVAREZ, C., *Propiedad y derechos reales de goce...*, op.cit., p. 43-45. ANGOSTO SÁEZ, J. F., *El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano...*, op.cit., p. 70. COCA PAYERAS, M., *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica...*, op.cit., p. 269. DE LOS MOZOS, J. L., *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica...*, op.cit., p. 152-159. Este autor se posiciona en un sentido contrario y defiende la noción unitaria de la propiedad. STC 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987]. “la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 del Código Civil”. STC 111/1983, de 2 de diciembre [LA LEY 8327-JF/0000]. STC 11/1981, de 28 de julio [LA LEY 6328-JF/0000]. “la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial definitivo, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”.

temporal, por medio de leyes especiales se creen nuevas formas de propiedad que sean amparadas por el Ordenamiento jurídico.⁷⁷⁴

Dicho esto, el legislador de Cataluña defiende en el preámbulo de la LPTPC que la división del dominio no es extraña en el Ordenamiento jurídico español por la existencia de instituciones que parten también de la división del dominio, como es el caso de la enfiteusis.⁷⁷⁵

En la propiedad temporal, los derechos del titular temporal y del titular sucesivo recaen sobre el mismo objeto, es decir, los dos titulares lo son al mismo tiempo, aunque con facultades distintas. Esta división del dominio es parecida a la que se produce en la enfiteusis y en las instituciones de análoga naturaleza donde coexisten, al mismo tiempo, los derechos del titular del dominio directo y del titular del dominio útil sobre el

⁷⁷⁴ REY MARTÍNEZ, F., “Sobre la (paradójica) jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de propiedad privada”..., *op.cit.*, p. 175. DE VERDA y BEAMONTE, J. R., y SERRA RODRÍGUEZ, A., *Derecho civil III. Derechos reales*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, 2015, p. 129-130. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil...*, *op.cit.*, p. 2.858. BONET CORREA, J., *Código civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina...*, *op.cit.*, p. 64. *Vid.* STS de 21 de febrero de 1981: “Sobre la mutación sufrida por el derecho de propiedad en materia urbanística, hasta convertirse en un derecho de los llamados «estatutarios» [...]”. PÉREZ PÉREZ, E., *Propiedad, Comunidad y Finca Registral...*, *op.cit.*, p. 46. MONTÉS PENADÉS, V. L., “Art. 348 CC”..., *op.cit.*, p. 952. BLASCO GASCÓ, F de P., y CECCHINI ROSELL, X., “Título II De la Propiedad. Capítulo I De la propiedad en general”, en RAMS ALBESA, J., y MORENO FLÓREZ, R. Mª., *Comentarios al Código Civil III. Libro Segundo (Títulos I a VIII)*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 99. *Vid.* STS 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987]. “no es ocioso añadir ahora que la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 del Código Civil, que los recurrentes citan en apoyo de su alegato de inconstitucionalidad. Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae.”

⁷⁷⁵ Llei 19/2015, del 29 de juliol, d'incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. DOGC nº 6927, de 4 d'agost de 2015. “En efecte, la propietat temporal és present en la propietat resultant de la substitució fideïcomissària –sotmesa, com se sap, a termini o condició– (articles 426-1 a 426-59 del Codi civil), institució de llarga tradició històrica. Així mateix, és present en la donació amb clàusula de reversió de l'objecte donat, tant a favor del donant com d'altra persona (article 531-19), i en la caracterització originària dels censos com a propietat dividida susceptible de durada temporal si així es pacta, particularment el cens emfitèutic i el dret de superfície (article 564-1).”

mismo bien. En consecuencia, podría argumentarse que la duplicidad de titularidades dominicales no es extraña en el Ordenamiento jurídico español, y que la propiedad temporal se limita a conceder al titular temporal un “derecho real reforzado”, otorgándole la condición de propietario a efectos de hacer más atractiva la incorporación de la propiedad temporal en el mercado inmobiliario.⁷⁷⁶

En el tercer capítulo de esta Memoria doctoral se han tratado instituciones que la doctrina ha discutido sobre la existencia de una división del dominio en las mismas. La primera de estas instituciones es la enfiteusis, toda vez que el Código civil general y la legislación hipotecaria ofrecen sólidos apoyos para considerar que dicha institución se basa en la división del dominio.

Si bien es cierto que respecto de la enfiteusis la doctrina española se ha dividido en torno a su naturaleza jurídica, la mayoría de autores⁷⁷⁷ afirman que se trata de una institución que se basa en la división de las facultades dominicales entre el censalista o titular del dominio directo y el enfiteuta o titular del dominio útil. Se trata de una tesis que no solo ha tenido el apoyo de la doctrina, sino que la legislación hipotecaria también ofrece algunos apoyos para sostener que el Código civil general admite la división del dominio. Así, el apartado tercero del Art. 8 LH dice que se inscribirán como una sola finca bajo el mismo número: “*Las fincas urbanas y edificios en general, aunque pertenezca a diferentes dueños en dominio pleno o menos pleno.*” En el mismo sentido, el Art. 377 RH previene que: “*En el caso de hallarse separados el dominio*

⁷⁷⁶ El preámbulo de la LPTPC parece admitir que en la propiedad temporal se produce una división del dominio equiparable a la concepción que se tenía de la enfiteusis, cuando afirma que la división del dominio no es una idea extraña en el Ordenamiento jurídico español con base en la naturaleza jurídica de la enfiteusis: “*En efecte, la propietat temporal és present en la propietat resultant de la substitució fideïcomissària –sotmesa, com se sap, a termini o condició– (articles 426-1 a 426-59 del Codi civil), institució de llarga tradició històrica. Així mateix, és present en la donació amb clàusula de reversió de l’objecte donat, tant a favor del donant com d’altra persona (article 531-19), i en la caracterització originària dels censos com a propietat dividida susceptible de durada temporal si així es pacta, particularment el cens emfitèutic i el dret de superfície (article 564-1).*”

⁷⁷⁷ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia...*, p. 1.766-1.767. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Art. 1.605 CC”..., *op.cit.*, p. 228. CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de derecho civil español...*, *op.cit.*, p. 498. VALVERDE VALVERDE, C., *Tratado de derecho civil español...*, *op.cit.*, p. 460. MANRESA NAVARRO, J. M^a., *Comentarios al Código Civil...*, *op.cit.*, p. 32-35. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, *op.cit.*, p. 635-640. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 242-243. FARRÉ ALEMÁN, J. M^a., *Código civil comentado y concordado...*, *op.cit.*, p. 1.641. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Art. 1.604 CC”..., *op.cit.*, p. 224-227.

directo y el útil, la primera inscripción podrá ser de cualquiera de estos dominios; pero si después se inscribiese el otro dominio, la inscripción se practicará a continuación del primeramente inscrito.”

En consecuencia, parece que tanto el Código civil y la legislación hipotecaria admiten la divisibilidad del dominio y, por lo tanto, podría decirse que la división del dominio no es un fenómeno extraño en el sistema del Derecho civil español con base en el tenor literal de los preceptos dedicados a la enfiteusis en el Código civil y en la legislación hipotecaria.

No obstante, parece que el legislador de Cataluña ha querido acabar con la división del dominio con la actual regulación de esta institución y la doctrina,⁷⁷⁸ por su parte, ha afirmado que el enfiteuta es el verdadero propietario de la finca y, en consecuencia, no cabe hablar de enfiteusis, sino de censo enfitéutico. Considero que este matiz debe tenerse en cuenta, puesto que ello implica que el Código civil de Cataluña no regula ninguna institución de naturaleza real basada en la división del dominio, al menos según la redacción actual.

Respecto de la naturaleza jurídica del derecho de superficie, la discusión doctrinal no se ha centrado tanto en determinar si se trata de una institución basada en la división del dominio, sino en la explicación de la forma en que se produce la superposición de dos propiedades, la del suelo y la superficiaria, pues la última pertenece temporalmente al superficiario.

Según la tesis mayoritaria, el derecho de superficie es un derecho real cuyo titular, el superficiario, tiene un derecho real sobre un suelo ajeno en virtud del cual puede levantar una edificación o plantar y ser el titular temporal por un plazo determinado que, una vez vencido, implicará que la propiedad de lo construido o plantado revierta a favor del propietario del suelo. De esta forma, se deroga el principio *superficies solo cedit* y temporalmente pueden distinguirse dos propiedades, la del suelo y la de la edificación o plantación.

⁷⁷⁸ PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Instituciones...*, *op.cit.*, p.596-597. DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 456-457.

La naturaleza jurídica del derecho de superficie no ofrece un apoyo tan sólido como el de la enfiteusis para admitir la división del dominio. Según la mayoría de autores,⁷⁷⁹ el derecho de superficie es un derecho real cuya dinámica implica la existencia de una superposición de propiedades. En el derecho real de superficie se produce una división de la propiedad del suelo y la de la edificación como consecuencia del derecho real que tiene el superficiario.

Es decir, la división de propiedades es una consecuencia inmediata del derecho real que tiene el superficiario, sin que el derecho real de superficie pueda ser considerado, de entrada, como un supuesto de dominio dividido, sino que se trata de un derecho real en cosa ajena cuyo ejercicio implica la existencia de una propiedad separada, la superficiaria, respecto de la del suelo.

En el derecho de superficie existen dos objetos que son propiedad de dos sujetos distintos, la propiedad del suelo y la propiedad de lo edificado, mientras que en la enfiteusis, según la tesis mayoritaria, existen dos titulares de los dominios directo y útil cuyos derechos recaen sobre el mismo objeto, sin que haya una superposición de propiedades como en el derecho de superficie.

La configuración jurídica del derecho de superficie en el Código civil de Cataluña no dista mucho de la del Código civil general. El Art. 564-1 CCCat dice que el derecho de superficie es un derecho real limitado que atribuye, temporalmente, la propiedad separada de lo construido o plantado.

Por lo tanto, la superposición de propiedades se produce como consecuencia de la dinámica del propio derecho real de superficie, sin que se trate de un supuesto de dominio dividido o de división de las facultades dominicales como en el caso de la enfiteusis, de conformidad con la regulación del Código civil general.

⁷⁷⁹ CÁMARA AGUILA, M^a. P., “El derecho de superficie urbano”..., *op.cit.*, p. 1.623-1.625. MESA MARTÍN, F., “El derecho de superficie. Bosquejo”..., *op.cit.*, p. 560. FERNANDO CABALLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M^a y F., “Derecho de superficie: diversidad especificativa y régimen jurídico”..., *op.cit.*, p. 401-402. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a del C., *Derecho de la construcción y la vivienda...*, *op.cit.*, p. 258. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia...*, p. 1.799. GULLÓN BALLESTEROS, A., *La superficie urbana (El derecho de superficie en la Ley del suelo y legislación hipotecaria)*..., *op.cit.*, p. 31. MACHADO CARPENTER, J., “Algunas cuestiones sobre el derecho de superficie”..., *op.cit.*, p. 448. GUILARTE ZAPATERO, V., *El derecho de superficie...*, *op.cit.*, p. 156, 159. ROCA SASTRE, R. M^a., “Ensayo sobre el derecho de superficie”..., *op.cit.*, p. 7, 19, 28 y 29. PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español...*, *op.cit.*, p. 767.

1.4. La situación posesoria en la propiedad temporal. La identidad de conceptos posesorios sobre un mismo bien

Como se ha introducido en los epígrafes anteriores, el Art. 547-1 CCCat define la propiedad temporal a partir de la propia dinámica de la institución.

Es decir, la propiedad temporal es un derecho que ostenta el titular propietario del bien y que, una vez haya transcurrido el plazo de duración cierto y determinado por las partes, el titular temporal transmitirá el dominio al titular sucesivo.

Pero lo cierto es que, en función de cuál sea la naturaleza jurídica de la propiedad temporal, a partir de la definición de la propiedad temporal pueden plantearse algunas dudas sobre la dinámica de la institución y sobre el concepto de la posesión de los sujetos involucrados en un negocio jurídico de semejante naturaleza.

1.4.1. El titular temporal

Si se considera que la propiedad temporal es un supuesto de dominio dividido, según el esquema del Art. 547-1 CCCat tendría que afirmarse que en la propiedad temporal coexisten, al mismo tiempo, dos titulares de la cosa objeto de esta forma de propiedad, si bien con facultades distintas y, en consecuencia, un estatuto jurídico diferenciado para ambos titulares.

La posibilidad de que dos sujetos sean titulares dominicales del mismo bien puede relacionarse con el concepto posesorio de ambos sujetos y, por ello, podemos preguntarnos si dicho esquema es congruente con la regulación de la institución de la posesión del Código civil de Cataluña.

Para responder a esta pregunta es fundamental el estudio de la doctrina que ha interpretado el Art. 521 CCCat. Este precepto dispone que:

“1. La possessió és el poder de fet sobre una cosa o un dret, exercit per una persona, com a titular, o per mitjà d'una altra persona.

2. L'exercici d'un poder de fet sobre una cosa o un dret sense la voluntat aparent externa d'actuar com a titular del dret o la tinença amb la tolerància dels titulars són supòsits de detenció, la qual només produeix els efectes que per a cada cas concret estableixen les lleis.”

El Código civil de Cataluña no hace una referencia directa a la distinción que aparece en el Art. 432 CC, que diferencia entre dos conceptos posesorios; la posesión en concepto de dueño⁷⁸⁰ y la posesión en concepto de simple detentador de la posesión, pero la doctrina que ha interpretado el Código civil de Cataluña ha entendido que la misma diferencia existe en el Art. 521 CCCat que diferencia entre dos conceptos posesorios: el de titular y el de simple detentador de la posesión.⁷⁸¹

El Art. 521 CCCat habla de posesión en concepto de titular, en lugar de hablar de posesión en concepto de dueño como hace el Art. 432 CC, lo que puede facilitar la interpretación del concepto posesorio de los titulares temporal y sucesivo en la propiedad temporal: *“titular és aquella persona que exerceix el poder de fet que li autoritza el títol que li permet la possessió de la cosa o del dret.”*⁷⁸²

⁷⁸⁰ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. VI.- Derechos reales...*, op.cit., p. 643. *“Jurídicamente lo que interesa no es tanto la existencia de una voluntad, cuanto la materialización de una conducta o de una serie de actos. Por esto, nosotros creemos que el concepto de la posesión es algo perfectamente objetivo y exteriorizado. Lo determina el comportamiento externo del poseedor. Hay una posesión en concepto de dueño cuando el poseedor se comporta según el modelo o el estándar de comportamiento dominical y cuando el sentido objetivo y razonable derivado de este comportamiento suscite en los demás la apariencia de que el poseedor es dueño. Es, pues, esta apariencia o esta consideración la que en principio constituye la sustancia del concepto de la posesión. Por tanto, un poseedor en concepto de dueño será una persona que realiza sobre la cosa actos inequívocamente dominicales, de los cuales puede objetivamente inducirse que se considera y que es considerada por los demás como efectivo dueño de la misma.”* COCA PAYERAS, M., “Comentario al Art. 432 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., et. alii., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 1.168. *“El concepto de dueño se cifra en la posesión de una cosa ejerciendo sobre ella el derecho de propiedad o, mejor, el contenido de facultades que el mismo encierra.”* CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral...*, op.cit., p. 658-660. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario...*, op.cit., p. 164. HERNÁNDEZ GIL, A., *La posesión*, Civitas, Madrid, 1980, p. 131-132. Para HERNÁNDEZ GIL existen dos posibilidades interpretativas del Art. 432 CC. La primera consiste en atenerse al significado estricto de la palabra “dueño” y entender que solo posee en concepto de dueño el que es el propietario de la cosa. La segunda posibilidad consiste en comprender, dentro de la posesión en concepto de dueño, también a los titulares de derechos reales y los verdaderos propietarios. El autor se inclina por la segunda posibilidad: *“Hay un pie forzado que inclina a la segunda solución: El Art. 447 de manera concluyente dice que «solo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio». El modo más general de adquirir el dominio a través de la posesión es la usucapión. El Art. 1.940 comprende en la usucapión el «dominio y demás derechos reales». El Art. 1.941 reitera el requisito de que «la posesión ha de ser en concepto de dueño». Luego que haya una posesión en concepto de dueño exigida para adquirir por usucapión un derecho real que no sea el de propiedad, es necesario comprender en la posesión en concepto de dueño, además de la que lo es estrictamente, la requerida para la usucapión de los otros derechos reales.”*

⁷⁸¹ PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Instituciones...*, op.cit., p.79.

⁷⁸² PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Instituciones...*, op.cit., p.80.

De acuerdo con esta interpretación, los conceptos de titular temporal y titular sucesivo se ajustan a la interpretación del Art. 521 CCCat, toda vez que titular es aquél que ejerce el conjunto de facultades sobre la cosa que le otorga su derecho, es decir, las facultades que les otorgan los Arts. 547-6 y 547-7 CCCat.

No obstante, en materia de usucapión el Código civil de Cataluña también emplea el término “titular” para referirse a la posesión apta para usucapir un bien y esto implicaría que la posesión del titular temporal fuese apta para usucapir el bien.

El Art. 531-24.1 CCCat establece los requisitos para la usucapión en el Derecho civil de Cataluña: *“Per a usucapir, la possessió ha d'ésser en concepte de titular del dret, pública, pacífica i ininterrompuda i no necessita títol ni bona fe.”*

Por lo tanto, la posesión del titular temporal, si reúne los requisitos del Art. 531-24.1 CCCat, debería ser apta por usucapir el bien, toda vez que la ley le atribuye la condición de propietario.⁷⁸³

Se trata, a su vez, de una posesión inmediata -la que ostenta el titular temporal-, toda vez que no se detenta a través de un tercero, sino que es él quién tiene el uso y el goce en exclusiva del bien durante el lapso de tiempo por el cual se le ha transmitido temporalmente el dominio y que una vez finalice el plazo de duración de su derecho revertirá a favor del titular sucesivo.

Una vez transcurrido el período de tiempo por el cual el titular temporal tuvo la posesión del bien en tal concepto, puede decirse que éste perdería la posesión del bien por una cesión voluntaria, de acuerdo con el Art. 521-8.a) CCCat. Ahora bien, es importante destacar la literalidad del precepto porque establece que la posesión que se pierde por esta vía implica la ostentación de un concepto posesorio incompatible con el de la persona a favor de la cual se hace la cesión: *“a) La cessió voluntària dels béns que*

⁷⁸³ DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op.cit., p. 38. PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Institucions...*, op.cit., p.80. 148-151. La doctrina a diferenciado entre la posesión en concepto de titular del Art. 521 CCCat y la posesión en concepto de titular apta para usucapir. *“En canvi si es tracta d'un posseïdor ad usucapionem, el significat de l'expressió es restringeix perquè segons l'article 531-23.1, solament es poden adquirir per usucapió la propietat i els drets reals possessoris. [...] Convé afegir ara que es pot originar la usucapió, encara que inicialment ens trobem davant d'una possessió en concepte diferent al de propietari o de titular del dret real limitat, si amb posterioritat es produeix una inversió eficaç del concepte possessori segons l'article 521-6”*.

en són objecte a una altra persona, en un concepte incompatible amb la possessió de la persona que fa la cessió.”

La interpretación que ha hecho la doctrina⁷⁸⁴ de este precepto se conecta con el artículo 531-4.e) CCCat que considera como forma de tradición: *“L’expressió en el contracte del fet que els adquirents ja tenien el bé en llur poder per un altre títol.”*

Con base en una interpretación conjunta de ambos preceptos podría llegarse a la conclusión de que la concurrencia de dos conceptos posesorios sobre un mismo bien, en este caso en concepto de titulares según el Art. 521 CCCat, podría ser incompatible con la propia regulación de la posesión del Código civil de Cataluña, toda vez que el Art. 521-8.a) CCCat habla de conceptos posesorios incompatibles y la interpretación que se ha hecho de tal precepto no parece que sea acorde con la dinámica de la propiedad temporal.

A lo anterior cabe añadirle lo dispuesto en el Art. 521-4.1 CCCat: *“Diferents persones poden posseir un mateix bé si els conceptes possessoris són compatibles.”* Por lo tanto, para que sea posible que varias personas puedan poseer el mismo bien es necesario que sus conceptos posesorios sean compatibles, lo que implica que las facultades que les otorga su derecho sobre el bien puedan coexistir.

Los Arts. 547-6 y 547-7 CCCat regulan, respectivamente, el haz de facultades del titular temporal y del titular sucesivo, y de ellos se desprende que sus conceptos posesorios son compatibles porque el estatuto jurídico de cada propietario es diferente y, además, se asigna la posesión, el uso y el goce en exclusiva del bien a favor del titular temporal. Pero lo cierto es que, según la doctrina, el único supuesto posible de coposesión se da en la comunidad de bienes ordinaria indivisa, con lo que parece que, si se considera que la propiedad temporal es un supuesto de dominio dividido, se plantean problemas en el campo de la posesión.

⁷⁸⁴ PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Institucions...*, op.cit., p.96. DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op.cit., p. 47. *“Esta formulación se refiere a la cesión negocial, tanto a título oneroso como gratuito, como en los casos de la compraventa y la donación; se trata, en definitiva, de la tradición en sentido amplio, es decir, la entrega de la posesión del bien que el antiguo poseedor hace al nuevo (art. 531-2), en los casos en que el tradens no continúa con la posesión del bien en otro concepto distinto al que ostentaba hasta ese momento”*.

Sin embargo, el derecho del titular temporal está limitado por la salvaguarda de los derechos del titular sucesivo y, en virtud de ello, el titular temporal tendrá que comunicar al titular sucesivo, de conformidad con el Art. 547-6.2 CCCat, los actos de disposición que haga sobre el bien. Además, el Art. 547-9.1.b) CCCat permite al titular sucesivo la recuperación de la posesión del bien cuando el bien se deteriora en más de un 50%.

Con esto se quiere decir que la pluralidad de conceptos posesorios sobre la misma cosa, ambos en la consideración de titulares dominicales, puede plantear problemas a la luz del Art. 521-4.1 CCCat porque, si se sigue la teoría del dominio dividido, de la regulación de la propiedad temporal se desprende una situación de coposesión donde el titular temporal y el titular sucesivo son titulares del bien, si bien sus conceptos posesorios serían compatibles por el conjunto de facultades que los Art. 547-6 y 547-7 CCCat les atribuyen.⁷⁸⁵

Con todo, el encaje de las situaciones de dominio dividido en el Código civil de Cataluña es forzado por la regulación de la posesión en dicho código. Los problemas que implica la situación de coposesión con el mismo concepto posesorio conducen a la conclusión de que necesariamente el derecho del titular temporal o del titular sucesivo tenga que ser superior respecto del otro y, por lo tanto, el tratamiento de la posesión en la propiedad temporal sería más pacífico si se defiende que el verdadero y único propietario es el titular temporal o el titular sucesivo.

Si se considera que el verdadero y único propietario es el titular sucesivo, el titular temporal ostentaría la posesión inmediata del bien en concepto de titular de un derecho real en cosa ajena, mientras que el titular sucesivo tendría la posesión mediata de bien en concepto de titular dominical del bien. En este supuesto no se produciría ningún problema respecto de la compatibilidad de los conceptos posesorios de ambos titulares, dado que el derecho del titular sucesivo sería superior al del titular temporal.

⁷⁸⁵ DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op.cit., p. 39. “Todo concepto que no sea el de propietario implica necesariamente el reconocimiento de la existencia de un concepto posesorio previo o, si se quiere, superior, el de propietario. Todo derecho limitado se basa en la existencia previa y necesaria del derecho de propiedad. por tanto, la existencia del concepto posesorio limitado presupone necesariamente la existencia del concepto posesorio superior, y además debe ser compatible con él.”

Lo mismo podría decirse si, de acuerdo con la opción legislativa escogida, el verdadero y único propietario es el titular temporal, toda vez que, en este caso, el derecho dominical del titular temporal sería superior al del titular sucesivo porque éste solo tendría un derecho de adquisición que grava su propiedad.⁷⁸⁶

1.4.2. El titular sucesivo

Por lo que se refiere al estado posesorio del titular sucesivo, si se sigue la teoría del dominio dividido, el estado posesorio de este titular puede plantear, a primera vista, más problemas que el del titular temporal como consecuencia de la reversión del dominio a su favor una vez se cumpla el término cierto y determinado estipulado por las partes. De la regulación de la propiedad temporal del Código civil de Cataluña se desprende que el titular sucesivo tiene la expectativa de que el dominio pleno revierta a su favor una vez haya finalizado la propiedad temporal que ha sido cedida a favor del titular temporal.

Siguiendo el mismo esquema que en el estudio de la situación posesoria del titular temporal, podría decirse que el titular sucesivo, de acuerdo con el Art. 521 CCCat y con la regulación de la propiedad temporal del Código civil de Cataluña, posee el bien en concepto de titular, con las implicaciones que esta consideración supone y que ya se han visto en el anterior apartado. La condición de titular sucesivo lo permitiría desarrollar las facultades que le reconoce el Código civil de Cataluña.

A la vista de la regulación de la propiedad temporal del Código civil de Cataluña, puede defenderse que el titular sucesivo ostenta una posesión mediata⁷⁸⁷ del bien porque sobre él recaerán algunos de los efectos de la posesión del titular temporal, como es el caso de los actos de disposición que éste haga o la recuperación del pleno dominio si el bien se deteriora en más de un 50%.

⁷⁸⁶ CABALLÉ FABRA, G., “Límites en el acceso del titular sucesivo (propiedad temporal) y del propietario formal (propiedad compartida) al bien objeto de propiedad”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 502-503.

⁷⁸⁷ FUENTESECA, C., *La posesión mediata e inmediata*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 133-134. *La doctrina española, [...], al abordar la noción de la posesión mediata, se detiene en varios aspectos. Así, destacan la proximidad física con la cosa del poseedor inmediato, señalan que en la posesión mediata no hay “dominación efectiva”, reconocen la presencia de una relación jurídica y afirman que los de posesión mediata son casos de posesión como derecho.”*

Como se ha dicho en el apartado anterior, el Código civil de Cataluña excluye la posesión solidaria, es decir, “*que no es posible el ejercicio solidario de conceptos posesorios, porque no es admisible la existencia de dos conceptos idénticos sobre una misma cosa, con la totalidad o integridad de las facultades que comporta el concepto.*”⁷⁸⁸

Con todo, entiendo que el derecho del titular sucesivo o el del titular temporal tiene que ser superior. Considero que si no hubiese esta graduación en los derechos de los titulares la regulación de la propiedad temporal difícilmente podría encajar en el sistema de la posesión del Derecho civil de Cataluña y, particularmente, respetar la regla del Art. 521-4.1 CCCat.

En el momento que se cumple el plazo cierto y determinado, el titular temporal debe transmitir el dominio al titular sucesivo. En materia del instituto de la posesión, en este punto cabría hablar de cambio del concepto posesorio por lo que respecta al titular sucesivo, toda vez que ya se ha afirmado que el titular temporal, llegado el momento, perdería la posesión del bien de acuerdo con el 521-8.a) CCCat.

El Código civil de Cataluña se refiere implícitamente al cambio del concepto posesorio en el Art. 521-6.2 CCCat cuando dice que: “*Es presumeix que els posseïdors mantenen el mateix concepte possessori que tenien quan van adquirir la possessió.*” Es decir, una vez adquirida la posesión en un concepto posesorio determinado se presume la continuidad del mismo, a no ser que se pruebe lo contrario. Es precisamente esta posibilidad de probar el cambio de concepto posesorio lo que permite afirmar que es posible el cambio del concepto posesorio en virtud del cual se posee el bien.

⁷⁸⁸ DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op.cit., p. 40. “*Así, por ejemplo, no es admisible que dos personas manifiesten que poseen la misma cosa en concepto de propietarios exclusivos, pues la posesión de uno excluye necesariamente la del otro, al agotar todas las posibilidades de actuación sobre el objeto.*” Con base en esta afirmación, se podría sostener la coexistencia dos propietarios no exclusivos, como es el caso de la propiedad temporal, pero son necesarias las reglas contenidas en el Código civil de Cataluña para garantizar la convivencia pacífica de ambos propietarios, lo que a la vez puede implicar la superioridad del derecho del titular sucesivo sobre el del temporal.

En el sistema del Código civil general tampoco dos sujetos pueden poseer un bien en concepto de propietarios exclusivos al mismo tiempo, salvo en casos de indivisión de la cosa común. *Vid.* LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., et. alii., *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, op.cit., p. 56-58. COCA PAYERAS, M., “Comentario al Art. 445 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., et. alii., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 1.199.

La doctrina⁷⁸⁹ ha tratado las formas a través de las cuales se produce la inversión de la posesión. En primer lugar, distingue entre si la inversión de la posesión se produce lícitamente o ilícitamente. La primera tiene lugar por la intervención de un tercero, mediante el correspondiente título, mientras que la segunda tiene lugar por un acto unilateral del poseedor de la cosa.

Entre las formas lícitas que pueden producir un cambio en el concepto posesorio del titular sucesivo se encuentra un acto bilateral entre ambos titulares, en virtud del cual la persona que adquiere la propiedad de la cosa ya la estaba poseyendo por un título diferente. Se trata del fenómeno de la *traditio brevi manu*.⁷⁹⁰

No obstante, el negocio jurídico de transmisión del dominio temporal que implica la propiedad temporal, en virtud del cual el titular sucesivo pasará a ser el único propietario una vez transcurrido el plazo cierto y determinado de la propiedad temporal, podría no encajar fácilmente con el concepto de aquella forma de tradición.

La doctrina ha elaborado la teoría de la inversión posesoria por mutación del título procedente de un tercero con base en el poseedor en concepto de simple detentador de la posesión y el que posee en concepto de dueño o de titular, lo que implica que se tenga que forzar el encaje para explicar la inversión del concepto posesorio del titular sucesivo.⁷⁹¹

⁷⁸⁹ DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op.cit., p. 40-41. PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Instituciones...*, op.cit., p.81-82.

⁷⁹⁰ PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Instituciones...*, op.cit., p.82.

⁷⁹¹ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. VI.- Derechos reales...*, op.cit., p. 703-704. DÍEZ-PICAZO distingue entre tres posibilidades para explicar la inversión posesoria por mutación del título procedente de tercero. “La primera posibilidad es que el poseedor adquiera del tercero la efectiva propiedad del bien que es objeto de la situación posesoria. El tercero es el propietario, que transmite al anterior poseedor la propiedad que él tenía. [...] La segunda posibilidad [...] es que el tercero, sin ser propietario, sea sin embargo el anterior poseedor a título de dueño, que realiza con el poseedor un negocio traslativo. [...] La tercera posibilidad es que el negocio traslativo se realice con un tercero, que sea por completo extraño tanto a la propiedad como a la anterior posesión a título de dueño.” ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, op.cit., p. 58. Este autor considera que no es posible cambiar por la sola voluntad interna del poseedor el concepto en que se posee. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario...*, op.cit., p. 164-167. HERNÁNDEZ GIL, A., *La posesión...*, op.cit., p. 345-353. Para este autor, para que la contradicción tenga sentido es indispensable que ésta proceda del que no posee en concepto de dueño, es decir, que ocupe una posición inferior.

Las anteriores reflexiones conducen a la conclusión de que o bien el verdadero y único propietario es el titular temporal o bien es el titular sucesivo. La concurrencia de dos titulares con el mismo concepto posesorio implica que el encaje de dicha situación sea forzoso a la luz de la regulación del Código civil de Cataluña, con lo que el fenómeno de la reversión de la propiedad a favor del titular sucesivo se tendría que explicar de acuerdo con el efecto del derecho de adquisición que grava la propiedad temporal o de acuerdo con el principio de plasticidad del dominio en virtud del cual el titular del derecho de propiedad recobra la totalidad de las facultades dominicales cuando se extinguen los derechos reales que gravan su propiedad, en función de quién se considere que es el verdadero propietario, o bien el titular temporal o bien el titular sucesivo.

1.4.3. Reflexiones finales

A lo largo de este epígrafe, dedicado al estudio de la dinámica de la posesión en la propiedad temporal, se han visto las dudas que plantea la concurrencia de distintos sujetos que poseen la cosa bajo en mismo concepto posesorio. Esto solo es posible en la medida que los conceptos posesorios sean compatibles y que solo en el caso de la comunidad de bienes indivisa es posible que varios sujetos poseen un mismo bien, al mismo tiempo, bajo un mismo concepto posesorio idéntico, en este caso, en concepto de titulares o de copropietarios de la cosa.

En consecuencia, dado que en la propiedad temporal no nos encontramos ante una situación de comunidad, al contrario de lo que afirma el legislador en la propiedad compartida, la concurrencia de dos sujetos que poseen en bien en concepto de titulares solo sería posible, en mi opinión, si se admite que existe una relación de jerarquía entre sus derechos, que haga que la posesión bajo el mismo concepto posesorio sea compatible.

De acuerdo con la regulación de la propiedad temporal contenida en el Código civil de Cataluña, podría afirmarse que el titular sucesivo se encuentra en una posición superior respecto del titular temporal, toda vez que éste le tiene que notificar los actos de disposición que haga y tiene la facultad de recuperar el dominio si el bien se deteriora en más de un 50% y el titular temporal no realiza las reparaciones oportunas. Además, el Art. 547-4.1 CCCat induce a esta conclusión, por las formas de adquisición de la propiedad temporal que este artículo prevé y que serán objeto de análisis en las siguientes páginas.

La posición superior del titular sucesivo puede que haya sido la razón por la cual el legislador de Cataluña ha querido desvincular la propiedad temporal de los derechos reales en cosa ajena y dejar claro en el Art. 547-3.2 CCCat que no se aplican a la propiedad temporal las reglas de la enfiteusis y del derecho de superficie, entre otros.

1.5. La constitución de la propiedad temporal

Antes de examinar la cuestión referida a la adquisición automática del dominio por el titular sucesivo, es oportuno detenerse en las formas de constitución de la propiedad temporal, toda vez que en función de los mecanismos de constitución o de adquisición de la propiedad temporal se podrá sostener que se trata del mismo derecho con la limitación de su duración y un cambio de titularidades o si, por el contrario, es una forma de propiedad diferente e institucionalizada que tiene que ser constituida para poderse adquirir.

El Art. 547-4 CCCat se limita a decir que la propiedad temporal se adquiere por un negocio jurídico *inter vivos*, oneroso o gratuito, o *mortis causa*. Salvo esta previsión, el Código civil de Cataluña no regula la forma de llevar a cabo la transmisión del dominio a favor del titular sucesivo.

Se ha afirmado que el Art. 547-4 CCCat habla de “adquisición” y no de “constitución” porque el legislador de Cataluña considera que la propiedad temporal es una propiedad normal, es decir, un tipo de propiedad que atribuye a su titular todas las facultades del dominio, si bien limitadas temporalmente: “*no s’està creant un dret de propietat diferent, sinó que es transmet i s’adquireix un dret ja existent: el dret de propietat*”.⁷⁹²

El Código civil de Cataluña no regula, entre los preceptos que dedica a la propiedad temporal, la constitución de esta forma de propiedad, a diferencia de lo que ocurre con la propiedad compartida, pues el Art. 556-4 CCCat se dedica a la constitución de la misma. El Art. 547-4 CCCat ha sido criticado, pues: “*En nuestra opinión, esta configuración y la consiguiente utilización del término «adquisición», no son correctas, dado que la propiedad temporal es un derecho distinto de la plena propiedad. Por ello,*

⁷⁹² BOSCH CAPDEVILA, E., “La propietat temporal i la propietat compartida”..., *op.cit.*, p. 352.

para poder transmitir y adquirir la propiedad temporal, antes se debe haber constituido.”⁷⁹³

No puede entenderse que se afirme que la propiedad temporal es un derecho distinto al de la plena propiedad y, a su vez, decir que lo único que sucede en esta forma de propiedad es un cambio en la titularidad del bien, una vez se cumple el plazo de duración de la propiedad temporal. Si la propiedad temporal no requiere, a la luz de su regulación contenida en el Código civil de Cataluña, un título de constitución, será porque presupone la existencia de un derecho de propiedad pleno y exclusivo a favor de un titular, de acuerdo con lo prevenido en el Art. 547-4.1 CCCat: *“El titular del dret de propietat pot retenir la propietat temporal i transmetre la titularitat successiva a un tercer o a la inversa o transmetre ambdues.”*

De este artículo se desprende que necesariamente la propiedad temporal deriva de un derecho de propiedad pleno y exclusivo y, por este motivo, el titular del derecho de propiedad puede retener la propiedad temporal y transmitir la titularidad sucesiva a un tercero o a la inversa. Además, el Art. 547-4.1 CCCat también permite que el propietario originario transmita a un tercero la propiedad temporal y a otro la propiedad sucesiva, con lo que, en definitiva, transmite su derecho de propiedad originario.

De esta forma, el Art. 547-4.1 CCCat contempla tres formas de adquisición de la propiedad temporal. En primer lugar, la reserva de la titularidad temporal a favor del propietario originario del bien. En este caso, el propietario originario del bien se reserva la titularidad temporal y transmite la titularidad sucesiva a un tercero que se convertiría en el propietario exclusivo y absoluto una vez se extinga la propiedad temporal.

En segundo lugar, la cesión de la titularidad temporal a un tercero y la reserva de la titularidad sucesiva.

⁷⁹³ DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op.cit., p. 161. BOSCH CAPDEVILA, E., *“La propietat temporal i la propietat compartida”...*, op.cit., p. 352. La ausencia de un artículo dedicado a la constitución de la propiedad temporal podría conducir a la conclusión de que lo que ha creado el legislador de Cataluña es un nuevo régimen de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, basado en la temporalidad y en la reversión del dominio, porque la inexistencia de un título constitutivo impide que los efectos de la propiedad temporal se limitan a las partes. Es decir, hubiera sido conveniente que el legislador de Cataluña hubiera previsto la constitución de la propiedad temporal, de la misma forma que hace el Art. 556-4 CCCat respecto de la propiedad compartida, para dejar claro que lo que se crea es un nuevo tipo del derecho de propiedad y no un régimen de la propiedad sobre los bienes muebles e inmuebles.

Y, en tercer lugar, la división de la propiedad original. Es decir, el propietario originario del bien transmitiría a un tercero la titularidad temporal y a otro sujeto la titularidad sucesiva, con lo que dejaría de ser el propietario del bien.⁷⁹⁴

El propio Art. 547-4.1 CCCat induce a la conclusión de que la propiedad temporal es un derecho diferente del derecho real de propiedad pleno y exclusivo.

Es decir, con base en las formas de adquisición de la propiedad temporal, que requiere la preexistencia de un derecho de propiedad pleno, exclusivo y perpetuo para poderse adquirir, se asimila esta forma de propiedad a un derecho real en cosa ajena. Las formas de constitución o de adquisición de la propiedad temporal que contempla el Art. 547-4.1 CCCat permiten afirmar que el derecho de propiedad temporal es un derecho diferente e institucionalizado del derecho de plena propiedad.

Es decir, el propietario originario puede reservarse la titularidad temporal y ceder la titularidad sucesiva o ceder la titularidad temporal y reservarse la sucesiva, hecho que demostraría que se trata de dos derechos distintos y que la propiedad temporal depende de la plena propiedad para existir.

Esta configuración de la adquisición de la propiedad temporal se construye sobre la base de la facultad de disposición del propietario original u ordinario⁷⁹⁵ que crea un derecho de propiedad “menos pleno” o “un derecho real de usufructo reforzado” limitado temporalmente y que grava su propiedad. Según esta concepción, el derecho de propiedad sobre el bien es el mismo y lo único que implica la llegada del término final es el cambio de titularidad del bien a favor del titular sucesivo. Es en este momento cuando la titularidad del titular temporal se extingue y el bien se transmite al titular sucesivo porque éste es el verdadero titular dominical.⁷⁹⁶

⁷⁹⁴ MOLINA ROIG, E., “Art. 547-4. Adquisició i durada”..., *op.cit.*, p. 84. MOLINA ROIG, E., “Art. 547-4. Adquisición y duración”..., *op.cit.*, p. 114-115.

⁷⁹⁵ BOSCH CAPDEVILA, E., “La propietat temporal i la propietat compartida”..., *op.cit.*, p. 352. “Aquesta constitució es fa mitjançant un negoci jurídic complex en el qual el propietari, en exercici del seu poder de disposició sobre l’objecte, transforma el seu dret de propietat ple en una propietat temporal [...], i alhora crea un dret real d’adquisició de constitució de la propietat plena que operarà automàticament un cop arribat el termini fixat.”

⁷⁹⁶ DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 158. “La Ley emplea la expresión «hacer tránsito», [...], y que pretende indicar que, llegado el plazo, se extingue automáticamente la titularidad

En consecuencia, se trata de una concepción de la propiedad temporal basada en la atribución de un derecho real limitado al titular temporal y en la atribución de la condición de propietario al titular sucesivo que es consecuencia de la extinción de la titularidad temporal que grava, temporalmente, su propiedad originaria.

De acuerdo con las formas de adquisición de la propiedad temporal del Art. 547-4.1 CCCat, puede afirmarse que la propiedad temporal es un derecho real institucionalizado y autónomo, que depende de la existencia de un derecho real de propiedad pleno y exclusivo para poderse adquirir como cualquier otro derecho real, hecho que refuerza la teoría de la naturaleza jurídica de la propiedad temporal basada en una propiedad plena y exclusiva gravada con un derecho real, aunque a la luz de la regulación de la propiedad temporal contenida en el Código civil de Cataluña parece que semejante configuración no ha sido la que ha seguido el legislador de Cataluña.

Independientemente de la concepción que se tenga respecto de la naturaleza jurídica de la propiedad temporal, lo cierto es que lo prevenido en el Art. 547-4 CCCat sobre la adquisición de la propiedad temporal exige que ésta se ajuste a la teoría del título y del modo que es la que consagra el Código civil de Cataluña para la adquisición de la propiedad y los derechos reales en cosa ajena.⁷⁹⁷

El Art. 531-1 CCCat establece que: *“Per a transmetre i adquirir béns, cal, a més del títol d'adquisició, la realització, si escau, de la tradició o dels actes o de les formalitats que estableixen les lleis.”*

Se trata de un precepto que consagra la teoría del título y del modo para la adquisición de derechos reales posesorios en el Derecho civil de Cataluña.

El siguiente precepto en el cual hay que detenerse es el Art. 531-2 CCCat que define la tradición como *“el lliurament de la possessió d'un bé pels antics posseïdors als nous.”*

del primer propietario y, simultáneamente y también de manera automática, se atribuye la propiedad al nuevo adquirente; es decir, llegado el plazo, la propiedad no se extingue [...], sino que lo que se extingue es la titularidad del primer propietario.”

⁷⁹⁷ MOLINA ROIG, E., “Art. 547-4. Adquisició i durada”..., *op.cit.*, p. 87. MOLINA ROIG, E., “Art. 547-4. Adquisición y duración”..., *op.cit.*, p. 118. *“Per tant, per a que es transmeti la propietat del bé a l'adquirent per contracte de compravenda serà necessària la tradició, és a dir, que el PT prengui possessió del mateix, d'acord amb la teoria del títol i el mode de l'article 531-1 CCC. O bé, que la PT consti en escriptura pública, que substituirà la tradició del bé (art. 531-4.2.a CCC).”*

En este sentido, la tradición consiste en el acto material de entrega de la cosa al adquirente, juntamente con la voluntad del transmitente y del adquirente de transmitir y adquirir, respectivamente, el derecho real que se trate.⁷⁹⁸

No obstante, el Código civil de Cataluña ni regula las cuestiones referidas al título de adquisición de la propiedad temporal, ni tampoco se ocupa de la reversión del dominio a favor del titular sucesivo.

Con anterioridad se ha visto que la doctrina ha criticado el Art. 547-4 CCCat de la propiedad temporal y que el Código civil de Cataluña hable de “adquisición” en lugar de “constitución”. En mi opinión, para que la transmisión del dominio fuera acorde con el sistema de la teoría del título y del modo, la ley catalana hubiera tenido que configurar un negocio jurídico de constitución, en virtud del cual el propietario pleno y exclusivo, en ejercicio de sus facultades de disposición, constituyese un derecho de propiedad temporal sobre su derecho de propiedad pleno y exclusivo.

Dicho esto, la adquisición de la propiedad temporal podría adoptar diferentes modalidades tanto si el título de adquisición de la propiedad temporal es un documento privado como el otorgamiento de escritura pública.

De esta forma, la adquisición de la posesión del bien podría llevarse a cabo tal y como previene el Art. 531-4.1 CCCat, es decir, a través de la tradición real que consiste en la puesta a disposición del bien, mueble o inmueble, a favor del titular temporal.⁷⁹⁹

Considero que la transmisión del dominio a favor del titular temporal no podría llevarse a cabo a través de la vía del Art. 531-4.2.b) CCCat que contempla el pacto *constitutum possessorium* en virtud del cual se produce la transmisión sin que tenga lugar la entrega material del bien ya que la retiene en su poder, con la precisión que, de esta forma, ya no posee la cosa en nombre propio, sino que se trata de una posesión en nombre ajeno.

⁷⁹⁸ DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op.cit., p. 65-66.

⁷⁹⁹ PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Institucions...*, op.cit., p.126. “no opera la tradició real o material si ni el transmissent ni l’adquirent no poden exercitar cap mena de poder sobre la cosa objecte de la tradició”. En consecuencia, el titular temporal tendría que entregar el bien al titular sucesivo, si se trata de un bien mueble, o dejar de ocupar la vivienda en el caso que fuera un bien inmueble para que el titular sucesivo pueda gozar y disponer del bien que fue objeto de la propiedad temporal.

En lo que se refiere a la propiedad temporal, el Art. 547-10 CCCat contiene una serie de reglas que tienen como finalidad liquidar el estado posesorio del titular sucesivo, con lo que se pone de manifiesto que la intención del legislador es que el dominio del bien sea transmitido al titular temporal.

Asimismo, tratándose de bienes muebles sería posible que el propietario ordinario entregara al titular temporal las llaves del lugar donde se hallan almacenados los bienes muebles, de acuerdo con el Art. 531-4.2.c) CCCat. Se trata de la tradición simbólica que tiene lugar cuando la transmisión del dominio no es consecuencia de la entrega de la cosa, sino de un acto accesorio que la simboliza.⁸⁰⁰

El acuerdo entre el titular temporal y el sucesivo o pacto en virtud del cual las partes acuerdan que la tradición se produce sin que tenga lugar la entrega material del bien, previsto en el Art. 531-4.2.d) CCCat, también entiendo que sería válido cuando el bien mueble objeto de la propiedad temporal no se pudiera poner a disposición del titular temporal.

Por último, el Art. 531-4.2.a) CCCat considera el otorgamiento de la escritura notarial de compraventa como una modalidad de tradición, a diferencia de lo dispuesto en el Art. 1.462.2 CC que lo considera un acto equivalente a la tradición.⁸⁰¹

1.6. La extinción de la propiedad temporal

Una vez hechas las anteriores consideraciones sobre la constitución de la propiedad temporal, es oportuno detenerse en el sistema de adquisición de la propiedad y de los derechos reales según el Código civil de Cataluña para determinar si la adquisición automática de la propiedad temporal, de acuerdo con la configuración del Código civil de Cataluña, es acorde con la tradición jurídica catalana.

El Art. 547-9 CCCat se ocupa de las causas de extinción de la propiedad temporal. El Art. 547-9.1.a) CCCat prevé que la propiedad temporal se extinga por el transcurso del plazo de tiempo por el cual fue adquirida, además de contemplar otro supuesto, el del

⁸⁰⁰ DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op.cit., p. 66-67. PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Instituciones...*, op.cit., p.132-133.

⁸⁰¹ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III ...*, op.cit., p. 712-714.

Art. 547-9.1.b) CCCat que prevé que la propiedad temporal se extinga cuando el bien se deteriore en más de un 50% por culpa o negligencia del titular temporal y que, una vez requerido por el titular sucesivo, no se haga cargo de las obras de reparación o reconstrucción necesarias.

1.6.1. La transmisión automática del dominio a favor del titular sucesivo

El tenor literal del Art. 547-10.1 CCCat, que regula los efectos de la extinción de la propiedad temporal, es sumamente interesante para comprender la reversión del dominio a favor del titular sucesivo una vez haya finalizado el plazo de tiempo por el cual fue adquirida la propiedad temporal, toda vez que el Art. 547-10 CCCat dice que, una vez cumplido el plazo cierto y determinado, el dominio hará tránsito al titular sucesivo: *“L’extinció de la propietat temporal comporta que el titular successiu adquireix el domini del bé, en pren possessió per ell mateix i pot exercir les accions de protecció de la propietat i de la possessió que li corresponguin.”*

El artículo transcrito parece que legitima al titular sucesivo para que tome posesión del bien una vez se extinga la propiedad temporal, pero lo cierto es que la adquisición del dominio automática que parece diseñar el Art. 547-10.1 CCCat y que algunos⁸⁰² defienden puede ser objeto de algunas críticas.

Los demás artículos que el Código civil de Cataluña dedica a la propiedad temporal no se ocupan de la forma de llevar a cabo la reversión del dominio a favor del titular sucesivo, solo el Art. 547-10.1 CCCat parece indicar que la reversión del dominio a favor del titular sucesivo es automática.

La doctrina mayoritaria⁸⁰³ ha defendido que el titular sucesivo se convierte en el propietario exclusivo y perpetuo del bien una vez se ha extinguido la propiedad

⁸⁰² DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 168-169. *“En la propiedad temporal, cuando llega el término [...] se produce la adquisición automática de la propiedad por parte del titular sucesivo, sin necesidad de ningún pronunciamiento por parte de éste.”* BOSCH CAPDEVILA, E., *“La propietat temporal i la propietat compartida”...*, *op.cit.*, p. 349-350.

⁸⁰³ NASARRE AZNAR, S., *“Art. 547-1. Concepte de propietat temporal”...*, *op.cit.*, p. 61. NASARRE AZNAR, S., *“Art. 547-1. Concepto de propiedad temporal”...*, *op.cit.*, p. 86. SIMÓN MORENO, H., *“Art. 547-10. Efectes de la extinció”*, en NASARRE AZNAR, S., (Coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d’altres normes*, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Espacialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 159-160. SIMÓN MORENO, H., *“Art. 547-10. Efectos de la extinción”*, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la*

temporal. Si se analiza la transmisión automática del dominio teniendo en consideración que el titular temporal es el único y el verdadero propietario, para explicar el tránsito de los bienes del titular temporal al titular sucesivo se propone acudir a la sustitución fideicomisaria para, con base en esta institución, explicar la transmisión del dominio al titular sucesivo.

El Art. 547-1 CCCat acaba diciendo que, una vez vaya finalizado el plazo cierto y determinado de la propiedad temporal, el dominio *“farà trànsit al titular successiu.”*⁸⁰⁴ Se trata de un precepto que se inspira claramente en la transmisión de los bienes hereditarios del heredero fiduciario al fideicomisario. Según el Art. 426-1.1 CCCat: *“En el fideïcomís, el fideïcomitent disposa que el fiduciari adquireixi l'herència o el llegat amb el gravamen que, un cop vençut el termini o complerta la condició, facin trànsit al fideïcomissari.”*

PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS afirman, respecto de la delación de la herencia a favor del heredero fideicomisario que: *“D'acord amb el principi de l'ordo successivus que comporta l'herència fideïcomissària, el fideïcomissari adquireix automàticament la titularitat dels béns i drets hereditaris en el moment que té lloc la delació fideïcomissària, encara que de moment no en tingui la possessió.”*⁸⁰⁵

Según la doctrina mayoritaria, que parte de la circunstancia que el titular temporal es el único y verdadero propietario del bien durante el plazo de duración de su derecho, la transmisión del pleno dominio al titular sucesivo tiene lugar por imperativo legal (*ope legis*) cuando se produce alguna de las causas de extinción que enumera el Art. 547-9 CCCat. Se trataría de una adquisición automática del dominio que, además de

propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 210-211.

⁸⁰⁴ La expresión “hacer tránsito” aparece en otros preceptos del Código civil de Cataluña. Por ejemplo, 426-1.1 CCCat en las sustituciones fideicomisarias dice que: *“En el fideïcomís, el fideïcomitent disposa que el fiduciari adquireixi l'herència o el llegat amb el gravamen que, un cop vençut el termini o complerta la condició, facin trànsit al fideïcomissari.”* También el Art. 427-22.2 CCCat en relación a los legados con eficacia real y el Art. 431-20.2 CCCat respecto del heredamiento mutuo. Aunque estos artículos utilicen la misma expresión que el Art. 547-1 CCCat, son instituciones hereditarias que permiten adquirir la propiedad con base en un título adquisitivo y que posteriormente el heredero o legatario es investido con la posesión del bien.

⁸⁰⁵ PUIG FERRIOL, LL., ROC TRIAS, E., *Institucions del Dret civil de Catalunya...*, op.cit., p. 342-343.

producirse por imperativo legal, se produciría como consecuencia del derecho de adquisición que tiene el titular sucesivo, que tiene lugar sin que sea preceptivo ningún pronunciamiento por parte de éste requiriendo al titular temporal que le transmita los bienes objeto de la propiedad temporal.

NASARRE AZNAR y SIMÓN MORENO defienden que la adquisición es automática y gratuita, del mismo modo que sucede en la delación de la herencia a favor del heredero fideicomisario. Defienden la adquisición gratuita del pleno dominio por tratarse de una facultad inherente al titular sucesivo y si la ley hubiera previsto una adquisición onerosa del pleno dominio se trataría, según estos autores, de un enriquecimiento injusto.⁸⁰⁶

Sin embargo, la adquisición del pleno dominio por el titular sucesivo podría explicarse de otras formas en función de la posición que se adopte respecto de la naturaleza jurídica de la propiedad temporal.

En primer lugar, si se considera que el verdadero propietario es el titular temporal y que el titular sucesivo solo ostenta un derecho real de adquisición, se podría sostener, con la mayoría de la doctrina, que la adquisición automática del dominio por el titular sucesivo se fundamenta en el propio derecho de adquisición.⁸⁰⁷

En segundo lugar, si se considera que el titular temporal en realidad es el titular de un derecho real que grava la propiedad del propietario original u ordinario, podría defenderse que la adquisición del pleno dominio por el titular sucesivo es automática por el principio de *plasticidad* del derecho de propiedad, en virtud del cual el propietario adquiere las facultadas que constituían el contenido del derecho real que gravaba su derecho de propiedad.

En tercer lugar, si se considera que la propiedad temporal comporta una situación de división del dominio, el propietario ordinario adquiriría el pleno dominio por la consolidación a su favor de las facultades dominicales que fueron atribuidas al titular

⁸⁰⁶ NASARRE AZNAR, S., “Art. 547-1. Concepte de propietat temporal”..., *op.cit.*, p. 62. NASARRE AZNAR, S., “Art. 547-1. Concepto de propiedad temporal”..., *op.cit.*, p. 87. SIMÓN MORENO, H., “Art. 547-10. Efectes de la extinció”..., *op.cit.*, p. 160. SIMÓN MORENO, H., “Art. 547-10. Efectos de la extinción”..., *op.cit.*, p. 210.

⁸⁰⁷ BOSCH CAPDEVILA, E., “La propietat temporal i la propietat compartida”..., *op.cit.*, p. 349-350, 358-359.

temporal, como sucede en el caso de la enfiteusis según la teoría de la división del dominio.⁸⁰⁸

1.6.2. La expropiación forzosa de la propiedad temporal

A) Régimen jurídico

La expropiación forzosa de una vivienda en régimen de propiedad temporal puede plantear especiales problemas derivados de la limitación temporal del derecho del titular temporal, y de la expectativa del titular sucesivo de tener el pleno dominio del bien una vez se extinga la titularidad temporal.

Antes, sin embargo, es necesario detenerse en el régimen jurídico de la expropiación directa de derechos reales limitativos del dominio, toda vez que la Ley de Expropiación Forzosa no contiene ninguna norma referida a la expropiación de los aprovechamientos temporales del dominio.

A los efectos de valorar correctamente la propiedad temporal y el derecho del titular sucesivo, considero que debe partirse de lo dispuesto en los Arts. 34 y 35 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba Texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación urbana.⁸⁰⁹

⁸⁰⁸ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. VI...*, *op.cit.*, p. 318-319.

⁸⁰⁹ *Vid.* Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba Texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación urbana [LA LEY 16530/2015]. En el primero de los preceptos citados se dispone que:

“1. *Las valoraciones del suelo, las instalaciones, construcciones y edificaciones, y los derechos constituidos sobre o en relación con ellos, se rigen por lo dispuesto en esta Ley cuando tengan por objeto:*

2. *La fijación del justiprecio en la expropiación, cualquiera que sea la finalidad de ésta y la legislación que la motive.*”

Por su parte, el apartado 4 del Art. 35 TRLSRU dice que: “*La valoración de las concesiones administrativas y de los derechos reales sobre inmuebles, a los efectos de su constitución, modificación o extinción, se efectuará con arreglo a las disposiciones sobre expropiación que específicamente determinen el justiprecio de los mismos; y subsidiariamente, según las normas del derecho administrativo, civil o fiscal que resulten de aplicación.*

Al expropiar una finca gravada con cargas, la Administración que la efectúe podrá elegir entre fijar el justiprecio de cada uno de los derechos que concurren con el dominio, para distribuirlo entre los titulares de cada uno de ellos, o bien valorar el inmueble en su conjunto y consignar su importe en poder del órgano judicial, para que éste fije y distribuya, por el trámite de los incidentes, la proporción que corresponda a los respectivos interesados.”

Por lo tanto, en virtud de lo dispuesto en los artículos transcritos, parece que el TRLSRU se remite a lo dispuesto en la Ley de Expropiación Forzosa para la determinación del justiprecio de la expropiación de los derechos reales, facultando a la administración expropiadora para decidir si, por un lado, valora de forma independiente todos los derechos que concurren con el dominio o si, por otro lado, valora el inmueble en su conjunto y consigna su importe en poder del órgano judicial para que éste fije y distribuya el importe entre los interesados.

Un aspecto que tiene que destacarse es que, en virtud de la normativa actual, parece claro que no se admite la posibilidad de que el dominio pueda estar limitado temporalmente y, por lo tanto, lo más apropiado sería equiparar la propiedad temporal a un usufructo temporal que grava una propiedad exclusiva y perpetua, a los efectos de valorarla para la determinación de su justiprecio.

B) La expropiación forzosa del derecho del titular temporal y del derecho del titular sucesivo

La Ley de Expropiación Forzosa dedica pocos preceptos a la valoración de los derechos reales constituidos sobre bienes inmuebles.⁸¹⁰

Por último, el Art. 42 LEF se remite a la legislación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados para la determinación del justiprecio.⁸¹¹

No obstante, si se equipara la propiedad temporal a un usufructo temporal, debe tenerse presente el método de cálculo para la valoración de los usufructos temporales del Art.

⁸¹⁰ Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación forzosa [LA LEY 43/1954]. Concretamente, el Art. 4.1 LEF dice que: “*Siempre que lo soliciten, acreditando su condición debidamente, se entenderán también las diligencias con los titulares de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa expropiable, así como con los arrendatarios cuando se trate de inmuebles rústicos o urbanos. En este último caso se iniciará para cada uno de los arrendatarios el respectivo expediente incidental para fijar la indemnización que pueda corresponderle.*”

Por su parte, el Art. 6.2 del RLEF dispone que: “*Los titulares de derechos o intereses sobre el bien expropiado, salvo los arrendatarios rústicos o urbanos, no percibirán indemnización independiente, sin perjuicio de que puedan hacerlos valer sobre el precio derivado de la expropiación principal.*”

⁸¹¹ FUERTES LÓPEZ, M., “Art. 42. Valoración de los derechos reales”, en SOSA WAGNER, F., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 252. El Art. 42 LEF solo se aplicará cuando el objeto expropiable sea exclusivamente un derecho real. DE LA IGLESIA PALACIOS, E., “Expropiación de facultades parciales del dominio o derechos e intereses patrimoniales legítimos; expropiación de bienes con cargas y gravámenes”, en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Manual de Expropiación Forzosa*, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 206.

26.a) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.⁸¹²

Por ejemplo, si el propietario originario transmite la propiedad temporal de una vivienda valorada en 150.000.- euros por un período de 30 años, la valoración de la misma y del derecho del titular sucesivo, que se asimilaría al del nudo propietario, se calcularía de la forma siguiente para determinar su justiprecio en el supuesto de expropiación forzosa de la propiedad temporal:

Propiedad temporal: $2\% \times 30 \text{ años} = 60\%$ 60% de 150.000.- euros = 90.000.- euros

Titular sucesivo: 150.000.- euros – 90.000.- euros = 60.000.- euros.

En definitiva, la determinación del justiprecio de la propiedad temporal y de la expectativa del titular sucesivo de que el pleno dominio revierta a su favor podría calcularse con base en las reglas de valoración de los usufructos temporales porque la legislación vigente no prevé una regla específica para la propiedad temporal.

1.6.3. Reflexiones finales

La propiedad temporal tiene que equipararse forzosamente a los usufructos temporales a efectos de fijar su justiprecio en el supuesto de expropiación forzosa de la misma. Este planteamiento refuerza la idea de que la propiedad temporal podría configurarse como un derecho real en cosa ajena similar al derecho real de usufructo y que el titular

⁸¹² FUERTES LÓPEZ, M., “Art. 42. Valoración de los derechos reales”..., *op.cit.*, p. 252. PERA VERDAGUER, F., Expropiación forzosa, 4ª ed., Bosch, Barcelona, 1992, p. 252-253. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., *El justiprecio de la expropiación forzosa. Estudio de su valoración y pago, con especial consideración de las expropiaciones urbanísticas*, 6ª ed., Comares, Granada, 2005, p. 310.

Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones [LA LEY 2421/1987]. “El valor del usufructo temporal se reputará proporcional al valor total de los bienes, en razón del 2 por 100 por cada período de un año, sin exceder del 70 por 100.

En los usufructos vitalicios se estimará que el valor es igual al 70 por 100 del valor total de los bienes cuando el usufructuario cuente menos de veinte años, minorando a medida que aumenta la edad, en la proporción de un 1 por 100 menos por cada año más, con el límite mínimo del 10 por 100 del valor total.

El valor del derecho de nuda propiedad se computará por la diferencia entre el valor del usufructo y el valor total de los bienes. En los usufructos vitalicios que, a su vez, sean temporales, la nuda propiedad se valorará aplicando, de las reglas anteriores, aquella que le atribuya menor valor.”

Vid. STS de 16 de abril de 2013 [LA LEY 30245/2013]. La sentencia versa sobre la determinación del justiprecio de un derecho de superficie y se remite también a las normas que se han transcrito en este epígrafe.

sucesivo fuera el verdadero propietario exclusivo y perpetuo de bien que recuperaría el pleno dominio una vez extinguida la propiedad temporal.

1.7. Régimen jurídico

De acuerdo con el preámbulo de la LPTPC, las normas de la propiedad temporal que no son normas de tipificación de la institución son dispositivas para los propietarios y, por lo tanto, el papel de la autonomía privada en este sentido es muy amplio.

Por esta razón, el Art. 547-3 CCCat establece que todo lo que no se hubiere previsto en el título de adquisición ni en el Capítulo VII, del Título IV, del Libro V del Código civil de Cataluña se regirá por las disposiciones relativas al derecho de propiedad en general.

Con la aplicación supletoria de las normas referidas al derecho real de propiedad queda claro que la intención del legislador de Cataluña fue asimilar la propiedad temporal a la plena propiedad.⁸¹³

A continuación, el Art. 547-3.2 CCCat establece lo siguiente: *“Els règims del fideïcomís, de la donació amb clàusula de reversió, del dret de superfície o qualssevol altres situacions temporals de la propietat es regeixen per llurs disposicions específiques.”*

Se trata de una disposición que quiere evitar que se aplique a la propiedad temporal las reglas de los fideicomisos, la donación con cláusula de reversión y al derecho de superficie y cualquier otra figura jurídica que se fundamente en una situación de temporalidad del derecho en cuestión.

Las instituciones que enumera el Art. 547-3.2 CCCat tienen su propio régimen jurídico, y parece que su sentido es evitar que pueda aplicarse la analogía entre la propiedad temporal y aquellas instituciones que, en cierto modo, se basan en una titularidad temporal del dominio, como son los fideicomisos, la donación con cláusula de reversión

⁸¹³ MOLINA ROIG, E., “Art. 547-3. Règim jurídic”, en NASARRE AZNAR, S., (coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d’altres normes*, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 75-78. MOLINA ROIG, E., “Art. 547-3. Régimen jurídico”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 103-107.

y los derechos reales de superficie y enfiteusis o que transfieren la mayor parte de las facultades dominicales al titular del derecho real, como es el caso del derecho real de usufructo.

El preámbulo de la LPTPC deja claro que la propiedad temporal y la propiedad compartida son dos nuevas formas de propiedad y, por lo tanto, no resulta fácil cohesionar el Art. 547-3.2 CCCat, que dice explícitamente que no se van a aplicar las normas de los derechos reales que este precepto señala o normas propias de instituciones cuya dinámica origina, transitoriamente, situaciones que implican una situación de dominio temporal como la sustitución fideicomisaria, el heredero a término, el derecho de superficie o la donación con cláusula de reversión.

Este precepto podría, en lugar de despejar la dudas sobre la naturaleza jurídica de la propiedad temporal, añadir más confusión en torno a esta cuestión. El preámbulo de la LPTPC deja claro que la propiedad temporal es una nueva forma de propiedad cuya característica fundamental es la temporalidad de la misma. Esto también se deduce de los preceptos que el Código civil de Cataluña dedica a la misma. Por lo tanto, si se parte de esta premisa, el Art. 547-3.2 CCCat no añade nada de nuevo, solo sirve para dejar constancia de ello evitando que se apliquen a la propiedad temporal las normas de otras instituciones que comportan una situación de temporalidad del dominio.⁸¹⁴

1.8. Crítica constitucional

1.8.1. El contenido esencial y la función social de la propiedad temporal

El estatuto jurídico del «propietario temporal» y del «titular sucesivo» ha de considerarse resultado de la aplicación por el legislador del principio normativo de la función social que ha de realizar esta forma de propiedad que, además y por otra parte, ha de relacionarse con la garantía del contenido esencial del Art. 53.1 CE.

Resulta, por tanto, oportuno poner en relación la regulación de esta pretendida forma de propiedad con el texto constitucional y con la interpretación que el Tribunal Constitucional ha dado tanto de cómo el referido principio normativo ha de actuar en la

⁸¹⁴ MOLINA ROIG, E., “Art. 547-3. Règim jurídic”..., *op.cit.*, p. 76. MOLINA ROIG, E., “Art. 547-3. Régimen jurídico”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 104.

delimitación del régimen jurídico de la propiedad, como, y de otro lado, la ley ha de contener su regulación ante el contenido esencial del derecho.

A) La garantía del contenido esencial y la propiedad temporal

En el capítulo primero de esta Memoria doctoral, en los epígrafes dedicados al estudio de la dogmática preconstitucional del derecho de propiedad, se ha visto que, des de los autores que interpretaron el Código de las Siete Partidas hasta los primeros comentaristas del Código civil de 1889, el derecho de propiedad se configuró como un derecho absoluto que atribuía a su titular los más amplios poderes sobre la cosa que tiene en su poder, pues la doctrina clásica española estuvo fuertemente influenciada por la doctrina de los autores de la Escuela de la Exégesis francesa que difundieron los postulados liberales resultantes de la Revolución francesa de 1789.⁸¹⁵

Con la promulgación del Código civil de 1889, el derecho de propiedad siguió configurándose como un derecho perpetuo o tendencialmente perpetuo, independientemente de que pueda cambiar su titularidad por actos *inter vivos* o *mortis causa*, puesto que la transmisión del derecho de propiedad por aquellos actos no supone la revocación de la propiedad, sino un cambio del titular, mientras que el derecho sigue siendo tendencialmente perpetuo.⁸¹⁶

A lo largo del siglo XX, el derecho de propiedad evolucionó al compás de la promulgación de una serie de leyes especiales que diversificaron el estatuto jurídico de la propiedad en función de los intereses merecedores de protección que representaban los bienes objeto de la regulación de aquellas leyes.

⁸¹⁵ GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBAN HERRANZ, J. M., *Derecho civil y penal de España...*, op.cit., p. 567-570. ELÍAS DE ALOY, J. A., *Derecho civil general y foral de España...*, op.cit., p. 231-232. GUTIERREZ FERNANDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español...*, op.cit., p. 48, 61-73. DEL VISO AÑÓ, S., *Lecciones elementales de derecho civil...*, op.cit., p. 24-25.

⁸¹⁶ DIEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III...*, op.cit., p. 964-966. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., et alii., *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, op.cit., p. 241. BLASCO GASCÓ, F de P., y CECCHINI ROSELL, X., “Título II De la Propiedad. Capítulo I. De la propiedad en general”..., op.cit., p. 99. PÉREZ PÉREZ, E., *Propiedad, Comunidad y Finca Registral...*, op.cit., p. 47. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil...*, op.cit., p. 2.861.

De esta forma, se aprobaron la Ley de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954, el Decreto 118/1973, de 12 de enero, por el que se aprueba el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, que fueron conformando los regímenes de la propiedad.

La diversificación del estatuto jurídico de la propiedad que conllevaron las anteriores normas condujo a que la doctrina⁸¹⁷ hablara de «propiedades», en lugar de partir del tipo del derecho de propiedad del Art. 348 CC, alrededor del cual la doctrina desarrolló la dogmática de este derecho.

En consecuencia, el Art. 348 CC, después de la evolución de la dogmática de la propiedad, tiene un valor meramente académico y, en torno a aquél, ya no puede explicarse el derecho de propiedad, pues el tipo abstracto de este derecho reconoce a los particulares un ámbito de libertad y de apropiación de los bienes que permite el uso y el goce de los mismos de acuerdo con las normas que disciplinan el estatuto jurídico de los bienes, lo que conduce, nuevamente, a la idea de «propiedades» y la imposibilidad de concebir el tipo abstracto del derecho de propiedad de acuerdo con los términos del Art. 348 CC.

⁸¹⁷ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., en el prólogo a la obra de RODOTA, S., *El terrible derecho. Estudio sobre la propiedad privada...*, op.cit., p. 16. “Lo que ocurre es que por más que se predique la diversificación [...] este punto de vista presupone, como un a priori lógico, una idea central de propiedad, a partir de la cual los diferentes estatutos se enjuician. La desintegración, de esta suerte, no hace más que llenar o poblar el campo de las propiedades especiales, sin apercibirse de que la especialidad supone siempre generalidad y las propiedades especiales, por ende, un derecho común de propiedad.” REY MARTÍNEZ, F., “Sobre la (paradójica) jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de propiedad privada..., op.cit., p. 175. “La progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso y aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos.” BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil...*, op.cit., p. 2.858. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., et alii., *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, op.cit., p. 245. “[La propiedad] constituye la esfera de acción del dueño el poder más amplio jurídicamente sobre la cosa, y vale, por consiguiente, la caracterización general del dominio ahora trazada, siquiera aquella postulada plenitud tenga alcance muy distinto en cada supuesto, y se configure, así, una pluralidad de regímenes, que en absoluto es incompatible con la definición única del instituto de la propiedad.” DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de derecho civil*, 4ª ed., Codex, Madrid, 2011, p. 134.

Aun así, el tipo abstracto de la propiedad sigue definiéndose por sus notas de generalidad, exclusividad, perpetuidad, elasticidad, pues la idea de temporalidad del dominio es completamente ajena al tipo abstracto del derecho de propiedad que ha sido arrastrado a lo largo de la Codificación española e interiorizado por los particulares.

El tipo abstracto del derecho de propiedad, es decir, la propiedad entendida como un ámbito de uso, goce y apropiación de los bienes, es el que fue constitucionalizado en el Art. 33.1 CE, pues la doctrina mayoritaria coincide que el reconocimiento de dicho artículo es un reconocimiento institucional, sin que este posicionamiento sea incompatible con la diversificación del estatuto jurídico de la propiedad sobre los bienes, según los intereses merecedores de protección y, por tanto, incompatible con la idea de «propiedades».⁸¹⁸

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en las primeras sentencias que discutieron sobre el alcance del reconocimiento del Art. 33.1 CE.⁸¹⁹

Fruto de las anteriores reflexiones, puede decirse que el reconocimiento de la propiedad privada en el Art. 33.1 CE implica que los particulares pueden apropiarse una categoría de recursos (todo el suelo que sea urbano, o rústico...) y disfrutar de los mismos según el régimen jurídico que regula la forma de propiedad. Que esta apropiación sea perpetua implica que tal categoría de bienes siempre estará en manos de los particulares, salvo que en el futuro una ley determine la incorporación al dominio público de tal categoría de bienes porque en ellos subyace un interés público que es perseguido por el legislador, de acuerdo con la función social de la propiedad y con lo dispuesto en los Arts. 128.1 y 132 CE, o bien se produzca un caso de privación singular o expropiación forzosa, mediante la correspondiente indemnización (Art. 33.3 CE).

⁸¹⁸ LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, op. cit., p. 38-39. “No parece pensable que la garantía institucional se refiera a la propiedad privada con todas y cada una de sus manifestaciones singulares, pues ello equivaldría, entre otras cosas, a negar la posibilidad de concretas intervenciones ablatorias por parte de los poderes públicos, lo que es absurdo, consagrada la expropiación forzosa por la propia Constitución.” LASARTE ÁLVAREZ, C., *Propiedad y derechos reales de goce...*, op.cit., p. 43-45. ANGOSTO SÁEZ, J. F., *El ius aedificandi y el derecho de propiedad...*, op.cit., p. 70. COCA PAYERAS, M., *Tanteo y retracto, función social de la propiedad...*, op.cit., 269. CASTÁN TOBEÑAS, J., *La propiedad y sus problemas actuales...*, op.cit., p. 74-76.

⁸¹⁹ Vid. STC 111/1983, de 2 de diciembre [LA LEY 8327-JF/0000], STC 11/1981, de 28 de julio [LA LEY 6328-JF/0000]. “la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial definitivo, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”.

Una vez realizado, aunque sea sintéticamente, un repaso de evolución de la dogmática del derecho de propiedad que se ha tratado en el capítulo primero de esta Memoria doctoral, puede abordarse la cuestión sobre la afectación de la garantía del contenido esencial del derecho de propiedad por la propiedad temporal introducida en el Código civil de Cataluña.

El Art. 53.1 CE reconoce que solo por la ley, que en todo caso tendrá que respetar el contenido esencial de los derechos, podrá regularse el ejercicio de los derechos y de las libertades del Capítulo segundo del Título primero de la Constitución española de 1978. Por lo tanto, dicha garantía afecta al derecho a la propiedad privada que, como se ha visto, se reconoce en el Art. 33.1 CE. El Art. 53.1 CE solo menciona la garantía del contenido esencial de los derechos, por lo que ha sido el Tribunal Constitucional, el que ha llevado a cabo la tarea de determinar lo que se entiende por tal.⁸²⁰

En este sentido, la Sentencia 111/1981, de 11 de abril del Tribunal Constitucional dispuso lo siguiente para la determinación, en general, del contenido esencial de los derechos: *“Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el art. 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una*

⁸²⁰ Sobre la relación entre la garantía institucional de la propiedad privada y su contenido esencial, *vid.* COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad privada...*, *op.cit.*, p. 380-384. BAÑO LEÓN, J. M., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, en *REDC*, nº 24, 1988, p. 168-169. STC 32/1981, de 28 de julio [LA LEY 223/1981]. *“la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar.”*

*recognoscibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.”*⁸²¹

El párrafo transcrito conduce a la conclusión de que el contenido esencial del derecho de propiedad está formado por el tipo abstracto de este derecho que es preexistente al momento legislativo, es decir, al concepto abstracto que se tiene del derecho de propiedad que, como se ha visto, se trata de un derecho que permite a su titular las más amplias facultades de uso y de goce sobre la cosa de su propiedad, con la necesaria salvaguarda de los intereses públicos existentes y que se protegen por las leyes que regulan el estatuto jurídico de los bienes.⁸²²

En consecuencia, la idea de temporalidad del derecho de propiedad o, dicho de otro modo, la introducción en el Código civil de Cataluña de un nuevo tipo del derecho de propiedad basado en la revocación del dominio, no se ajusta al tipo abstracto del derecho de propiedad reconocido en el Art. 33.1 CE, de conformidad con los criterios que se establecieron en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/1981, de 8 de abril y, por lo tanto, podría cuestionarse la adecuación del nuevo tipo del derecho de propiedad del Código civil de Cataluña a la Constitución y a la doctrina del Tribunal

⁸²¹ STC 11/1981, de 8 de abril [LA LEY 6328-JF/0000]. STC 49/1988, de 22 de marzo [LA LEY 3669-JF/0000]. STC 198/2012, de 6 de noviembre [LA LEY 160139/2012]. Para el derecho de propiedad en particular, *vid.* STC 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987]. “*la dimensión social de la propiedad privada es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea, y por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión de restricciones o las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito*”.

⁸²² LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., *et. alii.*, *Derecho constitucional...*, *op.cit.*, p. 409-410. JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías...*, *op.cit.*, p. 72. Para este autor, la garantía del contenido esencial de los derechos significa la preservación de la tradición de la cultura jurídica. *Vid.* STC 341/1993, de 18 de noviembre [LA LEY 2272-TC/1993].

Constitucional sobre el contenido esencial de los derechos, pues el nuevo tipo del derecho de propiedad del Código civil de Cataluña se basa en la temporalidad del dominio y en la revocación del mismo, una vez se cumpla el plazo de duración del derecho del titular temporal.⁸²³

Es decir, el derecho de propiedad ha sido definido por sus notas de general, exclusivo, unívoco, elástico y perpetuo, lo que dificulta que un derecho de propiedad temporal sea *recognoscible* con el tipo abstracto del derecho de propiedad y, por lo tanto, no se ajuste a lo que generalmente se entiende un derecho de tal tipo.⁸²⁴

Además, la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, se pronunció a favor de que la perpetuidad forma parte de la configuración general del derecho de propiedad.⁸²⁵

⁸²³ COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad privada...*, op.cit., p. 363. “Para averiguar si un específico derecho encaja en el tipo abstracto dominical no ha de atenerse al mayor o menor número de facultades que puedan ser detraídas por el legislador, sino cuáles han sido sustraídas legislativamente. Es perfectamente posible que extrayendo un gran número de facultades dominicales no se atente en lo más mínimo a la identidad esencial de un específico derecho de propiedad; pero es igualmente factible que sustrayendo una sola de ellas se pueda considerar que el concreto derecho regulado legislativamente ya no es reflejo de la fisonomía dominical abstracta.”

⁸²⁴ COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad privada...*, op.cit., p. 363. “La constitucionalidad de las leyes que delimitan el contenido normal de la propiedad privada ha de apreciarse conforme a la imagen que generalmente se tenga de este derecho. Pero esta imagen necesariamente ha de ser la que se posea en el momento actual, tras ya largos años de vigencia de nuestra Norma Fundamental”.

⁸²⁵ STC 227/1988, de 29 de noviembre [LA LEY 2428/1988]. “En efecto, a diferencia del derecho de propiedad privada, no sujeto por esencia a límite temporal alguno conforme a su configuración jurídica general, es ajeno al contenido esencial de los derechos individuales sobre bienes de dominio público, garantizado indirectamente por la Constitución a través de la garantía expropiatoria, su condición de derechos a perpetuidad o por plazo superior al máximo que determine la ley.”

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas”, en *RAP*, nº 141, 1996, p. 139. En el Fundamento jurídico 11º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, se analiza si, la concesión de un período de 75 años para el aprovechamiento de las aguas del dominio público que, con anterioridad a la nueva regulación formaban parte del dominio privado, es una indemnización que haga legítimo el nuevo régimen. En este sentido, la sentencia declara que la perpetuidad del aprovechamiento de las aguas del dominio público es incompatible con los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad del dominio público que proclama el Art. 132.2 CE.

Por su parte, NASARRE AZNAR y SIMÓN MORENO⁸²⁶ optan por adoptar la teoría híbrida de los derechos fundamentales para ponderar los intereses en juego presentes en las propiedades temporal y compartida.

La teoría híbrida de los derechos fundamentales parte, básicamente de dos premisas. Por un lado, la imposibilidad de mantener la teoría absoluta de los derechos fundamentales por la petrificación de su contenido esencial, que se mantiene inalterable con el transcurso del tiempo y, por otro lado, la imposibilidad de mantener la teoría relativa del contenido de los derechos fundamentales porque, por la acción del poder legislativo y el principio de proporcionalidad, el contenido esencial de los derechos fundamentales quedaría a la libre disposición del legislador cuando otros intereses constitucionalmente protegibles justificaran la delimitación del contenido esencial de un derecho.⁸²⁷

Según aquellos autores, la teoría híbrida es la que permitiría explicar la salvaguarda de los intereses en juego de la propiedad temporal. Tomando como base esta teoría, consideran que el núcleo indisponible por el legislador y, por tanto, que configura el

⁸²⁶ NASARRE AZNAR, S., y SIMÓN MORENO, H., “Fraccionando el dominio”..., *op.cit.*, p. 3.094. “La adopción de esta teoría híbrida supone que hay que identificar el contenido esencial del derecho de propiedad, para después poder aplicar el principio de proporcionalidad. A nuestro entender, este contenido debería incluir como mínimo las facultades de uso, disfrute y disposición. Las razones son las siguientes:

a) *En primer lugar, estas facultades forman parte del interés jurídicamente protegible del derecho de propiedad y son las que permiten que este derecho sea reconocible.*”

⁸²⁷ GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, *op.cit.*, p. 272-274, 286. Se trataría de una teoría intermedia entre las teorías absoluta y relativa que se estudiaron en el primer capítulo de esta obra. “La teoría de un contenido esencial absoluto relativizado a través de los límites inmanentes parte de un supuesto de carácter absoluto consistente en no permitir en ningún caso que el legislador afecte el contenido esencial de un derecho fundamental. Sin embargo, se considera que pertenece también al interior conceptual de un derecho fundamental el que no pueda ser protegido cuando a través de su ejercicio se pueda poner en peligro el ejercicio de derechos fundamentales de terceras personas o bienes jurídicos necesarios para la estabilidad de la comunidad.” De esta forma, los límites inmanentes formarían parte del contenido esencial de un derecho fundamental y, por esta razón, el contenido esencial del derecho seguiría siendo infranqueable para el legislador. La teoría de los límites inmanentes de los derechos fundamentales despliega sus efectos a través de un juicio de ponderación de bienes, es decir, se ponderan los intereses que están en conflicto y los intereses de rango superior tienen preferencia sobre un derecho fundamental. Esta ponderación la realiza el Tribunal Constitucional.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., “Ámbito material de los derechos fundamentales”..., *op.cit.*, p. 89. Una vez descartada la teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales, este autor defiende otra aplicación del principio de proporcionalidad: “el principio de proporcionalidad resulta un instrumento idóneo para evaluar la idoneidad de las medidas que restrinjan el ámbito material de los derechos fundamentales. [...] la dimensión institucional de los derechos fundamentales conduce a sostener que serán inconstitucionales las limitaciones del ámbito material de los derechos fundamentales [...] si no respetan las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad.”

contenido esencial del derecho de propiedad, está formado únicamente por la facultades de “*uso, disfrute de disposición*”, mientras que la temporalidad y la exclusividad no se encontrarían en el núcleo esencial del derecho de propiedad y, en consecuencia, serían disponibles por el legislador.⁸²⁸

Considero que esta teoría parte del hecho de que en el Ordenamiento jurídico español existen instituciones que implican, por su propia dinámica y naturaleza, situaciones temporales del dominio como las que se han visto en el Capítulo tercero de esta Memoria doctoral pero, a mi modo de ver, no explica cómo a partir de una nueva forma de propiedad, como es la propiedad temporal, se sostenga que el derecho de propiedad no es perpetuo o tendencialmente perpetuo y, consecuentemente, que la perpetuidad del dominio es disponible por el legislador y que no forma parte de su contenido esencial.

Pero lo cierto es que la doctrina ha sostenido que el Tribunal Constitucional, en la sentencia 111/1981, de 8 de abril, consagró la teoría absoluta del contenido esencial de los derechos constitucionales, por lo que el respeto a esta garantía por la propiedad temporal del Código civil de Cataluña considero que debe juzgarse desde esta perspectiva, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional.

Lo que ha hecho el legislador de Cataluña ha sido institucionalizar, en paralelo a los tipos de este derecho del Art. 541-1 CCCat, un nuevo tipo del derecho de propiedad basado en la temporalidad y en la revocación del dominio que resulta *irrecognoscible* con el tipo abstracto del derecho de propiedad, que se define, entre otras, por la nota de la perpetuidad del dominio.

No obstante, podría llegarse a una conclusión diferente y *secundum constitutionem* para defender el encaje de la temporalidad del dominio respecto de la doctrina del contenido esencial del derecho de propiedad. El obstáculo de la *irrecognoscibilidad* de la temporalidad del dominio podría ser salvado si, de acuerdo con un atento examen de los

⁸²⁸ NASARRE AZNAR, S., y SIMÓN MORENO, H., “Fraccionando el dominio”..., *op.cit.*, p. 3.092-3.095. “En nuestra opinión, es cierto que la perpetuidad es una característica del dominio tal y como se configura en los Arts. 348 CC y 541-1 CCC (junto con su unidad, exclusividad, abstracción y elasticidad), pero esta noción de propiedad es una de las propiedades a las cuales hace referencia la STC 37/1987 cuando habla de plasticidad del dominio, que se manifiesta en la existencia de diversas propiedades o estatutos jurídicos diversos. Por lo tanto, si bien es cierto que el Art. 348 CC tenía un carácter cuasi-constitucional antes de la CE, ello no quiere decir que el legislador tenga que respetar hoy en día todas las facultades que caracterizan esa propiedad, es decir, en nuestra opinión solo ha de respetar el contenido esencial ex Arts. 33.1 y 53.1 CE.”

preceptos de la LPTPC, se considera que ésta no introduce un nuevo tipo del derecho de propiedad basado en la temporalidad y en la revocación del dominio. Es decir, del Art. 547-4.1 CCCat se deduce que la propiedad temporal necesariamente deriva o nace del tipo abstracto del derecho de propiedad que es perpetuo, y que la transmisión de la propiedad temporal solo implica un cambio en la titularidad del derecho: *“El titular del dret de propietat pot retenir la propietat temporal i transmetre la titularitat successiva a un tercer o a la inversa o transmetre ambdues.”*

De esta forma, el dominio del titular temporal no sería revocable sino que sería reversible y el pleno dominio revertiría a favor del titular sucesivo, que es el verdadero propietario del bien, una vez finalizado el plazo de duración de la titularidad temporal.

El artículo 547-4.1 CCCat permite afirmar, pues, que el derecho de propiedad temporal nace, necesariamente, del derecho de propiedad del propietario originario que se desprende de la mayor parte de las facultades dominicales para transmitir su derecho, por un plazo de tiempo determinado, a otro titular y, una vez vencido, el bien pasará a ser propiedad del titular sucesivo, con lo que el derecho de propiedad no se ha extinguido, sino que es el mismo en cabeza del titular ulterior.

Des de esta perspectiva, la propiedad temporal del Código civil de Cataluña no alteraría el contenido esencial del derecho de propiedad porque el derecho de propiedad sigue siendo perpetuo, pero, implica un cambio en la titularidad del mismo por un plazo de tiempo determinado para que luego siga en cabeza de los titulares ulteriores.

Considero que la propiedad temporal, configurada como un derecho real en cosa ajena y no como una nueva forma o régimen de propiedad, no afectaría a la garantía del contenido esencial del derecho de propiedad, toda vez que no se estaría institucionalizando un nuevo régimen del derecho de propiedad, sino que lo que habría creado el legislador de Cataluña es un derecho real en cosa ajena similar a los derechos reales de usufructo, superficie o enfiteusis que no afectaría la garantía institucional de la propiedad del Art. 33.1 CE y, por ende, la garantía del contenido esencial de los derechos constitucionales del Art. 53.1 CE. Como se ha visto en el examen de la naturaleza jurídica de la propiedad temporal, el propio Art. 547-4.1 CCCat permite sostener dicha configuración de la propiedad temporal, es decir, como si de tratara de un derecho real en cosa ajena que grava, temporalmente, el derecho de propiedad del propietario originario.

B) La función social y la propiedad temporal

Antes de entrar en el examen de la función social de la propiedad temporal, considero que es conveniente abordar en este epígrafe dicha cuestión, sobre todo, por la falta de previsión en la ley de un título constitutivo de la propiedad temporal, en virtud del cual se adquiriera un derecho de propiedad temporal y que, al finalizar el plazo de tiempo pactado, revierta a favor de ulteriores titulares.

Es decir, si el legislador de Cataluña hubiese previsto la constitución de la propiedad temporal en el correspondiente título, del mismo modo que se prevé en el Art. 556-4 CCCat respecto de la propiedad compartida, se descartaría que lo que ha hecho en realidad el legislador de Cataluña es crear un nuevo régimen de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, limitando sus efectos a lo pactado por las partes en el título constitutivo, toda vez que el Art. 547-2 CCCat permite que la propiedad temporal se adquiriera sobre los bienes muebles e inmuebles.

Así pues, des del examen constitucional de la propiedad temporal del Código civil de Cataluña, puede plantearse la función social que persigue el legislador con la creación de esta nueva forma del derecho de propiedad, es decir, el interés público que ha llevado al legislador de Cataluña a regular un nuevo tipo del derecho de propiedad basado en la temporalidad y en la reversión del dominio y, en ausencia de un título constitutivo, la creación de un nuevo régimen del derecho de propiedad.

El Art. 33.2 CE dice que las leyes, de acuerdo con la función social de la propiedad, delimitarán su contenido. Por lo tanto, la doctrina configuró la función social de la propiedad como un principio general del derecho que guía al legislador en la identificación del interés general para la consiguiente delimitación del contenido del derecho de propiedad, pero que, en ningún caso, dicha delimitación puede afectar el contenido esencial.⁸²⁹

⁸²⁹ MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, *op.cit.*, p. 196-197. “la propiedad no tiene un contenido apriorístico, sino que es un derecho diversificado cuyo contenido depende del interés público, de lo que exija en cada caso el principio de solidaridad, de las exigencias de la comunidad, todo lo que se expresa con la fórmula «función social de la propiedad», indicativa de una subordinación o dependencia de la colectividad.” LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 251-252. ANGOSTO SÁEZ, J. F., *El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano...*, *op.cit.*, p. 76. SÁNCHEZ CALERO, F. J., “Competencia de la Comunidad Autónoma andaluza en materia de propiedad”, en MORENO QUESADA, B. (Coord.),

Del mismo modo que sucede con la garantía del contenido esencial del Art. 53.1 CE, la Constitución española de 1978 tampoco proporciona un concepto de la misma, ni los modos para llegar a determinarla, ni las medidas que puede adoptar el legislador para desarrollarla, con lo que ha tenido que ser el Tribunal Constitucional el que determine el alcance de la función social de la propiedad.

Como no podía ser de otra forma, el Tribunal Constitucional impone al legislador el deber de identificar el interés público que debe salvaguardarse al regular el estatuto jurídico de los bienes y, por ende, al crearse por la ley un nuevo régimen de la propiedad que, junto con la realización del interés del propietario, éste satisfaga el interés general perseguido por la ley.⁸³⁰

El reconocimiento del derecho a la propiedad privada del Art. 33.1 CE es un reconocimiento institucional del tipo abstracto del derecho de propiedad, entendido como un ámbito de libertad en el uso, goce y disfrute de los bienes de conformidad con todos los deberes y obligaciones que el Ordenamiento jurídico impone al propietario y que, en virtud de la función social, se ha diversificado dicha institución en una pluralidad de estatutos jurídicos sobre los bienes según el interés público perseguido por el legislador.⁸³¹

Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas, Tecnos, Madrid, 1989, p. 56-58. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, op. cit., p. 70-71.

⁸³⁰ APARICIO PÉREZ, M. A., y BARCELÓ SERRAMALERA, M., *Manual de Derecho Constitucional...*, op.cit., p. 737. “La determinación del contenido del derecho de acuerdo con su función en el conjunto de la sociedad permite incorporar al mismo intereses sociales generales [...], estableciendo el régimen jurídico de cada tipo de bienes y respetando las limitaciones constitucionales al respecto.” LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., et. alii., *Derecho constitucional...*, op.cit., p. 378. “El perfil de la propiedad aparece adicionalmente relativizado a la luz de una interpretación, [...], que disuelve la unidad de la misma de esta institución, substituyéndola por un pluralismo de propiedades o de «estatutos propietarios». Este punto de vista responde a la creciente diversificación del régimen legal de la propiedad, según la naturaleza de los bienes [...] sobre los que recae. Su diferente función social justificaría, en efecto, el establecimiento de catálogos específicos de cargas y deberes, integrantes de los diversos «estatutos propietarios».

Vid. STC 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987]. “la función social de la propiedad, determinada de acuerdo con las leyes, presupone la identificación de los fines de interés general que, sin perjuicio de la utilidad individual de su titular, están llamados a satisfacer los bienes objeto del dominio privado”.

⁸³¹ STC 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987]. “la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De

En este sentido, pueden leerse los preámbulos de las leyes que configuraron nuevos regímenes del derecho de propiedad para darse cuenta de que lo que mueve al legislador a crear nuevas formas del derecho de propiedad es el interés público que subyace en una determinada categoría de bienes.⁸³²

Para el caso concreto de la propiedad temporal del Código civil de Cataluña, parece que del preámbulo de la LPTPC se desprende que lo persigue el legislador es facilitar, principalmente, el acceso a la vivienda en Cataluña: *“La introducció d’aquestes modalitats de domini obeeix, principalment, al propòsit d’aportar solucions al problema de l’accés a la propietat de l’habitatge, tot flexibilitzant les vies d’adquisició, oferint fórmules que permetin abaratir o minorar els costos econòmics i respectant la naturalesa jurídica del dret de propietat, de conformitat amb la tradició jurídica pròpia. Aquesta finalitat fa que siguin els béns immobles llur objecte principal, la qual cosa no implica que no s’estengui també a determinats béns mobles, en concret als que siguin duradors i no fungibles i es puguin registrar, és a dir que siguin identificables. L’habitatge és una necessitat bàsica de la persona, a la qual els poders públics han de respondre creant les condicions adequades i aprovant les normes pertinents per a garantir-hi l’accés.”*⁸³³

Pero lo cierto es que la función social que podría perseguir el legislador de Cataluña, ésta es facilitar el acceso a la vivienda, queda desdibujada cuando en el mismo preámbulo y en el Art. 547-2 CCCat permite que pueda transmitirse una propiedad

ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae.”

⁸³² A título de ejemplo, vid. Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas [LA LEY 2060/1985]. *“Consideradas, pues, como recurso, no cabe distinguir entre aguas superficiales y subterráneas. Unas y otras se encuentran íntimamente relacionadas, presentan una identidad de naturaleza y función y, en su conjunto, deben estar subordinadas al interés general y puestas al servicio de la nación. [...] Todas estas peculiaridades, indiscutibles desde el punto de vista científico y recogidas en su doctrina por organismos e instancias internacionales, implican la necesidad de que los instrumentos jurídicos, regulen, actualizadas, las instituciones necesarias, sobre la base de la imprescindible planificación hidrológica y el reconocimiento, para el recurso, de una sola calificación jurídica, como bien de dominio público estatal, a fin de garantizar en todo caso su tratamiento unitario, cualquiera que sea su origen inmediato, superficial o subterráneo.”*

⁸³³ Llei 19/2015, del 29 de juliol, d’incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. DOGC nº 6927, de 4 d’agost de 2015.

temporal sobre un bien mueble no fungible y que pueda inscribirse en el correspondiente registro público.⁸³⁴

Por lo tanto, la función social que podría perseguir el legislador de Cataluña queda desnaturalizada cuando permite que pueda transmitirse una propiedad temporal sobre un bien mueble, puesto que no son un tipo de bienes cuya función social sea servir, principalmente, de vivienda a los particulares.

Considero que el legislador de Cataluña podría haber concretado el objeto de la propiedad temporal a los bienes inmuebles destinados a vivienda y, de esta forma, definir los derechos y los deberes que se imponen a los propietarios de viviendas para la consecución del interés público perseguido.⁸³⁵ Pero no solo los deberes que se podrían imponer, por ejemplo, a particulares que tengan viviendas vacías para que las pongan en el mercado o a cualquier propietario de un inmueble, sino también deberes a otros operadores, como las entidades de crédito, que tienen un gran volumen de viviendas que podrían ser objeto de una propiedad temporal y, así, cumplir con el interés perseguido por el legislador de favorecer el acceso a la vivienda a través de nuevas tenencias.

El legislador de Cataluña, tal y como ha regulado la propiedad temporal, se limita a institucionalizar un nuevo tipo del derecho de propiedad, paralelo al tipo del Art. 541-1 CCCat, basado en la temporalidad y en la reversión del dominio, pero que, a diferencia de la forma de proceder por el legislador en otras leyes especiales que regulan el estatuto jurídico de los propietarios de una determinada categoría de bienes, la LPTPC

⁸³⁴ LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., *et. alii.*, *Derecho constitucional...*, *op.cit.*, p. 381. “*si la función social difiere según la naturaleza de los bienes, determinando una pluralidad de «estatutos propietarios», habrá que aceptar también una variedad correspondiente de «contenidos esenciales». [...] Este contenido esencial sería susceptible de modulaciones en el caso de categorías determinadas de bienes, por su función social, pero tendría la virtualidad de impedir una concepción general de la propiedad degradada en sus facultades dominicales.*”

⁸³⁵ MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, *op.cit.*, p. 184-185. COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad privada...*, *op.cit.*, p. 361. “*Siendo ello así, el contenido normal de la propiedad privada se podría disponer aproximadamente de la siguiente manera: 1. Facultades cuyo ejercicio queda supeditado a la libre voluntad del propietario; 2. Facultades cuyo ejercicio queda condicionado al cumplimiento por parte del propietario de determinadas exigencias o requisitos; 3. Facultades cuyo ejercicio deviene obligado para el propietario, por así exigírselo una ley determinada que concreta la función social; 4. Facultades cuyo ejercicio se impide durante determinado tiempo; 5. Y finalmente, facultades cuyo ejercicio no se reconoce al titular dominical.*”

no impone deberes a los titulares temporal y sucesivo para la consecución del interés público perseguido por el legislador de Cataluña de facilitar el acceso a la vivienda.

Es decir, no se imponen deberes ni obligaciones ni se reconocen derechos a los propietarios de los bienes que menciona el Art. 547-2 CCCat, que sería la traducción legislativa de la función social que ha movido al legislador a crear nuevas tenencias para facilitar el acceso a la vivienda basadas en la temporalidad del dominio.

Por el contrario, el Código civil de Cataluña regula los aspectos más básicos de la figura. Es decir, el objeto, el régimen jurídico aplicable, el estatuto jurídico de los propietarios y la extinción de la misma, pero no hay una correlación entre dicha regulación con el interés del legislador de facilitar el acceso a la vivienda. La regulación es, por así decirlo, genérica, supuestamente porque el Art. 547-2 CCCat dice que puede constituirse una propiedad temporal sobre un bien mueble.

Esta opción de política legislativa de no limitar la propiedad temporal a los bienes inmuebles, implica que no se definan por la ley las medidas que el legislador de Cataluña va a adoptar para facilitar el acceso a la vivienda, pues del preámbulo de la LPTPC se desprende que éste es el interés del legislador. De esta forma hubiera sido deseable que la ley identificara la categoría de bienes sobre los cuales puede constituirse una propiedad temporal para delimitar, así, el estatuto jurídico de dichos bienes y el de sus titulares, de acuerdo con la función social de la propiedad.

Según NASARRE AZNAR y SIMÓN MORENO⁸³⁶, la propiedad temporal es una de las propiedades que la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo, alude cuando dice que: *“Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas*

⁸³⁶ NASARRE AZNAR, S., y SIMÓN MORENO, H., “Fraccionando el dominio”..., *op.cit.*, p. 3.104-3.105.

*de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae.”*⁸³⁷

Por tanto, y de conformidad con la propia doctrina del Tribunal Constitucional que citan los autores, si se considera que la LPTPC introduce en el Código civil de Cataluña un nuevo tipo del derecho de propiedad basado en la temporalidad y en la reversión del dominio y un nuevo régimen de la propiedad sobre los bienes muebles e inmuebles, tendría que determinar los deberes y los derechos de los diferentes operadores jurídicos si, como dice el preámbulo de la LPTPC, la función social que mueve al legislador de Cataluña es facilitar el acceso a la vivienda, pero, como ya se ha expuesto, dicha función social no está clara porque el Art. 547-2 CCCat permite que se transmita una propiedad temporal sobre un bien mueble y, por tanto, no se crea un nuevo régimen del derecho de propiedad que regula un nuevo estatuto jurídico para una categoría determinada de bienes.

Esto conduce a la conclusión que la propiedad temporal, configurada como un nuevo tipo del derecho de propiedad, implica un mero cambio en la titularidad del derecho de propiedad una vez cumplido el plazo de duración del derecho del titular temporal y, en ausencia de una regulación del estatuto jurídico de los titulares, de acuerdo con la función social de la propiedad, la propiedad temporal no implica la creación de un nuevo régimen del derecho de propiedad sobre los bienes muebles e inmuebles que afecte a la garantía del contenido esencial del derecho de propiedad y a su función social.

A la misma conclusión podría llegarse si se configura la propiedad temporal como un derecho real en cosa ajena que grava la propiedad perpetua del titular sucesivo, toda vez que, como cualquier otro derecho real, no lleva aparejado un régimen especial de la propiedad y, en consecuencia, la necesaria traducción legislativa de la función social de la propiedad en la regulación del estatuto jurídico de los titulares a través de un reconocimiento de derechos a los titulares y a través de la imposición de un conjunto de deberes y de obligaciones para la realización de la función social.

⁸³⁷ STC 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987].

1.8.2.El título competencial y crítica de las posibilidades de introducción de la propiedad temporal en el Código civil de Cataluña

Además del respeto al contenido esencial del derecho a la propiedad privada y de su función social, otro punto conflictivo de la propiedad temporal es el título competencial en virtud del cual el legislador de Cataluña puede regular las nuevas formas de propiedad introducidas en el Código civil de Cataluña.

A continuación se estudia el alcance de los diferentes títulos competenciales que podrían habilitar al legislador de Cataluña para legislar sobre nuevos tipos del derecho de propiedad.

A) La reforma del Código civil de Cataluña. El marco competencial del Art. 149.1.8ª CE en materia de desarrollo del Derecho civil.

El legislador de Cataluña ha optado por introducir la regulación de la propiedad temporal en el Código civil de Cataluña, de conformidad con el título competencial del Art. 149.1.8ª CE en materia de desarrollo del Derecho civil.

Antes de valorar si puede sostenerse la constitucionalidad de la propiedad temporal por la vía del Art. 129 EAC, que atribuye al legislador de Cataluña competencia exclusiva en materia de Derecho civil, excepto las materias que el Art. 149.1.8ª CE reserva al Estado, es necesario exponer la doctrina que abordó el debate sobre los límites de las comunidades autónomas para desarrollar sus instituciones del Derecho civil.

En este sentido, varias son las teorías que propuso la doctrina para determinar el sentido del precepto constitucional sobre la expresión “*conservación, modificación y desarrollo*” que aparece en el mencionado precepto para salvaguardar los derechos forales compilados por los distintos legisladores autonómicos en el momento de la promulgación de la Constitución española de 1978.⁸³⁸

⁸³⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Las competencias de las comunidades autónomas en materia de Derecho civil”, en *Primer congreso de Derecho vasco: la actualización del Derecho civil*, Herri-arduralaritzaren eskal erakundea. Instituto vasco de Administración pública, Oñati, 1983, p. 82-87. Básicamente el autor distingue entre cuatro corrientes doctrinales: Para un primer sector doctrinal, los derechos forales se identifican con el contenido de las compilaciones y su desarrollo se limita a aquellas instituciones que son objeto de regulación en dichas compilaciones. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1980, p. 104-107. “*el desenvolvimiento de los Derechos forales ha de ceñirse a los supuestos institucionales [...] tradicionalmente característicos de los respectivos territorios y divergentes*

[...]. *Propugnar, por consiguiente, que el desarrollo de los Derechos forales no ha de atender a su estado actual, a los supuestos institucionales regulados en las Compilaciones [...], entiendo que supone una alteración gravemente perturbadora del propio precepto constitucional, en cuanto manipulación del planteamiento historicista en el que se asienta la misma Constitución.*” LASARTE ÁLVAREZ, C., “Art. 149.1.2ª, 6ª, 8ª y 9ª: Materias reservadas a la competencia del Estado”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. XI, EDERSA, Madrid, 1999, p. 218. Posteriormente el autor se desmarca de tal clasificación. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., “Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil”, en MORENO QUESADA, B. (Coord.), *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 20-21. Para DÍEZ-PICAZO “*el desarrollo tiene su límite en el conjunto institucional al que el Derecho foral se refiere, y que, en puridad, no hay desarrollo del Derecho foral si se regulan materias que nunca estuvieron regidas por el Derecho foral o que no lo estaban en el momento de ponerse en vigor la Constitución.*” LÓPEZ JACOISTE, J. J., “Constitucionalismo y Codificación Civil”, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (Coord.), *Lecturas sobre la Constitución española*, t. II, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1978, p. 602-603.

Otros identifican el desarrollo de los derechos civiles forales con la totalidad del Derecho civil de una comunidad autónoma, con independencia de cuál sea el origen, pero respetando las competencias que el Art. 149.1.8ª CE reserva al Estado.

PUIG FERRIOL, LL., ROCA TRIAS, E., *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, t. I, Bosch, Barcelona, 1984, p. 150. “*se puede decir que el Estado tendrá competencias exclusivas sobre aquellas submaterias claramente especificadas en el art. 149-1, 8 CE y las Comunidades autónomas y el Estado compartirán la legislación sobre las demás materias no excluidas expresamente de la competencia de las Comunidades autónomas, las submaterias enunciadas en numerus clausus en el art. 149-1, 8 segunda parte.*”

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Mª. P., *Bases de las obligaciones contractuales en la Constitución*. Artículo 149.1.8ª CE, Trivium, Madrid, 1991, p. 19. “*En nuestra opinión, los términos «conservación, modificación y desarrollo» implican que una Comunidad Autónoma que tenga Derecho foral vigente en el momento de entrada en vigor de la Constitución, podrá legislar sobre todo el Derecho civil.*”

Por último, existe una tercera corriente doctrinal que distingue entre el Derecho foral actual y el que puede ser en el futuro. El Derecho civil que pueden desarrollar las comunidades autónomas no se identifica con el contenido de las compilaciones de Derecho foral, sino que las competencias de las mismas no tienen más límites que los derivados de sus principios informadores.

CORBACHO GÓMEZ, J. A., “Los derechos civiles forales o especiales tras la Constitución de 1978”, en *Anales de Derecho*, nº 7, 1985, p. 13. “*El Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos Civiles territoriales en la Constitución, celebrado en Zaragoza en 1981, aprobó como conclusión sobre este punto que la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas no se restringe, en modo alguno, a la situación actual de las Compilaciones vigentes, lo que sería contradictorio con la idea misma de legislación: legislar supone innovar. Los Derechos Civiles forales o especiales constituyen cada uno un sistema del que la correspondiente legislación, e incluso la histórica, no es sino una expresión parcial, informado por principios peculiares que le proporcionan posibilidades de autointegración. Hasta donde lleguen estos principios informadores, llega la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas.*”

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Las competencias de las comunidades autónomas en materia de Derecho civil”..., *op.cit.*, p. 95. El propio autor se ubica cerca de los postulados de la corriente doctrinal defendida por JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA: “*Para mí, el condicionamiento de los principios generales (la continuidad con respecto a los mismos) existe con respecto a la actualización que consiste en desarrollar, pero no cuando se trata de cambio (es decir, de alteración del contenido actual de las Compilaciones). Tampoco creo que se pueda actualizar el Derecho que haya quedado derogado. Finalmente, de acuerdo con los presupuestos enumerados, creo que el desarrollo de los Derechos civiles, forales o especiales, será en principio indefinido, pero no ilimitado, incluso con respecto a aquéllos que tengan mayor fuerza expansiva como consecuencia de la riqueza de su punto de partida actual.*” LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil I: Introducción*, v. I, Dykinson, Madrid, 1982, p. 113. Estos autores consideran que no es posible

Sobre este punto, varias son las conclusiones a las que se puede llegar sobre lo dicho por el Tribunal Constitucional sobre la interpretación del término “desarrollo” del Art. 149.1.8ª CE en las sentencias 121/1992, de 28 de septiembre, la sentencia 88/1993, de 12 de marzo, la sentencia 156/1993, de 6 de mayo⁸³⁹ y, por último sentencia 31/2010, de 28 de junio.⁸⁴⁰

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha tratado, por un lado, de impedir que los derechos forales de las Comunidades Autónomas no se puedan desarrollar y evitar, de esta manera, la petrificación de su Derecho civil propio.⁸⁴¹ Pero,

que el término desarrollo implique una expansión arbitraria de los derechos forales sin tener en consideración sus principios informadores, pero tampoco puede limitarse el desarrollo de los derechos forales al contenido de las compilaciones forales.

⁸³⁹ STC 88/1993, de 12 de marzo [LA LEY 2157-TC/1993]. STC 156/1993, de 6 de mayo [LA LEY 2217-TC/1993]. STC 121/1992, de 28 de septiembre [LA LEY 2003-TC/1992].

LÓPEZ LÓPEZ, A. M., “El derecho de propiedad: perspectivas para una reconstrucción técnica y su inserción en las competencias autonómicas”..., *op.cit.*, p. 284-292. Para LÓPEZ LÓPEZ el término “desarrollo” no quiere decir que se faculte a las Comunidades Autónomas para elaborar una legislación civil autonómica paralela a la del Código civil: “*Creemos que esta solución viene avalada por lo que, a nuestro juicio, quiso realmente el constituyente al establecer como competencia exclusiva del Estado la «legislación civil»: evitar la producción de una suerte de codificación civil autonómica, o de legislación civil autonómica paralela a la legislación civil complementaria del Código, pero en ningún caso impedir la acomodación sectorial de la disciplina al ejercicio de competencias autonómicas [...] No creemos que se pueda dar el salto lógico de que la existencia de Derecho foral justifica una expansión de la legislación civil en todas las direcciones de las atribuciones asumidas estatutariamente*”.

⁸⁴⁰ STC 31/2010, de 28 de junio [LA LEY 93288/2010]. “*En definitiva, el art. 129 EAC no se refiere, ni podría hacerlo, a la totalidad del Derecho civil español, sino solo al Derecho civil privativo de Cataluña, respecto del que la Generalitat puede perfectamente ostentar una competencia exclusiva que tenga por objeto la conservación, modificación y desarrollo de ese Derecho, en los términos establecidos en nuestra doctrina, y en la que se comprenda la determinación de su propio sistema de fuentes. Determinación que, como función normativa, solo puede tener el alcance que es propio de las funciones de “conservación, modificación y desarrollo” del Derecho civil existente en Cataluña al constituirse ésta en Comunidad Autónoma, que son las que constitucionalmente le reconoce y garantiza el art. 149.1.8 CE. Sistema privativo de Derecho civil, por tanto, que el legislador del Estado debe respetar al ejercer su competencia exclusiva para la determinación de las fuentes del Derecho en su integridad y para el conjunto del Estado, esto es, articulando en un sistema general los diferentes sistemas normativos vigentes en el ámbito civil por razón de la especialidad o foralidad, “allí donde existan” (art. 149.1.8 CE).*”

⁸⁴¹ STC 88/1993, de 12 de marzo [LA LEY 2157-TC/1993]. “*El concepto constitucional (art. 149.1.8) y estatutario (art. 35.1.4 E.A.A.) de «desarrollo» del propio Derecho civil, especial o foral, debe ser identificado a partir de la ratio de la garantía autonómica de la foralidad civil que establece [...] aquel precepto de la Norma fundamental. La Constitución permite, así, que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de «conservación» y «modificación», sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no solo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos*

por otro lado, el Tribunal Constitucional ha reconocido que esta competencia no es ilimitada y que el enunciado del Art. 149.1.8ª CE es, a la vez, el que establece las limitaciones de esta competencia de desarrollo del Derecho civil foral.⁸⁴²

Para conciliar ambas posiciones, el Tribunal Constitucional adoptó la teoría de la conexidad,⁸⁴³ es decir, “*El Tribunal Constitucional considera pues que la introducción*

preconstitucionales. Ese crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención, como vimos, a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (art. 137 C.E.) de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados Derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios. El término «allí donde existan» a que se refiere el art. 149.1.8 C.E, al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas.

Sin duda que la noción constitucional de «desarrollo» permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de «modificación». El «desarrollo» de los Derechos civiles forales o especiales anuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento.”

⁸⁴² STC 88/1993, de 12 de marzo [LA LEY 2157-TC/1993]. “*Ya en el ámbito de lo dispuesto en el art. 149.1.8 C.E. es aún necesario realizar otra puntualización a propósito de determinado argumento expuesto por las representaciones de la Comunidad Autónoma, según el cual la reserva «en todo caso» al Estado, por aquel precepto, de determinadas regulaciones vendría a suponer, a contrario, la permisión para las Comunidades Autónomas de desplegar sus competencias estatutarias para el «desarrollo» del Derecho Civil, foral o especial, en todo el campo no cubierto por aquellas específicas reservas, por ajena que fuera la legislación a introducir al ámbito regulado, cuando entró en vigor la Constitución, por el respectivo Derecho Civil. Esta interpretación de lo dispuesto en el art. 149.1.8 no puede ser, sin embargo, compartida por el Tribunal.*

El citado precepto constitucional, tras atribuir al Estado competencia exclusiva sobre la «legislación civil», introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política, garantía que no se cifra, pues, en la intangibilidad o supralegalidad de los Derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquéllos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su «conservación, modificación y desarrollo». Son estos los conceptos que dan positivamente la medida y el límite primero de las competencias así atribuibles y ejercitables y con arreglo a los que habrá que apreciar --como después haremos-- la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas en tal ámbito dictadas por el Legislador autonómico. La ulterior reserva al Estado, por el mismo art. 149.1.8, de determinadas regulaciones «en todo caso» sustraídas a la normación autonómica no puede ser vista, en coherencia con ello, como norma competencial de primer grado que deslinde aquí los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y que pueden asumir ciertas Comunidades Autónomas, pues a aquél --vale reiterar-- la Constitución le atribuye ya la «legislación civil», sin más posible excepción que la «conservación, modificación y desarrollo» autonómico del Derecho civil especial o foral. El sentido de esta, por así decir, segunda reserva competencial en favor del Legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno, ello sin perjuicio, claro está, de lo que en el último inciso del art. 149.1.8 se dispone en orden a la determinación de las fuentes del Derecho.”

de la palabra desarrollo en el Art. 149.1.8 CE autoriza a las Comunidades Autónomas que han asumido la competencia correspondiente no solo a modificar la regulación de las instituciones ya contenidas en las normas de su Derecho civil propio vigente en el momento de la promulgación de la Constitución, sino también a regular ex novo otras figuras o instituciones no reguladas en las mencionadas normas, pero no de forma ilimitada, sino únicamente con respecto a figuras conexas con las ya reguladas, siempre que la actualización de su Derecho civil propio lo requiera, y en consecuencia con los principios informadores del mismo. Se trata pues de que las Comunidades Autónomas en cuestión puedan actualizar sus respectivos Derechos civiles de acuerdo con sus propios principios generales, extendiéndose, si ello es necesario, a materias conexas con las ya reguladas.”⁸⁴⁴

De acuerdo con la interpretación que ha hecho el Tribunal Constitucional sobre la noción de “desarrollo” del Art. 149.1.8ª CE y sus límites, el debate sobre esta cuestión se centra en determinar si la propiedad temporal constituye un desarrollo del derecho de propiedad que el Código civil de Cataluña regula en el Título IV del Libro V que pueda hacerse con base en el título competencial del Art. 129 EAC, sin perjuicio de lo que se ha dicho sobre los límites de la competencia en materia de legislación civil de las Comunidades Autónomas del Art. 149.1.8ª CE.

Ciertamente, la doctrina del Tribunal Constitucional ha tratado de conciliar las teorías opuestas sobre el sentido del término *desarrollo* del Art. 149.1.8ª CE, pues entiende que los derechos civiles de las comunidades autónomas tienen la virtualidad de expandirse hacia el futuro y regular aspectos no normados hasta el momento, pues de lo contrario no se entendería el término “desarrollo” si lo único que fuera admisible fuera la

⁸⁴³ STC 88/1993, de 12 de marzo [LA LEY 2157-TC/1993]. “Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.

Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada ratione materiae dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 C.E. (LA LEY 2500/1978), por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar.”

⁸⁴⁴ BERCOVTZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, en *Derecho privado y Constitución*, nº 1, 1993, p. 58.

“modificación” de las instituciones forales, pero, aun así, dicho desarrollo no es ilimitado y está limitado por el propio Art. 149.1.8ª CE y por la garantía de foralidad.

Teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el desarrollo de los derechos forales, cabe plantearse si la introducción del factor tiempo en una nueva forma de propiedad del Código civil de Cataluña constituye un aspecto tan substancial que no pueda ampararse dentro del concepto *desarrollo* del Derecho civil foral que la Constitución española reconoce al legislador de Cataluña y que éste ha asumido en el Art. 129 EAC.

Considero que para hacer el juicio anterior debe tenerse en cuenta otro factor que es la propia consideración que se tenga de la propia propiedad temporal. Es decir, si se trata de una nueva forma de propiedad creada “*ex novo*” que no tiene ninguna conexión con el desarrollo del derecho de propiedad contemplado en el Art. 541-1 CCCat o si se trata, por otro lado, de un desarrollo que puede tener alguna conexión con los principios informadores del Derecho civil de Cataluña o con otra institución recogida en el Código civil de Cataluña.⁸⁴⁵

El criterio de la conexidad adoptado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 88/1993, de 12 de marzo tampoco estuvo al margen de las críticas, pues en la propia sentencia tuvo votos particulares de dos magistrados expresando sus dudas sobre el criterio seguido por la sentencia, toda vez que la “conexión” puede ser mediata o inmediata.⁸⁴⁶

Si bien la Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1993, de 12 de marzo establece el criterio de la conexión, ésta no se pronuncia sobre el alcance mediato o inmediato de la

⁸⁴⁵ BERCOVTZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”..., *op.cit.*, p. 59. “*Queda pues claro que para el Tribunal la competencia sobre el desarrollo del propio Derecho civil permite al legislador autonómico legislar sobre nuevas materias o instituciones. Permite pues el crecimiento de ese Derecho civil, especial o foral, pero no ilimitadamente, sino únicamente con respecto a instituciones o materias conexas de las ya reguladas, y siempre que ello responda a una actualización acorde con sus principios generales o inspiradores.*”

⁸⁴⁶ STC 88/1993, de 12 de marzo [LA LEY 2157-TC/1993]. “*Este criterio de proximidad en los contenidos entre el nuevo Derecho Civil y el ya existente no va acompañado de otras precisiones y, por tanto, aun poseyendo una evidente flexibilidad, deja abiertas no pocas interrogantes. Entre ellas, si la proximidad de la materia regulada con la legislación de desarrollo del Derecho Civil debe ser inmediata o también puede ser mucho más remota.*”

citada conexión. BERCOTITZ RODRÍGUEZ-CANO⁸⁴⁷ se decanta por una conexión inmediata vinculada a la historicidad de las instituciones del Derecho civil foral, criterio que también parece inducir el voto particular del magistrado González Campos.⁸⁴⁸

En consecuencia, aplicando el criterio de la conexidad y de la historicidad del derecho foral, cabe preguntarse si la propiedad temporal introducida en el Código civil de Cataluña sigue los principios inspiradores del Derecho civil de Cataluña y si existe alguna institución histórica catalana que pivote sobre la temporalidad del dominio para respetar el marco competencial del Art. 149.1.8ª CE.

El preámbulo de la LPTPC⁸⁴⁹ menciona a la *compravenda a carta de gràcia* como un contrato con eficacia real en virtud del cual el vendedor transmite la propiedad de la cosa al comprador, pero tiene el derecho de redimir o de recuperar la propiedad de la cosa vendida en un plazo de 30 años en el caso de un bien inmueble o de seis años en el caso de un bien mueble.⁸⁵⁰

⁸⁴⁷ BERCOVTZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”..., *op.cit.*, p. 60.

⁸⁴⁸ STC 88/1993, de 12 de marzo [LA LEY 2157-TC/1993]. “*De otra parte es de observar que las referencias al dato histórico para establecer el contenido del Derecho Civil no son acogidas en el fundamento jurídico 2. de la Sentencia, pese a que el tema merecía un más detenido análisis, por las raíces históricas de los Derechos civiles coexistentes en España y su evolución desde la Modernidad y, en particular, a lo largo del siglo XIX. Pero en atención a estos datos precisamente cabe preguntarse si la conexión o proximidad solo puede establecerse respecto al Derecho civil, foral o especial, existente en el momento de entrar en vigor la Constitución o también en relación con el contenido de su Derecho histórico.*” BERCOTITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”..., *op.cit.*, p. 60. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española...*, *op.cit.*, p. 106-107. LASARTE defiende el desarrollo de los derechos forales tomando en consideración las raíces históricas de aquéllos: “*en la existencia no ya solo de sistemas normativos diversificados, sino fundamentalmente en el mantenimiento de estructuras familiares y socioeconómicas*”. Sobre el desarrollo de los derechos forales vinculado a las estructuras familiares y socioeconómicas, *vid.* LÓPEZ JACOISTE, J. J., “Los principios generales en la codificación foral”, en *RCDI*, nº 454, 1966, p. 633-637.

⁸⁴⁹ Llei 19/2015, del 29 de juliol, d'incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. DOGC nº 6927, de 4 d'agost de 2015. “*D'altra banda, la propietat temporal que es crea per contracte s'emparenta amb clàusules típiques amb eficàcia real, com ara la de recuperació de la propietat en la compravenda a carta de gràcia, que comporta la creació del dret de redimir (articles 326 a 328 de la Compilació del dret civil de Catalunya).*”

⁸⁵⁰ El contrato de compraventa a carta de gracia aparecía regulado entre los Arts. 326 y 328 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña.

La doctrina ha afirmado que el contrato de compraventa a carta de gracia no es un contrato de compraventa normal, sino que en la misma estructura del contrato existe una cláusula resolutoria que configura un contrato con su propia naturaleza jurídica.⁸⁵¹

Constituye un elemento esencial de este contrato el derecho de redención de la propiedad transferida al comprador. Es decir, la condición resolutoria que significa el derecho de redención no es una condición voluntaria, toda vez que es un elemento esencial y definitorio del contrato de compraventa a carta de gracia que le da una

Art. 326 CDC: 1. “*En la venda a carta de gràcia el venedor es reserva el dret de redimir o recuperar la cosa venuda, per un preu determinat, durant un termini màxim de trenta anys, si és immoble, o de sis anys, si és moble. En el cas d'immobles, el termini del dret de redimir es pot fixar per la vida d'una o de dues persones determinades existents en el moment d'ésser subscrit el contracte. Per excepció, si el venedor o els seus successors ocupen la finca venuda amb carta de gràcia o la detenen per qualsevol títol, el dret de redimir no caduca pel simple transcurs del termini pactat i cal un requeriment especial, amb fixació d'un nou termini improrrogable, que no pot ésser inferior a tres mesos.*” CORBELLA PASCUAL, A., *Manual de Derecho Civil catalán...*, op.cit., p. 561. Los orígenes de la compraventa a carta de gracia se remontan al siglo XI, pues consta una ley del año 1.210 que se refería a ella y un documento de noviembre de 1.154. se había considerado que el derecho de redimir era imprescriptible cuando no mediaba un plazo para ejercitarlo, pero en general se aplicaba el plazo de prescripción de 30 años. DE BACARDI JANER, A., *Manual de Derecho Civil vigente en Cataluña...*, op.cit., p. 489. DURAN I BAS, M., *Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña...*, op.cit., p.149-156. BROCA MONTAGUT, G., y AMELL LLOPIS, J., *Instituciones del Derecho civil catalán vigente*, t. II, 2ª ed., Imprenta barcelonesa, 1886, p. 180. Sobre la finalidad que perseguía la compraventa a carta de gracia, vid. CASALS COLLDECARRERA, M., *El Pacto de Retro y La Carta de Gracia*, Bosch, Barcelona, 1943, p. 45-57.

⁸⁵¹ PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Institucions del Dret civil de Catalunya. Introducció i part general. Obligacions i contractes. Drets reals*, v. I, 5ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 151. La condición resolutoria actúa como *iuxta causa traditionis*.

DEL POZO CARRASCOSA, P., *La venda a carta de gràcia en el dret civil de Catalunya*, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, Barcelona, 1993, p. 285. Para este autor no puede hablarse de propiedad resoluble: “*Hem de parlar simplement d'una propietat gravada amb un dret real d'adquisició.*” DURAN I BAS, M., *Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña...*, op.cit., p. 149. Sobre la naturaleza jurídica la doctrina clásica catalana había sostenido que se trataba de un préstamo con prenda, “*sobre la cual el poseedor ejerce los derechos de dominio con carácter revocable*”. YSAS SOLANES, M., “Arts. 326 a 328 CDC”, en ALBALADEJO GARCÍA, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXX, EDERSA, Madrid, 1987, p. 589, 592. Sobre la naturaleza jurídica de la compraventa a carta de gracia, YSAS SOLANES dice que: “*En el contrato de venta a carta de gracia se produce un desdoblamiento especial del dominio y, de una parte, el comprador adquiere un dominio especialísimo, a carta de gracia, un dominio no pleno, del que se ha segregado un derecho real. El derecho de luir y quitar, que es el que corresponde al vendedor.*”

CASALS COLLDECARRERA, M., *El Pacto de Retro y La Carta de Gracia...*, op.cit., p. 59. “*En la carta de gracia tenemos, inicialmente, que hay un desdoblamiento del dominio*”.

sustantividad propia y lo diferencia del contrato de compraventa con cláusula de reserva del dominio o con pacto de retro que constituye un convenio accesorio.⁸⁵²

*“La introducció d’una clàusula de retre en un contracte d’aquest tipus significa una modificació o una qualificació de la causa de la compravenda. La introducció de la clàusula de retre no significa que estiguem en presència de dos negocis diferents, un de transmissió i un altre de recuperació de la cosa, amb dues causes negocials diferents, sinó davant un únic negoci típic, amb una causa comercial pròpia, típica. Això és així perquè la modificació que de la causa representa la introducció del pacte de retre en l’estructura comercial, s’eleva a un element tipificador del negoci i, per tant, a element estructural de la venda a carta de gràcia.”*⁸⁵³

Por lo que se refiere al objeto del contrato de compraventa a carta de gracia, el Art. 326.1 CDC establece expresamente que pueden ser objeto de este contrato los bienes muebles e inmuebles y, por lo tanto, se admite que el dominio sea resoluble si el vendedor ejercita su derecho de redención dentro de los plazos que marca aquel precepto en función de la naturaleza del bien.

De conformidad con el Art. 326.1 CDC, el dominio resoluble es el efecto típico de este contrato si se ejercita el derecho de redención que corresponde al vendedor de la cosa. La venta es válida y se transmite la propiedad del vendedor al comprador, pero ésta está sometida al ejercicio del derecho de redención, que actúa como condición resolutoria del dominio si se ejercita dentro del plazo determinado.⁸⁵⁴

La doctrina ha afirmado que mientras los compradores o sus herederos tienen la titularidad de este dominio resoluble son verdaderos propietarios, con todas las

⁸⁵² PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Institucions...*, op.cit., p.152. YSAS SOLANES, M., “Arts. 326 a 328 CDC”..., op.cit., p. 593, 598. CASALS COLLDECARRERA, M., *El Pacto de Retro y La Carta de Gracia...*, op.cit., p. 57. BORRELL SOLER, A. M., *Dret Civil vigent a Catalunya*, t. III, Impremta de la Casa de la Caritat, Barcelona, 1923, p. 325.

⁸⁵³ DEL POZO CARRASCOSA, P., *La venda a carta de gràcia en el dret civil de Catalunya...*, op.cit., p. 51.

⁸⁵⁴ PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Institucions...*, op.cit., p.158. YSAS SOLANES, M., “Arts. 326 a 328 CDC”..., op.cit., p. 629. DEL POZO CARRASCOSA, P., *La venda a carta de gràcia en el dret civil de Catalunya...*, op.cit., p. 285.

facultades inherentes.⁸⁵⁵ Por esta razón el Art. 327.1 CDC establece que “*La propietat gravada és susceptible de transmissió i de gravamen.*”

El Tribunal Constitucional tendrá que determinar si, en lo referido al reparto competencial en materia de legislación civil del Art. 149.1.8ª CE, el legislador de Cataluña ha respetado el ámbito de su competencia y si, de acuerdo con la propia doctrina del tribunal referida al criterio de la conexidad y de la historicidad del Derecho foral catalán, en el Derecho civil de Cataluña existen instituciones con suficiente entidad y apropiadas para legitimar la temporalidad del dominio que supone la nueva propiedad temporal introducida en el Código civil de Cataluña.

La compraventa a carta de gracia es una institución del Derecho civil de Cataluña con suficiente arraigo histórico que implica una situación de dominio resoluble o temporal y que no niega la condición de propietario al comprador. Se trata de una institución del Derecho civil de Cataluña que tiene una naturaleza obligacional que no afecta al derecho de propiedad, sino a la resolución del derecho del titular y que no sirve para fundamentar la constitucionalidad de la propiedad temporal del Código civil de Cataluña.

Además, la idoneidad de la compraventa a carta de gracia para justificar la constitucionalidad de la propiedad temporal podría quedar desvirtuada por la falta de una conexión “inmediata” entre ambas instituciones y por la naturaleza contractual de la compraventa a carta de gracia. Es decir, la compraventa a carta de gracia es un contrato típico del Derecho civil de Cataluña, mientras que la propiedad temporal es una nueva forma de propiedad que tiene como fundamento el derecho de propiedad como el derecho real paradigmático y, en consecuencia, podría faltar este requisito de la conexión inmediata.

Una vez que se ha constatado la falta de precedentes entre las instituciones del Derecho civil de Cataluña para sostener que la propiedad temporal es un desarrollo de alguna de ellas, puede discutirse la conexión inmediata que existe entre la propiedad temporal y el derecho de propiedad que regula el Código civil de Cataluña y que ya estaba presente en la Compilación de Derecho civil de Cataluña de 1960.

⁸⁵⁵ PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Institucions...*, op.cit., p.158.

Por una parte, si la interpretación que se hace de la regulación del Código civil de Cataluña es que éste contiene un nuevo régimen de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria que establece, con carácter general, una nueva configuración sobre los bienes muebles e inmuebles basada en la temporalidad del dominio, cabe concluir que la propiedad temporal es un *novo* que altera el contenido esencial del derecho de propiedad, la función social del mismo y que no tiene un claro precedente entre las instituciones del Derecho civil de Cataluña que sirva para establecer una conexión inmediata entre ambas instituciones que permita fundamentar la competencia del legislador de Cataluña para regular un nuevo tipo del derecho de propiedad basado en la temporalidad del dominio.

Por otra parte, como ya se ha visto anteriormente, el Art. 547-4.1 CCCat permite sostener que la propiedad temporal nace del derecho de propiedad tendencialmente perpetuo del propietario originario que, en el ejercicio de sus facultades dominicales, se desprende de la mayor parte de las facultades dominicales para transmitir un derecho de titularidad temporal a otro titular y que seguirá en cabeza de los ulteriores titulares. De esta forma, el derecho de propiedad es el mismo, tendencialmente perpetuo, y solo se produce un cambio, por un plazo de tiempo determinado, en la titularidad del mismo que la ostentará, temporalmente, otro titular.

Por tanto, des de esta perspectiva, la propiedad temporal no sería una creación *ex novo* del legislador de Cataluña que no tuviera una conexión inmediata con otra institución del Derecho civil de Cataluña, toda vez que el derecho de propiedad sigue siendo el mismo y lo único que se produce es un mero cambio en la titularidad del mismo por un plazo de tiempo determinado.

En este sentido, podría sostenerse que la propiedad temporal constituye un desarrollo del derecho de propiedad del Título IV del Libro quinto del Código civil de Cataluña y que cumple con el criterio fijado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que exige que la institución desarrollada estuviera vigente en la Compilación de Derecho civil de una determinada comunidad autónoma en el momento de entrar en vigor la Constitución española de 1978, toda vez que la Compilación de Derecho civil de Cataluña de 1960 regulaba el derecho de propiedad.

Des de esta perspectiva, no se cuestionaría la conformidad de la propiedad temporal con el texto constitucional y la infracción, por el legislador de Cataluña, de la doctrina constitucional que interpreta el Art. 149.1.8ª CE.

Por su parte, si la propiedad temporal se configura como un derecho real en cosa ajena, similar del derecho real de usufructo del Código civil de Cataluña, podría ser que no se discutiera con la misma fuerza el título competencial en virtud del cual el legislador ha legislado esta materia. Se trataría de un derecho real de goce, cuya conexión se establecería con los derechos reales de goce ya regulados en el Código civil de Cataluña, entre otros, el derecho real de usufructo regulado entre los Arts. 561-1 CCCat y 561-37 CCCat o el derecho real de superficie o de censo. La diferencia fundamental y la razón de ser del desarrollo de este derecho real es que el titular temporal podría usar y disponer del bien con amplias facultades, sin tener que respetar la forma y la sustancia del bien ni su destino económico.

También podría entenderse que la propiedad temporal es precisamente un reforzamiento de la propiedad superficiaria del derecho de superficie y, de este modo, la conexión en ambos casos sería inmediata, pudiendo considerar la propiedad temporal como un desarrollo de estos derechos reales y habilitar al legislador de Cataluña, por la vía del Art. 149.1.8ª CE, para desarrollar instituciones que recoge el actual Código civil de Cataluña.

- a) Los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el término “desarrollo” del Art. 149.1.8ª CE

Las últimas sentencias en las cuales el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre las competencias de las comunidades autónomas sobre el desarrollo de sus instituciones de Derecho civil, el tribunal ha venido exigencia la necesidad de probar que la institución “desarrollada” estuviera vigente en el momento de la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la sentencia 121/1992, de 28 de septiembre.⁸⁵⁶

En este sentido, la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 82/2016, de 28 de abril, declaró la inconstitucionalidad de la Ley de la Comunidad Valenciana 10/2007, de

⁸⁵⁶ STC 121/1992, de 28 de septiembre [LA LEY 2003-TC/1992].

20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano que regulaba el régimen económico matrimonial de separación de bienes valenciano por no haber podido probar que dicho régimen económico matrimonial formaba parte del derecho consuetudinario valenciano en el momento de entrar en vigor la Constitución española de 1978.⁸⁵⁷

El preámbulo de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano declaraba que: *“Es por las razones aludidas por lo que el ejercicio de la competencia estatutaria en esta materia dará lugar a una normativa necesariamente diferente de la que estuviera vigente en nuestra época foral, pero reconocible en ella a través de instituciones como la carta de nupcias, las donaciones por razón de matrimonio, la libertad de pactos en cuanto al régimen*

⁸⁵⁷ STC 82/2016, de 28 de abril [LA LEY 38591/2016]. *“Aplicando la doctrina de la STC 121/1992, resulta que la validez de la LREMV depende de que la Comunidad Autónoma pueda acreditar la existencia de reglas consuetudinarias que en materia de régimen económico matrimonial existieran en vigor a la entrada en vigor de la CE, como sucedió en el caso de los arrendamientos rústicos, o bien otra institución civil diferente a la regulada pero "conexa" con ella, de manera que pueda servir de base para apreciar un "desarrollo" de su Derecho civil propio.*

Tras los avatares codificadores y la solución dada a la llamada cuestión foral, donde no estaba Valencia, a día de hoy el art. 149.1.8 CE le reconoce competencia legislativa sobre aquellas materias civiles que forman parte de su acervo normativo o consuetudinario antes de la entrada en vigor de la CE. El EACV tanto en su redacción primigenia como en la reciente reforma, asume idéntica competencia sobre el derecho civil valenciano, pero tal competencia legislativa solo puede tener por objeto las probadas y subsistentes costumbres forales que se hayan observado en determinadas zonas del territorio autonómico, siendo vetado a la Comunidad Autónoma valenciana crear un Derecho civil ex novo.

Por último, no basta la posible conexión entre los antiguos y derogados Furs del Reino de Valencia y las instituciones económico-matrimoniales reguladas en la LREMV, pues lo que debe probarse es la pervivencia de las costumbres que le sirven de punto de conexión”.

STC de 16 de noviembre de 2016 [LA LEY 167346/2016]. *“En suma, a la vista de las circunstancias concurrentes y de las razones expuestas, hemos de concluir que no se ha aportado prueba que permita apreciar la concurrencia de los requisitos que el art. 149.1.8 CE exige para que la Comunidad Autónoma de Valencia pueda regular las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, en uso de su competencia para conservar, desarrollar o modificar su propio derecho civil valenciano. Lo cual va a determinar el sentido de la presente resolución, ya que no se ha demostrado pervivencia de normas consuetudinarias que permitieran reconocer siquiera una referencia a costumbres vigentes hasta 1978, tras la derogación de los Antiguos Fueros del Reino de Valencia.*

De todo lo hasta aquí expuesto se deriva la falta de competencia de la Comunitat Valenciana, en este caso, para regular las consecuencias civiles de las relaciones paterno-filiales tras la ruptura de la convivencia de los progenitores. Lo cual debe conducir a declarar la inconstitucionalidad de la totalidad de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, porque, a pesar de que efectivamente este Tribunal ha reconocido la posibilidad legítima de la Comunitat Valenciana de legislar las normas civiles consuetudinarias, en el caso de la materia de derecho de familia concernida no se ha probado su vigencia en el territorio autonómico y, en consecuencia, no se cumplen los requisitos exigidos por el art. 149.1.8 CE para el reconocimiento de la competencia a la Comunidad Autónoma.”

En el mismo sentido, *vid.* STC 110/2016, de 9 de junio [LA LEY 64282/2016].

económico matrimonial, la adopción del régimen de separación de bienes como régimen económico matrimonial supletorio o la germanía.”⁸⁵⁸

En consecuencia, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano porque el régimen económico matrimonial que regulaba no estaba regulado en la Compilación de Derecho civil valenciano en el momento de entrar en vigor la Constitución española de 1978, aunque la adopción del referido régimen económico matrimonial pudiera basarse en otras instituciones del Derecho civil valenciano como las que nombra el preámbulo de la ley citada.

De esta forma, teniendo en cuenta los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la materia, parece difícil que la propiedad temporal introducida en el Código civil de Cataluña no sea declarada inconstitucional por ser una institución sin un precedente claro en la Compilación de Derecho civil de Cataluña y, en consecuencia, tratarse de una institución *ex novo* sin una conexión directa con otra institución del Derecho civil de Cataluña.

A la anterior conclusión podría también llegarse si se considera que la compraventa a carta de gracia no constituye un precedente idóneo para sostener que la propiedad temporal no es extraña en el Ordenamiento jurídico de Cataluña.

Como se ha visto anteriormente, el legislador de Cataluña ha institucionalizado un nuevo tipo del derecho de propiedad, este es la propiedad temporal, que no puede reconducirse al tipo abstracto de los Arts. 348 y 541-1 CCCat por faltarle la nota de la perpetuidad y, por este motivo, dificulta que sea *recognoscible* con el tipo abstracto porque a lo largo de toda la Codificación se ha arrastrado un concepto de propiedad cuyos atributos son el carácter absoluto, exclusivo, unívoco, perpetuo y elástico.

No obstante, si la propiedad temporal se configura como un derecho real en cosa ajena, similar del derecho real de usufructo del Código civil de Cataluña, podría ser que no se discutiera con la misma fuerza el título competencial en virtud del cual el legislador ha legislado esta materia. Se trataría de un derecho real de goce, cuya conexión se establecería con los derechos reales de goce ya regulados en el CCCat, entre otros el

⁸⁵⁸ Vid. Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano [LA LEY 2537/2007].

derecho real de usufructo regulado entre los Arts. 561-1 CCCat y 561-37 CCCat o el derecho real de superficie o de censo al no estar sujetos a la cláusula *salva rerum substantiam*. La diferencia fundamental y la razón de ser del desarrollo de este derecho real es que el titular temporal podría usar y disponer del bien con amplias facultades, sin tener que respetar la forma y la sustancia del bien ni su destino económico.

También podría entenderse que la propiedad temporal es precisamente un reforzamiento de la propiedad superficiaria del derecho de superficie y, de este modo, la conexión en ambos casos sería directa, pudiendo considerar la propiedad temporal como un desarrollo de estos derechos reales y habilitar al legislador de Cataluña, por la vía del Art. 149.1.8ª CE, para desarrollar instituciones que recoge el actual Código civil de Cataluña.

B) La posibilidad de reforma de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda. El título competencial del Art. 148.1.3ª CE en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda

Del preámbulo de la LPTPC se desprende que el legislador de Cataluña estaba pensando, principalmente, en regular la propiedad temporal como una nueva tenencia para facilitar el acceso a la vivienda.⁸⁵⁹

Por este motivo, puede criticarse la opción legislativa del legislador de Cataluña de introducir la propiedad temporal en el libro quinto del Código civil de Cataluña en lugar de modificar la LDV y regularla junto con la propiedad compartida que ya estaba prevista en dicha ley.

El Art. 148.1.3ª CE establece que las comunidades autónomas pueden asumir en sus respectivos estatutos de autonomía competencias en materia de vivienda. Para el caso

⁸⁵⁹ Llei 19/2015, del 29 de juliol, d'incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. DOGC nº 6927, de 4 d'agost de 2015. “*La introducció d'aquestes modalitats de domini obeeix, principalment, al propòsit d'aportar solucions al problema de l'accés a la propietat de l'habitatge, tot flexibilitzant les vies d'adquisició, oferint fórmules que permetin abaratir o minorar els costos econòmics i respectant la naturalesa jurídica del dret de propietat, de conformitat amb la tradició jurídica pròpia. Aquesta finalitat fa que siguin els béns immobles llur objecte principal, la qual cosa no implica que no s'estengui també a determinats béns mobles, en concret als que siguin duradors i no fungibles i es puguin registrar, és a dir que siguin identificables. L'habitatge és una necessitat bàsica de la persona, a la qual els poders públics han de respondre creant les condicions adequades i aprovant les normes pertinents per a garantir-hi l'accés.*”

concreto de Cataluña, el Art. 137 EAC establece que corresponde a la Generalitat de Cataluña el ejercicio en exclusiva de la competencia en materia de vivienda.⁸⁶⁰

Ahora bien, la cuestión que se plantea en este punto es determinar si, con base en los Arts. 137 EAC y 148.1.3ª CE, el legislador de Cataluña puede crear una nueva forma de propiedad e introducirla en la LDV, como la propiedad temporal, partiendo de la premisa de que ésta puede tener por objeto un bien inmueble y, por lo tanto, satisfacer necesidades de vivienda.

Para responder la pregunta anterior es necesario el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha definido el alcance del título competencial del Art. 148.1.3ª CE para determinar si dicho título habilita al legislador de Cataluña para crear nuevas formas del derecho de propiedad para satisfacer las necesidades de vivienda de los ciudadanos.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas sentencias sobre el alcance de la competencia en materia de vivienda que el Art. 148.1.3ª CE reconoce a las comunidades autónomas, pero es en la Sentencia del Tribunal Constitucional 152/1988, de 20 de julio,⁸⁶¹ donde el tribunal sentó las bases de la competencia autonómica en dicha materia y, concretamente, los límites de la competencia estatal en esta materia.

En primer lugar, puede decirse que, si bien es cierto que el Art. 148.1.3ª CE establece que las comunidades autónomas pueden asumir competencias en materia de vivienda en sus estatutos de autonomía, esta competencia no se atribuye a las comunidades

⁸⁶⁰ Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma de Estatuto de Autonomía de Cataluña [LA LEY 7429/2006]. La competencia del Art. 137 EAC en todo caso incluye:

- a) La planificació, l'ordenació, la gestió, la inspecció i el control de l'habitatge d'acord amb les necessitats socials i d'equilibri territorial.*
- b) L'establiment de prioritats i objectius de l'activitat de foment de les administracions públiques de Catalunya en matèria d'habitatge i l'adopció de les mesures necessàries per a assolir-los, tant amb relació al sector públic com al privat.*
- c) La promoció pública d'habitatges.*
- d) La regulació administrativa del comerç referit a habitatges i l'establiment de mesures de protecció i disciplinàries en aquest àmbit.*
- e) Les normes tècniques, la inspecció i el control sobre la qualitat de la construcció.*
- f) Les normes sobre l'habitabilitat dels habitatges.*
- g) La innovació tecnològica i la sostenibilitat aplicable als habitatges.*
- h) La normativa sobre conservació i manteniment dels habitatges i la seva aplicació.”*

⁸⁶¹ STC 152/1988, de 20 de julio [LA LEY 108636-NS/0000].

autónomas en exclusiva, sino que el Estado también puede asumir competencias en materia de vivienda con base en el título competencial del Art. 149.1.13^a que atribuye al Estado la competencia para establecer las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.⁸⁶²

En consecuencia, las competencias del Estado en materia de vivienda se encauzan a través del Art. 149.1.13^a CE que posibilita al Estado “*incidir sobre la misma, mediante una regulación propia, se ciñe a aquellos extremos que puedan entenderse comprendidos en las bases y coordinación de la planificación económica.*”⁸⁶³ Por lo tanto, las competencias de las comunidades autónomas en materia de vivienda no son ilimitadas, sino que necesariamente tienen que respetar las bases que haya fijado el legislador estatal so pena de incurrir en inconstitucionalidad.

En segundo lugar, por lo que se refiere al objeto de la competencia del Art. 148.1.3^a CE, parece que las comunidades autónomas, en materia de vivienda, pueden desarrollar esta competencia potenciando el fomento y la construcción de viviendas. De esta forma, entiendo que, *prima facie*, el título competencial del Art. 148.1.3^a CE no habilitaría, por

⁸⁶² STC 152/1988, de 20 de julio [LA LEY 108636-NS/0000]. “*Ello no obstante, y a pesar de que el art. 10 del EAPV califica como «exclusiva» aquella competencia autonómica en materia de vivienda, el propio Gobierno Vasco reconoce que la misma se halla limitada por las competencias del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y sobre las bases de la ordenación del crédito. En efecto, tanto el art. 149 de la Constitución como los Estatutos de Autonomía dejan a salvo las facultades de dirección general de la economía y, por tanto, de cada uno de los sectores productivos, que han de quedar en poder de los órganos centrales del Estado. En consecuencia, dentro de la competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobijo también las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector.*

Este razonamiento es también aplicable al sector de la vivienda, y en particular, dentro del mismo, a la actividad promocional, dada su muy estrecha relación con la política económica general, en razón de la incidencia que el impulso de la construcción tiene como factor del desarrollo económico y, en especial, como elemento generador de empleo. De otro lado, en cuanto que esta actividad de fomento de la construcción de viviendas queda vinculada a la movilización de recursos financieros no solo públicos, sino también privados, no puede hacer abstracción de las competencias estatales sobre las bases de la ordenación del crédito, a que ambas partes hacen referencia.”

En el mismo sentido, *vid.* STC 112/2013, de 9 de mayo [LA LEY 49562/2013]. “*De esta forma la STC 152/1988, de 20 de julio, distingue en su fundamento jurídico 4 cuatro aspectos en los cuales se puede admitir la competencia estatal de fomento en materia de vivienda: la definición de las actuaciones protegidas; la regulación esencial de las fórmulas de financiación adoptadas (créditos cualificados, subsidiación de préstamos y subvenciones); el nivel de protección; y, la aportación de recursos estatales.”*

⁸⁶³ STC 152/1988, de 20 de julio [LA LEY 108636-NS/0000].

sí mismo, al legislador autonómico para crear nuevos tipos del derecho de propiedad cuyo objeto fuese la vivienda, toda vez que, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Art. 148.1.3ª CE y de la regulación de la competencia en materia de vivienda contenida en el Estatuto de Autonomía de Cataluña, el contenido de esta competencia tiene un marcado contenido económico y administrativo, focalizado en la promoción de la vivienda pública, en el fomento de la construcción de viviendas y en la regulación de los aspectos técnicos.⁸⁶⁴

Los razonamientos contenidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2015, de 14 de mayo, parecen inducir a la conclusión de que las bases para el ejercicio del derecho de propiedad deben ser fijadas por el legislador estatal, sin perjuicio de que las comunidades autónomas las puedan desarrollar elaborando políticas de vivienda propias: *“no puede obviarse que el legislador andaluz puede ejercer su competencia exclusiva en materia de vivienda (art. 56 EAAnd) de modos distintos al simple desarrollo de las bases estatales, como ocurre, dentro del mismo decreto-ley recurrido, con los instrumentos de fomento previstos en el Capítulo III del Título VI, que es una regulación que, utilizando técnicas distintas a las que utiliza el Estado y que en nada interfieren con el mercado hipotecario, se orienta a satisfacer el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de un vivienda digna.”*⁸⁶⁵

Esta Sentencia del Tribunal Constitucional admite que la competencia exclusiva en materia de vivienda de las comunidades autónomas puede ejercitarse con suficiente amplitud para elaborar políticas en materia de vivienda propias, pero siempre respetando las bases estatales para el ejercicio del derecho de propiedad y, en consecuencia, las bases para acceder a la propiedad de la vivienda, con lo que podría entenderse que, de acuerdo con el marco competencial del Art. 137 EAC, el legislador de Cataluña no podría crear un nuevo tipo del derecho dominical basado en la temporalidad del dominio porque, de esta forma, se desbordaría el propio tenor literal

⁸⁶⁴ STC 152/1988, de 20 de julio [LA LEY 108636-NS/0000]. *“En el presente caso, es indiscutible que la Comunidad Autónoma del País Vasco ostenta la titularidad de la competencia en materia de vivienda. Esta competencia faculta a las instituciones de la Comunidad Autónoma para desarrollar una política propia en dicha materia, incluido el fomento y promoción de la construcción de viviendas, que es, en buena medida, el tipo de actuaciones públicas mediante las que se concreta el desarrollo de aquella política.”*

⁸⁶⁵ STC 93/2015, de 14 de mayo [LA LEY 55191/2015].

del precepto y se alterarían las bases estatales para el ejercicio del derecho de propiedad y acceder a la propiedad de la vivienda.

Por un lado, para el caso concreto de Cataluña, la incorporación de la propiedad temporal en el Código civil de Cataluña podría ampararse en la LDV.⁸⁶⁶ Concretamente, esta ley atribuye competencias a la Generalitat de Cataluña para asegurar el cumplimiento de la función social de la propiedad y, dentro de los diferentes supuestos de incumplimiento de la función social de la propiedad que se enumeran en el Art. 5 LDV, la incorporación en la LDV de nuevas formas de propiedad podría justificarse por la existencia de un gran número de viviendas desocupadas de forma permanente e injustificada, de conformidad con el Art. 5.2.b) LDV.⁸⁶⁷

Considero que el Art. 5 de la LDV, que habilita al legislador de Cataluña para actuar ante un incumplimiento de la función social de la propiedad, es una concreción del Art. 33.3 CE y que podría ser el fundamento para que, por la vía del Art. 148.1.3ª CE y 137 EAC, el legislador de Cataluña regulara nuevas tenencias para facilitar el acceso a la vivienda pública.

Sin embargo, las competencias exclusivas en materia de vivienda que el Art. 137 EAC reconoce a la Generalitat de Cataluña se relacionan con la promoción, gestión administrativa, normas técnicas de la vivienda y su inspección que no habilitarían a la Generalitat para introducir en la LDV un nuevo tipo dominical temporal en cumplimiento de la función social de la vivienda, de acuerdo con el Art. 5 LDV.

Es decir, la introducción del un nuevo tipo del derecho de propiedad en una ley especial como la LDV podría rebasar el marco competencial del legislador de Cataluña, puesto que el Art. 137 EAC habla de competencias en materia de promoción y de construcción de vivienda pública y no de legislar sobre el derecho de propiedad.

Por otro lado, la opción de introducir la propiedad temporal en el Código civil de Cataluña ha sido presidida por la idea de no limitar el objeto de la propiedad temporal a los bienes inmuebles y enfocar exclusivamente esta nueva forma de propiedad a las

⁸⁶⁶ Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda [LA LEY 13598/2007].

⁸⁶⁷ Sobre la finalidad y el posible uso por parte de la Administración de las tenencias intermedias, *vid.* NASARRE AZNAR, S., “Exposición de motivos de la Ley 19/2015”..., *op.cit.*, p. 64-69.

políticas de vivienda, pues el legislador de Cataluña hubiera podido optar por modificar la LDV e introducir esta nueva forma de propiedad como una nueva forma de aprovechamiento de la propiedad para la promoción de la vivienda, de la misma forma que procedió para sentar las bases de la regulación de la propiedad compartida en el Art. 71 de dicha ley, a través de la Ley 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica.

No obstante, la opción del legislador de Cataluña de modificar el libro quinto del Código civil de Cataluña tiene, por un lado, la ventaja de no limitar el objeto de la propiedad temporal a los bienes inmuebles destinados a satisfacer necesidades de vivienda y de institucionalizar un nuevo tipo de propiedad basado en la temporalidad del dominio. Pero, por otra parte, el legislador de Cataluña puede que, procediendo de esta forma, haya rebasado, como se ha visto anteriormente, el límite de sus competencias en lo que se refiere al desarrollo del Derecho civil que le reconoce el Art. 149.1.8ª CE y el Art. 148.1.3ª CE en materia de vivienda.

En efecto, las comunidades autónomas que han asumido competencias en materia de vivienda en sus respectivos estatutos de autonomía por la vía del Art. 148.1.3ª CE podrían regular nuevas formas de aprovechamiento de la propiedad para facilitar el acceso a la vivienda pero, dado que se estaría ante un acceso a la vivienda desigual en diferentes comunidades autónomas, se podría producir un conflicto competencial entre el Estado y las comunidades autónomas, pues la creación de nuevas formas de disfrute de la propiedad podría afectar la competencia exclusiva del Estado de establecer las bases y coordinación de la planificación de la actividad económica del Art. 149.1.13ª CE y la competencia exclusiva del Estado del Art. 149.1.1ª CE de establecer la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2013, de 8 de julio se pronuncia respecto del conflicto competencial entre el Art. 148.1.3ª CE y el Art. 149.1.13ª CE. De su tenor literal se desprende que por el efecto del Art. 149.1.13ª CE las competencias de las comunidades autónomas en materia de vivienda tienen un marcado carácter administrativo y ejecutivo de las bases fijadas por el Estado en ejercicio de su competencia de establecimiento de las bases de la política general, en este caso referida a la vivienda: *“La modificación impugnada no merma las funciones ejecutivas que*

corresponden a la Comunidad de Madrid. Los órganos autonómicos competentes podrán controlar las enajenaciones, al estar los interesados obligados a notificarlas antes de que tenga lugar la operación. La regulación estatal deja un margen para que las Comunidades Autónomas desarrollen el control y la gestión de la enajenación de vivienda protegida para alquiler que, de acuerdo con la doctrina constitucional previamente expuesta, resulta conforme con el parámetro de constitucionalidad fijado en la STC 13/1992, FJ 8 b), y con las posibilidades de intervención del Estado en materia de vivienda que estableció la STC 152/1988. A su vez, la reforma no obsta para que las Comunidades Autónomas establezcan su propia política de vivienda, en la que podrán introducir el régimen de intervención administrativa que resulte acorde con la finalidad perseguida. Tal como declaramos en la STC 112/2013, en aplicación de la doctrina derivada de la STC 152/1988, FJ 4, el régimen de autorización administrativa solo se aplica «a las viviendas que se acojan a la financiación del Plan sin condicionar la política de vivienda que puedan desplegar las Comunidades Autónomas mediante sus propios programas», a las que podrán aplicar las medidas de intervención administrativa acordes con los objetivos de la misma.»⁸⁶⁸

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, entiendo que el título competencial del Art. 148.1.3^a CE no es suficientemente amplio para habilitar al legislador autonómico para crear y regular nuevas formas del derecho de propiedad para flexibilizar el acceso a la vivienda.

En consecuencia, aunque la propiedad temporal se hubiera incorporado en la LDV tal y como aparece regulada en el Código civil de Cataluña, podría no ser conforme con la Constitución por alterar las bases del ejercicio del derecho de propiedad y el acceso en condiciones de igualdad a la propiedad de la vivienda del Art. 149.1.1^a CE.

Es decir, la incorporación de la propiedad temporal en la LDV sobre bienes inmuebles se fundamentaría en los Arts. 137 EAC y 148.1.3^a CE que, como ya hemos visto, no atribuyen al legislador autonómico una competencia en materia de vivienda suficientemente amplia como para crear nuevos tipos del derecho dominical y alterar las bases para el acceso a la vivienda en los demás territorios del Estado.

⁸⁶⁸ STC 139/2013, de 8 de julio [LA LEY 110173/2013].

- C) La elaboración de una ley especial en materia de propiedad sobre la vivienda. La problemática de las bases del ejercicio del derecho de propiedad en condiciones de igualdad de los Arts. 139.1 y 149.1.1ª CE.

La última opción a través de la cual se hubiera podido incorporar la propiedad temporal en el Derecho civil de Cataluña es a través de la elaboración de una ley especial en materia de propiedad sobre la vivienda, de un modo similar a Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de Urbanismo, que se podría amparar en las competencias exclusivas que tiene la Generalitat de Cataluña sobre esta materia, reconocidas en el Art. 148.1.3ª CE, sin perjuicio de lo visto en el anterior epígrafe sobre la competencia exclusiva del Estado para el establecimiento de las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica del Art. 149.1.13ª CE.

Es decir, se trataría de legislar sobre la propiedad de la vivienda, identificando la función social de este tipo de propiedad y regulándola en un ley especial que permitiese la correcta protección de los intereses de los propietarios de inmuebles destinados a satisfacer necesidades de vivienda y la protección de los intereses de la colectividad de acceder a una vivienda digna en un contexto social complejo que requiere de nuevas tenencias para flexibilizar y hacer más accesible el mercado de la vivienda.

En este sentido, las comunidades autónomas que hubieran adoptado en sus respectivos estatutos de autonomía competencias en materia de vivienda podrían promulgar leyes sobre la propiedad de la vivienda, de acuerdo con el título competencial del Art. 148.1.3ª CE, pero que, en todo caso, tendrían que respetar las bases establecidas en la legislación estatal sobre la propiedad de la vivienda, toda vez que el Art. 149.1.1ª CE reconoce al Estado la competencia exclusiva para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales y, ha de recordarse, que la propiedad es un derecho constitucional.

No obstante, la constitucionalidad de la propiedad temporal, como una nueva forma del derecho de propiedad regulada en una ley especial sobre la propiedad de la vivienda y basada en la temporalidad del dominio y, por tanto, la creación de un régimen de la propiedad de la vivienda podría atacarse por la vía del título competencial del Art.

149.1.1ª CE⁸⁶⁹ por alterar las bases para el ejercicio del derecho de propiedad sobre la vivienda en las diferentes comunidades autónomas, juntamente con el Art. 139.1 CE.⁸⁷⁰

⁸⁶⁹ Sobre el sentido primario del Art. 149.1.1ª CE, *vid.* CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., “Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el Art. 149.1.1ª de la Constitución”, en *REDC*, nº 1, 1981, p. 144. “*La inclusión de la norma del Art. 149-1-1.ª en el título VIII de la Constitución como competencia exclusiva del Estado descubre que su sentido estricto es el de imponer a éste, en cuanto tal, la obligación constitucional específica (y reforzada) de garantizar ese minimum de igualdad formal en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*”. DE OTTO PARDO, I., *Estudios sobre derecho estatal y autonómico*, Civitas, Madrid, 1986, p. 71, 170-176. Este autor considera que la interpretación del Art. 149.1.1ª CE debe restringirse y limitarse, pues no se trata de un artículo que habilite al Estado para ampliar su competencia exclusiva a nuevas materias ni a aspectos parciales de su regulación. BARCELÓ SERRAMALERA, M., *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico: un análisis sobre la relación entre la organización territorial del Estado y la regulación de los derechos y deberes constitucionales*, Civitas, Madrid, 1991, p. 106, 110-111. “*De lo que se trata es, pues, que los derechos puedan ser disfrutados, en su resultado, en condiciones de igualdad; y este es el objeto del Art. 149.1.1ª de la Constitución.*” Para BARCELÓ SERRAMALERA, el Art. 149.1.1ª CE tiene dos funciones y actúa como una regla hermenéutica en lugar de ser un título competencial atributivo de competencias al legislador estatal. Respecto de las materias que el Art. 149 CE reserva al Estado, el Art. 149.1.1ª CE: “*se convierte en una regla hermenéutica fundamental para interpretar la finalidad a que debe tender la materia que regula el Estado en el ejercicio de las competencias que le reconoce el Art. 149.1 de la CE.* En los otros casos, es decir, en aquellos que el Estado no tiene una competencia exclusiva sobre la materia, “*el Art. 149.1.1ª de la CE servirá para limitar las competencias de las Comunidades Autónomas, en el sentido en que éstas no podrán, [...], incidir en las condiciones básicas del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales.*”

⁸⁷⁰ STC 37/1981, de 16 de noviembre [LA LEY 12943-JF/0000]. “*tal principio no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones. Esto no ha sido nunca así entre nosotros en el ámbito del derecho privado y, con la reserva ya antes señalada respecto de la igualdad en las condiciones básicas de ejercicio de los derechos y libertades, no es ahora resueltamente así en ningún ámbito, puesto que la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan potencialmente de nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional. Es cierto que esta diversidad se da dentro de la unidad y que, por consiguiente, la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas no puede regular las condiciones básicas de ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales que quedan reservadas a la legislación del Estado art. 53 y 149.1, 1.ª CE)*”

Vid. STC 52/1988, de 24 de marzo [LA LEY 102803-NS/0000].

RUIZ-RICO RUIZ, J. M., “Comentario parcial a la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de marzo de 1987, sobre la Ley de reforma agraria para Andalucía”, en MORENO QUESADA, B. (Coord.), *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 247. “*las CC.AA. tienen posibilidad de legislar introduciendo algunas modificaciones en las reglas estatales, haciendo «distinta», pero no necesariamente «desigual», la posición jurídica de los ciudadanos en las diferentes partes del territorio nacional.*” LUCAS VERDÚ, P., y MURILLO DE LA CUEVA, P. L., “Art. 139: Autonomía e igualdad la posición jurídica de los ciudadanos en el Estado de las autonomías”, en LAZAGA VILLAAMAIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. X, EDERSA, Madrid, 1985, p. 475. Este autor conecta el Art. 139 CE con el Art. 14 CE: “*las transgresiones del Art. 139 serán siempre violaciones del Art. 14*”. La tesis de LUCAS VERDÚ es criticada por CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR que entiende que el Art. 149.1.1ª CE no puede ser entendido como un

Es decir, el Estado, por la vía del Art. 149.1.1^a CE sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos, podría considerarse que la regulación de la propiedad temporal, regulada en una ley especial de una comunidad autónoma, implica un régimen desigual de la propiedad de la vivienda en el conjunto del Estado, en función de las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas en esta materia.

Pero este precepto también tiene que ponerse de nuevo en relación con el Art. 148.1.3^a que establece que las Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda. De hecho, esta competencia ha sido asumida por el Estatuto de Autonomía de Cataluña, pues el Art. 137 EAC así lo contempla, aunque ya se ha visto que el contenido del Art. 137 EAC es meramente administrativo.

La doctrina ha elaborado diferentes teorías para dar una respuesta plausible a esta yuxtaposición de principios constitucionales, estos son la igualdad de los españoles en el ejercicio de sus derechos y el principio de autonomía política de las Comunidades Autónomas.⁸⁷¹

precepto con la misma virtualidad que el Art. 14 CE. *Vid.* CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., “Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el Art. 149.1.1.^a de la Constitución”..., *op.cit.*, p. 147. Sobre la confrontación entre los principios de autonomía política de las regiones y el principio de igualdad, *vid.* CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., “Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el Art. 149.1.1.^a de la Constitución”..., *op.cit.*, p. 144-145. “*El Art. 139-1.º de la Constitución española [...] viene a poner de manifiesto que en materia de derechos y obligaciones constitucionales el principio de igualdad prima sobre el principio de autonomía*”. OTTO PARDO, I., *Estudios sobre derecho estatal y autonómico...*, *op.cit.*, p. 148-153. Este autor critica que los Arts. 139 y 149.1.1^a CE tengan que interpretarse conjuntamente y que de ello se desprenda la consecución de una homogeneidad mínima en el ejercicio de los derechos fundamentales y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

⁸⁷¹ LUCAS VERDÚ, P., y MURILLO DE LA CUEVA, P. L., “Art. 139: Autonomía e igualdad”..., *op.cit.*, p. 474-476.

1.º La primera de ellas es la que exige un tratamiento uniforme de los derechos y obligaciones de los españoles independientemente de su vecindad civil. Esta tesis tiene sus orígenes en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, concretamente, partiendo de la base que el ejercicio de los derechos fundamentales no puede verse alterado por la estructura autonómica del Estado.

STC 25/1981, de 14 de julio [LA LEY 197/1981]. “*En el segundo aspecto, en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado. Puede decirse que los derechos fundamentales, por cuanto fundan un status jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la*

configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son elemento unificador, tanto más cuanto el cometido de asegurar esta unificación, según el art. 155 de la Constitución, compete al Estado. Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual.” Para una crítica de esta teoría, vid. OTTO PARDO, I., *Estudios sobre derecho estatal y autonómico...*, op.cit., p. 144. BARCELÓ SERRAMALERA, M., *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico...*, op.cit., p. 70. “*Lo primero que destaca de esta construcción es su carácter valorativo o axiológico; es decir, su falta de fundamento en la realidad positiva constitucional.*”

2.º La segunda parece exigir una cierta homogeneidad en las posiciones subjetivas de los ciudadanos y también tiene su génesis en la propia jurisprudencia constitucional. Es decir, la finalidad del Art. 139 CE es garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales en todo el territorio del Estado, pero a la vez se reconoce la autonomía política de las Comunidades Autónomas para producir diferencias de trato a los ciudadanos en las distintas partes del Estado.

Vid. STC 37/1981, de 16 de noviembre [LA LEY 12943-JF/0000].

STC 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987]. “*El principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los arts. 1, 9.2, 14., 139.1 y 149.1.1ª de la Constitución, ya que éstos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales.*” Para una crítica de esta teoría, vid. OTTO PARDO, I., *Estudios sobre derecho estatal y autonómico...*, op.cit., p. 151. “*La estructura autonómica de nuestro Estado resulta, por tanto incompatible con una interpretación del Art. 139.1 que vea en él no ya un absurdo mandato de uniformidad, sino ni tan siquiera un mandato de unos mínimos de homogeneidad.*” BARCELÓ SERRAMALERA, M., *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico...*, op.cit., p. 70-73.

3.º La tercera interpretación del Art. 139 CE es la que considera que la igualdad que proclama el Art. 139 CE se refiere en el seno de cada Ordenamiento autonómico. Se trata de una tesis a la que se han adherido numerosos autores y que tenido implícitamente un reconocimiento en la jurisprudencia constitucional.

Vid. STC 173/1998, de 23 de julio [LA LEY 8274/1998]. “*dado el ámbito de aplicación territorialmente limitado de la legislación autonómica lo primero que en ella debe preservarse es el trato igual que en ella debe dispensarse a todos los residentes en una determinada Comunidad Autónoma.*” OTTO PARDO, I., *Estudios sobre derecho estatal y autonómico...*, op.cit., p. 153-155. “*lo que el precepto ordena es que cada uno de esos ordenamientos trate por igual a todos los españoles [...], sin que sean admisibles diferencias ligadas solo formalmente a la ciudadanía de cada Comunidad Autónoma.*”

BARCELÓ SERRAMALERA, M., *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico...*, op.cit., p. 73-77. Dicha interpretación parte del Art. 33.1 de la CRFA. “*Igual que como en el ejemplo alemán, en el que el principio federal, y de la consiguiente existencia de diversos ordenamientos jurídicos, se deriva que el principio de igualdad actúa como un mandato de no discriminación en el seno de cada uno de los ordenamientos jurídicos vigentes, pudiendo por ello tener los ciudadanos sometidos a un ordenamiento distintos derechos y deberes que los sometidos a otro, en el caso español del principio autonómico se sigue este concreto mandato y con este mismo contenido del principio de igualdad.*”

PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad de los españoles y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1992, p. 140. “*Sobre esta base no parece pueda dudarse que nuestro Art. 139.1 se orienta a evitar las actuaciones discriminatorias que las Comunidades Autónomas pudieran adoptar en relación con los «otros*

Una vez puesto de relieve el enfrentamiento entre los títulos competenciales constitucionales y estatutarios en materia de vivienda y la competencia exclusiva estatal sobre la regulación de las condiciones básicas para asegurar la igualdad de todos los españoles, paso a examinar las sentencias del Tribunal Constitucional que se han pronunciado sobre esta materia para ver si la introducción de la propiedad temporal a través de una ley especial sobre la propiedad de la vivienda conllevaría implícitamente un acceso desigual a la vivienda y, en consecuencia, la vulneración de los Art. 139 y 149.1.1ª CE.

En primer lugar, la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo, no afirma que el Estado tenga un título competencial para regular el derecho de propiedad de forma exclusiva, sino todo el contrario. Ya se ha visto que la mayoría de sus fundamentos jurídicos se centran en el análisis del contenido esencial del derecho de propiedad privada (Art. 53.1 CE) en relación con la función social de la propiedad (Art. 33.2 CE).

Ahora bien, en el Fundamento jurídico 8º sí que se mezclan cuestiones competenciales con la función social de la propiedad: *“Así las cosas, resulta también evidente que si la Comunidad Autónoma andaluza es titular de una competencia específica para legislar en materia de “reforma y desarrollo del sector agrario”, como efectivamente así es según dispone el Art. 18.1.4 de su Estatuto de Autonomía, dicha competencia incluye la posibilidad de legislar asimismo sobre la propiedad de la tierra y su función social, dentro del territorio de Andalucía.”*⁸⁷²

El párrafo anterior parece inducir a la siguiente conclusión: Cataluña y las otras comunidades autónomas que tengan asumidas, en sus respectivos estatutos de autonomía, competencias en materia de vivienda serían competentes también para determinar la función social de la propiedad de la vivienda en su respectivo territorio y, por lo tanto, legislar sobre la propiedad de la vivienda, toda vez que en la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo se admite que la comunidad autónoma

españoles», esto es en relación con los españoles no residentes en su territorio o no naturales del mismo.”

⁸⁷² STC 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987].

de Andalucía tiene competencias para legislador sobre la propiedad de la tierra y su función social.⁸⁷³

En segundo lugar, la anterior conclusión debe ser matizada según lo dicho por la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo que parecía que habilitaba al Estado para regular de forma exclusiva el contenido básico y primario del derecho de propiedad con base en su competencia sobre las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles: *“Al Estado le corresponde ciertamente establecer la regulación del contenido básico y primario del derecho de propiedad, en la medida en que afecte a las condiciones básicas de su ejercicio”*.⁸⁷⁴

Es decir, corresponde al legislador estatal la fijación del contenido básico y primario del derecho de propiedad, con lo que la cuestión fundamental se traslada en determinar si una nueva forma de propiedad de la vivienda basada en la temporalidad del dominio afecta y altera el contenido primario del derecho de propiedad.

⁸⁷³ PÉREZ TORRENTE, J. A., “Competències legislatives en matèria de dret patrimonial”, en UNIVERSITAT DE GIRONA., *El futur del dret patrimonial de Catalunya (Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 25.

⁸⁷⁴ STC 61/1997, de 20 de marzo de 1997 [LA LEY 9921/1997]. Esta sentencia que declaró inconstitucional gran parte de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, estableció la última doctrina constitucional sobre este artículo y que ha sido reiterada en ulteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional. En concreto, esta sentencia define lo que debe entenderse por condiciones básicas de los derechos que deben ser competencia del legislador estatal.

“las «condiciones básicas» hacen referencia al contenido primario (STC 154/1988) del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...). [...].

Dentro de esas «condiciones básicas» cabe entender incluidos asimismo aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho [...]; los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho (SSTC 5/1981, fundamento jurídico 26; 37/1981, fundamento jurídico 2.); los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho (como la inscripción censal para el derecho de sufragio; STC 154/1988, fundamento jurídico 3.); etc.”

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., “Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el Art. 149.1.1.ª de la Constitución”..., *op.cit.*, p. 144-145. La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de igualdad de los españoles en el ejercicio de las condiciones mínimas del derecho de propiedad ya había sido defendida por un sector doctrinal: *“por lo que a la propiedad se refiere, que la competencia concedida al Estado por la norma del 149-1-1.” debe ser utilizada por éste para garantizar un mismo contenido esencial a aquélla en todo el territorio de la nación, pues ésta es la única forma de posibilitar a todos los españoles el acceso a las mismas formas de propiedad y de hacer, por consiguiente, igualitario ese derecho a la propiedad privada del que nos habla el Art. 33-1.º de la Constitución.”*

Sin embargo, otras sentencias del Tribunal Constitucional han matizado el alcance de la competencia del Estado en esta materia, como es el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional 156/1995, de 26 de octubre se dice que el Art. 149.1.1ª CE:” *no habilita por sí mismo para que el Estado pueda regular cualquier circunstancia que, de forma más o menos directa, pueda incidir sobre la igualdad en el ejercicio del derecho. El propio tenor literal del precepto deja claro que la igualdad que se persigue no es la identidad de las situaciones jurídicas de todos los ciudadanos en cualquier zona del territorio nacional (lo que por otra parte sería incompatible con la opción por un Estado organizado en la forma establecida en el título VIII de la Constitución), sino la que queda garantizada con el establecimiento de las condiciones básicas, que, por tanto, establecen un mínimo común denominador y cuya regulación, ésta sí, es competencia del Estado.*”⁸⁷⁵

A la vista de la jurisprudencia que ha tratado de dilucidar las competencias legislativas en materia de propiedad entre las comunidades autónomas y el Estado, hay que determinar si la incorporación de la propiedad temporal en el Ordenamiento jurídico a través de una ley especial sobre la propiedad de la vivienda hubiera afectado el contenido básico y primario de este derecho y el derecho a la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y si dicha regulación forma parte del “mínimo común denominador” que es competencia del Estado por la vía del Art. 149.1.1ª CE.

Dicho en otras palabras, la cuestión se centra en determinar si la perpetuidad es una condición básica⁸⁷⁶ del dominio y, de ser así, la propiedad temporal, regulada en una ley especial sobre la propiedad de la vivienda en una comunidad autónoma, implicaría la creación de un nuevo régimen de la propiedad que rompería con la igualdad de

⁸⁷⁵ STC 156/1995, de 26 de octubre [LA LEY 2613-TC/1995]. Lo mismo se dice en la STC 61/1997, de 20 de marzo de 1997 [LA LEY 9921/1997].

LUCAS VERDÚ, P., y MURILLO DE LA CUEVA, P. L., “Art. 139: Autonomía e igualdad”..., *op.cit.*, p. 478. “[El Art. 149.1.1ª CE], más que otro título competencial que apoderaría al Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, sería una regla hermenéutica, interpretativa, del contenido de las competencias estatales en este campo. No obstante, en los casos en los que el Estado carezca de título para intervenir, el Art. 149.1.1.ª servirá para impedir que las Comunidades Autónomas se interfieran en las condiciones básicas al legislar en el ámbito de sus competencias.”

⁸⁷⁶ LÓPEZ LÓPEZ, A. M., “El derecho de propiedad: perspectivas para una reconstrucción técnica y su inserción en las competencias autonómicas”, en UNIVERSITAT DE GIRONA., *El futur del dret patrimonial de Catalunya (Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 284.

regulación del mismo derecho, hecho que permitiría a los órganos del Estado competentes para plantear un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional para determinar si la nueva regulación es conforme al texto constitucional.

Para hacer tal juicio no puede partirse de la noción que se tenga del contenido esencial del derecho de propiedad. Es decir, según se desprende de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional,⁸⁷⁷ las condiciones básicas para el ejercicio efectivo del derecho de propiedad no se pueden identificar con el contenido mínimo de este derecho, es decir su contenido esencial. En consecuencia, con base en la doctrina constitucional contenida en la sentencia 61/1997, de 20 de marzo⁸⁷⁸ deberá determinarse si la perpetuidad de la propiedad afecta al contenido primario de este derecho.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre esta materia, la perpetuidad del dominio constituiría una condición básica para su ejercicio y en consecuencia, un presupuesto para asegurar la igualdad de todos los particulares

⁸⁷⁷ STC 61/1997, de 20 de marzo de 1997 [LA LEY 9921/1997]. “Finalmente, las condiciones básicas no equivalen ni se identifican tampoco con el contenido esencial de los derechos (art. 53.1 C.E.), técnica cuyo objeto, como hemos reiterado desde la STC11/1981, consiste en garantizar el derecho frente a los eventuales abusos o extralimitaciones de los poderes públicos, en particular y en primer término, del legislador, cualquiera que éste sea, en su tarea reguladora. El contenido esencial constituye, pues, una garantía constitucional en favor del individuo, algo a respetar por el legislador en cada caso competente, no para regular; no es, en definitiva, una técnica que permita determinar lo que al Estado o a las Comunidades Autónomas les corresponde. En términos positivos, pues, tanto el legislador estatal de las condiciones básicas, como el autonómico deben respetar el contenido esencial del derecho de propiedad (art. 53.1 C.E.).”

⁸⁷⁸ STC 61/1997, de 20 de marzo [LA LEY 9921/1997]. “las «condiciones básicas» hacen referencia al contenido primario (STC 154/1988) del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...). En todo caso, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta. Como hemos insistido, si por «condiciones básicas» hubiera de entenderse cualquier condición «material», obligado sería concluir que esa interpretación tan amplia habría de conducir a un solapamiento con otras competencias estatales explicitadas en el art. 149.1 C.E. o, lo que es peor, a una invasión de las competencias autonómicas. [...]. Dentro de esas «condiciones básicas» cabe entender incluidos asimismo aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho (así, respecto de la propiedad privada la demanialización de toda una categoría de bienes definidos por sus características naturales: STC 227/1988, fundamento jurídico 14); los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho (SSTC 5/1981, fundamento jurídico 26; 37/1981, fundamento jurídico 2.); los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho (como la inscripción censal para el derecho de sufragio; STC 154/1988, fundamento jurídico 3.); etc.”

independientemente de su vecindad civil. Al menos a esta conclusión puede llegarse por lo dicho en la Sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional, de 29 de noviembre, cuando dice que la perpetuidad forma parte de la configuración jurídica general del derecho de propiedad.⁸⁷⁹

Se trataría, por lo tanto de una extrapolación de los argumentos del Tribunal Constitucional sobre lo dicho respecto de la propiedad urbana a la propiedad de la vivienda.

Es decir, si las comunidades autónomas, de acuerdo con el Art. 148.1.3ª CE, pueden ejercer sus competencias exclusivas en materia de ordenación del territorio y urbanismo respetando las bases establecidas por el legislador estatal, de acuerdo con el Art. 149.1.1ª CE, para asegurar el contenido básico y primario de la propiedad urbana, lo mismo debería sostenerse respecto de la propiedad de la vivienda si las comunidades autónomas, en ejercicio de su competencia exclusiva en materia de vivienda regularan un régimen especial de la propiedad de la vivienda desarrollando en una ley especial la competencia del Art. 148.1.3ª CE.

En este caso deberían respetar las bases del régimen de la propiedad que tiene por objeto la vivienda establecidas por el legislador estatal y, en defecto de una regulación del Estado sobre las bases la propiedad de la vivienda, podría considerarse que la regulación de la propiedad temporal alteraría el contenido primario del derecho de propiedad y, en consecuencia, la igualdad de los españoles en el ejercicio de sus derechos constitucionales.

2. La propiedad compartida

La LPTPC añadió un capítulo, el VI, en el Título V del Libro V del Código civil de Cataluña, relativo a la propiedad compartida. Esta figura constituye la segunda figura regulada por dicha ley a través de la cual el legislador de Cataluña pretende cumplir los propósitos y finalidades que se recogen en el preámbulo de la misma que se relacionan, fundamentalmente, con facilitar el acceso a la vivienda a través de nuevas tenencias.⁸⁸⁰

⁸⁷⁹ STC 227/1988, de 29 de noviembre [LA LEY 2428/1988].

⁸⁸⁰ NASARRE AZNAR, S., “La propiedad compartida y la propiedad temporal”..., *op.cit.*, p. 797.

Ahora bien, antes de la entrada en vigor de la LPTPC la propiedad compartida ya estaba prevista en la LDV de Cataluña como un instrumento de la Administración para potenciar la vivienda pública. Así, la Ley 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica,⁸⁸¹ por el Art. 162 se modificó el Art. 71 LDV e introdujo la propiedad compartida en la LDV.⁸⁸² Así pues, en esta ley ya se preveía la incorporación en la LDV y, por tanto, la introducción de la propiedad compartida en Cataluña.

En el Art. 54 del Decreto 75/2015, del Plan para el derecho a la vivienda en Cataluña de 2014 también se hacía referencia a la propiedad compartida como una nueva tenencia para acceder a una vivienda de protección oficial.⁸⁸³

2.1. Figura jurídica inspiradora

2.1.1. La *Shared ownership*

A) Introducción

La *shared ownership* es una tenencia inglesa que tiene sus orígenes en las distintas políticas de vivienda adoptadas por el Gobierno británico entre 1960 y 1970, aunque su

⁸⁸¹ Ley 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica [LA LEY 26380/2011].

⁸⁸² Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda [LA LEY 13598/2007].

“1. A los efectos de la presente ley se entiende por propiedad compartida cada una de las formas de acceso a la vivienda protegida intermedias entre el alquiler y la propiedad que implican la transmisión al adquirente del dominio de una parte de la vivienda y la retención del resto por parte de una tercera persona.

2. La figura de la propiedad compartida puede implicar o no la transmisión futura o progresiva y por fases al adquirente del pleno dominio sobre la vivienda.

3. A la parte de la vivienda no transmitida se pueden aplicar las correspondientes ayudas protegidas para el alquiler, según lo establecido por las disposiciones reguladoras de las ayudas para estas tipologías de vivienda.

4. Las administraciones públicas pueden participar en la adquisición de propiedades compartidas.”

NASARRE AZNAR, S., “Les tinences intermitges: combinant assequibilitat, flexibilitat i estabilitat en l'accés a l'habitatge”..., *op.cit.*, p. 12. Esta ley fue la primera que acuñó el término de “propiedad compartida” y lo hacía abriendo paso a la Administración para que pudiera participar en vivienda social mediante la propiedad compartida. Si bien la LPTPC no hace referencia alguna a la Administración, no hay dudas que ésta tiene un importante papel a desarrollar en la implantación de la propiedad compartida.

⁸⁸³ Decret 75/2014, de 29 de maig, del Pla per al dret a l'habitatge [DOGC nº 6633].

mayor estímulo fueron las políticas de vivienda impulsadas por el Gobierno conservador resultante de las elecciones estatales de 1979.⁸⁸⁴

La figura jurídica de la *shared ownership*, tal y como se verá a continuación, no fue implementada hasta el año 1983. Antes de su implementación existían otras tenencias asequibles para el acceso a la vivienda, como son algunas formas de copropiedad y formas de *leasehold* más asequibles, como los *community leasehold projects* de 1970.⁸⁸⁵

A partir de 1980 el Gobierno británico adoptó una serie de políticas de vivienda más explícitas tendientes a la potenciación de la propiedad compartida o *shared ownership*. La Housing Act 1980 contemplaba otras medidas para facilitar el acceso a una vivienda en propiedad, como eran el interés de tipo fijo para las hipotecas y la rehabilitación por renta, entre otras.⁸⁸⁶ Al mismo tiempo, los propietarios de vivienda social, los *social landlords*, impulsaron una forma de propiedad compartida llamada “*Do-it-yourself shared ownership (DIYSO)*”.⁸⁸⁷

⁸⁸⁴ COWAN, D., WALLACE, A., y CARR, H., “Exploring experiences of shared ownership housing: reconciling owning and renting”, University of Bristol, The Leverhulme Trust, University of Kent, Center for housing policy, July 2015, p. 21, 27-29. La *shared ownership* se impulsó en el Reino Unido para favorecer el acceso a la vivienda en un contexto de escasez de nuevos inmuebles y ante un endurecimiento de las condiciones para contratar un préstamo hipotecario. De esta forma, la *shared ownership* permitió comprar cuotas de propiedad a través de préstamos hipotecarios más contenidos porque no se financiaba la adquisición del 100% del dominio, sino solamente una cuota del mismo, sin perjuicio de ir adquiriendo progresivamente más cuotas de propiedad del vendedor. SINN, C., y DAVIS, S., “Shared Ownership 2.0. Towards a fourth mainstream tenure. Interim Report”, p. 5, en <http://www.orbit.org.uk/media/447694/shared-ownership-20.pdf> (visitado el 26 de abril de 2016). SEFTON, M., y RADLEY-GARDNER, O., “Shared ownership leases”, en *New Law Journal*, Issue: 7310, 2008, en <http://www.newlawjournal.co.uk/nlj/content/shared-ownership-leases> (visitado el 28 de abril de 2016).

⁸⁸⁵ COWAN, D., WALLACE, A., y CARR, H., “Exploring experiences of shared ownership housing”..., *op.cit.*, p. 30. WHITEHEAD, C., y MONK, S., “Affordable home ownership after the crisis: England as a demonstration project”, en *International Journal of Housing Market and Analysis*, Volume 4, Issue: 2, 2011, p. 330.

⁸⁸⁶ COWAN, D., WALLACE, A., y CARR, H., “Exploring experiences of shared ownership housing”..., *op.cit.*, p. 30.

⁸⁸⁷ COWAN, D., WALLACE, A., y CARR, H., “Exploring experiences of shared ownership housing”..., *op.cit.*, p. 30. “*DIYSO operated by enabling an existing tenant to buy an alternative property on shared ownership terms; the DIY element was that the tenants themselves could choose the property they wished to purchase on shared ownership terms.*” MULLINS, D., y MURIE, A., *Housing Policy in the UK*, Palgrave Macmillan, New York, 2006, p. 105-106. “*Shared ownership was divided into conventional shared ownership and the more small-scale do-it-yourself shared ownership.* In

A lo largo de las siguientes décadas, los sucesivos gobiernos británicos impulsaron otras políticas de vivienda que pretendían favorecer a los colectivos con más dificultades para acceder a la plena propiedad. Particularmente, el Gobierno progresista británico impulsó en 1999 una nueva modalidad de la propiedad compartida, la *Homebuy*.⁸⁸⁸

Actualmente, parece que la tendencia en el sector inmobiliario inglés tiende cada vez más a potenciar formas de acceso a la vivienda más flexibles y que no supongan un sobreendeudamiento para los ciudadanos, especialmente para los más jóvenes. Sin duda alguna, la potenciación de nuevas tenencias para acceder a la vivienda en un contexto de crisis económica, como la *shared ownership*, supone un cambio en el paradigma del modelo inmobiliario, pues los datos revelan que en el futuro el acceso a la vivienda en plena propiedad va a ir disminuyendo.⁸⁸⁹

conventional shared ownership the supplier, usually a housing association, built a new housing unit and the purchaser part-owned and part-rented it from the supplier.”

⁸⁸⁸ COWAN, D., WALLACE, A., y CARR, H., “Exploring experiences of shared ownership housing”..., *op.cit.*, p. 31. Teniendo en cuenta las diferentes modalidades de *shared ownership* adoptadas por los sucesivos gobiernos británicos, esta tenencia fue abriéndose un hueco en el parque de vivienda inglés. “*Between 1990/91 and 1993/94, shared ownership captured between 11 and 17.5 per cent of the overall development programme for housing associations in England, rising to 28.5 per cent in 1996/97*”. MULLINS, D., y MURIE, A., *Housing Policy in the UK...*, *op.cit.*, p. 105-107. El legislador inglés incorporó la modalidad de *shared ownership* “*homebuy*” en 1999. Se trataba de potenciar cualquier forma de propiedad, es decir, tanto las viviendas que pertenecían a las *housing associations* como las que eran propiedad de particulares. La *shared ownership* y la *homebuy* se hicieron un lugar en el mercado inmobiliario inglés y esto permitió que las *housing associations* recuperaran la inversión realizada en estas tenencias promovidas por el gobierno británico. WHITEHEAD, C., y MONK, S., “Affordable home ownership after the crisis”..., *op.cit.*, p. 330. CALDICOTT, H., “Promoting shared ownership housing options for people with long-term mental health problems”, en *Housing, Care and Support*, Volume 8, Issue 2, 2005, p. 10-13. Algunas *housing associations* también están promoviendo la *shared ownership* entre colectivos con diversidad funcional. Esta tenencia ha contribuido a que colectivos con riesgo de exclusión social vean en la *shared ownership* una tenencia que les permita reinsertarse socialmente y se destaca la corresponsabilidad entre ambas partes para el mantenimiento de la vivienda.

⁸⁸⁹ SINN, C., y DAVIS, S., “Shared Ownership 2.0. Towards a fourth mainstream tenure. Interim Report”, p. 6-7, en <http://www.orbit.org.uk/media/447694/shared-ownership-20.pdf> (visitado el 27 de abril de 2016). Desde 2003 las adquisiciones de viviendas en plena propiedad han disminuido del 71% al 65% y se espera que caigan hasta el 59% en los próximos cinco años. El descenso aún es más destacable entre los menores de 35 años, que están accediendo a una vivienda a través de otras tenencias más asequibles, mientras que las adquisiciones en plena propiedad solo representan el 16% de este colectivo. El mismo estudio destaca las dificultades que tienen los jóvenes para pedir un préstamo hipotecario con una entrada suficiente.

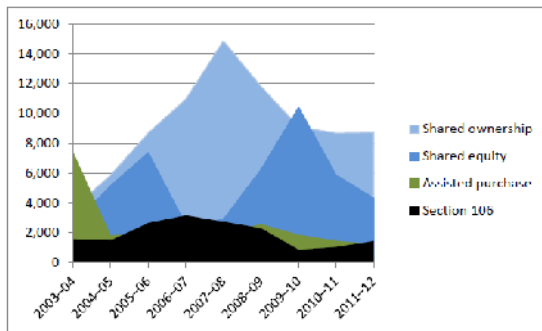


Figura 1: Tenencias asequibles de propiedad en el Reino Unido⁸⁹⁰

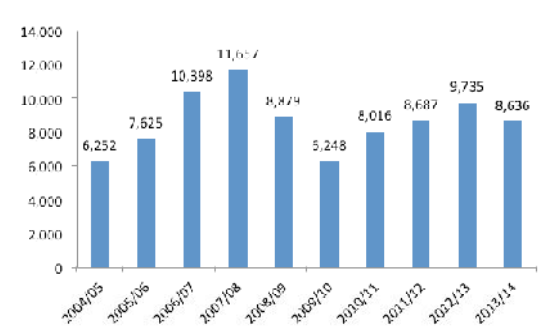


Figura 2: Ventas de shared ownerships por las housing associations⁸⁹¹

B) Concepto

“In its simplest formulation, shared ownership enables a buyer to acquire a share in a property; the remaining share in the property is held by a social housing provider. The buyer formally acquires a long leasehold interest in the property, which represents their share. The lease also sets out the terms and conditions on which the buyer occupies the property. The buyer pays rent on the unpurchased share to the provider. If they have a mortgage on the purchased share, that will also require paying. There is also a service charge, usually payable monthly. Buyers can acquire further shares in the property, often up to 100 per cent – this process is known as “staircasing”. Formally, in law, shared ownership is “social housing” (as defined by the Housing and Regeneration Act 2008).”⁸⁹²

⁸⁹⁰ COWAN, D., WALLACE, A., y CARR, H., “Exploring experiences of shared ownership housing”..., *op.cit.*, p. 22. BRIGHT, S., HOPKINS, N., “Home, Meaning and Identity: Learning from The English Model of Shared Ownership”, en *Housing, Theory and Society*, Volume 28, Issue 4, 2010, p. 378. Aunque la *shared ownership* represente solo el 1% del parque de vivienda del Reino Unido, se puede apreciar en el gráfico que es la tenencia social más utilizada en comparación con otras formas asequibles para acceder a la propiedad.

⁸⁹¹ SINN, C., y DAVIS, S., “Shared Ownership 2.0. Towards a fourth mainstream tenure. Interim Report”, p. 10-11, en <http://www.orbit.org.uk/media/447694/shared-ownership-20.pdf> (visitado el 27 de abril de 2016). Las ventas de viviendas a través de la *shared ownership* están recuperándose y están alcanzando las ventas equivalentes a los años anteriores de la crisis económica.

⁸⁹² COWAN, D., WALLACE, A., y CARR, H., “Exploring experiences of shared ownership housing”..., *op.cit.*, p. 21. WHITEHEAD, C., y MONK, S., “Affordable home ownership after the crisis”..., *op.cit.*, p. 329. Se trata de un tipo de vivienda social que, según lo datos que el informe de la “Homes and Communities Agency Annual Report 2009-2013”, requiere de una inversión más pequeña por parte de los presupuestos públicos que el alquiler social convencional. BRIGHT, S., HOPKINS, N., “Home, Meaning and Identity”..., *op.cit.*, p. 378-379. *Vid.* Art 71 de la Housing and Regeneration Act 2008.

Del anterior párrafo se desprenden las características esenciales de la *shared ownership* inglesa. En primer lugar, se trata de una tenencia inmobiliaria que permite al adquirente del inmueble comprar una cuota de dominio en propiedad, mientras que la cuota restante sigue perteneciendo al *social housing provider*.

En segundo lugar, el uso exclusivo del inmueble pertenece al comprador, pues por este motivo paga una renta al vendedor en función de la cuota inicial de dominio adquirida. Se trata de una paga mensual por tener el comprador el uso y el goce del inmueble en exclusiva, sin que esto sea incompatible con el pago de la hipoteca, a través de la cual se ha financiado la cuota de dominio inicial adquirido.

En tercer lugar, el comprador tiene el derecho “*staircasing*” de ir adquiriendo gradualmente cuotas de dominio, es decir, tiene el derecho de ir adquiriendo gradualmente cuotas de dominio del vendedor y, de esta forma, con el paso del tiempo, podrá adquirir la totalidad del dominio en detrimento del vendedor.⁸⁹³

C) Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de la *shared ownership* ha sido discutida en algunos *legal cases*, aunque el más relevante es el caso *Midland Heart v. Richardson*, en el cual la Sra. Richardson adquirió en 1995 el 50% del dominio de una vivienda a la *Housing Association Midland Heart* por 29.000 libras. El caso es sumamente interesante por lo

⁸⁹³ COWAN, D., WALLACE, A., y CARR, H., “Exploring experiences of shared ownership housing”..., *op.cit.*, p. 71-72. Según el estudio de COWAN, el derecho de adquisición gradual de cuotas de dominio de la *shared ownership* constituye el principal aliciente para los consumidores para adquirir una vivienda en propiedad con el paso del tiempo. No obstante, los datos revelan que en la práctica son pocos los *shared owners* que ejercen este derecho por causas de diversa índole, pero la mayoría se relacionan con los costes asociados al hecho de tener una mayor cuota de dominio sobre la vivienda y al sobrecoste de adquirir más cuotas de dominio cuando los compradores ya están pagando mensualmente la renta por el uso en exclusiva del inmueble. BRIGHT, S., y HOPKINS, N., “Evaluating Legal Models of Affordable Home Ownership in England”, en *University of Oxford. Legal Research Paper Series*, nº 52, 2013, p. 10, 13. SINN, C., y DAVIS, S., “Shared Ownership 2.0. Towards a fourth mainstream tenure. Interim Report”, p. 11, en <http://www.orbit.org.uk/media/447694/shared-ownership-20.pdf> (visitado el 27 de abril de 2016). Aunque sean pocos los *shared owners* que han ejercido su derecho de adquisición de más cuotas de dominio, es importante destacar que, según este estudio, su ejercicio se ha triplicado. SEFTON, M., y RADLEY-GARDNER, O., “Shared ownership leases”, en *New Law Journal*, Issue: 7310, 2008, en <http://www.newlawjournal.co.uk/nlj/content/shared-ownership-leases> (visitado el 28 de abril de 2016). BRIGHT, S., HOPKINS, N., “Home, Meaning and Identity”..., *op.cit.*, p. 379.

que se refiere a la naturaleza jurídica de la *shared ownership* y, a resultas de ello, la protección del *shared owner* en este tipo de tenencia.⁸⁹⁴

Transcurridos 10 años desde la adquisición del 50% del dominio de la finca, la Sra. Richardson se vió obligada a abandonar la vivienda a causa del encarcelamiento de su marido al no poder hacer frente a la renta mensual estipulada por el uso de la totalidad del inmueble. En el caso estudiado, la Sra. Richardson alegaba que su derecho tenía la naturaleza jurídica de un *leasehold* y que, por lo tanto, tenía derecho a participar de la venta del *freehold* de *Midland Heart* por ostentar el 50% del dominio de la finca, es decir, que le fuera reemborsado el valor por el cual adquirió en 1995 el 50% del dominio del inmueble a través de la *shared ownership*.⁸⁹⁵

Sin embargo, el tribunal que enjuició el caso declaró que el derecho de la Sra. Richardson no tenía la naturaleza de un *leasehold*, de conformidad con lo establecido en el Art. 1 de la Law of Property Act 1925, sino que se trataba de una *assured tenancy* de acuerdo con lo prevenido en la Housing Act 1988 que legitima la recuperación de la posesión por el *landlord* ante el impago de las rentas debidas.⁸⁹⁶

⁸⁹⁴ COWAN, D., WALLACE, A., y CARR, H., “Exploring experiences of shared ownership housing”..., *op.cit.*, p. 35, 38.

⁸⁹⁵ MCKEARNEY, C., “Protection for lenders under shared ownership leases”, en Hardwicke, en <http://www.hardwicke.co.uk/insights/articles/protection-for-lenders-under-shared-ownership-leases> (visitado el 26 de abril de 2016).

⁸⁹⁶ WHITEHEAD, C., y MONK, S., “Affordable home ownership after the crisis”..., *op.cit.*, p. 328. Según estos autores, el hecho que la *shared ownership* implique la coexistencia de dos propietarios significa que los derechos dominicales están distribuidos entre ambos, con lo que no se puede equiparar el estatuto jurídico del *shared owner* con el del titular de un *leasehold*. SINN, C., y DAVIS, S., “Shared Ownership 2.0. Towards a fourth mainstream tenure. Interim Report”, p. 22, en <http://www.orbit.org.uk/media/447694/shared-ownership-20.pdf> (visitado el 27 de abril de 2016).

“Another perceived risk and barrier to scale stems from the fact that shared owners are tenants in law and not home owners in the conventional sense.” SEFTON, M., y RADLEY-GARDNER, O., “Shared ownership leases”, en *New Law Journal*, Issue: 7310, 2008, en <http://www.newlawjournal.co.uk/nlj/content/shared-ownership-leases> (visitado el 28 de abril de 2016).

“The householder was not, it seems, the owner of a half share in the property, paying a rent on the other half share that the association still owns. There is no shared ownership at all. What the householder owns is the lease and nothing else, and once the lease has gone then so has the householder’s stake in the property. It is the way these two consequences intersect that makes the result so unpalatable. Once arrears have accrued, the tenant only has a short window of opportunity to pay the debt or lose the whole investment.” BRIGHT, S., HOPKINS, N., “Home, Meaning and Identity”..., *op.cit.*, p. 386, 388. BRIGHT, S., y HOPKINS, N., “Evaluating Legal Models of Affordable Home Ownership in England”..., *op.cit.*, p. 13-15.

Además, en el momento de la pérdida de la cuota inicial del dominio, ésta había aumentado su valor hasta las 70.000 libas y, según el tribunal, no se trató de un enriquecimiento injusto, sino que ello fue consecuencia de la naturaleza del negocio jurídico celebrado.⁸⁹⁷

Recientemente algún autor ha afirmado que la doctrina de algunos *legal cases* enjuiciados en la Corte Suprema puede tener un impacto directo sobre la *shared ownership* en general y, en particular, en cuanto se refiere al reforzamiento del estatuto jurídico del *shared owner*.⁸⁹⁸

Se trata de los casos *Manchester CC v Pinnock* [2010] 3 WLR 1441, [2011] 1 All ER 285 y *Hounslow LBC v Powell* [2011] 2. En ambos casos se quiere proteger al ocupante del inmueble de acuerdo con los principios de los Arts 7 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humano: “*Where it is required in order to give effect to an occupier's article 8 Convention rights, the court's powers of review can, in an appropriate case, extend to reconsidering for itself the facts found by a local authority, or indeed to considering facts which have arisen since the issue of proceedings, by hearing evidence and forming its own view.*”

Para finalizar, otros *legal cases* han reconocido que la *shared ownership* tiene una naturaleza de *long lease*, de conformidad con los Arts. 75 y 76 de la *Commonhold and leasehold Reform Act 2002*.⁸⁹⁹

⁸⁹⁷ COWAN, D., WALLACE, A., y CARR, H., “Exploring experiences of shared ownership housing”..., *op.cit.*, p. 39. “*I am pleased to record, however, that the housing association have offered to repay Miss Richardson's original premium, less rent arrears, costs and the cost of effecting repairs out of any sale proceeds and counsel has confirmed to the court that the housing association intend to stand by that offer. But that still means that Miss Richardson will have lost any capital appreciation between 1995 and now, worth about £45,000, which will represent, in turn, a windfall for the housing association.*”
BRIGHT, S., HOPKINS, N., “Home, Meaning and Identity”..., *op.cit.*, p. 386.

⁸⁹⁸ COWAN, D., “A ticking time bomb?”, en *New Law Journal*, Issue: 7467, en <http://www.newlawjournal.co.uk/nlj/content/ticking-time-bomb-0> (visitado el 26 de abril de 2016).

⁸⁹⁹ COWAN, D., WALLACE, A., y CARR, H., “Exploring experiences of shared ownership housing”..., *op.cit.*, p. 40. *Vid. Corscombe Close Block 8 RTM Co. Ltd v Roseleb Ltd; Brick Farm Management Ltd v Richmond Housing Partnership Ltd.*

D) Cláusulas básicas

La doctrina⁹⁰⁰ ha definido cuáles son las cláusulas típicas de la *shared ownership* y que, a efectos de esta investigación, son importantes para ver las analogías de esta institución en comparación con la propiedad compartida del Código civil de Cataluña.

- a) Cláusula sobre la actualización de la renta que paga el comprador por tener el uso exclusivo del inmueble. La cuantía de la renta se actualiza en función del RPI (Retail Price Index).
- b) Cláusulas relativas al ejercicio del derecho de adquisición gradual o *staircasing*. En el título de constitución de la *shared ownership* se suelen pactar los plazos para el ejercicio del derecho de adquisición gradual del dominio que tiene el comprador, así como las cuotas de dominio que serán adquiridas posteriormente.⁹⁰¹
- c) Cláusulas sobre el denominado “*right of first refusal*”. Se trata de un derecho de tanteo o *pre-emption* que tiene el vendedor si el *shared owner* decide vender su cuota inicial de dominio dentro de un plazo determinado de tiempo.
- d) Cláusulas restrictivas de la facultad de enajenación del *shared owner*. Éste, en el momento en que quiera vender su cuota de dominio, deberá informar al vendedor, es decir, al titular de la mayor parte del dominio del inmueble, y será éste el que propondrá al *shared owner* un potencial comprador de su cuota de dominio.⁹⁰²

⁹⁰⁰ COWAN, D., WALLACE, A., y CARR, H., “Exploring experiences of shared ownership housing”..., *op.cit.*, p. 35. BRIGHT, S., y HOPKINS, N., “Evaluating Legal Models of Affordable Home Ownership in England”..., *op.cit.*, p. 15.

⁹⁰¹ PHAROAH, R., HOLLAND, J., y WOOTTON, R., “A fair share? Understanding residents’ experiences of shared ownership”, p. 13, en http://www.insidehousing.co.uk/journals/2015/10/09/e/l/w/Viridian_SharedOwnership_FINAL.pdf (visitado el 26 de abril de 2016). El derecho de *staircase* o de adquisición gradual de más cuotas de dominio es uno de los grandes incentivos de la *shared ownership*, según este estudio. El 63% de los *shared owners* pacta en el título de constitución de la *shared ownership* que van a adquirir progresivamente más cuotas de dominio para en el futuro adquirir su totalidad, o lo que es lo mismo, el *freehold*. Además, el 43% de los compradores de una cuota de dominio a través de la *shared ownership* manifiesta que ejercerá su derecho de adquisición gradual de más cuotas de dominio dentro de los próximos cinco años y un 4% tiene la intención de adquirir más cuotas de dominio en un plazo de tiempo más breve, con lo que esto es un claro indicador de la voluntad de adquirir en el medio largo plazo la totalidad del dominio.

⁹⁰² BRIGHT, S., y HOPKINS, N., “Evaluating Legal Models of Affordable Home Ownership in England”..., *op.cit.*, p. 15.

- e) Cláusula sobre el derecho de recompra de las cuotas de dominio del *shared owner* por el vendedor.
- f) El comprador está obligado a pagar el coste de todas las reparaciones que precise el inmueble, a pesar de tener solo una parte del dominio. Esto se debe a que el *shared owner* tiene el uso y el goce exclusivo del inmueble.⁹⁰³

2.2. Concepto

El Art. 556-1 CCCat define la propiedad compartida de la forma siguiente: “*La propietat compartida confereix a un dels dos titulars, anomenat propietari material, una quota del domini, la possessió, l’ús i el gaudi del bé i el dret d’adquirir, de manera gradual, la quota restant de l’altre titular, anomenat propietari formal.*”⁹⁰⁴

La definición de la propiedad compartida del Art. 556-1 CCCat dibuja un esquema que, a primera vista, puede resultar más complejo que el diseñado por el Art. 547-1 CCCat respecto de la propiedad temporal.

Aun así, la regulación de la propiedad compartida del Código civil de Cataluña contiene algunos aspectos que van a ser objeto de estudio en las páginas siguientes. Concretamente, los principales interrogantes que plantea la regulación de la propiedad compartida también se relacionan con los elementos imperativos de esta comunidad especial de bienes y, en consecuencia, el poder de las partes para regular sus intereses de acuerdo con el principio de la autonomía privada y los problemas que puede plantear la dinámica de la situación posesoria de los propietarios involucrados en la propiedad compartida.

2.2.1. Los límites de la autonomía privada en la propiedad compartida

Siguiendo el mismo esquema que el utilizado para el análisis de la propiedad temporal, el preámbulo de la LPTPC, destaca la amplia autonomía que tienen los comuneros para regular sus intereses en la comunidad creada con la constitución de una propiedad compartida. No obstante, es evidente que no toda la regulación puede dejarse a la

⁹⁰³ KEMPTON, J., “Mixed tenure estates: Implications for asset management in the registered social landlord sector”, en *Structural Survey*, Volume: 26, Issue: 1, 1998, p. 11.

⁹⁰⁴ Llei 19/2015, del 29 de juliol, d’incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. DOGC nº 6927, de 4 d’agost de 2015.

voluntad de los sujetos involucrados en esta nueva comunidad y, por tanto, la ley señala algunos elementos «tipificadores» que no pueden derogarse por la autonomía privada y que necesariamente tienen que salvaguardarse para no desnaturalizar la propia comunidad.

En los epígrafes siguientes analizaré aquellos elementos que son imperativos de la regulación de la propiedad compartida y que no pueden regularse por las partes, sin que ello impida la correspondiente crítica sobre la opción escogida por el legislador de Cataluña.

A) La exclusión de la acción de división

El segundo párrafo del Art. 556-1 CCCat, después de definir la propiedad compartida, dice que ésta comporta la exclusión del ejercicio de la acción de división por los comuneros.

Se trata de una norma imperativa porque, de lo contrario, se frustraría la finalidad de la propiedad compartida, que no es otra que facilitar la adquisición gradual y progresiva del pleno dominio por el comunero de la menor cuota de dominio en función de su capacidad económica. De esta forma, si cualquiera de los dos comuneros pudiera pedir la división de la cosa común en cualquier momento se frustraría el interés perseguido por el legislador de Cataluña. En consecuencia, la solución adoptada fue la de excluir el ejercicio de la acción de división, sin que las partes puedan acordar pactar lo contrario al respecto.⁹⁰⁵

⁹⁰⁵ LAMBEA LLOP, N., “Art. 556-1. Concepte de propietat compartida”, en NASARRE AZNAR, S., (Coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d’altres normes*, Centre d’Estudis Jurídic i Formació Espacialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 172-173. LAMBEA LLOP, N., “Art. 556-1. Concepto”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 226-228. Se persiguen dos intenciones por parte del legislador. En primer lugar, diferenciar la propiedad compartida de la comunidad de bienes ordinaria indivisa, aunque se apliquen las normas de este tipo de comunidad a la propiedad compartida de forma supletoria. En segundo lugar, se persigue la conservación de la propiedad compartida durante el plazo de tiempo pactado por ambos propietarios o por el plazo legal supletorio.

Se trata de una solución que, como se vio en el estudio de la comunidad especial por turnos, no es extraña en el Código civil de Cataluña, pues ya existen comunidades especiales donde el legislador de Cataluña adoptó la misma opción.⁹⁰⁶

Comparto la opción escogida por el legislador de Cataluña, toda vez que si se hubiera permitido el ejercicio de la acción de división por cualquiera de los comuneros se podría frustrar en cualquier momento el interés de la propiedad compartida, sin que esta nueva comunidad especial de bienes contribuya a alcanzar los propósitos del preámbulo de la LPTPC, que principalmente pretende facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada en Cataluña y reducir el “stock” de viviendas vacías del parque inmobiliario catalán.

B) La cuota inicialmente adquirida de dominio

El Art. 556-4 CCCat dice que la propiedad compartida se constituye por un negocio jurídico *inter vivos* o *mortis causa*, pero señala el Art. 556-4.2.a) CCCat que uno de los elementos que debe reflejarse en el título de constitución es la cuota de dominio inicialmente adquirida por el «propietario material».

Se trata de un elemento que debe constar en el título de constitución que resulta necesario de acuerdo con la opción de política legislativa adoptada por el legislador de Cataluña de configurar la propiedad compartida como una forma de comunidad. Si el «propietario material» no adquiere desde el inicio una cuota de dominio no podría hablarse de comunidad de bienes, de conformidad con el Art. 551-1.1 CCCat, que exige la concurrencia de más de un titular de un bien al mismo tiempo para que se constituya una comunidad de bienes.⁹⁰⁷

⁹⁰⁶ La Dirección General de los Registros y del Notariado se pronunció en varias ocasiones sobre la posibilidad de excluir el ejercicio de la acción de división en aquellas comunidades beneficiosas para todos los comuneros y que el ejercicio de la acción de división implicaría la frustración de la finalidad perseguida.

Vid. RDGRN de 18 de mayo de 1983 [LA LEY 197/1983]. RDGRN de 4 de marzo de 1993 [LA LEY 4245-JF/0000].

⁹⁰⁷ SIMÓN MORENO, H., “Art. 556-4. Constitució”, en NASARRE AZNAR, S., (Coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d’altres normes*, Centre d’Estudis Jurídic i Formació Especialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 191-192. SIMÓN MORENO, H., “Art. 556-4. Constitució”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 250-251.

En el preámbulo de la LPTPC aparece el modelo ideal de propiedad compartida que está en la mente del legislador de Cataluña que, si bien no es un modelo rígido, puede ser un buen punto de partida, aunque el esquema de la propiedad compartida depende de la voluntad de las partes: *“hom creu que la proporció ideal seria d’un 5% de domini adquirit amb capital propi del propietari material, d’un 20% de domini que el propietari material adquireix amb finançament hipotecari i del 75% restant que roman en mans del propietari formal.”*⁹⁰⁸

En este sentido, la ley parece indicar cuál debe ser la cuota de dominio inicialmente adquirida por el comunero que tiene la menor cuota del dominio, sin que ello derogue la autonomía de las partes de acordar una situación de partida diferente.

La planificación que figura en el preámbulo de la LPTPC se inspira en la guía *“Shared ownership: Joint guidance for England* de noviembre de 2012, elaborada por el *Council of Mortgage Lenders, Homes and Communities Agency i la National Housing Federation”*.⁹⁰⁹

La contraprestación económica que pueden acordar las partes por ceder el uso y el goce del bien que poseen en común en exclusiva al «propietario material» depende de la cuota de dominio inicialmente adquirida. Sin embargo, la contraprestación dineraria contemplada, en los Arts 556-4.2.c) y 556-9 CCCat, no se establece como un elemento imperativo de la propiedad compartida, de acuerdo con el tenor literal del artículo 556-4.2.c) CCCat: *“La contraprestació dinerària, si n’hi ha, per a l’exercici en exclusiva de*

⁹⁰⁸ NASARRE AZNAR, S., y SIMÓN MORENO, H., “Fraccionando el dominio”..., *op.cit.*, p. 3.086. *“Esta progresividad en la adquisición conlleva cierta planificación y, en definitiva, una vuelta a la cultura del ahorro. Su derecho de propiedad podría debidamente ser registrado en el Registro de la Propiedad.”* NASARRE AZNAR, S., “La propiedad compartida y la propiedad temporal”..., *op.cit.*, p. 801. Este modelo respeta lo prevenido en la Directiva 2014/17/UE en cuanto a la concesión de préstamos hipotecarios a consumidores para la adquisición de la vivienda habitual.

La idea es que el comprador dé una entrada suficiente para que éste se sienta propietario del inmueble desde el principio, al mismo tiempo que dicha entrada no suponga un freno excesivo para acceder a esta tenencia. También se contempla que un porcentaje importante, el preámbulo dice alrededor del 20%, se adquiera desde el principio con financiación externa (préstamo hipotecario), con lo que el comprador sería propietario en un 25% del dominio total de su vivienda, mientras que el 75% restante estaría en manos del vendedor, por el que percibiría, si así lo acuerdan las partes, una renta por tener el uso y disfrute del total del inmueble el comprador.

⁹⁰⁹ SIMÓN MORENO, H., “Art. 556-4. Constitució”..., *op.cit.*, p. 192. SIMÓN MORENO, H., “Art. 556-4. Constitució”..., *op.cit.*, p. 251.

les facultats dominicals atribuïdes sobre el bé, la seva actualització i els criteris per a determinar-la a mesura que s'exerceixi el dret d'adquisició gradual.”

C) El derecho de adquisición gradual

Entre los elementos de la propiedad compartida que no pueden derogarse por la autonomía privada figura el derecho del comunero titular de la menor cuota de dominio de adquirir más cuotas de dominio del «propietario formal», este es el derecho de adquisición gradual.⁹¹⁰

El Art. 556-4.2.b) dice que este derecho y las condiciones de su ejercicio deben regularse en el título de constitución de la propiedad compartida. Sin embargo, teniendo en cuenta la escasa regulación de este derecho en el Código civil de Cataluña, pueden plantearse algunas dudas sobre la autonomía de las partes para regular este extremo del título de constitución.⁹¹¹

Considero que se trata de un elemento imperativo o sustancial de la propiedad compartida porque es un elemento que necesariamente debe aparecer regulado en el título de constitución de esta forma de propiedad y, además, porque en defecto de pacto el Art. 556-4.2.b) CCCat dice que las cuotas de dominio sucesivamente adquiridas no podrán ser inferiores al 10%: *“El dret d'adquisició gradual i els requisits i les condicions del seu exercici. Si no hi ha pacte, les quotes successivament adquirides no poden ésser inferiors al 10% del total de la propietat.”* Por lo tanto, las partes tienen plena libertad para pactar en el título de constitución las cuotas de dominio que van a ser progresivamente adquiridas por el comunero titular de la menor cuota de dominio y, en defecto de pacto, el Art. 556-4.2.b) CCCat dice que las cuotas serán del 10%.

Por un lado, el Art. 556-11.1.d) CCCat parece conducir a la conclusión de que dicho derecho es un elemento esencial de la propiedad compartida que no puede derogarse

⁹¹⁰ DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op.cit., p. 347. LAMBEA LLOP, N., “Art. 556-1. Concepte de propietat temporal”..., op.cit., p. 171-172. LAMBEA LLOP, N., “Art. 556-1. Concepto”..., op.cit., p. 225-226.

⁹¹¹ DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op.cit., p. 347. Según estos autores hay dos formas de configurar el derecho de adquisición gradual: o bien puede fijarse en el título de constitución una planificación para su ejercicio o puede dejarse al arbitrio del propietario material las condiciones de su ejercicio.

porque la falta de ejercicio de este derecho por el titular temporal conlleva la extinción de la propiedad compartida si se había programado el ejercicio de este derecho en el título de constitución.⁹¹² No obstante, el mismo artículo admite un pacto en sentido contrario, de tal forma que las partes pueden acordar que la falta de ejercicio del derecho de adquisición gradual no conduzca a la extinción de la propiedad compartida.

Por otro lado, puede que los comuneros no acuerden el ejercicio del derecho de adquisición gradual en el título de constitución. En este caso, el comunero titular de la menor cuota del dominio podrá ir adquiriendo cuotas de dominio hasta adquirir la plena propiedad dentro del plazo de tiempo pactado porque si no es así, la propiedad compartida se extingue una vez cumplido el plazo de duración de la propiedad compartida (Art. 556-11.3 CCCat).

Considero que un pacto de las partes para evitar que la propiedad compartida se extinga por la falta de ejercicio del derecho de adquisición gradual no permite afirmar que dicho derecho no sea un elemento sustancial de la propiedad compartida porque, de lo contrario, también se frustraría el interés perseguido por el legislador de Cataluña de flexibilizar el dominio. Si el derecho de adquisición gradual no fuera un elemento inderogable por la autonomía privada se desvanecería la esencia de la propiedad compartida, puesto que nada impide crear una comunidad de bienes al amparo del Art. 551-2.1 CCCat donde se regule un derecho de naturaleza similar a favor de algún comunero, de conformidad con el principio de la autonomía privada.⁹¹³

Una vez se ha constatado que el derecho de adquisición gradual es un elemento imperativo de la propiedad compartida, el Art. 556-4.2.b) CCCat permite a las partes

⁹¹² LAMBEA LLOP, N., “Art. 556-1. Concepte de propietat compartida”..., *op.cit.*, p. 171-172. “Així, el propietari material té el dret, atribuït ex lege, d’adquirir més quota de propietat. Aquest dret a adquirir gradualment més quota és consubstancial a la configuració de la PC, és un element de tipificació d’aquesta, i per tant, no es pot excloure ni pactar en contrari.” LAMBEA LLOP, N., “Art. 556-1. Concepte”..., *op.cit.*, p. 225-226. SIMÓN MORENO, H., “Art. 556-4. Constitució”..., *op.cit.*, p. 192, 193. SIMÓN MORENO, H., “Art. 556-4. Constitució”..., *op.cit.*, p. 251-254.

⁹¹³ PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Institucions...*, *op.cit.*, p.315-318. DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 235. Las comunidades de bienes ordinarias indivisas se rigen, en primer lugar, por la autonomía privada de los comuneros y, supletoriamente, por las disposiciones contenidas en el Código civil de Cataluña.

regular los requisitos y las condiciones de su ejercicio, con lo que se admite el juego de la autonomía privada en este punto.

Los extremos que deben pactar las partes sobre el ejercicio del derecho de adquisición gradual se relacionan con el porcentaje de las cuotas de dominio gradualmente adquiridas por el comunero titular de la menor cuota de dominio y con la periodicidad del ejercicio de este derecho.

De esta forma, el Art. 556-4.2.b) CCCat establece un límite en cuanto al porcentaje de dominio mínimo adquirido por el comunero titular de la menor cuota de dominio, pero no establece ningún límite en cuanto a la periodicidad del ejercicio del derecho de adquisición gradual.

En este sentido, hubiera sido deseable que la ley hubiera limitado la autonomía privada en este punto con el fin de diseñar un esquema para el ejercicio del derecho de adquisición gradual acorde con la finalidad perseguida por la ley, es decir, del mismo modo que el legislador dice que las cuotas de dominio adquiridas por el propietario material no podrán ser inferiores al 10%, hubiera sido deseable que, mediante el establecimiento de unos plazos mínimos para el ejercicio del derecho de adquisición gradual, el legislador hubiera planificado mínimamente la adquisición gradual del dominio a favor del comunero titular de la menor cuota de dominio, no dejando este extremo por completo en manos de la autonomía privada de las partes.

Pero también puede hacerse la misma reflexión en un sentido contrario y considerar que el establecimiento de una periodicidad mínima para el ejercicio del derecho de adquisición gradual hubiera sido perjudicial para conseguir la finalidad perseguida por el legislador, toda vez que muchas propiedades compartidas podrían frustrarse de no ejercerse el derecho de adquisición gradual en los plazos previstos por la falta de liquidez del «propietario material».⁹¹⁴

La valoración de las cuotas y el momento de practicar la valoración también puede ser objeto de pacto por ambos propietarios.⁹¹⁵

⁹¹⁴ NÚÑEZ ZORRILA, M^a. C., “La propiedad temporal y la propiedad compartida”..., *op.cit.*, p. 11.

⁹¹⁵ SIMÓN MORENO, H., “Art. 556-4. Constitución”..., *op.cit.*, p. 194. SIMÓN MORENO, H., “Art. 556-4. Constitución”..., *op.cit.*, p. 253-254.

D) Duración

El Art. 556-4.3 CCCat establece lo siguiente: “*La durada de la propietat compartida és de trenta anys, llevat que les parts fixin un termini diferent que, en cap cas, no pot superar els noranta-nou anys.*”

Nuevamente, el Art. 556-4.3 CCCat admite la posibilidad de que los propietarios pacten la duración de la propiedad compartida, pero esta libertad no es plena, sino que está limitada por la ley por un plazo que no puede ser superior a los 99 años.⁹¹⁶

Al contrario de lo que sucedía en la regulación de la propiedad temporal, la ley no fija un plazo mínimo de duración de la propiedad compartida, puesto que en este caso no se trata de rentabilizar esta forma de propiedad y que el comunero titular de la menor cuota del dominio goce y use el bien durante un período mínimo. En todo caso, principalmente se trata de flexibilizar el acceso a la vivienda, poniendo al alcance de los ciudadanos nuevas tenencias que les permitan adquirir el pleno dominio sin sobreendeudarse, por lo que no tiene sentido hablar de un plazo mínimo de duración.

En consecuencia, en cuanto a la duración de la propiedad compartida, ésta está limitada por un plazo máximo de 99 años si los comuneros deciden pactar este extremo en el título de constitución. En este sentido, el establecimiento de un plazo máximo de duración de 99 años para la propiedad compartida es acorde con la voluntad del legislador de facilitar la adquisición del pleno dominio por el comunero de la menor cuota de dominio a largo plazo y de conformidad con su situación económica, sin que se trate de un plazo excesivamente corto que ponga en peligro la finalidad perseguida por la ley.

Ahora bien, si las partes no acuerdan nada al respecto en el título de constitución sobre la duración de la propiedad compartida, el Art. 556-4.3 CCCat establece que, en defecto de pacto, la duración máxima de la propiedad compartida será de 30 años. Se trata de un plazo de duración que viene a suplir el pacto de las partes en este sentido y que

⁹¹⁶ DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op.cit., p. 348. La planificación del ejercicio del derecho de adquisición gradual en el título constitutivo de la propiedad compartida es una forma tácita de fijar la duración de la propiedad compartida. De esta manera, el plazo supletorio de treinta años solamente será de aplicación si en dicha planificación no se hubiera previsto la adquisición, por el propietario material, del 100% de las cuotas de dominio.

considero adecuado para la adquisición del pleno dominio por el comunero titular de la menor cuota del dominio. Dicho plazo de duración considero que es suficientemente largo para que el «propietario material» adquiriera el pleno dominio y que no se aleja de la duración media para el pago de los préstamos hipotecarios para la adquisición de la vivienda habitual.⁹¹⁷

2.3. Naturaleza jurídica

2.3.1. La propiedad compartida como una comunidad especial de bienes

El primer párrafo del preámbulo de la LPTPC dice que la propiedad temporal y la propiedad compartida son dos nuevas formas de propiedad que se diferencian de los derechos reales en cosa ajena y de los derechos de naturaleza personal: *“Aquesta llei delimita l’estatut jurídic propi de dues formes de propietat, la propietat temporal i la propietat compartida, i les dota d’un contingut mínim i, alhora, específic que permet diferenciar-les clarament dels drets reals en cosa aliena i dels drets de caràcter personal, amb l’objectiu tant de facilitar l’accés a la propietat com de conferir la màxima estabilitat a la situació jurídica real de l’adquirent.”*⁹¹⁸

Sin embargo, esto se matiza con lo dispuesto en el párrafo octavo del mencionado preámbulo, pues luego se afirma que la propiedad compartida se considera una comunidad indivisa: *“La regulació de la propietat compartida, no obstant això, té caràcters propis que la distancien dels censos, ja que es considera una comunitat indivisa, i no pas una de dividida com aquells, però pren dels censos la distinció jurídica entre la propietat material i la formal, per a destacar aquesta configuració.”*

Considero que ambos párrafos no se contradicen porque hay una comunidad de bienes cuando un bien que pertenece a más de un titular (art. 392 CC y 552-1 CCCat).⁹¹⁹

⁹¹⁷ SIMÓN MORENO, H., “Art. 556-4. Constitució”..., *op.cit.*, p. 201. *“la fixació d’un termini de 30 anys sembla coherent amb l’adquisició progressiva de la propietat absoluta (del 75% restant en mans del propietari formal) mitjançant un préstec hipotecari, el que és congruent a més amb el termini mitjà de contractació de préstecs hipotecaris a Espanya (22,3 anys) i el seu termini mig d’amortització (13,4 anys).”* SIMÓN MORENO, H., “Art. 556-4. Constitución”..., *op.cit.*, p. 262.

⁹¹⁸ Llei 19/2015, del 29 de juliol, d’incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. DOGC nº 6927, de 4 d’agost de 2015.

⁹¹⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a., “Comentario al Art. 392 CC”, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1.066-1.072.

Ambos titulares, estos son el «propietario material» y el «propietario formal», lo son al mismo tiempo, aunque con cuotas de propiedad diferentes.

Por esta razón, se afirma que la propiedad compartida es, en realidad, una comunidad especial de bienes porque la propiedad compartida pivota sobre la estructura comunitaria. Precisamente esto se dice en el preámbulo de la LPTPC y, además, el régimen jurídico supletorio de la propiedad compartida, en todo aquello que no estuviere previsto en el título de constitución ni tampoco entre los Arts. 556-1 y 556-12 CCCat, son las normas referidas a la comunidad ordinaria indivisa, en la medida que fuera posible su aplicación.⁹²⁰

Es cierto que la propiedad compartida tiene unos rasgos característicos propios que la dotan de una singularidad frente a la comunidad ordinaria indivisa,⁹²¹ como es el derecho de adquisición gradual, pero la propiedad compartida se asienta sobre una comunidad de bienes por la concurrencia de varios titulares del mismo bien, hecho que no desvirtúa la condición de propietarios de los titulares de las cuotas de dominio por la razón antes apuntada.

Por lo que se refiere a la extinción de la propiedad compartida, si ésta se extingue por las causas c) y d) del Art. 556-11 CCCat convierten la propiedad compartida en una comunidad ordinaria indivisa, lo constituye una muestra inequívoca de la naturaleza jurídica de esta nueva comunidad especial de bienes.

⁹²⁰ DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op.cit., p. 341, 343. *A pesar de que la figura se la denomine «propiedad», y de que para identificar a los titulares se hable de «propietario material» y de «propietario formal», la realidad es que estamos ante una situación de comunidad, como la propia Ley reconoce al ubicar la institución dentro del título quinto del libro quinto dedicado a «las situaciones de comunidad»*. BOSCH CAPDEVILA, E., “La propietat temporal i la propietat compartida”..., op.cit., p. 360, 362-363. LAMBEA LLOP, N., “Art. 556-1. Concepte de propietat compartida”..., op.cit., p. 170-171. LAMBEA LLOP, N., “Art. 556-1. Concepto”..., op.cit., p. 224-225. GETE-ALONSO y CALERA, M^a. del C., “Una primera lectura de la Ley 19/2015”..., op.cit., p. 28-29. NÚÑEZ ZORRILA, M^a. C., “La propiedad temporal y la propiedad compartida”..., op.cit., p. 2.

⁹²¹ DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op.cit., p. 343. La doctrina ha distinguido cuatro rasgos que permiten diferenciar la propiedad compartida de la comunidad ordinaria indivisa: 1) La cesión en exclusiva del bien a favor del propietario material y el pago de una contraprestación dineraria al propietario formal por este motivo; 2) La exclusión de la acción de división; 3) Solamente pueden haber dos propietarios, el formal y el material; y 4) La cuota del propietario formal está gravada con el derecho de adquisición gradual a favor del propietario material.

Se trata del mismo remedio que el Código civil de Cataluña prevé para la comunidad especial por turnos en el Art. 554-8.2 CCCat y en el Art. 553-14 CCCat para la propiedad horizontal. Con esto se quiere decir que, por el hecho de preverse un régimen jurídico supletorio, en este caso el de la comunidad ordinaria indivisa, esto no significa que la propiedad compartida pierda su singularidad respecto de la comunidad ordinaria.⁹²²

Además, la ley concede a los comuneros derechos de tanteo y de retracto para el caso en el que uno de ellos decida enajenar su cuota de dominio, es decir, la ley pretende facilitar la consolidación del 100% del dominio en manos de un comunero.⁹²³

2.3.2. La posibilidad de diseñar una comunidad similar al amparo de la autonomía privada

La LPTPC ha institucionalizado la figura de la propiedad compartida, en destacar precisamente la calidad de propietarios de los comuneros para hacerla más apetecible para los consumidores y para las entidades financieras, pero una comunidad especial de bienes de este tipo o similar podría diseñarse perfectamente con base en los Arts. 392.2 CC y 552-2 CCCat, que prevén que las comunidades de bienes se rijan en primer lugar por lo dispuesto en el título de constitución.⁹²⁴

⁹²² NASARRE AZNAR, S., “La propiedad compartida y la propiedad temporal”..., *op.cit.*, p. 805.

⁹²³ NASARRE AZNAR, S., “La propiedad compartida y la propiedad temporal”..., *op.cit.*, p. 808. El Art. 556-10 CCCat atribuye a ambos propietarios los derechos de tanteo y retracto en caso de enajenación a título oneroso de sus cuotas de dominio sobre el bien, sin perjuicio que en el título de constitución de la propiedad compartida se excluya también el ejercicio de estos derechos, que se regirán por lo dispuesto en el Art. 552-4 CCCat.

Se trata de unos instrumentos que tienden a facilitar que la situación de comunidad sobre el bien desaparezca y que cualquier comunero pueda adquirir el 100% del dominio del bien. Esto permite que cada comunero pueda disponer libremente de su cuota de propiedad sin necesitar el consentimiento del otro para enajenar su cuota, pero esta libertad de disposición se compensa concediendo a ambos titulares derechos de tanteo y de retracto recíprocos para unificar la propiedad, aunque dichos derechos pueden excluirse en el título de constitución.

⁹²⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a., “Comentario al Art. 392 CC”..., *op.cit.*, p. 1.071. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial III...*, *op.cit.*, p. 1.027. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código civil. Comentado y con jurisprudencia...*, *op.cit.*, p. 447. ESPÍN ALBA, I., “Comentario al Art. 392 CC”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Madrid, 2010, p. 517. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código civil...*, *op.cit.*, p. 546-547.

La propiedad compartida tiene una estructura comunitaria donde los comuneros son titulares, al mismo tiempo, si bien con cuotas diferentes de dominio, del objeto de esta comunidad. La regulación de la propiedad compartida del Código civil de Cataluña implica que el ejercicio de la mayor parte de las facultades domociales correspondan al comunero titular de la menor cuota del dominio per que, sin embargo, se reconoce al comunero de la cuota mayoritaria el derecho a disponer *inter vivos* o *mortis causa* de su cuota de dominio (art. 556-8 CCCat).⁹²⁵

El hecho que el comunero de la mayor cuota de dominio no pueda usar y gozar la cosa de su propiedad porque estas facultades se han cedido en exclusiva al «propietario material» y a cambio recibe una contraprestación económica de una naturaleza similar a la de un alquiler, también considero que es perfectamente pactable en el seno de una comunidad de bienes indivisa, toda vez que un pacto de este tipo se ampararía en el principio de la autonomía privada de los copropietarios plasmada en el título constitutivo de la propiedad compartida y, además, una regla de este tipo sobre el objeto de la propiedad compartida tampoco de opondría a lo dispuesto en los Arts. 394 CC y 552-3 CCCat sobre el uso y el goce de la cosa común.⁹²⁶

⁹²⁵ El estatuto jurídico del propietario formal es mucho más simple y el Código civil de Cataluña solo dedica el Art. 556-8 CCCat para enumerar las facultades de este propietario que básicamente son dos.

Tiene completa disposición sobre su cuota (art. 556-8.a) CCCat), es decir, el propietario formal la puede hipotecar, gravar o enajenar, sin perjuicio que, igual que el propietario material, comunique al propietario material quién es el nuevo propietario formal. Mientras no haga la comunicación, son eficaces los pagos y las notificaciones hechas por el propietario material al anterior propietario formal (art. 556-9.4 CCCat).

Tiene el derecho de acceder al inmueble, si el bien objeto de la propiedad compartida es un inmueble, para comprobar su estado y, en el caso que esté el peligro su subsistencia o el inmueble se devalúe en un 20% o más, puede exigir al propietario material que haga obras y que se haga cargo de ellas.

Lo normal sería que esto no sucediera porque el propietario material es propietario del bien desde buen principio, pero si se diera el caso, el propietario formal, como cotitular del bien objeto de la propiedad compartida, podría reaccionar solicitando al juez la adopción de cualquier medida cautelar (art. 556-8.b) CCCat). NASARRE AZNAR, S., “La propiedad compartida y la propiedad temporal”..., *op.cit.*, p. 811. Según este autor, “*Esa medida no debe verse necesariamente como un “control” del propietario formal sobre el material, que le impida gozar de ser un auténtico propietario. Es que un auténtico propietario ya no puede actuar con tal negligencia o dolo aunque lo fuera absoluto, tanto por las relaciones de vecindad [...]; o, incluso, por la propia función social de la propiedad*”. NASARRE AZNAR, S., y SIMÓN MORENO, H., “Fraccionando el dominio”..., *op.cit.*, p. 3.087.

⁹²⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a., “Comentario al Art. 394 CC”..., *op.cit.*, p. 1.075-1.078. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*..., *op.cit.*, p. 450. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código civil*..., *op.cit.*, p. 549. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial III*..., *op.cit.*, p. 1.029. “*Cada comunero o partícipe en la comunidad tiene la facultad de usar y disfrutar las cosas comunes. Nuestro*

El Art. 394 CC establece que cada codueño podrá servirse de las cosas comunes “*de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho*”. Si la comunidad especial de bienes de la propiedad compartida tiene como finalidad que el comunero titular de la menor cuota de propiedad vaya adquiriendo cuotas de dominio del «propietario formal», no veo inconveniente en pactar este tipo de uso en exclusiva para el «propietario material».

Ahora bien, es necesario destacar en este punto que la cesión en exclusiva del uso a uno de los codueños en el seno de una comunidad de bienes a cambio de una contraprestación económica es considerada un arrendamiento por la doctrina y por el Tribunal Supremo. Esto extremo sí que sería un rasgo determinante para estimar la naturaleza jurídica propia de la propiedad compartida frente a la comunidad de bienes ordinaria indivisa. En el caso de la propiedad compartida el propietario material tiene el uso en exclusiva de la cosa a cambio de una contraprestación económica a favor del propietario formal, pero esto no implica que se trate de un arrendatario, sino que éste sigue siendo propietario.⁹²⁷

Código respeta en este punto, [...], los pactos o acuerdos que al efecto celebren entre sí los comuneros. [...] Con carácter general, sin embargo, y para todos aquellos casos en que los comuneros no hubieran previsto un sistema de utilización o de disfrute, nuestro Código establece la norma subsidiaria que consagra la facultad de cada partícipe para servirse o utilizar las cosas comunes.”

⁹²⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a., “Comentario al Art. 394 CC”..., *op.cit.*, p. 1.076. De hecho la doctrina ha afirmado que cuando el objeto de la comunidad de bienes se cede en exclusiva a favor de un codueño a cambio de una contraprestación se está ante un arrendamiento. “*El pacto por el que se cede el uso de los codueños por un precio, se duda, en ocasiones, si es o no un arrendamiento. Debe considerarse arrendamiento si se ha conferido la facultad de usar en exclusiva la parte del otro u otros, a cambio de una renta o canon*”. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Art. 398 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 1.094. “*Tampoco se puede privar a un codueño de su parte en el uso y disfrute de la cosa, pero se puede tomar acuerdos sobre el uso que sustituyan el uso directo por el indirecto o regulen el uso*”.

Vid. STS de 26 de enero de 1987 [Repertorio de Jurisprudencia, t. LIV, v. I, Aranzadi, Pamplona, 1987, p. 290-291. “[...] pues parte del hecho, no probado, de que la relación jurídica establecida entre los recurrentes y la usufructuaria fue un arrendamiento sometido a la legislación especial citada, cuando lo acreditado han sido las prestaciones recíprocas, por un lado cesión de posesión de ciertos inmuebles, y, por otro, la prestación de un indefinido servicio de asistencia a la cedente de la posesión por parte de los recurrentes, sin prueba alguna de que satisficieran un precio cierto, que es de esencia en el arrendamiento de cosas, según exige el Art. mil quinientos cuarenta y tres del Código Civil; de tal forma que si no se prueba esa certeza el arriendo es ineficaz.”

2.3.3. La inexistencia de una situación de dominio dividido

La existencia de una situación de cotitularidad en el derecho de propiedad y el consiguiente reparto de facultades dominicales, entiendo que no va en contra de la concepción unitaria y exclusiva del derecho de propiedad, de acuerdo con la base comunitaria de la propiedad compartida. En toda comunidad de bienes se produce la concurrencia de varias titularidades dominicales sobre un mismo bien y el reparto de las facultades de uso del mismo entre los comuneros es amparado por los Arts. 392 y 551-2.1 CCCat, sin perjuicio de tener en consideración las observaciones que ha hecho la doctrina sobre la atribución del uso en exclusiva a uno de los comuneros.

En consecuencia, en la propiedad compartida no se produce una situación de dominio dividido, sino que se trata de una forma de disfrute de la propiedad que, con base en la estructura comunitaria sobre la cual pivota, se produce una distribución de las facultades dominicales entre los comuneros.⁹²⁸ Esto se afirma en el preámbulo de la LPTPC que inmediatamente después de decir que la propiedad compartida presenta ciertas analogías con los censos, descarta que se esté ante un supuesto de dominio dividido.

Considero que tampoco puede conducir a la conclusión de que se trata de un supuesto de dominio dividido por la terminología que utiliza la ley para referirse a los comuneros. Es decir las denominaciones de «propietario material» y de «propietario formal» para referirse al comunero titular de la menor cuota de dominio y al comunero de la mayor cuota de dominio, respectivamente, no implican que la ley esté regulando una forma de propiedad que implica una situación de dominio dividido, sino que dicha terminología se usa para diferenciar su estatuto jurídico de los comuneros de esta comunidad especial de bienes.

2.3.4. Crítica a la importación de la *Shared ownership* en el Código civil de Cataluña como una nueva comunidad especial de bienes

La propiedad compartida del Código civil de Cataluña se inspira en la tenencia inglesa de la *shared ownership*, pues se trata de una institución en la cual se relacionan, como

⁹²⁸ DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op.cit., p. 343. “no estamos ni ante un supuesto de dominio dividido, ni ante un derecho real en cosa ajena. No se trata de una división del dominio, sino de una distribución de las facultades que corresponden a los copropietarios”.

mínimo, dos titulares o copropietarios, el «propietario material» (el *shared owner*) y el «propietario formal» (*household*), y se pretende facilitar la adquisición gradual del pleno dominio en función de las necesidades y de la situación económica del «propietario material».

El Código civil de Cataluña regula la propiedad compartida dentro del Título V, de las situaciones de comunidad, del Libro quinto. Se trata, por lo tanto, de una figura jurídica de naturaleza inequívocamente real, toda vez que la propiedad compartida se configura como una comunidad especial de bienes. El «propietario material» y el «propietario formal» son los verdaderos copropietarios del bien, aunque en esta nueva comunidad especial de bienes se alteran las reglas sobre el uso de la cosa que se tiene en copropiedad para asignarse la posesión y el uso en exclusiva de la misma al «propietario material».

No obstante, la propiedad compartida del Código civil de Cataluña, si bien en el preámbulo de la Ley 19/2015 se dice que la finalidad perseguida por el legislador es facilitar el acceso a la vivienda, el Art. 556-2 CCCat contempla que pueda constituirse una propiedad compartida sobre un bien mueble que, por su naturaleza, no están destinados a satisfacer, principalmente, necesidades de vivienda.

Con semejante previsión puede que se haya desdibujado la finalidad perseguida por el legislador y que regulando la propiedad compartida en el Código civil de Cataluña como una nueva comunidad especial de bienes que puede constituirse sobre bienes muebles e inmuebles no pueda traducirse la función social perseguida por el legislador de Cataluña en un conjunto de derechos, deberes y obligaciones que se reconozcan e impongan a los copropietarios y a los principales actores del sector de la vivienda para facilitar el acceso a la vivienda a los particulares.

Por este motivo, puede que, de acuerdo con la experiencia inglesa, la opción más adecuada hubiera sido regular la propiedad compartida reformando el Art. 71.4 LDV para completar la regulación de esta tenencia y, de esta forma, limitar el objeto de esta nueva comunidad especial a los bienes inmuebles para satisfacer necesidades de vivienda, de conformidad con la función social que parece que el legislador persigue en el preámbulo de la LPTPC de facilitar el acceso a la vivienda en propiedad.

De hecho, si se tiene en consideración la experiencia inglesa, podría decirse que la regulación de la propiedad compartida en una ley especial hubiera sido el mejor instrumento para facilitar el acceso a la vivienda desde la Administración, toda vez que las oficinas locales de vivienda podrían asumir unas funciones parecidas a las de las *Housing associations* y centrar los esfuerzos en los colectivos más necesitados.

No obstante, la opción de configurar la propiedad compartida como una comunidad especial de bienes, independientemente que el legislador haya preferido introducirla en el Código civil de Cataluña en lugar de reformar la LDV, es acorde con el sistema de derechos reales y de la propiedad del Ordenamiento jurídico español. Es decir, la propiedad compartida, en la medida en que participan varios titulares dominicales del bien, necesariamente tiene que configurarse como una comunidad de bienes, de acuerdo con el Art. 392 CC y 551-1 CCCat. La concurrencia de titularidades dominicales sobre un mismo bien determina la constitución de una comunidad de bienes, de conformidad con los artículos antes citados.

Pero si la propiedad compartida se inspira en la *shared ownership*, las comparaciones entre ambas figuras jurídicas y su naturaleza no son forzadas.

En el Derecho inglés, la *shared ownership* ha sido impulsada por los gobiernos británicos desde la los años ochenta con una clara finalidad: hacer que la vivienda fuese más accesible en un contexto de endurecimiento de los créditos hipotecarios y de falta de nuevas viviendas. De ahí que se configure como una *assured tenancy* de acuerdo con lo prevenido en la Housing Act 1988.

No obstante, en lo referido a la naturaleza jurídica es donde pueden encontrarse las principales diferencias entre la propiedad compartida catalana y la *shared ownership* inglesa. En el caso *Midland Heart v. Richardson* se determinó que la *shared ownership* no tiene la naturaleza de un *leasehold* y, por tanto, de *un property right in respect of land*, sino que se trata de un tipo de *assured tenancy* y, en consecuencia, la protección del *shared owner* es menor porque su derecho no tiene naturaleza real, sino que sus efectos se limitan en el campo de las obligaciones personales.

Es decir, a raíz del caso *Midland Heart v. Richardson*, la *Shared ownership* inglesa no puede configurarse como una forma de copropiedad,⁹²⁹ sino que se trata de una tenencia de naturaleza personal.

⁹²⁹ SWADLING, W., "Property: General Principles"..., *op.cit.*, p. 265. BURN, E. H., *Modern Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 453-462. STEVENS, J., y PEARCE, R. A., *Land law...*, *op.cit.*, p. 200-202. GRAY, K., y FRANCIS GRAY, S., *Land Law...*, *op.cit.*, p. 290-294. DIXON, M., *Modern Land Law...*, *op.cit.*, p. 124-127. THOMPSON, M. P., *Modern Land Law...*, *op.cit.*, p. 307-313. MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property...*, *op.cit.*, p. 496-501. LAWSON, F. H., y RUDDEN, B., *The law of property...*, *op.cit.*, p. 82-83. RIDDALL, J. G., *Introduction to land law...*, *op.cit.*, p. 142-144. GARDNER, S., *An introduction to Land Law...*, *op.cit.*, p. 263-268.

En el derecho inglés pueden distinguirse dos tipos de copropiedades que, en cierta medida, funcionan como la comunidad de bienes de mano común o germánica y la comunidad de bienes romana del derecho continental.

En las *Joint tenancy*, ningún *tenant* ostenta un derecho de propiedad individual sobre la cosa común, es decir, que ésta pertenece al conjunto de propietarios en su conjunto considerados.

En las *joint tenancies* cada uno de los copropietarios tiene un derecho de acrecimiento sobre la cuota de propiedad de los demás copropietarios, el *jus accrescendi*, hasta que el último copropietario adquiere la totalidad de la propiedad de la cosa común. El derecho de los copropietarios de adquirir los derechos de propiedad de los otros comuneros a medida que éstos van muriendo también se ha llamado *right of survivorship*.

En este tipo de copropiedades existen cuatro principios rectores fundamentales:

- *Unity of possession*: El derecho de cada *tenant* recae sobre el conjunto de la cosa que tienen todos en copropiedad, es decir, el derecho de cada *tenant* no puede individualizarse y dividirse en propiedades diferentes de la cosa común. Si el derecho de cada *tenant* se divide y recae sobre una parte de la cosa ya no se está ante una situación de *joint tenancy*, sino que se trataría de una *tenancy in common*.

La doctrina ha discutido qué ocurre cuando un copropietario, en el seno de una *joint tenancy*, ocupa toda la cosa común o toma todas las rentas o provechos de la cosa de forma exclusiva, excluyendo a los demás. En este tipo de copropiedades ningún copropietario tiene un mejor derecho frente a los demás y, por lo tanto, el aprovechamiento en exclusiva de la cosa común no es compatible en las *joint tenancies*.

- *Unity of interest*: En la *joint tenancy* el interés de los *tenants* debe ser el mismo, de la misma naturaleza. Esto también implica que el derecho de cada *tenant* no puede ser representado a través de cuotas porque todos tienen el mismo derecho sobre la totalidad de la cosa. Por ejemplo, no puede constituirse una *joint tenancy* entre *tenants* cuyos derechos son de diferente naturaleza, *freeholds* o *leaseholds*, o duración. No obstante, los frutos que la cosa produzca serán divididos entre todos los copropietarios.

Los *tenants* tienen que tomar las decisiones conjuntamente sobre la cosa que tienen en copropiedad, puesto que no es posible que cada uno enajene una parte del bien que se corresponda con su cuota de dominio.

- *Unity of title*: El derecho de los *tenants* se estipula en el mismo título o documento. Esto se satisface si los diferentes *tenants* adquieren su derecho en la misma escritura o si toman posesión de la cosa común en el mismo tiempo.
- *Unity of time*: Los intereses de los *tenants* deben ser coincidentes en el tiempo.

A pesar de dicha diferencia sobre la naturaleza jurídica de ambas instituciones y de la regulación de la propiedad compartida contenida en el Código civil de Cataluña en lugar de regularse en una ley especial, no se detectan más diferencias y puede afirmarse que la propiedad compartida es una importación de la *shared ownership* inglesa en Cataluña para facilitar el acceso a la vivienda a través de tenencias más flexibles que no supongan un sobreendeudamiento para el particular.

2.4. Régimen jurídico

En primer lugar, de acuerdo con el preámbulo de la LPTPC, la mayor parte de la regulación de la propiedad compartida es dispositiva por la autonomía privada de las partes. El propietario material y el formal pueden pactar la mayoría de aspectos de la propiedad compartida, excepto aquellos elementos que son esenciales de la institución. Es decir, las partes pueden pactar todos los aspectos que consideren convenientes en el título de constitución de la propiedad compartida, pero no pueden impedir el ejercicio del derecho de adquisición gradual por el «propietario material»; la posesión, el uso y el

Los copropietarios tienen el derecho de *severance*, es decir, de pedir la separación de la comunidad y que la *joint tenancy* pase a ser una *tenancy in common*, pero si la *joint tenancy* está formada por más de dos copropietarios y uno de ellos quiere separarse, sólo éste se convertirá en un *tenant in common*, mientras que los demás copropietarios no perderán su condición de *joint tenants*.

Por su parte, la *tenancy in common* podría equipararse a la comunidad ordinaria romana del CC y del CCCat. La diferencia fundamental entre la *joint tenancy* y la *tenancy in common* se encuentra en los derechos de los *tenants*. Éstos pueden disponer individualmente de su derecho *inter vivos* o *mortis causa*. Cada uno de los *tenants* tiene su derecho representado en una cuota o *share*.

Si cada uno de los *tenants* puede disponer de su derecho individualmente y su derecho es representado mediante *shares*, puede deducirse que en este tipo de comunidades no siguen unos principios rectores como las *joint tenancies*, pero sí que rige el principio de la unidad en la posesión de la cosa.

En este tipo de comunidades no existe el derecho de propiedad del último copropietario, es decir, el conocido como *right of survivorship*. En las *joint tenancies* se ha visto que el último copropietario se convierte en el propietario de la totalidad de la cosa común, cosa que no ocurre en las *tenancies in common* porque cada comunero tiene una cuota de propiedad sobre la cosa de la cual puede disponer *inter vivos* o *mortis causa*.

En los dos tipos de copropiedades rige, como mínimo, el principio de unidad en la posesión de la cosa. En consecuencia, cada *tenant* tiene el derecho de servirse de la cosa común, junto con los demás copropietarios e independientemente de su cuota de propiedad.

Esto implica que, si uno de ellos usa la cosa común, los otros no pueden reclamar una renta porque también están en condiciones de usar y disfrutar de la cosa.

goce en exclusiva atribuidos a este comunero; y no pueden pactar el ejercicio de la acción de división ni una duración de la propiedad compartida superior a los 99 años.⁹³⁰

En segundo lugar, todo lo que no se hubiere previsto en el título de constitución de la propiedad compartida se regirá por las normas contenidas en el capítulo VI del título V del libro V del Código civil de Cataluña, referentes a la propiedad compartida.

En tercer lugar, el Art. 556-3 prevé que, en último lugar, se estará a lo dispuesto en las normas relativas a la comunidad ordinaria indivisa y a los derechos de adquisición, en todo aquello que fuera compatible con la regulación de la propiedad compartida para suplir la omisiones del título constitutivo que no puedan integrarse con las normas que el Código civil de Cataluña dedica a esta institución.

La aplicación supletoria de las normas referidas a la comunidad de bienes ordinaria indivisa se justifica por la base comunitaria de la comunidad de bienes, puesto que el todos los comuneros son titulares, al mismo tiempo, del bien objeto de la propiedad compartida.

Sin embargo, aunque la propiedad compartida se configure como una comunidad especial de bienes, hay que destacar que existen diferencias importantes entre ambas instituciones. Por ejemplo, la atribución de la posesión, el uso y el goce del bien de la propiedad compartida a favor del propietario material no se da en las comunidades ordinarias indivisas (Arts. 552-1 CCCat y 552-6 CCCat); la exclusión de la acción de división en la propiedad compartida cuando su ejercicio es esencial en la comunidad de bienes ordinaria indivisa (Arts. 552-9 CCCat 552-10 CCCat y 552-11 CCCat). Además, en la propiedad compartida, es el comunero de la menor cuota de dominio el que tiene que hacerse cargo de los gastos y de los impuestos (Art. 556-7. c) CCCat), mientras que en la comunidad de bienes indivisa todos los comuneros tienen que contribuir en función de su cuota (Art. 552-8 CCCat).

⁹³⁰ LAMBEA LLOP, N., “Art. 556-3. Règim jurídic”, en NASARRE AZNAR, S., (Coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d’altres normes*, Centre d’Estudis Jurídic i Formació Espacialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 184-185. LAMBEA LLOP, N., “Art. 556-3. Régimen jurídico”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 241-245.

Por lo tanto, estos aspectos tendrán que ser tenidos en consideración cuando el Art. 556-3 CCCat dice que la propiedad compartida, en todo aquello que no se hubiere previsto en el título de constitución y en las normas que el Código civil de Cataluña le dedica, se regirá por las normas relativas a la comunidad de bienes indivisa y a los derechos de adquisición, “*en allò en què hi siguin compatibles.*”

2.5. *El título constitutivo de la propiedad compartida y su inscripción*

El Art. 556-4 CCCat prevé que la propiedad compartida se constituya a través del otorgamiento del correspondiente título constitutivo. Por tanto, es importante detenerse en el estudio de su naturaleza jurídica, pues de ello depende que el legislador de Cataluña estuviera diseñando una comunidad especial de bienes o si, en caso contrario, su intención era crear un nuevo régimen especial de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria.

2.5.1. Naturaleza jurídica

Ya se ha visto que en la regulación de la propiedad temporal, el legislador de Cataluña no previó la constitución de la misma a través de un título constitutivo, hecho que fue criticado por la doctrina, y de ahí las confusiones que puede plantear la regulación de la propiedad temporal, pues sin la constitución de la misma por el correspondiente título constitutivo, podría conducir a la conclusión de que, lo que hizo realmente el legislador de Cataluña, fue crear un nuevo régimen de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria basado en la temporalidad del dominio.

Según la doctrina, la constitución de la propiedad compartida se configura como un acto dispositivo del derecho de propiedad y, por tanto, solo podrá constituirla quien tenga la propiedad originaria del bien.⁹³¹

⁹³¹ BOSCH CAPDEVILA, E., “La propietat temporal i la propietat compartida”..., *op.cit.*, p. 364. DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 345. “La constitución de la propiedad compartida supone la transmisión de una cuota de propiedad y el gravamen de la cuota retenida con un derecho de opción.” Sobre la facultad de disposición, *vid.* DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. VI Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 38. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, *op.cit.*, p. 232. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 263-264.

El otorgamiento del título constitutivo y la consiguiente constitución de la propiedad compartida, como consecuencia del ejercicio de la facultad de disposición⁹³² del propietario originario que dispone de su propiedad plena, puede equipararse a la constitución de los derechos reales en cosa ajena u otras comunidades especiales como la comunidad especial por turnos del Código civil de Cataluña,⁹³³ o la propiedad horizontal en Cataluña,⁹³⁴ en virtud del cual el propietario grava su propiedad y “vende”⁹³⁵ una cuota del dominio al «propietario material».

Con esta configuración del título constitutivo de la propiedad compartida, es decir, como acto dispositivo del propietario originario que vende una cuota de su propiedad, impide que pueda hablarse de una hipotética creación del un nuevo régimen de la

⁹³² ANDERSON, M., *El dret civil català davant la transposició de la directiva 2008/122...*, *op.cit.*, p. 54. A la misma conclusión puede llegarse respecto del otorgamiento del título constitutivo de la comunidad especial por turnos.

⁹³³ GONZÁLEZ BOU, E., “La comunitat especial per tornos”..., *op.cit.*, p. 159. “*es tracta d’un acte que excedeix de la pura administració per configurar-se com un negoci dispositiu*”.

⁹³⁴ ECHEVERRÍA SUMMERS, F. M., “Art. 5” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 5ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 147. “*En cuanto a la naturaleza del título constitutivo, constituye un negocio jurídico, puesto que es un acto derivado de la autonomía de la voluntad de los particulares que reglamenta una relación o situación jurídica determinada. Es. Además, un negocio jurídico de carácter dispositivo, entendiendo por tal aquel acto que transmite, grava o extingue un bien o derecho, o, de modo general, produce respecto del mismo cualquier modificación jurídica.*”

⁹³⁵ *Vid.* Directiva 2014/17/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010 [LA LEY 2640/2014]. En la Directiva 2014/17/UE de crédito inmobiliario se regula un tipo de contrato de financiación de bienes inmuebles de uso residencial que podría servir para la financiación de la propiedad compartida del Código civil de Cataluña. Se trata del “contrato de crédito sobre capital compartido” que se define en el apartado 25 del Art. 4 de dicha directiva como: “*un contrato de crédito en el que el capital que se ha de reembolsar está determinado por un porcentaje, establecido en el contrato, del valor del bien inmueble en el momento del reembolso o de los reembolsos del capital*”. Son un tipo de contrato de financiación para la adquisición de un inmueble que se contrata cuando dos personas compran una vivienda destinada a ser la residencia de una de ellas, que, es la que, precisamente, no puede comprarla por sí sola por carecer de suficientes recursos económicos. En este contrato, la parte que tiene capacidad financiera, interviene tan solo como financiador, mientras que la otra parte será la que tenga el uso y el goce del inmueble en exclusiva.

propiedad mobiliaria e inmobiliaria, equiparable al régimen jurídico de la propiedad horizontal.⁹³⁶

En efecto, la propiedad compartida no puede ser configurada como un régimen de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, toda vez que el otorgamiento del título constitutivo de la misma es un acto voluntario de los copropietarios y, de esta forma, mediante el necesario otorgamiento del título constitutivo de la propiedad compartida, se impide que se creen propiedades compartidas de hecho, pues la única comunidad que se crea de hecho por la concurrencia de dos o más propietarios es la comunidad ordinaria indivisa del Art. 552-1 CCCat.

Asimismo, la previsión del Art. 556-2 CCCat de que la propiedad compartida puede constituirse sobre un bien mueble constituye una característica que sirve, precisamente, para destacar que la propiedad compartida atribuye al objeto una cualidad real específica y nueva del mismo que determinará su configuración y las relaciones entre los comuneros, pero no implica la creación de un nuevo régimen jurídico inmobiliario, a diferencia de la comunidad especial por turnos del Código civil de Cataluña,⁹³⁷ porque aquélla puede constituirse, también, sobre un bien mueble. Así pues, en la propiedad compartida no se distingue entre la constitución de la misma y la entrada en vigor de un

⁹³⁶ En Cataluña, la propiedad horizontal se configura como una situación de comunidad. *Vid.* DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 257-258. PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Instituciones...*, *op.cit.*, p.373.

Por su parte, la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal regula el régimen de la propiedad horizontal que, principalmente, se configura como un régimen especial de propiedad, sin olvidar que, de conformidad con la evolución histórica de la institución, la propiedad horizontal también implica un régimen especial de comunidad de bienes.

Vid. Exposición de motivos de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal [46/1960]. “*La propiedad horizontal hizo su irrupción en los ordenamientos jurídicos como una modalidad de la comunidad de bienes. El progresivo desenvolvimiento de la institución ha tendido principalmente a subrayar los perfiles que la independizan de la comunidad.*” Por lo que respecta a su naturaleza comunitaria, *vid.* RDGRN de 30 de agosto de 2013 [145206/2013].

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. VI Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 99. “*la propiedad horizontal aparece como una suma de las dos situaciones, propiedad exclusiva y comunidad, que se suman o yuxtaponen.*” BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Art. 1” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 23-25.

⁹³⁷ Sobre la distinción entre la constitución de la comunidad especial por turnos y el nacimiento de esta comunidad especial, *vid.* ANDERSON, M., *El dret civil català davant la transposició de la directiva 2008/122...*, *op.cit.*, p. 56-69.

régimen jurídico inmobiliario, a diferencia de los que sucede con la comunidad especial por turnos.

En consecuencia, el otorgamiento del título constitutivo de la propiedad compartida se configura como un negocio jurídico dispositivo realizado por quien es el propietario originario del bien, pues es el único que tiene poder de disposición sobre el mismo y, de conformidad con el Art. 556-4 CCCat, dicho negocio jurídico puede ser *inter vivos* como *mortis causa* y a título oneroso o gratuito.

La redacción de los artículos que el Código civil de Cataluña dedica al título constitutivo de la propiedad compartida induce a la conclusión de que el supuesto más habitual de constitución de la propiedad compartida es aquel en el cual el propietario originario del bien vende la «propiedad material» del bien, es decir, una cuota del dominio y el derecho de uso exclusivo del mismo, mientras que aquél se reserva la «propiedad formal». Pero también podría ser perfectamente posible que el propietario originario cediera la «propiedad formal» y se reservara la «propiedad material».⁹³⁸

Los anteriores serían supuestos de constitución de la propiedad compartida a título oneroso e *inter vivos*, pero el Art. 556-4.1 CCCat también establece que la propiedad compartida pueda constituirse por causa de muerte y a título gratuito.

El Art. 556-4 CCCat no exige una forma específica para la constitución de la propiedad compartida. Se trata de una decisión de política legislativa que no encaja con otras normas del Código civil de Cataluña para la constitución de, por ejemplo, el derecho real de usufructo (Art. 561-1.1 CCCat), el derecho de prenda (Art. 569-13.1 CCCat) o el derecho real de anticresis (Art. 569-24.1 CCCat) que no exigen una determinada forma al título constitutivo. Es decir, se equipara la propiedad compartida con los derechos reales en cosa ajena, en lugar de exigir una forma al título constitutivo como sucede con la propiedad horizontal y la comunidad especial por turnos.

De acuerdo con lo anterior, si se tiene en cuenta que la propiedad compartida es una comunidad especial de bienes, sorprende que el Art. 556-4 CCCat no exija el otorgamiento de escritura pública para la constitución de la propiedad compartida, toda

⁹³⁸ BOSCH CAPDEVILA, E., “La propietat temporal i la propietat compartida”..., *op.cit.*, p. 364. DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 346.

vez que el Art. 553-9 CCCat exige esta forma de constitución para la propiedad horizontal, y el Art. 554-4.2 CCCat exige también el otorgamiento de escritura pública para la constitución de la comunidad especial por turnos.⁹³⁹

El título constitutivo es, pues, el instrumento idóneo para que los copropietarios regulen la situación de comunidad creada con la propiedad compartida y, en todo caso, deberá contener los pactos relativos a la cuota inicialmente adquirida de dominio, el derecho de adquisición gradual, la compensación dineraria (Art. 556-4.2 CCCat), pues las referencias a los derechos de tanteo y de retracto de ambos copropietarios no son imperativas (Art. 556-5.2 CCCat).

2.5.2. La inscripción del título constitutivo

El título constitutivo de la propiedad compartida, en virtud del Art. 556-5 CCCat, se inscribe en el registro correspondiente de conformidad con lo que establece la ley.⁹⁴⁰

El Art. 556-5 CCCat no determina la forma del título de constitución puesto que ésta será diferente en función de la naturaleza mueble o inmueble del bien. En este sentido, si se constituye una propiedad compartida sobre un bien inmueble el título constitutivo tendrá que otorgarse en escritura pública (Art. 3 LH), mientras que si se constituye una propiedad compartida sobre un bien mueble, el título constitutivo será un contrato privado para acceder al Registro de Bienes Muebles, de conformidad con la Orden de

⁹³⁹ BOSCH CAPDEVILA, E., “La propietat temporal i la propietat compartida”..., *op.cit.*, p. 364. SIMÓN MORENO, H., “Art. 556-4. Constitució”..., *op.cit.*, p. 190-191. SIMÓN MORENO, H., “Art. 556-4. Constitució”..., *op.cit.*, p. 248-250. DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 346.

⁹⁴⁰ BOSCH CAPDEVILA, E., “La propietat temporal i la propietat compartida”..., *op.cit.*, p. 365. DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 348. SIMÓN MORENO, H., “Art. 556-5. Inscripció”, en NASARRE AZNAR, S., (Coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d’altres normes*, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 207. La inscripción en el registro correspondiente del título constitutivo de la propiedad compartida es, según estos autores, voluntaria. SIMÓN MORENO, H., “Art. 556-5. Inscripció”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 270.

19 de julio de 1999, por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes muebles.⁹⁴¹

Sin embargo, despierta mayor interés el estudio del Art. 556-5.3 CCCat: *“La propietat compartida, si recau sobre un bé immoble, s’ha d’inscriure, d’acord amb la legislació hipotecària, en el foli obert per a la finca matriu. La inscripció del dret del propietari material s’ha de practicar en un foli independent, el qual ha de remetre al règim de propietat compartida.”*

El Código civil de Cataluña establece que la propiedad compartida debe inscribirse en la hoja abierta de la finca matriz, en el caso que se constituya una propiedad compartida sobre un bien inmueble. Además, la inscripción del derecho del «propietario material» debe practicarse en una hoja independiente, la cual se remitirá al régimen de propiedad compartida.

Se trata, por tanto, de un remedio similar al previsto en el Art. 68 RH para la adquisición de cuotas indivisas de fincas destinadas a garaje o estacionamiento de vehículos y a trasteros, puesto que este artículo extiende la posibilidad de abrir folio independiente a las cuotas indivisas de este tipo de fincas.

Para que ambos folios queden conectados y, así, tener la información clara sobre las cuotas de los copropietarios, la remisión se produciría a través de una nota marginal.⁹⁴²

2.5.3. La afección real de la contraprestación dineraria

El Art. 556-9.1 CCCat regula la garantía de la contraprestación dineraria que puede percibir el copropietario de la mayor cuota de dominio por ceder el uso y el goce de la cosa común en exclusiva a favor del «propietario material»: *“La quota del propietari material està afectada, amb caràcter real, al pagament de la contraprestació corresponent a l’any en curs i als dos anys immediatament anteriors. El crèdit que en deriva té preferència de cobrament sobre la quota, amb la prelación que determini la llei.”*

⁹⁴¹ Orden de 19 de julio de 1999, por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes muebles [LA LEY 2991/1999].

⁹⁴² SIMÓN MORENO, H., “Art. 556-5. Inscripció”..., *op.cit.*, p. 209. La inscripción en el registro correspondiente del título constitutivo de la propiedad compartida es, según estos autores, voluntaria. SIMÓN MORENO, H., “Art. 556-5. Inscripción”..., *op.cit.*, p. 271.

La contraprestación dineraria que pueden acordar los comuneros que debe satisfacer aquél que se le asigna en exclusiva el uso y el goce de la cosa común es uno de los elementos que, de pactarse, debe regularse en el título constitutivo de la propiedad compartida, toda vez que el pago de la contraprestación dineraria no es un elemento sustancial de esta comunidad especial de bienes.

En este sentido, la discusión por parte de la doctrina se centra en determinar la naturaleza jurídica de dicha contraprestación y su hipotético encaje en el sistema de prelación de créditos del Arts. 1.922 CC y 1.923 CC y su graduación.

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la contraprestación dineraria de la propiedad compartida, algún autor⁹⁴³ ha comparado la afección real de los elementos privativos de la propiedad horizontal que prevé el Art. 553-5.1 CCCat con la afección real de la cuota de dominio del «propietario material»: *“Els elements privatius estan afectats amb caràcter real i responen del pagament dels imports que deuen els titulars, i també els anteriors titulars, per raó de les despeses comunes, ordinàries o extraordinàries, i pel fons de reserva, que corresponguin a la part vençuda de l’any en curs i als quatre anys immediatament anteriors, comptats de l’1 de gener al 31 de desembre, sens perjudici, si escau, de la responsabilitat de qui transmet.”*⁹⁴⁴

Por tanto, se trata de dos preceptos que tienen la misma finalidad: afectar los elementos privativos de la comunidad especial de la propiedad horizontal y la cuota del «propietario material» al pago de los créditos de la comunidad contra los propietarios y de los créditos de los acreedores del comunero de la menor cuota del dominio, respectivamente, pues el Art. 553-4.3 CCCat también dice, de forma similar al Art. 556-9.1 CCCat, que: *“Els crèdits de la comunitat contra els propietaris per les despeses comunes, ordinàries i extraordinàries, i pel fons de reserva corresponents a la part vençuda de l’any en curs i als quatre anys immediatament anteriors, comptats de l’1 de*

⁹⁴³ NASARRE AZNAR, S., Art. 547-9. Contraprestació dinerària”, en NASARRE AZNAR, S., (Coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d’altres normes*, Centre d’Estudis Jurídic i Formació Espacialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 253. NASARRE AZNAR, S., “Art. 556-9. Contraprestación dineraria”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 329-330.

⁹⁴⁴ Vid. LOSCERTALES FUERTES, D. (Coord.), *Propiedad Horizontal de Cataluña. Comentarios y Formularios. Ley 5/2015, de 13 de mayo, de modificación del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña*, 2ª ed., Sepin, Madrid, 2015, p. 77-79.

gener al 31 de desembre, tenen preferència de cobrament sobre l'element privatiu amb la prelación que determini la llei.”⁹⁴⁵

No obstante, el Art. 556-9.1 CCCat no determina cuál es la posición que ocupa el crédito derivado del impago de la contraprestación dineraria contra la cuota del «propietario material» a favor del «propietario formal» porque dicho artículo se limita a decir que tendrán la prelación que determine la ley porque no es competencia del legislador autonómico fijar la prelación de los créditos (Art. 149.1.8ª CE).

Un remedio que ha propuesto la doctrina⁹⁴⁶ sería equiparar el Art. 556-9.1 CCCat con el Art. 553-4.3 CCCat y analógicamente aplicar la solución prevista en el Art. 9.1.e) LPH, en el caso de las propiedades compartidas constituidas sobre bienes inmuebles, que dice

⁹⁴⁵ Por la Ley 5/2015, de 13 de maig, de modificación del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, se introdujo el Art. 553-4.3 CCCat, pero con anterioridad a dicha modificación la jurisprudencia trató de aplicar el remedio del Art. 9.1.e) LPH para las propiedades horizontales catalanas. Sobre el Art. 9.1.e) LPH, *vid.* ZURILLA CARIÑANA, M. de los A., “Art. 9” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 5ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 302. RODRÍGUEZ-ROSADO, B., “Art. 9”, en MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Civitas, Pamplona, 2011, p. 275-282. GALLEGO BRIZUELA, C., *Ley de Propiedad Horizontal comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2014, p. 678. Sobre la naturaleza jurídica de la preferencia, se descarta por la doctrina que se trate de un derecho real de garantía inmobiliaria con la naturaleza propia de una hipoteca legal tácita. En el mismo sentido se pronuncio la Dirección General de los Registros y del Notariado en la RDGRN de 22 de enero de 2013 [LA LEY 13766/2013]. “*Pero, a efectos registrales, la configuración de la preferencia como hipoteca legal tácita requeriría un precepto legal que lo estableciera así, o bien una resolución judicial en la que siendo partes todos los interesados en esa configuración estableciera expresamente esa configuración o el carácter real de la preferencia y su constancia registral de modo expreso y claro.*” *Vid.* SAP de Girona de 15 de abril de 2011 [LA LEY 108556/2011]. “*Pues bien, en aras a dar cumplimiento al deber de "non liquet, entiende la Sala que resuelve, que la norma catalana regula la afectión real de manera prácticamente igual que lo hacía la norma estatal (LPH) y si bien, es cierto que el Catalán no contiene de manera expresa la mención del art. 1923 del Código Civil estatal, lo es por una mera razón competencial, dicho de otro modo, y compartiendo opiniones emitidas desde la dogmática, el legislador catalán no podía regular el contenido de dicho artículo estatal, por no ser de su competencia, como tampoco lo es la regulación concursal y de ahí que la preferencia y prelación de créditos que se recoge en los art. 1923 a 1927 del Código Civil estatal, por su incidencia con las obligaciones y contratos, es aplicable en Cataluña, por tratarse, además, de materia legislativa exclusiva del Estado (art. 149,1,8 CE). Dicho de otra manera, la Sala entiende que el apartado 2º del art. 9 de la LPH, en el concreto apartado que remite a lo dispuesto en el art. 1923 del CC estatal, esta vigente en Cataluña por deseo, sino expreso, tácito del legislador catalán, que por lo expuesto anteriormente, decidió no mencionar dicho contenido en el CC Catalán.*” En el mismo sentido, *Vid.* STSJ de Cataluña de 21 de febrero de 2013 [LA LEY 36322/2013].

LOSCERTALES FUERTES, D. (Coord.), *Propiedad Horizontal de Cataluña...*, *op.cit.*, p. 74-75.

⁹⁴⁶ NASARRE AZNAR, S., Art. 547-9. Contraprestació dinerària”..., *op.cit.*, p. 253-256. NASARRE AZNAR, S., “Art. 556-9. Contraprestación dineraria”..., *op.cit.*, p. 329-333.

que los créditos de la comunidad de propietarios derivados de las obligaciones de los elementos privativos preceden, para su satisfacción, a los créditos que se enumeran en los números 3º, 4º y 5º del Art. 1.923 CC.

Para las propiedades compartidas constituidas sobre bienes muebles, NASARRE AZNAR⁹⁴⁷ ha propuesto aplicar el mismo remedio que un sector doctrinal⁹⁴⁸ propuso para el derecho real de retención, regulado entre los Arts. 569-3 y 11 CCCat, que consiste en equiparar dicho derecho con la garantía de los créditos pignoratícios del Código civil.

En consecuencia, si se equiparara la garantía de los créditos pignoratícios a la garantía de la contraprestación dineraria de la propiedad compartida sobre bienes inmuebles, los créditos derivados del impago de dicha contraprestación a favor del «propietario formal» en contra de la cuota de «propietario material» se colocarían, por orden de prelación, con anterioridad al número segundo del Art. 1.922 CC.

No obstante, las soluciones que ha propuesto la doctrina para los créditos que deriven de la contraprestación dineraria de equipararlos con los créditos de las comunidades de

⁹⁴⁷ NASARRE AZNAR, S., Art. 547-9. Contraprestació dinerària”..., *op.cit.*, p. 256-257. NASARRE AZNAR, S., “Art. 556-9. Contraprestación dineraria”..., *op.cit.*, p. 333-334.

⁹⁴⁸ GÓMEZ CALLE, E., “El derecho de retención sobre bienes muebles” en *Indret*, nº 4, 2011, p. 9-10, en <http://www.indret.com/es/> (visitado el 30 de diciembre de 2016). “*sin perjuicio de las cuestiones que esta situación pueda plantear en cuanto a la legitimidad del legislador estatal para no tomar en cuenta la voluntad de un legislador autonómico de dotar de eficacia real, con todas sus consecuencias, a una determinada garantía, el resultado de la actual situación es que el propósito del legislador catalán de reforzar la eficacia de la garantía retentoria se vería seriamente truncado en la práctica, al no gozar su titular de ninguna preferencia de cobro; a no ser que se interprete que el crédito garantizado con un derecho de retención mobiliario conforme al ordenamiento catalán debe considerarse como un crédito pignoratício a los efectos que aquí interesan, habida cuenta que el derecho de retención mobiliario catalán se configura como una prenda de origen legal y que ni los arts. 1922.2º y 1926.1º CC ni el art. 90.1.6º, primer inciso, LC, exigen que la prenda sea de constitución voluntaria para dotarle de preferencia; de acuerdo con esta tesis, los arts. 89.2 i. f. LC y 1925 CC habrían de interpretarse en el sentido de que las garantías que, pese a tener una denominación distinta, tengan los mismos efectos que las contempladas en ambos textos legales, deben considerarse incluidas en su ámbito normativo.*” LUCAS ESTEVE, A., *Dret civil català. Drets reals. Drets reals limitats i Registre de la Propietat*, t. I, v. II, Bosch, Barcelona, 2014, p. 205. En contra de esta tesis se posiciona LUCAS ESTEVE quien argumenta que: “*La preferència en el cobrament està regulada en l'article 569-2.4 CCC, que estableix que «el crèdit, tant en la imputació dels fruits com en l'atribució del preu obtingut en la realització del valor del bé, se sotmet a les regles sobre prelació de crèdits.» Aquest precepte remet a la legislació vigent sobre prelació de crèdits que, en absència d'una llei catalana, està regulada per la legislació estatal (art. 1.921 a 1.929 CCE, entre altres), i la legislació estatal no confereix preferència al dret de retenció.*”

propietarios contra los elementos privativos y con los créditos derivados del derecho real de retención podrían no ser viables por lo prevenido en el Art. 1.925 CC que no admite analogías entre los privilegios que se reconocen en los Arts. 1.922 CC a 1.924 CC. En efecto, este artículo dispone que: “No gozarán de preferencia los créditos de cualquiera otra clase, o por cualquiera otro título, no comprendidos en los artículos anteriores.”

La doctrina⁹⁴⁹ ha defendido el carácter de *numerus clausus* de los privilegios crediticios en el sentido de no reconocer más privilegios de los que se enumeran en los Arts. 1.922 CC y 1.923 CC. Por tanto, el hecho que la propiedad compartida no esté regulada en el Código civil general podría implicar que no pudieran reconocerse privilegios crediticios a los créditos derivados del impago de la contraprestación dineraria y, de esta forma, se dificultaría la constitución de propiedades compartidas en Cataluña.

2.6. *La situación posesoria en la propiedad compartida. La coposesión*

Los sujetos involucrados en la propiedad compartida son varios comuneros que el Código civil de Cataluña denomina genéricamente como «propietario material» y el «propietario formal». Ambos, según se desprende de la propia regulación del Código civil de Cataluña, tienen la consideración de propietarios porque son cotitulares al mismo tiempo, del bien objeto de la propiedad compartida.

Es decir, partiendo de la base de que la propiedad compartida se configura como una comunidad especial de bienes, los dos propietarios se encuentran en un plano de

⁹⁴⁹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado...*, *op.cit.*, p. 2.082. Algunos autores consideran que el Art. 1.925 CC ha sido desbordado con el reconocimiento de privilegios crediticios de leyes especiales. En este sentido, *vid.* PLAZA PENADES, J., “Art. 1.925 CC”, en CAÑIZARES LASO, A., *et. alii.*, *Código civil comentado*, t. IV, Civitas, Pamplona, 2011, p. 1.535-1.537. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil...*, *op.cit.*, p. 2.206. GULLÓN BALLESTEROS, A., “Art. 1.925 CC”, en ALBADALEJO GARCÍA, M. (Dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XXIV, Edersa, Madrid, 1.984, p. 777-778. GULLÓN BALLESTEROS, A., “Art. 1.925 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., SALVADOR CODERCH, P., BERCOTITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 2.077. Sin embargo, un sector doctrinal ha interpretado que la finalidad del Art. 1.925 CC es impedir que, los particulares, alteren la prelación de los créditos que regula el Código civil, sin que esto impida que el legislador cree otros privilegios en leyes especiales, como por ejemplo los créditos derivados de los elementos privativos de las comunidades de propietarios del Art. 9.1.e) LPH. En este sentido, *vid.* CORDERO LOBATO, E., “Art. 1.925 CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, t. IX, Tirant lo Blanch, 2013, p. 13.101. “La finalidad de la norma es limitar la posibilidad de que por convenio las partes puedan alterar el grado de preferencia de los créditos que les corresponda conforme la ley”.

igualdad y ambos poseen el bien objeto de la propiedad compartida en concepto de titulares, de conformidad con lo establecido en el Art. 521-1.1 CCCat, que ya ha sido objeto de estudio en el apartado referido a la dinámica de la posesión en la propiedad temporal.

De acuerdo con lo dispuesto en el Art. 521-4.1 CCCat, dos sujetos pueden poseer un mismo bien si sus conceptos posesorios son compatibles. En la propiedad compartida, los comuneros poseen en concepto de titulares el bien objeto de esta propiedad y, el Código civil de Cataluña, disciplina su estatuto jurídico para que los derechos y deberes de ambos propietarios sean compatibles.

En consecuencia, si no se pierde de vista que la propiedad compartida se estructura sobre una base comunitaria, no deberían plantearse problemas relacionados con la institución de la posesión en el seno de la propiedad compartida, toda vez que de la regulación de la posesión contenida en el Código civil de Cataluña se desprende que solo es posible la concurrencia de idénticos conceptos posesorios en la comunidad de bienes.⁹⁵⁰

Considero que la base comunitaria de la propiedad compartida es fundamental para que no se produzcan problemas de encaje de la propiedad compartida con el sistema de la institución de la posesión del Código civil de Cataluña, a diferencia de lo que se vio en el tratamiento de esta materia respecto de la propiedad temporal. Ésta no parte de una base comunitaria y el hecho que se afirme que existen dos propietarios, si bien el derecho del titular temporal está limitado temporalmente, plantea problemas vinculados con la institución de la posesión regulada en el Código civil de Cataluña.

2.7. *La extinción de la propiedad compartida*

En el Art. 556-11 CCCat se regulan las causas que conllevan la extinción de la propiedad compartida y los efectos de la misma.⁹⁵¹ Entre las causas de extinción de la

⁹⁵⁰ DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op.cit., p. 40. “En efecto, dos o más personas pueden poseer un mismo bien en concepto de copropietarios, pues sus conceptos posesorios son perfectamente compatibles entre sí.”

⁹⁵¹ SIMÓN MORENO, H., “Art. 556-11. Extinció”, en NASARRE AZNAR, S., (Coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d’altres normes*, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 269-277. SIMÓN MORENO, H., “Art. 556-11. Extinción”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad*

propiedad compartida, destaca la letra a) del Art. 556-11.1 CCCat, que se refiere a la extinción por la reunión en una sola titularidad de todas las cuotas del dominio, lo que significa, generalmente, que la propiedad compartida se extinga por la consecución de todas las cuotas del dominio por el comunero titular de la menor cuota del dominio, es decir, por haberse cumplido la finalidad de esta nueva comunidad especial de bienes que no es otra que facilitar la adquisición gradual del dominio.

Además, los supuestos c) y d) del Art. 556-1.1 CCCat se refieren a la finalización del plazo de duración por el cual fue constituida la propiedad compartida y la falta de ejercicio del derecho de adquisición gradual, respectivamente. Si la propiedad compartida se extingue por alguna de estas dos causas, el Art. 556-11.3 CCCat prevé que el bien objeto la propiedad compartida pase a una situación de comunidad de bienes ordinaria. También la letra e) del Art. 556-11.1 CCCat prevé la conversión de la propiedad compartida en una comunidad ordinaria de bienes cuando los comuneros adoptan un acuerdo en este sentido.

2.7.1. La liquidación del estado posesorio del propietario material

La mayoría de las causas de extinción de la propiedad compartida implican la conversión de esta nueva comunidad especial de bienes introducida en el Código civil de Cataluña en una comunidad ordinaria de bienes, excepto las letras a,⁹⁵² b, f y g del Art. 556-11.1 CCCat que conllevan la adquisición del pleno dominio por el «propietario material» o la destrucción del bien (letra b).

Ahora bien, salvo las causas las causas de extinción de la propiedad compartida que implican la atribución del dominio en exclusiva a uno de los comuneros, la propiedad compartida se transforma en una comunidad ordinaria indivisa y considero que esto conlleva una serie de consecuencias que no han sido abordadas por el legislador de

compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 350-358.

⁹⁵² DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op.cit., p. 354. “Ahora bien, cuando la propiedad compartida haya tenido acceso al Registro de la Propiedad, puede ser interesante para el propietario (único) mantener en el Registro la situación de propiedad compartida. La propiedad material y la propiedad formal estarán inscritas en distintos folios a nombre de la misma persona, y a esta persona puede convenirle que subsista la propiedad compartida, si por ejemplo quiere hipotecar una de ellas, o enajenarla”.

Cataluña y, en consecuencia, tendrían que haber sido reguladas por el Código civil de Cataluña.

En la propiedad compartida, el uso y el goce del bien se asignan en exclusiva al comunero titular de la menor cuota del dominio por el tiempo que se haya constituido la propiedad compartida. Si algunas causas de extinción de esta comunidad especial de bienes implican la conversión de la propiedad compartida en una comunidad ordinaria de bienes, la LPTPC hubiera podido incluir una norma semejante a la contenida en el Art. 547-10.3 CCCat para la propiedad temporal en lo referido a la liquidación del estado posesorio del «propietario material».

Es decir, la conversión de la propiedad compartida en una comunidad ordinaria indivisa implica, según el Art. 552-6.1 CCCat que: *“Cada cotitular pot fer ús de l'objecte de la comunitat d'acord amb la seva finalitat social i econòmica i de manera que no perjudiqui els interessos de la comunitat ni el dels altres cotitulars, als quals no pot impedir que en facin ús.”* De esta forma, el comunero titular de la menor cuota de dominio que tenía el uso y el goce en exclusiva del bien común, tendría que permitir que el otro copropietario pudiera usar el bien.

Sin embargo, esto no impide que en el momento de constituirse la comunidad ordinaria indivisa resultante de la extinción de la propiedad compartida se pacte el uso de la cosa común y que éste se siga atribuyendo al que fue el «propietario material» al amparo del principio de la autonomía privada del Art. 552-2.1 CCCat, que configura como norma primaria de la comunidad su título constitutivo.⁹⁵³

Si los copropietarios no pactan nada sobre la liquidación del estado posesorio del «propietario material» en el título de constitución de la comunidad ordinaria de bienes y, en ausencia de una norma que regule esta cuestión en la LPTPC, entiendo que sería perfectamente aplicable la norma del Art. 552-6.2 CCCat, que prevé que los frutos y las rentas corresponden a los cotitulares en función de su cuota, de conformidad con el Art. 556-3 CCCat que prevé la aplicación de las normas de la comunidad ordinaria de bienes en la medida que sean compatibles con la regulación de la propiedad compartida.

⁹⁵³ PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Institucions...*, op.cit., p.334. DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op.cit., p. 240-241.

No obstante, el legislador de Cataluña hubiera podido regular con mayor detenimiento la conversión de la propiedad compartida en una comunidad ordinaria en los casos que la extinción de la primera comporta la constitución de la segunda a través de una norma con un contenido similar a la del Art. 547-10.3 CCCat para a propiedad temporal. Sin embargo, este extremo puede regularse por las partes en el título constitutivo de la comunidad ordinaria al amparo del principio de la autonomía privada que consagra el Art. 552-2.1 CCCat y, en defecto de esta regulación por los copropietarios, la liquidación del estado posesorio del «propietario material» podría llevarse a cabo por la vía del Art. 556-6.1 y 2 CCCat.

2.7.2. Especial consideración a la ejecución hipotecaria de las cuotas de dominio

El Art. 556-12 CCCat establece que la propiedad compartida no se extingue por la ejecución de las cuotas de dominio de ambos propietarios y que el rematante se subroga en los derechos y obligaciones correspondientes. Este artículo es una garantía para las partes involucradas en la propiedad compartida en el caso de que la cuota de dominio de algún propietario sea ejecutada. Por lo tanto, la finalidad de este artículo es preservar la propiedad compartida en lugar de convertirse en una comunidad de bienes ordinaria por la ejecución de la cuota del propietario material o del formal. No obstante, el Art. 556-12 CCCat suscita algunas dudas en cuanto a su aplicación.

En primer lugar, las entidades de crédito podrían oponerse a la división de la responsabilidad hipotecaria entre los dos propietarios si el préstamo hipotecario fue constituido a favor del propietario formal que, en la mayoría de los casos, será el propietario originario y único de la finca hipotecada. Por ejemplo, el propietario formal podría haber constituido una hipoteca para financiar la adquisición de un inmueble y después constituir la propiedad compartida con otro propietario.

NASARRE AZNAR⁹⁵⁴ ha sostenido que esta situación debería ser tratada por ambos propietarios y el acreedor hipotecario. Este es la premisa del Art. 123 LH que establece que: *“Si una finca hipotecada se dividiere en dos o más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor.”* De este modo, la responsabilidad hipotecaria podría ser dividida entre los propietarios si el acreedor hipotecario lo acepta. Esta sería la mejor solución, es decir,

⁹⁵⁴ NASARRE AZNAR, S., “La propiedad compartida y la temporal”..., *op.cit.*, p. 813.

que el acreedor hipotecario accediera a dividir la responsabilidad hipotecaria entre los propietarios porque el éxito de esta operación depende de su predisposición. Sin embargo, el propietario material estaría asumiendo parte de la responsabilidad hipotecaria del préstamo hipotecario concedido al propietario formal u originario y, por esta razón, puede que esta no sea la mejor solución para la protección de sus intereses.⁹⁵⁵

En consecuencia, es esencial la buena predisposición de las entidades de crédito para promocionar la propiedad compartida en Cataluña. De conformidad con el segundo párrafo del Art. 123 LH, la garantía hipotecaria no se reduciría porque el acreedor hipotecario podría ejecutar toda la hipoteca si alguno de los propietarios deja de pagar el préstamo hipotecario no habiéndose dividido la responsabilidad hipotecaria. Por lo tanto, esta solución no sería muy atractiva por el propietario material quien se vería afectado por la ejecución hipotecaria si el propietario formal deviene insolvente y no se hubiere dividido la responsabilidad hipotecaria.

Si se tiene en cuenta que la propiedad compartida pivota sobre la estructura de una comunidad de bienes, es importante tener en cuenta las normas de los Arts. 405 CC y 552-12-2 CCCat. Estos artículos prevén que la división de la cosa común no perjudica los derechos de terceros. De acuerdo con las previsiones de estos artículos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha afirmado que, de conformidad con el Art. 123 LH, la división de la cosa común no afecta la garantía hipotecaria, aunque la responsabilidad hipotecaria podría ser dividida si existe un acuerdo entre los propietarios y el acreedor hipotecario.⁹⁵⁶

⁹⁵⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1999), *Derechos reales. Derecho hipotecario...*, *op.cit.*, p. 115-116. “En caso de división de la finca entre los comuneros (art. 405 Cc), o por el solo acto del dueño, el acreedor hipotecario conservará intacto el derecho de hipoteca; pero con la ventaja de que puede exigir “la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez”. NASARRE AZNAR, S., “Art. 556-12. Ejecución forzosa”, en NASARRE AZNAR, S., (Coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d’altres normes*, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 279-280. NASARRE AZNAR, S., “Art. 556-12. Ejecución forzosa”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 362-364.

⁹⁵⁶ STS 77/2012, de 22 de febrero [LA LEY 19372/2012]. “la división de la cosa común no perjudica al tercero, quien según lo que dispone el Art. 405 CC, “conservará los derechos de hipoteca [...]” y otros derechos reales que la graven. Este es el sentido del Art. 405 CC, así como el del Art. 670.5 LEC, que impone al adjudicatario la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, subrogándose

Este sería el panorama si el propietario formal hubiese constituido una hipoteca para financiar la adquisición de un inmueble y con posterioridad decidiese vender una cuota de dominio y constituir una propiedad compartida. Para salvar este obstáculo, NASARRE AZNAR⁹⁵⁷ ha señalado que la responsabilidad hipotecaria podría ser dividida en un documento privado entre los propietarios de acuerdo con el Art. 216 RH: *“No se inscribirá ninguna hipoteca sobre varias fincas, derechos reales o porciones ideales de unas y otros, afectos a una misma obligación, sin que por convenio entre las partes, o por mandato judicial, en su caso, se determine previamente la cantidad de que cada finca, porción o derecho deba responder. Los interesados podrán acordar la distribución en el mismo título inscribible o en otro documento público, o en solicitud dirigida al Registrador firmada o ratificada ante él, o cuyas firmas estén legitimadas.”*

La decisión de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de enero de 2004 admitió esta posibilidad de registrar un acuerdo privado con la finalidad de dividir la responsabilidad hipotecaria, teniendo en cuenta que la responsabilidad hipotecaria tendría que ser la misma que la del préstamo hipotecario constituido por el propietario originario.⁹⁵⁸

en la responsabilidad que de ellos se deriva, no en la deuda que origina semejante responsabilidad. No se infringe, por tanto, el Art. 1205 CC, que regula la novación por cambio del deudor de una obligación, puesto que en el supuesto actual, solo cambia el responsable en tanto que como adquirente del bien sujeto a una hipoteca, debe soportar la ejecución por las deudas impagadas, pero no se convierte en deudor ni se subroga en esta posición, al contrario de lo que insinúa el recurrente. A tal efecto conviene recordar lo que establece el Art. 123 LH, cuando después de admitir que el acreedor hipotecario y el deudor garantizado con hipoteca pueden pactar la distribución de la deuda en los casos de división de la finca hipotecada, a falta de pacto, "podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en las que se haya dividido la primera o contra todas a la vez".

⁹⁵⁷ NASARRE AZNAR, S., “La propiedad compartida y la temporal”..., *op.cit.*, p. 814.

⁹⁵⁸ Vid. RDGRN de 7 de enero de 2004 [LA LEY 11356/2004]. *“Se debate en el presente recurso sobre si la distribución de la responsabilidad hipotecaria que recaía sobre la finca matriz entre las varias resultantes de su división, puede inscribirse en virtud de documento privado ratificado ante el Registrador; y al respecto ha de señalarse que dicha cuestión viene expresamente resuelta en sentido afirmativo en el Reglamento Hipotecario en su Art. 216, y a tal pronunciamiento ha de estarse ahora, sin que a tal conclusión pueda objetarse el que algunas de las fincas resultantes queden libres de toda responsabilidad, pues, no se ve por qué ha de ser distinto el tratamiento en las hipótesis de reducción parcial y en las de reducción total cuando, en definitiva, lo relevante es que la suma de las responsabilidades a que quedan afectas las distintas fincas resultantes sea igual a la de la originaria finca matriz.”*

Además, la Audiencia Provincial de Valencia⁹⁵⁹ también se pronunció en este sentido y declaró la admisibilidad de la distribución de la responsabilidad hipotecaria en un documento privado, siempre y cuando este documento fuese registrado de acuerdo con el Art. 216 RH.

Por lo tanto, de acuerdo con la doctrina contenida en la Resolución de los Registros y del Notariado de 7 de enero de 2004 y la jurisprudencia que ha tratado esta cuestión, sería posible dividir la responsabilidad hipotecaria entre los propietarios en un documento privado y posteriormente registrarlo para que pudiera ser oponible ante terceros. El Art. 123 LH declara que es posible dividir la responsabilidad hipotecaria entre los propietarios y el acreedor hipotecario si la finca es dividida en dos o más. Si el acreedor acepta este acuerdo, el propietario material y el formal tendrían que dividir en un documento privado la responsabilidad hipotecaria y registrar el acuerdo, de conformidad con el Art. 216 RH.

En segundo lugar, si las entidades de crédito no muestran su predisposición para alcanzar un acuerdo en este sentido, NASARRE AZNAR⁹⁶⁰ ha propuesto otra solución. Con base en el Art. 122 LH se podría negociar la cancelación de la responsabilidad hipotecaria afecta a la cuota de dominio del propietario material y que esta se focalizara en la cuota de dominio del propietario formal, que sería el deudor original del préstamo hipotecario.

No obstante, de acuerdo con lo prevenido en el Art. 122 LH, parece difícil cancelar la hipoteca afecta a la cuota de dominio del propietario material debido a que el mismo artículo establece que: *“La hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquiera parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido”*. Sin embargo, el Art. 122 LH se remite a lo dispuesto en el Art. 123 LH.

⁹⁵⁹ SAP de Valencia 511/2004, de 30 de septiembre [LA LEY 203222/2004]. *“A la vista de tales normas y doctrina, este Tribunal entiende que, como afirma la última resolución y la juez "a quo", si un documento privado es título suficiente para inscribir en el Registro la distribución de la responsabilidad hipotecaria ello implica que puede serlo, tanto para el caso de constitución de hipoteca sobre varias fincas sin distribuir la responsabilidad, como para hacer esta distribución entre una finca hipotecada y las resultantes de su división, sin que el Art. 216 citado exija que esta distribución no haya tenido lugar en el título constitutivo.”*

⁹⁶⁰ NASARRE AZNAR, S., *“La propiedad compartida y la temporal”...*, op.cit., p. 814.

Las reflexiones anteriores parten de la premisa que el propietario formal, es decir, el propietario original, hubiera contratado un préstamo hipotecario para financiar la adquisición de un inmueble y luego decidiese constituir una propiedad compartida sobre el mismo. Pero la situación no sería tan complicada si antes de la constitución de la propiedad compartida no se hubiere hipotecado el inmueble. En este caso, si los dos propietarios deciden constituir una hipoteca para financiar sus cuotas de dominio, la entidad de crédito debería tratar esta situación como una división primaria de las fincas, en lugar de proceder de acuerdo con el Art. 123 LH. La responsabilidad hipotecaria se fijaría respecto de cada cuota de dominio y la ejecución hipotecaria estaría limitada por la cuota de dominio de cada propietario, de acuerdo con el Art. 556-12 CCCat.

Además, el Art. 556-12 CCCat también sería aplicable en el supuesto de la ejecución de la cuota de dominio del propietario material cuando éste no satisficiera el pago de la contraprestación dineraria del Art. 556-9 CCCat, toda vez que el mismo artículo declara su afectación real para la adquisición de más cuotas de dominio que el propietario material adquiriese ejerciendo el derecho de adquisición gradual. En este supuesto, la propiedad compartida tampoco se extinguiría por la ejecución forzosa de la cuota del propietario material por el impago de la contraprestación dineraria, puesto que el rematante se subrogará en la posición del propietario material, sin perjuicio de la novación contractual que ambos propietarios pudieran acordar. Solo se extinguiría la propiedad compartida si el rematante fuese el propietario formal, por la reunión de las dos cuotas de propiedad en un solo sujeto (Art. 556-11.1.a) CCCat).⁹⁶¹

2.7.3. La expropiación forzosa de la propiedad compartida

La naturaleza comunitaria de la propiedad compartida hace que no plantee especiales problemas en relación con la expropiación forzosa de las cuotas de dominio de ambos propietarios.

Considero que en los casos que se expropiara un inmueble en régimen de propiedad compartida tendría que acudirse a la norma del Art. 26.2 LEF que prevé lo siguiente: “A tal fin se abrirá un expediente individual a cada uno de los propietarios de bienes

⁹⁶¹ NASARRE AZNAR, S., “Art. 556-12. Execució forçosa”..., *op.cit.*, p. 281-282. NASARRE AZNAR, S., “Art. 556-12. Ejecución forzosa”..., *op.cit.*, p. 365. CERRATO GURI, E., “Aspectos procesales de La propiedad temporal y de la propiedad compartida de la vivienda habitual”, en *Revista jurídica InDret*, nº 2, 2015, p. 19.

expropiables. El expediente será único en los casos en que el objeto de la expropiación pertenezca en comunidad a varias personas, o cuando varios bienes constituyan una unidad económica.”

En este sentido, la Ley de Expropiación Forzosa exige que cada finca ha se valorarse en un expediente individual. De esta forma, si sobre la finca se constituye una propiedad compartida, la Ley de Expropiación Forzosa parte del principio de singularidad de expediente cuando el bien expropiado pertenece en comunidad a varios copropietarios.⁹⁶²

En consecuencia, el propietario material y el formal tendrían que repartirse el justiprecio en función de las cuotas de dominio de cada uno.

2.8. Crítica constitucional

La introducción de la propiedad compartida en el Código civil de Cataluña puede criticarse, también, constitucionalmente, con el objeto de discernir cuáles son las implicaciones que conlleva esta comunidad especial de bienes en lo referido a la configuración del derecho de propiedad en España, su afectación o no a la garantía del contenido esencial del derecho de propiedad y su función social, además de analizar el marco competencial, estatutario y constitucional, habilitante para que el legislador de Cataluña regule la propiedad compartida del Código civil de Cataluña.

2.8.1. El contenido esencial y la función social de la propiedad compartida

La propiedad compartida del Código civil de Cataluña se configura sobre la base de una comunidad de bienes subyacente donde los copropietarios organizan, a través del título constitutivo, una comunidad de bienes especial en la cual se atribuye en exclusiva el uso, el goce y el disfrute del bien al copropietario con una menor cuota del dominio.

De acuerdo con los Arts. 392 CC y 551-1 CCCat, hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece proindiviso a varias personas. Por tanto, se está ante un modo de ejercicio del derecho de propiedad con sus propios principios rectores,

⁹⁶² SOSA WAGNER, F., “Art. 26. El procedimiento de determinación del justiprecio”, en SOSA WAGNER, F., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Expropiación forzosa*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 102. PERA VERDAGUER, F., *Expropiación forzosa...*, *op.cit.*, p. 151.

los cuales tienen como finalidad hacer lo más pacífica posible la situación de comunidad.⁹⁶³

En consecuencia, no cabe hablar de una vulneración de la garantía del contenido esencial del derecho de propiedad, toda vez que, si bien el derecho de propiedad se ha configurado dogmáticamente como un derecho exclusivo, dicha característica no es propia de las comunidades de bienes por la situación de cotitularidad que existe sobre un bien o un derecho.

La propiedad compartida no afecta el contenido esencial del derecho de propiedad porque su peculiaridad reside en el modo de tenerse el derecho, es decir, en su titularidad,⁹⁶⁴ no en la forma de concebirlo según el tipo abstracto de este derecho.⁹⁶⁵

En lo que se refiere a la función social de la propiedad compartida, puede decirse que, lo que ha movido al legislador de Cataluña a crear dicha comunidad especial de bienes ha sido facilitar el acceso a la vivienda, toda vez que el preámbulo de la LPTPC no distingue entre el interés público perseguido por el legislador de Cataluña legislando sobre la propiedad temporal y sobre la propiedad compartida.⁹⁶⁶

⁹⁶³ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial III...*, *op.cit.*, p. 1.027.

⁹⁶⁴ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial III...*, *op.cit.*, p. 1.011-1.012. DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 233. PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *Instituciones...*, *op.cit.*, p.315. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales...*, *op.cit.*, p. 363. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario...*, *op.cit.*, p. 469. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: III Derecho de bienes...*, *op.cit.*, p. 366-367.

⁹⁶⁵ LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., *et. alii.*, *Derecho constitucional...*, *op.cit.*, p. 409-410. JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías...*, *op.cit.*, p. 72. COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad privada...*, *op.cit.*, p. 363. STC 11/1981, de 8 de abril [LA LEY 6328-JF/0000]. STC 49/1988, de 22 de marzo [LA LEY 3669-JF/0000]. STC 198/2012, de 6 de noviembre [LA LEY 160139/2012]. Para el derecho de propiedad en particular, *vid.* STC 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987].

⁹⁶⁶ Llei 19/2015, del 29 de juliol, d'incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. DOGC nº 6927, de 4 d'agost de 2015. “*La introducció d'aquestes modalitats de domini obeeix, principalment, al propòsit d'aportar solucions al problema de l'accés a la propietat de l'habitatge, tot flexibilitzant les vies d'adquisició, oferint fórmules que permetin abaratir o minorar els costos econòmics i respectant la naturalesa jurídica del dret de propietat, de conformitat amb la tradició jurídica pròpia.*”

No obstante, respecto de la propiedad compartida, la crítica de la función social no es tan severa como en la propiedad temporal, pues la previsión por la ley de un título constitutivo para la creación de esta comunidad especial de bienes impide que pueda hablarse de la creación de un nuevo régimen de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, con la consiguiente imposición de deberes y obligaciones a los copropietarios para la consecución de la función social que ha movido al legislador de Cataluña a legislar sobre la misma.⁹⁶⁷

Se trata, en definitiva, de una comunidad de bienes especial de origen negocial, toda vez que es fruto de la autonomía privada de los copropietarios organizar de esta forma la tenencia del bien que tienen en común.⁹⁶⁸

La falta de un reconocimiento de derechos e imposición de deberes y obligaciones a los propietarios en la LPTPC es consecuente con la intención del legislador de crear una comunidad especial de bienes para facilitar, principalmente, el acceso a la vivienda en Cataluña, en lugar de crear un nuevo régimen jurídico sobre los bienes muebles e inmuebles que llevaría implícito la traducción de la función social en la delimitación del estatuto jurídico de los copropietarios acorde con la función social de la propiedad.

2.8.2. El título competencial y crítica de las posibilidades de introducción de la propiedad compartida en el Código civil de Cataluña

La introducción de la propiedad compartida en el Código civil de Cataluña también puede criticarse por el marco competencial habilitante, en virtud del cual el legislador de Cataluña ha procedido a crear una comunidad especial de bienes para facilitar el acceso a la vivienda en dicha comunidad autónoma.

Siguiendo el mismo esquema que en el estudio de la propiedad temporal, se analiza la introducción de la propiedad compartida por el legislador de Cataluña y el alcance de los diferentes títulos competenciales, estatutarios y constitucionales, para legislar sobre nuevas comunidades especiales de bienes.

⁹⁶⁷ MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo...*, *op.cit.*, p. 184-185. COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad privada...*, *op.cit.*, p. 361.

⁹⁶⁸ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial III...*, *op.cit.*, p. 1.011-1.012.

A) El título competencial del Art. 149.1.8ª CE en materia de desarrollo del Derecho civil

La incorporación de la propiedad compartida en el Código civil de Cataluña a través de la LPTPC supone, sin duda alguna, un desarrollo de la comunidad de bienes indivisa del Art. 552-1 CCCat, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional que interpreta el Art. 149.1.8ª CE.⁹⁶⁹

No obstante, el *desarrollo* de dicha institución no parece, *prima facie*, tan difícil de encajar dentro de la doctrina constitucional contenida en la sentencia 88/1993, de 12 de marzo de Tribunal Constitucional y la posterior que la desarrolla, toda vez que la base comunitaria de la propiedad compartida, el régimen jurídico supletorio aplicable y la conversión de la propiedad compartida en una comunidad indivisa en algunos supuestos permiten defender que la propiedad compartida es una comunidad especial de bienes que, si bien tiene sus propios elementos sustanciales, desarrolla la comunidad indivisa del Art. 552-1 CCCat.

De esta forma, existe una conexión inmediata entre la propiedad compartida y la comunidad de bienes indivisa catalana que ya se encontraba regulada en la Compilación de Derecho civil de Cataluña. Se trata, por tanto, de un desarrollo inmediato de la comunidad de bienes indivisa que regula el Código civil de Cataluña entre los Arts.

⁹⁶⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Las competencias de las comunidades autónomas en materia de Derecho civil”..., *op.cit.*, p. 82-87, 95. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española...*, *op.cit.*, p. 104-107. LASARTE ÁLVAREZ, C., “Art. 149.1.2ª, 6ª, 8ª y 9ª”..., *op.cit.*, p. 218. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., “Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil”..., *op.cit.*, p. 20-21. LÓPEZ JACOISTE, J. J., “Constitucionalismo y Codificación Civil”..., *op.cit.*, p. 602-603. PUIG FERRIOL, LL., ROCA TRIAS, E., *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña...*, *op.cit.*, p. 150. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Mª. P., *Bases de las obligaciones contractuales...*, *op.cit.*, p. 19. CORBACHO GÓMEZ, J. A., “Los derechos civiles forales o especiales”..., *op.cit.*, p. 13. LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil I: Introducción...*, *op.cit.*, p. 113. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., “El derecho de propiedad: perspectivas para una reconstrucción técnica y su inserción en las competencias autonómicas”..., *op.cit.*, p. 284-292. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”..., *op.cit.*, p. 58-60.
STC 88/1993, de 12 de marzo [LA LEY 2157-TC/1993]. STC 156/1993, de 6 de mayo [LA LEY 2217-TC/1993]. STC 121/1992, de 28 de septiembre [LA LEY 2003-TC/1992]. STC 31/2010, de 28 de junio [LA LEY 93288/2010]. STC 82/2016, de 28 de abril [LA LEY 38591/2016]. STC de 16 de noviembre de 2016 [LA LEY 167346/2016].

552-1 a 552-12 CCCat y que, hace innecesario, a mi parecer, justificar más la cuestión del desarrollo del derecho foral en referencia a la propiedad compartida.

En caso contrario, pienso que no se entendería la inconstitucionalidad de la propiedad compartida con base en el Art. 149.1.8ª CE, toda vez que el legislador también reguló otras comunidades especiales como la comunidad especial por turnos que, por ser un desarrollo de la comunidad de bienes ordinaria del Art. 552-1 CCCat, no ha sido declarada su inconstitucionalidad.

B) La problemática de las bases del ejercicio del derecho de propiedad en condiciones de igualdad de los Arts. 139.1 y 149.1.1ª CE.

El hecho de que la propiedad compartida tenga que constituirse por el otorgamiento del correspondiente título constitutivo, conlleva la creación de una comunidad especial de bienes en la que se asigna el uso y el goce del bien en exclusiva al copropietario con una menor cuota de dominio y el derecho que tiene éste de ir adquiriendo más cuotas de dominio hasta llegar a adquirir la totalidad dominio.

La propiedad compartida no implica, por tanto, la creación, por el legislador de Cataluña, de un nuevo régimen especial del derecho de propiedad que alterara las bases para el ejercicio del derecho de propiedad en condiciones de igualdad en todas las comunidades autónomas del Estado, de acuerdo con la doctrina que ha estudiado la problemática de las bases del Art. 149.1.1ª CE, toda vez que el título constitutivo se configura como el instrumento idóneo para regular las relaciones entre los comuneros y, como muestra de la facultad de disposición de los mismos, no se crea un nueva régimen especial de la propiedad en Cataluña.⁹⁷⁰

⁹⁷⁰ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., “Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el Art. 149.1.1.ª de la Constitución”..., *op.cit.*, p. 144-145. DE OTTO PARDO, I., *Estudios sobre derecho estatal y autonómico...*, *op.cit.*, p. 70-71, 170-176. BARCELÓ SERRAMALERA, M., *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico*..., *op.cit.*, p. 70-77, 106, 110-111. RUIZ-RICO RUIZ, J. M., “Comentario parcial a la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de marzo de 1987”..., *op.cit.*, p. 247. LUCAS VERDÚ, P., y MURILLO DE LA CUEVA, P. L., “Art. 139: Autonomía e igualdad”..., *op.cit.*, p. 475-478. PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad de los españoles y autonomías territoriales...*, *op.cit.*, p. 140. PÉREZ TORRENTE, J. A., “Competències legislatives en matèria de dret patrimonial”..., *op.cit.*, p. 25. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., “El derecho de propiedad”..., *op.cit.*, p. 284.

STC 37/1981, de 16 de noviembre [LA LEY 12943-JF/0000]. STC 52/1988, de 24 de marzo [LA LEY 102803-NS/0000]. STC 37/1987, de 26 de marzo [LA LEY 781-TC/1987]. STC 61/1997, de 20 de marzo

Por tanto, la propiedad compartida, configurada como una comunidad especial de bienes, impide que pueda hablarse de una alteración de las bases para el ejercicio del derecho de propiedad y, por ende, de una vulneración de los Arts. 139 y 149.1.1ª CE, toda vez que se trata de un desarrollo de la comunidad de bienes indivisa del Art. 551-1 CCCat, no conlleva problemas dogmáticos en lo referido a la configuración dogmática del derecho de propiedad, ni tampoco implica la creación de un nuevo régimen especial de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria que altere las bases del ejercicio del derecho de propiedad en todas las comunidades autónomas del Estado por el efecto del título constitutivo de la propiedad compartida.

C) El título competencial del Art. 148.1.3ª CE en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda

El legislador de Cataluña también hubiera podido legislar sobre la propiedad compartida modificando y desarrollando la LDV, toda vez que dicha ley ya contemplaba la propiedad compartida como un mecanismo para el fomento de la vivienda pública en el Art. 71.4 LDV.⁹⁷¹

En este epígrafe debe partirse del estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que trató el alcance de la competencia en materia de vivienda de las comunidades autónomas y que se examinó en el análisis de este título competencial sobre la propiedad temporal.⁹⁷²

Como ya se vio en el epígrafe dedicado a esta cuestión en el tratamiento de la propiedad temporal, los títulos competenciales de los Arts. 137 EAC y 148.1.3ª CE tienen un marcado carácter administrativo, técnico y promocional de la vivienda pública que, en principio, no habilitan al legislador autonómico para crear nuevos tipos del derecho de propiedad, como la propiedad temporal.

de 1997 [LA LEY 9921/1997]. STC 156/1995, de 26 de octubre [LA LEY 2613-TC/1995]. STC 173/1998, de 23 de julio [LA LEY 8274/1998].

⁹⁷¹ Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda [LA LEY 13598/2007].

⁹⁷² STC 152/1988, de 20 de julio [LA LEY 108636-NS/0000]. STC 112/2013, de 9 de mayo [LA LEY 49562/2013]. STC 93/2015, de 14 de mayo [LA LEY 55191/2015]. STC 139/2013, de 8 de julio [LA LEY 110173/2013].

Sin embargo, el hecho que la propiedad compartida estuviera regulada en el Art. 71.4 LDV permite afirmar que los títulos competenciales de los Arts. 137 EAC y 148.1.3^a CE habilitan al legislador de Cataluña para crear nuevas formas de tenencias para facilitar el acceso a la vivienda que sean un desarrollo de otras instituciones del Derecho civil como la comunidad de bienes indivisa, pero no amparan la creación de nuevos regímenes de la propiedad que alteren las bases del Art. 149.1.1^a CE.

En consecuencia, cabe admitir la posibilidad de regular la propiedad compartida en la LDV o en otra ley especial con base en el título competencial del Art. 137 EAC y por la vía del Art. 148.1.3^a CE, toda vez que la propiedad compartida ya estaba prevista en la LDV como una medida de impulso de las políticas públicas de vivienda, sin que haya sido objeto de ningún reproche de inconstitucionalidad desde su incorporación en la LDV.

CONCLUSIONES

Primera: La mayoría de autores españoles defienden que, con base en la regulación de la enfiteusis contenida en el Código civil general y la legislación hipotecaria y registral, en esta figura jurídica se produce una división jurídica de las facultades dominicales entre el titular del dominio directo, el censalista, y el titular del dominio útil, el enfiteuta. Ambos titulares tienen diferentes facultades sobre un mismo bien sin que se produzca una división del objeto del derecho. Aun así, la doctrina no es unánime y hay quienes sostienen que dicha institución es un derecho real en cosa ajena que ostenta el enfiteuta (teoría romana) y hay quienes afirman que la enfiteusis es una carga real que permite al censalista percibir la pensión acordada (teoría moderna).

La doctrina sostiene que en el Código civil de Cataluña la enfiteusis se configura como un censo o como una carga real, huyéndose, de esta forma, de la teoría del dominio dividido que sigue el Código civil general. El Código civil de Cataluña no contiene ninguna institución que se base en la división del dominio que pueda servir de base para justificar la no excepcionalidad de la división del dominio, al menos en su redacción actual.

En Francia, la enfiteusis tiene una naturaleza real, pero hay autores que afirman que la enfiteusis se configura como un arrendamiento de larga duración, lo que es un claro vestigio de las leyes revolucionarias que, con posterioridad a la promulgación del Código civil francés de 1804, trataron de abolir todas aquellas instituciones basadas en la división del dominio por ser propias del sistema feudal de desmembración del dominio del *Ancien régime*. En Italia no ha tenido recorrido la tesis de la división del dominio en la enfiteusis, sino que en dicho Estado la enfiteusis se configura como un derecho real en cosa ajena.

Segunda: El derecho de superficie constituye un verdadero supuesto de dominio *ad tempus*. El titular del derecho de superficie, el superficiario, tiene la propiedad temporal de lo construido en un fundo ajeno por un plazo determinado que, una vez vencido, supondrá la reversión de la propiedad de la superficie a favor del propietario del suelo.

Se mantiene la imposibilidad de defender la temporalidad del derecho de propiedad con base en la temporalidad del derecho del superficiario. El derecho de superficie se

configura como un derecho real en cosa ajena en aquellos países que siguen el modelo de la propiedad romana.

La temporalidad del dominio del superficiario es consecuencia de la propia dinámica y de la naturaleza jurídica del derecho real de superficie que atribuye al superficiario el derecho real de levantar una construcción en suelo ajeno y tener la propiedad temporal de la misma durante un período de tiempo determinado que revertirá a favor del titular del suelo una vez vencido.

En el derecho de superficie no se produce una división jurídica de las facultades dominicales entre el titular del suelo y el titular de la superficie, sino que el derecho real de superficie implica la creación de un nuevo objeto de derecho, la superficie. En el derecho de superficie, los derechos dominicales del titular del suelo y del titular de la superficie recaen sobre objetos diferentes, es decir, se produce una superposición de propiedades que impide que se produzca una división de las facultades dominicales entre varios titulares sobre un mismo objeto de derecho.

Tercera: El heredero fiduciario es un auténtico titular temporal de los bienes hereditarios hasta que se cumpla el plazo o la condición en virtud del cual los bienes tendrán que hacer tránsito al heredero fideicomisario. Se admite que el heredero fiduciario es un verdadero titular temporal de la herencia con las limitaciones pertinentes para proteger los derechos del heredero fideicomisario.

No obstante, no puede defenderse la temporalidad del derecho real de propiedad con base en la sustitución fideicomisaria. No cabe confundir el derecho de propiedad con un mecanismo para la adquisición de este derecho real, de acuerdo con el Art. 609 CC. La temporalidad del derecho dominical del heredero fiduciario es una consecuencia de la propia dinámica de esta institución sucesoria, sin que ello permita defender la temporalidad del derecho real de propiedad.

En la sustitución fideicomisaria existe una limitación de los llamamientos de los herederos fiduciarios precisamente para evitar la vinculación de la propiedad a las generaciones posteriores. En la situación fideicomisaria se produce una situación de temporalidad del dominio, pero no una división del mismo, toda vez que no coexisten dos titulares, al mismo tiempo, como propietarios de la herencia, sino que lo que se

produce es una reversión de la propiedad de los bienes hereditarios a favor del heredero fideicomisario una vez se cumple el plazo o la condición prevista.

Cuarta: En la institución sucesoria de la herencia o del legado a término también se produce una situación de temporalidad del dominio a favor del primer instituido que deberá transmitir los bienes hereditarios al segundo instituido, una vez se cumpla la condición pactada o venza el plazo de tiempo estipulado.

Sin embargo, no puede confundirse, como en la sustitución fideicomisaria, el derecho real de propiedad con un mecanismo para la adquisición de este derecho en virtud del Art. 609 CC. Se defiende la imposibilidad de defender la temporalidad del derecho de propiedad con base en la institución de la herencia o del legado a término.

La temporalidad del dominio del primer instituido es consecuencia de la propia dinámica de la institución y de la voluntad del testador. Una vez se cumple el plazo estipulado, la propiedad de los bienes hereditarios revierte a favor del segundo instituido. En la institución de la herencia o del legado a plazo no se produce una situación de división del dominio, toda vez que no concurren dos titulares, al mismo tiempo, sobre los bienes hereditarios.

Quinta: El fenómeno del aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico se configuró en España creando un nuevo derecho real, el derecho real de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico. Se trata, por lo tanto, de una muestra de las reticencias del legislador español de crear formas atípicas del derecho de propiedad basadas en la división y en la temporalidad del dominio. Esto se reafirma con el hecho de que en España el fenómeno del aprovechamiento por turnos también puede revestir una naturaleza personal y configurarse como una variante del arrendamiento por temporadas.

En Francia, el fenómeno del aprovechamiento por turnos se configuró creando un nuevo tipo de sociedades mercantiles que tienen por objeto el alojamiento de sus socios en bienes de uso turístico para el disfrute de sus vacaciones. Es la condición de socio de estas sociedades lo que atribuye el derecho a disfrutar de un inmueble durante un período de tiempo al año. En Italia, el legislador optó por configurar el fenómeno del aprovechamiento por turnos como una forma de comunidad de bienes y siguiendo el

modelo societario. En Portugal se optó por crear una variante del derecho real de habitación, éste es el derecho real de habitación periódica.

Las distintas configuraciones del fenómeno del aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico ponen de manifiesto que los legisladores de estos países huyeron de configurar la multipropiedad como un tipo del derecho de propiedad basado en la temporalidad del dominio. Ante el problema de la naturaleza jurídica de la multipropiedad, los legisladores de estos países optaron por formas diversas, en lugar de afrontar el debate de la temporalidad y la división del dominio que comportaba el fenómeno del aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico.

En Cataluña, el fenómeno la multipropiedad se configuró creando una comunidad de bienes especial atípica hasta el momento cuyos rasgos esenciales son la exclusión de la acción de división y el disfrute por turnos de bienes inmuebles por los comuneros, sin que estos bienes tengan un destino turístico, puesto que, de lo contrario, se estaría afectando el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/122/CEE, del Parlamento y del Consejo.

Esto demuestra, también, las reticencias que tuvo el legislador de Cataluña de crear un tipo del derecho de propiedad basado en la temporalidad del dominio o un derecho real de aprovechamiento de inmuebles de forma periódica, con lo que cabe concluir que la temporalidad del derecho de propiedad tampoco tiene precedentes entre las instituciones del Derecho civil de Cataluña de naturaleza real.

Sexta: En la compraventa con pacto de reserva del dominio se produce, según la tesis defendida por la mayoría de la doctrina y por el Tribunal Supremo, una suspensión de la transmisión del dominio hasta que el comprador paga la totalidad del precio aplazado. Por este motivo, en este tipo de compraventas no se produce una situación de temporalidad del dominio porque el vendedor es el propietario hasta que el comprador paga la totalidad del precio de la compraventa. Tampoco se produce una división del dominio, puesto que no concurren dos titulares dominicales al mismo tiempo sobre el bien objeto de la compraventa. Aun así, hay un sector minoritario de la doctrina que defiende la división del dominio entre el comprador y el vendedor pero, de admitirse esta posibilidad, no puede defenderse la temporalidad del derecho real de propiedad con base en la compraventa con cláusula de reserva del dominio por tratarse de una cláusula de naturaleza personal que se añade al contrato de compraventa y que modifica el efecto

típico de este contrato, este es la transmisión de la propiedad al comprador con el pago del precio.

Séptima: En la donación con cláusula de reversión del dominio se produce una situación de temporalidad del derecho de propiedad a favor del donatario. Sin embargo, las facultades de disposición del donatario están limitadas por la eventual reversión de la donación a favor del donante.

Se defiende la imposibilidad de defender la temporalidad del derecho real de propiedad con base en la donación con cláusula de reversión del dominio. Se trata de una cláusula de naturaleza personal cuyos efectos desencadenan la reversión del dominio a favor del donante una vez se cumple la condición pactada. No puede sostenerse la temporalidad del derecho real de propiedad con base en instituciones que implican una situación de temporalidad del dominio en virtud de cláusulas de naturaleza personal.

Octava: A la luz de la regulación de la propiedad temporal del Código civil de Cataluña, la propiedad temporal puede configurarse como un derecho real en cosa ajena, aunque el legislador la configure como un nuevo tipo del derecho de propiedad basado en la temporalidad del dominio y en la reversión de las facultades dominicales a favor del titular sucesivo una vez finaliza el plazo de duración del derecho del titular temporal.

Se trata de un derecho real en cosa ajena análogo al usufructo, al censo o al derecho de superficie, pero lo que diferencia a estos derechos reales de la propiedad temporal es el hecho que el titular temporal no está limitado con el deber de conservar la forma y la sustancia del bien ni tiene que respetar su destino económico, aunque esto es relativo porque la propiedad temporal se puede extinguir cuando el bien se deteriora en más de un 50% por culpa o dolo del titular temporal.

Esta conclusión se afirma con base en el Art. 547-4.1 CCCat, del cual se desprende que la propiedad temporal nace, necesariamente, del titular que ostenta la propiedad ordinaria y perpetua sobre un bien y que decide desprenderse de la mayor parte de las facultades de su contenido dominical y transmitir las a un tercero para que sea el titular temporal por un período de tiempo determinado, o que aquél se reserve la propiedad temporal para transmitir al titular sucesivo la propiedad ordinaria.

La propiedad temporal tiene una duración limitada por el Art. 547-4.3 CCCat, que en ningún caso podrá ser superior a los 99 años, independientemente de que la propiedad temporal se adquiriera sobre un bien mueble o inmueble. De esta forma, se equipara la propiedad temporal con los derechos reales en cosa ajena limitativos del dominio, como es el caso del derecho real de superficie o del usufructo.

El Art. 547.3.1 CCCat dice que, supletoriamente, la propiedad temporal se rige por las normas que el Código civil de Cataluña dedica a la propiedad ordinaria y el Art. 547-3.2 CCCat establece que no se aplicarán a la propiedad temporal las normas de la sustitución fideicomisaria, la donación con cláusula de reversión, el derecho de superficie, o las normas de cualquier otra figura jurídica que cuya dinámica origine una situación de dominio temporal.

Se trata de un precepto que trata de evitar que se apliquen las normas de aquellas figuras jurídicas a la propiedad temporal, pero este argumento no impide, en nuestra opinión, configurar la propiedad temporal como un derecho real en cosa ajena porque las figuras jurídicas que enumera el Art. 547-3.2 CCCat tienen su propio régimen jurídico que, si fuera aplicable supletoriamente, serían incompatibles con la regulación de la propiedad temporal, aunque ésta se configure como un derecho real en cosa ajena por la amplias facultades que se atribuyen al titular temporal del bien.

Además, el contenido de facultades dominicales que el Art. 547-6 CCCat atribuye al titular temporal, también permite afirmar que la propiedad temporal se configura como un derecho real, toda vez que, si bien las facultades del titular temporal son muy amplias, están limitadas por la duración de su derecho y por la necesaria salvaguarda de los derechos e intereses del titular sucesivo, situación que no se produce, de forma general, en la propiedad ordinaria y perpetua porque el propietario ordinario no tiene su derecho limitado temporalmente ni tiene limitadas sus posibilidades de actuación sobre el bien por la salvaguarda de los intereses de otro titular.

La adquisición automática de las facultades dominicales por el titular sucesivo una vez finalizada la propiedad temporal es propia del efecto del principio de plasticidad del dominio, en virtud del cual el propietario originario absorbe las facultades dominicales que gravaban su derecho de propiedad. Por tanto, el titular sucesivo es el propietario original o perpetuo del bien, mientras que el titular temporal es el titular de un derecho real en cosa ajena que grava la propiedad ordinaria y perpetua. La adquisición

automática del pleno dominio por el titular sucesivo se produce, por tanto, por el efecto del principio de plasticidad del dominio.

El tratamiento de la expropiación forzosa de la propiedad temporal también permite afirmar que la propiedad temporal es un derecho real en cosa ajena. El remedio más apropiado que puede ofrecer la legislación sobre expropiación forzosa para la expropiación de la propiedad temporal es aplicar a esta forma de propiedad las reglas de valoración del usufructo temporal para la determinación del justiprecio. Dicha opción es la más idónea porque necesariamente, en caso de expropiación forzosa de la propiedad temporal, tiene que valorarse no solo el derecho del titular temporal, sino que también hay que valorar el derecho del titular sucesivo, es decir, su expectativa de tener el dominio ordinario y perpetuo del bien.

Novena: La propiedad temporal, configurada como una nueva forma del derecho de propiedad, conlleva problemas dogmáticos que conducen a que no sea conforme con la configuración general del derecho de propiedad que es perpetuo o tendencialmente perpetuo.

El derecho real de propiedad ha sido definido por sus características de absoluto, exclusivo, unívoco y perpetuo. Por tanto, la creación de un tipo dominical basado en la temporalidad del dominio quiebra con el carácter perpetuo o tendencialmente perpetuo que generalmente ha definido el derecho de propiedad ordinario.

Se ha admitido por la doctrina que el derecho de propiedad se extingue, en general, por las causas previstas en el título de adquisición y, especialmente, por el cumplimiento de un plazo determinado cuya finalización supone la extinción del derecho de propiedad. Sin embargo, con base en este argumento, no puede afirmarse que la propiedad pueda ser temporal por la autonomía privada de las partes y tampoco que la propiedad temporal sea la institucionalización de un nuevo tipo dominical basado en la temporalidad del dominio que podía pactarse por las partes de acuerdo con el Art. 1.255 CC.

En el Ordenamiento jurídico español existen figuras jurídicas afines a la propiedad temporal que originan una situación de dominio temporal. Aun así, no puede defenderse la admisibilidad de la temporalidad del dominio con base en la existencia de figuras jurídicas que, por su dinámica y naturaleza jurídica, implican una situación de

temporalidad del dominio como la sustitución fideicomisaria, la propiedad superficiaria o la donación con cláusula de reversión del dominio.

Se trata de figuras jurídicas que, si bien es cierto que la doctrina ha sostenido que implican una situación de dominio temporal, tienen su propia naturaleza jurídica y son mecanismos de adquisición de la propiedad, como la sustitución fideicomisaria, derechos reales, como el derecho de superficie, o cláusulas contractuales de naturaleza personal, como la donación con cláusula de reversión del dominio. Con base en aquellas instituciones no puede sostenerse que la perpetuidad no es una característica básica o esencial del dominio porque no puede llegarse a semejante conclusión con base en instituciones sucesorias o de naturaleza contractual que no pueden compararse con el tipo abstracto del derecho de propiedad que, a lo largo de la codificación del Derecho civil, se ha configurado como un derecho perpetuo o tendencialmente perpetuo.

Décima: La propiedad temporal, configurada como una situación de dominio dividido, también plantea problemas dogmáticos que se relacionan, especialmente, con la situación posesoria.

De acuerdo con la interpretación doctrinal del Art. 521 CCCat, tendría que afirmarse que los titulares temporales y sucesivos poseen el bien en concepto de titulares. No obstante, el encaje de las situaciones de dominio dividido en el Código civil de Cataluña es forzado por la regulación de la posesión en dicho código. Los problemas que implica la situación de coposesión con el mismo concepto posesorio conducen a la conclusión de que necesariamente el derecho del titular temporal o del titular sucesivo tenga que ser superior respecto del otro y, por lo tanto, el tratamiento de la posesión en la propiedad temporal sería más pacífico si se defiende que el verdadero y único propietario es el titular temporal o el titular sucesivo, sin que pueda mantenerse que los derechos de ambos titulares se encuentren en un plano de igualdad.

La doctrina ha defendido que el único supuesto de coposesión que es posible a la luz de la regulación de la posesión en el Código civil de Cataluña se produce en los supuestos de comunidades de bienes, con lo que se llega a la conclusión de que la propiedad temporal del Código civil de Cataluña no se produce una situación de coposesión porque no se configura sobre una base comunitaria, con lo que debe rechazarse la teoría del dominio dividido en el seno de la propiedad temporal.

Undécima: Por lo que se refiere al respeto de la garantía del contenido esencial de los derechos constitucionales, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 111/1981, de 8 de abril, estableció que para llegar a determinar el contenido esencial de un derecho constitucional, el legislador debe atenerse al “*tipo abstracto del derecho que preexiste al momento legislativo*” de aquel derecho y, de este modo, puede hablarse “*de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta.*”

El tipo abstracto del derecho de propiedad y al que se refiere el reconocimiento constitucional del Art. 33.1 CE es el derecho de asegurar a los particulares un ámbito de uso, de goce de los bienes y de disposición de los mismos en una esfera de libertad y con el debido cumplimiento de los deberes y las obligaciones que el Ordenamiento jurídico impone a los particulares de una clase determinada de bienes, en cumplimiento de su función social.

No obstante, la doctrina sigue definiendo el tipo abstracto del derecho de propiedad como un derecho general, en el sentido que faculta al propietario para obtener todos los aprovechamientos que la cosa es capaz de producir y que, además, este aprovechamiento es exclusivo, perpetuo y elástico. El tipo abstracto del derecho de propiedad se define por la nota de perpetuidad por consideraciones de política legislativa, dado el reconocimiento de la propiedad privada como uno de los pilares del sistema jurídico-económico del Estado español.

En consecuencia, la propiedad temporal del Código civil de Cataluña, configurada como un nuevo tipo del derecho de propiedad que puede adquirirse sobre bienes muebles e inmuebles con carácter general, es difícilmente *reconoscible* con el tipo abstracto de aquel derecho, puesto que aquél se concibe y se entiende por los particulares como un derecho no sometido a ninguna limitación temporal y, por tanto, puede cuestionarse, desde esta óptica, la conformidad con la regulación constitucional del derecho a la propiedad privada respecto del nuevo tipo del derecho de propiedad del Código civil de Cataluña, configurado como un nuevo tipo del derecho de propiedad que se basa en la temporalidad y en la revocación del dominio del titular temporal a favor del titular sucesivo una vez finalizado el plazo de duración de la titularidad temporal.

No obstante, de acuerdo con la adquisición de la propiedad temporal que prevé el Art. 547-4.1 CCCat, puede defenderse una interpretación *secundum constitutionem* de este nuevo tipo del derecho de propiedad dado que dicho artículo presupone que la

propiedad temporal deriva de un derecho de propiedad pleno, exclusivo y perpetuo, toda vez que el propietario originario no ve extinguido su derecho de propiedad por la transmisión de la titularidad temporal, sino que lo que sucede es que el propietario originario, en el ejercicio de sus facultades dominicales, transmite la titularidad temporal de su derecho cuya eficacia está sometida a un plazo de tiempo determinado y, una vez vencido, el derecho de propiedad no se extingue, sino que es transmitido y revierte al titular sucesivo.

Por tanto, desde esta perspectiva, puede defenderse una interpretación conforme al texto constitucional de la propiedad temporal del Código civil de Cataluña, pues la eficacia de un derecho de propiedad temporal sometida a un plazo de duración no implica que el derecho se extinga, sino que el mismo derecho es transmitido a ulteriores titulares y, por tanto, la finalización del plazo de duración del derecho conlleva un mero cambio en la titularidad del derecho.

En caso contrario, si la propiedad temporal se hubiera configurado como un derecho real en cosa ajena, no se discutiría la vulneración de la garantía del contenido esencial del Art. 53.1 CE, puesto que se trataría de un derecho real similar al usufructo, superficie o censo que no entraría dentro del ámbito del reconocimiento constitucional de la propiedad privada del Art. 33.1 CE y se configuraría como un desmembramiento del derecho de propiedad sin que, tenga que traducirse la función social de la propiedad en el reconocimiento de un conjunto de derechos a los titulares temporales y sucesivos y en el establecimiento de un conjunto de deberes y obligaciones a ambos titulares.

Duodécima: En lo referido a la función social de la propiedad del Art. 33.2 CE, el legislador, siguiendo este principio general, configura el estatuto jurídico de los bienes, de acuerdo con el interés público que subyace en una categoría determinada de bienes que lo hace merecedor de protección.

Por esta razón, el estatuto jurídico de determinadas categorías de bienes se ha diversificado, hasta al punto de poder afirmar que el tipo abstracto del derecho de propiedad, reconocido en el Art. 33.1 CE, no impide hablar de «propiedades» en función de la naturaleza jurídica de los bienes y, consiguientemente, del interés público que representan.

Se desprende del preámbulo de la LPTPC que lo que condujo al legislador de Cataluña a introducir en el Código civil de Cataluña la propiedad temporal fue facilitar el acceso a la vivienda, creando nuevas tenencias más allá de la plena propiedad y el alquiler.

Sin embargo, la finalidad que persigue el legislador de Cataluña queda desnaturalizada por la propia regulación de la propiedad temporal, toda vez que el Art. 547-2 CCCat establece que puede transmitirse la propiedad temporal sobre los bienes muebles e inmuebles y, en consecuencia, se trata de un nuevo tipo del derecho de propiedad que, configurado como un régimen de la propiedad que puede ser constituido sobre cualquier bien, sea de naturaleza mueble o inmueble y, por tanto, que no se circunscribe a los bienes inmuebles que están destinados a satisfacer necesidades de vivienda, impide que haya una correlación entre el nuevo régimen de la propiedad temporal y el interés del legislador de facilitar el acceso a la vivienda, de acuerdo con el principio de la función social.

De acuerdo con la doctrina, la función social que mueve al legislador a configurar el estatuto jurídico de los bienes, se traduce en la imposición de deberes y obligaciones a los propietarios de una determinada categoría de bienes para satisfacer un determinado interés público. No obstante, la LPTPC se limita a institucionalizar un nuevo tipo del derecho de propiedad temporal y revocable, en paralelo con el tipo abstracto del derecho de propiedad del Art. 541-1 CCCat, sin que se determine el objeto de esta forma de propiedad respecto de una categoría determinada de bienes en correlación con la función social perseguida por el legislador y, por ende, sin que se traduzca normativamente la función social de la propiedad a través de la imposición de deberes y obligaciones a los propietarios.

El párrafo anterior conduce a la conclusión de que el legislador de Cataluña no estaba pensando en la creación de un nuevo régimen de la propiedad que tuviera como objeto los bienes inmuebles para facilitar el acceso a la vivienda, toda vez que la regulación de esta nueva forma del derecho de propiedad del Código civil de Cataluña es genérica, limitándose a regular los aspectos más importantes de la misma sin que, de acuerdo con el principio de la función social, se traduzca dicha función en la imposición de deberes y obligaciones al propietario para satisfacerla.

Por tanto, la falta de una traducción legislativa de la función social de la propiedad temporal en un conjunto de deberes y derechos a los titulares temporales y sucesivos

conduce a la conclusión de que la propiedad temporal no se configura como un nuevo régimen del derecho de propiedad sobre los bienes muebles e inmuebles, sino que se trata de un tipo del derecho de propiedad que implica un cambio en la titularidad del bien una vez se transmite y se revierte la titularidad temporal a favor del titular sucesivo.

Asimismo, la falta de una traducción legislativa de la función social de la propiedad en un conjunto de derechos, deberes y obligaciones a los titulares temporal y sucesivo también refuerza la tesis de que lo que ha hecho en realidad el legislador de Cataluña es crear un nuevo derecho real en cosa ajena que grava la propiedad perpetua y exclusiva del titular sucesivo porque la creación de un derecho real de goce no lleva aparejado la creación de un régimen especial de la propiedad.

Decimotercera: El respeto al texto constitucional por la regulación de la propiedad temporal también puede discutirse con base en el título competencial que el legislador de Cataluña ha regulado dicha nueva forma del derecho de propiedad.

El legislador de Cataluña ha introducido en el Código civil de Cataluña un nuevo tipo del derecho de propiedad basado en la temporalidad del dominio, apoyándose en la su competencia exclusiva en materia de Derecho civil del Art. 129 EAC, de acuerdo con lo establecido en el Art. 149.1.8ª CE. En consecuencia, cabe plantearse si la propiedad temporal mantiene una conexión con otra institución del Derecho civil de Cataluña que permita considerarla como un desarrollo de la misma, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el desarrollo de los derechos civiles forales.

La propiedad temporal, configurada como un nuevo tipo de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, no puede ser considerada un desarrollo de la propiedad superficiaria que, por esencia, es temporal, ni tampoco puede mantenerse que la compraventa a carta de gracia es una institución del Derecho civil de Cataluña que configure un régimen de propiedad temporal sobre los bienes muebles e inmuebles.

La compraventa a carta de gracia es un contrato típico de Cataluña, de naturaleza obligacional, en el cual el vendedor transmite la propiedad al comprador, pero se reserva el derecho de recuperar la propiedad de la cosa vendida en un plazo de treinta años para los bienes inmuebles y en un plazo de seis años para los bienes muebles.

Se trata, por tanto, de una institución que tiene naturaleza obligacional y la cláusula que permite al vendedor recuperar la propiedad de la cosa vendida no afecta al derecho de propiedad en sí mismo, sino que implica la resolución del derecho del titular y, por tanto, implica un cambio en la titularidad del derecho de propiedad, que sigue siendo perpetuo.

No existe una conexión inmediata entre la propiedad temporal del Código civil de Cataluña y la compraventa a carta de gracia por la naturaleza obligacional de la segunda que permita hablar de un desarrollo de la misma.

La propiedad temporal fue introducida en el Código civil de Cataluña, ubicándose, en un nuevo Capítulo, el VII, en el Título IV, del Libro quinto. Se trata, por tanto, de un nuevo tipo del derecho de propiedad basado en la temporalidad y en la reversión del dominio que, de acuerdo con una posible interpretación del tenor literal del Art. 547-2 CCCat, configuraría un nuevo régimen de la propiedad sobre los bienes muebles e inmuebles.

Se trata, des de esta perspectiva, de un nuevo tipo del derecho de propiedad institucionalizado que no fácilmente puede considerarse un desarrollo del tipo abstracto del Art. 541-1 CCCat porque no existe una institución en el Código civil de Cataluña que configure, con carácter general, un régimen de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria de forma temporal, toda vez que el tipo abstracto del Art. 541-1 CCCat también se define por la nota de la perpetuidad de la propiedad.

No obstante, en consonancia con lo que se ha concluido sobre la garantía del contenido esencial del derecho de propiedad y su función social, puede mantenerse una interpretación conforme a la Constitución, de acuerdo con la doctrina que ha desarrollado la virtualidad del término “desarrollo” del Art. 149.1.8ª CE. Esta interpretación se basaría en considerar que la propiedad temporal no se es un *novo* y, por tanto, una institución que no tiene precedentes entre las instituciones del Derecho civil de Cataluña. La propiedad temporal sería un desarrollo de la propiedad del Art. 541-1 CCCat que, por estar sometida a un plazo de duración determinado, implica que se produzca un mero cambio en la titularidad del bien, sin que se cree un nuevo tipo del derecho de propiedad al margen del tipo del Art. 541-1 CCCat.

La propiedad temporal del Código civil de Cataluña no sería considerada, desde esta perspectiva, como un *novo* sin precedentes en la Compilación de Derecho civil de Cataluña, toda vez que el derecho de propiedad seguiría configurándose como perpetuo porque el derecho no se extingue, sino que lo que implica la finalización del plazo de duración de la titularidad temporal es un mero cambio en la titularidad del derecho que sigue en cabeza de los ulteriores titulares.

Decimocuarta: La configuración de la propiedad temporal como un régimen de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria basado en la temporalidad y en la revocación del dominio, afectaría a las bases del ejercicio del derecho de propiedad en condiciones de igualdad en todas las comunidades autónomas. Se trata de las bases para el ejercicio de los derechos que corresponde fijar al Estado, en virtud del Art. 149.1.1ª CE.

Puede concluirse que la perpetuidad es una de las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de propiedad y, por ende, la introducción en el Código civil de Cataluña de un régimen de propiedad temporal sobre los bienes muebles e inmuebles o la aprobación de una ley especial que regulara la propiedad de la vivienda y configurara un régimen de la propiedad inmobiliario basado en la temporalidad del dominio, alteraría las condiciones básicas para el ejercicio de este derecho y, por ende, vulneraría la competencia exclusiva del Estado del Art. 149.1.1ª CE.

El Art. 148.1.3ª CE establece que las comunidades autónomas, en sus respectivos estatutos de autonomía, pueden asumir competencias exclusivas en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda. Sin embargo, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que el título competencial del Art. 148.1.3ª CE no habilita al legislador autonómico para crear nuevos tipos del derecho de propiedad, toda vez que las competencias exclusivas en materia de vivienda que pueden asumir las comunidades autónomas se vinculan, fundamentalmente, con la promoción de la vivienda pública y la elaboración de políticas propias en materia de vivienda, pero, en todo caso, el alcance del título competencial del Art. 148.1.3ª CE no habilita al legislador autonómico para crear nuevos tipos del derecho de propiedad.

No obstante, el título competencial del Art. 148.1.3ª CE podría amparar la regulación de nuevos derechos de naturaleza real o el desarrollo de comunidades especiales de bienes que tengan por objeto el aprovechamiento de la propiedad y facilitar el acceso a la vivienda en condiciones de igualdad. De esta forma, el título competencial del Art.

148.1.3^a CE se vería desbordado por la creación por el legislador autonómico de un nuevo tipo del derecho de propiedad o régimen de la propiedad, pero no por la regulación de nuevos derechos reales o por el desarrollo de otras instituciones del Derecho civil como la comunidad de bienes que podrían ampararse en sus competencias de fomento y promoción de la vivienda, de acuerdo con el Art. 137 EAC.

Decimoquinta: La propiedad compartida se configura como una comunidad de bienes especial, puesto que se estructura o pivota sobre una comunidad de bienes ordinaria subyacente. El preámbulo de la LPTPC y el régimen jurídico supletorio conducen a esta conclusión.

Se admite la posibilidad de crear una comunidad especial de bienes similar a la propiedad compartida con base en el principio de la autonomía privada, toda vez que los Arts. 392.2 CC y 552-2 CCCat dicen que las comunidades ordinarias indivisas se rigen, en primer lugar, por lo dispuesto en el título de constitución.

Sin embargo, lo que ha hecho la LPTPC ha sido institucionalizar una comunidad especial de bienes donde el uso, el goce y la posesión del bien se asignan, generalmente, al comunero titular de la menor cuota del dominio y, además, se reconoce el derecho de este comunero de ir adquiriendo más cuotas del dominio. Se trata, por tanto, de una institucionalización de una comunidad especial de bienes con dichas características, pero que podría diseñarse perfectamente con base en el principio de la autonomía privada de los comuneros.

En la propiedad compartida no se produce una situación de división del dominio entre los copropietarios por la base comunitaria de esta nueva forma de propiedad. El derecho de propiedad es el mismo, aunque la mayoría de las facultades dominicales se atribuyen al copropietario que tiene una menor cuota de dominio. La peculiaridad de la propiedad compartida radica en el modo de tenerse el derecho, es decir, en comunidad con otros comuneros, y no en la creación de un nuevo tipo del derecho de propiedad como lo sucedido en la propiedad temporal.

Debe descartarse que se trate de un supuesto de dominio dividido por la terminología que utiliza la ley al referirse al comunero titular de la menor cuota del dominio como «propietario material» y al titular de la cuota restante del dominio como «propietario formal». Se trata de una denominación que sirve para diferenciar el estatuto jurídico de

los comuneros, sin que con esto el legislador de Cataluña haya querido establecer una división del dominio semejante a la enfiteusis del Código civil cuando habla de «titular del dominio directo» y «titular del dominio útil».

La propiedad compartida, a diferencia de otras comunidades especiales como la propiedad horizontal y la comunidad especial por turnos, no implica la creación de un régimen jurídico inmobiliario. El Art. 556-4 CCCat exige el otorgamiento de un título constitutivo para la constitución de una propiedad compartida sobre un bien mueble o inmueble. Esta particularidad, el hecho que la propiedad compartida pueda constituirse sobre bienes muebles, impide que nazca un régimen especial de la propiedad inmobiliaria semejante al régimen jurídico inmobiliario de la propiedad horizontal que se predica de las cualidades del inmueble, de la misma forma que sucede en la comunidad especial por turnos del Código civil de Cataluña.

Respecto de la importación de la *Shared ownership* en Cataluña, a través de la introducción en el Código civil de Cataluña de una nueva comunidad especial de bienes, puede concluirse que dista la naturaleza jurídica entre ambas tenencias. Es decir, a raíz del caso *Midland Heart v. Richardson* la *Shared ownership* inglesa se configure como una *assured tenancy* que se encuentran reguladas en la Housing Act de 1988. Se trata, por tanto, de una tenencia de naturaleza personal, en lugar de tratarse de un tipo de los *property right in respect of land*, que tiene como finalidad facilitar el acceso a la vivienda a los colectivos con más dificultades para acceder a una vivienda en plena propiedad.

Por su parte, la propiedad compartida del Código civil de Cataluña se configura como una comunidad especial de bienes, es decir, como una figura jurídica de naturaleza real que, al contrario que la *Shared ownership* inglesa, puede constituirse sobre bienes muebles. A pesar que en el preámbulo de la LPTPC se diga que la propiedad compartida tiene, como principal función, facilitar el acceso a la vivienda, la previsión del Art. 556-2 CCCat hace que quede desdibujada la función social perseguida por el legislador de facilitar el acceso a la vivienda.

Decimosexta: El otorgamiento del título constitutivo de la propiedad compartida se configura como un acto dispositivo del «propietario formal» que vende una cuota de su dominio y cede la exclusiva posesión, el uso y el goce del bien al «propietario material».

De esta forma, la necesaria constitución de la propiedad compartida a través del otorgamiento del título constitutivo donde los comuneros regulan sus intereses, impide hablar de la creación de un régimen especial de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, toda vez que, precisamente, lo que se pretende mediante el otorgamiento del título constitutivo es impedir que se constituyan propiedades compartidas de hecho cuando concurren varias titularidades dominicales sobre un mismo bien, pues la única comunidad que se crea de hecho por la concurrencia de dos o más propietarios es la comunidad ordinaria indivisa del Art. 552-1 CCCat.

La forma de practicar la inscripción de la «propiedad material» en el Registro de la Propiedad, para el caso de propiedades compartidas constituidas sobre bienes inmuebles, puede equipararse a la inscripción de las cuotas indivisas de fincas destinadas a garaje o estacionamiento de vehículos y a trasteros, puesto que el Art. 68 RH contempla la posibilidad de abrir folio independiente a las cuotas indivisas de este tipo de fincas, de la misma forma que prevé el Art. 556-5.3 CCCat para la «propiedad material».

Por lo que se refiere a la afección real de la contraprestación dineraria de la propiedad compartida, puede compararse la naturaleza jurídica de dicha afección con la afección real de los elementos privativos de las comunidades de propietarios que prevé el Art. 553-5.1 CCCat. En este sentido, la cuota de dominio del «propietario material» está afecta al impago de la contraprestación dineraria que debe percibir el comunero titular de la mayor cuota de dominio por ceder el uso y el goce exclusivo del bien al titular de la menor cuota de dominio, de la misma forma que los elementos privativos de los diferentes propietarios que integran la comunidad especial de la propiedad horizontal responden de las deudas de los propietarios derivadas de sus elementos privativos.

Por tanto, cabe concluir que la afección real de la «propiedad material» a los créditos derivados del impago de la contraprestación dineraria tiene una naturaleza jurídica parecida que la afección real de los elementos privativos de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal.

Las soluciones que ha propuesto la doctrina sobre la ubicación en el sistema de prelación de créditos de los Arts. 1.922 CC y 1.923 CC de los créditos derivados del impago de la contraprestación dineraria, podrían ser incompatibles con lo prevenido en

el Art. 1.925 CC que no admite más créditos privilegiados de los que se reconocen en los artículos antes citados.

De esta forma, la opción de equiparar los créditos derivados del impago de la contraprestación dineraria afectos a la «propiedad material» de propiedades compartidas constituidas sobre bienes inmuebles a los créditos derivados de las comunidades de propietarios contra los elementos privativos de los propietarios podría no ser una opción válida porque la propiedad compartida no se encuentra regulada en el Código civil y, por tanto, no tiene reconocido un privilegio en el sistema de prelación de créditos de los Arts. 1.922 CC y 1.923 CC.

Asimismo, la opción de equiparar la prelación de los créditos derivados de la contraprestación dineraria con la prelación de los créditos prignoraticios del Código civil, como un sector doctrinal propuso para los créditos derivados del derecho real de retención de Cataluña, aun parece más arriesgada, toda vez que el derecho de retención no se encuentra regulado en el Código civil, sino que más bien se trata de un derecho que se reconoce en algunas ocasiones ante el incumplimiento de pago de una de las partes, por ejemplo el Art. 1.730 CC contempla que: *“El mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante realice la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos anteriores.”*

Decimoséptima: La propiedad compartida no vulnera el contenido esencial del derecho de propiedad. La configuración de la propiedad compartida como una comunidad especial de bienes implica que el legislador de Cataluña no haya creado un tipo nuevo del derecho de propiedad, sino que la especialidad de la propiedad compartida radica en la titularidad del derecho de propiedad, que es compartida entre los copropietarios y no en la *recognoscibilidad* del derecho de propiedad según el tipo abstracto del mismo.

Si bien el derecho de propiedad se define por la nota de la exclusividad, esta característica no es predicable de las comunidades de bienes y, por tanto, no cabe hablar de vulneración del contenido esencial del derecho de propiedad por la *irrecognoscibilidad* según el tipo abstracto descrito.

Asimismo, el necesario otorgamiento de un título constitutivo para la constitución de la propiedad compartida y la previsión del Art. 556-2 CCCat de que pueda constituirse una propiedad compartida sobre un bien mueble, impide hablar de una creación del un

régimen de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria y, en consecuencia, de la traducción legislativa de la función social que ha guiado al legislador de Cataluña a legislar sobre la propiedad compartida en un conjunto de derechos reconocidos a los copropietarios y en un conjunto deberes y obligaciones impuestos a los comuneros.

Decimoctava: En lo referido al título competencial en virtud del cual el legislador de Cataluña puede regular la propiedad compartida, si se parte de que la propiedad compartida es una comunidad especial de bienes que se estructura sobre una comunidad de bienes ordinaria indivisa, puede sostenerse que el legislador de Cataluña ha desarrollado esta institución de acuerdo con las competencias en materia de Derecho civil de los Arts. 129 EAC y 149.1.8ª CE. La propiedad compartida presenta una conexión inmediata con la comunidad de bienes ordinaria indivisa que regula el Código civil de Cataluña y, por lo tanto, no presenta problemas de inconstitucionalidad en lo referido al desarrollo de las instituciones del Derecho civil de Cataluña.

La configuración de la propiedad compartida como una comunidad especial de bienes impide hablar de una alteración de las bases para el ejercicio del derecho de propiedad, de acuerdo con el Art. 149.1.1ª CE. La propiedad compartida no implica una alteración de las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de propiedad, puesto que no altera la configuración dogmática del derecho de propiedad y, su constitución a través del correspondiente título constitutivo, tampoco implica la creación de un nuevo régimen de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria que, por ende, pueda hacer desigual el ejercicio del derecho de propiedad en todas las comunidades autónomas del Estado.

Además, el legislador de Cataluña es competente para regular nuevas formas para el acceso a la vivienda por el título competencial del Art. 148.1.3 CE y 137 EAC. La propiedad compartida, como tenencia de viviendas en régimen de protección oficial, ya estaba prevista en la LDV. Por lo tanto, el legislador de Cataluña, de conformidad con el Art. 5 LDV, es competente para regular nuevas formas de disfrute de la propiedad que pivoten, por ejemplo, sobre una base comunitaria para facilitar el acceso a la vivienda que no alteren las bases de este derecho que corresponde fijar al Estado por el título competencial del Art. 149.1.13ª CE sobre las bases y a la coordinación de la planificación general de la actividad económica.

BIBLIOGRAFÍA

ADÁN DOMÈNECH, F., “Legislación procesal arrendaticia: soluciones y propuestas de mejora”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 325-348.

AGUILAR GARCÍA, A., *El contrato y el derecho real de foro*, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1911.

AJUNTAMENT DE BARCELONA. PATRONAT MUNICIPAL DE L’HABITATGE DE BARCELONA., “El dret de superfície: un nou règim de tinença per a l’habitatge protegit a Barcelona”, nº 17, 2009, p. 1-40.

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil: II Derecho de obligaciones*, 14^a ed., Edisofer, Madrid, 2011.

Derecho Civil: III Derecho de bienes, 11^a ed., Edisofer, Madrid, 2010.

Instituciones de Derecho Civil. Derecho de bienes, familia y sucesiones, t. II, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1975.

El negocio jurídico, Bosch, Barcelona, 1958.

“Comentario al Art. 618 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 1.571-1.576.

“Comentario al Art. 641 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 1.625-1.628.

“Comentario al Art. 781 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 1.915-1.920.

“Comentario al Art. 641 CC”, en ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VIII, v. II, EDERSA, Madrid, 1986, p. 273-287.

“Comentario al Art. 805 CC”, en ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, v. II, EDERSA, Madrid, 1986, p. 544-557.

ALBADALEGO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. trad. por GARZÓN, E., 2ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007.

ALGUACIL DENCHE, A., ALGUACIL GÓMEZ, J., et alii., *La vivienda en España en el siglo XXI*, Fundacion Foessa, Cáritas Española Editores, Madrid, 2013.

ALLARA, M., *La nozioni fondamentali del diritto civile*, t. I, 5ª ed., G. Giapichelli editore, Torino, 1957.

ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

ALONSO PÉREZ, Mª. T., *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.

El riesgo en el contrato de compraventa, Montecorvo, Madrid, 1972.

“El acceso a la propiedad de la vivienda a través del derecho de superficie”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 539-574.

ALPA, G., *Compendio del nuovo diritto privato*, UTET, Torino, 1985.

ÁLVAREZ VIGARAY, R., “Reflexiones sobre el derecho de superficie”, en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis-Díez Picazo*, t. III, Civitas, Madrid, 2003, p. 3.441-3.445.

AMENGUAL PONS, P. J., “El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la legislación hipotecaria”, en *RCDI*, nº 532, 1979, p. 621-656.

ANDERSON, M., “La directiva sobre aprovechamiento por turno y la necesidad de transponerla...en un Estado plurilegislativo”, en ARROYO AMAYUELAS, E., (Coord.), *Crónica de Derecho Privado Europeo*, ADC, t. LXIII, 2010, p. 229-244.

El dret civil català davant la transposició de la directiva 2008/122, relativa a certs aspectes contractuals de l'aprofitament per torns de béns mobles i immobles, en Centre d'Estudis Jurídics s i de Formació Especialitzada, Barcelona, 2010.

ANGOSTO SÁEZ, J. F., *El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano*, Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, Murcia, 1998.

ANTEQUERA, J. M^a., *La Codificación moderna en España*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1886.

ANTÓN, F., BARROSO, A., LIDÓN, E., RODRÍGUEZ E., y SOTO, O., “Vivienda y opinión pública en España”, en *Opiniones y Actitudes*, n° 60, 2007.

APARICIO PÉREZ, M. A., y BARCELÓ SERRAMALERA, M., *Manual de Derecho Constitucional*, 3^a ed., Atelier, Barcelona, 2016.

ARGIROFFI, C., “Delle azioni a difesa della proprietà”, en BUSINELLI, F y SCHLESINGER, P., *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano.

ARNDTS, L., *Trattato delle Pandette, ob. trad. por SERAFINI, F.*, 3^a ed., Tipi fava e garagnani, Bologna, 1877.

ARRIVAS, F., “La multipropiedad”, en ALPA, G., y BESSONE, M., *I contratti in generale*, UTET, Torino, 1984, p. 1.128-1.155.

ATIAS, C., *Droit Civil. Les biens*, 8^a ed., LexisNexis, Paris, 2005.

AUBRY & RAU., *Droit Civil français*, t. II, 7^o ed., Libraire de la cour de cassation, Paris, 1961.

AWB, SIMPSON., *A History of the Land Law*, 2^a ed., Oxford Clarendon Press, New York, 1986, p. 1-102.

BADOSA COLL, F., “La multipropietat com a <<régim jurídic immobiliari””, en CÀTEDRA DE DRET CIVIL CATALÀ “DURAN I BAS”., *Materials de les IV jornades de dret català a Tossa. Règim de la Propietat Col·lectiva Urbana a Catalunya*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988, p. 13-45.

BADOSA COLL, F., BOSCH CAPDEVILA, *et alii.*, “III. Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de Regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente”, en COLEGIO DE REGISTRADORES (Coord.), *Comentarios de Derecho Patrimonial Catalán*, Bosch, Bracelona, p. 451-725.

BAKER, J. H., *An Introduction to Legal History*, 4^a ed., Oxford University Press, New York, 2002.

BALBI, G., *Il diritto di superficie*, G. Giappichelli editore, Torino, 1947.

BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), *Manual de Derecho constitucional*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.

BALCELLS GONZÁLEZ, A., *El problema agrari a Catalunya. La qüestió rabasaire: (1890-1936)*, Editorial Nova Terra, Barcelona, 1968.

BALDO DEL CASTAÑO, V., *Régimen jurídico de las ventas a plazos. Particular estudio de sus garantías*, Tecnos, Madrid, 1974.

BAÑO LEÓN, J. M., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, en *REDC*, nº 24, 1988, p. 155-179.

BARASSI, L., *Instituciones de Derecho civil, ob. trad. por GARCIA DE HARO DE GOYTISOLO, R., y FALCÓN CARRERAS, M., t. II*, Bosch, Barcelona, 1955.

Proprietà e comproprietà, Giuffrè, Milan, 1951.

BARBERO, D., *Sistema del Derecho privado, ob. trad. por SENTIS MELENDO, S., t. II*, Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1967.

BARCELLONA, M., *Proprietà privata e intervento statale: profili istituzionali della questione agraria*, Jovene, Napoli, 1980.

BARCELÓ SERRAMALERA, M., *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico: un análisis sobre la relación entre la organización territorial del Estado y la regulación de los derechos y deberes constitucionales*, Civitas, Madrid, 1991.

BARNÉS VÁZQUEZ, J., *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Madrid, 1988.

BARÓ PAZOS, J., *La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993.

BARTOLOMEI, F., *L'espropriazione nel diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1970.

BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Precís de Droit Civil*, t. I, 6ª ed., Librairie de la Société du Recueil des lois et des arrêts, Paris, 1896.

BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes en derecho español*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

BÉNABENT, A., *Droit civil. Les contracts spéciaux civils et commerciaux*, 8ª ed., Montchrestein, Paris, 2008.

BENAVIDES DEL REY, J. L., “El derecho de superficie sobre inmuebles ya construidos”, en *RCDI*, nº 610, 1992, p. 1.241-1.260.

BENITO ARENAS, J. A., “Algunas consideraciones de la multipropiedad en Derecho comparado”, en *RCDI*, nº 615, 1993, p. 463-550.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Comentarios al Código civil, Aranzadi, Navarra, 2009.

La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles, Editorial moneda y crédito, Madrid, 1971.

Comentarios a la Ley de venta a plazos de bienes muebles, Montecorvo, S. A., Madrid, 1977.

“Art. 1” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 23-29.

“La conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, en *Derecho privado y Constitución*, nº 1, 1993, p. 15-82.

“Las competencias de las comunidades autónomas en materia de Derecho civil”, en *Primer congreso de Derecho vasco: la actualización del Derecho civil*, Herri-arduralaritzaren eskal erakundea. Instituto vasco de Administración pública, Oñati, 1983, p. 73-111.

BEREZIARTUA RUBIO, J. *Reflexiones sobre el mercado de la vivienda*, Euskadiko Autonomia Elkarteko Administrazioa, Oñati, 2008.

BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2007.

BETTI, E., *Système du Code civil allemand*, Giuffrè, Milano, 1965.

BLACKSTONE, W., *Commentaries on the laws of England*, t. II, University of Chicago Press, Chicago, 1979.

BLANCO CONSTANS, F., *Estudios elementales de Derecho mercantil*, Reus, Madrid, 1945.

BLASCO GASCÓ, F de P., y CECCHINI ROSELL, X., “Título II De la Propiedad. Capítulo I De la propiedad en general”, en RAMS ALBESA, J., y MORENO FLÓREZ, R. M^a., *Comentarios al Código Civil III. Libro Segundo (Títulos I a VIII)*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 95-138.

BONET CORREA, J., *Código civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, t. II, Civitas, Madrid, 1984.

Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina, t. VII, Civitas, Madrid, 1993.

BORRELL SOLER, A. M., *Dret Civil vigent a Catalunya*, t. II, Impremta de la Casa de la Caritat, Barcelona, 1923.

Dret Civil vigent a Catalunya, t. III, Impremta de la Casa de la Caritat, Barcelona, 1923.

El dominio según el Código civil español, Bosch, Barcelona, 1948.

BOSCH CAPDEVILA, E., “La propietat temporal i la propietat compartida en el Codi civil de Catalunya”, en *RJC*, n^o 2, 2016, p. 343-373.

BRANCA, G., *Istituzioni di diritto privato*, Zanichelli, Bologna, 1982.

BRANCÓS NÚÑEZ, E., “Los efectos del fideicomiso mientras está pendiente”, en JOU MIRABENT, LL., *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, t. II, Bosch, Barcelona, 1994, p. 769-834.

BRIGHT, S., y HOPKINS, N., “Home, Meaning and Identity: Learning from The English Model of Shared Ownership”, en *Housing, Theory and Society*, Volume 28, Issue 4, 2010, p. 377-397.

BRIGHT, S., y HOPKINS, N., “Evaluating Legal Models of Affordable Home Ownership in England”, en *University of Oxford. Legal Research Paper Series*, n^o 52, 2013, p. 1-39.

BRUGI, B., *Della enfiteusi*, t. II, UTET, Torino, 1929.

BURN, E. H., *Modern Law of Real Property*, 17^a ed., Oxford University Press, New York, 2006.

BURN, E. H., y CARTWRIGHT, J., *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 17^a ed., Butterworths, London, 2006, p. 12-78, UPF, UdLL, UdG.

CABALLÉ FABRA, G., “Límites en el acceso del titular sucesivo (propiedad temporal) y del propietario formal (propiedad compartida) al bien objeto de propiedad”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 493-538.

CALDICOTT, H., “Promoting shared ownership housing options for people with long-term mental health problems”, en *Housing, Care and Support*, Volume 8, Issue 2, 2005, p. 10-12.

CALO, E., y CORDA, T. A., *La multipropiedad. (Principios teóricos. Precedentes doctrinales y jurisprudenciales. Legislaciones extranjeras)*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985.

CALLEGARI, D., *Istituzioni di Diritto privato*, G. Giappichelli editore, Torino, 1954.

CALLEJO CARRIÓN, S., y DE PRADA RODRÍGUEZ, M., “Urge un consentimiento informado (que no desinformado) para la ejecución hipotecaria”, en *DLL*, nº 8.602, 2015, p. 5.

CÁMARA AGUILA, M^a. P., “El derecho de superficie urbano: una aproximación a su configuración unitaria o dual”, en *RCDI*, nº 648, 1998, p. 1.623-1.662.

CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario al Art. 781 CC”, en CAÑIZARES LASO, A., *et. alii.*, Código civil comentado, t. II, Civitas, Pamplona, 2011, p. 720-725.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *La reserva de dominio*, Bosch, Barcelona, 2001.

CARBONNIER, J., *Droit Civil*, t. III, 13^a ed., Presses universitaires de France, Paris, 1990.

CARIOTA FERRARA, L., *L'enfiteusi*, UTET, Torino, 1950.

CARRASCO PERERA, A., “Tipos contractuales y modos de elusión en el sistema español de multipropiedad”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 3, 2012, p. 44-58.

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, 5^a ed., Dilex, Madrid, 2005.

Derecho de la construcción y la vivienda, 7^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2012.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., “Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el Art. 149.1.1.ª de la Constitución”, en *REDC*, nº 1, 1981, p. 133-158.

CASALS COLLDECARRERA, M., *El Pacto de Retro y La Carta de Gracia*, Bosch, Barcelona, 1943.

CASAS VALLES, R., “La reserva de dominio en la venta de inmuebles”, en *RJC*, nº 3, 1986, p. 605-649.

CASELLI, G., *La multiproprietà: problemi giuridici*, Giuffrè, Milan, 1984.

La multiproprietà, 3ª ed., Giuffrè, Milan, 1995.

La multiproprietà. Commemo al D.lgs. del 9 novembre 1998, n. 427, Giuffrè, Milano, 1999.

CASETI, E., y RUSSO, G., *Manuale del Diritto civile italiano*, UTET, Torino, 1950.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. II, v. I, 13ª ed., Reus, Madrid, 1987.

Derecho Civil Español, Común y Foral, t. II, v. II, 13ª ed., Reus, Madrid, 1987.

La propiedad y sus problemas actuales, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1963.

CASSO ROMERO, I., “La compraventa a plazos con reserva de dominio”, en *Conferències de dret civil, mercantil i fiscal. Reedició dels cicles 1941-1954*, Col·legi de Notaris de Catalunya, Barcelona, 2011, p. 7-26.

CATENA REAL, R., “La reciente normativa en materia de transparencia referida a los préstamos hipotecarios”, en *DLL*, nº 8.402, 2015, p. 1-16.

CERRATO GURI, E., “Aspectos procesales de La propiedad temporal y de la propiedad compartida de la vivienda habitual”, en *Revista jurídica InDret*, nº 2, 2015, p. 1-23.

CHALLAYE, F., *Histoire de la propriété*, Presses universitaires de France, Paris, 1958.

CHEVALLIER, J., *Droit Civil*, 2ª ed., Sirey, Paris, 1966.

CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de derecho civil*, t. I, 9ª ed., Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, 1959.

CLEMENTE MEORO, M., “El usufructo (I): Concepto, estructura y contenido”, en LÓPEZ LÓPEZ, A., MONTÉS PENADÉS, V. L., y ROCA TRÍAS, E., *Derecho civil. Derechos reales y derecho inmobiliario registral*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 311-331.

COCA PAYERAS, M., *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988.

“Comentario al Art. 432 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 1.167-1.171.

“Comentario al Art. 445 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 1.198-1.201.

COCO, G. S., *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*, Giuffrè, Milano, 1965.

CORDERO LOBATO, E., “Artículo 1.925 CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, t. IX, Tirant lo Blanch, 2013, p. 13.101.

CORPME, “Estadística registral inmobiliaria. Anuario 2014”, p. 27, en http://www.registradores.org/wp-content/estadisticas/propiedad/eri/ERI_Anuario_%202014.pdf (visitado el 14 de enero de 2016).

CORPME, “Estadística registral inmobiliaria. Anuario 2013”, p. 26, en http://www.registradores.org/wp-content/estadisticas/propiedad/eri/ERI_Anuario_%202013.pdf (visitado el 14 de enero de 2016).

CORPME, “Estadística registral inmobiliaria. Anuario 2012”, p. 26, en http://www.registradores.org/wp-content/estadisticas/propiedad/eri/ERI_Anuario_%202012.pdf (visitado el 14 de enero de 2016).

COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil, ob. trad. por DEMÓFILO DE BUEN*, t. II, v. II, Reus, Madrid, 1923.

COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, Bosch, Barcelona, 1997.

CONFORTINI, M., *La multiproprietà*, t. I, CEDAM, Podore, 1983.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DE ESPAÑA., “Datos sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales - Datos desde 2007 hasta tercer trimestre de 2015”, en *Informes jurídicos periódicos*, 2015, p. 1, en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Informes-estadisticos-periodicos/Datos-sobre-el-efecto-de-la-crisis-en-los-organos-judiciales---Datos-desde-2007-hasta-tercer-trimestre-de-2015> (visitado el 14 de enero de 2015).

CORBACHO GÓMEZ, J. A., “Los derechos civiles forales o especiales tras la Constitución de 1978”, en *Anales de Derecho*, nº 7, 1985, p. 7-34.

CORBELLA PASCUAL, A., *Historia jurídica de las diferentes especies de censos*, Imprenta y litografía de los huérfanos, Madrid, 1892.

Manual de Derecho Civil catalán, Imprenta de Viuda de Vadiella y Pablo Casas, Reus, 1906.

CORDERO CUTILLAS, I., *El derecho de aprovechamiento por turno en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

CORNU, G., *Droit Civil. Introduction, les personnes - les biens*, Éditions Montchrestien, Paris, 1980.

COSTANTINO, M., *Contributo alla teoria della proprietà*, Jovene, Napoli, 1967.

COSTAS RODAL, L., “La multipropiedad en España: valoración de la Ley 42/1998 sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes inmuebles de Uso Turístico”, en *AC*, t. V, 1999, p. 1.585-1.609.

COSTE-FLORET, P., *La Nature Juridique du Droit de Propriété*, Recueil Sirey, Paris, 1935.

COVIELLO, N., *Manuale di diritto civile italiano, ob. trad. por SIMO BOFARULL, J.*, Società Editrice Libreria, Milano, 1910.

Della trascrizione, t. II, Eugenio Marghieri, Napoli, 1907.

COWAN, D., WALLACE, A., y CARR, H., “Exploring experiences of shared ownership housing: reconciling owning and renting”, University of Bristol, The Leverhulme Trust, University of Kent, Center for housing policy, July 2015.

COWAN, D., “A ticking time bomb?”, en *New Law Journal*, Issue: 7467, 2011, en <http://www.newlawjournal.co.uk/nlj/content/ticking-time-bomb-0> (visitado el 26 de abril de 2016).

CUADRADO IGLESIAS, M., “Art. 596 CC” en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 1.508-1.510.

CUENA CASAS, M., “El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar”, en PRATS ALBENTOSA, L., y CUENA CASAS, M. (coords.), *Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 27-93.

“Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales”, en *RDCP*, nº 20, 2013, p. 1-18.

CUMELLA GAMINDE, A., y TORMO SANTOJA, M. (Dirs.), *Comentarios de derecho patrimonial catalán*, Bosch, Barcelona, 2005.

DABIN, J., *El derecho subjetivo, ob. trad. por. OSSET, F. J.*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

DALMASES JORDANA, J., *El usufructo de derechos: (“Inclusive, de títulos-valores”)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932.

D’ANGELO, G., *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all’indennizzo*, Morano, Napoli, 1983.

D’ATENA, A., *L’autonomia legislativa delle regioni*, Bulzoni, Roma, 1974.

DE ANDUIZA, J., *La venta a plazos con reserva de dominio*, Talleres Espasa-Calpe, Madrid, 1934.

DE BACARDI JANER, A., *Manual de Derecho Civil vigente en Cataluña*, 3ª ed., Librería Juan Llordachs, Barcelona, 1885.

DE BROCÀ MONTAGUT, G. M^a., *Historia del Derecho de Catalunya, especialmente del civil, y exposición de las instituciones de Derecho civil del mismoterritorio, en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia*, t. II, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Barcelona, 1985.

DE BROCÀ MONTAGUT, G. M^a., y AMELL LLOPIS, J., *Instituciones del Derecho Civil catalán*, 2ª ed., Imprenta Barcelonesa, Barcelona, 1886.

Instituciones del Derecho civil catalán vigente, t. II, 2ª ed., Imprenta barcelonesa, 1886.

DE BUEN, D., *Derecho civil español común*, t. I, 2ª ed., Madrid, 1930.

DE COSSIO, A., *Instituciones de derecho civil. Derechos reales y derecho hipotecario. Derecho de familia y derecho de sucesiones*, Civitas, Madrid, 1988.

DE ESTEBAN, J., y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español*, v. II, Labor Universitaria, Barcelona, 1984.

DE JUAN ASENJO, O., *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

DE LA CUÉTARA, J. M., *La actividad de la Administración. Lecciones de derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1983.

DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I., *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996.

DE LA IGLESIA PALACIOS, E., “Expropiación de facultades parciales del dominio o derechos e intereses patrimoniales legítimos; expropiación de bienes con cargas y gravámenes”, en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Manual de Expropiación Forzosa*, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 199-240.

DE LOS MOZOS, J. L., “Los precedentes de la Codificación: la unificación del Derecho en los propósitos de la Ilustración española”, en *ADC*, t. XLI, 1988, p. 637-668.

Tratado de Derecho Urbanístico. El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística, Ministerio de la vivienda. Secretaría General Técnica, Servicio General de publicaciones, Madrid, 1974.

El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993.

DE LUCAS-ERNERSTO VIDAL, J., “Una nota sobre interpretación constitucional en materia de derechos fundamentales”, en ÁLVAREZ CONDE, E., (ed.), *Diez años de régimen constitucional*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 15-21.

DE LLAMAS MOLINA, S., y VICENTE CERVANTES, J., *Comentario crítico, jurídico, literal a las 83 Leyes de Toro*, t. II, 2^a ed., Banchs editor, Barcelona.

DE OTTO PARDO, I., “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades”, en MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L., y DE OTTO PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 93-172.

Estudios sobre derecho estatal y autonómico, Civitas, Madrid, 1986.

DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de derecho civil*, 4ª ed., Codex, Madrid, 2011.

DE RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho civil, ob. trad. por SERRANO SUÑER, R y SANTA CRUZ TELJEIRO, J.*, t. I, 4ª ed., Reus, Madrid, 1945.

DE TAPIA, E., *Febrero Novísimo o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, t. I, 3ª ed., Imprenta de don Ildefonso Mompie de Montagudo, Valencia, 1837.

Febrero Novísimo o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, t. II, 3ª ed., Imprenta de don Ildefonso Mompie de Montagudo, Valencia, 1837.

DE VERDA y BEAMONTE, J. R., y SERRA RODRÍGUEZ, A., *Derecho civil III. Derechos reales*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, 2015.

DE VITA, A., *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Giuffrè, Milano, 1969.

DEL POZO CARRASCOSA, P., *La venda a carta de gràcia en el dret civil de Catalunya*, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, Barcelona, 1993.

DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*, 5ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2015.

DEL VISO AÑÓ, S., *Lecciones elementales de derecho civil*, t. I, 5ª ed., Imprenta y librería de Ramón Ortega, 1885.

DEMANTE, A. M., *Programme de cours de Droit Civil français*, t. I, 3ª ed., Libraire Gustave Thorel, Paris, 1840.

DEMOLOMBE, C., *Traité de la distinction des biens, de la propriété; de l'usufruit de l'usage et de l'habitation*, t. I, 4ª ed., Librairie Auguste Durand y Librairies L. Hachette, Paris, 1870.

DESURVIRE, D., *Le timeshare ou la multipropriété échangée. Les nouveaux droits des acquéreurs directive C.E. du 26 octobre 1994*, L'Harmattan, Paris, 1995.

DI MARZO, S., *Le basi romanistiche del Codice civile*, UTET, Torino, 1950.

DIARIO EL MUNDO, "El millón de alquileres que no se declaran sumergen casi 3.000 millones", en <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/09/21/suvienda/1285062068.html>. (visitado el 5 de enero de 2016).

DÍEZ-AMBRONA BERDAJÍ, M. D., “Apuntes sobre la multipropiedad”, en *RCDI*, nº 658, 2000, p. 1.429-1.450.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. I.- Introducción. Teoría general del contrato*, 6ª ed., Civitas, Pamplona, 2008.

Fundamentos del Derecho civil patrimonial. II.- Las relaciones obligatorias, 6ª ed., Civitas, Pamplona, 2008.

Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III.- Las relaciones jurídico-reales, el registro de la propiedad, la posesión, 5ª ed., Civitas, Pamplona, 2008.

Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. IV.- Las particulares relaciones obligatorias, Civitas, Pamplona, 2010.

Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. VI Derechos reales, 5ª ed., Civitas, Pamplona, 2008.

“Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil”, en MORENO QUESADA, B. (Coord.), *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 13-25.

Prólogo a la obra de RODOTA, S., *El terrible derecho. Estudio sobre la propiedad privada, ob. trad.*, por DÍEZ-PICAZO, L., Madrid, 1986.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, v. IV, t. II, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2012.

Sistema de Derecho civil, v. II, t. II, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2012.

Sistema de Derecho civil, v. III, t. II, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2012.

Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias. Sesión de 5 de febrero de 1811. Tomo I, Madrid, 1870.

Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias. Sesión de 21 de noviembre de 1811. Tomo III, Madrid, 1870.

Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias. Sesión de 26 de octubre de 1836. Tomo I, Imprenta de J. A. García, Madrid, 1870.

DIXON, M., *Modern Land Law*, 5ª ed., Cavendish, London, 2005.

DOMAT, J., *Las leyes civiles en su orden natural*, ob. trad. Por FELIO VILARRUBIAS y JOSÉ SARDÁ, t. I, 2ª ed., Imprenta de José Taulo, Barcelona, 1844.

DOMENGE AMER, B., *Las prohibiciones voluntarias de disponer*, Civitas, Madrid, 1996.

DOMINGO DE MORATÓ, D. R., *El derecho español con las correspondencias del romano*, t. I, 2ª ed., Imprenta y Librería Nacional y Extranjera de H. de Rodríguez, Valladolid, 1877.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

DUGUIT, L., *Las transformaciones del Derecho público y privado*, ob. trad. por POSADA, A., JAÉN, R., GARCÍA POSADA, C., Comares, Granada, 2007.

Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón, Ediciones Coyoacán, México, 2007.

DURAN I BAS, M., *Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, Imprenta de la Casa de la caridad, Barcelona, 1883.

DURANTON, M., *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, ob. trad. por PARENTE LUIGI, 4ª ed., Stabilimento tipografico di Pasquale Androsio, Napoli, 1854.

DUSI, B., *Istituzioni di diritto privato*, G. Giachapelli editore, Torino, 1977.

ECHEVERRÍA SUMMERS, F. M., “Art. 5” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 5ed., Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 143-177.

EIRANOVA ENCINAS, E., *Código Civil alemán comentado BGB*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

ELÍAS DE ALOY, J. A., *Derecho civil general y foral de España*, v. I, 2ª ed., Victoriano Suarez, Madrid, 1883.

ENNERCCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Código civil alemán (BGB)*, ob. trad. por. MELÓN INFANTE, C., Bosch, Barcelona, 1955.

Tratado de Derecho civil, v. I, t. III, ob. trad. por PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., Bosch, Barcelona, 1971.

Tratado de Derecho civil. v. II, t. III, ob. trad. por PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., Bosch, Barcelona, 1971.

Tratado de Derecho Civil, ob. trad. por. MELÓN INFANTE, C., t. III, v. II, Bosch, Barcelona, 1937.

ESCRIBANO COLLADO, P., *La propiedad privada urbana: encuadramiento y régimen*, Montecorvo, Madrid, 1979.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “Comentario al Art. 805 CC”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 922-923.

ESPÍN ALBA, I., “Comentario al Art. 392 CC”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Madrid, 2010, p. 517.

ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil español*, v. II, 6ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981.

EUROSTAT, “Distribution of population by tenure status, type of household and income group”, en <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do>.

FARRÉ ALEMÁN, J. Mª., *Código civil comentado y concordado*, Bosch, Barcelona, 2000.

FELIU REY, M. I., “La nueva regulación europea de la figura del aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio: la Directiva 2008/122/CE”, *Derecho de los Negocios*, nº 222, 2009, p. 19-27.

FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., “El derecho de uso de bienes inmuebles en el Proyecto de Ley. Especial referencia a su ámbito objetivo”, en *RCDI*, nº 649, 1998, p. 1.817-1.848.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *La Constitución de 1812: utopía y realidad*, Dykinson, Madrid, 2011.

FERNANDO CABALLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. Mª y F., “Derecho de superficie: diversidad especificativa y régimen jurídico”, en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, t. I, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, p. 375-416.

FERRARA, L., *Diritto privato attuale*, UTET, Torino, 1948.

FERRARA-SANTAMARÍA, M., *La vendita a rate con riserva di proprietà*, Jovene, Napoli, 1934.

FOTOCASA, “Los españoles y su relación con la vivienda”, p. 1-37, en http://trends.fotocasa.es/pdf/Informe_sociologico.pdf.

“Informe del precio de la vivienda en alquiler – Noviembre 2015”, p. 1, en http://www.fotocasa.es/indice-alquiler-inmobiliario__fotocasa.aspx. (visitado el 7 de enero de 2016).

FUENMAYOR CHAMPIN, A., “La propiedad privada y su función social”, en *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al prof. Ignacio Serrano y Serrano*, t. I, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1965, p. 221-234.

La revocación de la propiedad, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1941.

FUENTESECA, C., *La posesión mediata e inmediata*, Dykinson, Madrid, 2002.

FUERTE LÓPEZ, M., “Art. 42. Valoración de los derechos reales”, en SOSA WAGNER, F., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 252-257.

GACTO FERNÁNDEZ, E., *Temas de Historia del Derecho: Derecho del Constitucionalismo y la Codificación*, t. II, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978.

GALGANO, F., *Diritto privato*, 9ª ed., CEDAM, Padova, 1996.

GALI RAMON, H., *Opera artisnotariae: theoreticam simul et practicam eruditionem complectentia*, Barcelona, 1684.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento” en PRATS ALBENTOSA, L., y CUENA CASAS, M. (coords.), *Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 207-242.

GAMBARO, A., *La proprietà. Beni, proprietà, comunione*, Giuffrè, Milano, 1990.

Il diritto di proprietà, Giuffrè, Milano, 1995.

GARAUD, M., *Histoire générale du Droit Privé Français (de 1789 à 1804). La Révolution et la propriété foncière*, Ouvrage publié avec le concours du Centre National de la Recherche Scientifique et de l'Université de Poitiers, Paris, 1958.

GARCÍA AMIGÓ, M., “Condominio pro diviso o propiedad separada”, en *RDP*, v. 58, nº3, 1974, p. 175-201.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas”, en *RAP*, 141-1996, p. 131-154.

“Actuación pública y actuación privada en Derecho urbanístico”, en *REDA*, nº 1, 1974, p. 78-97.

GARCÍA GARCÍA, J. A., “Los censos”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *Bienes en común*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 709-726.

GARCÍA GARNICA, M. del C., y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., “Las sociedades cotizadas de inversión inmobiliaria: un nuevo instrumento impulsor del mercado inmobiliario y de alquiler en España”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 307-323.

GARCÍA GIL, F. J., *El nuevo derecho del suelo. Ley 8/2007, de 28 de mayo, del suelo*, DAAP Publicaciones Jurídicas, Pamplona, 2007.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., *El justiprecio de la expropiación forzosa. Estudio de su valoración y pago, con especial consideración de las expropiaciones urbanísticas*, 6ª ed., Comares, Granada, 2005.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. I, Imprenta de la Sociedad Tipográfico- Editorial, Madrid, 1852.

Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, Cometa S.A, Zaragoza, 1973.

GARCÍA VALDECASAS, A., *La idea de sustancia en el Código Civil*, Reus, Madrid, 1954.

GARDNER, S., *An introduction to Land Law*, 2ª ed., Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009.

GARRIDO MELERO, M., “Tema 3: los fideicomisos”, en DELGADO DE MIGUEL, J. F. (Coord.), *Instituciones de Derecho privado*, Civitas, Consejo General del Notariado, Madrid, 2004, p. 725-1.073.

GARRIGUES WALKER, J., *Tratado de Derecho mercantil*, t. III, v. I, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1963.

GASCA, C. L., *La compraventa civil y comercial, ob. trad. por SANTACRUZ TEIJEIRO, J., y VICENTE GELLA, J.*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931.

GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

GETE-ALONSO CALERA, M^a. Del C., “Panorámica general de la configuración de la comunidad especial por turnos en el Código civil de Cataluña”, en GARRIDO MELERO, M., (Coord.), *La regulación de la propiedad horizontal y las situaciones de comunidad en Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 153-199.

“Una primera lectura de la Ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y la propiedad compartida al libro quinto del Código civil de Cataluña” en *REDS*, nº 7, 2015, p. 19-36.

GIANNINI, M. S., “Basi costituzionali della proprietà privata”, en *Politica del Diritto*, 1971.

GIANTURCO, E., *Istituzioni di diritto civile italiano*, G. Bárbara, Firenze, 1932.

GÓMEZ CALLE, E., “El derecho de retención sobre bienes muebles” en *Indret*, nº 4, 2011, en <http://www.indret.com/es/> (visitado el 30 de diciembre de 2016).

GÓMEZ DE LA SERNA, P., “Estado de la Codificación al terminar el reinado de Doña Isabel II”, en *RGLJ*, t. XXXIX, 1871, p. 284-300.

GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBAN HERRANZ, J. M., *Derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, t. I, 12^a ed., Librería de Sánchez, Madrid, 1877.

GÓMEZ MARÍN, M., y GIL GÓMEZ, P., *El Digesto del Emperador Justiniano*, t. I, Imprenta de Ramon Vicente, Madrid, 1872.

GONZÁLEZ BOU, E., “La comunitat especial per torns”, en *La notaria*, nº 41, 2007, p. 143-143-162.

GONZALEZ BOU, E., “El censo enfiteútico en Cataluña: Configuración actual y perspectivas de futuro”, en *La Notaría*, nº 6, 2003, p. 15-26.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., “La comunidad <<pro diviso>>”, en *RCDI*, nº153, 1941, p. 72-78.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., “La donación”, en SIMÓ SANTONJA, V., (Coord.), *Instituciones de Derecho privado*, t. III, v. II, Civitas, Madrid, 2005.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo*, t. II, Civitas, Madrid, 1988.

GONZÁLEZ RIVAS, J. J., *La Constitución española de 1978: estudio sistemático y jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 2003.

GOYET, C., *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1983.

GRAY, K., y FRANCIS GRAY, S., *Land Law*, 2ª ed., Butterworths LexisNexis, 2001.

GUILARTE ZAPATERO, V., *El derecho de superficie*, Aranzadi, Pamplona, 1966.

GULLÓN BALLESTEROS, A., *La superficie urbana (El derecho de superficie en la Ley del suelo y legislación hipotecaria)*, Instituto García Oviedo de la Universidad de Sevilla. Ayuntamiento de Sevilla, Sevilla, 1960.

“Artículo 1.925 CC”, en ALBADALEJO GARCÍA, M. (Dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XXIV, Edersa, Madrid, 1.984, p. 777-778.

“Art. 1.925 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., SALVADOR CODERCH, P., BERCOTITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 2.077.

GUTIERREZ FERNANDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, t. II, 3ª ed., Imprenta de la Sra. V. è hijas de D. Antonio Peñuelas, Madrid, 1871.

HÄBERLE, P., “EL legislador de los derechos fundamentales”, en LÓPEZ PINA, E., (ed.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, Universidad Complutense-Civitas, Madrid, 1991, p. 99-124.

HARWOOD, M., *Modern English Law Land*, 2ª ed., Sweet & Maxwell, 1982.

HEDEMANN, J. W., *Derechos reales*, t. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., “El denominado derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: su peculiar problemática en el marco del actual mercado mundial de timesharing”, en AC, t. III, 1998, p. 803-829.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “La protección constitucional de la vivienda y su proyección penal: especial referencia a los fenómenos okupa y mobbing inmobiliario”, en LEDESMA IBÁÑEZ, M^a. P. (Coord.), *Derecho y vivienda*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 11-55.

HERNÁNDEZ GIL, A., *La posesión*, Civitas, Madrid, 1980.

HERNÁNDEZ MORENO, A., “La rabassa morta: Título de constitución y derecho real constituido. Los Arts. 1.655 y 1.656 del código civil”, en AA.VV., *El derecho civil catalán en la jurisprudencia*, t. X, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1981, p. 79-111.

HERRERO GARCÍA, M^a. J., *La multipropiedad*, La Ley, Madrid, 1988.

IANNELLI, A., *La nuova enfiteusi*, Jovene Editore, Napoli, 1975.

La proprietà costituzionale, Edizioni Scientifiche Italiane. Scuola de perfezionamento in diritto civile dell’Università di Camerino, Napoli, 1980.

IASIELLO, M., “Introduzione”, en ALPA, G., y IASIELLO, M., *La multiproprietà*, CEDAM, Padova, 1993, p. 1-23.

ÍNIGUEZ ORTEGA, P., “Aspectos sustantivos del aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de usos turísticos ante la propuesta de directiva europea de 7 de junio de 2007”, en *Revista de análisis turístico*, n^o 6, 2008, p. 6-14.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, “Censos de Población y Viviendas 2011”, en http://www.ine.es/censos2011_datos/cen11_datos_inicio.htm. (visitado el 5 de enero de 2015).

INURRIETA, A., IRIGOIEN, E., MURGUI, N., y NAREDO, J. M., *Qué hacemos frente a los graves problemas creados por la especulación inmobiliaria y para proponer una política alternativa de vivienda*, Akal, Madrid, 2013.

IRTI, N., *Proprietà e impresa*, CEDAM, Napoli, 1965.

JARIA MANZANO, J., “El derecho a una vivienda digna en el contexto del estado social”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 53-87.

JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.

JIMÉNEZ CLAR, A. J., “Algunas observaciones sobre el mercado de la vivienda y en especial sobre el uso residencial de los bienes inmuebles: ¿es necesaria una tercera vía?”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 109-114.

JOVE BRAVO, R., *Los foros en Galicia y Asturias*, Auseva SA, Gijon, 1990.

KEMPTON, J., “Mixed tenure estates: Implications for asset management in the registered social landlord sector”, en *Structural Survey*, Volume: 26, Issue: 1, 1998, p. 7-16.

LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil I: Introducción*, v. I, Dykinson, Madrid, 1982.

Elementos de Derecho Civil II: Derecho de obligaciones, v. I, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2011.

Elementos de Derecho Civil II: Derecho de obligaciones, v. II, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2013.

Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales, v. I, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2008.

Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales, v. II, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2009.

Elementos de derecho civil V: Sucesiones, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009.

LACRUZ BERDEJO, J. L., “Los conceptos clásicos de propiedad y contrato, ante la legislación de Arrendamientos urbanos, en *Revista Foro Fallero*, septiembre, 1955.

LAMBEA LLOP, N., “Art. 556-1. Concepte de propietat compartida”, en NASARRE AZNAR, S., (Coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d’altres normes*, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 168-178.

“Art. 556-3. Règim jurídic”, en NASARRE AZNAR, S., (Coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d’altres normes*, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 184-188.

“Art. 556-1. Concepto”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 221-233.

“Art. 556-3. Régimen jurídico”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 241-246.

LANGLE, E., *Manual de Derecho Mercantil Español*, t. III, Bosch, Barcelona, 1959.

LARENZ, K., *Derecho civil. Parte General*, ob. trad. por IZQUIERDO MACÍAS-PICAVEA, M., Edersa, Jaén, 1978.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Propiedad y derechos reales de goce*, t. IV, 8ª ed., Marcial Pons, Barcelona, 2008.

“Propiedad privada e intervencionismo administrativo”, en *RGLJ*, nº2, 1975, p. 135-165.

“Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad”, en *Estudios Deusto*, nº 25, 1977, p. 101-120.

Autonomías y Derecho privado en la Constitución española, Cuadernos Civitas, Madrid, 1980.

“Art. 149.1.2.ª, 6.ª, 8.ª y 9.ª: Materias reservadas a la competencia del Estado”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. XI, EDERSA, Madrid, 1999, p. 197-237.

LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española. 4-I Codificación Civil (Génesis e historia del Código)*, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970.

Crónica de la Codificación española. 4-II Codificación Civil (Génesis e historia del Código), Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970.

LAURENT, F., *Cours élémentaire de Droit Civil*, t. I, Librairie A. Marescq, Ainé, Paris, 1878.

Principes de Droit Civil français, t. VI, 3ª ed., Librairie A. Marescq, Ainé, Paris, 1878.

Principes de Droit Civil français, t. VIII, 3ª ed., Librairie A. Marescq, Ainé, Paris, 1878.

LAWSON, F. H., y RUDDEN, B., *The law of property*, 2ª ed., Clarendon Law Series, New York, 1982.

LEAL, J., “La política de vivienda en España”, en *Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, nº 138, 2005, p. 63-81.

LEHMANN, H., *Tratado de derecho civil. Parte general, ob. trad. por NAVAS, J. Mª.*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.

LENER, A., “Problemi generali della proprietà”, en SANTORO-PASSARELLI, F., *Proprietà privata e funzione sociale: seminario*, CEDAM, Padova, 1976, p. 7-25.

LETE ACHIRICA, J., “La configuración de la multipropiedad en España: la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias”, en *AC*, t. I, 1999, p. 125-170.

LÉVY, J. P., *Histoire de la propriété*, Presses universitaires de France, Paris, 1972.

LEYVA DE LEYVA, J. A., “La propiedad cuadridimensional: Un estudio sobre la multipropiedad”, en *RCDI*, nº 566, 1985, p. 29-107.

LEZÓN FERNÁNDEZ, M., *El problema social agrario en Galicia y la redención de foros*, Reus, Madrid, 1922.

LOBATO GÓMEZ, J. M., *Propiedad del suelo y derecho a edificar*, Montecorvo, Madrid, 1989.

LONGO MARTÍNEZ, A., “Ciudadano y vivienda: una relación en crisis”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 89-95.

LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., *et. alii.*, *Derecho constitucional*, v. I, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

LÓPEZ JACOISTE, J. J., “Constitucionalismo y Codificación Civil”, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (Coord.), *Lecturas sobre la Constitución española*, t. II, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1978, p. 581-613.

“Los principios generales en la codificación foral”, en *RCDI*, nº 454, 1966, p. 617-651.

LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988.

“La garantía constitucional de la herencia”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº 3, 1994, p. 29-62.

“El derecho de propiedad: perspectivas para una reconstrucción técnica y su inserción en las competencias autonómicas”, en UNIVERSITAT DE GIRONA., *El futur del dret patrimonial de Catalunya (Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 269-293.

“Comentario al Art. 1.445 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 887-889.

LÓPEZ RAMÓN, F., “Sobre el derecho a la vivienda”, en LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 12-30.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “La multipropiedad”, en *Revista de Derecho Notarial*, nº 139, 1988, p. 125-182.

LORA-TAMAYO, I., MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A., y TENA ARREGUI, R., *Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Legislación comentada*, Sepin, Madrid, 2000.

LORCAN SIRR., “Análisis económico de la propiedad compartida y de la propiedad temporal” en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 575-615.

LOSCERTALES FUERTES, D. (Coord.), *Propiedad Horizontal de Cataluña. Comentarios y Formularios. Ley 5/2015, de 13 de mayo, de modificación del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña*, 2ª ed., Sepin, Madrid, 2015.

LUCAS ESTEVE, A., *Dret Civil català. Drets reals. Possessió, propietat i situacions de comunitat*, t. I, v. I, Bosch, Barcelona, 2015.

Dret civil català. Drets reals. Drets reals limitats i Registre de la Propietat, t. I, v. II, Bosch, Barcelona, 2014.

LUCAS FERNANDEZ, F., “Art. 1.544 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1.058-1.060.

LUCAS VERDÚ, P., y MURILLO DE LA CUEVA, P. L., “Art. 139: Autonomía e igualdad la posición jurídica de los ciudadanos en el Estado de las autonomías”, en LAZAGA VILLAAMAIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. X, EDERSA, Madrid, 1985, p. 469-487.

LUCHAIRE, F., “La Constitution et la propriété”, en *Droit constitutionnel et droits de l’Homme*, Economica PUAM, Paris, 1987.

LUCIANI, M., *La produzione económica privata nel sistema costituzionale*, CEDAM, Padova, 1983.

MACHADO CARPENTER, J., “Algunas cuestiones sobre el derecho de superficie”, en MARTÍNEZ-RADÍO, A de la E. (Dir.), *Estudios de Derecho Privado*, t. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962, p. 430-465.

MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property*, 8ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2012.

MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., “Art. 480 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 1.285-1.288.

Los conceptos de <<sustancia>>, <<forma>> y <<destino>> en el Código Civil, Civitas, Madrid, 1992.

MANGIAMELI, S., *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali*, Giuffrè Editore, Milano, 1986.

MANRESA NAVARRO, J. Mª., *Comentarios al Código civil español*, t. III, 3ª ed., Imprenta de la revista de legislación, Madrid, 1910.

Comentarios al Código Civil, t. XI, 3ª ed., Reus, Madrid, 1920.

MARÍN CASTÁN, F., “Comentario al Art. 641 CC”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.), *Comentario del Código civil*, t. IV, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2006, p. 259-265.

MARKBY, W., *Elements of law*, 6ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1905.

MARTY, G., y RAYNAUD, P., *Les biens*, 2ª ed., Sirey, Paris, 1980.

MARTÍN PÉREZ, J. A., “Art. 781 CC”, en PASQUAU LIAÑO, M., *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, t. I, Comares, Granada, 2000, p. 1.431-1.438.

“Art. 805 CC”, en PASQUAU LIAÑO, M., *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, t. I, Comares, Granada, 2000, p. 1.474-1.475.

MARTÍN RETORTILLO, L., “La doctrina de las materias reservadas a la ley y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *RAP*, nº 39, 1962, p. 287-306.

MARTÍNEZ MARINA, F., *Juicio crítico a la Novísima Recopilación*, Imprenta de don Fermin Villalpando, Madrid, 1820.

MARTÍNEZ-PIÑERIRO CARAMES, E., *Soluciones notariales al fenómeno de la llamada multipropiedad o propiedad a tiempo compartida*, Consejo General del Notariado, Palma de Mallorca, 1987.

“Derechos de aprovechamiento por turno (Ley 42/1998, de 15 de diciembre”, en *La notaría*, nº 6, 1999, p. 7.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

“Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad”, en *Persona y Derecho*, nº 54, 2006, p. 75-96.

MARZAL RODRÍGUEZ, P., “Art. 1.605 CC”, en CAÑIZARES LASO, A., *et. alii.*, *Código civil comentado*, v. IV, Civitas, Pamplona, 2011, p. 560-563.

“Art. 1.611 CC”, en CAÑIZARES LASO, A., *et. alii.*, *Código civil comentado*, v. IV, Civitas, Pamplona, 2011, p. 570-572.

“Art. 1.656 CC”, en CAÑIZARES LASO, A., *et. alii.*, *Código civil comentado*, v. IV, Civitas, Pamplona, 2011, p. 617-620.

MAZEAUD, H., MAZEAUD, J., MAZEAUD, L., y CHABAS, F., *Leçons de Droit Civil*, t. II, v. II., 7ª ed., Editions Montchrestein, Paris, 1989.

MAZZONI, P., *La proprietà procedimento: pianificazione del territorio e disciplina della proprietà*, Giuffrè, Milano, 1975.

MCKEARNEY, C., “Protection for lenders under shared ownership leases”, en Hardwicke, en <http://www.hardwicke.co.uk/insights/articles/protection-for-lenders-under-shared-ownership-leases> (visitado el 26 de abril de 2016).

MEDINA DE LEMUS, M., *La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995.

MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997.

MEGARRY, R., y WADE, H. W. R., *The Law of Real Property*, 8ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2012.

MELON INFANTE, C., *Código civil alemán*, Bosch, Barcelona, 1955.

MERCADÉ, V., *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. II, 5ª ed., Librairie de jurisprudence de Cotillon, Paris, 1852.

MESA MARTÍN, F., “El derecho de superficie. Bosquejo”, en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, t. I, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, p. 557-574.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., y FLORES RODRÍGUEZ, J., “Comentarios a la Ley 4/2012, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico”, en *AC*, nº 17/18, 2012, p. 1.735-1.756.

MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial*, ob. trad. por SENTÍS MELENDO, S., t. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.

MEZQUITA DEL CACHO, J. L., “El derecho real de superficie en la Ley de 12 de mayo de 1956”, en *RDP*, t. XLI, 1957, p. 753-762.

MINISTERIO DE FOMENTO, “El ajuste del sector inmobiliario español”, p. 4, en http://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/885AC2DF-7007-4B27-85E7-684C47F60435/109401/AjoinmobEsp_ENE2012.pdf.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. Mª., “Comentario al Art. 392 CC”, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1.066-1.072.

“Comentario al Art. 394 CC”, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1.075-1.078.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Art. 398 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 1.094.

“Art. 400 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., SALVADOR CODERCH, P., BERCOTITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 1.102-1.105.

“Art. 401 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., SALVADOR CODERCH, P., BERCOTITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 1.105-1.108.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Comentario al Art. 400 CC”, en ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. V, v. II, Edersa, Madrid, 1985, p. 1.102-1.105.

MIRAMBELL ABANCÓ, A., *Els censos en el dret civil de Catalunya: la qüestió de l'emfiteusi (a propòsit de la Llei especial 6/1990)*, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, Barcelona, 1997.

MOLINA ROIG, E., “Art. 547-2. Objecte”, en NASARRE AZNAR, S., (coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d'altres normes*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Espacialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 65-74.

“Art. 547-3. Règim jurídic”, en NASARRE AZNAR, S., (coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d'altres normes*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Espacialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 75-82.

“Art. 547-4. Adquisició i durada”, en NASARRE AZNAR, S., (coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d'altres normes*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Espacialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 83-98.

“Art. 547-7. Facultats del titular successiu”, en NASARRE AZNAR, S., (Coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d'altres normes*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Espacialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 124-135.

“Art. 547-2. Objeto”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 91-102.

“Art. 547-3. Régimen jurídico”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 103-112.

“Art. 547-4. Adquisición y duración”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 113-131.

“Art. 547-7. Facultades del titular sucesivo”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 165-179.

MOLINARI VÍLCHEZ, W., *La naturaleza jurídica pluriforme de la multipropiedad*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002.

MONK, S., y WHITEHEAD, C., *Making housing more affordable-The role of intermediate tenures*, Wiley –Blackwell, Reino Unido, 2010.

MONTÁNCHÉZ RAMOS, M., *Algunas reflexiones respecto del pacto de reserva de dominio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

MONTÉS PENADÉS, V. L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980.

“Art. 348 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, *et.alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 950-973.

“Comentario al Art. 1.113 CC”, en ALBADALEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, v. I, EDERSA, Madrid, 1986, p. 988-1.038.

MONTOBBIO JOVER, J. M., *Rabassa morta*, Bosch, Barcelona, 1996.

MORELLO, U., *Multiproprietà e autonomia privata*, Giuffrè, Milan, 1984.

MORENO GIL, O., *Código civil y jurisprudencia concordada*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996.

MORENO MOCHOLI, M., *El precario. Estudio histórico-crítico-constructivo, aplicado al Derecho Español con ensayo de estructuración y sistematización de fuentes, en particular de la copiosa jurisprudencia que de él trata*, Bosch, Barcelona, 1951.

MOURLON, M. F., *Répétitions écrites sur le Code Civil*, t. I, Garnier-Frères, Libraires-Éditeurs, Paris, 1884.

MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, t. XXIV, 2º ed., Reus, Madrid, 1949.

MULLINS, D., y MURIE, A., *Housing Policy in the UK*, Palgrave Macmillan, New York, 2006.

MUNAR BERNAT, P. A., *La Regulación Española de la <<Multiplropiedad>>: La Ley de Derechos de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2003.

Presente y futuro de la multiplropiedad, Tecnos, Madrid, 1992.

Regímenes Jurídicos de Multiplropiedad en Derecho comparado, Ministerio de Justicia. Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.

“El derecho real de aprovechamiento por turno, la nueva opción legislativa en materia de multiplropiedad”, en *RCDI*, nº 647, 1998, p. 1.209-1.244.

“Reflexiones sobre algunos aspectos del derecho real de aprovechamiento por turno. La nueva opción legislativa en materia de propiedad, en AA.VV., *El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en Europa*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, p. 63-77.

“Estudio sobre la Directiva 2008/122/CEE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores en los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa e intercambio”, en *Indret*, nº 4, 2009, p. 4-8, en <http://www.indret.com/es/> (visitado el 1 de septiembre de 2015).

MUÑIZ ESPADA, E., “Bienes en común y estatutos intermedios de ocupación de la vivienda”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *Bienes en común*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 827-872.

MUÑOZ DE BUSTILLO ROMERO, C., “La organización de los tribunales españoles (1808-1812), en CANO BUESO, J., *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 545-563.

NASARRE AZNAR, S., “La propiedad compartida y la propiedad temporal como tenencias intermedias de acceso a la vivienda y a otros bienes en el Derecho civil de Cataluña y su extensión al resto del Estado”, en NASARRE AZNAR, S. (Dir.), *Bienes en común*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015, p. 776-827.

“Robinhoodian courts’ decisions on mortgage law in Spain”, en *International Journal of Law in the Built Environment*, v. II, 2015, p. 127-147.

“La insuficiencia de la normativa actual sobre acceso a la vivienda en propiedad y en alquiler: la necesidad de instituciones jurídico-privadas alternativas para facilitar el acceso a la vivienda. Algunas propuestas”, en NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H. (coords.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 117-172.

“Les tinences intermitges: combinant assequibilitat, flexibilitat i estabilitat en l’accés a l’habitatge”, en *Governos locals i polítiques d’habitatge. Balanç i reptes*, 2012, p. 1-19.

“Catalunya, pionera a legislar per accedir a l’habitatge: les tinences intermèdies”, en *Món jurídic*, nº 289, p. 24-25.

“Exposició de motius de la Llei 19/2015”, en NASARRE AZNAR, S., (Coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d’altres normes*, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Espacialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 20-54.

“Art. 547-1. Concepte de propietat temporal”, en NASARRE AZNAR, S., (Coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d’altres normes*, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Espacialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 55-64.

Art. 547-9. Contraprestació dinerària”, en NASARRE AZNAR, S., (Coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d’altres normes*, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Espacialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 251-263.

“Art. 556-12. Execució forçosa”, en NASARRE AZNAR, S., (Coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d’altres normes*, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Espacialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 278-286.

“Exposición de motivos de la Ley 19/2015”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 39-78.

“Art. 547-1. Concepto de propiedad temporal”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 79-89.

“Art. 556-9. Contraprestación dineraria”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 327-342.

“Art. 556-12. Ejecución forzosa”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 361-368.

NASARRE AZNAR, S., y SIMÓN MORENO, H., “Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda”, en *RCDI*, nº 739, 2013, p. 3.063- 3.122.

NASARRE AZNAR, S y SOLER TARRADELLAS, M^a. J., “Altres formes d'accés a l'habitatge. Les tinences intermèdies: Antecedents, concepte i càlcul de l'esforç familiar”, en *Revista digital Apunts d'Habitatge*, nº 4, 2013, p. 18-29.

NASARRE AZNAR, S., OLINDA GARCÍA, M., y XERRI, K., “Puede ser el alquiler una alternativa real al dominio como forma de acceso a la vivienda?”, en *Teoría y derecho*, nº 16, 2014, p. 189-214.

NATOLI, U., *La proprietà: appunti delle lezioni*, Giuffrè, Milano, 1976.

NAVARRO FERNANDEZ, J. A., *Propiedad privada y Constitución: la forma agraria*, Ediciones TAT, Granada, 1988.

NEPPI, V., *Il valore intrinseco del diritto di proprietà*, CEDAM, Padova, 1934.

NIETO ALONSO, A., “Comentario al Art. 641 CC”, en CAÑIZARES LASO, A., *et alii.*, *Código civil comentado*, v. II, Civitas, Navarra, 2011, p. 169-178.

Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación. La atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad, La Ley, Madrid, 2014.

Novísima Recopilación de las Leyes de España, dividida en XII libros, en que se reforma la Recopilación publicada por el Rey Felipe II en 1567, reimpresa en 1575, y se incorporan las Pragmáticas, Cédulas, Decretos, Ordenes y resoluciones reales y otras Providencias no recopiladas hasta el año 1804, VI volúmenes, Imprenta Nacional del BOE, Madrid, 1975.

NÚÑEZ ZORRILA, M^a. C., “La propiedad temporal y la propiedad compartida: las nuevas formas de acceso a la vivienda en Cataluña”, en *AC*, nº 12, 2015, 1-18.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 7ª ed., La Ley, Madrid, 2012.

“De nuevo, sobre la multipropiedad”, en *AC*, nº 1, 1994, p. 1-17.

“Art. 1.604 CC” en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991.

“Art. 1.608 CC” en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1.231-1.233.

“Art. 1.617 CC” en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1.242-1.243.

“Art. 1.620 CC” en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1.246-1.247.

“Art. 1.632 CC” en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1.260-1.261.

“Art. 1.633 CC” en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1.261-1.263.

“Art. 1.636 CC” en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991.

“Art. 1.648 CC” en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1.277-1.280.

“Art. 1.651 CC” en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1.282-1.283.

“Art. 1.653 CC” en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1.285-1.286.

“Art. 1.655 CC” en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1.287-1.289.

“Art. 1.656 CC” en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1.289-1.292.

“Art. 1.604 CC”, en SIERRA DE LA CUESTA, I. (Coord.), *Comentario del Código civil*, t. X, 2ª ed., Bosch, Barcelona, p. 224-225.

“Art. 1.605 CC”, en SIERRA DE LA CUESTA, I. (Coord.), *Comentario del Código civil*, t. X, 2ª ed., Bosch, Barcelona, p. 227-229.

“Art. 1.655 CC”, en SIERRA DE LA CUESTA, I. (Coord.), *Comentario del Código civil*, t. X, 2ª ed., Bosch, Barcelona, p. 305-308.

“Art. 1.656 CC”, en SIERRA DE LA CUESTA, I. (Coord.), *Comentario del Código civil*, t. X, 2ª ed., Bosch, Barcelona, p. 308-311.

ORESTANO, R., “Teoria e storia dei diritti soggettivi”, en *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, Bologna, 1971, p. 89-117.

PALAO TABOADA, C., “La protección constitucional de la propiedad privada como límite al poder tributario”, en AA.VV., *La Hacienda Pública en la Constitución española*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 279-320.

PALERMO, G., “L’enfiteusi”, en RESCIGNO, P., *Trattato di diritto privato*, t. II, UTET, Torino, 1982.

“La superficie”, en RESCIGNO, P., *Trattato di diritto privato*, t. II, UTET, Torino, 1982.

PALMA, G., *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà*, CEDAM, Napoli, 1971.

PARADISO, M., *Così di istituzioni di diritto privato*, G. Giappichelli editore, Torino, 2001.

PAREJO ALFONSO, L., “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el derecho alemán (I)”, en *REDA*, nº 17, 1978, 245-272.

PAREJO ALFONSO, L., “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el derecho alemán (II)”, en *REDA*, nº 19, 1978, p. 541-570.

“El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *REDA*, nº 3, 1981, p. 169-190.

PASQUAU LIAÑO, M., *Jurisprudencia civil comentada*, t. I, 2ª ed., Comares, Granada, 2009.

PASQUAU LIAÑO, M., *Jurisprudencia civil comentada*, t. III, 2ª ed., Comares, Granada, 2009.

PAU PEDRÓN, A., “El nuevo derecho real de aprovechamiento por turno: su configuración y protección en el Anteproyecto de Ley”, en *DLL*, t. I, 1997, p. 1-9.

“El Derecho real de Aprovechamiento por Turno en la Ley 42/1998”, en AA.VV., *El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en Europa*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, p. 77-99.

“La multipropiedad en el derecho comparado”, en *Revista Crítica de Derecho Registral*, nº 10, 1984, p. 23-67.

PAULIAT, H., *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'État*, t. I, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de l'Université de Limoges, Limoges, 1994.

PAVAGEAU, S., *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, Université de Poitiers, LGDJ, Poitiers, 2006.

PAZ NOVOA, J. M., *Reformismo agrario no sexenio democrático*, Xunta de Galicia. Consellería de Agricultura, Ganadería e Política Agroalimentaria, Santiago de Compostela, 2001.

PELEGRÍN CASANOVA, V., “Las dificultades actuales para el acceso a la vivienda”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 103-108.

PELOSI, A. C., *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Giuffrè, Milano, 1975.

PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad de los españoles y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1992.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. I, 3ª ed., Centro de Estudios registrales, Madrid, 1999.

PERA VERDAGUER, F., *Expropiación forzosa*, 4ª ed., Bosch, Barcelona, 1992.

PÉREZ PÉREZ, E., *Propiedad, Comunidad y Finca Registral*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995.

PÉREZ RIVARÉS, J. A., “La utilidad de la regulación catalana del timeshare en proyectos inmobiliarios y turísticos”, en VALLE ZAYAS, J., PÉREZ RIVARÉS, J. A., y SALELLES, J. R., *Estudios sobre derecho de la empresa en el Código civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2013, p. 261-276.

PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho constitucional*, 15ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016.

PÉREZ TORRENTE, J. A., “Competències legislatives en matèria de dret patrimonial”, en UNIVERSITAT DE GIRONA., *El futur del dret patrimonial de Catalunya (Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 23-39.

PERLINGIERI, P., *Introduzione alla problematica della <<proprietà>>*, Jovene editore, Camerino, 1970.

Manuale di diritto civile, 6ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007.

Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza. Libro terzo (artt. 810-1172), UTET, Torino, 1980.

El derecho civil en la legalidad constitucional según el sistema italo-comunitario de las fuentes, ob. trad. por LUNA SERRANO, A., y MALUQUER DE MOTES Y BERNET, C., Dykinson, Madrid, 2008.

PESCATORE, G., ALBANO, R., y GRECO, F., *Della proprietà*, UTET, Torino, 1958.

PESCATORE, G., y RUPERTO, C., *Codice civile annotato con la giurisprudenza della Corte Costituzionale, della Corte de Cassazione e delle Giurisdizioni Amministrative Superiori*, t. I, Giuffrè, 1993.

PESET REIG, M., *Análisis y concordancias del proyecto de Código civil de 1821*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1975.

“Acerca de la propiedad en el Code”, en *RCDI*, nº 515, 1976, p. 879-892.

“La primera codificación liberal en España. (1808-1823)”, en *RCDI*, nº 488, 1972, p. 125-157.

PHAROAH, R., HOLLAND, J., y WOOTTON, R., “A fair share? Understanding residents’ experiences of shared ownership”, p. 13, en http://www.insidehousing.co.uk/journals/2015/10/09/e/l/w/Viridian_SharedOwnership_FINAL.pdf (visitado el 26 de abril de 2016).

PHILBRICK, F. S., *Property*, t. V, P. F. Collier & Son Corporation, New York, 1939.

PLA CANCELA, B. M., “De los foros y contratos enfiteúticos”, en ARTIAGA REGO, A., y BAZ VICENTE, M^a, X., *Propiedade da terra e reforma liberal*, Xunta de Galicia. Consellería de Agricultura, Ganadería e Montes, Santiago de Compostela, 1997, p. 123-153.

PLANIOL, M. F., *Traité élémentaire de Droit Civil*, t. I, 12^a ed., Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1932.

PLANITZ, H., *Principios de derecho privado germánico*, ob. trad. por MELON INFANTE, C., Bosch, Barcelona, 1957.

PLAZA PENADES, J., “Art. 1.925 CC”, en CAÑIZARES LASO, A., *et. alii.*, Código civil comentado, t. IV, Civitas, Pamplona, 2011, p. 1.535-1.537.

PONS PÉREZ, A., “La reversión de donaciones en el Código civil”, en *RDP*, t. XLI, 1957, p. 1.181-1.204.

POTHIER, R. J., *Oeuvres de Pothier. Nouvelle édition*, t. X, Imprimeur-Libraire, Paris, 1821.

Oeuvres de Pothier. Nouvelle édition, t. XII, Imprimeur-Libraire, Paris, 1821.

PRATS ALBENTOSA, L., “El derecho de superficie”, en LÓPEZ LÓPEZ, A., MONTÉS PENADÉS, V. L., y ROCA TRIAS, E., *Derecho Civil. Derechos reales y derecho inmobiliario registral*, 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 395-405.

PREDIERI, A., “Las fuentes de Derecho en la Constitución española”, en *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los profs. Alberto Predieri y E. García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1980, p. 153-253.

PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

“Artículo 53”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, t. IV, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, p. 449-495.

PUENTE DE PINEDO, L., “Los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico ante la propuesta directiva europea de 7 de junio de 2007”, en *DLL*, nº 6832, 2007, p. 1-5.

PUIG BRUTAU, J., *Compendio de derecho civil*, v. III, Bosch, Barcelona, 1989.

Compendio de Derecho civil, t. IV, Bosch, Barcelona, 1991.

Fundamentos de Derecho Civil, t. III, v. I, 4ª ed, Bosch, Barcelona, 1994.

Fundamentos de Derecho civil, t. V, v. II, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1971.

PUIG FERRIOL, LL., *El heredero fiduciario*, Cátedra de Derecho Civil <<Durán y Bas>>, bajo el patrocinio de la Excm. Diputación Provincial y del Excmo. Ayuntamiento de Barcelona, Barcelona, 1965.

“Rabassa morta: duración.- tácita reconducción. Requisitos de forma”, en AA.VV., *El Derecho Civil Catalán en la Jurisprudencia*, t. VII, Cátedra <<Durán y Bas>> Universidad de Barcelona, Barcelona, 1969.

PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRÍAS, E., *Instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 1987.

Institucions del Dret civil de Catalunya, v. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Institucions del Dret civil de Catalunya, v. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Institucions del Dret civil de Catalunya. Introducció i part general. Obligacions i contractes. Drets reals, v. I, 5ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1998.

Fundamentos del Derecho civil de Cataluña, t. I, Bosch, Barcelona, 1984.

PUIG PEÑA, F., *Compendio de derecho civil español*, Piramide, Madrid, 1976.

PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español*, t. II, 2ª ed., Civitas, Pamplona, 1972.

PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè editore, Milano, 1964.

Esecuzione forzata e diritto sostanziale, Giuffrè Editore, Milano, 1935.

RAMOS BLANES, A. J., “Notas sobre el derecho de superficie agrícola en la Compilación de Navarra”, en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso*

Internacional de Derecho Registral, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, p. 651-683.

REY MARTÍNEZ, F., “Sobre la (paradójica) jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de propiedad privada”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº 3, 1994, p. 169-202.

RIBOT IGUALADA, J., “La garantía constitucional del dret a la propietat privada”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº 3, 1994, p. 203-234.

RICCI, F., *Corso teorico-practico de diritto civile*, UTET, Torino, 1886.

RIDDALL, J. G., *Introduction to land law*, 3ª ed., Butterworths, London, 1983.

RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones. Común y foral*, t. I, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009.

Derecho de sucesiones. Común y foral, t. II, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2009.

RIVERA FERNANDEZ, M., *La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994.

ROCA GUILLAMÓN, J., “Consideraciones sobre la llamada multipropiedad”, en *RDN*, julio-diciembre, 1982, p. 291-343.

ROCA SASTRE, R. Mª., *El Fideicomiso "Si sine liberis decesserit" y el Código civil: discurso leído el día 30 de abril de 1956, en su recepción pública*, Imprenta viuda de Galo Sáez, Madrid, 1956.

“Ensayo sobre el derecho de superficie”, en *RCDI*, nº 392-393, 1961, p. 7-66.

ROCH, F., “El modelo inmobiliario español”, en DÍAZ ORUETA, F., LOURES SEOANE, Mª. L., *Desigualdad social y vivienda*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2004, p. 31-53.

RODOTÀ, S., “Poteri dei privati e disciplina della proprietà”, en RODOTÀ, S., *Il diritto privato nella società moderna*, il mulino, Bolonia, 1971, p. 355-385.

“Note critiche in tema di proprietà”, en *Revista trimestrale diritto e procedura civile*, 1960, p. 1.252-1.341.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. Mª., “Art. 33”, en CASAS BAAMONDE, Mª. E., y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., (Dir.), *Comentarios a la*

Constitución Española. XXX Aniversario, Fundación WoltersKluwer, Madrid, 2009, p. 898-922.

RODRÍGUEZ NAVARRO, M., *Doctrina civil del Tribunal Supremo*, t. I, Aguilar, Madrid, 1961.

Doctrina civil del Tribunal Supremo, t. IV, Aguilar, Madrid, 1951.

RODRÍGUEZ-ROSADO, B., “Art. 9”, en MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Civitas, Pamplona, 2011, p. 255-299.

ROPPO, V., *Istituzioni di Diritto privato*, Monduzzi editore, Bologna, 1994.

ROTONDI, M., *Instituciones de Derecho privado*, ob. trad. por FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, F., Editorial Labor SA, Barcelona, 1953.

RUANO BORRELLA, J. P., “Esquema de la regulación del derecho de superficie en el Ordenamiento jurídico español. El derecho de sobreelevación y profundización. Aspectos sustantivos y registrales”, en *Ponencias y Comunicaciones al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, t. I, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, p. 687-728.

RUBIO LLORENTE, F., “La Constitución como fuente del Derecho”, en AA.VV., *La Constitución y las fuentes del Derecho*, t. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 53-79.

RUBELLIN-DEVICHI, J., *Travaux dirigis Droit Civil. Introduction generale. Les personnes, les incapacites, les biens*, v. I, Editions l’Hermès, Lyon, 1979.

RUIZ-RICO RUIZ, J. M., “Comentario parcial a la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de marzo de 1987, sobre la Ley de reforma agraria para Andalucía”, en MORENO QUESADA, B. (Coord.), *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 237-251.

RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y GARCÍA ALGUACIL, M^a. J., “Art. 1”, en RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y CAÑIZARES LASO, A., *Multipropiedad y aprovechamiento por turno. Comentarios sistemáticos a la ley sobre derechos de aprovechamiento por turno*, Civitas, Madrid, 2000, p. 49-135.

SAINT-JAMES, V., *La conciliation des droits de l’homme et des libertés publiques en droit public français*, Press Universitaires de Limoges, Limoges, 1995.

SALIS, L., *La proprietà superficaria*, CEDAM, Padova, 1936.

SALVADOR CODERCH, P., “El Proyecto de Código civil de 1851 y el Derecho civil Catalán”, en *RJC*, nº 2, 1980, p. 313-372.

SALVADOR MARTÍNEZ, M., “El doble contenido de los derechos fundamentales en la doctrina alemana”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henáres*, v. 7, 1997-1998, p. 115-142.

SÁNCHEZ CALERO, F. J., “Competencia de la Comunidad Autónoma andaluza en materia de propiedad”, en MORENO QUESADA, B. (Coord.), *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 53-69.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “Art. 480 CC”, en CAÑIZARES LASO, A., *et. alii.*, *Código civil comentado*, v. I, Civitas, Pamplona, 2011, p. 1.947-1.953.

“Comentario al Art. 805 CC”, en CAÑIZARES LASO, A., *et. alii.*, *Código civil comentado*, v. II, Civitas, Navarra, 2011, p. 771-773.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a. P., *Bases de las obligaciones contractuales en la Constitución. Artículo 149.1.8^a CE*, Trivium, Madrid, 1991.

SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de derecho civil*, t. III, 2^a ed., Establecimiento tipográfico sucesores de rivadeneyra, Madrid, 1891.

SANTAMARIA, J., *Comentarios al Código civil*, t. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953.

SANTAMARÍA TOUS, V., *La rabassa morta y el deshaucio aplicado á la misma: con formularios de la escritura para dicho contrato*, Establecimiento Topográfico de Alfonso Bassas, Barcelona, 1878.

SEFTON, M., y RADLEY-GARDNER, O., “Shared ownership leases”, en *New Law Journal*, Issue: 7310, 2008, en <http://www.newlawjournal.co.uk/nlj/content/shared-ownership-leases> (visitado el 28 de abril de 2016).

SERRANO CASTRO, M^a. D., “Comentarios al Anteproyecto de la Ley sobre contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles”, en *DLL*, nº 7719, 2011, p. 1-2.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., “Art. 348”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.), *Comentario del Código civil*, t. III, 2^a ed., Bosch, Barcelona, p. 39-45.

SIMÓN MORENO, H., “Art. 547-10. Efectes de la extinció”, en NASARRE AZNAR, S., (Coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i*

d'altres normes, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 159-167.

“Art. 556-4. Constitució”, en NASARRE AZNAR, S., (Coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d'altres normes*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 189-206.

“Art. 556-5. Inscripció”, en NASARRE AZNAR, S., (Coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d'altres normes*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 207-210.

“Art. 556-11. Extinció”, en NASARRE AZNAR, S., (Coord.), *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d'altres normes*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Departament de Justícia), Barcelona, 2015, p. 269-277.

“Art. 547-10. Efectos de la extinción”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 209-219.

“Art. 556-4. Constitución”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 247-268.

“Art. 556-5. Inscripción”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 269-272.

“Art. 556-11. Extinción”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 349-359.

SIMONCELLI, V., *Della enfiteusi*, t. I, UTET, Torino, 1910.

SINN, C., y DAVIS, S., “Shared Ownership 2.0. Towards a fourth mainstream tenure. Interim Report”, p. 5, en <http://www.orbit.org.uk/media/447694/shared-ownership-20.pdf> (visitado el 23 de abril de 2016).

SIRVENT GARCÍA, J., *La donación con cláusula de reversión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SOLER TARRADELLAS, M^a. J., “Análisis económico sobre la accesibilidad a la vivienda: el esfuerzo familiar en las tenencias intermedias”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 617-647.

SOSA MÁRQUEZ, M., “Dificultades y alternativas. Constatación de una realidad”, en NASARRE AZNAR, S., (Dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 97-102.

SOSA WAGNER, F., “Art. 26. El procedimiento de determinación del justiprecio”, en SOSA WAGNER, F., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Expropiación forzosa*, 2^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 98-103.

SOTO NIETO, F., *Derecho vivo: jurisprudencia comentada*, t. II, Revista de Derecho Judicial, Madrid, 1970.

STERN, K., “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal Alemana”, en *RCEC*, n^o 1, 1988, p. 261-277.

STEVENS, J., y PEARCE, R. A., *Land law*, Sweet & Maxwell, London, 1998.

SWADLING, W., “Property: General Principles”, en BURROWS, A., *English Private Law*, 3^a ed., Oxford University Press, New York, 2013.

TABET, A., y OTTOLENGHI, E., *La proprietà*, UTET, Torino, 1968.

THOMPSON, M. P., *Modern Land Law*, 3^a ed., Oxford University Press, New York, 2006.

THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto*, CEDAM, Padua, 1951.

TOMÁS Y VALIENTE, F., *Códigos y Constituciones (1808-1878)*, Alianza, Madrid, 1989.

TORRALBA SORIANO, V., “Comentario al Art. 791 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 1.940-1.941.

TORRALBA SORIANO, V., “Comentario al Art. 805 CC”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, L., *et. alii.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 1.964-1.967.

TORRENT CUFÍ, F., “La propiedad temporal y la compartida”, en *La Notaría*, nº 2, 2015, p. 27-36.

TORRENTE, A., y SCHLESINGER, P., *Manuale di Diritto privato*, 19ª ed., Giuffrè, Milano, 2009.

TRABUCCHI, A., *Istituzioni de diritto civile*, 39ª ed., CEDAM, Padova, 1999.

TRABUCCHI, A., y CIAN, G., *Commentario breve al Codice civile*, 5ª ed., CEDAM, Padova, 1997.

TRIFONE, R., “Enfiteusi”, en DE MARTINO, F., BRANCA, G., y TRIFONE, R., *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Bologna, 1947.

TRUCHET, D., “L’intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d’Etat: retour aux sources et équilibre”, en *L’intérêt général, Rapport public 1999. Jurisprudence et avis de 1998*, La documentation française, 1999.

VALIAÑO, V., “Medidas contra el sobreendeudamiento de las familias”, en *Ejecuciones hipotecarias y el derecho a la vivienda: estrategias jurídicas frente a la insolvencia familiar*, Observatorio DESC, 2009, p. 1-11.

VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama del Derecho de sucesiones*, t. I, Civitas, Madrid, 1982.

VALVERDE VALVERDE, C., *Tratado de derecho civil español*, t. II, 2ª ed., Talleres topográficos Cuesta, Valladolid, 1920.

VENEZIAN, G., *Usufructo, uso y habitación*, t. I, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1928.

VILLARES PAZ, R., *Foros, frades e fidalgos*, Edicións Xerais de Galicia, Vigo, 1982.

VINCENTI, U., *Multiproprietà immobiliare. La multiproprietà come tipo di comunione*, CEDAM, Padova, 1992.

VIVES CEBRIÀ, S., COMES, J., *Tratado teórico-práctico del Arte de Notaría*, t. II, Imprenta de J. Mayol y compañía, Barcelona, 1828.

VOIRIN, P., y GOUBEAUX, G., *Droit Civil*, t. I, 32ª ed., Lextenso éditions, Paris, 2009.

VON TUHR, A., *Derecho Civil. Los derechos subjetivos y el patrimonio*, v. I, Marcial Pons, Madrid, 1998.

WEILL, A., *Droit Civil. Les biens*, 2ª ed., Dalloz, Paris, 1974.

WHITEHEAD, C., y MONK, S., “Affordable home ownership after the crisis: England as a demonstration project”, en *International Journal of Housing Market and Analysis*, Volume 4, Issue: 2, 2011, p. 326-340.

WIEACKER, F., *Historia del derecho privado de la Edad moderna*, ob. trad. por FERNÁNDEZ JARDÓN, F., Aguilar, Madrid, 1957.

WINDSCHEID, B., *Tratado de Derecho Civil alemán*, t. I, v. 1. ob. trad., por Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1987.

WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette*, ob. trad. por. FADDA, C., y BENZA, P. E., t. I, UTET, Torino, 1930.

YSAS SOLANES, M., “Arts. 326 a 328 CDC”, en ALBALADEJO GARCÍA, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXX, EDERSA, Madrid, 1987, p. 582-661.

“La regulación civil del derecho de superficie en la normativa catalana”, en GONZÁLEZ PORRAS, J. M., y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (Coords.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Murcia, 2004, p. 5.025-5.050.

ZATTI, P., *Corso di diritto civile*, 3ª ed., CEDAM, Padova, 2008.

ZUNZUNEGUI, F., “Evaluación de la solvencia en la concesión de préstamos hipotecarios”, en *Teoría y derecho*, nº 16, 2014, p. 141-160.

ZURILLA CARIÑANA, M. de los A., “Art. 9” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 5ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 273-352.