

Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda

English translation: *Fractioning ownership: intermediate tenures to facilitate access to housing*

Working Paper No. 1/2013

Authors

Sergio Nasarre Aznar
UNESCO Housing Chair
Universitat Rovira i Virgili
sergio.nasarre@urv.cat

Héctor Simón Moreno
UNESCO Housing Chair
Universitat Rovira i Virgili
hector.simon@urv.cat

This working paper corresponds to the pre-print of the article published at the *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Suggested citation: Nasarre Aznar, S. and Simón Moreno, H. Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda”, RCDI, no 739, 2013, pp. 3063 to 3122.

Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda

Sergio Nasarre Aznar
Héctor Simón Moreno

Resumen

En el presente trabajo se analizan vías alternativas para superar los problemas que actualmente presenta la dicotomía vivienda en propiedad-vivienda en alquiler. Efectivamente, ambas formas de tenencia inmobiliaria se han revelado insuficientes para garantizar el acceso de los ciudadanos a una vivienda digna, con lo que se hace necesaria la búsqueda de nuevas formas de tenencia que permitan crear un auténtico tercer mercado de vivienda. Estamos hablando de la propiedad compartida y de la propiedad temporal, que están basadas en el esquema inglés de la *shared ownership* y del *leasehold*, y que parten de la necesidad del fraccionamiento del dominio, en el tiempo y en su adquisición progresiva. Por ello, estas tenencias intermedias entre el dominio y el alquiler podrían plantar problemas con la configuración dogmática de la propiedad tradicional en nuestro sistema, principalmente su perpetuidad y unidad, de acuerdo con los artículos 348 del Código Civil y también debe analizarse su constitucionalidad conforme al art. 33 CE. En definitiva, el presente trabajo propone fórmulas alternativas que constituyan un *continuum* entre el alquiler y el pleno dominio, ya que combinan flexibilidad, estabilidad y asequibilidad, facilitando así el acceso a una vivienda, demostrando su compatibilidad tanto civil como constitucional.

Abstract

This paper looks at alternative ways of dealing with the problems posed these days by the dichotomy between owning and renting a home. Both paths have certainly turned out to fall short of ensuring citizens' access to decent housing. New forms of householding need to be found so that a real third housing market can be created. We are talking about shared ownership and temporary ownership, which are based on English law's shared ownership and leaseholds, all of which can be traced to the need to break up ownership over time and over progressive stages of acquisition. This hybrid halfway between owning and renting could therefore pose problems, in view of the dogmatic way traditional property ownership is set up in our system (the primary stumbling blocks being the perpetuity and unity of property under article 348 of the Spanish Civil Code). The constitutionality of such changes pursuant to article 33 of the Spanish Constitution needs to be looked at also. In short, this paper proposes alternative formulae that range over a continuum between rental and full ownership. They combine flexibility, stability and affordability, thus facilitating access to housing. Their compatibility with both civil and constitutional law is demonstrated.

Palabras clave: vivienda, tenencias intermedias, función social
Keywords: housing, intermediate tenures, social function

1. La insuficiencia de la dicotomía vivienda en propiedad-vivienda en alquiler

Las cifras macroeconómicas revelan que de 2007 a 2011 se han producido en España 330.000 ejecuciones hipotecarias por impago de préstamos o créditos garantizados con inmuebles¹. Que ha habido una disminución de transacciones de viviendas en 2011 del 29,3% en relación a 2010², lo que evidencia que a pesar de la disminución de los precios de los inmuebles, la vivienda no parece ser aún lo suficientemente asequible, dada la coyuntura económica y financiera actual. Que los índices de pobreza en España son elevados³, lo que queda corroborado por el estudio de la *Fundación Encuentro*⁴, que indica que a lo largo de 2009 el 13% de los españoles habían recibido ayuda económica de familiares y un 13,5% lo había hecho en especie (ropa, comida, atención personal), porcentaje que aumenta entre los jóvenes al 29,7%. Que el 37% de la población entre 18 y 35 años considera el acceso a la vivienda como uno de los problemas más importantes de la juventud española⁵, lo que también está en relación con el estudio EUROSTAT⁶, que revelaba ya en 2007 que la principal causa de que los jóvenes españoles estuvieran viviendo tanto tiempo en el hogar paterno era por culpa de la falta de vivienda asequible.

Si a estos datos añadimos que España tiene una de las tasas de vivienda en alquiler más bajas en Europa (lo que ha conllevado poca oferta, a menudo poca calidad y precios altos)⁷, lo que ha empujado a las familias, independientemente de su capacidad de repago, a adquirir vivienda en propiedad (lo que les ha reportado un gran esfuerzo económico), podemos concluir que la dicotomía dominio-alquiler, tal y como viene configurada en nuestro sistema jurídico, no está dando una respuesta óptima a las necesidades de vivienda de las familias y, por tanto, está incumpliendo el mandato que prevé el art. 47 CE destinado a los poderes públicos que deben facilitarles el acceso a una vivienda digna. Tal y como dice el informe EUROSTAT sobre Exclusión Social⁸ una “*access to affordable accommodation of an acceptable quality may be considered as a basic human need*”, lo que contrasta con la opinión del Presidente William J. Clinton en 1994 de que “más americanos deberían tener sus propias casas, por razones que son económicas y tangibles, y razones que son emocionales e intangibles, pero que van al corazón de lo que significa albergar, alimentar, expandir el Sueño Americano”⁹; ello llevó a políticas que comportaban necesariamente la generalización de las hipotecas *subprime* en Estados Unidos y el inicio de la actual crisis mundial¹⁰.

¹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Datos sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales 3T 2011*, disponible en www.poderjudicial.es, en “Estadística”. Falta desglosar cuántas de estas ejecuciones corresponden a viviendas familiares, aunque puede presumirse que son un buen número. El informe de la ASOCIACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA, *Actividad hipotecaria de octubre 2011 y previsiones 2012*, (www.ahe.es), señaló que la tasa de dudosidad estaba en el 2,63% el 2011, mientras que en 2010 era del 2,58%.

² Puede verse en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/03/07/suvienda/1331111088.html>. Los datos estadísticos en <http://www.fomento.gob.es/BE2/?nivel=2&orden=34000000>.

³ Atendiendo al índice de *The Economist*, publicado el 9-2-2012, España se encontraba en 2011 en el 6º país de entre los 92 evaluados en pobreza, atendiendo a la tasa de paro más la tasa de inflación. Puede verse en <http://www.economist.com/blogs/graphicdetail/2012/01/daily-chart-0>. De hecho, el 2-3-2012 el gobierno anunció que en 2012 el paro podría afectar a 6 millones de personas (<http://www.elmundo.es/elmundo/2012/03/02/economia/1330692649.html>).

⁴ FUNDACIÓN ENCUENTRO, *Informe España 2011. Una interpretación de su realidad social*, p. 191 (se puede encontrar en <http://www.fund-encuentro.org/>).

⁵ CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS (CIS). Estudio 2835, 27 de abril de 2010. Disponible en <http://www.cis.es>.

⁶ EUROSTAT, *Youth in Europe. A statistical portrait*, 2009 Ed., p. 31 (se puede encontrar en http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-78-09-920/EN/KS-78-09-920-EN.PDF).

⁷ Ver la estadística más reciente en EUROSTAT, *Population by tenure status, 2009* en [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php?title=File:Population by tenure status, 2009 \(1\) \(%25 of population\).png&filetimestamp=20120110104744](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php?title=File:Population_by_tenure_status_2009_(1)_%25_of_population.png&filetimestamp=20120110104744).

⁸ EUROSTAT, *Combating poverty and social exclusion. A statistical portrait of the European Union*, 2010 Ed., p. 84.

⁹ La traducción al castellano es libre.

¹⁰ Un patrón que curiosamente coincide con el sucedido en España tras la aprobación de la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (Ley 44/2002, de 22 de noviembre (BOE 23 noviembre 2002, núm. 281, p. 41273)) que autorizó a las entidades de crédito a titularizar hipotecas *subprime* (que no cumplen con los requisitos del art. 5 Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario (BOE 15 abril 1981, núm. 90, p. 8148)), es decir, a transferir el riesgo de impago de

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

Atendiendo a las cifras expresadas, una de las consecuencias inmediatas de dicha crisis es que muchas familias que compraron una vivienda en el periodo 1994-2007 se encuentran en una situación de sobreendeudamiento, por lo que pelagra su tenencia. A ello coadyuva que aquellas que están de alquiler han venido tradicionalmente asumiendo hasta el doble de costes que aquellas que tenían una vivienda en propiedad, lo que parece contradictorio¹¹, además de la tradicional falta de estabilidad para el inquilino más allá de los primeros 5 años de alquiler (arts. 9 y 18 Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos¹²), de la idea de que está viviendo en casa ajena (arts. 2.2, 8, 23 y 27.2 LAU) y de la desconfianza y la incertidumbre de los propietarios¹³. No parece tampoco que las políticas públicas de fomento del alquiler (fracaso de los Fondos de Inversión Inmobiliaria, de las SOCIMI, de la Sociedad Pública de Alquiler, etc.¹⁴) hayan contribuido a su generalización efectiva ni a la vertebración y profesionalización de un adecuado mercado de vivienda en alquiler.

Dicho esto, no estamos de acuerdo con que la preferencia de la vivienda en propiedad de los españoles sea una cuestión consustancial a éstos, algo característico nuestro, histórico (es sólo, de hecho, un fenómeno relativamente reciente) e inmutable (propietarismo estructural), a lo que, por lo tanto, debe dársele satisfacción mediante políticas de vivienda encaminadas al fomento de la propiedad privada. Estamos, en cambio, más en la línea de KEMENY¹⁵, el cual señala que las “preferencias” o “actitudes” de las personas hacia una forma de tenencia de la vivienda son irrelevantes cuando se contextualizan en un conjunto de valores e ideologías imperantes en una sociedad¹⁶. Así, la importancia de las casas adosadas, la acumulación de viviendas y de otros bienes, o la importancia del coche o coches privados son propias de sociedades con vivienda en propiedad; en cambio, dice, son propias de sociedades de vivienda en alquiler la generalización de los pisos en alquiler, los estilos de vida centrados en la ciudad y el transporte público, la infraestructura urbana desarrollada y un cierto desarrollo del estado social (ej. Alemania). Por lo tanto, sigue el autor, las preferencias de tenencia actuales son el resultado y no la causa de los sistemas de tenencia.

Así, tal y como ha sucedido en España en los 12 años de boom inmobiliario recientes (1995-2007), en una sociedad en que los propietarios, gracias a las políticas públicas de vivienda, han venido obteniendo sustanciosos beneficios (fiscales, plusvalías, en los Planes de Vivienda, etc.), mientras que el acceso a la vivienda en alquiler quedaba marginado de éstas en la práctica, causando su estigmatización (no subsidiado, poco estructurado y profesionalizado, poco rentable¹⁷) y restricción (poca oferta, cara y de escasa calidad) estaba claro que debía existir una gran preferencia de las familias por la vivienda en propiedad, como así ha sucedido. Coincidimos, además, con los estudios en Gran Bretaña en que incluso el reciente ligero incremento detectado en España de viviendas en alquiler es más por motivos económicos -una ligera mayor asequibilidad- que por libre opción¹⁸. Por todo ello, consideraba KEMENY ya en 1981 necesario plantear formas alternativas de tenencia (“*possibility of tenure choice, variety and free competition*”) que pudiesen competir con la

las mismas a terceros, generando la misma problemática moral que en Estados Unidos, al no existir por ello incentivos para dichas entidades para conceder hipotecas de calidad.

¹¹ Son cifras de 2007 recogidas en EUROSTAT, *Combating poverty* ..., p. 88.

¹² BOE 25 noviembre 1994, núm. 282, p. 36129.

¹³ A pesar de las últimas reformas de la LEC para incrementar la rapidez de los desahucios, en muchas ciudades la eficacia no depende tanto de los nuevos plazos y procedimientos de la ley sino de los recursos de la Administración de Justicia para llevarlos a cabo y que a menudo son insuficientes, pudiendo tardar el desahucio efectivo, incluso después de las reformas, más de 6 y 12 meses en algunos casos.

¹⁴ Sobre el fracaso de estos mecanismos, ver NASARRE AZNAR, Sergio, *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 Sergio Nasarre (dir.), “El acceso a la vivienda en un contexto de crisis”, Madrid, 2011, Ed. Edisofer, pp. 143 a 146. Ver, además, como recientemente se ha desmantelado después de 7 años de ineficiencia (desde 2008 en quiebra) la Sociedad Pública de Alquiler (<http://www.elmundo.es/elmundo/2012/03/15/suvienda/1331840835.html>).

¹⁵ KEMENY, Jim, *The myth of homeownership. Private versus public choices in housing tenure*, Londres, 1981, Routledge & Kegan Paul Ltd.

¹⁶ En KEMENY, Jim, *The myth of homeownership*, pp. 62 y 63.

¹⁷ En todo ello coinciden teóricos y prácticos. Ver, por ejemplo, la reseña de Javier Burón del *Seminario sobre la vivienda en alquiler. Situación actual y perspectiva de futuro*, organizado en abril 2012 por la Asociación para el Desarrollo del Alquiler (ADA) (www.asdeal.org/) en <http://leolo.blogspot.com/archive/2012/04/23/seminario-sobre-el-presente-y-futuro-de-la-vivienda-en-alqui.html>.

¹⁸ NATIONAL HOUSING FEDERATION, *Funding future homes: executive summary and discussion*, 2012, NHF y Departamento de Land Economy-Universidad de Cambridge, p. 2.

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

vivienda en propiedad; se trata de desarrollar políticas públicas neutrales en cuanto a la forma de tenencia en un contexto de incremento del bienestar social en general.

Las soluciones que en nuestro país se están planteando hasta el momento a la cuestión de la vivienda son parciales y la mayoría de ellas de carácter paliativo y no estructurales. Así, los debates planteados en torno a la dación en pago¹⁹ o a la potenciación de la mediación hipotecaria como sistema de resolución de conflictos pretenden, en cierta medida, ayudar a resolver la coyuntura actual, pero no son mecanismos pro futuro, estructurales, en el sentido de que sean soluciones que perduren en el sistema y eviten futuros excesos en el ámbito inmobiliario. Así, por ejemplo, el primero ya se ha revelado inviable como solución estándar para resolver impagos de préstamos hipotecarios allí donde está presente²⁰ y el segundo que, en principio, se trata de un proceso por definición voluntario (también por parte de la entidad de crédito) y de eficacia, por tanto, limitada, y que tiene carácter reactivo, es decir, cuando ya ha producido el impago²¹.

Otras medidas, las menos, deberían no pensar tanto en resolver o paliar (el *pacta sunt servanda* es un principio bien establecido en nuestro derecho, así como la libertad de contratación y la inconstitucionalidad que supone detraer a alguien un bien o un derecho por ley-expropiar-sin la correspondiente compensación²²) la problemática coyuntural sino en evitar que la situación presente no se vuelva a repetir o, al menos, que sea más difícil de que se vuelva a repetir (soluciones estructurales). Entre éstas se tienen que contar las tenencias intermedias cuya función, estructura, conveniencia y constitucionalidad analizamos en el presente trabajo.

2. Concepto y rol de las tenencias intermedias en el acceso a la vivienda

Desde nuestro punto de vista, atendiendo a los datos hasta ahora desgranados, los retos principales en política de vivienda deberían ser la reducción del stock de vivienda (tanto privado como público), los problemas de liquidez de las entidades de crédito que repercute en la insuficiencia de la financiación de las familias, evitar un nuevo sobreendeudamiento familiar, crear un contexto favorable al endeudamiento responsable (ahorro) y al crédito responsable y, finalmente, flexibilizar (dar más alternativas reales) el acceso a la vivienda mediante nuevas formas de tenencia que combinen asequibilidad, flexibilidad y estabilidad²³. La estrategia que sugerimos es, pues, apostar por el desarrollo de estas fórmulas de tenencias intermedias y demostrar su consonancia constitucional²⁴.

Las tenencias intermedias representan un mecanismo de partenariado público-privado (vivienda social)²⁵ o de iniciativa únicamente privada (vivienda libre) que supere la dicotomía “alquiler vs dominio”, transformándolo en un sistema de “alquiler & dominio”, incentivando positivamente²⁶ que los propietarios de

¹⁹ Ver sobre ello NASARRE AZNAR, *Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria*, “Revista Crítica de Derecho Inmobiliario”, núm. 727, pp. 2712 a 2724. Un trasunto de ello aparece ya legislado en el RD Ley 6/2012, de 9 de marzo (BOE 10 marzo 2012, núm. 60, p. 22492) para los deudores hipotecarios sin recursos.

²⁰ La ejecución limitada en la finca, un sistema similar a la dación en pago, sólo está obligada por ley a 11 Estados de Estados Unidos (pero en ningún país de Europa) y ha provocado en estos estados un mayor número de impagos de hipotecas tanto para una mayor imposibilidad relativa de repago (al ser la garantía para el prestamista menor que si el deudor respondiera con la totalidad de su patrimonio, los préstamos son sustancialmente más caros) como el fenómeno de los *walkers* o deudores que pudiendo pagar, no lo hacen porque lo que deben es más de lo que vale el inmueble (con las negativas consecuencias que ello tiene para el mercado hipotecario). Ver el debate en el Parlamento de Cataluña al respecto el 26-7-2011 (http://www.parlament.cat/web/actualitat/canal-parlament/videos?p_cp1=997482&p_cp2=997671&p_cp3=11&p_cp22=cerca).

²¹ De hecho, toda mediación con consumidores ha quedado expresamente excluida del RD Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE 6 marzo 2012, núm. 56, p. 18783) por su art. 2.2

²² En definitiva, la línea argumental para sostener la validez y la invariabilidad de los préstamos hipotecarios concedidos durante el boom inmobiliario es que, a falta de vicios del consentimiento de los deudores, los pactos deben respetarse y que detraer derechos a la entidad de crédito retroactivamente implicaría una expropiación forzosa sin compensación, prohibida por la Constitución. Ver NASARRE AZNAR, *Malas prácticas bancarias, in toto*.

²³ Ver *infra* el punto 3.2 que analiza estos retos u objetivos en clave de las dos formas de tenencias que proponemos: la propiedad compartida y la propiedad temporal.

²⁴ *Vid. infra* punto 6.

²⁵ Que puede reducir el gasto público en políticas de vivienda social.

²⁶ En el ámbito catalán se habían introducido en la ley (párrafos 6 y 7 Ley 18/2007) incentivos negativos, es decir, sanciones de naturaleza administrativa y civil por el mero hecho de tener una vivienda vacía, como la expropiación del usufructo de la misma. Esta posibilidad ha quedado derogada recientemente por la Ley 9/2011, de 29 de diciembre (DOGC 30-12-2011, núm. 6035, p. 66432).

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

viviendas vacías las abran al mercado para que sean efectivamente ocupadas. Las tenencias intermedias pueden constituir, de hecho, una auténtica tercera vía de tenencia inmobiliaria que se libera de la provisionalidad del alquiler y de la onerosidad de la propiedad completa²⁷. Se trata, en definitiva, de aprovechar lo que está construido y de dar el contexto legal para que se ocupe efectivamente.

Concebimos a las tenencias intermedias de forma general, es decir, para poderse desarrollar tanto en el mercado privado (desarrollo de la correspondiente normativa de Derecho civil) como, con las modificaciones adecuadas, para poder ser utilizadas también como forma de tenencia de vivienda social. En este último sentido, las tenencias intermedias bien pueden sustituir la vivienda social en propiedad, de modo que la Administración puede centrarse en el desarrollo de la vivienda social de alquiler para los menos favorecidos, lo que parece a todas luces prioritario, especialmente en un contexto de pocos recursos públicos²⁸.

Con las tenencias intermedias, además, se rebaja el coste por vivienda, se asegura la estabilidad de las familias en la tenencia y su asequibilidad²⁹. Éstas, en las jurisdicciones donde están presentes, representan, de hecho, una tercera vía para favorecer a las familias con recursos insuficientes para adquirir la tenencia estable de una vivienda, sin necesidad de que se sobreendeuden³⁰, de que se tengan que “conformar” con un alquiler³¹ o de que no califiquen para una vivienda social tradicional. Después de la crisis ha nacido un nuevo tipo de “demanda excluida” que, hoy por hoy, difícilmente tiene cobertura en nuestro sistema: aquellos que no pueden adquirir una vivienda en propiedad absoluta sin sobreendeudarse o para la que no encuentran financiación, pero que tienen unos recursos suficientes de manera que no pueden optar a vivienda social y que tampoco ven en el alquiler una buena opción estable. Pensamos, de hecho, que no todas las viviendas vacías (3 millones según el censo de 2001³²) deben ser destinadas necesariamente a alquiler (a menudo, como hemos dicho, una decisión no demasiado atractiva ni para el propietario ni para el necesitado de vivienda), sino que se pueden buscar esquemas alternativos, de tenencia más estable, como las tenencias intermedias.

²⁷ Las virtudes y lastres de cada forma de tenencia pueden hallarse en NASARRE AZNAR, *La insuficiencia de la normativa...*, p. 125.

²⁸ Ver el estudio comparativo donde se evidencia la insuficiencia de nuestro 2% de vivienda pública en alquiler en INURRIETA BERUETE, Alejandro, *Mercado de vivienda en alquiler en España: más vivienda social y más mercado profesional*, Madrid, 2007, Fundación Alternativas, Working Paper 113/2007, pp. 27 a 33. Disponible en: http://www.spaviv.es/comunicacion/publicaciones_y_entrevistas/Lab.ALTERNATIVAS_113.pdf. Ver también LEAL, Jesús, *La política de vivienda en España*, “Documentación social. Revista de estudios sociales y sociología aplicada”, núm. 138, Madrid, 2005, p. 69, quién indica que solo Grecia tiene una proporción de viviendas públicas en alquiler menor que España.

²⁹ La estabilidad en la tenencia de la vivienda habitual está tradicionalmente vinculada con una mayor implicación del vecino en la comunidad de propietarios, en su barrio y ciudad. La falta de asequibilidad provoca, a corto y medio plazo, un empeoramiento de la calidad del edificio, por impago de cuotas de comunidad y falta de rehabilitación. Ver, en este sentido, BOZALONGO, Ana, *Problemas económicos de las comunidades para la conservación de la finca*, en Sergio Nasarre Aznar (dir.), “El acceso a la vivienda en un contexto de crisis”, Madrid, 2011, Ed. Edisofer, pp. 349 y ss.

³⁰ Pensamos, además, que la tendencia europea es a prohibir la concesión de préstamos hipotecarios si, después de una evaluación de la solvencia y de la capacidad de repago del prestatario, éste no se prevé que pueda devolver el préstamo hipotecario que solicita, según se evidencia en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial (Bruselas, 31-3-2011, COM(2011) 142 final). Así, su art. 14.2 a) preceptúa que: “Los Estados miembros velarán por que: a) Siempre que la evaluación de la solvencia del consumidor arroje un resultado negativo en cuanto a la capacidad de este para reembolsar el crédito durante el periodo de vigencia del contrato, el prestamista deniegue el crédito”.

³¹ De las familias que actualmente viven de alquiler en España, el 56% asegura que lo hace forzado debido a la crisis y sólo un 27% prefiere vivir de alquiler a comprar. A esto se añade una tasa de paro cercana al 23%, siendo el juvenil cercano al 50%, con lo que muchas familias no pueden comprar vivienda por motivos económicos y otros no obtendrían financiación por el 100% de la vivienda al no tener ahorrado el 20% del precio y aunque lo obtuviesen lo tendrían difícil, dada la situación de liquidez de las entidades de crédito. Ver las cifras en <http://www.elconfidencial.com/vivienda/2012/03/10/miedo%2Dparo%2Dfalta%2Dde%2Dfinanciacion%2Dpor%2Dque%2Dse%2Ddesploma%2Dla%2Dventa%2Dde%2Dpisos%2Den%2Despana%2D93907/>.

³² Ver el punto 3.3 *infra* para una comparación con el mercado inglés. El relator de la ONU en 2008 para la vivienda en España, en ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado*, Sr. Miloon Kothari. Misión a España, A/HRC/7/16/Add.2, 7-2-2008, pp. 11 y 12, se pronunció en los siguientes términos: «España tiene el mayor número de casas deshabitadas de la Unión Europea».

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

"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, a las que se podría llegar esencialmente por dos vías:

a) La primera es la que resulta de adaptar instituciones del derecho civil tradicional, especialmente los derechos reales limitados. Este sistema implica, por definición, que la necesidad de vivienda tendrá menos facultades que el propietario del inmueble, de quien, de una manera o de otra, dependerá. Éstas son instituciones como el usufructo o el derecho de superficie. Estas formas de tenencia intermedia son las únicas que, con más o menos éxito, pueden funcionar sin una normativa *ad hoc*, pues se trata de adaptar instituciones ya suficientemente reconocidas en la situación de acceso a la vivienda. No obstante, en general, su eficacia está cuestionada, pues realmente no han podido crear hasta ahora (¡en centenares de años!) un mercado alternativo a la vivienda de alquiler y en propiedad. Lo vemos a continuación en el punto 3.1.

b) La segunda está basada en sistemas comparados de tenencias intermedias, que llevan años desarrollándose en otros países (lo comentamos en los puntos 3.2 y 3.3 *infra*) con la misma necesidad de llenar de manera efectiva el vacío entre el alquiler y el pleno dominio. En lugar de recurrir a los derechos reales limitados, se trata de fraccionar el pleno dominio, haciéndolo así más asequible, sin perder la estabilidad. No se trataría de limitarlo en facultades (lo que sí sucede con los derechos reales limitados y, aún más, al alquiler) sino de ponerle otro tipo de condicionantes, como el tiempo o el fraccionamiento porcentual del dominio (adquisición progresiva). La ventaja esencial de este tipo de tenencias intermedias es que el necesitado de vivienda es propietario desde el primer momento y se siente como tal, evitando su sobreendeudamiento, pudiendo financiar su adquisición (la onerosidad para el entidad de crédito se reduce considerablemente) y da estabilidad a la tenencia, en tanto que el derecho a habitar en aquel inmueble como propietario se consolida, bien progresivamente bien temporalmente, en el patrimonio del necesitado de vivienda. Dado que dicho fraccionamiento podría comportar *ab initio* dudas de constitucionalidad y de incompatibilidad con el concepto tradicional de dominio en nuestro sistema, esta cuestión es tratada en detalle en el punto 6 *infra*.

Por lo tanto, tal y como lo ha definido la doctrina economicista se trata de buscar fórmulas que constituyan un *continuum* entre el alquiler y el pleno dominio, a las que puedan optar aquellos que no califiquen para vivienda de protección oficial (por tener rentas más elevadas) pero que objetivamente tampoco puedan hacer frente a la compra en propiedad absoluta de una vivienda en el mercado libre sin sobreendeudarse, ni tampoco consideren el alquiler como una opción dado que quieren disfrutar de estabilidad. Los grupos que, *a priori*, se podrían beneficiar son familias con ciertos recursos económicos y capacidad de ahorro, los jóvenes y los profesionales durante su vida laboral en una gran ciudad donde escasea la vivienda privada asequible.

Desde un punto de vista de asequibilidad de la vivienda, reproducimos a continuación la Figura 1 donde se muestran los diferentes tipos de tenencia³³:

³³ Extraída de MONK, S. y WHITEHEAD, C.: "Making Housing More Affordable – The Role of Intermediate Tenures", Oxford, United Kingdom, 2010, Ed. Wiley-Blackwell, p. 21.

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

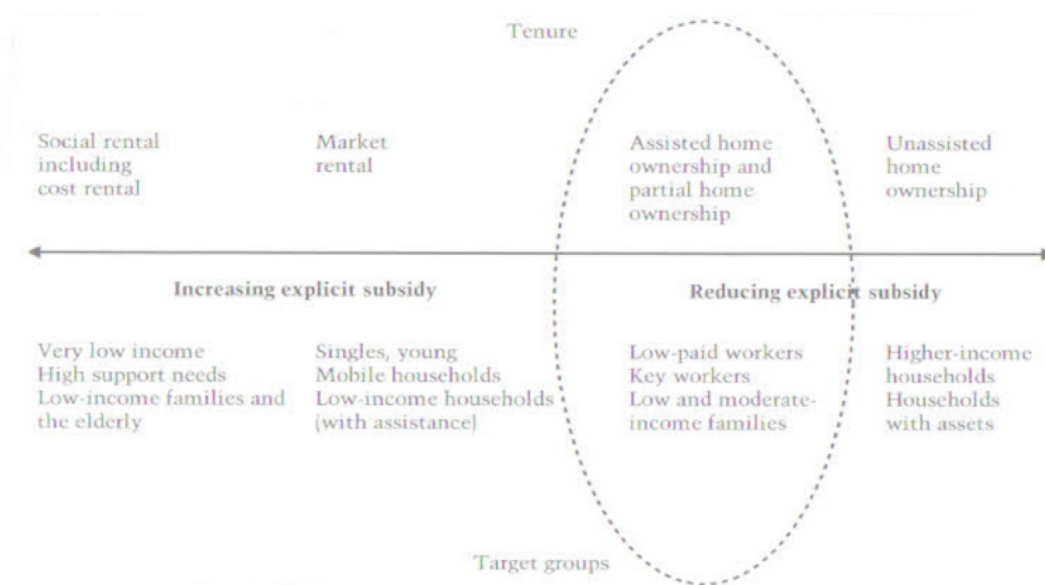


Figura 1. El continuum y las tenencias intermedias. Fuente: Monk y Whitehead (2010).

La finalidad de esto es dar más posibilidades a las familias de escoger. Es decir, que aquellas familias que quieran optar por una tenencia más estable en relación a su vivienda que el alquiler lo puedan hacer sin necesidad de sobreendeudarse. No se trata, pues, de empujar, como se ha hecho durante el período del *boom*, a las familias que no quieren alquilar a comprar una vivienda a la que objetivamente no pueden hacer frente, financiándolos hasta el 100% y más allá, sino en hacer la propiedad de la vivienda más asequible a través de flexibilizar el dominio para adaptarlo a las necesidades de cada familia. Así, tal vez no necesiten/quieran ser los propietarios del suelo, tal vez no les haga falta una vivienda en propiedad a perpetuidad sino que les bastaría con una por 40 años, tal vez fuera suficiente si pudieran pagar (y sólo financiar inicialmente) un 20% de la vivienda y luego darles la opción de escalar y de adquirirla progresivamente, etc.

3. Los modelos de tenencias intermedias

3.1. La insuficiencia de las tenencias intermedias “tradicionales”

Hoy por hoy, si bien nuestro ordenamiento jurídico prevé algunos mecanismos (esencialmente, derechos reales como el uso, la habitación, el usufructo o el derecho de superficie; pero también contratos como el arrendamiento con opción de compra o, incluso, situaciones de concurrencia de dos titularidades de distinta naturaleza como el censo enfiteutico) que podrían ser utilizados como tenencias intermedias, la realidad es que ninguno de ellos ha servido para cohesionar realmente una tercera opción –a la propiedad y al alquiler– para acceder a una vivienda.

La problemática general es que son instituciones que o bien no están bien perfiladas para ejercer esa función (ej. los derechos de uso y de habitación siguen teniendo un importante componente asistencial en el Código Civil) o bien, a pesar de estarlo (como el derecho de superficie), su eficiencia, al menos, puede ser optimizada para generalizar su uso.

En cuanto a lo primero, algún estudio aproximativo³⁴ ya ha evidenciado las importantes diferencias entre la *shared ownership* inglesa (de la que partimos para la propiedad compartida aquí propuesta) y el contrato con opción de compra y entre el *leasehold* inglés (del que extraemos la propiedad temporal) y los diversos tipos de censo en España, en las que se puede hallar la clave para comprender cómo tanto la *shared ownership* como el *leasehold* en Inglaterra sí han conseguido vertebrar ese tercer mercado de tenencias para el

³⁴ FERRÁNDIZ GABRIEL, Carlos y NASARRE AZNAR, Sergio, *Métodos alternativos de acceso a la vivienda en Derecho privado*, “Iuris”, núm. 158, marzo 2011, pp. 80 a 82.

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

acceso a la vivienda mientras que no lo han hecho figuras, hasta cierto punto, parecidas en nuestro sistema.

En cuanto a lo segundo, nos centraremos en dos experiencias, hasta cierto punto discordantes en Madrid y en Barcelona.

Por un parte, el Plan de la vivienda de Barcelona 2008-2016 recogía el derecho de superficie como un método de tenencia en base al Decreto 255/2005, de 8 de noviembre, de actualización del Plan para el derecho a la vivienda 2004-2007³⁵ y a la propia Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda³⁶ (art. 82.1): “Se puede transmitir la propiedad plena de los viviendas de protección oficial, o bien formalizar derechos de superficie, venta a carta de gracia u otros derechos reales, así como cederlas en arrendamiento”. En noviembre de 2007 el Ayuntamiento de Barcelona tomó el acuerdo de utilizar únicamente como regímenes de tenencia del Patronato Municipal de la Vivienda el alquiler y el derecho de superficie. El derecho de superficie se ha convertido desde entonces en un buen sistema alternativo de acceso a la vivienda pública, teniendo en cuenta las limitaciones de la legislación hasta el momento vigente para adoptar fórmulas de tenencias intermedias. Actualmente se encuentran finalizadas en la ciudad de Barcelona 3 promociones en este régimen mientras 8 están ora en construcción ora en proyecto³⁷.

Por su parte, en Madrid desde 2010 han iniciado recientemente el camino contrario³⁸: un proceso de venta del suelo a aquéllos que desde 1984 habían sido sólo superficiarios de viviendas (construidas en régimen normalmente de cooperativa) sobre suelo que hasta entonces se había mantenido municipal, situaciones originadas para más de 10.000 inmuebles (8559 viviendas protegidos más 2.107 garajes y locales) repartidos en 108 parcelas desde el denominado “Plan 18.000”, y de otras convocatorias³⁹. El precio del suelo a adquirir por los superficiarios será el que resulte de considerarlo dividido en tantas cuotas de suelo como pisos, anexos, garajes y locales que existan en el edificio y el fundamento jurídico para la adjudicación directa a particulares de bienes públicos está en los arts. 1636 y 1611 CC, 107 LH y art. 16 RH en relación al tanteo y retracto y arts. 137.4 e) y h) Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas⁴⁰. Se persigue, pues, facilitar que los superficiarios acaben siendo plenos propietarios de las viviendas que ocupan. Más complicado es determinar cómo queda constituido un edificio en propiedad horizontal con propietarios de suelo y vuelo y sólo superficiarios. Si hay algún propietario que no quiere adquirir el suelo, la propiedad del vuelo revertirá al Ayuntamiento de Madrid cuando venza su derecho de superficie. Dadas las cantidades que se piden a los superficiarios (ej. por una cuota de un 2,3% del suelo se piden aproximadamente 26.000 euros más IVA y gastos de escritura y Registro), seguramente muchos de ellos precisarán de una financiación hipotecaria.

Estas dos experiencias nos revelan también las limitaciones de utilizar el derecho de superficie como una tenencia intermedia. En la Tabla 1 comparamos el modelo en la ciudad de Barcelona⁴¹ con las tenencias intermedias que aquí concebimos y desarrollamos en los puntos 4 y 5.

³⁵ DOGC 10 noviembre 2005, núm. 4507, p. 36207.

³⁶ DOGC 9 enero 2008, núm. 5044, p. 1609.

³⁷ Ver los detalles en http://www.pmhb.org/promocions_mapa.asp?id=3&subid=1&tipus=Dret+de+superf%EDcie. Consulta el 10-3-2012.

³⁸ Parte de esta información la extraemos del *Convenio de colaboración entre el Excmo. Ayuntamiento de Madrid -Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda-, y la empresa municipal de la vivienda y suelo de Madrid, SA, para la enajenación directa y onerosa de suelo municipal a sus titulares superficiarios*, de 23-12-2009. Puede encontrarse, junto a documentación complementaria, en <http://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Ayuntamiento/Urbanismo-e-Infraestructuras/Programa-de-Enajenacion-de-Suelo-Plan-18.000?vgnextfmt=default&vgnextoid=fae0de50ee376210VgnVCM1000000b205a0aRCRD&vgnnextchannel=8dba171c30036010VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>.

³⁹ <http://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/El-Ayuntamiento/Medios-de-Comunicacion/Notas-de-prensa/Ya-es-posible-comprar-los-pisos-del-Plan-18.000?vgnextfmt=default&vgnextoid=f7f09aa9ac476210VgnVCM1000000b205a0aRCRD&vgnnextchannel=6091317d3d2a7010VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>.

⁴⁰ BOE 4 noviembre 2003, núm. 264, p. 38924.

⁴¹ Su configuración para la experiencia de la ciudad de Barcelona, la encontramos detallada, incluyendo un contrato modelo, en FORNT I PARADELL, Jaume, *El dret de superfície: la nova fórmula de l'Ajuntament de Barcelona per accedir a un habitatge protegit*, a AJUNTAMENT DE BARCELONA, “El dret de superfície: un nou règim de tinença per a l'habitatge protegit a Barcelona, sèrie *Qüestions d'habitatge*, núm. 17, octubre 2009, p. 5. Se puede encontrar en http://www.pmhb.org/publicacions.asp?gc_id=20236.

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

Cuestión	Derecho de superficie, según modelo Barcelona 2009	Objetivo ideal de las tenencias intermedias (propiedad compartida y propiedad temporal)
Reserva de suelo público y rotación del mismo	Conceptuado para que el suelo se mantenga para la Administración. No obstante: a) poca rotación si son períodos de 75 años de derecho de superficie; b) según la experiencia de Madrid, a medio plazo se tiende a la consolidación del dominio a favor de los superficiarios. De hecho, pasa a ser una compraventa con pago del suelo aplazado con inmovilización de suelo por 75 años por parte de la Administración; c) la destrucción de la vivienda provoca la extinción avanzada del derecho de superficie (art. 564-6.4 a <i>sensu contrario</i> del Código Civil de Cataluña, en adelante, CCC).	Otorgar efectivamente la propiedad compartida o temporal de suelo y vuelo. La propiedad temporal puede tener un efecto similar al de la superficie en relación al suelo, aunque el necesitado de vivienda es formalmente un propietario completo, con muy pocas limitaciones. En cuanto a la compartida, el necesitado de vivienda puede escalar o descender, según sus necesidades, pudiendo dis <i>inter vivos</i> y <i>mortis causa</i> libremente de la parte consolidada con derechos de adquisición preferente a favor de la Administración. No hay problema en que el nuevo titular de la vivienda, tanto en un caso como en otro, pudieran reconstruir la vivienda en caso de destrucción de la misma.
Naturaleza del derecho de los necesitados de vivienda	Derecho de superficie. No obstante, utilizado así (sin necesidad de que los superficiarios construyan) distorsiona su intrínseca naturaleza (prevista en el art. 564-1 CCC y en el art. 40.1 Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, del suelo ⁴² ; también los arts. 1655 y 1611 CC donde aproxima indebidamente el censo enfiteútico; SSTs 3-7-1941 y 4-7-1928), es decir, separar el dominio de suelo y de vuelo para construir. Esta "distorsión" ha quedado legalizada en los arts. 564-2 y 564-3 b) CCC y el mismo art. 40.1 RD Legislativo 2/2008 ⁴³ .	Si tienen todas las facultades dominicales (sólo con ciertas limitaciones que implican sus límites temporales o de adquisición progresiva) se han de denominar como lo que son, propietarios, sin necesidad de distorsionar ⁴⁴ el derecho. Además, lo son tanto del vuelo como del suelo y subsuelo.
Seguridad en la tenencia	Duración de 75 años. Se puede prorrogar y heredar.	Duración flexible, a criterio de las partes según sus necesidades y disponibilidades, tanto en adquisición progresiva como en adquisición temporal. Ambas se pueden transmitir <i>inter vivos</i> y <i>mortis causa</i> .

⁴² BOE 26 junio 2008, núm. 154, p. 28482.

⁴³ DÍEZ PICAZO, Luis i GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Vol. III, 1997, 6ª ed. p. 485, ya entonces decían que la compleja regulación del derecho de superficie y su relación con el censo enfiteútico "hace que sea una figura muerta en nuestro sistema civil"; se intentó reactivar "para el fomento de edificaciones". Y siguen señalando "con la concesión de la superficie se construye en un suelo ajeno, a cambio de una contraprestación, sin necesidad de comprarlo. Se pretende así el abaratamiento de las edificaciones, por los precios cuantiosos del suelo, pero la realidad es que, pese a los intentos legislativos (Ley del Suelo, Reglamento Hipotecario) para hacer atractiva la institución mediante su regulación minuciosa, sigue sin vitalidad entre particulares". Atribuyen, en fin, el fracaso del derecho de superficie a que la sociedad no comprende la propiedad de una vivienda sin el suelo ni tampoco que se pueda obtener una renta o contraprestación (el que recibe el titular del suelo) sólo con él.

⁴⁴ Sobre la distorsión de las instituciones y sus riesgos, ver SCHWARCZ, Steven L., *Distorting legal principles*, 2010, hallable en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1532465.

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

Flexibilidad en la tenencia	Media: 1. La duración no es variable. La vivienda debe revertir necesariamente (a no ser que se hayan pactado prórrogas) cuando se agotan los 75 años. 2. No hay límite a la transmisión <i>mortis causa</i> pero la <i>inter vivos</i> está sujeta a autorización administrativa (art. 564-4 CCC). Duda: si la finalidad de este esquema es favorecer a familias con ingresos limitados, la solución para ambos tipos de transmisión se contradice: ¿qué pasa si el heredero no califica pero hereda igualmente? ¿Podría esto contradecir el derecho europeo al distorsionarse la competencia al subvencionarse viviendas a personas que no califican por ello? 3. ¿Contradice el derecho europeo el hecho de que si el superficiario devuelve la vivienda los 15 primeros años recupera todo lo que ha pagado por él? ¿Quién le paga? ¿Qué sucede con la hipoteca? 4. Necesidad de subrogarse en la hipoteca del promotor. ¿Cómo se hace si no es propietario? ¿Quién es el propietario del edificio? ¿Cómo se dividen los derechos de superficie con una hipoteca cada uno al tiempo que el edificio es de otro (en propiedad o en derecho de superficie) y también tiene una hipoteca, todo ello teniendo en cuenta que el suelo es del Administración? 5. El superficiario no puede alquilar la vivienda. ¿Puede el superficiario darla en uso o habitación?	Alta: a) La duración es variable, según convenga a las partes. b) La transmisión de la parte de la vivienda consolidado (propiedad compartida) o del total de la vivienda por el período por el que se es propietario (propiedad temporal) no está sujeta, a <i>priori</i>, a ninguna autorización, sino, en el su caso, a derechos de tanteo y retracto del otro propietario. c) Nunca el propietario que accede a estas formas de tenencia las disfruta gratuitamente, sino que el propietario original siempre recibe una contraprestación económica equivalente al que pierde en dominio y posibilidad de uso en relación con el inmueble. d) No es necesario que se subrogue en la hipoteca del promotor o del propietario original, aunque lo puede hacer. e) Los nuevos propietarios pueden alquilar la vivienda o darla (o partes de él) en uso o habitación, sin perjuicio del que resulte de adaptar las reglas de derecho civil a las de vivienda social.
Asequibilidad de la tenencia	El derecho de superficie cuesta un 20% menos que si se adquiriera el dominio sobre el piso (art. 20.1 D 13/2010, 2 de febrero ⁴⁵). Esta reducción no parece ser la que se debería conseguir al, teóricamente, no trasladarse el precio del suelo a los superficiarios.	Dado que aún no están desarrolladas está por ver en cuanto se ve reducido el precio del inmueble. Pero no puede costar lo mismo una vivienda por 30 años que para siempre, ni tampoco representa la misma onerosidad una hipoteca de 300.000 euros (para toda la vivienda) que de 30.000 (del 10% del mismo) y con un plan de escalar en el dominio adecuado a la solvencia del necesitado de vivienda.
Comunidad de propietarios	Integración en una “comunidad de propietarios”. Dado que no son propietarios, puede plantearse un problema con el art. 553-19 CCC (que correspondería al art. 13 LPH en el resto de España).	Integración, como cualquier propietario de apartamentos en propiedad horizontal en la comunidad de propietarios.
Cuestiones de gestión de las viviendas por la Administración	No es necesario que la Administración gestione nada en relación con la vivienda ni se hace cargo de su mantenimiento. Dependiendo si ha sido ella quien ha hecho la promoción, si hay viviendas que no se han adjudicado, tendrán unos deberes sobre ellos. Además, ¿quién tiene los deberes sobre el edificio en sí, si el derecho de superficie es sólo sobre los apartamentos?	Dado que los adquirentes de las viviendas en estos regímenes son propietarios, en la propiedad temporal el propietario originario (ej. la Administración pública) se desentiende de cualquier gestión del inmueble, mientras que en la propiedad compartida su participación es limitada.
Rol de la Administración pública	Sólo vivienda social.	Permiten la creación de un mercado de tenencias intermedias suficientemente amplio, tanto de vivienda libre como social, aliviando los costes sobre la Administración y diversificando las formas para su intervención.

⁴⁵ DOGC 11-2-2010, núm. 5565, p. 9379.

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

Situaciones de resolución avanzada del derecho del necesitado de vivienda	1. Si no utiliza la vivienda como residencia habitual 2. Desocuparlo por más de 3 meses 3. Arrendarla o subarrendar a terceros 4. Vender la vivienda sin autorización 5. Incumplimiento de los deberes de conservación y rehabilitación. 6. Impago del préstamo hipotecario	De las que se han relacionado para el derecho de superficie, ninguna de ellas es adecuada para la propiedad temporal. En cuanto a la propiedad compartida, es planteable el incumplimiento de los deberes de conservación y rehabilitación. El impago del préstamo, en los dos modelos, sólo tiene que ver con la acción que, en su caso, pueda ejercitar el acreedor hipotecario.
--	--	--

3.2. Qué pueden aportar unas “nuevas” tenencias intermedias

Tal y como las hemos concebido, es decir, como instituciones que aprovechen las ventajas combinados del dominio y del alquiler, las tenencias intermedias pueden contribuir a superar los obstáculos en los que actualmente se encuentra el acceso a la vivienda en nuestras ciudades y también pueden ayudar a conseguir objetivos deseables en relación a las políticas de vivienda.

Esto queda resumido en la Tabla 2, donde se comparan los retos que consideramos esenciales en políticas de vivienda con las dos nuevas tenencias que aquí desarrollamos: la propiedad compartida y la propiedad temporal.

Objetivos	Propiedad compartida	Propiedad temporal
Reducir el stock de vivienda y reactivar el sector de la promoción inmobiliaria	Permite ir vendiendo partes de viviendas en lugar de viviendas enteras	Vender viviendas por períodos de tiempo ajustados a las necesidades de cada familia
Conllevar la escasa liquidez de las entidades de crédito	Préstamos más pequeños: dependen del porcentaje adquirido	Préstamos más pequeños: dependen del tiempo de la tenencia
Evitar el sobreendeudamiento de las familias	Conceder préstamos más pequeños y responsables. Potenciar la cultura del ahorro	
Crear un contexto favorable al endeudamiento responsable y al crédito responsable	Adquisición progresiva del 100% de la vivienda	Planificación de la real necesidad de la vivienda en base al tiempo
Flexibilizar el acceso a la vivienda	Conseguir un <i>continuum</i> de tenencias que se adapte a todas las posibilidades familiares	
Tenencia segura pero flexible	Cuando más se necesita (ej. jubilación) se puede tener toda la vivienda y mientras se va acumulando patrimonio	Durante la tenencia se es pleno propietario de la vivienda y revierte al propietario originario cuando ya no la necesita
En vivienda social, fórmulas no excesivamente onerosas, dada la actual coyuntura	La Administración puede financiar solamente la parte de renta	La Administración puede vender temporalmente con vocación de restitución y reutilización del parque de viviendas

Tabla 2. Objetivos de las políticas de vivienda en relación con la propiedad compartida y la propiedad temporal.
Fuente: elaboración propia.

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

Una tenencia estable pero limitada (en el tiempo o en su progresiva adquisición) en relación a la propiedad absoluta posibilita un menor esfuerzo económico para las familias, al tiempo que hay una menor necesidad de liquidez para las entidades de crédito. También favorece la reducción del stock de vivienda vacía al dar más opciones a su progresiva movilización.

Tanto la propiedad temporal como la propiedad compartida están concebidas para tener una eficacia doble:

a. por un lado, quieren crear un tercer mercado de vivienda privada realmente alternativo a los mercados de vivienda en propiedad y vivienda en alquiler, ninguno de los cuales han funcionado o están funcionando óptimamente, según lo que hemos dicho. Por tanto, la regulación básica que se propone es puramente civil (que bien se puede regular, por ejemplo, el Código Civil), como unos tipos más de condominio (por ejemplo, tras la comunidad de bienes de los arts. 399 y ss CC), o en una Ley especial de propiedades intermedias, al estilo LPH.

b. Por otra, son dos figuras fácilmente adaptables para ser utilizables como métodos de tenencia de vivienda social, también alternativos a la vivienda de protección oficial en propiedad. Así, pueden ser adaptados a esquemas de convocatorias públicas de vivienda social por diversas vías: requisitos de ingresos mínimos y máximos de la persona que puede acceder, límites en el uso del inmueble (ej. sólo vivienda habitual) o a favor de quien pueda disponer (ej. que cumpla los mismos requisitos que el disponente), que el propietario original sea la Administración Pública o ente encargado de llevar a cabo las políticas de vivienda, que los préstamos hipotecarios que financien la adquisición estén bonificados, etc. En cualquier caso, esta actuación pública se prevé sea menos onerosa para la Administración que la cultura de la subvención o de la promoción pública directa.

Con esta doble eficacia se pretende la entrada al mercado de los miles de viviendas vacías que, posiblemente por precaución y/o por la deficiente legislación de arrendamientos, no están en el mercado por decisión de sus propietarios. Cabe recordar que las viviendas vacías y no explotados suponen unas pérdidas de 5.300 millones de euros anuales en España⁴⁶.

Además de ello, entendemos que pueden resultar atractivas para reducir las provisiones obligatorias de las entidades de crédito exigidas por el Banco de España por los inmuebles que tienen, atendiendo a los criterios de la Circular del Banco de España 4/2004, de 22 de diciembre, de entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros⁴⁷, especialmente a su anejo IX. Según su norma 26^a, los activos materiales (como los inmuebles) “se darán de baja del balance cuando se disponga de ellos, incluso cuando se cedan en arrendamiento financiero, o cuando queden permanentemente retirados de uso y no se espere obtener beneficios económicos futuros por su enajenación, cesión o abandono”. En este sentido, la propiedad temporal cumple perfectamente en tanto que durante la vigencia del plazo el propietario original (ej. la entidad de crédito) deja de ser propietario a todos los efectos y solo cuando éste expire, le revertirá el inmueble sin coste alguno. En cuanto a la propiedad compartida, lo que señala dicha norma 26^a es cierto para el porcentaje que ya se haya enajenado al nuevo propietario, el cual puede considerarse, a todos los efectos, como vendido incondicionalmente⁴⁸.

3.3. La experiencia de la *shared ownership* inglesa

La propiedad compartida inglesa, la denominada *shared ownership*, está fundamentada en su *leasehold*, un *estate on land* que permite tener la propiedad temporal de un inmueble, que es hipotecable y que puede abrir folio en el Registro de la Propiedad. En este sentido, propiedad compartida y temporal en derecho inglés están combinadas. Tanto el *leasehold* como la *shared ownership* han sido revisadas ya por la doctrina⁴⁹

⁴⁶ VINUESA, Julio, *La vivienda vacía en España: un despilfarro social y territorial insostenible*, “Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales”, Vol. XII, núm. 270 (39), 1-8-2008, p. 13.

⁴⁷ BOE 30-12-2004, núm. 314, p. 42410).

⁴⁸ Cuando en el apartado 4 hacemos referencia a que el propietario original (entidad de crédito, en este caso) puede cobrar una renta, lo hace por el resto del inmueble que aún no ha sido adquirido por el nuevo propietario. Y en cuanto a los límites en el uso de la vivienda, en ningún caso son derechos de uso del propietario original ni le reportan beneficio alguno.

⁴⁹ Para el *leasehold*, ver NASARRE AZNAR, Sergio, *La garantía de los valores hipotecarios*, Madrid, 2003, Ed. Marcial Pons, pp. 694 a 696. Para la *shared ownership*, ver BALL, Jane, *Fragmentando la propiedad para la asequibilidad: la shared ownership o “nuevas” tenencias en Inglaterra y Francia*, en Sergio Nasarre (dir.), “El acceso a la vivienda en un

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

con cierta extensión, de manera que no nos detendremos para centrarnos en nuestra propuesta de adaptación a nuestro derecho y su fundamentación constitucional.

No obstante, sí que queremos hacer una referencia a dos cuestiones claves para comprender el papel de las tenencias intermedias en el Reino Unido.

La primera es la relacionada con las semejanzas y diferencias entre el mercado de la vivienda inglés y el español. El mercado de la vivienda inglés difiere, al menos aparentemente, del español actual en que en aquél existe una gran demanda y necesidad de vivienda, mientras que la oferta es escasa. En cambio, en España, el nuevo censo de viviendas de 2012 muy probablemente revelará que existen en España entre 4 y 5 millones de viviendas vacías, sin ocupar. No obstante, si sigue la sistemática del censo de 2001 (el último hasta el momento), no revelará de qué tipo de vivienda se trata (si primera residencia o no) o dónde está localizada (más allá de la provincia), es decir, si realmente las viviendas (en tanto que inmuebles) están situadas en lugares donde existe acreditada demanda⁵⁰. Además, tampoco puede revelar si las viviendas están “realmente vacías”, es decir, si su ocupación no está declarada públicamente, como sucede en numerosos alquileres o pseudo-alquileres no declarados⁵¹. Por lo tanto no sabemos si la vivienda construida está bien localizada o no o si puede o no servir de primera residencia. Otro análisis que debe hacerse es si la vivienda construida se adapta a nuevas realidades⁵² como el envejecimiento de la población (ej. viviendas de menores dimensiones, más asequibles, adaptadas) o las familias monoparentales o de un solo miembro (téngase en cuenta que España es el país de la UE donde más han crecido los divorcios en los últimos años⁵³).

Por lo tanto, es más que probable que siga existiendo demanda de vivienda en zonas clave o de una tipología en concreto para la que no haya oferta, a lo que seguro ha podido contribuir la actual situación de crisis. Las tenencias intermedias, dado que fraccionan el mercado, pueden contribuir a hacer más asequibles dichas viviendas.

La segunda cuestión la establecemos en relación a las *housing associations*. Un elemento central en el sistema de vivienda social inglés son las *housing associations*, las cuales tienen el compromiso de construir el 90% de las 170.000 nuevas viviendas sociales que ha comprometido el gobierno británico para 2015 y, de hecho, ya promovieron el 50% de las viviendas construidas en Inglaterra en 2011⁵⁴.

En este sentido, pues, estas entidades privadas sin ánimo de lucro⁵⁵ son las mayores impulsoras de la relativamente nueva figura de tenencia intermedia (desde los años 80), la *shared ownership* (además de la *shared equity*⁵⁶). Si bien en 2010/2011 se promovieron 21.460 viviendas en forma de propiedad compartida, ello representaba una disminución, por la escasez de recursos públicos⁵⁷, de un 13% respecto al ejercicio

contexto de crisis”, Madrid, 2011, Ed. Edisofer, pp. 173 a 225; y BRIGHT, Susan y HOPKINS, Nicholas, *Home, meaning and identity: learning from the English model of shared ownership*, “Housing theory and society”, Vol. 28, núm.4, pp. 377 y ss., los cuales destacan lo desdibujados que quedan los límites con la *shared ownership* tanto por lo que se refiere a la dicotomía vivienda privada-vivienda social como a lo relacionado a vivienda en propiedad-vivienda en alquiler.

⁵⁰ Sobre los estudios de acreditada demanda en Cataluña ver NASARRE AZNAR, *La insuficiencia de la normativa...*, pp. 150 a 155. El debate sobre si la vivienda debe hacerse allí donde la gente quiere vivir o debe hacerse allí donde más es necesario que la gente viva (ej. infrapoblación, superpoblación, ciudades sostenibles, etc.) está aún por resolver y es un tema que debe tratarse en sede de cohesión territorial, como la llevanza de fuentes de riqueza y nuevas industrias a territorios que tradicionalmente no se han desarrollado en este sentido.

⁵¹ Creemos que la transparencia en las relaciones arrendaticias, tan importantes tanto para garantizar los derechos del arrendatario como los deberes fiscales del arrendador, debe venir por la creación de un Registro administrativo. Esta cuestión se está desarrollando en la Mesa del Ministerio de Fomento para el fomento de la vivienda en alquiler a partir de marzo de 2012.

⁵² Estas sí las compartimos con el estudio en Inglaterra (NATIONAL HOUSING FEDERATION, *Funding future ...*, p. 2).

⁵³ Atendiendo a INSTITUTO DE POLÍTICA FAMILIAR, *Informe Evolución de la Familia en Europa 2009*, p. 37.

⁵⁴ NATIONAL HOUSING FEDERATION, *Funding future...*, p. 1.

⁵⁵ Algunas entidades similares pueden desarrollar este papel en España, como son Cáritas o Provivienda.

⁵⁶ No nos centraremos en esta segunda por cuestiones de espacio y de posibilidad de adaptación a nuestro sistema jurídico civil. La *shared equity* necesita un *equity loan* y supone la adquisición de entre un 70% y un 80% del *freehold* de la vivienda con hipoteca comercial, quedando subsidiado el resto (normalmente con una segunda hipoteca). Pueden verse más detalles en BRIGTH, Susan y HOPKINS, Nicholas, *Evaluating legal models of affordable home ownership in England*, en Terry Turnipseed (ed), “Community, Home and Identity”, 2012, Routledge Cavendish, en prensa.

⁵⁷ Lo que debe llevarles a replantear el modo de financiación, dirigiéndola a otras fuentes como aumentando las rentas, diversificando el tipo de tenencia construido (ej. hacer más vivienda en propiedad absoluta que financie al resto, o

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

2009/2010, aunque su número se había venido incrementando año tras año desde 2000/01⁵⁸. Un total de 170.000 familias han podido acceder a una vivienda en propiedad a través de la propiedad compartida⁵⁹, teniendo en cuenta que la mayoría de entidades de crédito que operan en Gran Bretaña tienen préstamos hipotecarios especializados para financiar *shared ownership*, con un rango de LTVs por cuota (parte proporcional adquirida cada vez) de entre el 60% (Abbey) al 95% (Leeds BS, Saffron)⁶⁰. No obstante, lo más destacado es la demanda de esta forma de tenencia intermedia. Las *housing associations* tienen, a través de su sistema centralizado, un total de 137.000 demandas sin atender para propiedad compartida y sólo en el bienio 2010/2011 recibieron 76.000 nuevas solicitudes⁶¹.

Este incremento de la demanda puede comprenderse por un fenómeno⁶² que también está ocurriendo en nuestro país y, dadas las especiales circunstancias negativas en las que se encuentra, es incluso de mayor escala que en Inglaterra⁶³: muchos trabajadores y jóvenes han quedado “en el medio” es decir, no consideran al alquiler como una opción pero tampoco pueden acceder a la propiedad absoluta dados sus ingresos y la reducción del crédito disponible por parte de las entidades de crédito. Debe tenerse en cuenta, además, que la elevada tasa de desempleo y la escasa tasa de vivienda social de alquiler a las cuales ya hemos hecho referencia están comprometiendo seriamente el acceso a la vivienda a las familias más desfavorecidas.

El hecho de que en España no tengamos, hoy por hoy, la posibilidad de optar por tenencias intermedias, impide, por un lado, que las familias con ingresos medios puedan optar por la vivienda en propiedad y, por otro, que los que se encuentran en vivienda social pero que podrían optar por una adquisición progresiva del dominio (propiedad compartida) sigan ocupando la vivienda social en alquiler e impidiendo que nuevos más necesitados puedan acceder a ella. No existe, en definitiva, ese *buffer* entre la propiedad absoluta y la vivienda social de alquiler.

4. La propiedad compartida

La propiedad compartida consiste en el acceso por parte de un nuevo propietario a una parte del inmueble que ya es propiedad de otro propietario original, coexistiendo ambos. Es decir:

a) El necesitado de vivienda es propietario desde el comienzo, lo que diferencia esta figura de otras posibilidades como el alquiler con opción de compra (sólo suele retrasar la adquisición unos 3 años y por la totalidad del precio de venta aunque imputen los pagos del alquiler-sobreendeudamiento retrasado) o el derecho de superficie (no es propietario sino superficiario). Dicha propiedad se concreta en la cuota que ha adquirido o consolidado hasta el momento (ej. el 40% del total de la vivienda). En cuanto al resto de la vivienda, tendrá la condición de arrendatario o similar, de manera que deberá satisfacer un renta al propietario original, que en vivienda social normalmente será subsidiada

b) Esto implica que tiene todas las facultades dominicales: las de uso y disfrute sobre la totalidad del inmueble y en exclusiva (no puede ser perturbado por el propietario original) y las de disposición (*inter vivos* y *mortis causa*) y gravamen sobre la cuota que tiene en propiedad. El dominio queda acreditado por el derecho que tiene el nuevo propietario a asistir con pleno derecho a las Juntas de Propietarios. No vemos inconveniente para que pueda participar de las convocatorias de ayudas a la rehabilitación de la vivienda, pues incluso se verá más incentivado que el propietario que tenía la vivienda vacía.

c) En cuanto al gravamen, éste puede consistir en la hipoteca, que sería la manera de financiar la progresiva adquisición del inmueble, sin que ello implique un sobreendeudamiento familiar. Así, por ejemplo, si pactase con el propietario original de una vivienda de 300.000 euros el adquirir en un inicio únicamente un 20%, implicaría que su hipoteca sería de 60.000 euros y sólo cuando la hubiese repagado, y según un plan de

incluso promoción de inmuebles comerciales) o accediendo al mercado de valores dada su alta reputación (NATIONAL HOUSING FEDERATION, *Facing the future. Evolution or revolution?*..., pp. 17 y 18; NATIONAL HOUSING FEDERATION, *Funding future*..., pp. 8 y 9).

⁵⁸ NATIONAL HOUSING FEDERATION, *Funding future*..., p. 5.

⁵⁹ NATIONAL HOUSING FEDERATION, *Facing the future. Evolution or revolution?*..., p. 22.

⁶⁰ Documento interno de financiación de *shared ownership* de la intermediaria de préstamo hipotecario SPF Sherwins. Documento *Affordable Housing Mortgage Rates*, de 16-3-2012.

⁶¹ NATIONAL HOUSING FEDERATION, *Funding future*..., p. 5.

⁶² NATIONAL HOUSING FEDERATION, *Facing the future. Evolution or revolution? Responding to the new operating environment for housing associations*, 2010, pp. 8 y 9.

⁶³ Según el estudio HOLMANS, A, MONK, S. y WHITEHEAD, C, *Research report: homes for the future*, Shelter, noviembre 2008, es necesario que anualmente se ofrezcan en Inglaterra 30.000 viviendas en propiedad compartida para satisfacer la creciente demanda de este sector intermedio.

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

financiación a su medida, podría optar a adquirir mayor cuota de propiedad. 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.

d) Naturalmente, al adaptarse esta figura para poderse utilizar como vivienda social, la disposición puede quedar limitada en favor de aquellas personas que cumplan los requisitos para optar a una vivienda de estas características (acreditar unos ingresos mínimos y máximos, por ejemplo). También se podrá limitar el uso (ej. sólo para vivienda habitual) y el disfrute (ej. no se podrá dar en alquiler o en usufructo).

e) También tiene el derecho y, en su caso si se ha pactado así, el deber de ir adquiriendo progresivamente más cuota de participación en el dominio de la vivienda. El incentivo para hacerlo –así lo es en el sistema inglés– es el ir reduciendo la renta que satisface para irla sustituyendo por amortización del préstamo hipotecario. En vivienda social, al esquema que ofrezca podrá también "escalar hacia abajo" (descender), es decir, podrá ir deshaciéndose de cuota sobre la vivienda según sus posibilidades y necesidades económicas.

Si bien, pues, la figura está concebida para otorgar al necesitado de vivienda todas las facultades dominicales necesarias para que se sienta y sea propietario del inmueble desde el comienzo, sí debe tener ciertos límites que protejan al propietario original (promotor público o privado) e, indirectamente, a la entidad financiadora, de sus posibles actuaciones negligentes que puedan provocar una disminución del valor del inmueble. Así, no podrá alterar la sustancia del inmueble y lo tendrá que utilizar con la finalidad pactada (ej. vivienda habitual en caso de vivienda social) y no podrá alterar los elementos estructurales del inmueble. Además de esto, la contrapartida al uso total del inmueble debería ser hacerse cargo de aquellos gastos y tributos relacionados con el uso de inmuebles (ej. gastos de luz, agua, gas, basura) y también de la parte proporcional (la que tenga en dominio) de los gastos y tributos relacionados con la propiedad del inmueble (ej. gastos de la comunidad de propietarios).

En relación al propietario original (promotor), también podrá disponer *inter vivos* y *mortis causa* de la parte del bien de la que aún sea propietario y tendrá diversas facultades para verificar que el inmueble no se deprecie por culpa del nuevo propietario. Tanto si enajena su parte el propietario original como si lo hace el nuevo, el otro tendrá derechos de tanteo y retracto legales.

Una utilidad de la propiedad compartida sería en casos de ejecución hipotecaria de propiedad absoluta de viviendas. Así, se podría establecer como posible negociación con la entidad de crédito que dicha propiedad se transformara en propiedad temporal o compartida atendiendo a la cantidad que ya había amortizado el deudor hipotecario. Es decir, si había amortizado un 20% del préstamo, podría quedarse en la vivienda consolidando ese 20% que ya había satisfecho con un esquema de ir escalando (adquisición progresiva del dominio) de manera ajustada a sus posibilidades reales.

5. La propiedad temporal

Se constituye una propiedad temporal cuando un nuevo propietario adquiere de un propietario original la titularidad de un inmueble por un tiempo cierto y determinado. Durante este tiempo él tiene todas las facultades dominicales sobre el inmueble (uso, disfrute, gravamen y disposición) que, naturalmente, pueden verse condicionadas si la institución se utiliza para potenciar la vivienda social. En contrapartida, naturalmente, el nuevo propietario debería hacerse cargo de todos los gastos generados por el inmueble.

Es decir, en lugar de que un inmueble se adquiriera "para siempre", sin limitación temporal, se trata de que este se pueda adquirir por un número determinado de años (los que necesite), lo que supone una importante estabilidad en su tenencia y aumenta considerablemente su asequibilidad. Transcurrido este número de años, la propiedad del inmueble revertirá al propietario original sin coste alguno, a no ser que se hayan pactado prórrogas. El propietario original deberá tener derecho a resarcirse de todas las depreciaciones de la finca que se hayan causado por una negligente actuación del nuevo propietario.

La propiedad temporal puede dar solución a una pluralidad de situaciones, dado que su duración puede ser de decenas o de cientos de años. Una situación tipo puede ser aquella en que un profesional (sea de la Administración pública, por cuenta propia o ajena) de unos 35 años consiga trabajo estable en una ciudad donde el coste de la vivienda en propiedad es elevado en relación a sus ingresos (ej. la hipoteca representa más del 33% de estos); podría comprar temporalmente una vivienda para su vida laboral (32 años), lo que implicaría un precio mucho más asequible y una estabilidad en su tenencia de manera que no sería necesario que se preocupara de posibles elevaciones de renta o de las necesidades del propietario original, lo que le

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

posibilitaría disponer de más renta libre para su familia y necesidades. La persona que le podría vender esto podría bien ser una pareja joven que, por ejemplo, debido a una herencia, tiene un piso libre pero está pagando la hipoteca de lo que viven; dado que consiguen mucha cantidad de dinero de una sola vez con esta venta, pueden terminar de pagar su vivienda actual y al cabo de 32 años recuperarán ese piso donde podrá vivir, por ejemplo, el hijo que quieren tener.

Además, se podría encontrar una fórmula para transformar los alquileres de larga duración en propiedades temporales.

Por último, debe señalarse que propiedad temporal y propiedad compartida deberían poderse combinar, dando con ello una forma de tenencia muy asequible tanto por la duración de la tenencia como por su progresiva adquisición⁶⁴.

6. La propiedad fraccionada en nuestro sistema constitucional del dominio

6.1. La propiedad en Europa y el contenido fundamental constitucional

Analizaremos en primer lugar la regulación de la propiedad en Europa y su regulación en la CE, para luego estudiar la función social de la propiedad y poder llegar a una conclusión, en base a lo anterior, en relación a la viabilidad de fragmentar la propiedad en nuestro ordenamiento jurídico. Así, tenemos:

a) En primer lugar, y en cuanto a la regulación de la propiedad en los Estados Miembros de la UE, la relación de la persona con la cosa tiene lugar de forma distinta en los sistemas de Derecho civil y en el Derecho angloamericano. Efectivamente, respecto a los primeros hay que reseñar que la Revolución Francesa de 1789 influyó decisivamente en la noción de propiedad⁶⁵, puesto que del sistema feudal anterior se pasó a un sistema liberal que tuvo su reflejo en el Código Civil de Napoleón de 1804. Así, la propiedad pasó a ser absoluta, perpetua y unitaria⁶⁶. Por su parte, el Derecho alemán, bajo la influencia de la Escuela Histórica del Derecho (que reformuló el Derecho romano en busca de conceptos abstractos), también adoptó una noción absoluta de la propiedad (§ 903 *Bürgerliches Gesetzbuch* –Código Civil alemán- de 1899)⁶⁷. Este carácter de absoluto y unitario también se puede predicar de los Derechos italiano (art. 832 *Codi Civile* de 1942)⁶⁸ y holandés (art. 1 Libro 5 *Burgerlijk Wetboek* -Código Civil holandés- de 1992)⁶⁹. Además, en todos ellos las facultades de uso, disfrute y disposición aparecen como integrantes del derecho de propiedad. Esta concepción del derecho de propiedad impediría, en principio, su fragmentación. Dicho fraccionamiento sí es posible en el Derecho inglés (por ejemplo, a través de la ya comentada *shared ownership*)⁷⁰. En efecto, este ordenamiento jurídico no regula la propiedad como un derecho absoluto, pues todavía existen reminiscencias feudales que conllevan que la Corona siga conservando su condición de propietaria de toda la tierra de Inglaterra. El origen de esta situación se remonta a la invasión normanda en el año 1066. De esta manera, no se puede tener en el Derecho inglés la condición de propietario de la tierra, sino la de titular de una porción de tiempo (*slice of time*)⁷¹, principalmente el *leasehold* (que desde la perspectiva de los sistemas de derecho civil es un dominio por tiempo limitado) y el *freehold* (el dominio por tiempo ilimitado), que constituyen los dos principales *estates* o formas de tenencia inmobiliaria recogidos por la *Law of Property Act* de 1925.

b) En segundo lugar, el derecho de propiedad no se recogió en el Convenio Europeo para la

⁶⁴ De hecho, tal y como hemos comentado *supra*, es así como se utilizan en derecho inglés, ya que la *shared ownership* se fundamenta en un *leasehold*.

⁶⁵ Así, la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789 la definió como aquel “*droit inviolable et sacré*” (art. 17).

⁶⁶ Ver DADOMO, Christian y FARRAN, Susan, *French substantive law. Key elements*, Sweet & Maxwell, Londres, 1997, p. 64.

⁶⁷ FISHER, Howard D., *The German Legal System and Legal Language*, Fourth Edition, Routledge-Cavendish, London, 2009.

⁶⁸ Ver GAMBARO, A., “Property Law”, en LENA, Jeffrey S. y MATTEI, Ugo, *Introduction to Italian Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, p. 284.

⁶⁹ De acuerdo con VAN ERP, Sjeff, “Globalisation or isolation in new Dutch property law? The New Civil Code of the Netherlands and the New Civil Codes of the Netherlands Antilles and Aruba Compared”, *European Journal of Comparative law*, Vol. 7.5, Diciembre 2003, pp. 2 y ss. Disponible en <http://www.ejcl.org/>.

⁷⁰ Vid. *supra*.

⁷¹ NASARRE AZNAR, *La garantía ...*, p. 695.

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950⁷², sino que ello tuvo lugar en un protocolo posterior⁷³. En 1999 se refundieron ambos textos en el Convenio de Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales⁷⁴. Este texto no define qué podemos entender por propiedad. Por este motivo, ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) el que ha ido perfilando su contenido. Así, de su jurisprudencia podemos destacar la afirmación que la primera parte del art. 1 recoge como principio general el respeto a la propiedad (STEDH de 30 de agosto de 2007⁷⁵). Si bien el TEDH no ha acabado de perfilar específicamente qué se tiene que respetar, sí que afirmó en Sentencia de 13 de junio de 1979⁷⁶ que el derecho a disponer de la cosa constituye un aspecto fundamental del derecho de propiedad, y asimismo que el art. 1 del Protocolo protege, además, las facultades de uso y disfrute sobre la cosa⁷⁷. De esta manera, podemos concluir que el contenido del derecho de propiedad protegido por esta norma podría estar formado por las facultades de uso, disfrute y disposición⁷⁸, las cuales se pueden limitar de acuerdo con el interés general.

c) En tercer lugar, la propiedad se regula en el art. 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, la Carta): “toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos”. Su uso se podrá regular por la ley en la medida necesaria para satisfacer el interés general siempre y cuando el legislador respete el contenido esencial del derecho (art. 52.1). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) no ha desarrollado una dogmática sobre el derecho de propiedad, aunque podemos afirmar del art. 17 de la Carta⁷⁹ que el derecho de propiedad es un principio general del Derecho comunitario que hay que poner no obstante en relación con su función social (STJCE de 29 de enero de 2008⁸⁰), y que la propiedad atribuye a su titular las facultades de uso, disfrute y disposición.

Una cuestión relevante que no esclarece la Carta es qué teoría adopta respecto al contenido esencial, concepto que tiene su origen en la Ley Fundamental de la República Federal Alemania de 1949⁸¹ (art. 19.(2)). En la doctrina alemana se han formulado varias teorías en torno al rol que ejerce el contenido esencial del derecho en la limitación de los derechos fundamentales por parte del legislador, principalmente la absoluta y la relativa⁸². La primera defiende que todo derecho fundamental tiene un núcleo esencial material, inmutable e indisponible que no puede ser restringido por el legislador, es decir, éste sólo puede limitar la parte que se consideraría no esencial o la periferia del derecho; y la segunda defiende que sí que se podría limitar de forma justificada un derecho fundamental mediante el principio de proporcionalidad, es decir, a través de una ponderación entre el sacrificio que se lleva a cabo sobre un derecho y el beneficio que se extrae de éste. En este sentido, es difícil de discernir qué teoría adopta la Carta, aunque nos inclinamos por adoptar la teoría

⁷² BOE 10 octubre 1979, núm. 243, p. 23564.

⁷³ Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. París, 20 de marzo de 1952. BOE núm. 11, 12 de enero de 1991.

⁷⁴ BOE 6 mayo 1999, núm. 108, p. 16808. El art. 1 proclama que “toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”.

⁷⁵ JUR 2007\252568. Cas J.A. Pye (Oxford) Ltd i J.A. Pye (Oxford) Land Ltd contra Reino Unido.

⁷⁶ Caso Marckx contra Bélgica. TEDH 1979\2.

⁷⁷ Ver el Fundamento 63.

⁷⁸ En el mismo sentido, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva M^a y TOLIVAR ALAS, Leopoldo, “El derecho de propiedad desde la perspectiva del TEDH”, en AAVV, *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, Vol. II, Gobierno de Aragón, Zaragoza, pp. 1806 y 1807.

⁷⁹ De acuerdo con PÉREZ DE NANCLARES, José Martín, “Art. 17. Comentario”, en MANGAS MARTÍN, Araceli, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 342 y 346.

⁸⁰ TJCE 2008\11. En el mismo sentido, ver Sentencias de 12 de julio de 2005 [TJCE 2005\219], apartado 126, y de 13 de marzo de 2007 [TJCE 2007\58], apartado 37.

⁸¹ Disponible en castellano en <https://www.btg-bestellservice.de/>.

⁸² MICHAEL, Lothar, “¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?”, Traducido del alemán por Cristina Elías Méndez, en *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, Año 6. Núm. 11, Enero-junio 2009, pp. 177 y ss.

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

híbrida⁸³. De esta manera, los derechos fundamentales tendrían un contenido esencial pero no sería indisponible e inmutable, sino que sería un criterio interpretativo para valorar la proporcionalidad de la limitación del derecho. Esto supone en la práctica que habría que determinar *ex ante* (antes de la ponderación) en qué consiste este contenido esencial del derecho de propiedad, que en nuestra opinión se podría extraer de la propia redacción del art. 17 de la Carta, es decir, estaría formado por las facultades de uso, disfrute y disposición⁸⁴.

d) Y, finalmente, por lo que respecta a su regulación en la CE, la propiedad está prevista en su art. 33 CE⁸⁵. De acuerdo con la STC 111/1983, de 2 de diciembre⁸⁶ y la STS de 3 de julio de 1998⁸⁷, el art. 33 CE (sin especificar ningún apartado en concreto) contiene una doble garantía del derecho de propiedad: una vertiente institucional y otra vertiente individual (como derecho subjetivo). En cualquier caso, al art. 33 CE hay que ponerlo en relación con el art. 53.1 CE, que prevé en un sentido similar al art. 52.1 de la Carta el respeto al contenido esencial del derecho como una garantía de las libertades y derechos fundamentales.

En cuanto a la vertiente institucional, la doctrina⁸⁸ argumenta que la propiedad es un elemento más del modelo económico-social que prevé la CE, y que se encuentra vinculada de esta manera a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). La propiedad constituye entonces un presupuesto patrimonial indispensable para configurar la vida personal libremente y desplegar la libertad en los ámbitos de la actividad económica, como el trabajo y la libertad de empresa (art. 38 CE). En cuanto a la vertiente individual, el análisis de su contenido esencial juega un papel relevante. El TC ha adoptado tanto la teoría absoluta (SSTC 112/2006⁸⁹, de 5 de abril, 37/1987⁹⁰, de 26 de marzo, 37/1981⁹¹, de 16 de noviembre, y 11/1981⁹², de 8 de abril), afirmando que “*la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas*”; como la relativa,

⁸³ MICHAEL, L., ob. cit., cita autores a favor y en contra en la p. 181. En efecto, el TJCE se ha referido tanto a la “propia esencia” o “sustancia” del derecho (SSTJCE de 11 de julio de 1989 [TJCE 1990\16], 13 de noviembre de 1990 [TJCE 1991\80] y 13 de diciembre de 1994 [TJCE 1994\200]), como al principio de proporcionalidad (STJCE de 13 de abril de 2000 [TJCE 2000\80]). Esta dualidad en la jurisprudencia del TJCE también la encontramos en el art. 52.1 de la Carta. ROLLA, cuya opinión compartimos, argumenta que la inclusión de los dos elementos en el mismo precepto induce a pensar que el contenido esencial del derecho es un criterio que ayuda a evaluar la aplicación del principio de proporcionalidad, ver ROLLA, Giancarlo, “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en una perspectiva comparada. Técnicas de codificación y cláusulas de interpretación”, en *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, Año 6. Núm. 11, Enero-junio 2009, pp. 162 y 163.

⁸⁴ En el mismo sentido, PÉREZ DE NANCLARES, J. M., ob. cit., p. 351.

⁸⁵ “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes”.

⁸⁶ RTC 1983\111.

⁸⁷ RJ 1998\5123.

⁸⁸ PAREJO ALFONSO, Luciano José, “Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad a la luz de la jurisprudencia”, en LÓPEZ GUERRA, Luis María (Coord.), *Estudios de Derecho Constitucional: homenaje al profesor D. Joaquín García Morillo*, 2001, pp. 109 y ss.; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Artículo 33”, en CASAS BAAMONDE, María Emilia, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, *Comentarios a la Constitución Española: XXX aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2008, p. 903.

⁸⁹ RTC 2006\112.

⁹⁰ RTC 1987\37. Se argumenta que para determinar el contenido esencial de cualquier derecho subjetivo se pueden hacer servir dos vías complementarias: 1) en primer lugar, a través de su configuración dogmática, con lo que vendría determinado por las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea “*recognoscible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales*”; y 2) en segundo lugar, a través de la jurisprudencia de intereses que sería “*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*”.

⁹¹ RTC 1981\37.

⁹² RTC 1981\11.

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

por ejemplo en las SSTC 120/1990⁹³, de 27 de junio, 50/1995⁹⁴, de 23 de febrero y 215/1994⁹⁵, de 14 de julio. A nivel doctrinal también encontramos posturas a favor de ambas teorías⁹⁶.

Así las cosas, en nuestra opinión una teoría híbrida entre la teoría absoluta y la relativa (en la línea de la Carta) es la que mejor permitiría explicar el contenido esencial, puesto que la teoría absoluta podría llevar a que en una situación de colisión entre los intereses protegidos de dos derechos fundamentales no se pudiera llevar a cabo ningún tipo de ponderación, lo que provocaría un conflicto irresoluble⁹⁷. Además, el hecho de dividir el derecho fundamental en dos partes (un núcleo indisponible del derecho -contenido esencial-, y una parte disponible por el legislador -periferia del derecho-), facultaría al legislador a actuar sobre la periferia del derecho libremente sin estar sujeto a control constitucional (pues sólo lo estaría el núcleo central del derecho -el contenido esencial-). Por su parte, la teoría relativa facultaría al legislador a limitar el derecho de propiedad en base al principio de proporcionalidad hasta llegar a una situación de no reconocibilidad del derecho.

La adopción de esta teoría híbrida⁹⁸ 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. Efectivamente, PAREJO ALFONSO⁹⁹ entiende que la referencia de las dos vías mencionadas por el TC (configuración dogmática y jurisprudencia de intereses)¹⁰⁰ es siempre abstracta, es decir, hay que tomar como punto de partida las convicciones generalmente admitidas sobre lo que se tiene que entender que es el derecho en cuestión, atendiendo en última instancia al mundo del Derecho y a las convicciones admitidas por la doctrina científica y legal (en un sentido similar, STC 11/1981). De esta manera, para poder analizar el conjunto de facultades que se incluyen en el art. 33.1 CE se tienen que tomar en consideración las normas extra-constitucionales como criterio de interpretación aplicando el art. 3.1 CC. En este sentido, el art. 348 CC¹⁰¹ es relevante dado que su contenido es el que usualmente se adjudica a la propiedad privada¹⁰². Además, si observamos las normas supranacionales podemos constatar que el derecho de propiedad está reconocido actualmente en el art. 17 de la Carta, en el art. 1 del Protocolo del CEDH y en los sistemas de Derecho civil. En todas estas normas el contenido esencial del derecho de propiedad está constituido precisamente por las facultades de uso disfrute y disposición.

b) En segundo lugar, esto sería consecuente con el contexto socio-económico que prevé la CE. Efectivamente, si entendemos que la libertad de empresa incluye, entre otros elementos, la libertad para actuar en el mercado mediante la creación de empresas, el derecho de propiedad sobre los medios de producción y la libertad para la adquisición de bienes y servicios¹⁰³, sería congruente concluir que si un derecho de propiedad

⁹³ RTC 1990\120.

⁹⁴ RTC 1995\50.

⁹⁵ RTC 1994\215.

⁹⁶ De la teoría absoluta es partidario DÍEZ PICAZO (DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. III. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*, 5ª Edición, Civitas, Navarra, 2008, p. 62), para quien el contenido esencial lo conforma el *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius disponendi* (uso, disfrute y disposición); y LACRUZ BERDEJO (LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derechos reales*, vol. III, Dykinson, Madrid, 2008, p. 256). En cuanto a la teoría relativa, ver MARTÍNEZ ALARCÓN, Mª Luz, “La aplicación judicial del Derecho Constitucional”, *Teoría y realidad constitucional*, N° 21, 2008, pp. 369 y ss.

⁹⁷ Ver en un sentido similar BERNAL PULIDO, Carlos, *El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 406, 413 y 414.

⁹⁸ Apoya una teoría similar MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, “Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad”, *Persona y Derecho*, 54, 2006, p. 89.

⁹⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano José, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 1, N° 3, 1981, p. 188.

¹⁰⁰ Vid. *supra*.

¹⁰¹ “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”.

¹⁰² Ver PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique y RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, Alfonso, “Artículo 33. Propiedad privada y herencia”, en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III, Editoriales de derecho reunidas, Edersa, 1996, p. 520.

¹⁰³ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, “Artículo 38. La libertad de empresa”, en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III, Editoriales de derecho reunidas, Edersa, 1996, p. 739.

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

no reconociera dichas facultades ello implicaría no solamente que un bien con una menor productividad no podría llegar a tener una mayor productividad, obstaculizando en consecuencia la libertad de empresa (art. 38 CE), sino también la imposibilidad del propietario de obtener un rendimiento¹⁰⁴. Estas facultades tienen como presupuesto indispensable la exclusividad en el ejercicio del derecho, que permitirá al propietario impedir la intromisión de terceros y recuperar la cosa sustraída indebidamente.

6.2. La función social de la propiedad. La doctrina constitucional

Una vez hemos analizado la regulación de la propiedad en Europa y las vertientes institucional y privada de la propiedad en la CE, faltaría por ver el papel que juega la función social de la propiedad.

Desde un punto de vista histórico, la propiedad se había regulado en diferentes constituciones antes de la promulgación del CC105. No obstante, no encontramos regulada la función social de la propiedad tal y como la entendemos hoy en día, si bien teníamos algunas manifestaciones en el CC (por ejemplo, la función de protección social de la familia que cumple la legítima)¹⁰⁶. DUGUIT es considerado por la generalidad de la doctrina como uno de los impulsores de esta función¹⁰⁷, lo que implicó la evolución de la “titularidad” del derecho de propiedad (que implicaba una actuación libre por parte de su titular) al control de su ejercicio¹⁰⁸. La función social se recogió por primera vez en la Constitución de Weimar de 1919, de carácter marcadamente económico¹⁰⁹. La función social se incorporó posteriormente en el art. 33.2 CE y en el art. 52.1 de la Carta. De acuerdo con la STC 37/1987, la función social tiene un impacto directo sobre el contenido esencial de la propiedad¹¹⁰. En nuestra opinión, el razonamiento de la STC 37/1987 no es adecuado. Efectivamente, si por una parte corresponde al legislador ex art. 33.2 CE la delimitación de la función social de la propiedad, que de acuerdo con el TC ayuda a delimitar su contenido esencial, y, de otra, el art. 53.1 CE obliga al legislador a respetar precisamente este contenido, no es coherente que el legislador pueda fijar el contenido esencial del derecho de propiedad que después él mismo tendrá que respetar. Esto supondría que el legislador podría delimitar a su arbitrio este contenido¹¹¹. Por lo tanto, la función social forma parte intrínseca del derecho de propiedad (no de su contenido esencial), la naturaleza del cual se ve afectada por la incorporación de este elemento funcional (STC 89/1994¹¹², de 17 de marzo).

En consecuencia, la función social se integraría con el derecho de propiedad permitiendo al legislador delimitar su contenido, siempre y cuando se respete su contenido esencial previamente delimitado. Ello quiere decir que el legislador podría fragmentar el dominio (implementado de esta manera la propiedad temporal y la propiedad compartida) sobre la base de su función social. En este sentido, la delimitación del derecho

¹⁰⁴ Sobre la base de las consideraciones de POSNER, Richard, “Economic analysis of Law”, en ACKERMAN, Bruce A., *Economic foundations of property law*, Little, Brown and Company, Boston, 1975, pp. 12 a 14.

¹⁰⁵ Así, por ejemplo, la Constitución de Cádiz de 1812 preveía que la “*La Nación está obligada a conservar y proteger las leyes sabias y justas, la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen*”. Las constituciones posteriores de 1845, 1856, 1869, 1876 y 1931 también preveían la protección de la propiedad, prohibiendo por ejemplo la confiscación de bienes o la privación de la propiedad sin una compensación justa.

¹⁰⁶ PEREÑA PINEDO, Ignacio, “La función social del derecho de propiedad”, en BASTIDA, Francisco J. (Coord.), *Propiedad y Derecho constitucional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, p. 175.

¹⁰⁷ Ver DIGUIT, León, *Manual de derecho constitucional: teoría general del Estado, el derecho y el Estado, las libertades públicas*, Comares, Granada, 2005, pp. 258 y 259.

¹⁰⁸ MONTÉS, Vicente L., *La propiedad privada en el sistema de derecho civil contemporáneo*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1980, pp. 82 y 83.

¹⁰⁹ Esto se puede extraer de una lectura conjunta de los artículos 151, 152 y 153, que recogen la libertad en la vida económica, la libertad de contratación y la propiedad. Ver en este sentido *La Constitución de Weimar: la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 312 y ss.

¹¹⁰ Así, la STC 37/1987 afirmaba que el 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*”.

¹¹¹ Por lo tanto, hemos de entender que “*la función social delimita el contenido de la propiedad, pero no precisamente su contenido esencial*”, Ver RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M^a, ob. cit., p. 910.

¹¹² RTC 1994\89.

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

propiedad por parte del legislador puede tener lugar por tres vías distintas¹¹³: a) Falta de atribución de determinadas facultades; b) condicionamientos al ejercicio de las facultades atribuidas; y c) obligación -o deber- de ejercer determinadas facultades.

La delimitación del dominio necesaria para incorporar la propiedad temporal y la propiedad compartida en nuestro ordenamiento jurídico no sería un hecho aislado, dado que dicha delimitación se ha llevado a cabo con anterioridad tanto por el legislador como por el TC con base en algunas de las vías descritas:

a) Por un lado, a nivel estatal el art. 36.1 del RD Legislativo 2/2008 establece que “*el incumplimiento de los deberes de edificación o rehabilitación previstos en esta Ley habilitará para la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad*”. Y a nivel autonómico, el legislador catalán ha querido dar un contenido a esta función social tal y como se desprende del art. 2.i) Ley 18/2007, que enumera entre sus objetivos “*delimitar el contenido de la función social de la propiedad de las viviendas e identificar y corregir las situaciones de incumplimiento de dicha función social*”. Así, los propietarios incumplen con esta función social si no conservan y rehabilitan la vivienda adecuadamente, si mantienen la vivienda o el edificio desocupado de forma permanente e injustificada, si está sobreocupada o bien si no se destina a la residencia habitual y permanente de sus propietarios si es de protección oficial (art. 5.2).

b) Por otro, el TC¹¹⁴ ha aceptado limitaciones al derecho de propiedad. Describamos, a continuación, algunos ejemplos. En primer lugar tenemos la STC 89/1994, en la que se trató una cuestión de inconstitucionalidad sobre la LAU de 1964¹¹⁵, principalmente por dos motivos: 1) la facultad del arrendatario de prorrogar forzosamente el arrendamiento; y 2) la imposibilidad por parte del arrendador de exigir una renta conforme a las condiciones del mercado (dado que las rentas estaban congeladas). El TC defendió que estas limitaciones no convertían en inexistente o puramente nominal el derecho de propiedad del arrendador y, por lo tanto, que se encontraban justificadas atendiendo a la función social de la propiedad recogida en el art. 33.2 CE. No obstante, un voto particular se posicionaba a favor de la inconstitucionalidad de las normas objeto de controversia¹¹⁶. Otro suceso lo representa la STC de 29 de noviembre de 1988¹¹⁷, que trató la problemática de la derogada Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas¹¹⁸. El art. 1.2 de esta Ley preveía que las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, constituían un recurso unitario subordinado al interés general y, por este motivo, era necesario que pasaran a formar parte del dominio público estatal. La problemática surgió respecto a aquellos derechos sobre las aguas anteriores a la entrada en vigor de la Ley. Por un lado, la Disposición Transitoria 1ª permitía a los titulares de concesiones administrativas públicas anteriores a la entrada en vigor de la Ley mantener sus derechos durante un plazo máximo de setenta y cinco años. El TC entiende que la Ley establece una nueva regulación de estos derechos ya que limita su existencia en el tiempo, y argumenta que la perpetuidad no se puede predicar de los derechos sobre bienes de dominio público (sí respecto a los bienes privados) dado que ello iría en contra de los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad de esta clase de bienes (art. 132.1 CE). Por otro, las Disposiciones Transitorias 2ª y 3ª se refieren a los titulares de aguas privadas procedentes de manantiales o de pozos o galerías en explotación, los cuales tenían dos opciones: 1) inscribir su derecho en el Registro de Aguas como un aprovechamiento temporal de aguas privadas durante un periodo de 50 años. La doctrina no considera este derecho como un derecho de propiedad puesto que la distinción entre el dominio y el derecho de aprovechamiento radicaría en la perpetuidad de las facultades del propietario, estas son, el uso y los poderes de disposición y reivindicación¹¹⁹; y 2) mantener su titularidad de la misma forma, aunque sin la protección del Registro¹²⁰.

¹¹³ MONTES PENADES, V. L., ob. cit., pp. 184 y 185.

¹¹⁴ Sobre la base de GUTIÉRREZ-BARQUÍN, Pedro González, *El derecho de la propiedad privada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en BASTIDA, Francisco J. (Coord.), *Propiedad y Derecho constitucional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, pp. 142 y ss.

¹¹⁵ BOE 29 diciembre 1964, núm. 312, p. 17387.

¹¹⁶ A cargo de don Alvaro Rodríguez Bereijo, al que se adhieren el Magistrado don Pedro Cruz Villalón i el Magistrado don José Gabaldón López, que defendía que la prórroga forzosa, junto con la congelación de las rentas, provocaba “*el vaciamiento total del derecho de propiedad, incluso de ese núcleo mínimo que se su utilidad económica individual*”.

¹¹⁷ RTC 1988\227.

¹¹⁸ BOE 8 agosto 1985, núm. 189, p. 25123.

¹¹⁹ Ésta sería la principal diferencia pues los titulares de un derecho de aprovechamiento también tienen atribuidas estas facultades, ver PÉREZ PÉREZ, Emilio, *Régimen jurídico estatal y autonómico de la propiedad inmobiliaria*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2009, p. 56.

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

También tenemos la STC 149/1991, que resolvió varios recursos de inconstitucionalidad respecto a la Ley 22/1988, de 28 de julio de costas¹²¹, que delimitó el dominio público marítimo-terrestre estatal (art. 3). Los perjudicados por esta Ley (los propietarios de una superficie de terreno que pasaba a ser de dominio público) tenían que pedir a la Administración el otorgamiento de una concesión por treinta años (prorrogable). Por lo tanto, éste sería un ejemplo de conversión del derecho de propiedad en un derecho de aprovechamiento¹²². A éstas hay que añadir la STC 66/1991, en la que se discutió la medida prevista en la art. 2 de la Orden de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Montes de la Junta de Castilla y León de 7 de enero de 1988¹²³, en virtud de la cual se prohibía en el ámbito territorial de esta CCAA el comercio con cangrejos vivos del río de cualquier especie. El Gobierno alegó su inconstitucionalidad al entender que era desproporcionada atendiendo al art. 33.1 CE y a la libertad de empresa (art. 38.1 CE). El TC desestimó el recurso¹²⁴. Por su parte, la STC 37/1987, que declaró constitucional los arts. 3, 15, 20 y 28 de la Ley 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria de Andalucía¹²⁵, que autoriza la expropiación del dominio o del uso de una finca (en este último caso, a través de un arrendamiento forzoso) si sus propietarios incumplen con la función social de la propiedad (art. 20). El TC declaró la constitucionalidad de estos preceptos ya que respeta el contenido esencial de la propiedad al no despojar al propietario de toda utilidad económica sobre el bien. También mencionamos el ATC 134/1995¹²⁶, de 9 de mayo, que resolvió un conflicto en torno a la Ley 22/1987, de Propiedad Intelectual¹²⁷. La duda que se planteaba era si se ve afectado el contenido esencial del derecho de propiedad si el adquirente de un soporte material no puede difundir públicamente esta obra sin el consentimiento de su autor. El TC utiliza el primer criterio que prevé la STC 11/1981 (configuración dogmática del derecho subjetivo) para determinar el contenido esencial del derecho, concluyendo que dicho contenido no se ve afectado¹²⁸. Y por último, la STC 301/1993 resolvió una cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto al art. 19 LPH, en la medida en que la prohibición impuesta a un copropietario del uso de su local por un plazo de hasta dos años, por infracción de ciertas normas de la comunidad de propietarios y sin ningún tipo de indemnización, podría ir en contra de lo que dispone el art. 33 CE. El TC afirmó que el art. 19.1 se refiere a un tipo de propiedad (la propiedad horizontal) en la que existe la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, situación que justifica, sin duda, la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a las facultades de uso y goce de los inmuebles.

Finalmente, hemos de apuntar que la función social está relacionada con el art. 33.3 CE, que prevé la expropiación por causas de interés social o utilidad pública. En atención a esto, parece que la función social puede llegar a limitar de una manera acusada el derecho de propiedad, es decir, puede limitar las facultades de uso, disfrute y disposición, pero sin vaciar el derecho de todo contenido evaluable económicamente, lo que comportaría afectar a su contenido esencial. ¿Qué sucedería en este caso? La STC de 29 de noviembre de 1988 argumenta que para que los particulares tengan derecho a una indemnización por expropiación sobre la base del art. 33.3 CE es necesaria “la sustracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno

¹²⁰ Puesto que ambas Disposiciones se refieren expresamente a “los titulares de algún derecho conforme a la legislación que se deroga”, no distingue por lo tanto la ley entre aprovechamiento o titularidad dominical (SAP de las Islas Baleares de 23 de junio de 2004 [JUR 2004\187687]).

¹²¹ BOE 29 julio 1988, núm. 181, p. 23386.

¹²² PÉREZ PÉREZ, E., ob. cit., pp. 45 y ss.

¹²³ LCyL 1988\11.

¹²⁴ El TC afirmó que “afirmó que “no toda medida que incida en la libre circulación de bienes -y personas- miedo el territorio nacional se necesariamente contraria al art. 139.2 de la Constitución sino que únicamente lo será cuando persiga de forma intencionada la finalidad de obstaculizar la libre circulación o genere consecuencias objetivas que implican el surgimiento de obstáculos que no guardan relación y sean desproporcionados respecto del fin constitucionalmente lícito que pretenda la medida adoptada”.

¹²⁵ BOE 13 agosto 1984, núm. 193, p. 23562.

¹²⁶ RTC 1995\134.

¹²⁷ BOE 17 noviembre 1987, núm. 275, p. 34163.

¹²⁸ “La atribución al autor del ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra han venido formando parte en nuestra legislación precedente del conjunto de derechos o facultades que conformaban el contenido de la propiedad intelectual del autor -arts. 7 y 19 de la Ley de la Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879 (NDL 25059)-, sino también, más concretamente, que la comunicación pública de la obra, en cuanto forma especial de explotación, y la consiguiente prohibición de que aquélla pueda realizarse sin la preceptiva autorización, forma parte hoy del contenido de la propiedad intelectual del autor sobre su obra”.

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

o varios sujetos”. Esto quiere decir: a) que si el legislador limita todas estas facultades sin que haya una causa amparada en la CE hasta llegar a una situación en la que no se puede reconocer el derecho, la medida sería entonces inconstitucional, a no ser que se lleve a cabo una expropiación; y b) que aquellas medidas que limitan el contenido del derecho y que están amparadas legalmente (por ejemplo, en la función social) son constitucionales y no darían lugar, por sí solas, a una indemnización.

6.3. La imbricación de la propiedad compartida y de la propiedad temporal en nuestro sistema dominical

No existe, hoy por hoy, en nuestro sistema civil un marco legal suficiente para posibilitar el desarrollo de las tenencias intermedias (propiedad compartida y propiedad temporal) que aquí hemos propuesto.

No obstante, sí que existen ya anclajes legales concretos en algunos preceptos legales autonómicos sobre vivienda, de manera que las diversas formas de tenencia intermedia se van vinculando a vivienda social, lo que, como hemos dicho *supra* no necesariamente debería ser sólo así, sino que con una regulación civil se abriría el campo a un desarrollo del mercado de vivienda libre de tenencias intermedias, al tiempo que se crearía un *corpus* de normativa básica que diera certeza jurídica a los intervinientes en la promoción y financiación de estas viviendas. Así, en Cataluña, el art. 71 Ley 18/2007 se ha modificado recientemente¹²⁹, acuñándose por primera vez el término de “propiedad compartida” y posibilitando el desarrollo de vivienda social en régimen de propiedad compartida dado que queda claro que se trata de la transmisión del dominio de una parte de la vivienda y la retención del resto por parte de un tercero (promotor, financiadora) y da la posibilidad de ir escalando en el dominio. Además, el vigente Pacto Nacional de la Vivienda catalán 2007-2016 prevé en sus medidas 3 y 4, que forman parte del objetivo 1.1.2 del Pacto, la promoción de nuevas figuras de acceso a la vivienda protegida, que sean intermedias entre el alquiler y la plena propiedad. Un protosistema de propiedad compartida –parecido al que existía en Cataluña en la versión anterior al art. 71 Ley 18/2007- es el que se prevé introducir en la Ley de vivienda de Galicia¹³⁰: un sistema de copropiedad con la Xunta que obliga al necesitado de vivienda a adquirir el 60% del inmueble, lo que consideramos, por diversos motivos¹³¹, poco flexible. Ello contrasta con que a nivel estatal, el Plan estatal 2009-2012 (Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre¹³²) busca aún promover la absorción de la vivienda construida sin prever las tenencias intermedias, lo que no puede considerarse un acierto.

En principio, la propiedad compartida y la propiedad temporal, tal y como las venimos conceptuando, se podría entender que se apartarían de la configuración tradicional del derecho de propiedad en el CC, sobretudo en sus características de unidad, absolutismo y perpetuidad, lo que no necesariamente debe ser así. Así, las notas características del derecho de propiedad en el CC son las siguientes (cfr. SSTs de 27 de junio de 1991 y 24 de octubre de 2005¹³³): unidad, perpetuidad (el derecho dura mientras exista el objeto), exclusividad (el propietario está facultado para impedir que un tercero utilice el bien, y en caso de intromisión ilegítima tiene la posibilidad de recuperarlo), elasticidad (en caso de existir un derecho real que limite el derecho, el propietario recupera la facultad que se ha transmitido cuando este derecho se extingue) y no limitación (en el sentido de indeterminación de las facultades que pueden ejercerse sobre el bien, es decir, la propiedad incluye todas las facultades que no han sido excluidas voluntaria o legalmente). Lo mismo puede predicarse del art. 541-1 CCC¹³⁴, que prevé como características esenciales su generalidad, abstracción, elasticidad, exclusividad y perpetuidad¹³⁵, con el matiz que el legislador catalán ha incorporado también su

¹²⁹ Fue sustituido por el art. 162 Ley 9/2011, de 29 de diciembre.

¹³⁰ <http://www.elconfidencialautonomico.com/galicia/073987/solucion-para-el-problema-de-la-vivienda-en-galicia-la-xunta-inclui-la-propuesta-de-copropiedad-publica-en-la-nueva-ley-de-vivienda>.

¹³¹ No sólo que, si acaba siendo así, el único copropietario pueda ser la Xunta, sino también que dicho 60% puede ser en ocasiones muy oneroso para el comprador. Además, sin una base de derecho civil, ¿cuál será el régimen que regirá dicho condominio?

¹³² BOE 24 diciembre 2008, núm. 309, p. 51909.

¹³³ RJ 1991\9821 y RJ 2005\8285 respectivamente. Ver también MONTÉS, V. L., ob. cit., pp. 67 y ss.

¹³⁴ “La propiedad adquirida legalmente otorga a los titulares el derecho a usar de forma plena los bienes que constituyen su objeto y a disfrutar y disponer de ellos. 2. Los propietarios conservan las facultades residuales que no se han atribuido a terceras personas por ley o por título”.

¹³⁵ LLEBARÍA SAMPER, Sergio, “Art. 541-1”, en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales. Comentarios al Libro V del Código Civil de Cataluña*, Vol. I, Bosch, Barcelona, 2008, p. 434. No todas estas características se pueden deducir del art. 541-1 CCC.

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

función social (art. 541-2 CCC), lo que supone una adaptación del CCC a las nuevas necesidades sociales¹³⁶.

Por lo tanto, el derecho de propiedad en ambos textos se sitúa en la órbita de los sistemas de derecho civil¹³⁷ y no en la concepción angloamericana de la misma como *bundle of rights* o como *slice of time*, de donde parten, precisamente, las dos figuras que proponemos. Por lo tanto, ¿sería posible la implementación de las tenencias intermedias en derecho español dado que *a priori* no sería posible fragmentar la propiedad? Para dar una respuesta, analizaremos los elementos que caracterizan la función social de la propiedad y si el legislador español, respetando su contenido esencial, podría llevar a cabo una regulación de estas tenencias¹³⁸.

Los tres primeros elementos de esta función son su carácter estructural, la referencia de la función social al destino del bien objeto del derecho y el hecho de que corresponde al legislador concretar dicha función, que no plantean problemas significativos puesto que: a) ya hemos visto como la función social tiene un carácter estructural respecto al derecho de propiedad; b) la finalidad o destino primordial de una vivienda en régimen de propiedad compartida o temporal sería atender las necesidades de alojamiento de sus titulares; y c) es una obligación del legislador la delimitación del contenido del derecho de propiedad atendiendo a su función social, respetando siempre su contenido esencial (STC 227/1988). Los otros elementos, sin embargo, presentan una mayor complejidad.

Así, el cuarto elemento es la necesaria armonización de los intereses del propietario y de la colectividad en el proceso de concreción del elemento funcional del derecho. Para determinar este elemento, PEREZ LUÑO¹³⁹ entiende que hay que poner la función social en relación con los principios del Estado social y democrático de derecho, los valores informadores del estatuto de los derechos fundamentales y las normas de la Constitución Económica. En consecuencia, debemos averiguar si existe un principio que justifique la delimitación del derecho de propiedad por el legislador, pues tal y como nos recuerda RODRÍGUEZ DE SANTIAGO¹⁴⁰ la función social no puede recaer sobre todos los bienes, es decir, sólo lo puede hacer sobre aquellos bienes o derechos privados que son, al mismo tiempo, apoyo de intereses generales o bienes de la colectividad. En nuestra opinión, estos intereses tendrían amparo en el art. 47 CE, que regula el derecho constitucional a una vivienda digna y habilita a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho. Además, el propio Estatuto de Autonomía de Cataluña configura la vivienda como un principio rector (art. 47) y como un derecho en el ámbito civil y social (art. 26). Por lo tanto, entendemos que el legislador podría regular nuevas fórmulas para acceder a una vivienda sobre la base del art. 47 CE, que habilita y justifica la imposición por parte de los poderes públicos de límites al derecho de propiedad¹⁴¹.

El quinto y último elemento es la correcta aplicación del principio de proporcionalidad, es decir, la intervención del legislador en el contenido del derecho tiene que ser proporcionada, lo que significa, en nuestro caso, analizar si el legislador respeta el contenido esencial del derecho de propiedad al regular las tenencias intermedias. Para ello utilizaremos el test de proporcionalidad, que comprende tres elementos: a) el juicio de adecuación -la medida que se evalúa tiene que ser adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente lícito, lo que ya hemos demostrado-; b) el juicio de necesidad -la medida tiene que ser necesaria no existiendo una alternativa menos onerosa, lo que se puede justificar por los problemas actuales para acceder a una vivienda digna¹⁴²; y c) el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que se traduce en una evaluación de costes y beneficios, es decir, las ventajas que se obtienen con la medida tienen que ser mayores que las desventajas que la misma genera. En cuanto a los beneficios, tanto la propiedad compartida como la propiedad temporal previsiblemente redundarán en beneficio de la sociedad en su conjunto, dotando al acceso a la vivienda de una tercera vía que cumple con los principios de asequibilidad, flexibilidad y estabilidad en la tenencia; para el poder público podrían ser una vía para obtener beneficios sociales y

¹³⁶ De acuerdo con PADIAL ALBÁS, Adoración y TOLDRA ROCA, M^a Dolors, *El Derecho de propiedad y otros derechos reales en el derecho civil de Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 18 y 33.

¹³⁷ Vid. *supra*.

¹³⁸ Sobre la base de las consideraciones de MUÑOZ GUIJOSA, M^a Astrid, "Propiedad privada, función social y texto refundido de la ley de suelo", *Revista de Urbanismo y Edificación Aranzadi*, num. 20/2009. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2009. BIB 2009\2301.

¹³⁹ PEREZ LUÑO, A.-E. y RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., ob. cit., p. 527.

¹⁴⁰ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José M^a, "Las garantías constitucionales de la propiedad", *Revista de Administración Pública*, Núm. 177, septiembre-diciembre 2008, p. 178.

¹⁴¹ Ver JARIA MANZANO, Jordi, "El derecho a una vivienda digna en el contexto del Estado social", en Sergio Nasarre (dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011, pp. 71 a 73.

¹⁴² Vid. *supra*.

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

financieros a corto y largo plazo; y desde un punto de vista financiero, contribuirían al aumento de los activos inmobiliarios de los individuos.

Y en cuanto a los costes o sacrificios, veamos a continuación hasta qué punto se tiene que sacrificar el derecho de propiedad para regular las tenencias intermedias y en qué medida se respetaría su contenido esencial:

A) En cuanto a la **propiedad temporal**, existen dos problemas: la temporalidad del dominio y la coexistencia de dos propietarios. En cuanto a la temporalidad del dominio, PÉREZ PÉREZ¹⁴³, en la línea del TC, niega que el derecho de propiedad pueda tener un carácter temporal, puesto que la perpetuidad del dominio formaría parte de su contenido esencial. Esta característica sería entonces el criterio para distinguir entre un derecho de aprovechamiento, necesariamente temporal (incluyendo dentro de este concepto el derecho de carácter temporal sobre las aguas así como la propiedad superficiaria) y el derecho de propiedad. 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 CE¹⁴⁴, 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 sólo ha de respetar el contenido esencial *ex* arts. 33.1 y 53.1 CE. Bajo esta perspectiva, el legislador podría regular una propiedad temporal por las siguientes razones:

1) En primer lugar, porque es discutible que la perpetuidad forme parte del contenido esencial del derecho de propiedad, a pesar de que el TC se haya pronunciado a favor de esta tesis (ej. STC 29 de noviembre de 1988). Y es que aunque la exclusividad es una característica necesaria para que el propietario pueda obtener un rendimiento económico (mediante el ejercicio, por ejemplo, de la facultad de uso)¹⁴⁵, la temporalidad del derecho no afecta al derecho de propiedad ni en su vertiente institucional (la propiedad sigue siendo un elemento que permite a la persona el libre desarrollo de la personalidad en el contexto socio-económico que prevé la CE) ni en su vertiente individual (el propietario puede ejercer igualmente todas las facultades que integran el contenido esencial del derecho a pesar de la temporalidad de éste). Con todo, entendemos que la propiedad temporal se tendría que prolongar durante un período mínimo de tiempo, puesto que en caso contrario se podría frustrar la finalidad de proveer de una vivienda asequible. Veamos en este sentido lo que sucede con el *leasehold*, que se puede constituir por el periodo de un mes hasta los 999 años. Cuando el *lease* es de corta duración la posibilidad de constituir una hipoteca o de obtener una ganancia patrimonial gracias a su transmisión es más teórica que real, ya que su valor patrimonial es poco significativo en comparación con los *leases* de larga duración en los que el titular del derecho (*leaseholder*) retiene casi todo el valor patrimonial de la finca¹⁴⁶. Por este motivo, una duración mínima, a determinar por el legislador, podría ser necesaria para la operatividad de la propiedad temporal como tenencia intermedia. El mismo razonamiento encontramos en la STC 227/1998 en cuanto a los derechos de aprovechamiento de aguas públicas que se limitan temporalmente (75 años) después de la Ley 29/1985, de aguas. El TC afirma que la fijación de este plazo “*no es tampoco arbitraria ni engendra inseguridad jurídica, ya que, aun cuando pueda suponer una disminución de las expectativas de rentabilidad patrimonial originadas por situaciones creadas al amparo de la legislación anterior, este nuevo límite temporal es razonable y suficiente, a efectos de la amortización de las obras necesarias para la normal utilización de la concesión*”. Es decir, en cuanto a la propiedad temporal hay que prever un plazo de duración que permita al nuevo propietario tener la seguridad de que obtendrá una rentabilidad de su derecho.

2) En segundo lugar, porque aunque consideráramos la perpetuidad como un elemento esencial del derecho de propiedad, este hecho tampoco impediría que el legislador pudiera fraccionar la propiedad por periodos de tiempo porque sería suficiente con que el legislador respetara el resto o una parte de los elementos

¹⁴³ PÉREZ PÉREZ, E., ob. cit., p. 60.

¹⁴⁴ ALONSO PÉREZ, Mariano, “La propiedad en el Código Civil”, en *Historia de a propiedad en España, siglos XV-XX*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, p. 501.

¹⁴⁵ *Vid. supra*.

¹⁴⁶ Efectivamente, aquí “the long residential lease is typically granted for terms of 99, 125 or 999 years and a substantial premium will be paid to purchase this interest, similar to the amount that would be paid to buy a freehold interest. Here is the lease that will have a significant capital value, rather than the reversion. Indeed, the leaseholder will usually perceive himself as the ‘owner’ of the property, as a purchaser rather than a tenant”, ver BRIGHT, Susan, *Landlord and Tenant Law in Context*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, p. 6.

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

que integran el contenido esencial del derecho de propiedad. Es decir, sería posible que un propietario tuviera las facultades de usar, disfrutar y disponer de un bien por un período de tiempo. En este caso, la limitación del derecho de propiedad sobre la base de la función social no llegaría a desnaturalizarlo, puesto que el resto (o una parte, en su caso) de las facultades que permitirían obtener una rentabilidad permanecerían intactas. En nuestro ordenamiento podemos encontrar varios ejemplos de propiedades temporales que cumplirían con estos requisitos. Así:

- en el ámbito estatal el art. 14 del Real decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, de propiedad intelectual¹⁴⁷, prevé que el autor de una obra tiene una serie de derechos de carácter patrimonial, de los cuales podemos destacar los de explotación (art. 17), disposición (art. 57) y, en particular, el de carácter moral, que se materializa en varias facultades (por ejemplo, la posibilidad de exigir el reconocimiento de la condición de autor de la obra, art. 14). Este derecho está limitado a la vida del autor y 70 años después (art. 26), razón por la cual entiende la doctrina que la propiedad intelectual es *temporal*, absoluta y exclusiva¹⁴⁸;

- MATEO Y VILLA¹⁴⁹ defiende que la titularidad fiduciaria sobre la base de un negocio fiduciario (atípico) es temporal y corresponde al fiduciario. Aunque hoy en día es difícil mantener esta postura atendiendo a la jurisprudencia del TS (que defiende que en el negocio fiduciario tiene lugar una simulación relativa sin que la causa *fiduciae* tenga fuerza suficiente para transmitir el dominio, Sentencias de 26 de abril de 2001¹⁵⁰ y 26 de julio de 2004¹⁵¹), a principios del siglo XX se admitió que el fiduciario era propietario a todos los efectos de los bienes objeto de fiducia, titularidad que entendemos era temporal hasta que se cumplía la finalidad en virtud de la cual se había transmitido inicialmente la propiedad (teoría del doble efecto real y obligacional)¹⁵², y a finales del siglo XX se ha considerado la existencia de una propiedad material del fiduciante y otra formal del fiduciario (SSTS 19 de mayo de 1989¹⁵³ y 8 de marzo de 1988¹⁵⁴);

- además, tanto el Derecho estatal como el catalán regulan el derecho de superficie (arts. 40 y 41 del RD Legislativo 2/2008 y 564-1 CCC), que es un derecho real limitado sobre una finca ajena que atribuye temporalmente la propiedad separada de las construcciones o de las plantaciones que tengan lugar sobre la finca. La doctrina¹⁵⁵ defiende que del derecho de superficie regulado en la ley estatal surgen dos propiedades diferentes en un plano de igualdad: la propiedad del *dominus soli* (propietario del suelo) y la propiedad del superficiario, la cual revierte a manos del propietario del suelo una vez finalizado el período pactado (que no puede sobrepasar los 99 años, art. 40.2 RDL 2/2008). Por su parte, BADOSA COLL¹⁵⁶ argumenta que la propiedad superficiaria catalana “*es anómala y de cualidad inferior a la propiedad ordinaria*”, principalmente por su temporalidad y, además, que esta propiedad “*tiene, además, el contenido y efectos propios de cualquier propiedad*”. Es decir, esta propiedad, a pesar de ser anómala (una situación que no comporta ningún efecto jurídico) y de calidad inferior (atendiendo a la duración del derecho y no a las facultades que lo integran), otorga al propietario las facultades de uso, disfrute y disposición sobre la cosa. Por lo tanto, la propiedad superficiaria se ha de considerar como una propiedad a todos los efectos;

- la titularidad fiduciaria en los casos de sustituciones fideicomisarias (arts. 783 CC y 426-1 CCC). Así, el fiduciario tiene la condición de propietario temporal hasta que se cumpla el plazo fijado o la condición

¹⁴⁷ BOE 22 abril 1996, núm. 97, p. 14369.

¹⁴⁸ ROGEL VIDE, Carlos, “A: Artículos 428 y 29 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual”, en ALBALADEJO, Manuel y DIEZ ALABART, Silvia (Dirs.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo V, Vol 4, Edersa, 1994. Id. vLex: VLEX-228566.

¹⁴⁹ MATEO Y VILLA, Iñigo, “De la fiducia gestión”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 704, Noviembre-Diciembre 2007, p. 2631.

¹⁵⁰ RJ 2001\2037.

¹⁵¹ RJ 2004\6633.

¹⁵² Ver en este sentido SIMÓN MORENO, Héctor, “El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en NASARRE AZNAR, Sergio y GARRIDO MELERO, Martín (Coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 175.

¹⁵³ RJ 1989/3780.

¹⁵⁴ RJ 1988/1607.

¹⁵⁵ DE LA IGLESA MONJE, María Isabel, “El nuevo derecho de superficie”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 712, Marzo-Abril 2009, p. 670.

¹⁵⁶ BADOSA COLL, Ferran, “Art. 564-1”, en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales. Comentarios al Libro V del Código Civil de Cataluña*, Vol. III, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 1422 y 1423.

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

prevista (cfr. art. 426-26.1 CCC¹⁵⁷);

- tanto el CC como el CCC regulan las donaciones a plazo o condición resolutoria y con cláusula de reversión (arts. 641 CC y 531-16 y 19 CCC). En estos casos, el donatario adquiere la propiedad de los bienes de forma temporal hasta el cumplimiento del plazo o la condición;

- y, finalmente, es posible pactar un dominio temporal o bien mediante una cláusula que permita aplazar la transmisión de la propiedad o bien a través de la fijación de una cláusula resolutoria que tendría su origen en el derecho de disposición del propietario. Por lo tanto, una condición resolutoria, fruto del poder de disposición del primer propietario, podría ser otra vía para limitar el horizonte temporal de la propiedad.

Todos estos ejemplos demuestran que la duración del derecho de propiedad se ha modulado por el legislador y la jurisprudencia, incluso con anterioridad a la CE.

En definitiva, de todo lo anterior podemos concluir:

1) que no existe una diferencia esencial entre un derecho de aprovechamiento y un derecho de propiedad sobre bienes privados, dado que la propiedad puede ser temporal (tal y como lo demuestran los ejemplos transcritos);

2) y que aunque la perpetuidad formase parte del contenido esencial del derecho de propiedad (opinión que nosotros no compartimos), el legislador no debería encontrar problemas a la hora de regular la propiedad temporal si respeta el resto del contenido esencial, dado que así lo ha hecho en varias ocasiones. En la propiedad temporal el derecho es reconocible y existe una rentabilidad real porque tanto el propietario temporal como el propietario original conservan determinadas facultades que permiten que del derecho de propiedad pueda originarse un beneficio en su favor.

En definitiva, el legislador puede fragmentar la propiedad sobre una vivienda por periodos de tiempos con independencia de si se considera que la perpetuidad del derecho de propiedad forma parte de su contenido esencial.

Y, en cuanto al segundo de los problemas de la propiedad temporal, el de la coexistencia de dos propietarios sobre el bien (una latente, la del propietario original y otra real durante el plazo pactado), nos lleva a analizar si la unidad del dominio forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad. En cuanto a ello podemos realizar dos consideraciones:

a) En primer lugar, que la unidad del dominio que se predica del art. 348 CC no es absoluta, puesto que podemos encontrar excepciones como por ejemplo el censo enfiteútico, que tiene lugar cuando una persona, el censalista, cede a otra, el censatario, el dominio útil de una finca (*dominium utile*), reservándose el cedente tanto el dominio directo sobre esta (*dominium directum*) como el derecho a percibir una pensión anual del censatario por el inmueble recibido (art. 1605 CC). Parte de la doctrina configura este tipo de censo como un derecho real de propiedad con dos cotitulares, cada uno con facultades dominicales sobre la finca¹⁵⁸. Otro ejemplo lo encontramos en la reserva de dominio, pacto mediante el cual el vendedor de un bien mueble se reserva el dominio de la cosa vendida hasta el pago total del precio de compra por parte del adquirente. Esta cláusula se encuentra prevista legalmente en el art. 7.10 de la Ley 28/1998, de 3 de julio, de venta a plazos de bienes muebles¹⁵⁹, y existen diversas teorías que intentan explicar su naturaleza jurídica: 1) la teoría de la condición suspensiva¹⁶⁰, en virtud de la cual la propiedad sólo se transmite al comprador cuando éste cumple íntegramente con su obligación; 2) la teoría que defiende que estamos ante una condición

¹⁵⁷ Para el derecho estatal, ver ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, “Artículos 774 a 805 del Código Civil”, en ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL y DIEZ ALABART, Silvia (Dirs.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo X, Vol 2º, Edersa, 1984), pp. 307 y 308: “Pues bien -digo-, se parte de la base de que el fiduciario es propietario temporal; no de que es usufructuario. Los bienes los posee, disfruta y adquiere sus rendimientos, administra, etc., porque son suyos; no como quien goza de una cosa ajena”. Y, para el derecho catalán, “el fiduciario tiene el uso y disfrute de los bienes fideicomisos y de sus subrogados y accesiones, hace suyos los frutos y rentas, y disfruta de todos los demás derechos que la Ley atribuye al propietario, pero lo que adquiere que no sean frutos o rentas se incorpora al fideicomiso”, atendiendo a DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni y BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 163.

¹⁵⁸ Es la opinión de ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil. Derecho de bienes*, Volumen III, 10ª Ed., Edisofer, Madrid, 2004, p. 640.

¹⁵⁹ BOE 14 julio 1998, núm. 167, p. 23510.

¹⁶⁰ MONTÁNCHEZ RAMOS, Manuel, *Algunas reflexiones respecto del pacto de reserva de dominio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, p. 140.

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

resolutoria¹⁶¹, de tal manera que el adquirente es el propietario del bien desde el primer momento, pero si no paga el precio estipulado en el plazo pactado el vendedor recuperaría entonces la propiedad; 3) la teoría que defiende que en realidad existe una prenda sin desplazamiento. El pacto funcionaría entonces como una condición resolutoria, pero el incumplimiento de la obligación no provocaría que el vendedor recuperase la propiedad del bien, sino que le autorizaría a su realización¹⁶²; y 4) la teoría que considera que existe una propiedad compartida. Efectivamente, según MARTÍNEZ DE VELASCO¹⁶³ “*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 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*”. Por lo tanto, podemos observar que a nivel doctrinal se defiende la falta de unidad de la propiedad en la reserva de dominio. A mayor abundamiento, pensemos por ejemplo en el caso de la ya analizada propiedad superficiaria o el de las donaciones con cláusula de reversión o con condición resolutoria¹⁶⁴.

b) Y en segundo término, faltaría por ver (si consideráramos que la unidad del dominio forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad) si las limitaciones estarían justificadas atendiendo al principio de proporcionalidad. Tal y como ya hemos visto con anterioridad, si el contenido esencial del derecho de propiedad no se ve afectado *in toto*, entonces la existencia de una propiedad asimilable a la del nudo propietario (no puede usar ni disfrutar del bien inmueble, pero puede disponer de su derecho) no afectaría a la esencia del derecho. Es decir, habría un equilibrio entre las ventajas y los inconvenientes de la limitación (no nos encontraríamos por lo tanto con el mismo caso que el discutido en la STC 19/1994). Pensemos que existen otras situaciones reguladas en nuestro ordenamiento jurídico en las cuales el derecho de propiedad está mucho más disminuido y es puramente nominal, por ejemplo los inversores en fondos de inversión colectiva de carácter financiero y en fondos de inversión inmobiliaria, regulados en la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva 35/2003, de 4 de noviembre¹⁶⁵ (arts. 29 a 31 y 35 a 38), así como en los fondos de pensiones (art. 8.4 del Real decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre¹⁶⁶). Estos fondos constituyen patrimonios tipo copropiedad, es decir, los inversores tienen la condición de copropietarios y su derecho de propiedad les faculta principalmente a exigir unos rendimientos y un reembolso de lo invertido. En este sentido, la doctrina afirma que “*cómo puede ser alguien propietario sin tener ningún derecho más que el de beneficiarse de la cosa (fondo), ello es más propio de un usufructuario*”¹⁶⁷, dado que no tienen ninguna otra facultad dominical sobre el fondo en tanto que las tiene la gestora del mismo (que paradójicamente es la única que no es cotitular del fondo).

¹⁶¹ GIMENO BAYÓN, “La compraventa con pacto de reserva de dominio”, en Consejo General del Poder Judicial, Madrid. 1993, pp. 373-464.

¹⁶² BARRADA ORELLANA, que opina que “la LVP configura una reserva de dominio de naturaleza real, un derecho real sobre cosa ajena, que faculta a su titular, el acreedor, para, vencida y no satisfecha la obligación asegurada, promover frente a cualquiera la realización del valor del bien vendido a plazos, con la finalidad de cobrarse con el precio obtenido, con carácter preferente”, ver BARRADA ORELLANA, Reyes, “Aproximación al pacto de reserva de dominio según la Ley 28/1998, de venta a plazos de bienes muebles”, *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, Nº 82, Enero-Febrero 1999, p. 297.

¹⁶³ MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio Cano, *La reserva de dominio*, J.M. Bosch Editor, 2005. Id. vLex: VLEX-277731.

¹⁶⁴ *Vid. supra*.

¹⁶⁵ BOE 5 noviembre 2003, núm. 265, p. 39220.

¹⁶⁶ BOE 13 diciembre 2002, núm. 298, p. 43361.

¹⁶⁷ NASARRE AZNAR, Sergio y RIVAS NIETO, Estela, “Patrimonios financieros sin personalidad. Naturalidad jurídica y régimen tributario”, *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, Nº 261, 2004, pp. 69 y 70.

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

B) En cuanto al **régimen de copropiedad**, se plantean problemas similares a la temporal, pero esta vez entre un propietario original que no tiene ninguna facultad de uso sobre el inmueble pero que puede cobrar una renta por la parte del inmueble que aún retiene y un nuevo propietario que consolida en su patrimonio una parte del inmueble con vocación y derecho a ir adquiriendo el resto. De este modo, tenemos:

a) Que no se trata de una comunidad romana ordinaria de los arts. 399 y ss CC ni se le pueden aplicar muchos de sus preceptos (ej. la división de la cosa común del art. 400 CC). Ello no reviste problema alguno, dado que ya existen otros modos de ordenar a diversos condóminos, con limitaciones, como sucede con la propiedad horizontal (STC 301/1993).

b) Que se plantea la problemática de fraccionar el dominio: la existencia de dos propietarios (el propietario original y el nuevo propietario) podría ir en contra de la concepción unitaria y absoluta de la propiedad. Aquí nos planteamos de nuevo si la unidad del dominio forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad, y damos por reproducidas las mismas consideraciones realizadas respecto a la propiedad temporal¹⁶⁸, en el sentido de que el censo enfitéutico (art. 1605 CC), el pacto de reserva de dominio (art. 7.10 Ley 28/1998) y la propiedad superficiaria (arts. 40 y 41 RD Legislativo 2/2008 y 564-1 CCC) constituyen ejemplos en los que el legislador ya ha fraccionado la propiedad. Además, sería suficiente con que el legislador respetara el resto del contenido esencial del derecho (por ejemplo, las facultades de disfrute o disposición) para fraccionar el dominio sobre la base de su función social¹⁶⁹.

c) Que esta modalidad de propiedad podría provocar un vacío de las facultades del propietario original al pasar a tener el nuevo propietario el uso exclusivo de la vivienda. Sin embargo, el propietario original mantiene las siguientes facultades: 1) disposición de su cuota; 2) disfrute de su cuota, percibiendo una renta del nuevo propietario; y 3) recuperación de la plena propiedad mediante el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto legales. Todas estas facultades demuestran que el derecho del propietario original tiene un contenido económico y, por lo tanto, que su propiedad no queda completamente vacía. Además, y como ya se ha dicho, nuestro ordenamiento jurídico ya admite situaciones en las que el derecho de propiedad se encuentra incluso más disminuido. Nos referimos a los derechos de los inversores en fondos de inversión colectiva de carácter financiero, fondos de inversión inmobiliaria y fondos de pensiones.

d) Y, por último, tenemos un posible problema derivado de la elasticidad, es decir, que se podría predicar cierta imposibilidad de que el nuevo propietario fuese, a la vez, propietario e inquilino (consolidación). A ello, pueden argumentarse dos cuestiones: primera, que no es propietario e inquilino de la misma cuota del inmueble, sino que es propietario de la cuota que ha adquirido (y que habrá financiado, posiblemente, mediante un préstamo hipotecario) e inquilino de la que le queda por adquirir; y la segunda, que en el caso de considerarse que ambas posiciones recaen sobre un mismo inmueble, no sería la primera vez que en nuestro derecho dos derechos que recaen sobre la misma persona sobre el mismo objeto no se extingue uno de ellos por consolidación, como ha venido sucediendo con el derecho real de aprovechamiento por turnos en el período entre su inscripción registral y su transmisión a terceros¹⁷⁰ (art. 4.1 y 3 Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias¹⁷¹, hoy en RD Ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio¹⁷²).

7. Conclusiones

1. La dicotomía propiedad-alquiler se ha revelado insuficiente para garantizar el acceso a la vivienda de las familias españolas en las condiciones del art. 47 CE: el pleno dominio puede llevar en ocasiones al sobreendeudamiento familiar; el mercado de alquiler sigue estando infradesarrollado y poco vertebrado y

¹⁶⁸ Vid. *supra*.

¹⁶⁹ Sobre ello vid. *infra*.

¹⁷⁰ Verlo en SIMÓN MORENO, Héctor, *La optimización de la hipoteca española desde la perspectiva europea*, Barcelona, 2011, Ed. Bosch, p. 181, quien aporta algunos otros ejemplos en sede de servidumbre y usufructo en derecho civil catalán.

¹⁷¹ BOE 16-12-1998, núm. 300, p. 42076.

¹⁷² BOE 17-3-2012, núm. 66, p. 24332.

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

profesionalizado. Entre ambas formas de tenencia debería introducirse una regulación de naturaleza civil –con sus posibles adaptaciones para promover vivienda social con esta forma de tenencia- de las denominadas “tenencias intermedias”.

2. Las tenencias intermedias “tradicionales”, como el uso, la habitación, la enfiteusis, el arrendamiento con opción de compra, etc. se han mostrado ineficaces para crear un tercer mercado de tenencias alternativo a la propiedad y el alquiler, de manera que es necesario desarrollar nuevas formas que, superando los derechos reales o los contratos, se basen en el fraccionamiento del dominio, tanto en su adquisición progresiva (propiedad compartida) como en su temporalidad (propiedad temporal).

3. En esta línea, las tenencias intermedias aquí acuñadas, que se vienen desarrollando en Inglaterra desde los años 80 gracias al impulso de las *housing associations*, combinan la seguridad en la tenencia (por la condición de propietario del necesitado de vivienda), con la asequibilidad (necesariamente debe valer menos una vivienda por 20 años que una vivienda para siempre; o un 20% de la vivienda que directamente el 100% de la misma) y la flexibilidad (diversas posibles duraciones, escalar o disminuir, posible enajenación de la parte consolidada o durante el tiempo de la tenencia, posibilidad de combinar propiedad temporal con propiedad compartida, etc.), posibilitado con ello un *continuum* en el modo de acceder a la vivienda.

4. Tanto la propiedad temporal como la compartida necesitan un desarrollo legal *ad hoc*, que bien puede basarse en los objetivos y configuraciones que aquí hemos propuesto. No obstante, dicha regulación debe pasar necesariamente por el fraccionamiento del dominio, lo que puede contrastar con cómo se ha venido entendiendo la propiedad en España en base a los arts. 348 CC y 33 CE.

5. El derecho de propiedad regulado en el art. 33 CE contiene una doble vertiente: una constitucional y otra individual, como derecho subjetivo. La vertiente institucional supone que la propiedad privada es un pilar del contexto socio-económico que prevé la CE junto con la libertad y la dignidad; mientras que la vertiente individual consiste en el contenido esencial del derecho, es decir, en una serie de facultades mínimas (usar, disfrutar y disponer) que también podemos encontrar en textos supranacionales (como en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), sin las cuales la propiedad no podría servir a la finalidad económica que prevé la CE. El legislador, a la hora de regular la propiedad compartida y la propiedad temporal, deberá tener en cuenta ambas vertientes.

6. El contenido esencial del derecho no es un núcleo indisponible sino que es un concepto autónomo que sirve al legislador como criterio de valoración a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad y delimitar así el dominio. Esta limitación tendría su justificación en el art. 33.2 CE, que contempla la función social de la propiedad.

7. El legislador puede fragmentar la propiedad y regular tanto la propiedad temporal como la propiedad compartida con base en la función social de la propiedad, y ello con independencia de si se considera que la perpetuidad y/o la unidad del dominio forman parte de su contenido esencial. De hecho, encontramos numerosos ejemplos en nuestra legislación que demuestran que el legislador ya ha establecido excepciones a dichas características, como la propiedad superficiaria, la fiduciaria, propiedad intelectual, enfiteusis, reserva de dominio, donaciones con condición resolutoria o cláusula de reversión, etc.

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

Lista de jurisprudencia

- STJCE de 29 de enero de 2008 (TJCE 2008\11).
- STEDH de 30 de agosto de 2007 (JUR 2007\252568). Caso J.A. Pye (Oxford) Ltd i J.A. Pye (Oxford) Land Ltd contra Reino Unido.
- STJCE de 13 de marzo de 2007 (TJCE 2007\58).
- STC 112/2006, de 5 de abril (RTC 2006\112).
- STS de 24 de octubre de 2005 (RJ 2005\8285).
- STJCE de 12 de julio de 2005 (TJCE 2005\219).
- STS de 26 de julio de 2004 (RJ 2004\6633).
- SAP de las Islas Baleares de 23 de junio de 2004 (JUR 2004\187687).
- STS de 26 de abril de 2001 (RJ 2001\2037).
- STJCE de 13 de abril de 2000 (TJCE 2000\80).
- STS de 3 de julio de 1998 (RJ 1998\5123).
- ATC 134/1995, de 9 de mayo (RTC 1995\134).
- STC 50/1995, de 23 de febrero (RTC 1995\50).
- STJCE de 13 de diciembre de 1994 (TJCE 1994\200).
- STC 215/1994, de 14 de julio (RTC 1994\215).
- STC 89/1994, de 17 de marzo (RTC 1994\89).
- STS de 27 de junio de 1991 (RJ 1991\9821).
- STJCE de 13 de noviembre de 1990 (TJCE 1991\80).
- STC 120/1990, de 27 de junio (RTC 1990\120).
- STJCE de 11 de julio de 1989 (TJCE 1990\16).
- STC de 29 de noviembre de 1988 (RTC 1988\227).
- STS 19 de mayo de 1989 (RJ 1989/3780).
- STS 8 de marzo de 1988 (RJ 1988/1607).
- STC 37/1987, de 26 de marzo (RTC 1987\37).
- STC 111/1983, de 2 de diciembre (RTC 1983\111).
- STC 37/1981, de 16 de noviembre (RTC 1981\37).
- STC 11/1981, de 8 de abril (RTC 1981\11).
- STEDH de 13 de junio de 1979 (TEDH 1979\2). Caso Marckx contra Bélgica.
- STS de 3 de julio de 1941.
- STS de 4 de julio de 1928.

Lista de legislación

- RD Ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (BOE 17-3-2012, núm. 66, p. 24332).
- RD Ley 6/2012, de 9 de marzo (BOE 10 marzo 2012, núm. 60, p. 22492).
- RD Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE 6 marzo 2012, núm. 56, p. 18783).
- Ley 9/2011, de 29 de diciembre (DOGC 30-12-2011, núm. 6035, p. 66432).
- D 13/2010, 2 de febrero (DOGC 11-2-2010, núm. 5565, p. 9379).
- Plan estatal 2009-2012 (Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre (BOE 24 diciembre 2008, núm. 309, p. 51909)).
- Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, del suelo (BOE 26 junio 2008, núm. 154, p. 28482).
- Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda (DOGC 9 enero 2008, núm. 5044, p. 1609).
- Decreto 255/2005, de 8 de noviembre, de actualización del Plan para el derecho a la vivienda 2004-2007 (DOGC 10 noviembre 2005, núm. 4507, p. 36207).
- Circular del Banco de España 4/2004, de 22 de diciembre, de entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros (BOE 30-12-2004, núm. 314, p. 42410).

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

- Ley de Instituciones de Inversión Colectiva 35/2003, de 4 de noviembre (BOE 5 noviembre 2003, núm. 265, p. 39220).
- Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE 4 noviembre 2003, núm. 264, p. 38924).
- Ley 44/2002, de 22 de noviembre (BOE 23 noviembre 2002, núm. 281, p. 41273) (nota al pie 10)
- Real decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre (BOE 13 diciembre 2002, núm. 298, p. 43361).
- Convenio de Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales de 1999 (BOE 6 mayo 1999, núm. 108, p. 16808).
- Ley 28/1998, de 3 de julio, de venta a plazos de bienes muebles (BOE 14 julio 1998, núm. 167, p. 23510).
- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, de propiedad intelectual (BOE 22 abril 1996, núm. 97, p. 14369).
- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE 25 noviembre 1994, núm. 282, p. 36129).
- *Burgerlijk Wetboek* -Código Civil holandés- de 1992.
- Orden de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Montes de la Junta de Castilla y León de 7 de enero de 1988 (LCyL 1988\11).
- Ley 22/1988, de 28 de julio de costas (Ley 22/1988, de 28 de julio de costas).
- Ley 22/1987, de Propiedad Intelectual (BOE 17 noviembre 1987, núm. 275, p. 34163).
- Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas (BOE 8 agosto 1985, núm. 189, p. 25123).
- Ley 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria de Andalucía (BOE 13 agosto 1984, núm. 193, p. 23562).
- Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario (BOE 15 abril 1981, núm. 90, p. 8148).
- Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (BOE 29 diciembre 1964, núm. 312, p. 17387).
- *Codi Civile* de 1942.
- *Bürgerliches Gesetzbuch* -Código Civil alemán- de 1899.
- Código Civil Español de 1889.

Bibliografía

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil. Derecho de bienes*, Volumen III, 10ª Ed., Edisofer, Madrid, 2004.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, “Artículos 774 a 805 del Código Civil”, en ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL y DIEZ ALABART, Silvia (Dirs.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo X, Vol 2º, Edersa, 1984).

ALONSO PÉREZ, Mariano, “La propiedad en el Código Civil”, en *Historia de la propiedad en España, siglos XV-XX*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado*, Sr. Miloon Kothari. Misión a España, A/HRC/7/16/Add.2, 7-2-2008.

ASOCIACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA, *Actividad hipotecaria de octubre 2011 y previsiones 2012*, (www.ahe.es).

BADOSA COLL, Ferran, “Art. 564-1”, en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales. Comentarios al Libro V del Código Civil de Cataluña*, Vol. III, Bosch, Barcelona, 2008.

BALL, Jane, *Fragmentando la propiedad para la asequibilidad: la shared ownership o “nuevas” tenencias en Inglaterra y Francia*, en Sergio Nasarre (dir.), “El acceso a la vivienda en un contexto de crisis”, Madrid, 2011, Ed. Edisofer.

BARRADA ORELLANA, Reyes, “Aproximación al pacto de reserva de dominio según la Ley 28/1998, de

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

venta a plazos de bienes muebles”, *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, Nº 82, Enero-Febrero 1999.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

BOZALONGO, Ana, *Problemas económicos de las comunidades para la conservación de la finca*, en Sergio Nasarre Aznar (dir.), “El acceso a la vivienda en un contexto de crisis”, Madrid, 2011, Ed. Edisofer.

BRIGHT, Susan y HOPKINS, Nicholas, *Evaluating legal models of affordable home ownership in England*, en Terry Turnipseed (ed), “Community, Home and Identity”, 2012, Routledge Cavendish, en prensa.

BRIGHT, Susan, *Landlord and Tenant Law in Context*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007.

BRIGHT, Susan y HOPKINS, Nicholas, *Home, meaning and identity: learning from the English model of shared ownership*, “Housing theory and society”, Vol. 28, núm. 4.

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS (CIS). Estudio 2835, 27 de abril de 2010. Disponible en <http://www.cis.es>.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Datos sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales 3T 2011*, disponible en www.poderjudicial.es.

DADOMO, Christian y FARRAN, Susan, *French substantive law. Key elements*, Sweet & Maxwell, Londres, 1997.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, “El nuevo derecho de superficie”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 712, Marzo-Abril 2009.

DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni y BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. III. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*, 5ª Edición, Civitas, Navarra, 2008.

DIGUIT, León, *Manual de derecho constitucional: teoría general del Estado, el derecho y el Estado, las libertades públicas*, Comares, Granada, 2005.

EUROSTAT, *Combating poverty and social exclusion. A statistical portrait of the European Union*, 2010 Ed.

EUROSTAT, *Youth in Europe. A statistical portrait*, 2009 Ed. (se puede encontrar en http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-78-09-920/EN/KS-78-09-920-EN.PDF).

EUROSTAT, *Population by tenure status, 2009* (se puede encontrar en [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php?title=File:Population_by_tenure_status_2009_1_\(%25_of_population\).png&filetimestamp=20120110104744](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php?title=File:Population_by_tenure_status_2009_1_(%25_of_population).png&filetimestamp=20120110104744)).

FERRÁNDIZ GABRIEL, Carlos y NASARRE AZNAR, Sergio, *Métodos alternativos de acceso a la vivienda en Derecho privado*, “Iuris”, núm. 158, marzo 2011.

FISHER, Howard D., *The German Legal System and Legal Language*, Fourth Edition, Routledge-Cavendish, London, 2009.

FORNT I PARADELL, Jaume, *El dret de superfície: la nova fórmula de l'Ajuntament de Barcelona per*

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

accedir a un habitatge protegit, en AJUNTAMENT DE BARCELONA, “El dret de superfície: un nou règim de tinença per a l’habitatge protegit a Barcelona, serie *Qüestions d’habitatge*, núm. 17, octubre 2009. Se puede encontrar en http://www.pmhb.org/publicacions.asp?gc_id=20236.

FUNDACIÓN ENCUESTRO, *Informe España 2011. Una interpretación de su realidad social* (se puede encontrar en <http://www.fund-encuentro.org/>).

GAMBARO, A., “Property Law”, en LENA, Jeffrey S. y MATTEI, Ugo, *Introduction to Italian Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2002.

GIMENO BAYÓN, “La compraventa con pacto de reserva de dominio”, en Consejo General del Poder Judicial, Madrid. 1993.

GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, “Artículo 38. La libertad de empresa”, en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III, Editoriales de derecho reunidas, Edersa, 1996.

GUTIÉRREZ-BARQUÍN, Pedro González, *El derecho de la propiedad privada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en BASTIDA, Francisco J. (Coord.), *Propiedad y Derecho constitucional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.

HOLMANS, A, MONK, S. y WHITEHEAD, C, *Research report: homes for the future*, Shelter, noviembre 2008.

INSTITUTO DE POLÍTICA FAMILIAR, *Informe Evolución de la Familia en Europa 2009*.

INURRIETA BERUETE, Alejandro, Mercado de vivienda en alquiler en España: más vivienda social y más mercado profesional, Madrid, 2007, Fundación Alternativas, Working Paper 113/2007.

JARIA MANZANO, Jordi, “El derecho a una vivienda digna en el contexto del Estado social”, en NASARRE AZNAR, Sergio (Dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011.

KEMENY, Jim, *The myth of homeownership. Private versus public choices in housing tenure*, Londres, 1981, Routledge & Kegan Paul Ltd.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derechos reales*, vol. III, Dykinson, Madrid, 2008.

La Constitución de Weimar: la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919, Tecnos, Madrid, 2010.

LEAL, Jesús, *La política de vivienda en España*, “Documentación social. Revista de estudios sociales y sociología aplicada”, núm. 138, Madrid, 2005.

LLEBARÍA SAMPER, Sergio, “Art. 541-1”, en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales. Comentarios al Libro V del Código Civil de Cataluña*, Vol. III, Bosch, Barcelona, 2008.

MARTÍNEZ ALARCÓN, M^a Luz, “La aplicación judicial del Derecho Constitucional”, *Teoría y realidad constitucional*, N^o 21, 2008.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, “Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad”, *Persona y Derecho*, 54, 2006.

MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio Cano, *La reserva de dominio*, J.M. Bosch Editor, 2005. Id. vLex: VLEX-277731.

MATEO Y VILLA, Iñigo, “De la fiducia gestión”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 704,

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

Noviembre-Diciembre 2007.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva M^a y TOLIVAR ALAS, Leopoldo, “El derecho de propiedad desde la perspectiva del TEDH”, en AAVV, *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, Vol. II, Gobierno de Aragón, Zaragoza.

MICHAEL, Lothar, “¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?”, Traducido del alemán por Cristina Elías Méndez, *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, Año 6. Núm. 11, Enero-junio/2009.

MONK, S. y WHITEHEAD, C.: “Making Housing More Affordable – The Role of Intermediate Tenures”, Oxford, United Kingdom, 2010, Ed. Wiley-Blackwell.

MONTÁNCHEZ RAMOS, Manuel, *Algunas reflexiones respecto del pacto de reserva de dominio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

MONTÉS, Vicente L., *La propiedad privada en el sistema de derecho civil contemporáneo*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1980.

MUÑOZ GUIJOSA, M^a Astrid, “Propiedad privada, función social y texto refundido de la ley de suelo”, *Revista de Urbanismo y Edificación Aranzadi*, num. 20/2009. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2009. BIB 2009\2301.

NASARRE AZNAR, Sergio, *La garantía de los valores hipotecarios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.

NASARRE AZNAR, Sergio, *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 Sergio Nasarre (dir.), “El acceso a la vivienda en un contexto de crisis”, Madrid, 2011, Ed. Edisofer.

NASARRE AZNAR, Sergio, *Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria*, “Revista Crítica de Derecho Inmobiliario”, núm. 727.

NASARRE AZNAR, Sergio y RIVAS NIETO, Estela, “Patrimonios financieros sin personalidad. Naturalidad jurídica y régimen tributario”, *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, Nº 261, 2004.

NATIONAL HOUSING FEDERATION, *Funding future homes: executive summary and discussion*, 2012, NHF y Departamento de Land Economy-Universidad de Cambridge.

PADIAL ALBÁS, Adoración y TOLDRÀ ROCA, M^a Dolors, *El Derecho de propiedad y otros derechos reales en el derecho civil de Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

PAREJO ALFONSO, Luciano José, “Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad a la luz de la jurisprudencia”, en LÓPEZ GUERRA, Luis María (Coord.), *Estudios de Derecho Constitucional: homenaje al profesor D. Joaquín García Morillo*, 2001.

PAREJO ALFONSO, Luciano José, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 1, Nº 3, 1981.

PÉREZ PÉREZ, Emilio, *Régimen jurídico estatal y autonómico de la propiedad inmobiliaria*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2009.

PEREÑA PINEDO, Ignacio, “La función social del derecho de propiedad”, en BASTIDA, Francisco J.

FRACCIONANDO EL DOMINIO: LAS TENENCIAS INTERMEDIAS
PARA FACILITAR EL ACCESO A LA VIVIENDA

(Coord.), *Propiedad y Derecho constitucional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.

PÉREZ DE NANCLARES, José Martín, “Art. 17. Comentario”, en MANGAS MARTÍN, Araceli, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique y RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, Alfonso, “Artículo 33. Propiedad privada y herencia”, en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III, Editoriales de derecho reunidas, Edersa, 1996.

POSNER, Richard, “Economic analysis of Law”, en ACKERMAN, Bruce A., *Economic foundations of property law*, Little, Brown and Company, Boston, 1975.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Artículo 33”, en CASAS BAAMONDE, María Emilia, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, *Comentarios a la Constitución Española: XXX aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2008.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José M^a, “Las garantías constitucionales de la propiedad”, *Revista de Administración Pública*, Núm. 177, septiembre-diciembre 2008.

ROGEL VIDE, Carlos, “A: Artículos 428 y 29 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual”, en ALBALADEJO, Manuel y DIEZ ALABART, Silvia (Dirs.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo V, Vol 4, Edersa, 1994. Id. vLex: VLEX-228566.

ROLLA, Giancarlo, “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en una perspectiva comparada. Técnicas de codificación y cláusulas de interpretación”, *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, Año 6. Núm. 11, Enero-junio 2009.

SCHWARCZ, Steven L., *Distorting legal principles*, 2010, hallable en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1532465.

SIMÓN MORENO, Héctor, “El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en NASARRE AZNAR, Sergio y GARRIDO MELERO, Martín (Coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

SPF Sherwins. Documento *Affordable Housing Mortgage Rates*, de 16-3-2012.

VAN ERP, Sjeff, “Globalisation or isolation in new Dutch property law? The New Civil Code of the Netherlands and the New Civil Codes of the Netherlands Antilles and Aruba Compared”, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 7.5, Diciembre 2003.

VINUESA, Julio, *La vivienda vacía en España: un despilfarro social y territorial insostenible*, “Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales”, Vol. XII, núm. 270 (39), 1-8-2008.