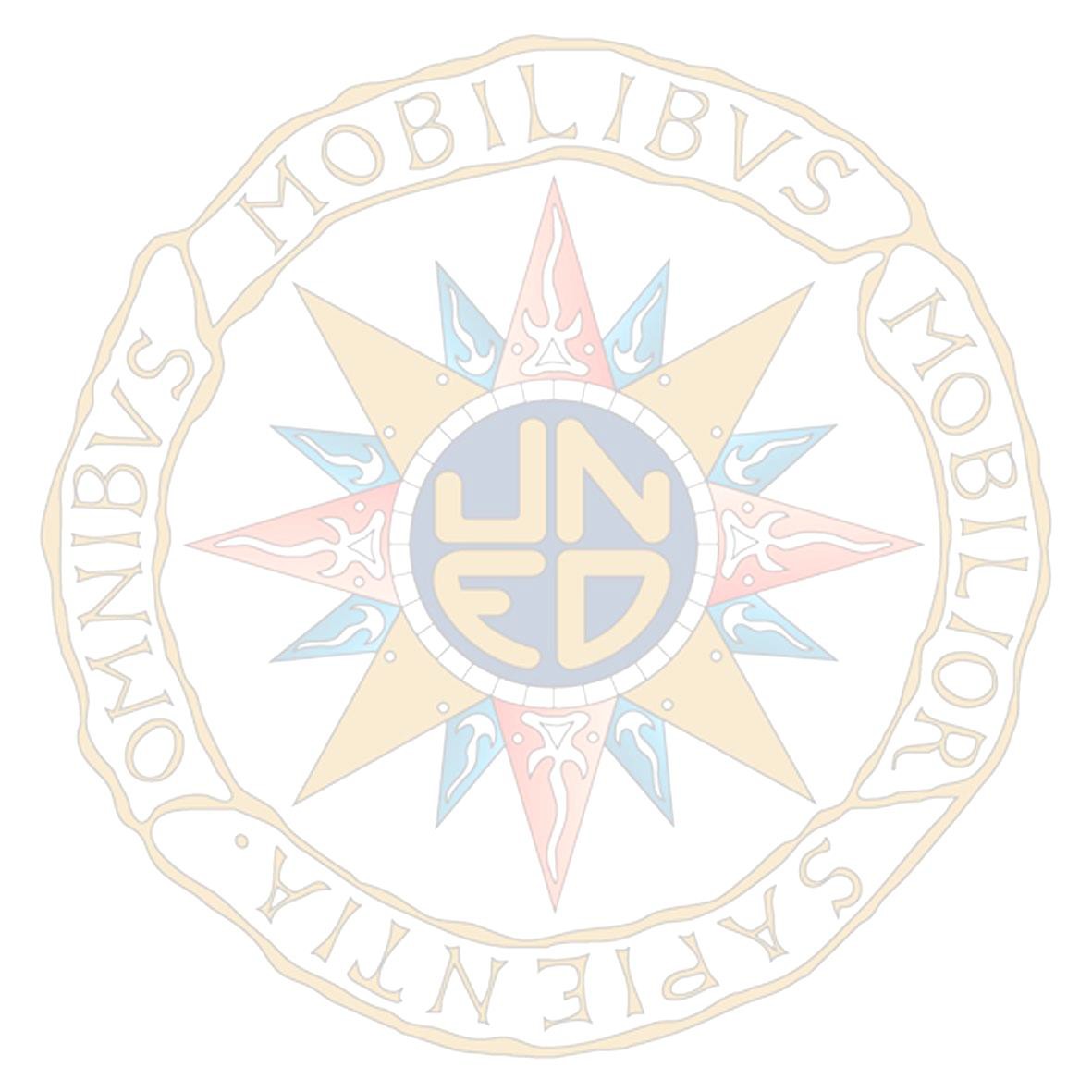
**TESIS DOCTORAL**



**2016**

**LA DIFERENCIA ENTRE LOS SISTEMAS JURÍDICOS CIVILES DE TIERRAS RÚSTICAS EN ESPAÑA Y EN CHINA**

**AUTORA: YIFENG CAO**

**LICENCIADA EN DERECHO**

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

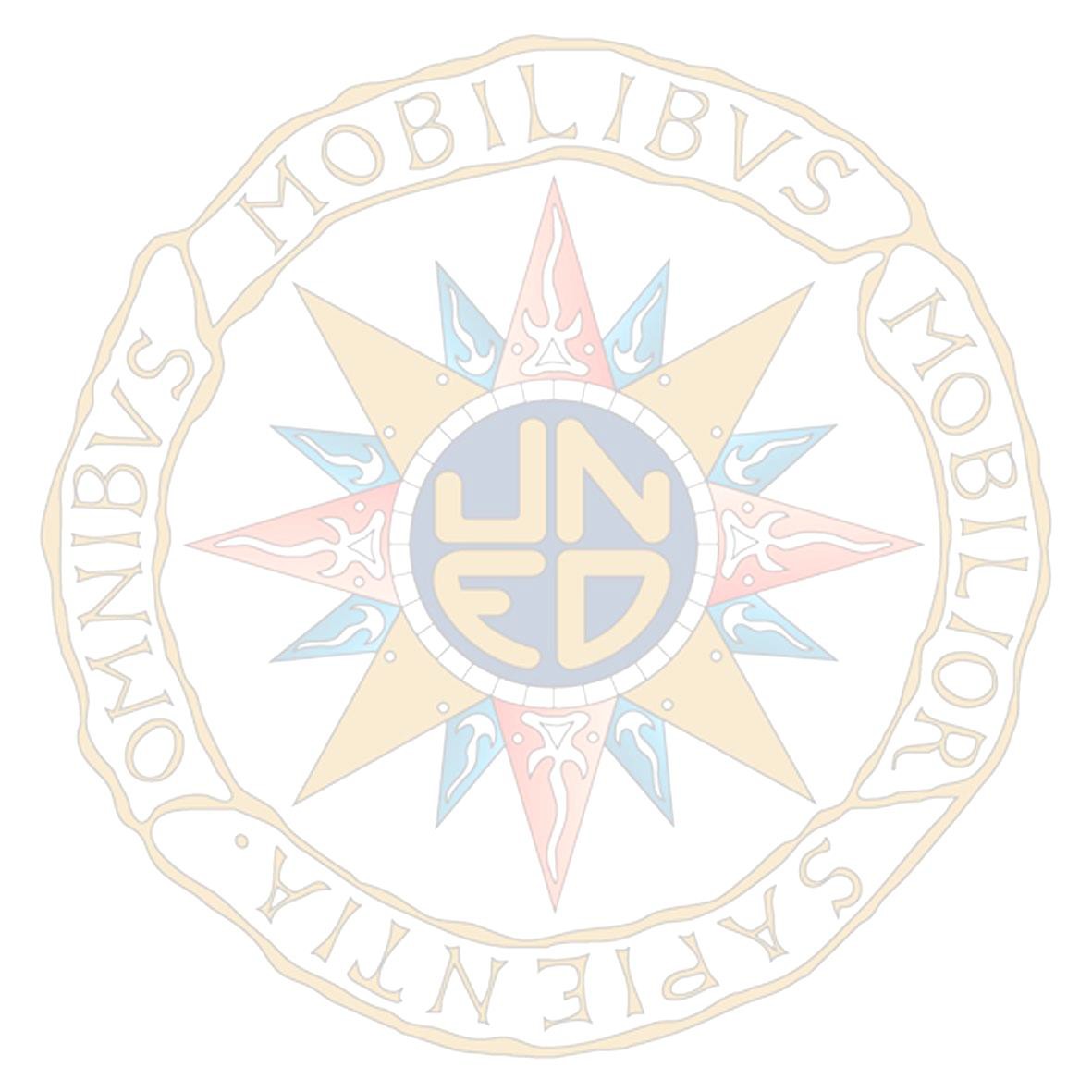
**DIRECTOR**

**FERNANDO REINOSO BARBERO**

**CODIRECTORA**

**LAURA OSTOS PALACIOS**

**TESIS DOCTORAL**



**2016**

**LA DIFERENCIA ENTRE LOS SISTEMAS JURÍDICOS CIVILES DE TIERRAS RÚSTICAS EN ESPAÑA Y EN CHINA**

**AUTORA: YIFENG CAO**

**LICENCIADA EN DERECHO**

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

**DIRECTOR**

**FERNANDO REINOSO BARBERO**

**CODIRECTORA**

**LAURA OSTOS PALACIOS**

# TABULA GRATULATORIA

Al finalizar este trabajo de Tesis doctoral quiero expresar mi gratitud más sentida y profundo reconocimiento a todos quienes han contribuido, con su ayuda inestimable, a la realización de la misma.

Se cumplen, ahora, dos años desde el inicio de mi estancia en España bajo la dirección de mi Maestro el Prof. Dr. D. Fernando Reinoso Barbero. Nunca hubiera pensado tener la inmensa fortuna que ha representado ser su discípula. A nivel académico agradezco su generoso magisterio, su impecable dirección, su ayuda constante e imprescindible, y tantas enseñanzas que de él he recibido. Todas ellas han influido profundamente en mi persona porque su categoría académica, su rigor y honestidad científica, su afabilidad, accesibilidad y diligencia para con los alumnos y, en definitiva, su calidad humana, suponen una enseñanza de vida que siempre me acompañará y será siempre un modelo a imitar. Es para mí un gran honor sentirme su discípula y pertenecer a la Escuela que él dirige. Mi gratitud es, y debe ser, inmensa pues su preocupación se ha extendido al ámbito personal. Su actitud para conmigo ha hecho que mi estancia en España haya sido muy dichosa, y perdurará en mi recuerdo como una parte especial de mi vida, feliz e inolvidable. Pero en esta espléndida acogida y en la preocupación continúa hacia mi persona, es parte esencial también la familia de mi Maestro, su esposa María Luisa y sus hijos, a quienes considero personas muy importantes en mi vida. Mi gratitud y mi cariño a todos y cada uno de ellos. Concluyo este apartado de muy sentida gratitud expresando que mis sentimientos por mi Maestro son comparables a los sentimientos que, con gran orgullo, cariño y respeto, siento por mi propio padre.

Muchas gracias al Prof. Dr. Don. Manuel J. García Garrido, Maestro de mi Maestro y por ello también Maestro mío. Por su ayuda y su apoyo necesario, por su accesibilidad y cariñoso trato personal. He aprendido mucho de sus libros, que tuvo la generosidad de regalarme y que con gran cariño voy a conservar. Es un académico relevante en la Universidad española que he tenido la gran fortuna de conocer de la mano de mi Maestro. Su persona también ha dejado en mí una huella que mantendré siempre con especial admiración.

Mi gratitud se extiende de manera muy personal a dos profesoras del Departamento de Derecho romano de la Uned: la Profª. Dra. D. Ana Martín Minguijón y la Profª Dra. D. Laura Ostos Palacios:

1. La Profª. Dra. D. Ana Martín Minguijón se ha convertido en una de las personas más especiales de mi vida. A veces los sentimientos no pueden expresarse con palabras. Es la hermana mayor que nunca tuve y que nunca hubiera imaginado que llegaría a tener. Desde el primer día me acogió con un cariño fraternal que no ha hecho más que crecer en estos dos años. De ella fue la idea de leer esta tesis doctoral y ha sido ella la que ha conseguido resolver los innumerables inconvenientes administrativos y académicos para que hoy yo pueda comparecer ante este Tribunal. Aunque es imposible que yo pueda satisfacer la enorme deuda de gratitud que tengo con ella, me esforzaré en seguir su modelo para que se sienta orgullosa de mí.
2. La Profª. Dra. Doña Laura Ostos, mi Codirectora, es quien estaba esperándome en el aeropuerto cuando llegué en octubre de 2014. Desde entonces su asistencia afectuosísima no ha cesado ni un solo día. Me ha ayudado mucho en las correcciones idiomáticas, terminológicas, gramaticales y sintácticas y en todo el seguimiento académico de mi tesis doctoral.

Del mismo modo quiero declarar mi agradecimiento al Prof. Dr. D. Federico Fernández de Buján, director del Departamento Derecho Romano. Gracias por su preocupación amable por mi persona y por la ayuda que siempre me ha brindado. Agradezco muy especialmente su generosidad y expreso por él, igualmente, mi reconocimiento y cariño.

Les doy las gracias a todos mis compañeros y amigos de la Facultad, los Profesores Ana Mohino Manrique, Jesús Gómez Garzás, Eduardo Reigadas Lavandero, Marta López Gálvez, Julio Hernando Lera, y a Pilar Albert, secretaria del Departamento. Muchas gracias por su ayuda, su compañía y su cariño. Ha sido un orgullo y una felicidad trabajar con ellos.

En particular, quiero expresar mi agradecimiento a mis amigos extranjeros quienes conocí en Madrid: mi amigo español Raúl, mi amiga italiana Stefania, mi amiga brasileña Katerine y su marido Luiz, mi amiga mexicana Yare y mis compañeros y amigos peruanos. Con todos ellos he compartido preciosas experiencias, y gracias a su compañía y cuidados mi adaptación a España ha resultado sencilla y maravillosa. Con su actitud han contribuido a facilitar mi dedicación a la actividad investigadora de la que es fruto esta Tesis Doctoral.

Gracias a mis profesores chinos, espacialmente mi profesora de doctorado Doña Chen Xiaojun y mi maestro de máster Don Cao Shiquan. Me inicié en este campo académico bajo sus direcciones y con sus enseñanzas despertaron todo mi interés. Mi maestra China Doña Chen Xiaojun fue quien me aconsejó venir a estudiar a España y a ella le debo esta gran oportunidad que ha supuesto vivir en Madrid. Con la ayuda y la orientación en mi estudio académico de Don Cao Shiquan, inicié y pude profundizar en mis conocimientos profesionales.

Gracias a mi tío Don Wang Yonggui y su familia por su cuidado y apoyo. Gracias a mi novio Wang Chaoqun por su continuo apoyo, su comprensión y su amor.

El trabajo y resultado de esta tesis se lo dedico a la persona más importante de mi vida y que ya está en cielo: mi padre Don Cao Xijin. Me quería muchísimo y falleció hace dos años. Por su continuo apoyo, especialmente moral, por la educación que siempre me dio. Fue estricto en mis estudios pero lo conjugó con mucha libertad en el desarrollo de mi personalidad. Recuerdo de modo especial su carácter tolerante y su inmenso cariño. Por todo esto le doy todo mi agradecimiento y mi amor profundo. Siento mucha tristeza porque él no pueda asistir a la defensa de mi Tesis doctoral, pero en mi sueño, él está sonriendo por mi vida independiente y mi estudio diligente. Mi padre falleció en septiembre de 2014 y ahora, también en un mes de septiembre, he terminado mi tesis doctoral en España. Tal vez sea el mejor regalo para conmemorar el segundo aniversario de su muerte.

**ÍNDICE**

[TABULA GRATULATORIA 4](#_Toc461474043)

[ABREVIATURAS 13](#_Toc461474044)

[CAPÍTULO I 17](#_Toc461474045)

[INTRODUCCIÓN 17](#_Toc461474046)

[1. Propósito 18](#_Toc461474047)

[2. Inconvenientes para la efectividad de las propuestas de "lege ferenda" 25](#_Toc461474048)

[3. Nuevas posibilidades en la RPC actual 36](#_Toc461474049)

[4. Plan de trabajo 38](#_Toc461474050)

[5. Aspectos excluidos del estudio. 40](#_Toc461474051)

[CAPÍTULO II 46](#_Toc461474052)

[PROPIEDAD SOBRE TIERRAS RÚSTICAS 46](#_Toc461474053)

[1. Generalidades 47](#_Toc461474054)

[2. Clasificaciones 49](#_Toc461474055)

[3. Copropiedad 62](#_Toc461474056)

[4. Adquisición de la propiedad 80](#_Toc461474057)

[4.1. Modos originarios 80](#_Toc461474058)

[4.2. Modos derivativos 101](#_Toc461474059)

[4.2.1. Título y modo 101](#_Toc461474060)

[4.2.2. Traditio 105](#_Toc461474061)

[5. La defensa de la propiedad 109](#_Toc461474062)

[5.1. Acción reivindicatoria 109](#_Toc461474063)

[5.2. Registro de la propiedad 113](#_Toc461474064)

[CAPÍTULO III 118](#_Toc461474065)

[LA POSESIÓN CONTRACTUAL DE LAS TIERRAS RÚSTICAS 118](#_Toc461474066)

[1. Conceptos generales 119](#_Toc461474067)

[2. Arrendamiento 128](#_Toc461474068)

[2.1. Consideraciones jurídico-políticas sobre el arrendamiento rústico en España 128](#_Toc461474069)

[2.1.1. Acceso a la propiedad en los arrendamientos rústicos históricos 140](#_Toc461474070)

[2.1.1.1. Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2011. 143](#_Toc461474071)

[2.1.1.2. Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2011. 146](#_Toc461474072)

[2.2. Consideraciones jurídico-políticas sobre el arrendamiento rústico en China 147](#_Toc461474073)

[2.2.1. Las partes que intervienen en los arrendamientos 156](#_Toc461474074)

[2.2.2. El contenido del arrendamiento. 162](#_Toc461474075)

[2.2.3. Renta. 162](#_Toc461474076)

[2.2.4. Duración del arrendamiento. 163](#_Toc461474077)

[2.2.5. Enajenación y arrendamiento. 165](#_Toc461474078)

[3. Aparcería 171](#_Toc461474079)

[3.1. Las aparcerías en España 171](#_Toc461474080)

[3.2. Las aparcerías en China 182](#_Toc461474081)

[CAPÍTULO IV 186](#_Toc461474082)

[DERECHOS REALES LIMITADOS SOBRE TIERRAS RÚSTICAS 186](#_Toc461474083)

[A) DERECHO ESPAÑOL 187](#_Toc461474084)

[1. Generalidades 187](#_Toc461474085)

[2. Usufructo 190](#_Toc461474086)

[2.1. Nociones generales 190](#_Toc461474087)

[2.2. Usufructos impropios en tierras rústicas 200](#_Toc461474088)

[2.3. Usufructo de una acción para reclamar un predio o derecho real 202](#_Toc461474089)

[2.4. Constitución del usufructo 203](#_Toc461474090)

[2.5. Derechos del usufructuario 207](#_Toc461474091)

[2.5.1. Derecho a los frutos 209](#_Toc461474092)

[2.5.1.1. Régimen especial de los usufructos sobre predios rústicos mineros 213](#_Toc461474093)

[2.5.2. Derecho a los beneficios inherentes a la cosa usufructuada 216](#_Toc461474094)

[2.5.3. Derecho al disfrute directo o indirecto de la cosa usufructuada y realizar contratos 216](#_Toc461474095)

[2.5.4. Derecho a realizar mejoras 218](#_Toc461474096)

[2.6. Obligaciones del usufructuario. 219](#_Toc461474097)

[2.7. Extinción del usufructo 225](#_Toc461474098)

[3. Uso y habitación 229](#_Toc461474099)

[4. Servidumbres 236](#_Toc461474100)

[4.1. Contenido 237](#_Toc461474101)

[4.2. Régimen 238](#_Toc461474102)

[4.3. Clases 240](#_Toc461474103)

[4.4. Constitución 246](#_Toc461474104)

[4.5. Extinción 251](#_Toc461474105)

[4.6. Servidumbres legales y voluntarias 254](#_Toc461474106)

[5. Censo y enfiteusis 261](#_Toc461474107)

[6. Superficie, sobreelevación, subedificación 270](#_Toc461474108)

[6.1. Contenido 275](#_Toc461474109)

[6.2. Constitución 277](#_Toc461474110)

[6.3. Extinción 278](#_Toc461474111)

[7. Derechos reales de adquisición 281](#_Toc461474112)

[B) DERECHO CHINO 285](#_Toc461474113)

[1. Derechos reales limitados de disfrute en China 285](#_Toc461474114)

[1.1. Consideraciones preliminares 285](#_Toc461474115)

[1.2. Funcionalidad del sistema de los derechos reales limitados de disfrute 287](#_Toc461474116)

[1.3. Capacidades y características de los derechos reales limitados de disfrute 289](#_Toc461474117)

[1.4. Los tipos de derechos reales limitados de disfrute 291](#_Toc461474118)

[1.4.1. Los derechos de contratación y administración de las tierras 293](#_Toc461474119)

[1.4.1.1. Conceptos y modos 293](#_Toc461474120)

[1.4.1.2. Duración 296](#_Toc461474121)

[1.4.1.3. Relación jurídica de los derechos de contratación y administración de las tierras rústicas 297](#_Toc461474122)

[1.4.1.4. Adquisición de los derechos de contratación y administración de las tierras rústicas 299](#_Toc461474123)

[1.4.1.5. Derechos y obligaciones 301](#_Toc461474124)

[1.4.1.6. La extinción de los derechos de contratación y administración de las tierras 303](#_Toc461474125)

[1.4.1.7 Efectos jurídicos 305](#_Toc461474126)

[1.4.2 Los derechos de uso sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales 306](#_Toc461474127)

[1.4.2.1 Conceptos e Historia 306](#_Toc461474128)

[1.4.2.2 Características 314](#_Toc461474129)

[1.4.2.3 El establecimiento de los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales 322](#_Toc461474130)

[1.4.2.4 Derechos y obligaciones 325](#_Toc461474131)

[1.4.2.4.1 Derechos 325](#_Toc461474132)

[1.4.2.4.2 Obligaciones 332](#_Toc461474133)

[1.4.2.5 La extinción de los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales 335](#_Toc461474134)

[1.4.2.6 Efectos jurídicos de la extinción de los derechos de uso de las tierras. 337](#_Toc461474135)

[1.4.3 Los derechos de uso de las tierras colectivas destinadas a la construcción 338](#_Toc461474136)

[1.4.3.1 Concepto 338](#_Toc461474137)

[1.4.3.2 Clasificaciones 340](#_Toc461474138)

[1.4.3.3 Adquisición de los derechos de uso de las tierras colectivas destinadas a la construcción 341](#_Toc461474139)

[1.4.3.4 Transferencia 343](#_Toc461474140)

[1.4.4. Uso y habitación 346](#_Toc461474141)

[1.4.5 Servidumbres prediales rústicas 350](#_Toc461474142)

[1.4.5.1 Concepto y características de las servidumbres 350](#_Toc461474143)

[1.4.5.2 Las obligaciones 351](#_Toc461474144)

[1.4.5.3 Relación de las servidumbres con otros derechos 352](#_Toc461474145)

[1.4.5.4 Resolución del contrato de servidumbre 354](#_Toc461474146)

[1.4.5.5 Las servidumbres prediales rústicas 355](#_Toc461474147)

[1.4.6 Otros derechos reales 357](#_Toc461474148)

[CAPÍTULO V 360](#_Toc461474149)

[DERECHOS REALES LIMITADOS DE GARANTÍA SOBRE TIERRAS RÚSTICAS 360](#_Toc461474150)

[A) DERECHO ESPAÑOL 361](#_Toc461474151)

[1. Nociones generales sobre los derechos reales de garantía sobre tierras rústicas 361](#_Toc461474152)

[2. Hipoteca 388](#_Toc461474153)

[2.1. Origen en los arrendamientos rústicos 388](#_Toc461474154)

[2.2. Concepto 389](#_Toc461474155)

[2.3. Clases 407](#_Toc461474156)

[2.4. Ejecución 410](#_Toc461474157)

[2.5. Extinción 417](#_Toc461474158)

[3. Anticresis. 420](#_Toc461474159)

[4. Garantías reales mobiliarias sin desplazamiento posesorio 422](#_Toc461474160)

[4.1. Hipoteca mobiliaria 427](#_Toc461474161)

[4.2. Prenda sin desplazamiento de posesión. 429](#_Toc461474162)

[B) DERECHO CHINO 434](#_Toc461474163)

[1. Nociones generales sobre los derechos reales de garantía sobre tierras rústicas 434](#_Toc461474164)

[2. Hipoteca 435](#_Toc461474165)

[2.1. Reglamentos y leyes actuales 435](#_Toc461474166)

[2.2. Reforma 439](#_Toc461474167)

[CAPÍTULO VI 444](#_Toc461474168)

[CONCLUSIONES 444](#_Toc461474169)

[BIBLIOGRAFÍA 473](#_Toc461474170)

# ABREVIATURAS

|  |  |
| --- | --- |
| BGB | Código Civil Alemán, 1 de enero de 1990 |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| CC | Código civil español aprobado por el Real Decreto de 24 de julio de 18. Última modificación: 6 de octubre de 2015 |
| CCAA | Comunidades Autónomas |
| CE | Constitución Española |
| CP | Código Penal español aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Última modificación: 28 de abril de 2015 |
| D. | Digesta Iustiniani |
| I. | Institutioni Iustiniani |
| LAR | Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos. Última modificación: 31 de marzo de 2015 |
| LARH | Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos |
| [LBRL](http://app.vlex.com/#/vid/127223) | [Ley 7/1985, de 2 de abril](http://app.vlex.com/#/vid/127223), Reguladora de las Bases del Régimen Local. Última modificación: 15 de julio de 2016 |
| LA | Ley de Aguas aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio por el que se aprueba el texto refundido de. Última modificación: 26 de diciembre de 2013. |
| LAU | Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Última modificación: 31 de marzo de 2015 |
| LCSP | Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Última modificación: 31 de diciembre de 2015 |
| LEC | Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Última modificación: 28 de octubre de 2015 |
| LMEA | Ley 19/1995 de Modernización de Explotaciones Agrarias |
| LPAP | Ley 33/2003, de 3 de noviembre, Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Última modificación: 31 de octubre de 2015 |
| LS | Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre |
| ONU | Organización Naciones Unidas |
| PCC | Partido Comunista Chino |
| RBEL | Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por [Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio](http://app.vlex.com/#/vid/126432) |
| RDGRN | Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado |
| RDPH | [Reglamento de Dominio Público Hidráulico](http://app.vlex.com/#/vid/220477341) aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, que desarrolla los títulos preliminar I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. Última modificación: 12 de septiembre de 2015 |
| RH | Reglamento Hipotecario aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947. Última modificación: 27 de diciembre de 2012 |
| RPC | República Popular China |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial |
| SAT | Sociedad Agraria de Transformación |
| SAU | Superficie Agrícola Utilizada |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| STSJ | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia |
| TS | Tribunal Supremo |
| UE | Unión Europea |

# CAPÍTULO I

# INTRODUCCIÓN

## 1. Propósito

Esta tesis tiene por finalidad la exposición de las diferencias existentes entre las legislaciones española y china en sus respectivas regulaciones de los derechos concernientes a las tierras rústicas. En cierto sentido podría parecer un estudio de derecho comparado pero, en realidad, se trata más bien de reunir en un solo instrumento el material preciso para obtener una visión de conjunto de ambos ordenamientos jurídicos.

No he pretendido realizar un mero ejercicio intelectual “science for science”, ni tampoco proporcionar unos datos que, aun siendo interesantes, pudieran parecer inútiles en la práctica, pues como decían los clásicos *ne parum multa scisse viderentur, ea conquisierunt, quae nihil adtinebant[[1]](#footnote-1).* Por el contrario la tesis persigue un objetivo netamente empírico, tal es el proporcionar al legislador chino propuestas de *lege ferenda* basadas en el sistema español que a su vez es heredero de una experiencia milenaria que se remonta a los orígenes del derecho romano.

Es cierto que la cultura china es una de las más antiguas y ricas, con un pasado de más de 5000 años durante los cuales el derecho chino[[2]](#footnote-2) ha conocido momentos de gran esplendor y ha influido en importantes sistemas jurídicos asiáticos[[3]](#footnote-3). Pero también es cierto que gran parte de esa tradición jurídica se difumina prácticamente por completo a partir de 1949 con las reformas de Mao Zedong[[4]](#footnote-4). Desde esas fechas se prescinde del derecho anterior y se instaura un nuevo régimen jurídico impregnado de elementos político-sociales, basados en un comunismo-leninismo-chino, dirigido fundamentalmente a los campesinos habitantes de las tierras rurales. Es precisamente aquí, en el ámbito rural, donde los cambios y las transformaciones jurídicas son más intensas y profundas. Etapas como el “Gran Salto Adelante” o la “Revolución Cultural” fueron el sustrato de la “Reforma Rural” que trajo a los campesinos un ordenamiento jurídico nuevo y con él nuevos derechos sobre las tierras rústicas. Esta metamorfosis tuvo efectos positivos en algunas materias pero también otros muy negativos. Entre estos últimos se encuentra la desconexión de esos derechos con los conocidos en otros países y adoptar un modelo jurídico tan cerrado al resto del mundo que la República Popular de China (RPC) fue excluida de la práctica totalidad de las organizaciones internacionales hasta su reingreso en la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a principios de los años setenta del siglo pasado. Es entonces cuando el derecho chino comienza a mirar hacia el exterior y, sin perder su propia personalidad, a buscar adaptarse a las figuras jurídicas estandarizadas en la mayoría de los países del “primer mundo”[[5]](#footnote-5).

En la actualidad la República Popular de China se enfrenta a un proceso de honda revisión de su Código civil y de las leyes reguladoras de las relaciones privadas entre ciudadanos y de estos con las tierras. Esta revisión persigue alcanzar lo que se ha dado en llamar “sistema jurídico socialista con características chinas”[[6]](#footnote-6). Es una exigencia ineludible derivada de su nueva condición de potencia económica mundial. Las reformas –tanto las ya realizadas como las futuras– pretenden en términos generales la modernización de las estructuras jurídicas, su homologación y compatibilidad con los estándares internacionales. De ahí la importancia de buscar guías a las que poder adaptar el ordenamiento chino, constituyendo el español un magnífico ejemplo en numerosas materias. Entre ellas se encuentra la legislación sobre tierras rústicas, pues España cuenta con un sistema jurídico sólido y ensayado con éxito desde hace siglos.

Hay numerosas instituciones en el ámbito de las tierras rústicas que presentan una importancia jurídica y social formidable. Por citar ahora un solo ejemplo, piénsese en los derechos de uso sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales en China. Las funciones de las tierras rústicas destinadas a la construcción de viviendas rurales son más significativas que antes como consecuencia de la nueva problemática creada por el movimiento de la población, lo que fuerza a que la reserva de tierras para la construcción de viviendas rurales resulte cada vez más precisa y obvia. La legislación en este ámbito debe tener en cuenta la necesidad de resolver dificultades tan trascendentes como la falta de desarrollo equilibrado entre comunidades urbanas y rurales.

Otro ejemplo son los arrendamientos rústicos en la RPC cuya trascendencia es enorme y el alcance de su regulación excede el mero marco legal dadas sus consecuencias en los ámbitos económico, social, político y financiero pues un porcentaje elevado de la población china tiene el estatus de “campesino”. De ahí que antes de realizar las mencionadas propuestas de *lege ferenda* sea preciso un estudio con técnicas próximas al derecho comparado de aquellos aspectos que más puedan influir en los sectores mencionados. Esta es por tanto la finalidad de este trabajo, el ofrecer una semblanza genérica de las distintas relaciones jurídicas sobre las tierras rústicas en los derechos español y chino.

## 2. Inconvenientes para la efectividad de las propuestas de "lege ferenda"

Con todo, no puedo dejar de reconocer que el prototipo occidental y en particular el español, aun siendo espléndido, cuenta con varias trabas para ser traspuesto al derecho chino. Por decirlo en palabras sencillas, la regulación de los distintos derechos sobre tierras rústicas responde en España al objetivo de concertar un ejercicio equitativo de cada uno de ellos; el factor político está casi ausente si prescindimos de la finalidad social al que están “preordenados” constitucionalmente el derecho de propiedad y demás derechos reales. Sin embargo, los derechos sobre tierras rústicas en la RPC son más derecho público que privado y, aunque persiguen también un ejercicio justo, constituyen un instrumento de fuerte intervención política que abarca a grandes áreas del estatuto jurídico del ciudadano chino y lo involucra indisolublemente a instituciones oficiales, comunidades de campesinos y gobiernos regionales y municipales dentro del sistema jurídico socialista con características chinas.

Esta presencia política caracteriza la legislación china y, de alguna forma, la distancia tanto de los criterios jurídicos europeos continentales como de los anglosajones pues ninguno de estos persigue acomodar el derecho a parámetros del comunismo chino. Las instrucciones en esta materia, repetidas en distintos congresos del Partido Comunista Chino, asumen que toda reforma legislativa “debe respetar la filosofía socialista con características chinas” y en todo caso cualquier legislación futura deberá adherirse a “la unidad orgánica del liderazgo del Partido Comunista Chino”[[7]](#footnote-7). Puede comprenderse con facilidad la trascendencia de estas instrucciones en ámbitos como el de los derechos sobre las tierras rústicas que afecta a varios cientos de millones de personas.

Debe tenerse en cuenta además que el actual sistema jurídico socialista con características chinas ha sido construido partiendo prácticamente desde cero. Es decir, el derecho actual no se ha beneficiado del carácter milenario de la cultura jurídica china, eliminada de plano en 1949.

Hasta ese momento se habían sucedido en China distintos sistemas jurídicos, muchos de ellos diferentes entre sí, pero todos colaboraron a enriquecer la tradición jurídica. La ética confucionista estuvo presente durante varios siglos en la exégesis y praxis jurídicas. Fue sustituida por otras corrientes que se hicieron eco de las diferentes vicisitudes históricas de China en su larga época feudal y en la etapa semi colonial, que permitieron durante el siglo XIX algunos intentos de modernización jurídica al modo europeo. A partir de 1911 con la recién creada República Democrática Capitalista, se introducen en el derecho chino el denominado “sistema de las seis áreas”[[8]](#footnote-8) muy ensayado en Europa y que abarcaba los derechos constitucional, civil, penal y administrativo junto con los derechos procesales civil y penal.

Todo esta tradición fue sepultada a partir de 1949 bajo la égida del Partido Comunista Chino y la creación de la RPC, dando lugar a una nueva legislación comunista, absolutamente distinta de todo lo anterior, y que durante los primeros quince años de vigencia produjo significativos efectos positivos, sobre todo en el área del derecho de los campesinos, que, sin embargo, se desvanecieron a cierta velocidad en la década de la denominada "revolución cultural".

## 3. Nuevas posibilidades en la RPC actual

Hoy la RPC está firmemente comprometida con la instauración de un auténtico Estado de Derecho si bien sometido al desarrollo de una democracia socialista china. En los congresos nacionales del Partido Comunista Chino de 1997, 2002, 2004, 2007 y 2010, entre otros, se reiteró la estrategia de adoptar un Estado de Derecho para conseguir el objetivo capital de construir un país socialista[[9]](#footnote-9).

Conseguir la plena eficacia de un Estado de Derecho es un objetivo irrenunciable para la RPC y a él quiere contribuir modestamente esta tesis, aportándole la experiencia del derecho español, en este momento de importante progreso en la evolución jurídica china, en la regulación de los distintos derechos posibles sobre tierras rústicas.

Debo añadir que aunque las distancias conceptuales entre la legislaciones española y china son muy amplias, no dejan de existir algunas zonas chinas donde esas distancias son extraordinariamente más cortas. Me refiero a Taiwan y a Macao que se adhirieron con éxito –y aún conservan– un "Sistema Romano Civil", que convive con los regímenes comunista de China Continental y el del *Common Law* de Hong Kong[[10]](#footnote-10).

En los últimos sesenta años el derecho civil chino ha recorrido un largo y azaroso camino y pretende evolucionar hacia su perfección porque todavía quedan materias que precisan de una regulación como lo es, a nuestros efectos, el arbitraje sobre controversias surgidas en los contratos sobre tierras rústicas y la regulación de los derechos sobre estas en general[[11]](#footnote-11).

## 4. Plan de trabajo

Por todas estas razones y a fin de ofrecer la visión de conjunto de la que hablaba líneas arriba, la tesis se ha estructurado siguiendo un cierto sistematismo, de forma que:

A.- Primero he estudiado la propiedad sobre tierras rústicas (lo que incluye sus clasificaciones, la copropiedad, los modos originarios y derivativos de adquisición de la propiedad, así como los problemas derivados del título y del modo en relación sobre todo con la *traditio*).

B.- Tras la propiedad viene la posesión contractual de las tierras rústicas (donde analizo algunos conceptos generales y comparo la postura de política legislativa española con la china en algunos contratos tan importantes como lo son el arrendamiento rústico y la aparcería, lo que me permite abordar también los arrendamientos rústicos históricos y el acceso a la propiedad de los arrendatarios).

C.- Luego los derechos reales limitados sobre tierras rústicas (en especial el usufructo y algunas especialidades como los usufructos impropios en tierras rústicas, el usufructo de una acción para reclamar un predio o derecho real o el régimen especial de los usufructos sobre predios rústicos mineros. También los derechos de uso y de habitación en cuanto recaigan sobre tierras o construcciones rústicas, las servidumbres prediales rústicas, el censo, la enfiteusis, los derechos de superficie, sobreelevación y subedificación, y finalmente los derechos reales de adquisición en las modalidades más frecuentes de las que recaen sobre fincas rústicas).

D.- También los derechos reales limitados de garantía sobre tierras rústicas (en particular la hipoteca –en cuanto tuvo su origen en la garantía de la renta de los arrendamientos rústicos mediante un *pignus conventum*– y la anticresis, junto a las garantías reales mobiliarias sin desplazamiento posesorio. Particular atención le he prestado a los que he denominado derechos reales limitados de disfrute en China y a los derechos de contratación y administración de las tierras rústicas chinas y sobre todo los derechos de uso sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales).

## 5. Aspectos excluidos del estudio.

Este plan de trabajo ha excluido ex profeso aspectos jurídicos de detalle, domiciliados en la hermenéutica científica o jurisprudencial, procedente de los conflictos de derecho pertenecientes a un plano que difícilmente puede suscitarse en la RPC y que, por tanto, carecen de interés a los efectos de esta tesis.

Por ejemplo, en España, el propietario de un fundo rústico podrá aprovechar las aguas procedentes de manantiales y las subterráneas existentes en el mismo si no excede de una determinada cantidad de m3/año. Así, desde el punto de vista del derecho público, la Administración no puede privar a un propietario del uso privativo de aguas privadas, incluso cuando se ha sobrepasado el límite de explotación establecido por ley sin valorar previamente la entidad del incumplimiento[[12]](#footnote-12). La complejidad de problemas de este tipo se puede observar en la STS 3ª de 15 de marzo de 2016, rec. núm. 2205/2014, que recuerda que la Ley de Aguas dice que son de dominio público los acuíferos, lo que explica la regla general del art. 12 de dicha ley según la cual el propietario del fundo no puede ejecutar actuaciones de extracción o aprovechamiento de tales aguas con la excepción prevista en el artículo 54.2 de dicha Ley de Aguas: el titular del fundo podrá aprovechar las aguas procedentes de manantiales y las subterráneas existentes en su fundo si tal aprovechamiento no excede de 7000 m3/año. De excederse tal volumen, debe instarse su concesión (cf. artículo 87.1.3.º del Reglamento del Dominio Público Hidráulico). Este régimen específico de aprovechamiento es lo que en las Ley de Aguas de 1985 y 2001 y en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico ( cf. artículo 83.1 ) se denomina derecho al uso privativo del dominio público hidráulico adquirido por disposición legal frente al que se adquiere mediante concesión o autorización. "Este régimen se basa en la asunción por el interesado de la carga de comunicar al Organismo de cuenca las características de la utilización pretendida, para lo que establece una serie de requisitos y trámites que no son del caso y que regulan los artículos 85 y siguientes del Reglamento del Dominio Público Hidráulico"[[13]](#footnote-13).

El derecho chino no prevé la posibilidad de que se susciten este tipo de conflictos ya que la mayoría de los derechos de aprovechamiento y explotación de recursos naturales rústicos están atribuidos a comunidades de campesinos y a distintos estamentos de los diferentes gobiernos municipales y territoriales en el que se encuentran las tierras rústicas, sin perjuicio de que sean cedidos a particulares.

En consecuencia, no se trata solo de reunir un material de trabajo sino de seleccionar aquel que más y mejor pueda contribuir a la permeabilidad de la conexión entre dos grades sistemas jurídicos: el español y el chino.

# CAPÍTULO II

# [PROPIEDAD SOBRE TIERRAS RÚSTICAS](#_Toc452821668)

## 1. Generalidades[[14]](#footnote-14)

Como otros muchos países asiáticos y europeos, China y España cuentan con una importante producción agrícola y ganadera. Aunque no es sencillo establecer correspondencias entre ellos, sin embargo ambas potencias tienen en común, dentro de sus respectivas proporciones, el disponer de grandes extensiones de terreno dedicadas a tierras rústicas, aunque –y este es el objeto principal de estudio del presente trabajo– difieren de manera sustancial en el régimen jurídico de los derechos que pueden ostentarse sobre ellas. Con carácter muy general, basta pensar que el sistema español contempla tanto el dominio público como la propiedad privada de este tipo de inmuebles, permitiendo así que los particulares puedan acceder y mantener individualmente derechos dominicales sobre terrenos rústicos[[15]](#footnote-15). Esta posibilidad ni existe en China ni su legislación autoriza que las tierras rústicas puedan pertenecer a personas privadas individuales, pues la mayoría de ellas se rige por un colectivismo denominado “propiedad colectiva socialista” que permite a los campesinos el aprovechamiento de sus recursos naturales pero con un régimen completamente distinto al del dominio particular, que ha sido suprimido y transferido a la colectividad a fin de que el Estado garantice la distribución de la riqueza, tal como explicaremos más adelante. La propiedad colectiva sobre tierras rústicas es una innovación del sistema, inspirada en fuertes características de la legalidad china nacida durante el siglo XX y de sus propias circunstancias sociales e históricas, determinantes de la reforma económica y política del país.

## 2. Clasificaciones

Según a las personas a las que pertenezcan, la propiedad de las tierras rústicas en España –al igual que el resto de los bienes– se divide entre dominio público y propiedad privada[[16]](#footnote-16). Los bienes de dominio público[[17]](#footnote-17) pertenecen al Estado según el artículo 339 de Código Civil español[[18]](#footnote-18) (en lo sucesivo se abrevia “CC”)，que a su vez los clasifica en dos categorías: 1ª) el primer párrafo dice que “Los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos”[[19]](#footnote-19); 2ª) el segundo párrafo dice que “Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras que no se otorgue su concesión”. Ahora bien, no todos los bienes del Estado son de dominio público pues aquellos que no se encuentren en alguna de las dos circunstancias mencionadas serán bienes de “propiedad privada” del Estado, tal como ordena el artículo 340 CC al disponer que “todos los demás bienes pertenecientes al Estado, en que no concurran las circunstancias expresadas en el artículo anterior, tienen el carácter de propiedad privada” [[20]](#footnote-20). Esta distinción[[21]](#footnote-21) significa en la práctica, que la mayoría de las tierras rústicas pertenecientes al Estado, no son de dominio público sino de propiedad privada estatal.

Otro tanto cabe afirmar del resto de los bienes de titularidad pública, en especial los pertenecientes a las Comunidades Autónomas (aunque no sean mencionadas expresamente en el CC), las Provincias y los Municipios. Según el art. 344 CC estos bienes se clasifican en bienes de uso público cuando están afectos al cumplimiento de una finalidad o servicio público, y bienes patrimoniales en caso contrario, entendiendo por tales los que son propiedad privada de esos entes públicos. A su vez el artículo 2 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, clasifica los bienes de las Entidades Locales en bienes de dominio público y bienes patrimoniales. Los bienes comunales podrán pertenecer a los municipios y a las Entidades Locales menores. Por lo tanto, como vemos, el dominio público puede ser del Estado, de la Comunidad Autónoma, de la Provincia, del Pueblo y de la Colectividad, etc., es decir, las tierras rústicas en España también pueden ser patrimoniales del Estado, de la Provincia, del Municipio, de la Colectividad., además de pertenecer a personas particulares（cfr. los artículos 339, 340, 341, 343, 344, 345 CC)[[22]](#footnote-22).

Nuevamente encontramos, a efectos prácticos, que al igual que sucedía con la propiedad privada estatal, la mayor parte de las tierras rústicas comunales, provinciales y municipales son de naturaleza patrimonial, esto es, son propiedad privada de sus respectivos organismos y, en consecuencia, se rigen por el CC y siguen un régimen jurídico similar al de la propiedad privada de los particulares[[23]](#footnote-23), excepción hecha de los privilegios concedidos por el art. 132 CE.

La propiedad sobre tierras rústicas en china se clasifica en propiedad estatal y en propiedad colectiva, según sean sus propietarios. La propiedad estatal pertenece a toda la población china. Los derechos de propiedad sobre los bienes de propiedad estatal se ejercen por el Consejo de Estado que representa al Estado de la República Popular China, salvo que la ley disponga otra cosa. La propiedad colectiva, una propiedad comunal perteneciente a todos los miembros de la comunidad. Aún hoy sigue siendo polémico el concepto de propiedad colectiva pues no puede ser asimilado a las formas de copropiedad. Los derechos de propiedad sobre los bienes de propiedad colectiva se ejercen por las organizaciones económicas colectivas que representan a las colectividades.

El artículo 47 de la Ley de los derechos reales en China dice que “la ley establece que las tierras rústicas y las tierras suburbanas pertenecen al Estado, estas son de propiedad del Estado”. El párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución China y el párrafo segundo del artículo 8 de la Ley de Administración de suelo prevén: “las tierras rústicas y las tierras suburbanas, salvo las que pertenecen al Estado por las disposiciones de la ley, pertenecen a la colectividad de los campesinos; las tierras para construir viviendas rurales (homestead), las tierras reservadas y las colinas reservadas[[24]](#footnote-24) en las zonas rurales, pertenecen a la colectividad de los campesinos”. Aquí la “ley” se refiere a los instrumentos normativos jurídicamente vinculantes, aprobados por la Asamblea Popular Nacional y su Comité Permanente de la República Popular China, incluyendo la Constitución China y otras leyes. De acuerdo con el artículo 2 de los Reglamentos de Aplicaciones de la Ley de Administración de suelo que se promulgó por el Consejo de Estado, las tierras rústicas perteneciente al Estado, en general, se pueden dividir en las siguientes categorías :

1. las tierras rústicas adquiridas legalmente por el Estado mediante confiscación，expropiación o compra administrativa
2. las tierras rústicas adquiridas legalmente por el Estado mediante requisa[[25]](#footnote-25)
3. las tierras rústicas pobladas de árboles, los prados, las tierras baldías, las marismas y otras tierras rústicas que no pertenezcan a la colectividad
4. las tierras rústicas que pertenecían originariamente a la colectividad cuando los miembros de las organizaciones económicas colectivas se han convertido en residentes urbanos
5. las tierras rústicas que pertenecían originariamente a la colectividad cuando los campesinos que la componían sean trasladados por el Estado o a consecuencia de calamidades naturales u otras razones.

El párrafo primero del artículo 9 de la Constitución China dice que “los yacimientos de minerales, las corrientes de agua, los bosques, las montañas, las praderas, las tierras baldías, las marismas y otros recursos naturales pertenecen al Estado, es decir que pertenecen a toda la población china: sin embargo, se exceptúan los bosques, las montañas, las praderas, las tierras baldías, las marismas pertenecientes a la colectividad por las disposiciones de la ley”. Además, la Ley de praderas y la ley de bosques en China regulan la propiedad estatal de los recursos naturales, a reserva de las disposiciones especiales de la ley. Por consiguiente, los bosques, las montañas, las praderas, las tierras baldías, las marismas y otros recursos naturales en las zonas rurales suelen ser propiedad del Estado, a menos que la ley ordene expresamente que estos recursos naturales pertenecen a la colectividad.

En resumen, las tierras rústicas en China suelen ser propiedad de la colectividad y los recursos naturales rústicos suelen ser propiedad del Estado, salvo las excepciones establecidas por las disposiciones especiales de la ley. La propiedad colectiva socialista es la forma más importante, sustancial y general del derecho de propiedad sobre las tierras rústicas: es un sistema de propiedad completamente característico chino, hasta el punto de constituir, el punto de partida lógico que sustenta las ideas básicas sobre las que se han construido los sistemas jurídicos civiles de tierras rústicas en China.

Los exponentes más importantes de las tierras rústicas en China —las tierras de cultivos, las tierras para construir viviendas rurales, las tierras de construcción colectiva[[26]](#footnote-26), las colinas reservadas, y las tierras reservadas, etc.— pertenecen a la colectividad.

## 3. Copropiedad

En España la copropiedad se produce cuando dos o más personas, ya sean físicas o jurídicas, son dueñas de una misma cosa[[27]](#footnote-27). La copropiedad o condominio produce dos o más copropietarios en torno a una sola propiedad[[28]](#footnote-28). Los artículos 392 a 406 CC regulan el sistema de copropiedad[[29]](#footnote-29), que puede ser voluntaria o incidental[[30]](#footnote-30). La copropiedad voluntaria es buscada de propósito por los copropietarios, mientras que la copropiedad incidental se produce por una situación originariamente ajena a ellos, como el acto de un tercero o una disposición legal. Por ejemplo, si dos personas compran conjuntamente un fundo se hacen copropietarios de la tierra porque ellas quieren, por tanto se trata de una copropiedad voluntaria. Sin embargo, si dos hermanos heredan de su padre una tierra económicamente indivisible y se hacen copropietarios de ella, la copropiedad se produce por disposición de la ley dando lugar a una copropiedad incidental[[31]](#footnote-31). El artículo 393 CC dice que “El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas. Se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad”. Los beneficios y cargas de copropiedad se reparten con el mismo criterio proporcional[[32]](#footnote-32). La obligatoriedad de contribuir a los gastos útiles de mejora surge por el acuerdo de la mayoría, mientras que en los gastos suntuarios de mejora se exige la unanimidad[[33]](#footnote-33). En caso de enajenación de un piso o local, los dueños de los demás, por este solo título, no tendrán derecho de tanteo ni de retracto. En caso de enajenación de parte de una copropiedad todos los demás condueños, conjunta o individualmente, tendrán derecho de tanteo. El copropietario de una cosa común tendrá derecho de retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos[[34]](#footnote-34). La cosa común puede ser divisible o indivisible, pero en ambos casos los comuneros solo disponen de cuotas ideales sobre aquella; las cuotas ideales se transformarán en reales en el momento de la división[[35]](#footnote-35) o en su equivalente económico en caso de cosa común indivisible[[36]](#footnote-36).

El capítulo VIII de la Ley de los derechos reales en China establece el sistema de copropiedad, y diferencia la copropiedad con cuota y la copropiedad genérica. La copropiedad con cuota, significa que los copropietarios tienen sus propiedades y cumplen sus obligaciones correspondientes a sus respectivas cuotas sobre la cosa común. Generalmente, los copropietarios acuerdan cuotas exactas e idénticas. Sin embargo, en la práctica, la cuota de cada comunero viene determinada por su contribución o porcentaje de inversión. El artículo 104 de la Ley de los derechos reales en China dice que “para el copropietario en régimen de copropiedad con cuota, sus cuotas sobre los bienes inmuebles o bienes muebles comunes se determinan según la inversión si faltan los contratos o no se ha acordado claramente; se presumirán iguales, mientras no se pueda determinar la cantidad de inversión”. En caso de enajenación de la parte de todos los demás copropietarios o de alguno de ellos, el copropietario de la copropiedad con cuota, tendrá derecho de tanteo. Se precisa el acuerdo de los copropietarios que representen dos tercios de las cuotas para vender, hipotecar o hacer una mejora de importancia, etc., a la cosa común, salvo otros acuerdos entre los copropietarios. A falta de acuerdos sobre la división de la cosa común, o cuando esta no se acuerde claramente, el copropietario de La copropiedad con cuota puede dividir la cosa común en cualquier momento.

La copropiedad genérica significa que los copropietarios tienen sus propiedades genéricamente sobre los bienes inmuebles o bienes muebles comunes, de forma que esta propiedad de los copropietarios cubre la cosa común total. Para usar, disfrutar, disponer, poseer, vender, hipotecar, hacer mejoras de importancia y, en general, para cualquier acto dispositivo sobre la cosa común se exige la unanimidad de todos los copropietarios, salvo otros acuerdos entre estos. A falta de acuerdos, o no se hayan adoptado con claridad, los copropietarios de copropiedad genérica pueden dividir de la cosa común en caso de que hayan decaído las bases de copropiedad, o haya razones importantes que aconsejen la división.

En China, la propiedad colectiva es una forma importante de propiedad sobre las tierras rústicas, por eso, no existe la copropiedad individual（personal）. El artículo 60（2）de la Ley de los derechos reales en China dice que “las tierras, los bosques, las montañas, las praderas, las tierras baldías y las marismas, cuando pertenezcan a dos o más colectividades de campesinos, sus derechos de propiedad se ejercerán por sus organizaciones económicas colectivas que representen a las colectividades”. En consecuencia una copropiedad colectiva se rige por las disposiciones del sistema de copropiedad. Estas Se basan en la separación entre propiedad y usufructo sobre tierras rústicas en China, pues el artículo 105 de la Ley de los derechos reales en China establece el sistema de cuasi-copropiedad (quasi-common), y dice que “dos o más personas o comunidades son usufructuarios, o acreedores de derechos reales de garantía de una misma cosa, en referencia a las disposiciones de este capítulo” (CAPÍTULO VIII “Copropiedad”). Las parejas o toda la familia son copropietarios de una cuasi-copropiedad（“准共有”, sistema muy frecuente en tierras rústicas. Es decir, que las parejas o toda la familia son usufructuarios de las mismas tierras rústicas y se aplicarán las disposiciones de la copropiedad genérica.

## 4. Adquisición de la propiedad

### **4.1. Modos originarios**

El que adquiere la propiedad de forma originaria no la recibe de nadie, es una adquisición sin dependencia de los derechos ajenos que puedan existir[[37]](#footnote-37). Por ejemplo: Cayo caza un jabalí y adquiere la propiedad[[38]](#footnote-38). El CC prescribe tres modos originarios de adquirir la propiedad: la ocupación, la usucapión, y la accesión. Pero no se puede adquirir la propiedad de tierras rústicas en España por ocupación[[39]](#footnote-39), porque se adquieren por este modo los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño. Ya el artículo 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre dice que “pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño... ”. Por lo que, las tierras rústicas no son bienes apropiables que carecen de dueño[[40]](#footnote-40).

Sin embargo, las tierras rústicas se adquieren por la usucapión[[41]](#footnote-41), lo que significa “la adquisición de propiedad por la posesión continuada durante el tiempo señalado por la ley[[42]](#footnote-42)”. Esta posesión tiene dos requisitos： buena fe[[43]](#footnote-43) y justa causa[[44]](#footnote-44). Buena fe significa que el adquirente considera legítimo su derecho a poseer[[45]](#footnote-45). Casi siempre esta creencia está amparada en la convicción de que el cesionario adquiere la cosa de alguien que en apariencia es el propietario. Justa causa implica que el hecho del que deriva la posesión es justo, y legalmente es suficiente para transferir el dominio o derecho real[[46]](#footnote-46). Quedan excluidas de la usucapión las cosas hurtadas o las poseídas con violencia. Por supuesto, para la usucapión[[47]](#footnote-47) no es suficiente cualquier posesión, pues hay que poseer en concepto de dueño, dando lugar a la denominada “posesión civil”.

El tercer modo es “la accesión”. La accesión[[48]](#footnote-48) se rige por el principio elemental de que la propiedad de la cosa accesoria accede a la cosa principal[[49]](#footnote-49).

El individuo no puede ser dueño de tierras rústicas por el sistema especial de propiedad en China. De conformidad con la ley, las tierras rústicas pertenecen al Estado y la colectividad, cuando se ha formado la estructura estable de propiedad. Y así, actualmente, la importancia de los modos originario para adquirir la propiedad de tierras rústicas en China se debilita mucho. Además, la ocupación y la usucapión todavía no se ha recibido en la legislación civil china. El artículo 106 de la Ley de los derechos reales en China regula el sistema de la adquisición de buena fe（*bona fide acquisition*），pero estas vías son inútiles para las tierras rústicas por las restricciones a su transferencia. El artículo 28 de la ley de propiedad dice que “los documentos jurídicos del tribunal y comité de arbitraje y las decisiones expropiatorias del gobierno, que conducen a la creación, cambio, transferencia, cesación de derechos reales, surtirán efecto cuando ellos entren en vigor”. Por consiguiente, lo que se prescribe en el artículo 28 también es un modo originario de adquirir la propiedad de tierras rústicas. El Estado al expropiar los bienes y recompensar adecuadamente al individuo y a la colectividad lo hace por la necesidad de Interés público. Las tierras rústicas pertenecientes a la colectividad, se convierten en las que pertenecen al Estado. Sin embargo, la expropiación es un acto administrativo y no resulta posible investigarlo solo dentro los sistemas jurídicos civiles. Por lo tanto, no se desarrollarán las investigaciones sobre la expropiación en este trabajo.

### **4.2. Modos derivativos**

#### **4.2.1. Título y modo**

Se diferencian de los modos originarios los derivativos, llamados así por la dependencia de la transmisión de los derechos y obligaciones constituidos por el transmitente sobre la cosa transmitida[[50]](#footnote-50). Compraventa, donación, sucesión, etc. son ejemplos de modos derivativos.

En España, una gran cantidad de tierras rústicas pertenecen a los particulares. Los dueños pueden transferir sus tierras y el mercado de la tierra es más activo que el de China. Los modos derivativos son los más importantes y frecuentes en la adquisición de la propiedad de tierras rurales en España. Sin embargo el “Título” en sí mismo es insuficiente para transmitir el dominio en actos de compraventa, donación, permuta o sucesión. El CC sigue el principio del derecho romano, diferencia entre “Título”y “Modo”, es decir que solo después del “Modo” generalmente representado por una *traditio* o entrega, se adquirirá la propiedad[[51]](#footnote-51). El artículo 1095 CC dice que “el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada”.

En China, las personas pueden aprovechar las tierras rústicas mediante un derecho relativamente parecido al usufructo español, pero no pueden ser propietarias. Así los estudios sobre los modos derivativos de adquisición del dominio sobre tierras rústicas tienen menos interés en China que en España. Sin embargo, es importante hacer una investigación sobre los modos derivativos en la trasmisión de derechos reales limitados. Por supuesto, como en España, China también diferencia el “Título” del “Modo”. La compraventa, la donación y la sucesión son acciones causales y no conducen a la transferencia del derecho real. Hay que entregar los bienes para transmitir el derecho. La forma de “entregar” los bienes inmuebles, incluido las tierras rústicas, es mediante su inscripción en el “registro de la propiedad”. Después de la inscripción en el registro, se adquirirá el derecho transmitido conforme a la legislación China.

#### **4.2.2. Traditio**

La *traditio* implica la transmisión posesoria de bienes tangibles y puede producir efectos traslativos del dominio o de otros derechos reales cuando va acompañada de la correspondiente intención[[52]](#footnote-52). Hay varias formas de *traditio* como la simple, la *traditio* *symbolica*, la *traditio* *longa* *manu*, o la *traditio* *brevi* *manu*[[53]](#footnote-53). Una vez efectuada la *traditio* se producirá la transmisión del derecho sin necesidad de su inscripción en el registro de la propiedad, cuyo principal valor es dotar al titular de la protección de la fe pública registral.

El artículo 9 de la Ley de los derechos reales en China dice que “la creación, el cambio, la transferencia, la cesación de derechos reales sobre los bienes inmuebles, surtirán efecto cuando se inscriban en conformidad con la ley；no surtirán efecto si no se inscriben, salvo que la ley autorice otra cosa. Los recursos naturales del Estado, y sus propiedades no precisan registrarse”. China adoptó una doctrina de “Inscripción constitutiva” （“登记生效主义”）en los bienes inmuebles. Por lo tanto, trasladar la posesión de tierras rústicas no significa en China –ni tampoco en España– trasladar la propiedad.

## 5. La defensa de la propiedad

### **5.1. Acción reivindicatoria**

En España, la más importante de las acciones que defienden el derecho de propiedad es la acción reivindicatoria. El artículo 348 CC regula que el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla[[54]](#footnote-54). La acción reivindicatoria es una acción real y su ejercicio tiene tres requisitos imprescindibles：legitimación activa del propietario[[55]](#footnote-55), legitimación pasiva del poseedor e identificación exacta de la cosa reivindicada[[56]](#footnote-56).

En China, la acción reivindicatoria se subdivide en tres tipos：la acción de restitución, la acción para eliminar el perjuicio y la acción para prevenir el perjuicio. La acción de restitución, se produce cuando el propietario pide la restitución de la cosa contra el tenedor o el poseedor sin justa causa（sin derecho）o persona que perjudica la cosa. En La acción para eliminar el perjuicio, el propietario pide la eliminación de los perjuicios contra la persona que perjudica su derecho de propiedad. En la acción para prevenir el perjuicio el propietario protege la cosa de los perjuicios posibles. Esas tres acciones**,** se ejercen por el propietario para defender plenamente su propiedad[[57]](#footnote-57).

### **5.2. Registro de la propiedad**

Los artículos 605 a 608 CC regulan el sistema del "registro de la Propiedad". España adoptó un criterio de fe pública registral[[58]](#footnote-58), de forma que la no inscripción en el registro no afecta a la adquisición de la propiedad, pero lo títulos que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro no perjudican a tercero. Por ejemplo, Ticio vendó un pedazo de tierra rústica a Paco y lo entregó. Luego Ticio vendió el mismo pedazo de tierra a Cayo y Cayo lo inscribió en el Registro. Aunque Paco poseyó la tierra la perdió frente a Cayo que fue amparado por la fe pública registral pues según el segundo párrafo del artículo 1473 “Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro”. En este caso, la propiedad de la tierra pertenece a Cayo. El registro de la propiedad en España tiene las siguientes características：

1. El registrador examina si las formas de los documentos presentados para registrarse cumple los requisitos o no.
2. Lo que ya se ha registrado en el Registro, puede revocarse por las causas legales de invalidez o revocación.
3. El Registro se compila según el orden temporal de las inscripciones (*prior tempore potior in iure*)[[59]](#footnote-59).
4. Se inscriben las transmisiones de los bienes inmuebles y los derechos reales sobre los mismos. En algunos de estos la inscripción puede tener carácter constitutivo, como sucede con la hipoteca, es decir, carece de fuerza frente a terceros mientras no se inscriba[[60]](#footnote-60).

El régimen registral chino es completamente diferente del español pues la inscripción de la transmisión del dominio sobre bienes inmuebles es hasta tal punto imprescindible que tiene carácter constitutivo. No obstante la legislación china prevé algunas excepciones en las que se producirá el efecto transmisorio con independencia de la inscripción de su causa en el registro. Este es el caso, por ejemplo, de las decisiones judiciales o las expropiaciones.Pero, teniendo en cuenta la seguridad de las transacciones, en estos casos los dueños que han adquirido los bienes inmuebles no pueden disponerantes de registrarlos（cfr. los artículos 28 a 31 de la Ley de los derechos reales en China)[[61]](#footnote-61). Además, en China, es el propio registro el encargado de expedir los títulos de propiedad de los bienes inmuebles que se hallen inscritos.

# CAPÍTULO III

# LA POSESIÓN CONTRACTUAL DE LAS TIERRAS RÚSTICAS

## 1. Conceptos generales

La posesión consistía originariamente[[62]](#footnote-62) en un poder de hecho y material[[63]](#footnote-63). La posesión implica la capacidad de ejercer un cierto señorío sobre un bien y puede referirse o no al propio hecho de la propiedad sobre el objeto, es decir, que la posesión es, entre otras cosas, un poder de hecho sobre la propiedad. Pero, al mismo tiempo, también puede manifestarse como un poder independiente de la propiedad, de forma que los títulos de ambos derechos recaigan sobre personas diferentes[[64]](#footnote-64). Cuando este poder posesorio se separa de la propiedad y se cede a personas que no son propietarios, la posesión sigue recibiendo la protección que le corresponde como a todo derecho real[[65]](#footnote-65). El propietario no puede pedir arbitrariamente al poseedor que le devuelva el bien original. Cuando la posesión legal de una persona que no es propietaria es arrebatada por otra persona, el poseedor puede pedir, a la persona que se ha apoderado del bien, que se lo devuelva[[66]](#footnote-66).

El Título V del Código Civil español y la Parte V de la Ley de los Derechos reales en la República Popular de China establecen los modos de posesión. La complejidad del derecho de posesión hace que su estudio exceda el objetivo de este trabajo por lo que sus clases[[67]](#footnote-67), las formas de adquirirla[[68]](#footnote-68), sus efectos[[69]](#footnote-69), las formas de perderla[[70]](#footnote-70), las maneras de protegerla[[71]](#footnote-71), la cuasi-posesión (“准占有”)[[72]](#footnote-72), etc., no se expondrán aquí y nos remitimos a las sabias conclusiones alcanzadas por la doctrina y la jurisprudencia españolas y chinas.

Por el contrario, resulta de interés para los objetivos de esta investigación las formas posesorias convencionales y, dentro de estas, las derivadas de vínculos contractuales cuyo fundamento sea la tierra rústica. En concreto y sobre todo el arrendamiento rústico y la aparcería[[73]](#footnote-73).

## 2. Arrendamiento

### **2.1. Consideraciones jurídico-políticas sobre el arrendamiento rústico en España**

En la estrategia de modernización de la agricultura[[74]](#footnote-74) que pretenda mejorar su competitividad en los mercados, producir intereses a los propietarios y, al mismo tiempo, crear puestos de trabajo para los obreros, agricultores y ganaderos, un elemento clave es establecer las estructuras de las explotaciones agrarias con una adecuación socioeconómica[[75]](#footnote-75). Con el objetivo de mejorar las estructuras de las explotaciones agrarias y desarrollar más la agricultura en España, el arrendamiento rústico es la forma más idónea para conseguir la movilidad de la tierra[[76]](#footnote-76). De acuerdo con el Censo Agrario de 1999, en España existía un 44 por ciento de explotaciones cuyo empresario era una persona física y el 42,3 por ciento del total de explotaciones censadas estaban dirigida por un titular de 55 o más años que carecía de sucesor. Es decir, que en el próximo decenio abandonarán la actividad agraria entre 400.000 y 500.000 explotaciones que liberarán alrededor de cuatro millones de hectáreas que teóricamente quedarán disponibles. Debido al alto precio de la tierra, en principio no cabe esperar que la reestructuración se produzca a través de la compraventa de tierras. Así que el arrendamiento de tierras puede ser un modo racional -las tierras liberadas se unen a las demás mediante su arrendamiento-, de incorporarlas a otras explotaciones con el fin de que se produzca esa reestructuración de las tierras[[77]](#footnote-77).

De acuerdo con las disposiciones de la Ley de Arrendamientos Rústicos española, en adelante designada por su abreviatura LAR, el propósito del arrendamiento de tierras es su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal[[78]](#footnote-78). El artículo 3 de la LAR manifiesta que “Los derechos de producción agrícolas y otros derechos inherentes a las fincas o las explotaciones integrarán el contenido del contrato, tanto en los arrendamientos de fincas como en los de explotaciones” [[79]](#footnote-79). Los arrendamientos que se realicen sobre fincas adquiridas para otro fin que no sea la agricultura o la construcción, se disponen en las legislaciones especiales aplicables, según el artículo 6 de la LAR, que recoge los arrendamientos exceptuados por la ley: “Quedan exceptuados de esta ley: ...c) Los que tengan por objeto fincas adquiridas por causa de utilidad pública o de interés social, en los términos que disponga la legislación especial aplicable. d) Los que tengan como objeto principal:... 5.º Cualquier otra actividad diferente a la agrícola, ganadera o forestal...” [[80]](#footnote-80). El agricultor profesional, las cooperativas agrarias, las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, las sociedades agrarias de transformación y las comunidades de bienes; las personas jurídicas civiles, mercantiles o laborales, y las sociedades agrarias de transformaciones (SAT)[[81]](#footnote-81), realizan las actividades agrarias que incluyen en el objeto social de sus estatutos, y en su caso, las actividades complementarias a éstas dentro del ámbito rural, siempre que no excedan los límites establecidos en el apartado 6 del artículo 9 de la LAR; las entidades u organismos de las Administraciones Públicas que estén facultados, conforme a sus normas reguladoras, para la explotación de fincas rústicas podrán ser arrendatarios[[82]](#footnote-82). Sin embargo, los apartados 6 y 7 del artículo 9 de la LAR establecen los casos en los que las personas y entidades no podrán ser arrendatarias y las excepciones a ello[[83]](#footnote-83).

La renta en los arrendamientos rústicos puede ser fijada en dinero y en especie, y puede ser actualizada en la forma y en el lugar pactado por las partes. Los gastos del seguro suscrito para garantizar la producción normal de la finca o explotación, son compartidos por el arrendatario y el arrendador en proporción a la garantía que le suponga a cada uno de ellos. Además, el arrendador tiene que hacerse cargo de los gastos de conservación, tal y como establece el artículo 18 de la LAR, así como de otros gastos mencionados en la propia ley[[84]](#footnote-84). Finalmente, el artículo 20 de la LAR dispone que las obras y mejoras serán a cargo del arrendatario.

Así mismo, la LAR, en su artículo 11, establece que “Los contratos de arrendamiento deberán constar por escrito…. A falta de pacto entre las partes y salvo prueba en contrario, se presumirá la existencia de arrendamiento siempre que el arrendatario esté en posesión de la finca.” El artículo 2 de la LAR dice, además, que se trata de arrendamiento de explotación cuando ésta se considere objeto del contrato en el conjunto de sus elementos considerados como una unidad, las partes lo hagan constar expresamente y se adjunte al contrato un inventario. En el apartado primero del artículo 12 se establece la duración mínima del contrato, que será de 5 años, así como la nulidad en la que recaerá el contrato si las partes acuerdan en cualquiera de sus cláusulas una duración menor. En el segundo apartado el mismo artículo contempla que sólo si existe una estipulación en el contrato que contemple una duración superior, este contrato se establece por cinco años[[85]](#footnote-85). El artículo 12 de la LAR finaliza estableciendo, en su apartado tercero, la obligatoriedad de notificación fehaciente del arrendador al arrendatario si el primero desea finalizar la relación contractual y recuperar la posesión de la finca o fincas arrendadas y la consecuencia de prórroga automática del contrato por otros cinco años, así como la sucesión de prórrogas indefinida mientras no se denuncie el contrato con las formalidades requeridas.

#### **2.1.1. Acceso a la propiedad en los arrendamientos rústicos históricos**

Una forma singular de acceder a la propiedad de tierras rústicas es la prevista en la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos[[86]](#footnote-86) (en adelante LARH). El art. 1 de dicha ley considera arrendamientos rústicos históricos[[87]](#footnote-87) tres casos: “a) Los anteriores al Código Civil cuyo arrendatario traiga causa de quien lo fuera a la publicación de dicho cuerpo legal. b) Los concertados con anterioridad a la publicación de la Ley de 15 de marzo de 1935, cuando el arrendatario sea cultivador personal[[88]](#footnote-88). c) Los anteriores al 1 de agosto de 1942, cuya renta hubiera sido regulada por una cantidad de trigo no superior a 40 quintales métricos y en los que la finca venga siendo cultivada personalmente por el arrendatario”.

Estos arrendatarios, según dispone el art. 2.2 de la LARH, podrán ejercitar el derecho de acceso a la propiedad de las fincas arrendadas antes del día 1 de enero de 1998, pagando al arrendador como precio de las mismas la cantidad que fijen las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos, que será la resultante de la media aritmética entre la valoración catastral y el valor en venta actual de varias fincas análogas por su clase y situación en el mismo término municipal o en la comarca. Las razones que permiten al arrendatario optar al dominio de la tierra arrendada se resumen en la Exposición de Motivos de la LARH[[89]](#footnote-89), a la que nos remitimos.

El problema sigue siendo actual a día de hoy, a pesar de que la LARH establece el día 31 de diciembre de 1997 como fecha límite para el acceso a la propiedad, como consecuencia de los requisitos exigidos en su art. 4 para que ello suceda. En concreto, mientras que el arrendador no dirija al arrendatario una notificación comunicándole su propósito de recuperación de las fincas con ofrecimiento del pago de la correspondiente indemnización prevista en el artículo 4.1 de la LARH, el contrato de arrendamiento histórico continuará vigente así como los derechos del arrendatario a mantenerse en la explotación de la finca dentro del plazo de reconducción conforme al Código Civil, a percibir la indemnización antes mencionada y a ejercitar aquellos otros derechos no extinguidos.

Buena prueba de esta actualidad, son las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2011[[90]](#footnote-90) y de 20 de octubre de 2011[[91]](#footnote-91), que han sido reproducidas en sentencias posteriores de la misma Sala como la de 8 de mayo de 2012[[92]](#footnote-92), cuya doctrina es la siguiente:

##### **2.1.1.1. Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2011.**

Esta Sentencia establece textualmente lo siguiente: “La Ley 1/92, de Arrendamientos Rústicos Históricos, se promulga con diversos objetivos: a) prorrogar estos arrendamientos por un único y último periodo -31 de diciembre de 1997- durante el cual el arrendatario podrá ejercitar el derecho de acceso a la propiedad, prohibiendo al arrendatario hacer uso del derecho de subrogación «inter vivos» que reconocía al arrendatario el artículo 73 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, de 31 de diciembre de 1980 ; b) determinar un nuevo precio de las fincas arrendadas, en el caso de que el arrendatario ejercite el derecho de acceso a la propiedad (media aritmética entre la valoración catastral y el valor en venta actual de fincas análogas por su clase y situación en el mismo término municipal o en la comarca), partiendo del principio de que en el actual valor de las fincas han contribuido, de forma notable, el arrendatario y sus ascendientes mediante su cultivo a lo largo de varias generaciones; c) indemnizar al arrendatario cuando deje, a requerimiento del arrendador, las fincas libres y a disposición del arrendador al finalizar el año agrícola en el que se extingan los contratos de arrendamientos; y d) prorrogar por razones fundamentalmente sociales los contratos de arrendamiento en supuestos de avanzada edad del arrendatario, permitiendo a este y a su cónyuge continuar en el arrendamiento de la casa de labor, si esta constituyera su vivienda habitual, hasta que fallezcan. Pues bien, una cosa es el que día 31 de diciembre de 1997 finalizará el derecho del arrendatario a acceder a la propiedad en las condiciones que el arrendador deberá dirigir al arrendatario comunicándole su propósito de recuperación de las fincas con ofrecimiento del pago de la correspondiente indemnización, como proclama el artículo 4-1 de la ley. Mientras esto no se cumpla (y la sentencia dice que no consta que se hiciera), el contrato continúa vigente, y con él el derecho del arrendatario a continuar en la explotación de la finca con derecho a percibir no sólo dicha indemnización, sino a ejercitar aquellos otros que la ley otorga y que no se hubieran extinguido. La expiración de la prórroga legal no produce la extinción del contrato de arrendamiento rústico ya que el artículo 83.1,b) LAR deja a salvo que hubiere habido tácita reconducción y ello, sin duda, reproduce las características de aquél (salvo las modificaciones introducidas con la ley 1/92 ), no así en cuanto al plazo de duración, pues éste no será el que regía en el contrato extinguido, sino el que ha de ser dentro de la reconducción conforme al Código Civil. En definitiva, la LARH 1/92 modifica la LAR 83 /80, incluso deroga los artículo 98.1 y 99 , en lo que respecta al derecho de acceso a la propiedad del arrendatario, y al complemento indemnizatorio por abandono, que refiere el artículo 4.1 , sin la limitación temporal impuesta para el acceso, pero ello no obstante, y en lo demás, los arrendamientos comprendidos en el ámbito de aplicación de la LAR 1980 siguen rigiéndose por la misma que es la que determina su régimen jurídico, salvo en lo que respecta al tiempo de duración, que es el propio de la tácita reconducción del contrato de arrendamiento en el que se mantiene la relación arrendaticia y en cuya situación no pierde la condición de arrendatario que le permite ejercitar el derecho de retracto, por no prohibirlo la LAR.”

##### **2.1.1.2. Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2011.**

El fundamento jurídico segundo de esta Sentencia llega a una conclusión similar reproduciendo los criterios de la doctrina científica: “Destacada doctrina científica ha manifestado que «si el arrendador no quiere recuperar la finca, es decir, si no requiere al arrendatario para que la abandone, lo que ocurrirá será que, aun habiendo concluido el tiempo de prórroga, el contrato seguirá vigente por tácita reconducción, una y otra y otra vez (...). Pero mientras no se extinga definitivamente el contrato, y aunque se haya extinguido el derecho de acceso (artículo 2.2 de la Ley 1/1992), el arrendador sólo podrá recuperar la finca mediante el pago de la compensación. La Ley ha querido que la compensación no sea automática. Es el arrendador, esta vez, quién ha de «elegir» entre recuperar la finca, pagando, o seguir soportando el arrendamiento. El arrendatario que no haya querido ejercitar su derecho de acceso no puede «exigir» la compensación por abandono; simplemente podrá seguir como arrendatario. La finalidad de evitar una extinción «traumática» de estos arrendamientos queda, así, asegurada: si no es mediante la adquisición a bajo precio de la finca por el colono, será mediante la continuación del arrendamiento (sometido al régimen común del Código Civil) o la compensación por abandono, si el dueño quiere recuperar la finca antes de la muerte del arrendatario; todo ello, naturalmente, sin perjuicio de un eventual acuerdo entre las partes que propicie otra composición «ex voluntate» del conflicto de intereses».”

### **2.2. Consideraciones jurídico-políticas sobre el arrendamiento rústico en China**

En la República Popular de China, al igual que en España, se diferencia entre los arrendamientos de las tierras urbanas y de las rústicas. En las urbes, es el Estado y los particulares quienes arriendan las tierras, a pesar de que los terrenos urbanos son sólo propiedad del Estado, sin embargo, en las zonas rurales, las tierras son arrendadas por la colectividad, es decir, todos los habitantes del pueblo o aldea son propietarios de todas las tierras. Existen leyes y reglamentos que establecen las normas para los arrendamientos de las tierras urbanas, como, por ejemplo “Algunas normas para regular los arrendamientos de las tierras de propiedad estatal” (1 de agosto de 1999); “Reglamentos provisionales sobre la cesión y la transferencia del derecho de uso sobre las tierras urbanas de propiedad estatal”； “Medidas provisionales para administrar las asignaciones del derecho de uso sobre las tierras”, etc.; todos ellos regulan los contenidos específicos de los arrendamientos de las tierras urbanas. Se demuestra que las tierras urbanas pueden ser arrendadas libremente. Sin embargo, hay muy pocas leyes y reglamentos que regulen los arrendamientos de las tierras rústicas de propiedad colectiva. Existe un proceso a lo largo de la historia de China que discute sobre si las tierras rústicas pueden ser objeto de arrendamiento. Después de la reforma agraria, los agricultores obtuvieron legalmente las propiedades de las tierras rústicas[[93]](#footnote-93); pudieron comprar y vender, y arrendar sus tierras. Sin embargo, con el fin de animar a los agricultores a mantenerse a sí mismos y eliminar los pensamientos de explotación de otros, se establecieron limitaciones a los derechos de arrendamiento de sus tierras. Es decir, en el caso de que los agricultores carecieran o perdieran su capacidad de trabajar, podían arrendar sus tierras. En el período de la cooperativa agrícola, las tierras pertenecientes a los agricultores pasaron a ser propiedad de la colectividad. Desde entonces se prohibió tanto la compraventa como el arrendamiento de las tierras rústicas. El párrafo cuarto del artículo 10 de la Constitución china de 1982[[94]](#footnote-94) prevé: “Ninguna organización o individuo puede apropiarse, comprar y vender, arrendar u utilizar cualquier otra forma de transferir las tierras rústicas de manera ilegal", lo cual supone la continuación de la anterior prohibición.

El artículo 63 de la Ley de Administración del suelo dice: “El usufructo de las tierras rústicas perteneciente a la colectividad, no se puede ceder, transferir o arrendar con el fin de construir algo que no sea agrícola; salvo las empresas a las que corresponde la planificación general del aprovechamiento de las tierras, adquieren el usufructo de las tierras de construcción legalmente y transfieren el usufructo de las tierras por las quiebras y fusiones.”

Sin embargo, el texto del párrafo cuarto del artículo 10 de la Constitución china actual -modificada por "La enmienda constitucional de la República Popular China" de 2004-, es distinto del que contiene el mismo párrafo del artículo 10 de la Constitución China de 1982. Contempla que ¨Ninguna organización o individuo puede apropiarse, comprar y vender, u otras formas de transferir las tierras rústicas de manera ilegal, y los usufructos de las tierras pueden ser transmitidos según las disposiciones de la ley¨. Resulta claro que están prohibidos los arrendamientos de las tierras rústicas para la construcción no agrícola, pero los arrendamientos de las tierras rústicas para la construcción agrícola todavía no están prohibidos. Establece restricciones para los arrendamientos de las tierras rústicas, pero no significa que no se pueden arrendar en ningún caso.

En la actualidad, con el rápido desarrollo de la economía china, la eficiencia del aprovechamiento de las tierras rústicas, siendo los recursos escasos, es ya la piedra angular de toda la economía rústica. Los arrendamientos de tierras rústicas se han convertido en una forma de aprovechamiento muy importante y eficiente. Estudios y encuestas de muchos investigadores demuestran que, en las zonas rurales, se han producido ya anteriormente arrendamientos de tierras rústicas[[95]](#footnote-95).

La "Notificación del Consejo de Estado sobre cuestiones relacionadas con el fortalecimiento de las regulaciones y controles de las tierras" de agosto de 2006 ya contempla que «las tierras agrícolas que se transformen en tierras de construcción, deben responder a la planificación general del aprovechamiento de las tierras, la planificación general de la ciudad y la planificación del pueblo o municipio; estar contemplados en los planes anuales de aprovechamiento de las tierras, y cumplimentar los trámites, examinados y ratificados, de las transformaciones sobre uso de las tierras agrícolas conforme las disposiciones de la ley. Está prohibido usar las tierras rústicas perteneciente a la colectividad para la construcción que no sea agrícola por medio del ‘arrendamiento en lugar de la expropiación’, y que se amplíen las escalas de las tierras de construcción sin el permiso pertinente. La transmisión del usufructo de las tierras de construcción colectiva debe responder a la planificación establecida, y limitarse estrictamente al ámbito de las tierras de construcción adquiridas legalmente. Constituyen acciones ilegales de ratificación aquellas en las que no se cumplimentan los trámites, o no son examinados y ratificados, en los casos de modificaciones en el uso de las tierras agrícolas conforme a las disposiciones de la ley, por las personas responsables en los órganos del Estado, cuando las tierras para la construcción no agrícola se han realizado por medio del arrendamiento en lugar de la expropiación. La organización o el individuo que ocupe las tierras para la construcción no agrícola por medio de "el arrendamiento en lugar de la expropiación" sin permiso, cometerían acciones ilegales de ocupación, y las responsabilidades legales de las personas implicadas podrán ser investigadas, conforme a las disposiciones de la ley». En consecuencia, la mencionada Notificación del Consejo de Estado ha puesto de manifiesto la ilegitimidad jurídica de utilizar ´el arrendamiento en lugar de la expropiación´ con el fin de ocupar las tierras agrícolas ilegalmente.

La realidad es que los importes de compensación son más altos que las rentas, produciendo grandes ganancias por medio de “el arrendamiento en lugar de la expropiación”; de esta manera, se usan las tierras ilegalmente lo que perturba el mercado de los arrendamientos. Las disposiciones contenidas en las leyes y las regulaciones existentes no son suficientes para castigar estas acciones ilegales y el beneficio que originan es demasiado bajo[[96]](#footnote-96). Sólo el artículo 63 de la Ley de Administración del Suelo dispone los casos prohibidos de arrendamientos; no existen más disposiciones sobre los arrendamientos de tierras rústicas ni en la Constitución China, ni en las leyes de derechos reales y de la Administración del Suelo. Los arrendamientos de tierras rústicas son regulados por las disposiciones contenidas en la Ley de Contrato, en particular, en las disposiciones de la sección de los contratos de arrendamiento dentro de dicha ley.

Sin embargo, como hemos visto, las clasificaciones de la propiedad y el usufructo de las tierras rústicas en China son muy complejas, lo que comporta también la existencia de complicaciones jurídicas en los arrendamientos de estas tierras. Por lo tanto, propongo elaborar en China una ley independiente sobre los arrendamientos de las tierras rústicas y un buen ejemplo para hacerlo es la ley de arrendamientos rústicos española. Otra posibilidad es establecer disposiciones específicas sobre los arrendamientos rústicos en el Código Civil chino[[97]](#footnote-97), en la Ley de Contrato y en la Ley de Administración del suelo. A este propósito vamos a analizar ahora las siguientes cuestiones relativas a la legislación china:

#### **2.2.1. Las partes que intervienen en los arrendamientos**

La primera categoría de tierras rústicas está constituida por las tierras de cultivos, las tierras rústicas pobladas de árboles, los prados y otras cuya finalidad sea la construcción agrícola, que se contratan y administran por los agricultores de acuerdo con lo establecido en los artículos 124 y 125 de la Ley de derechos reales china[[98]](#footnote-98). Los contratantes pueden arrendar las tierras que administran[[99]](#footnote-99). Los agricultores son los arrendadores en lugar de los propietarios —es decir, la colectividad o el Estado—. Los derechos de contratación y administración constituyen una especie de figura jurídica parecida al usufructo español. Los agricultores, como los contratistas, tienen el derecho a poseer, usar y disfrutar de los bienes muebles o inmuebles de otros, de acuerdo con la ley[[100]](#footnote-100).

La segunda categoría, constituida por las tierras para construir viviendas rurales —que se han de considerar pertenecientes a la colectividad de campesinos—, pueden ser usadas por los miembros de las organizaciones económicas colectivas —los agricultores—, y obtener los derechos de uso sobre las tierras para construir viviendas rurales basándose en la necesidad de construir viviendas e instalaciones auxiliares. El empleo de las tierras para construir viviendas rurales es elevado pues se permite su posesión y uso para asegurar que todos los agricultores disponen de viviendas donde habitar[[101]](#footnote-101). Sin embargo las tierras para construir viviendas rurales que los agricultores hayan obtenido por subasta no pueden ser arrendadas. En realidad, los agricultores construyen las viviendas en estas tierras, y las arriendan.

Un problema importante viene representado por la situación generada en los límites que separan las zonas urbanas y rurales, puesto que la renta de los arrendamientos de viviendas en zonas rurales es muy inferior al de las zonas urbanas pero la ubicación está muy cerca de la ciudad. Esta situación ha generado una patología jurídica conforme a la cual los arrendamientos de viviendas rústicas en estos límites o fronteras son muy comunes, pues el propietario de la vivienda, es también usufructuario del suelo correspondiente a la vivienda y puede arrendar sus viviendas rústicas como un arrendador.

La tercera categoría comprende las tierras de construcción colectiva[[102]](#footnote-102). Es necesario que las tierras se utilicen para la construcción de instalaciones públicas y servicios públicos rurales. La organización económica colectiva también precisa hacer uso de las tierras de construcción que se hayan determinado en la planificación general del aprovechamiento de las tierras rústicas y crear empresas independientes, o establecer empresas junto con otras unidades e individuos por medio de un accionariado que permita su administración conjunta o de cualquier otra forma conveniente para las partes contratantes. En estos casos, se pueden solicitar y obtener los derechos de uso sobre las tierras de construcción colectiva a los departamentos administrativos de tierras de los gobiernos locales superiores al distrito. Según las disposiciones de la ley, las construcciones de las instalaciones públicas y los servicios públicos rurales, y las empresas rurales pueden obtener los derechos de uso sobre las tierras de construcción colectiva mediante una solicitud y su subsiguiente aprobación.

Al margen de lo expuesto debe analizarse sobre si el arrendamiento puede hacerse de manera que se obtengan los derechos de uso sobre las tierras de construcción colectiva, y quién puede ser arrendatario. Sin embargo, los criterios de aprobación de la solicitud para las tierras de construcción colectiva son muy estrictos[[103]](#footnote-103), y la funcionalidad de las tierras de construcción colectiva se ha restringido por la ley, se ha limitado a las construcciones de instalaciones públicas, de servicios públicos rurales y de empresas rurales. La única manera de obtener derechos de uso sobre las tierras con las finalidades mencionadas supra, es solicitándola y recibiendo la aprobación correspondiente. Por tanto, el arrendamiento es difícil que se convierta en una manera de obtener los derechos de uso sobre las tierras de construcción colectiva, tal y como se consigue mediante el expediente de solicitud que pueda conducir a su aprobación.

Además, nos podemos hacer las siguientes consideraciones: ¿quién puede ser arrendatario, y en qué circunstancias se pueden arrendar las tierras de construcción colectiva? Mi opinión es que los derechos de uso sobre las tierras de construcción colectiva, en el momento presente, no pueden adquirirse directamente a través del arrendamiento, sino solamente mediante la solicitud y aprobación correspondiente.

La Ley de Administración del suelo dice que "Las tierras pertenecen a la colectividad de campesinos; pueden contratarse y administrarse por unidades o individuos que no sean organizaciones económicas colectivas, para la producción de plantación, silvicultura, ganadería y pesquería... Para contratar y administrar las tierras que pertenecen a la colectividad de los campesinos a las unidades o individuos que no sean organizaciones económicas colectivas, deben acordarlo por más de dos tercios de los miembros de una reunión de la villa o más de dos tercios de los representantes de la villa, y ser aprobado por el gobierno municipal". De acuerdo con esta disposición, las unidades o individuos que no sean organizaciones económicas colectivas también pueden contratar y administrar tierras rústicas para ejercer actividades agrícolas. Así, se debe permitir que los contratistas arrienden las tierras rústicas a las unidades o individuos que no sean organizaciones económicas colectivas con el fin de mejorar la eficiencia de su aprovechamiento.

Los arrendatarios de viviendas rurales, son las unidades o individuos que no son organizaciones económicas colectivas, como por ejemplo los trabajadores emigrantes. Sería bueno que se encontrara regulado en las disposiciones legales quiénes podrán ser arrendatarios. La ley de arrendamientos rústicos española, que lo establece en su artículo 9, proporciona una buena referencia ya que incluye una minuciosa enumeración y los casos de exclusión.

#### **2.2.2. El contenido del arrendamiento**.

Además del arrendamiento de las viviendas rurales, el arrendamiento de las tierras rústicas debe ser utilizado para la construcción agrícola. No está permitido que se puedan obtener los derechos de uso de tierras rústicas mediante el arrendamiento para la construcción no agrícola. Los usos del arrendamiento de las tierras rústicas están limitados en las leyes y reglamentos chinos, sin perjuicio de que puedan regularse nuevamente por el método de enumeración. Ahora bien el principio básico es que cualquier contrato o normativa presente o futura no podrá atentar contra los requisitos exigibles que acabamos de mencionar sobre el uso de las tierras cultivadas, ni podrá construirse en ellas ni ser susceptibles de explotación por empresas contaminantes del medio ambiente, ni construirse locales para uso comercial, etc.

#### **2.2.3. Renta**.

La renta puede ser fijada en dinero o en especie. Algunos opinan en China sobre la regulación de los arrendamientos de las tierras urbanas de propiedad estatal, que las “rentas deben equilibrarse con los precios de las tierras”. El apartado 2 del artículo 13 de la LAR española contempla que "las partes podrán establecer el sistema de actualización de renta que consideren oportuno. Pactada la actualización, a falta de estipulación en contrario, la renta se actualizará para cada anualidad por referencia al índice anual de precios al consumo". Debido a la influencia de diversos factores, como por ejemplo, la complejidad del aprovechamiento de las tierras en distintas zonas, el valor de las tierras, su ubicación, etc., es muy difícil establecer una norma unitaria de renta para todo el país. Sin embargo, a fin de lograr un desarrollo saludable y ordenado del mercado de arrendamiento, hay que establecer un sistema de valoración de las tierras.

#### **2.2.4. Duración del arrendamiento**.

Una buena fuente de inspiración para la legislación china puede ser el artículo 12 de LAR española, en su apartado 1, cuando determina que ¨Los arrendamientos tendrán una duración mínima de cinco años...¨y en el apartado 3 establece que ¨El arrendador, para recuperar la posesión de las fincas al término del plazo contractual, deberá notificárselo fehacientemente al arrendatario con un año de antelación. De lo contrario, si el arrendatario no pone la posesión de las fincas arrendadas a disposición del arrendador al término del plazo, el contrato se entenderá prorrogado por un período de cinco años...¨. La Ley de Contratos china establece que los arrendamientos tendrán una duración máxima de veinte años, y que al término del plazo contractual el arrendatario tiene obligación de restituir los bienes arrendados al arrendador. Si el arrendatario no los restituye, y los sigue utilizando sin objeciones por parte del arrendador, el contrato de arrendamiento original sigue siendo eficaz, pero ahora se convierte en un arrendamiento sin plazo. En el arrendamiento sin plazo, las partes podrán resolver el contrato en cualquier momento, pero el arrendador deberá notificárselo fehacientemente al arrendatario antes de un período razonable si es él quién quiere rescindir el contrato. Desde mi punto de vista, no sería necesario regular la duración mínima del arrendamiento de tierras rústicas en China; las partes podrían determinar la duración del arrendamiento de acuerdo al propósito de aprovechamiento de las tierras, y estaría limitado en su duración a un máximo de veinte años por la Ley de Contratos china. Además, el plazo contractual de las tierras rústicas contratadas y administradas por los agricultores están también restringidas por la duración del contrato[[104]](#footnote-104).

#### **2.2.5. Enajenación y arrendamiento**.

La LAR española prevé que en toda transmisión ínter vivos de fincas rústicas arrendadas, el arrendatario que sea agricultor profesional[[105]](#footnote-105) o sea alguna de las entidades a que se refiere el artículo 9.2, tendrá derecho de tanteo y retracto[[106]](#footnote-106). Estos derechos habían sido eliminados por la Ley 49/2003 y han sido nuevamente introducidos por la Ley 26/2005, concediendo de nuevo al arrendatario de una finca rústica la preferencia para adquirir la finca cuando el propietario pretenda transmitirla a un tercero[[107]](#footnote-107). No obstante, como se recoge en el apartado 5 de este precepto “No procederán los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente en los casos siguientes: a) En las transmisiones a título gratuito cuando el adquirente sea descendiente o ascendiente del transmitente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o su cónyuge; b) En la permuta de fincas rústicas cuando se efectúe para agregar una de las fincas permutadas y siempre que sean inferiores a 10 hectáreas de secano, o una de regadío, los predios que se permutan.

El artículo 1571 del Código Civil dice que ¨el comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Si el comprador usare de este derecho, el arrendatario podrá exigir que se le deje recoger los frutos de la cosecha que corresponda al año agrícola corriente y que el vendedor le indemnice los daños y perjuicios que se le causen¨. Es decir, en España el contrato de arrendamiento se ve afectado cuando los bienes arrendados se enajenan, ya que se establece una prerrogativa a favor del comprador que le autoriza a suspender el contrato de arrendamiento[[108]](#footnote-108).

En China, las tierras rústicas que los agricultores contratan y administran, así como las viviendas rurales, pueden arrendarse, como ya hemos dicho anteriormente, pero en la actualidad las enajenaciones de las viviendas rurales están restringidas para los miembros de las organizaciones económicas colectivas. Un miembro de la organización económica colectiva puede arrendar la vivienda rural a otro agricultor que forme parte de la misma organización económica colectiva. Está previsto un derecho de retracto cuando la vivienda rural se enajena a terceros[[109]](#footnote-109). Además, si las viviendas rurales se arriendan a personas que no sean miembros de las organizaciones económicas colectivas, los arrendatarios no tendrán derecho de retracto por la restricción de identidad. Existe una disposición muy importante en China, el artículo 229 de la Ley de Contratos, que difiere de lo establecido en la LAR española y que dice: ¨Si las propiedades de los bienes arrendados se transfieren durante la vigencia del contrato de arrendamiento, no afectará al contrato de arrendamiento¨.

Los titulares de derechos de administración de tierras rústicas tienen capacidad para arrendarlas (como arrendadores) aun no siendo propietarios de las mismas. De acuerdo con las disposiciones del artículo 229 de la Ley de Contratos, que se aplica por analogía, si los derechos de contratación y administración se transfieren durante el contrato de arrendamiento[[110]](#footnote-110), éste no queda. Faltan, sin embargo, investigaciones y discusiones más profundas sobre la enajenación a terceros de los derechos de contratación y administración, y sobre si los arrendatarios tendrán derechos de contratación preferente.

## 3. Aparcería

### **3.1. Las aparcerías en España**[[111]](#footnote-111)

Las aparcerías se regulan en el capítulo IX de la LAR española[[112]](#footnote-112) y presentan diferencias con los arrendamientos[[113]](#footnote-113).

El artículo primero de la LAR regula los arrendamientos en general; en virtud de los mismos se ceden temporalmente, a cambio de un precio o renta, una o varias fincas, o parte de ellas, para su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal[[114]](#footnote-114). El contrato de aparcería se produce cuando el titular de una finca o de una explotación cede temporalmente su uso y disfrute o el de alguno de sus aprovechamientos[[115]](#footnote-115), conviniendo con el cesionario aparcero en repartirse los productos por partes alícuotas en proporción a sus respectivas aportaciones[[116]](#footnote-116).

El tiempo de duración de ambos contratos es distinto. En los arrendamientos la duración mínima del contrato será de cinco años pero las partes contratantes pueden acordar una duración superior[[117]](#footnote-117). La duración de los contratos de aparcería “será la libremente pactada y, en defecto de pacto, se estimará que es la de un año agrícola, entendiéndose prorrogado por un período de un año... Si se hubiera convenido la aparcería para la realización de un cultivo determinado, con la excepción de los leñosos permanentes, y siempre que dicho cultivo tenga una duración superior a un año, el plazo mínimo de duración será el tiempo necesario para completar una rotación o ciclo de cultivo…”[[118]](#footnote-118).

La renta de los arrendamientos “se fijará en dinero y será la que libremente estipulen las partes.” La renta podrá fijarse “en especie, o parte en dinero y parte en especie”, pero habrá de convertirse en dinero.[[119]](#footnote-119) Sin embargo, en los contratos de aparcería no se fija renta o, por decirlo mejor, el titular de una finca o de una explotación y el aparcero se reparten “los productos por partes alícuotas en proporción a sus respectivas aportaciones”[[120]](#footnote-120), de forma que la rentabilidad tanto para el cedente aparcero como para el cesionario aparcero depende del resultado que produzca la finca cada año.

La LAR consagra algunos privilegios para el aparcero, entre los que destaca su preferencia ante un posible arrendamiento futuro: “A la finalización del contrato de aparecería, si el titular de la finca pretende realizar un contrato de arrendamiento, el aparcero tendrá derecho preferente, en igualdad de condiciones, a suscribir el nuevo contrato de arrendamiento. Asimismo tendrá derecho a las prórrogas que en esta ley se establecen, deduciendo de las mismas el tiempo que hubiera durado la aparcería.”[[121]](#footnote-121)

De acuerdo con el artículo 28.2 de la LAR “Se presumirá, salvo pacto en contrario, que el contrato de aparcería no comprende relación laboral alguna entre cedente y cesionario; de pactarse expresamente esa relación, se aplicará, además, la legislación correspondiente”[[122]](#footnote-122). Esta relación laboral[[123]](#footnote-123) se determina, generalmente, por el contrato de trabajo, tal y como los propietarios de tierras rústicas emplean trabajadores para que trabajen su tierra a cambio del salario correspondiente. Pero, quede claro, tal como indica la LAR la aparcería no incluye y difiere del contrato laboral[[124]](#footnote-124).

La doctrina[[125]](#footnote-125) ha vinculado la relación laboral en las aparcerías con el régimen de responsabilidad previsto en el artículo 1597 del Código civil: "Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación".

Además, el artículo 32 de la LAR prevé la aparcería asociativa. En ella el titular de una finca o de una explotación cede temporalmente su uso y disfrute o el de alguno de sus aprovechamientos “a dos o más personas, que aporten o pongan en común el uso y disfrute de fincas, capital, trabajo y otros elementos de producción,… acordando repartirse el beneficio que obtengan proporcionalmente a sus aportaciones, se regirán por las reglas de su constitución y, en su defecto, por las del contrato de sociedad,…”[[126]](#footnote-126).

### **3.2. Las aparcerías en China**

En la historia de la sociedad feudal china, la aparcería era un tipo de contrato principal incluido en los arrendamientos en especie. La renta en el contrato de aparcería depende de la cantidad de cosechas, pues el número de ellas puede variar cada año. Por ello, la aparcería también se denomina ¨arrendamiento con renta movible¨[[127]](#footnote-127). Según los registros, durante las dinastías Qin y Han[[128]](#footnote-128), los agricultores que arrendaban las tierras entregaban la mitad de los productos agrícolas a los propietarios de estas tierras. La renta tenía una relación directa con el aprovechamiento de las tierras y, por esta causa, los propietarios de las tierras intervinieron en las actividades agrícolas de los aparceros, incluso actuando en la elección de las variedades de cultivos. En estos casos, resultaba muy difícil para los aparceros aprovechar independientemente las tierras en aquellas ocasiones en las que los propietarios no les permitían adoptar sus propias iniciativas de producción. En las dinastías Ming y Qing[[129]](#footnote-129), con la mejora de la productividad agrícola, el desarrollo de las relaciones comerciales, la generalización del uso de la moneda y con el fin de satisfacer las necesidades de progreso de las fuerzas productivas, la aparcería se convirtió, paulatinamente, en arrendamientos con renta prefijada.

No existen disposiciones especiales sobre la aparcería en las leyes actuales chinas; tampoco hay muchas investigaciones en este tema en el campo del Derecho. La mayor parte de las investigaciones sobre la aparcería se han realizado en el campo de la economía, especialmente sobre la eficiencia de la aparcería, la asunción de riesgos entre los aparceros y los propietarios, etc…[[130]](#footnote-130).

El artículo124 de la Ley del Contrato dice que “a los contratos no contemplados expresamente dentro de esta u otras leyes, se les aplicarán las disposiciones de los principios generales de esta ley y pueden interpretarse conforme a las disposiciones más similares de los contratos especiales de esta u otras leyes”. La aparcería es un tipo especial de contrato y, aunque no esté previsto como contrato específico, en China se aplican a las aparcerías los principios generales y las disposiciones sobre los contratos de arrendamientos de la Ley del Contrato china.[

* “Algunas opiniones acerca de la regulación de los arrendamientos de las tierras de propiedad estatal”:《规范国有土地租赁若干意见》（1999年8月1日）
* “Reglamentos provisionales sobre la cesión y transferencia del derecho de uso sobre terrenos urbanos de propiedad estatal”《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》
* “Medidas provisionales para administrar las asignaciones del derecho de uso sobre las tierras”，《划拨土地使用权管理暂行办法》
* "Notificación del Consejo de Estado sobre cuestiones relacionadas con el fortalecimiento de las regulaciones y controles de las tierras"《国务院关于加强土地调控有关问题的通知》
* Ley de Contratos《合同法》]

# CAPÍTULO IV

# DERECHOS REALES LIMITADOS SOBRE TIERRAS RÚSTICAS

## A) DERECHO ESPAÑOL

## 1. Generalidades

En el derecho español el derecho real más “pleno” sobre tierras rústicas es el derecho de dominio o propiedad[[131]](#footnote-131). Tras él se articulan una serie de derechos reales limitados cuyo mayor exponente es la posesión en sus distintas modalidades, a las que ya nos hemos referido. Junto a la posesión, integran esta categoría de derechos reales limitados una serie de instituciones que si bien disponen de un alcance general sin embargo despliegan sus efectos con particular intensidad en el ámbito de las tierras rústicas. Es el caso, sobre todo, de figuras jurídicas tan importantes como el usufructo y las servidumbres, pero también de otras como el uso, los censos, la superficie o los denominados derechos reales de adquisición.

No es de extrañar la conexión existente entre los derechos mencionados y el ámbito jurídico-material al que están sometidas las tierras rústicas. La razón primordial es que algunos de esos derechos se “construyeron” hace más de veinticinco siglos para ser aplicados específicamente a las fincas rústicas y, desde ese origen rural, evolucionaron posteriormente para ser aplicados también en los fundos urbanos. El paradigma está representado por las servidumbres prediales: el derecho romano solo contempla inicialmente servidumbres prediales rústicas de paso, de aguas, de pastos y de extraer minerales (*servitus itineris, servitus actus, servitus viae, servitus aquaductus, servitus aquae educendae, servitus pecoris ad aquam appellendi, servitus pecoris pascendi, servitus arenae fondiendae, servitus calcis coquendae, ...*) que tiempo después son ampliadas con las servidumbres prediales urbanas (de luces y vistas, de vertiente de aguas, de apoyo de viga o muro: cfr. Gayo D.8,2,2).

También las luego denominadas servidumbres personales nacen vinculadas a la tierra rural, como es el caso del usufructo donde los frutos naturales son su primer objeto que, con posterioridad, se extiende también a los frutos civiles y hoy en día a los frutos industriales[[132]](#footnote-132).

Los derechos reales limitados se ejercen en el derecho español en fundos ajenos (*iura in re aliena*) pues, por regla general, carecen de sentido en fundo propio y, de hecho, suelen extinguirse por confusión e incluso por consolidación pues el dominio ampara la actividad autorizada por aquéllos, permitiendo así la explotación y otros usos de terrenos rurales por quien no es propietario.

En consecuencia, el régimen jurídico de las tierras rústicas cuenta con una amplia interconexión con los derecho reales limitados a los que nos referiremos a continuación.

## 2. Usufructo

### **2.1. Nociones generales**

El usufructo del derecho español tiene su origen en el derecho romano[[133]](#footnote-133), donde fue definido por Paulo en los siguientes términos: *usufructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia[[134]](#footnote-134)* (Paulo D. 7,1,1)[[135]](#footnote-135).

Esta definición latina se mantiene viva en el artículo 467 CC: “El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa[[136]](#footnote-136)”.

A propósito de la interpretación de este precepto, Reinoso Barbero[[137]](#footnote-137) afirma que “Aquella definición enmarca el usufructo entre un derecho y una obligación, ambos del usufructuario: derecho a disfrutar (esto es derecho a percibir todos los frutos naturales, industriales y civiles)[[138]](#footnote-138) y obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa usufructuada[[139]](#footnote-139). El nudo propietario, aunque puede enajenar los bienes usufructuados, tampoco puede alterar la forma ni la sustancia, ni hacer en ellos nada que perjudique al usufructuario[[140]](#footnote-140). Esto implica que el usufructo debe recaer, preferentemente, sobre bienes inconsumibles, ya que, en caso contrario, el disfrute consumiría el bien usufructuado. Por ejemplo, el usufructo de una oveja permite obtener lana, leche y corderillos, sin que ello extinga a la oveja, que es un bien inconsumible[[141]](#footnote-141). En cambio, si recae sobre un litro de vino no es probable el poder disfrutarlo sin consumirlo. Ahora bien, como el precepto citado dice, cabe por excepción que el título constitutivo o la ley autoricen a alterar la forma y la sustancia, lo que abre la posibilidad tanto a usufructos sobre inconsumibles sin esa obligación de conservar, como sobre consumibles”[[142]](#footnote-142).

Este es el caso de los usufructos impropios[[143]](#footnote-143) que recaen sobre bienes consumibles al que se refiere el art. 482 cuando dice: “Si el usufructo comprendiera cosas que no se puedan usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas[[144]](#footnote-144) con la obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo si se hubiesen dado estimadas. Cuando no se hubiesen estimado, tendrá el derecho de restituirlas en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo”.

### **2.2. Usufructos impropios en tierras rústicas**

El CC español contempla algunos casos de usufructos impropios referidos expresamente, o al menos con carácter principal, al ámbito rural donde se prevé la sustitución del bien usufructuado por su equivalente u otro nuevo.

El primer caso es el del usufructuario de viñas, olivares u otros árboles o arbustos en los que se permite al usufructuario el aprovechar los “pies muertos”, así como los que se tronchen o arranquen sin su culpa, si bien con la obligación de sustituirlos (art. 483 CC). Cuando esa sustitución o reposición no fuera posible o económicamente viable en aquellos casos de fuerza mayor que hayan provocado la desaparición de viñas olivares u otros árboles o arbustos, el usufructuario podrá dejar los restos a disposición del propietario y exigir que limpie el suelo (art. 484 CC).

El art. 485 CC se refiere a los usufructos sobre montes y, en concreto, a los montes madereros, autorizando al usufructuario que haga talas inocuas y conforme a las costumbres del lugar: “El usufructuario de un monte disfrutará todos los aprovechamientos que pueda éste producir según su naturaleza. Siendo el monte tallar o de maderas de construcción, podrá el usufructuario hacer en él las talas o las cortas ordinarias que solía hacer el dueño, y en su defecto las hará acomodándose en el modo, porción y épocas, a la costumbre del lugar. En todo caso hará las talas o las cortas de modo que no perjudiquen a la conservación de la finca[[145]](#footnote-145). En los viveros de árboles podrá el usufructuario hacer la entresaca necesaria para que los que queden puedan desarrollarse convenientemente. Fuera de lo establecido en los párrafos anteriores, el usufructuario no podrá cortar árboles por el pie como no sea para reponer o mejorar alguna de las cosas usufructuadas, y en este caso hará saber previamente al propietario la necesidad de la obra”.

### **2.3. Usufructo de una acción para reclamar un predio o derecho real**

El usufructuario de una acción para reclamar un predio o derecho real, o un bien mueble, tiene derecho a ejercitarla y obligar al propietario de la acción a que le ceda para este fin su representación y le facilite los elementos de prueba de que disponga. Si por consecuencia del ejercicio de la acción adquiriese la cosa reclamada, el usufructo se limitará a sólo los frutos, quedando el dominio para el propietario (art. 486 CC)[[146]](#footnote-146).

### **2.4. Constitución del usufructo**

Según el art. 468 CC el usufructo se puede constituir por alguna de las tres siguientes vías: a) por la ley; b) por la voluntad de los particulares[[147]](#footnote-147); o c) por usucapión[[148]](#footnote-148).

Los artículos 469 y 470 CC establecen los dos siguientes criterios adicionales sobre la constitución del usufructo:

1. Podrá constituirse el usufructo en todo o en parte de los frutos de la cosa[[149]](#footnote-149), a favor de una o varias personas[[150]](#footnote-150), simultánea o sucesivamente[[151]](#footnote-151), y en todo caso desde o hasta cierto día[[152]](#footnote-152), puramente o bajo condición[[153]](#footnote-153). También puede constituirse sobre un derecho, siempre que no sea personalísimo o intransmisible[[154]](#footnote-154).
2. Los derechos y las obligaciones del usufructuario serán los que determine el título constitutivo del usufructo; en su defecto, o por insuficiencia de éste, se observarán las disposiciones contenidas en el CC.

### **2.5. Derechos del usufructuario**

Los derechos del usufructuario son recogidos en los artículos 471 al 490 CC. Entre ellos, destacan el derecho a los frutos, a todos los inherentes a la cosa usufructuada, a disfrutarla directa o indirectamente, a celebrar contratos y a hacer mejoras[[155]](#footnote-155).

#### **2.5.1. Derecho a los frutos**

El art. 471 CC reconoce al usufructuario su derecho fundamental: percibir todos los frutos naturales, industriales y civiles[[156]](#footnote-156) de los bienes usufructuados, si bien es excluido respecto de los tesoros que se hallaren en la finca salvo que sea él quien los encuentre y en tal caso debe entenderse que le corresponde la parte que la ley reserva a los descubridores.

Los preceptos siguientes concretan ese derecho genérico a los frutos en los siguientes términos:

1. Los frutos naturales o industriales, pendientes al tiempo de comenzar el usufructo, pertenecen al usufructuario. Los pendientes al tiempo de extinguirse el usufructo pertenecen al propietario. En los precedentes casos, el usufructuario, al comenzar el usufructo, no tiene obligación de abonar al propietario ninguno de los gastos hechos; pero el propietario está obligado a abonar al fin del usufructo, con el producto de los frutos pendientes, los gastos ordinarios de cultivo, simientes y otros semejantes, hechos por el usufructuario (art. 472 CC)[[157]](#footnote-157).
2. Si el usufructuario hubiere arrendado las tierras o heredades dadas en usufructo y acabare éste antes de terminar el arriendo, sólo percibirán él o sus herederos y sucesores la parte proporcional de la renta que debiere pagar el arrendatario (art. 473 CC)[[158]](#footnote-158).
3. Los frutos civiles se entienden percibidos día por día, y pertenecen al usufructuario en proporción al tiempo que dure el usufructo (art. 474 CC)[[159]](#footnote-159).
4. Si el usufructo se constituye sobre el derecho a percibir una renta o una pensión periódica, bien consista en metálico, bien en frutos, o los intereses de obligaciones o títulos al portador, se considerará cada vencimiento como productos o frutos de aquel derecho. Si consistiere en el goce de los beneficios que diese una participación en una explotación industrial o mercantil cuyo reparto no tuviese vencimiento fijo, tendrán aquéllos la misma consideración. En uno y otro caso se repartirán como frutos civiles, y se aplicarán en la forma que previene el artículo anterior (art. 475 CC)[[160]](#footnote-160).

##### **2.5.1.1. Régimen especial de los usufructos sobre predios rústicos mineros**

Un régimen especial presentan los frutos en los usufructos que recaen sobre predios rústicos en los que existan minas. Esta especialidad se manifiesta en tres singularidades[[161]](#footnote-161):

1. No corresponden al usufructuario de un predio en que existen minas los productos de las denunciadas, concedidas o que se hallen en laboreo al principiar el usufructo, a no ser que expresamente se le concedan en el título constitutivo de éste, o que sea universal. Podrá, sin embargo, el usufructuario extraer piedras, cal y yeso de las canteras para reparaciones u obras que estuviere obligado a hacer o que fueren necesarias (art. 476 CC)[[162]](#footnote-162).
2. En el usufructo legal podrá el usufructuario explotar las minas denunciadas, concedidas o en laboreo, existentes en el predio, haciendo suya la mitad de las utilidades que resulten después de rebajar los gastos, que satisfará por mitad con el propietario (art. 477 CC).
3. La calidad de usufructuario no priva al que la tiene del derecho que a todos concede la Ley de Minas para denunciar y obtener la concesión de las que existan en los predios usufructuados, en la forma y condiciones que la misma ley establece (art. 478 CC)[[163]](#footnote-163).

#### **2.5.2. Derecho a los beneficios inherentes a la cosa usufructuada**

Según el art. 479 CC el derecho del usufructuario alcanza a en general de todos los beneficios inherentes a la cosa usufructuada incluido el derecho de disfrutar del aumento que reciba esta por accesión y de las servidumbres que tenga a su favor[[164]](#footnote-164).

#### **2.5.3. Derecho al disfrute directo o indirecto de la cosa usufructuada y realizar contratos**

El usufructuario puede aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito, pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola (art. 480 CC)[[165]](#footnote-165). Si el usufructo comprendiera cosas que sin consumirse se deteriorasen poco a poco por el uso, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas, empleándolas según su destino, y no estará obligado a restituirlas al concluir el usufructo sino en el estado en que se encuentren; pero con la obligación de indemnizar al propietario del deterioro que hubieran sufrido por su dolo o negligencia (art. 481 CC).

#### **2.5.4. Derecho a realizar mejoras**

El usufructuario puede compensar los desperfectos de los bienes con las mejoras que en ellos hubiese hecho[[166]](#footnote-166) pues tiene derecho a hacer en los bienes objeto del usufructo las mejoras útiles o de recreo que crea convenientes con tal que no altere su forma o su sustancia[[167]](#footnote-167). Sin embargo no tendrá por ello derecho a indemnización si bien puede retirar dichas mejoras cuando fuere posible hacerlo sin perjuicio de los bienes usufructuados (arts. 487 y 488 CC)[[168]](#footnote-168).

### **2.6. Obligaciones del usufructuario**.

El usufructo, al ser un derecho real en cosa ajena, implica una responsabilidad que se concreta en el cumplimiento de varias obligaciones previstas en los artículos 491 al 512 CC[[169]](#footnote-169). Las más importantes son las siguientes:

El usufructuario adquiere con el usufructo la responsabilidad propia del que ejerce in *ius in re aliena* que se manifiesta en varias obligaciones que Reinoso Barbero[[170]](#footnote-170) resume de la siguiente forma: “1) *Prestar garantía*. El usufructuario antes de entrar en el disfrute de los bienes, está obligado, con algunas excepciones, a formar inventario[[171]](#footnote-171) y prestar garantía (*fianza*, dice el artículo 491 CC)[[172]](#footnote-172) de que cumplirá las obligaciones que le correspondan. Una vez que la preste tendrá derecho a todos los frutos desde el día en que debió comenzar a percibirlos. Sin embargo, si no la presta no por eso pierde su derecho[[173]](#footnote-173). Cuando el usufructuario no dé la garantía en los casos en que deba prestarla, el nudo propietario podrá poner los bienes en administración o invertirlos en valores seguros, cuyos intereses y demás productos corresponderán al usufructuario. 2) *Cuidar las cosas dadas en usufructo*. El usufructuario deberá cuidar las cosas dadas en usufructo como un “buen padre de familia”. Esta fórmula expresa la obligación de custodia y conservación que pesa sobre el usufructuario, de la que forman parte obligaciones específicas como la de hacer las reparaciones ordinarias (por los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural) que necesiten las cosas dadas en usufructo. Las reparaciones extraordinarias serán de cuenta del propietario[[174]](#footnote-174). El artículo 520 CC aclara que “el usufructo no se extingue por el mal uso de la cosa usufructuada”. Pero si se produjera un abuso que perjudicase considerablemente al nudo propietario, podrá éste pedir la sustitución de la tenencia de la cosa usufructuada por su producto líquido, descontados gastos y administración. 3) *Responder de los actos de terceros*. El usufructuario responde, como si hubieran sido ocasionados por su culpa, de los daños y perjuicios causados por un tercero, que pudieran haberse evitado si se hubiera avisado oportunamente al propietario[[175]](#footnote-175). 4) *Soportar las obras y mejoras que haga el propietario*. El propietario puede hacer obras, mejoras o nuevas plantaciones, siempre que con ello no disminuya el valor del usufructo ni perjudique el derecho del usufructuario[[176]](#footnote-176). 5) *Pagar las cargas y contribuciones anuales*. Además de estas cargas y contribuciones también debe el usufructuario pagar cualquier gravamen de los frutos. Por el contrario, las contribuciones sobre el capital son de cargo del propietario. 6) *Pagar costas procesales*. Le corresponde al usufructuario pagar los “gastos, costas y condenas de los pleitos” (artículo 512 CC) relativos al derecho de usufructo”[[177]](#footnote-177).

### **2.7. Extinción del usufructo**

El CC regula las siguientes causas generales de extinción del usufructo:

1. Por muerte del usufructuario persona física o disolución del usufructuario persona jurídica[[178]](#footnote-178). El usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución, no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere (art. 521 CC)[[179]](#footnote-179).
2. Por expirar el plazo por el que se constituyó[[180]](#footnote-180), o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo. No podrá constituirse el usufructo a favor de un pueblo o corporación o sociedad por más de treinta años (art. 515 CC). El usufructo concedido por el tiempo que tarde un tercero en llegar a cierta edad, subsistirá el número de años prefijado, aunque el tercero muera antes, salvo si dicho usufructo hubiese sido expresamente concedido sólo en atención a la existencia de dicha persona (art. 516 CC).
3. Por consolidación, es decir, por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona.
4. Por la renuncia del usufructuario.
5. Por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo. Si la cosa dada en usufructo se perdiera sólo en parte, continuará este derecho en la parte restante (art. 514 CC). Si el usufructo estuviera constituido sobre una finca de la que forme parte un edificio, y éste llegare a perecer, de cualquier modo que sea, el usufructuario tendrá derecho a disfrutar del suelo y de los materiales. Lo mismo sucederá cuando el usufructo estuviera constituido solamente sobre un edificio y éste pereciere. Pero en tal caso, si el propietario quisiere construir otro edificio, tendrá derecho a ocupar el suelo y a servirse de los materiales, quedando obligado a pagar al usufructuario, mientras dure el usufructo, los intereses de las sumas correspondientes al valor del suelo y de los materiales (art. 517 CC)[[181]](#footnote-181).
6. Por la resolución del derecho del constituyente. Si la cosa usufructuada fuere expropiada por causa de utilidad pública, el propietario estará obligado, o bien a subrogarla con otra de igual valor y análogas condiciones, o bien a abonar al usufructuario el interés legal del importe de la indemnización por todo el tiempo que deba durar el usufructo. Si el propietario optare por lo último, deberá afianzar el pago de los réditos (art. 519 CC).
7. Por prescripción.

A diferencia de lo que sucede con otros derechos de análoga naturaleza, el usufructo no se extingue por el mal uso de la cosa usufructuada. Pero el art. 521 CC prevé que si el abuso infiriese un perjuicio considerable el propietario podrá pedir que se le entregue la cosa, a cambio de pagar anualmente al usufructuario el producto líquido de la misma, después de deducir los gastos y el premio que se le asignare por su administración.

Finalmente, cuando termine el usufructo se entregará al propietario la cosa usufructuada y se cancelarán las garantías y cauciones, salvo el *ius retentionis* (art. 522 CC) que compete al usufructuario o a sus herederos por los desembolsos que se le adeuden[[182]](#footnote-182).

## 3. Uso y habitación

El origen o antecedentes históricos de estos dos derechos es resumido por Reinoso Barbero[[183]](#footnote-183): “El derecho romano concibe el uso y la habitación como derechos reales en cosa ajena[[184]](#footnote-184). Son parecidos al usufructo, pero limitados exclusivamente a cubrir las necesidades familiares del usuario o del habitador. El uso da derecho a usar una cosa ajena[[185]](#footnote-185). El usuario también puede aprovecharse de los frutos que precise para el consumo de su familia (Ulpiano D. 7,8,12)[[186]](#footnote-186). La habitación permite al habitacionista habitar una casa ajena (C. 3,33,13)[[187]](#footnote-187)”.

Las reglas actuales del CC[[188]](#footnote-188) no solo no difieren de sus antecedentes romanísticos sino que mantienen íntegramente sus contenidos en los arts. 523 al 529[[189]](#footnote-189).

Todo lo que he expuesto más arriba sobre el usufructo es aplicable a los derechos de uso y habitación (art. 528 CC)[[190]](#footnote-190), si bien estos cuentan con ciertas especialidades dirigidas a limitarlos: se trata de derechos denominados “miserables” o de “supervivencia” pues en no pocos casos su constitución tiene como finalidad el proveer al usuario o al “habitacionista” de recursos vitales indispensables.

Sin perjuicio de que las facultades y obligaciones del usuario[[191]](#footnote-191) y del que tiene derecho de habitación se regulen, en primer lugar, por el título constitutivo de tales derechos (art. 523 CC), se estará subsidiariamente a las siguientes reglas:

1. El derecho de uso –consistente en un usufructo restringido– es utilizado ampliamente sobre tierras rústicas y también sobre elementos de la economía agrícola tales como rebaños, piaras o estiércol necesario para el abono de las tierras (art. 526 CC).
2. Cubren solo las necesidades familiares. Tanto el derecho de uso como el de habitación está limitado a la cobertura de las necesidades propias o familiares del beneficiario[[192]](#footnote-192). Es decir, el uso da derecho a percibir solo los frutos que basten a las necesidades del usuario y de su familia, mientras que la habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia (art. 524 CC)[[193]](#footnote-193). El que tuviere el uso de un rebaño o piara de ganado podrá aprovecharse de las crías, leche y lana en cuanto baste para su consumo y el de su familia, así como también del estiércol necesario para el abono de las tierras que cultive (art. 526 CC).
3. Intransmisibilidad. Los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni de ninguna forma traspasar a un tercero (art. 525 CC)[[194]](#footnote-194).
4. Contribución a los gastos. Conforme al art. 527 CC “Si el usuario consumiera todos los frutos de la cosa ajena, o el que tuviere derecho de habitación ocupara toda la casa, estará obligado a los gastos de cultivo, a los reparos ordinarios de conservación y al pago de las contribuciones, del mismo modo que el usufructuario. Si sólo percibiera parte de los frutos o habitara parte de la casa, no deberá contribuir con nada, siempre que quede al propietario una parte de frutos o aprovechamientos bastantes para cubrir los gastos y las cargas. Si no fueren bastantes, suplirá aquél lo que falte”.
5. Extinción por abuso. Los derechos de uso y de habitación, a diferencia del usufructo, se extinguen por abuso grave (art. 529 CC)[[195]](#footnote-195).

## 4. Servidumbres

Tras la propiedad y la posesión, las servidumbres son con probabilidad la institución jurídica de mayor relevancia, tanto cuantitativa como cualitativa, en el ámbito de los derechos reales sobre tierras rústicas.

El origen histórico de las servidumbres prediales se remonta, una vez más, al Derecho Romano[[196]](#footnote-196).

### **4.1. Contenido**

El CC define la servidumbre como “un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño” (art. 530 CC). Mantiene la terminología tradicional y califica al inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre “predio dominante” y al que la sufre “predio sirviente”.

La novedad de nuestra actual regulación respecto de la histórica es que permite que se establezcan servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad, con tal de que no les pertenezca la finca gravada. De esta forma la servidumbre otorga un poder específico y limitado sobre una finca no solo en favor de otra sino también a favor de una o varias personas (art. 531 CC).

### **4.2. Régimen**

Las servidumbres vienen configuradas por tres reglas:

1. deben recaer sobre fundo ajeno (artículo 530 CC)[[197]](#footnote-197);
2. son, activa y pasivamente, inseparables de la finca a que pertenecen (artículo 534 CC);
3. y son indivisibles (artículo 535 CC)[[198]](#footnote-198).

### **4.3. Clases**

Los artículos 532 CC y ss. prevén cuatro clases de servidumbres: continuas o discontinuas, aparentes o no aparentes, positivas o negativas y legales o voluntarias. Como dice Reinoso Barbero[[199]](#footnote-199) “estas clasificaciones son combinables[[200]](#footnote-200). Es decir, cabe, por ejemplo, una servidumbre de paso que sea al mismo tiempo discontinua, aparente, positiva y voluntaria”.

Reinoso Barbero resume de esta forma las clases de servidumbres[[201]](#footnote-201): “1º) *Continuas o discontinuas*. Las primeras son aquellas cuyo uso pueda ser permanente, sin intervención de ningún hecho del hombre. Por ejemplo la servidumbre que permite apoyar un edificio en otro, pues una vez que se construya así, la servidumbre se mantendrá de forma *continuada* sin intervención del hombre. Las segundas consisten en lo contrario, es decir se usan a intervalos y dependen de actos del hombre[[202]](#footnote-202). Por ejemplo la servidumbre de paso que permita al propietario del fundo dominante atravesar el fundo sirviente cuando lo necesite. 2º) *Aparentes o no aparentes*. Las primeras son las que resultan visibles o son perceptibles porque hay signos que las evidencian o revelan el uso en el que consisten[[203]](#footnote-203). Por ejemplo la servidumbre de acueducto precisa una instalación material por la que transcurra el agua, cuya observancia permite a cualquiera deducir la existencia de la servidumbre. Las no aparentes carecen por completo de estos indicios, por lo que su existencia no es deducible de ningún signo externo. Por ejemplo, una servidumbre de vistas que impida construir en el fundo sirviente. 3º) *Positivas o negativas[[204]](#footnote-204)*. Las primeras imponen al dueño del predio sirviente la obligación de ‘dejar hacer’ alguna cosa o de ‘hacerla por sí mismo’. Por ejemplo, la servidumbre de abrevadero obliga a permitir que el ganado del fundo dominante abreve en el sirviente. Las segundas o negativas son las que ‘prohíben’ al dueño del predio sirviente hacer algo que, en otro caso, podría hacer[[205]](#footnote-205). Por ejemplo, la servidumbre que prohíbe abrir ventanas en un edificio que, sin la servidumbre, tendría derecho a abrirlas. 4º) *Legales y voluntarias*. Las primeras son las que impone la ley[[206]](#footnote-206) y las segundas las que se establecen por la voluntad de sus propietarios”[[207]](#footnote-207).

### **4.4. Constitución**

Las servidumbres se constituyen[[208]](#footnote-208) por título legal o voluntario[[209]](#footnote-209) o por prescripción de veinte años[[210]](#footnote-210). A estas formas de constitución debe agregarse el supuesto contemplado en el art. 541 CC (ya previsto en el Derecho Romano) conforme al cual la venta de un fundo en el que existan signos externos o físicos que hagan pensar en la existencia de una servidumbre aparente constituye tal servidumbre salvo que en el título de enajenación se exprese claramente lo contrario[[211]](#footnote-211).

### **4.5. Extinción**

El art. 546 CC establece seis vías de extinción de las servidumbres:

1. Por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente[[212]](#footnote-212).
2. Por el no uso durante veinte años. Este término principiará a contarse desde el día en que hubiera dejado de usarse la servidumbre respecto a las discontinuas; y desde el día en que haya tenido lugar un acto contrario a la servidumbre respecto a las continuas.
3. Cuando los predios vengan a tal estado que no pueda usarse de la servidumbre[[213]](#footnote-213); pero ésta revivirá si después el estado de los predios permitiera usar de ella, a no ser que cuando sea posible el uso, haya transcurrido el tiempo suficiente para la prescripción, conforme a lo dispuesto en el número anterior.
4. Por llegar el día o realizarse la condición, si la servidumbre fuera temporal o condicional.
5. Por la renuncia del dueño del predio dominante[[214]](#footnote-214).
6. Por la redención convenida entre el dueño del predio dominante y el del sirviente[[215]](#footnote-215).

### **4.6. Servidumbres legales y voluntarias**

Las servidumbres pueden ser legales[[216]](#footnote-216) o voluntarias según sean establecidas por la ley o por decisión de los propietarios. En ambas categorías existe un fuerte componente rústico; así entre las servidumbres legales se encuentra la servidumbre de aguas[[217]](#footnote-217), la servidumbre de paso[[218]](#footnote-218) o la servidumbre de medianería[[219]](#footnote-219), todas ellas muy apropiadas para el aprovechamiento de los fundos rústicos. Otro tanto sucede con las servidumbres voluntarias pues si bien tienen un alcance general (el art. 594 CC dice que “todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público” y el art. 598 CC añade “El título y, en su caso, la posesión de la servidumbre adquirida por prescripción determinan los derechos del predio dominante y las obligaciones del sirviente”) existen servidumbres tan exclusivas de la explotación de tierras rústicas como lo son las de pastos y recogida de leña en los montes, cuyas reglas principales se establecen en los arts. 600 CC y ss.:

1. La comunidad de pastos sólo puede establecerse por concesión expresa de los propietarios a favor de determinados individuos y sobre predios también ciertos y determinados[[220]](#footnote-220).
2. La comunidad de pastos en terrenos públicos se regirá por las leyes administrativas[[221]](#footnote-221).
3. El propietario que cercare una finca la hará libre de la comunidad de pastos en la que se encuentre pero mantendrá las demás servidumbres que sobre dicha finca estuviesen establecidas[[222]](#footnote-222) y conservará su derecho a la comunidad de pastos en las otras fincas no cercadas.
4. El propietario de un fundo gravado con la servidumbre de pastos podrá redimir la carga pagando su valor a los beneficiarios de la servidumbre[[223]](#footnote-223). Por defecto, se fijará el capital para la redención sobre la base del 4 por 100 del valor anual de los pastos.
5. Los criterios antes mencionados son aplicables además de a las servidumbres de pastos a las establecidas para el aprovechamiento de leñas y demás productos de los montes de propiedad particular.

## 5. Censo y enfiteusis

Tanto el censo como la enfiteusis[[224]](#footnote-224) nacen en el Derecho Romano[[225]](#footnote-225), el primero en forma de vectigal (Paulo D. 6,3,1 pr.)[[226]](#footnote-226) y la segunda como institución autónoma (C. 4,66: *De emphyteutico iure*)[[227]](#footnote-227).

Se trata por tanto de derechos diferentes aunque el CC los regula conjuntamente introduciendo la institución intermedia del “censo enfitéutico”[[228]](#footnote-228):

Hay censo, conforme al art. 1604 CC, “cuando se sujetan algunos bienes inmuebles al pago de un canon o rédito anual en retribución de un capital que se recibe en dinero, o del dominio pleno o menos pleno que se transmite de los mismos bienes”. Además del mencionado censo enfitéutico, al que me referiré luego, el CC contempla los censos consignativos y los reservativos, constituyéndose los primeros “cuando el censatario impone sobre un inmueble de su propiedad el gravamen del canon o pensión que se obliga a pagar al censualista por el capital que de éste recibe en dinero” (art. 1606 CC) y los segundos “cuando una persona cede a otra el pleno dominio de un inmueble, reservándose el derecho a percibir sobre el mismo inmueble una pensión anual que deba pagar el censatario” (art. 1607 CC).

Hay enfiteusis o, en terminología del artículo 1605 CC, censo enfitéutico “cuando una persona cede a otra el dominio útil de una finca, reservándose el directo y el derecho a percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio”. El censo enfitéutico sólo puede establecerse sobre bienes inmuebles y en escritura pública (art. 1628 CC). Al constituirse el censo enfitéutico se fijará en el contrato, bajo pena de nulidad, el valor de la finca y la pensión anual que haya de satisfacerse (art. 1629 CC)[[229]](#footnote-229). Cuando la pensión consista en una cantidad determinada de frutos[[230]](#footnote-230), se fijarán en el contrato su especie y calidad (art. 1630 CC)[[231]](#footnote-231). El enfiteuta hace suyos los productos de la finca y de sus accesiones y tiene los mismos derechos que corresponderían al propietario en los tesoros y minas que se descubran en la finca enfitéutica (art. 1632 CC).

Puede el enfiteuta disponer del predio enfitéutico y de sus accesiones, tanto por actos entre vivos como de última voluntad, dejando a salvo los derechos del dueño directo (art. 1633 CC)[[232]](#footnote-232).

A pesar de la regulación unitaria del CC de censos y enfiteusis existen notables diferencias entre ellos que Reinoso Barbero describe así: “El CC distingue tres clases de censos: los consignativos, los reservativos y los enfitéuticos[[233]](#footnote-233). Cada uno de ellos presenta una fuerte autonomía natural y normativa. Sin embargo, su tratamiento unitario parece justificarse en que los tres tienen el elemento común de obtención de un rédito a cambio de una determinada disposición sobre un bien inmueble. Pero lo cierto es que tanto los elementos reales como la naturaleza jurídica de esa disposición difieren sustancialmente en cada clase de censo: en el primero (consignativo) se origina un mero gravamen a título de caución, en el segundo (reservativo) se produce una transmisión del pleno dominio y en el tercero (enfitéutico) se desencadena la división de la propiedad entre el dueño directo y el dueño útil. Esta última peculiaridad, propia y exclusiva de la enfiteusis, constituye la diferencia de partida con el censo, de la que derivan todas las demás”.

Los censos y la enfiteusis tienen en común el ser redimibles y el censatario podrá redimirlos a su voluntad aunque se pacte lo contrario. El art. 1608 CC matiza que “puede, no obstante, pactarse que la redención del censo no tenga lugar durante la vida del censualista o de una persona determinada, o que no pueda redimirse en cierto número de años, que no excederá de veinte en el consignativo, ni de sesenta en el reservativo y enfitéutico.”

## 6. Superficie, sobreelevación, subedificación

El derecho de superficie tiene una similitud acusada con el derecho de enfiteusis y, al igual que él, tiene su origen en el Derecho Romano[[234]](#footnote-234).

Reinoso Barbero[[235]](#footnote-235) advierte que “El artículo 350 CC atribuye al propietario de un terreno el dominio de su superficie y de lo que esté debajo de ella[[236]](#footnote-236). En realidad, este precepto responde originariamente a la idea de que el propietario de un terreno lo es también del vuelo y del subsuelo, es decir, del espacio aéreo y subterráneo del mismo: ‘hasta los cielos y hasta los infiernos’ (*usque ad caelos et usque inferos*) que decían los glosadores[[237]](#footnote-237). Sin embargo hoy se interpreta que esos espacios solo pertenecen al dueño en cuanto razonablemente pueda aprovecharlos”. En efecto esta restricción es expresamente reconocida en el art. 12.2 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, cuando dispone que "Las facultades del propietario alcanzan al vuelo y al subsuelo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público". El mismo autor añade que “La RDGRN 24 febrero 2007 (BOE 4 de abril) admite la posibilidad de inscribir separadamente el suelo y el subsuelo, sin régimen de propiedad horizontal ni reserva del derecho de subedificación. También existen algunas pocas figuras inmobiliarias que, en determinados supuestos, limitan aún más este derecho del propietario a todo lo que haya sobre el suelo. Es el caso de los denominados ‘engalabernos’ o casas empotradas o casas a caballo, donde una parte de unas se construyen sobre una parte de otras. Debe también tenerse en cuenta que al derecho de superficie se encuentra estrechamente vinculado a la ordenación urbanística, cuya competencia corresponde a las Comunidades autónomas”[[238]](#footnote-238).

La regulación del derecho de superficie, en el que se incluyen los de sobreelevación y subedificación, ha sido reconfigurada por el citado Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo (ten adelante LS) respecto de las previsiones contenidas en el artículo 16 RH[[239]](#footnote-239), conforme a los siguientes principios:

### **6.1. Contenido**

El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas[[240]](#footnote-240). También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo (art. 53.1 LS)[[241]](#footnote-241).

### **6.2. Constitución**

Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad[[242]](#footnote-242). En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de noventa y nueve años. El derecho de superficie sólo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea público o privado (art. 53.2 LS)[[243]](#footnote-243). El derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito[[244]](#footnote-244). En el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie (art. 53.3 LS).

### **6.3. Extinción**

El derecho de superficie se extingue si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución y, en todo caso, por el transcurso del plazo de duración del derecho[[245]](#footnote-245). A la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho. No obstante, podrán pactarse normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie[[246]](#footnote-246). La extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración determina la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario[[247]](#footnote-247). Si por cualquier otra causa se reunieran los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie (art. 54.5 LS)[[248]](#footnote-248).

## 7. Derechos reales de adquisición

Dentro de los llamados derechos de adquisición se encuentran el tanteo y el retracto y la opción de compra. Permiten a su titular adquirir una cosa o derecho mediante el pago de un precio. Reinoso Barbero[[249]](#footnote-249) afirma que estos derechos reciben el atributo “*reales”* cuando se les dota de *reipersecutoriedad* (lo que permite su ejercicio con independencia de quién sea el propietario de la cosa gravada) y define cada uno de estos tres derechos en los siguientes términos: “A.- Tanteo: Permite comprar algo por *tanto* precio como ofrezca un tercero. El que vende debe notificar al titular de este derecho la venta proyectada para que pueda ofrecer el mismo precio. Constituye una preferencia para la adquisición de un bien o derecho. De ordinario viene vinculado al derecho de retracto. B.- Retracto: Es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago (artículo 1521 CC)[[250]](#footnote-250). Según el artículo siguiente “el copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos”. Una modalidad de retracto es la convencional (artículo 1507 CC), que consiste en la reserva del vendedor del derecho a recuperar la cosa vendida. El derecho de tanteo y retracto, por ejemplo, lo tienen algunos comuneros (no los comuneros de propiedad horizontal, privados de este derecho por el artículo 396 CC) [[251]](#footnote-251), algunos propietarios de fincas colindantes[[252]](#footnote-252), arrendatarios rústico y urbanos respecto de las fincas arrendadas, o los dueños directos y útiles en los inmuebles sometidos a censo enfitéutico (artículo 1636 CC). C.- Opción de compra: La opción de compra es un acuerdo o pacto, en cuya virtud una persona se compromete a vender a otra una cosa durante un tiempo determinado a un precio cierto. Durante ese tiempo el posible comprador puede ejercitar la *opción,* que es su derecho a comprar. Es frecuente que las partes pacten una *prima* de la opción. Es decir el precio del derecho de adquisición preferente que concede el vendedor al comprador y que debe pagarse en todo caso, con independencia de que se ejercite o no la opción.… Este pacto, puramente consensual y de naturaleza personal, genera un derecho real cuando lo acuerdan expresamente las partes. Será esgrimible frente a terceros al inscribirse en el Registro de la Propiedad (artículo 14 RH). En ese caso deberá contener el convenio expreso de las partes para que se inscriba, el precio y, en su caso, la prima, y su plazo que no podrá exceder de cuatro años”.

De estos derechos el que recibe una mayor regulación en el CC es el retracto. Se distingue entre el convencional y el legal. El primero de ellos está sometido a las siguientes reglas:

1. Este derecho durará, a falta de pacto expreso, cuatro años contados desde la fecha del contrato y en caso de estipulación, el plazo no podrá exceder de diez años (art. 1508 CC).
2. El vendedor podrá ejercitar su acción contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque en el segundo contrato no se haya hecho mención del retracto convencional (art. 1510 CC).
3. El comprador sustituye al vendedor en todos sus derechos y acciones (art. 1511 CC).
4. El vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de la venta, y además: 1.º Los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta y 2.º Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida (art. 1518 CC).
5. El vendedor que recobre la cosa vendida, la recibirá libre de toda carga o hipoteca impuesta por el comprador, pero estará obligado a pasar por los arriendos que éste haya hecho de buena fe y según costumbre del lugar en que radique (art. 1520 CC).

## B) DERECHO CHINO

## 1. Derechos reales limitados de disfrute en China

### **1.1. Consideraciones preliminares**

Aunque la legislación civil china no contempla específicamente el usufructo[[253]](#footnote-253) tal como es entendido en la mayoría de los ordenamientos europeos, regula un sistema de derechos reales limitados de disfrute compatible con el régimen económico de propiedad pública de los principales recursos inmobiliarios pertenecientes al Estado o a la colectividad de los campesinos y que, sin embargo, pueden ser utilizados por los individuos particulares. Este sistema de derechos reales de disfrute ha sido introducido por el Título III de la Ley de los Derechos Reales china, promulgada en 2007.

Debemos hacer una primera advertencia de carácter terminológico. Aunque como acabo de exponer – y enseguida justificaré – el “usufructo” chino no es homologable al español y tiene una naturaleza diversa, utilizaré la terminología clásica (usufructo, usufructuario, etc.) para referirme a él si bien, con carácter general, hablaré de derechos reales limitados de disfrute para diferenciar su contenido del usufructo español.

El artículo 117 de la Ley de Derechos Reales establece que "el usufructuario tiene derecho a gozar, usar y disfrutar de los bienes ajenos, sean muebles o inmuebles de conformidad con la ley". Aunque este concepto es parecido a la definición de usufructo que proporciona Paulo en D. 7,1,1 (*usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*), lo cierto es que “los derechos reales limitados de disfrute” chinos y el “usufructo” español responden a dos conceptos distintos en derecho civil. En primer lugar, el “usufructo” es un derecho específico, y ello se demuestra contemplando la ley desde una perspectiva histórica: en un principio surge como la principal forma de servidumbre personal[[254]](#footnote-254). En cambio, los derechos reales limitados de disfrute son un grupo plural de derechos que permiten gozar, usar y disfrutar los bienes ajenos, sean muebles o inmuebles, según las disposiciones de la ley. En segundo lugar, en España el usufructo y la servidumbre (predial) siguen sistemas paralelos[[255]](#footnote-255), mientras que el Título III de la Ley de Derechos Reales china regula la servidumbre (predial) como un tipo de derechos reales limitados de disfrute. Los derechos reales limitados de disfrute y los derechos reales limitados de garantía son dos sistemas paralelos[[256]](#footnote-256), dos tipos de derechos reales limitados, según la clasificación doctrinal de la Ley moderna de Derechos Reales[[257]](#footnote-257).

### **1.2. Funcionalidad del sistema de los derechos reales limitados de disfrute**

El sistema de los derechos reales limitados de disfrute refleja las diferentes formas del aprovechamiento de las tierras; constituye una norma jurídica muy importante para regular el uso de las tierras y desempeña un papel fundamental en la vida social. Por un lado, el sistema de los derechos reales limitados de disfrute tiene la función de ajustar la propiedad y el aprovechamiento de las tierras. El Estado o la colectividad, como propietarios, no pueden ejercer personalmente todos los derechos de propiedad sobre las tierras, incluyendo el derecho de uso. Pero las tierras tampoco pueden estar ociosas, ya que, de otro modo, la economía social se estancaría. Por consiguiente, estos medios de producción deben permitir que las tierras sean aprovechadas por quién no es propietario. Por otro lado, este aprovechamiento de las tierras mediante derechos reales, permite que se consolide la relación jurídica entre las partes, y, así, protege a ambos frente a terceros. En esto consiste la característica de la estructura jurídica del sistema de los derechos reales que la diferencia del sistema de los derechos de obligaciones. Los derechos reales tienen preferencia sobre los derechos de obligaciones[[258]](#footnote-258). Los derechos reales limitados de disfrute permiten coordinar los intereses de propietarios, usufructuarios y terceros implicados en las relaciones económicas de la propiedad pública, de manera que lleguen a plenitud los valores económicos e intereses de los medios de producción de la propiedad pública.

### **1.3. Capacidades y características de los derechos reales limitados de disfrute**

Los derechos reales limitados de disfrute otorgan la capacidad de gozar, usar y disfrutar. La posesión es un control real y supone la dominación a los bienes. Sólo así, se pueden usar y disfrutar los bienes ajenos. El uso, es una utilización real de los bienes, basada en las propiedades naturales de los bienes, el propósito legal o la manera acordada. El disfrute consiste en procurar los ingresos económicos u otros beneficios del aprovechamiento de los bienes[[259]](#footnote-259).

Los derechos reales limitados de disfrute tienen sus propias características. Primero, son derechos que se derivan de la propiedad; se reconoce como un derecho real en cosa ajena -*ius in re aliena*-, mientras que la propiedad es un derecho real sobre cosa propia.

Segundo, y en comparación con la propiedad, los derechos reales limitados de disfrute son, como la propia denominación expresa, derechos cuya limitación se refleja en tres aspectos. El primero sería que su poder es limitado; el derecho de usufructo sólo goza de una parte de los poderes de la propiedad. Aunque el usufructuario puede enajenar o hipotecar su derecho real limitado de usufructo, no tiene el derecho de propiedad sobre los bienes. El segundo aspecto consiste en que su duración es limitada, es decir, el derecho real limitado de usufructo tiene establecido un plazo. La propiedad es un derecho cuya duración es indefinida; en cambio, el derecho real limitado de usufructo es un derecho temporal. A pesar de que normalmente los derechos de usufructo tienen una duración por un período largo de tiempo, el usufructuario debe devolver la cosa usufructuada al propietario al finalizar el derecho real de usufructo. El tercer aspecto se refiere a las formalidades y circunstancias concretas al establecer el usufructo. El derecho de usufructo se debe establecer según lo regulado en las leyes o lo acordado en los contratos. El usufructuario debe velar por los bienes inmuebles y muebles del propietario, aprovecharlos racionalmente y usar esos bienes de conformidad al propósito y método acordados, sin perjudicar en ningún caso los derechos e intereses de los propietarios.

Tercero, el derecho real de usufructo es sustantivo; existe independiente de la propiedad. De acuerdo a la ley, el propietario no debe impedir o interferir en el ejercicio de los derechos del usufructuario, y no puede recuperar las cosas usufructuadas a su voluntad. Además, el usufructuario tiene derecho a ser protegido frente a actos de terceros que le causen un perjuicio.

Por último, el objeto de los derechos de usufructo es, normalmente, un bien inmueble. El artículo 117 de la Ley de Derechos Reales regula que el objeto del derecho de usufructo será un bien inmueble o bienes muebles ajenos, pero, en realidad, la mayoría se establece sobre bienes inmuebles y, en particular, sobre las tierras rústicas. Debido a su escasez, el valor de los bienes inmuebles resulta muy alto, especialmente el de las tierras, y, por tanto, su propiedad no puede ser transferida. Por todo ello, el establecimiento de derechos de usufructo sobre los bienes inmuebles se ha convertido en un factor ineludible del desarrollo económico y social de la República popular China. En general, y debido a las características de los bienes muebles, se puede ostentar la propiedad y el derecho de uso sobre los mismos mediante la compraventa y el arrendamiento[[260]](#footnote-260).

### **1.4. Los tipos de derechos reales limitados de disfrute**

Los derechos de usufructo constituyen una forma legal de separar la propiedad del derecho de uso de las tierras rústicas. Se pueden ostentar los derechos de uso, disfrute, disposición y posesión sobre la propiedad rústica colectiva -las tierras rústicas-; las unidades y los individuos pueden ser titulares del derecho de usufructo sobre las tierras y gozar, usar, y disfrutar de los bienes que pertenecen a la propiedad rústica colectiva.

El Título tercero de la Ley de Derechos Reales china contempla el sistema de los derechos de usufructo; incluye cinco capítulos, que son, respectivamente, capítulo I ¨Disposiciones generales¨, capítulo II ¨Los derechos de contratación y administración de las tierras¨, capítulo III ¨Los derechos de uso sobre las tierras de construcción colectiva¨, capítulo IV ¨Los derechos de uso sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales¨, capítulo V ¨Las servidumbres¨[[261]](#footnote-261). En esta parte del trabajo presentaremos los tres tipos de derechos de usufructo, recogidos en los capítulos II, III y IV de la ley china. La regulación de las servidumbres en la República Popular China se expondrá más adelante junto a la española.

#### **1.4.1. Los derechos de contratación y administración de las tierras**

##### **1.4.1.1. Conceptos y modos**

Los derechos de contratación y administración de las tierras constituyen uno de los tipos de derechos reales de usufructo por el que los contratistas[[262]](#footnote-262) pueden gozar, usar y disfrutar de las tierras rústicas de propiedad estatal o las colectivas –como son las tierras de cultivo, las tierras rústicas pobladas de árboles, los prados, etc.- que se dediquen a actividades agrícolas, como, por ejemplo, el cultivo, la silvicultura, la ganadería, etc., y recoger sus frutos[[263]](#footnote-263). Existen dos modalidades de derechos de contratación y administración de las tierras. El primero es aquel en el que los derechos de contratación y administración de las tierras se basan en las contrataciones y administraciones de la familia; es un modo principal. Todos los miembros de cada familia de las organizaciones económicas colectivas rurales， como una unidad de contratación y administración –un solo contratista–, establecen la relación contractual con el Estado o la comunidad colectiva y contratan las tierras de cultivo, las arboledas o los prados cuya función es la producción agrícola. En este caso el contratista no es un individuo, sino una familia o una unidad familiar[[264]](#footnote-264). Cuando el Estado o la comunidad colectiva reparte las tierras a los contratistas, lo hace conforme al número de miembros de cada hogar, número que utiliza para determinar la cuota de tierras contratadas; comúnmente se conoce como "se contrata según las familias, se reparten las tierras según los miembros" o también definida como “cada persona tiene su cuota”. Cada miembro de las organizaciones económicas colectivas rurales, tanto ancianos como jóvenes, tanto hombres como mujeres, tienen la capacidad de ser titulares de los derechos de contratación y administración de las tierras; se contempla en la ley de manera destacada que estos derechos sobre las tierras de cultivo, las arboledas y los prados deben ejercerse especialmente por familias u hogares.

La segunda modalidad es el derecho de contratación y administración sobre los cuatro tipos de baldíos. Se menciona que la modalidad de los derechos de contratación y administración del hogar no es conveniente para estos baldíos -montañas, zanjas, colinas y marismas baldías-[[265]](#footnote-265). En cuanto a estos cuatro tipos de baldíos, algunos miembros de las organizaciones económicas colectivas rurales no quieren realizar la contratación de los mismos, y los que acceden a ello lo hacen por cantidades distintas en proporción a su capacidad de producción. Por lo tanto, se pueden contratar cuatro tipos de baldíos basándose en los principios de voluntariedad, publicidad y justicia mediante un procedimiento de licitación, subasta y consulta pública[[266]](#footnote-266). Sin embargo, el artículo 46 de la Ley de contratación y administración de las tierras rústicas dice que “puede realizarse la contratación y administración de las montañas, zanjas, colinas y marismas baldías mediante licitación, subasta y consulta pública,” y que también “pueden convertirlas en acciones con el fin de repartirlas a los miembros de las organizaciones económicas colectivas rurales, y a continuación realizar la contratación y administración, o bien realizar cooperativas en la administración de acciones...¨ Así, como ya hemos visto, se establecen dos formas de ostentar los derechos de contratación y administración de las tierras: mediante la licitación, subasta y consulta pública, o convertirlas en acciones. Por otra parte, los intereses de los miembros de las organizaciones económicas colectivas rurales donde existen baldíos precisan de una mayor protección, no obstante se contraten mediante un procedimiento público. Resulta necesario dar prioridad al reparto de los cuatro tipos de baldíos entre los miembros de una misma organización económica colectiva en condiciones igualitarias[[267]](#footnote-267), lo cual se encuentra regulado en el artículo 47 de la Ley de contratación y administración de las tierras rústicas[[268]](#footnote-268).

##### **1.4.1.2. Duración**

Los derechos de contratación y administración de las tierras constituyen derechos reales que tienen un plazo. La duración del mismo es distinta según los distintos usos de las tierras; así, el artículo 126 de la Ley de Derechos Reales china dice que ¨la duración de la contratación y administración sobre tierras de cultivos será de 30 años, la de los derechos sobre los prados de 30 a 50 años, sobre las arboledas de 30 a 70 años y cuando los árboles son especiales, la duración puede ser prorrogada con la aprobación del departamento administrativo de silvicultura del Consejo de Estado. Al término del plazo regulado en el párrafo anterior, los contratistas continuarán la contratación y administración de conformidad con las disposiciones pertinentes del Estado.¨ En general, siempre y cuando el Estado o la comunidad colectiva no tengan objeción importante alguna, el contratista original continuará ejerciendo el derecho de contratación y administración.

##### **1.4.1.3. Relación jurídica de los derechos de contratación y administración de las tierras rústicas**

Con respecto al contratista, en el primer modo de los derechos de contratación y administración por parte de una familia o grupo familiar, tiene una restricción en su identidad. Ésta debe ser la del hogar o familia constituida por los agricultores miembros de las organizaciones económicas colectivas, al menos en el momento de establecer los derechos de contratación y administración de las tierras[[269]](#footnote-269). En otras palabras, en la relación jurídica que se establece en virtud de los derechos de contratación y administración de las tierras, el Estado o la comunidad colectiva propietarios de las tierras, reparten y entregan las tierras a las familias u hogares constituidos por los agricultores miembros de las organizaciones económicas colectivas. Entre las dos partes se produce una relación administrativa. Sin embargo, en los derechos de contratación y administración sobre los cuatro tipos de baldíos no existe restricción alguna en la identidad del contratista. Pueden ser contratistas en este caso no sólo los miembros que se encuentren en la misma organización económica colectiva, sino también los miembros pertenecientes a otra organización, incluso las empresas e instituciones urbanas, asociaciones sociales, u otras organizaciones o particulares con tal de que tengan las capacidades de explotar y administrar.

Con respecto al objeto de los derechos de contratación y administración, éste está constituido por la superficie de las tierras. La gran mayoría de las tierras contratadas y administradas son propiedad de la comunidad colectiva, pocas pertenecen al Estado[[270]](#footnote-270). Son objeto de estos derechos las tierras de cultivos, los baldíos, los prados y la superficie del agua. Las tierras municipales, sin embargo, se utilizan principalmente con finalidades de construcción; muy pocas son utilizadas para la agricultura.

A causa de la finalidad y funciones que persiguen los derechos de contratación y administración de las tierras, su objeto se limita a la superficie de las tierras contratadas, y no incluye, por tanto, la sobreelevación y subedificación. Es decir, los derechos de contratación y administración de las tierras no constituyen derechos de superficie, y ello supone la principal diferencia entre los derechos de contratación y administración de las tierras y los derechos de uso sobre las tierras de construcción[[271]](#footnote-271).

##### **1.4.1.4. Adquisición de los derechos de contratación y administración de las tierras rústicas**

Los derechos de contratación y administración de las tierras rústicas se establecerán cuando el contrato de contratación y administración de las tierras entre en vigor[[272]](#footnote-272). Las partes en este contrato son la organización económica colectiva y el hogar que pertenece a esa comunidad colectiva. En la práctica, es el cabeza de familia o del hogar -que representa a los miembros de la familia- el que firma el contrato con la comunidad colectiva o el Estado. Debido a que el contenido del contrato es más complejo, el artículo 21 de la Ley de contratación y administración de las tierras rústicas establece que el contrato de contratación y administración de las tierras deberá realizarse por escrito. Además, el párrafo 2 del artículo 127 de la Ley de Derechos Reales china ordena que los gobiernos municipales deberán entregar un título escrito en el que consten los derechos de contratación y administración sobre las tierras de cultivo, las arboledas o los prados e inscribirlos en el registro, a fin de confirmar los derechos de contratación y administración de las tierras. En este caso, el registro y el título escrito sólo representan la prueba de la existencia de los derechos, no las condiciones de entrada en vigor del derecho de contratación y administración; tampoco constituyen la condición necesaria para adquirir los derechos de contratación y administración de las tierras[[273]](#footnote-273).

En realidad, la firma del contrato es el último paso para contratar las tierras rústicas. El artículo 19 de la Ley de contratación y administración de las tierras rústicas regula el procedimiento siguiente para contratar las tierras：

(A) Los vecinos miembros de la organización económica colectiva se reunirán y elegirán a un grupo de ellos como representantes designados para realizar la contratación y administración de las tierras;

(B) El grupo elegido elaborará y publicará un programa para la contratación y administración de las tierras, siempre de conformidad con las leyes y reglamentos vigentes;

(C) Los vecinos miembros de la organización económica colectiva se reunirán con el fin de discutir y decidir si está de acuerdo con el programa elaborado;

(D) Se realizará la organización del programa de contratación y administración de las tierras;

(E) Se firmarán los contratos de contratación y administración de las tierras.

##### **1.4.1.5. Derechos y obligaciones**

Los derechos del contratista son：

A) Goce, uso y disfrute de las tierras rústicas；

B) Contratar y administrar las tierras rústicas personalmente；

C) Transferir legalmente los derechos de contratación y administración de las tierras. En general, los derechos de contratación y administración de las tierras adquiridos por la familia o grupo del hogar, se transfieren mediante un subcontrato, intercambio o enajenación, según se regula en la Ley de contratación y administración de las tierras rústicas. La duración del contrato no podrá ser superior a la inicialmente contemplada en el contrato. Los derechos sobre los cuatro tipos de baldío pueden transferirse mediante enajenación, como accionista, o gravados mediante hipoteca u otras formas[[274]](#footnote-274).

D) Las tierras contratadas pueden ser expropiadas de acuerdo con la ley y los contratistas tendrán derecho a obtener la indemnización compensatoria correspondiente. El Estado puede expropiar las tierras contratadas por razones de necesidad de interés público y debe entregar una compensación razonable, según lo establecido en el artículo 42 de la Ley de Derechos Reales.

E) Arrendar las tierras. El contratista tiene derecho a arrendar toda o una parte de la tierra contratada, salvo que en el contrato de contratación y administración se acuerde expresamente lo contrario.

F) Las tierras contratadas se consideran y tratan como un capital de financiación. El contratista puede financiar sus derechos de contratación y administración. El artículo 133 de la Ley de derechos reales establece expresamente que se puede acceder a los derechos de contratación y administración de las tierras como accionista[[275]](#footnote-275).

Las obligaciones del contratista son:

A）Obligación de pago de la renta. Sin embargo, tras abolirse formalmente el impuesto agrícola en enero de 2006, el que contrata directamente las tierras colectivas no está obligado al pago de impuestos o rentas.

B) Utilizar las tierras según los métodos y servicios acordados.

C) Mantener la productividad de la tierra[[276]](#footnote-276).

##### **1.4.1.6. La extinción de los derechos de contratación y administración de las tierras**

Los derechos se extinguen por las siguientes causas[[277]](#footnote-277):

A）Por renuncia a los derechos de contratación y administración. Normalmente no se puede renunciar a estos derechos en cualquier momento, a menos que el contratista haga una manifestación anterior que muestre su intención de renunciar. Esto es, que el contratista realizó un acto, antes de un determinado plazo, con el fin de mostrar, al propietario de las tierras, su intención de renunciar a los derechos de contratación y administración. Por otra parte, cuando se produce un caso de fuerza mayor que cause la ausencia de frutos o ganancias en el cultivo o explotación de las tierras contratadas y la situación perdure en el tiempo, el contratista puede renunciar a sus derechos de contratación y administración. También se entiende que se extinguen los derechos por renuncia, cuando el contratista no utilice las tierras.

B) El contratista no utiliza las tierras según los métodos o servicios acordados. El propietario debe darle un aviso y cuando le impide el acceso a las tierras, el propietario tiene derecho a rescindir los derechos de contratación y administración del contratista, que se dan por extinguidos.

C） La desaparición de las tierras contratadas.

D） Cuando el propietario recupera las tierras de acuerdo a lo establecido en la ley[[278]](#footnote-278).

E） Por expiración de la duración de los derechos de contratación y administración de las tierras según fuera acordada.

F） Cuando las tierras contratadas son expropiadas.

G） Por muerte de los contratistas sin herederos, o cuando los herederos no aceptan la herencia.

##### **1.4.1.7 Efectos jurídicos**

Cuando se produce la extinción de los derechos de contratación y de administración de las tierras, se producen los siguientes efectos jurídicos:

A) Los contratistas deben devolver las tierras a sus propietarios.

B) Los contratistas tienen derecho a conservar el producto de la tierra y los edificios agrícolas. El producto que se consigue de la explotación de las tierras y los edificios agrícolas que se construyen son costeados por los contratistas; por tanto, éstos podrán conservarlos al extinguirse los derechos de contratación y administración de las tierras.

C) Los propietarios deben proceder a la devolución y compensación de los gastos de mejora u otros gastos efectuados por los contratistas y que hayan beneficiado a la tierra del propietario. Así, los contratistas que incurran en gastos de mejora u otros gastos para aumentar la productividad de las tierras, o faciliten el uso de las tierras, siempre y cuando los propietarios a los que se les comuniquen no se hayan opuesto a ellos, deben devolver y compensar los gastos mencionados a los contratistas al producirse la extinción de los derechos de contratación y de administración de las tierras. Las impensas que se paguen o compensen al contratista serán proporcionales al beneficio obtenido con la mejora.

#### **1.4.2 Los derechos de uso sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales**

##### **1.4.2.1 Conceptos e Historia**

Los derechos de uso sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales, constituye otro de los tipos de derechos reales limitados de disfrute establecidos en la Ley de Derechos Reales china. Hace referencia a los derechos de construir y disponer de las viviendas e instalaciones adjuntas, existentes en las tierras de propiedad colectiva. Si comparamos ambos derechos, los de contratación y administración de las tierras anteriormente contemplados y los de uso para construcción de viviendas, ambos constituyen los dos derechos fundamentales de que disponen los agricultores chinos; los derechos de contratación y administración de las tierras resuelve la fuente de alimentación de los agricultores, y los derechos de uso sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales el problema de la vivienda básica de los agricultores. Los dos, con su color distintivo de seguridad social, se han convertido en instituciones importantes para asegurar la estabilidad rural y agrícola[[279]](#footnote-279).

Los derechos de uso sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales es una forma propia del sistema de tierras en China, no sólo por las necesidades que se derivan de las especiales condiciones de China, sino también por sus resultados en el devenir histórico del país. Desde el momento de la fundación de la República Popular china (1949), el derecho de uso para la construcción de viviendas rurales pasó por tres etapas: en la primera de ellas, formada por el período en que las tierras para la construcción de viviendas rurales pertenecían a agricultores individuales, los derechos de uso todavía no se separaban de la propiedad. La segunda etapa constituye el período de formación de los derechos de uso sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales; los derechos de uso sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales se separan de la propiedad, es decir, los agricultores ostentaban los derechos de uso sobre la tierra y el Estado o la colectividad eran los propietarios de ellas. La tercera etapa es el período en el que se desarrollan los derechos de uso sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales; la función social sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales se manifiesta gradualmente.

A) Primera etapa: período en el que las tierras para la construcción de viviendas rurales pertenecían a agricultores individuales (1949- 1962).

Desde el momento de la fundación de la República Popular china hasta el año 1962, no existía un concepto específico para describir las tierras cuyo fin era la construcción de viviendas rurales. El artículo 27 del “Programa Común del Consejo Consultivo Político del Pueblo Chino[[280]](#footnote-280)” establece, en 1949, que la propiedad de la tierra adquirida por los campesinos debía ser protegida, y sentenció que “la tierra es para quién la cultiva”[[281]](#footnote-281); se refiere a la protección de las tierras de cultivos en zonas rurales, pero no menciona el concepto de las tierras para la construcción de viviendas rurales. En realidad, no existía un concepto específico denominado “tierras para la construcción de viviendas rurales” que diferenciara las tierras de las viviendas construidas en ellas. En esa época, cuando se utiliza el término "casa", no se refieren sólo a la construcción, sino también a la tierra sobre la que se realizaba, es decir, a lo actualmente denominado “tierras para la construcción de viviendas rurales”. Las casas, -construcciones y tierras- eran bienes privativos de los agricultores, lo mismo que las tierras de cultivos adquiridas por ellos; su propiedad pertenecía a agricultores individuales. Las propiedades y los derechos de uso sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales, unidos, eran de los agricultores; esto se plasmó, en mayor medida, en la Constitución china de 1954[[282]](#footnote-282).

En 1956, la transformación socialista de la propiedad privada de medios de producción rural produjo básicamente, en ese momento, que, aunque los principales medios de producción como las tierras pertenecían a la colectividad, la gestión de la misma se unificara y se convirtiera en un trabajo conjunto de la colectividad y los agricultores independientes; de esta forma, las viviendas rurales y las tierras sobre las que se hallaban no se convirtieron en parte en propiedad colectiva, sino que todavía pertenecían a los agricultores individuales. Los derechos de uso sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales no aparecían aún como derechos independientes, y así continuó hasta 1962.

B) Segunda etapa: período de formación de los derechos de uso sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales (1962- 1999)

En el “Proyecto modificado de reglamento de trabajo de la Comuna Popular rural[[283]](#footnote-283)” de 1962 aparece la expresión “tierras para la construcción de viviendas rurales”, que contempla expresamente que la propiedad de las tierras para la construcción de viviendas rurales pertenece a la colectividad y, por primera vez, se constituye en documento público.

La “Notificación de algunas disposiciones complementarias sobre cuestiones relacionadas con las tierras para la construcción de viviendas rurales de los comuneros[[284]](#footnote-284) en todas las zonas por el Comité Central del Partido Comunista de China”[[285]](#footnote-285) de 1963, reguló la propiedad colectiva sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales de nuevo, y propuso que los hogares podrían usar las tierras para la construcción de viviendas rurales a largo plazo y adquirir los derechos de uso sin pago alguno. En ese momento, el derecho de uso sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales se separa del de su propiedad.

En la década de los ochenta del siglo pasado, además de los agricultores, también los habitantes de las ciudades, mediando aprobación, podían ostentar los derechos de uso sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales. El artículo 41 de la Ley de Administración de suelo de 1988[[286]](#footnote-286) estableció que “los habitantes de las ciudades, si tuvieran necesidad de utilizar las tierras pertenecientes a la colectividad para construir las viviendas, deberán gozar de la aprobación del gobierno del distrito correspondiente. La superficie de tierra que se utilice para construir no puede exceder lo establecido en las normas de cada provincia, región autónoma o municipio, y sus habitantes deberán satisfacer los gastos compensatorios y subsidios de reasentamiento relacionados en las normas de gastos a abonar por el Estado por requisar las tierras para la construcción. Sin embargo, la Ley de Administración del suelo de 1998 sólo dispuso sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales de los agricultores, no reguló que los habitantes de la ciudad pudieran construir viviendas en las tierras pertenecientes a la colectividad. Por lo tanto, los individuos que no fueran agricultores no podían solicitar la construcción de viviendas en las tierras rurales. Además, la Ley de Administración del suelo de 1998 estableció formalmente el principio “una tierra para un hogar”[[287]](#footnote-287) así como el límite de la superficie de tierra con el fin de construir viviendas rurales.

C) Tercera etapa: período de desarrollo de los derechos de uso sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales (1999-actualidad)

La “Notificación sobre el reforzamiento de la administración de la transferencia de tierras y la estricta prohibición de la especulación de tierras”[[288]](#footnote-288) de mayo de 1999 estableció que las viviendas rurales de los agricultores no podían ser vendidas a los habitantes de las ciudades, y que tampoco podían aprobarse las solicitudes de los habitantes de las ciudades con el fin de utilizar las tierras rurales pertenecientes a la colectividad para la construcción de viviendas. Las autoridades no podían conceder la licencia de uso de la tierra y el certificado de propiedad de la vivienda a cualquier persona que hubiera construido y/o comprado ilegalmente las viviendas. En 2004, la “Decisión sobre la profundización de las reformas para la administración estricta de las tierras” del Consejo de Estado, y ”Las opiniones sobre el reforzamiento de administración de las tierras para la construcción de viviendas rurales” del Ministerio de tierras y recursos estatales restringieron claramente la compra y venta de los derechos de uso sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales. En este período ya existían, en el ámbito académico, debates e investigaciones sobre la transferencia de los derechos de uso sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales.

En esta época, con el desarrollo de la economía de mercado socialista, los agricultores emigran a la ciudad, aparece una oleada de movimiento de población. Los espacios para vivienda en los distritos urbanos son muy escasos y la capacidad de absorción de la población por las urbes se enfrenta a enormes retos. Las ciudades siguen creciendo, lo que ha creado una oportunidad de utilizar los recursos escasos de las tierras para que los campos suburbanos obtengan un beneficio económico máximo. Además, se promovieron nuevas construcciones rurales, y se ha apoyado la generalización de políticas de sustento a la agricultura y de zonas agrícolas preferenciales, ofreciendo compensaciones altas por la expropiación de tierras causada por la expansión urbana y la construcción de infraestructura; todo ello ha aumentado notablemente el valor económico de las tierras colectivas rurales. Las tierras rústicas, incluyendo las destinadas a la construcción de viviendas rurales, cuyas funciones son más importantes que antes, y la problemática creada por el movimiento de la población y su ubicación, hacen que la inmovilización de las tierras para la construcción de viviendas rurales resulte cada vez más necesaria y evidente.

##### **1.4.2.2 Características**

Además de tener las características generales de los derechos de uso sobre las tierras, los derechos de las destinadas a la construcción de viviendas rurales tienen otras:

Primera. El sujeto de los derechos está restringido respecto de su identidad. Debe ser miembro de una organización económica colectiva[[289]](#footnote-289). Los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales son ostentados por una familia rural; la familia u hogar tiene un espacio de tierra, y la familia está compuesta por los miembros de esta organización económica colectiva. Las personas y asociaciones que no sean personas jurídicas, no pueden ostentar derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales[[290]](#footnote-290).

Segunda. El objeto de los derechos es específico. Según el artículo 152 de la Ley de Derechos Reales china, el objeto de los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales es la tierra perteneciente a la organización colectiva, y se excluyen las tierras pertenecientes al Estado. Las tierras que pertenecen a la organización colectiva, incluyen su superficie, las sobreelevaciones y la sub edificación[[291]](#footnote-291).

Tercera. El fin de los derechos es también específico. Los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales es un tipo de derecho real limitado de disfrute con la finalidad de construir viviendas, e instalaciones adjuntas a ella -depósito, aseo, patio, pocilgas, etc.-, y de conformidad a la ley, en las tierras de propiedad colectiva. Son claramente distintos a los derechos de contratación y administración de las tierras, con el propósito de la producción agrícola, en las tierras de propiedad colectiva.

Cuarta. La adquisición de los derechos es gratuita. Desde una perspectiva histórica, la adquisición gratuita de los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales tiene unas raíces profundas. Desde la fundación de la República Popular China en 1949, la reforma de la regulación de las tierras con el propósito de abolir la propiedad privada y de liberar la productividad rural afectó a todo el país. Los agricultores se convirtieron en los propietarios de las tierras, adquirieron gratuitamente la propiedad de las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales, y sus familias recibieron el certificado de propiedad sobre las tierras y las viviendas rurales. Sin embargo, los agricultores perdieron la propiedad sobre las tierras, y en 1962 la organización colectiva se convirtió en la propietaria de las tierras rústicas; las familias rurales pueden utilizar las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales disponiendo de un plazo grande para ello. El 20 de marzo de 1963, el Comité Central del Partido Comunista de China promulgó la ¨Notificación de algunas disposiciones complementarias sobre cuestiones relacionadas con las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales de los comuneros¨. Esta notificación estableció que ¨los comuneros utilizarán las tierras para construir las viviendas, aunque sean tierras de cultivo y no es necesario pagar el precio de las tierras¨, lo que constituía el comienzo de la adquisición gratuita de los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales. El gobierno adoptó esta política debido a dos consideraciones: por un lado, la economía rural estaba atrasada y los agricultores, en la época de la economía planificada, eran muy pobres, no tenían la capacidad de pagar los gastos que suponía adquirir las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales. La adquisición de los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales, al igual que los privilegios, resultaba gratuita para los agricultores con el fin de asegurar que todos ¨los residentes en el medio rural dispongan de sus propias viviendas¨[[292]](#footnote-292). Por otro lado, la organización colectiva no pagó nada a los agricultores en compensación por haberles privado de la propiedad de las tierras rústicas. Por ello, algunos autores creen que la adquisición gratuita de los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales constituiría una compensación para los agricultores en este concepto[[293]](#footnote-293). De 1990 a 1993, se realizó una breve prueba consistente en la adquisición de los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales mediante un pago, pero fue suprimido rápidamente. Para reducir las cargas a los agricultores, la ¨Notificación sobre las opiniones acerca del examen y subsanación de los proyectos relacionados con las cargas de los agricultores ¨[[294]](#footnote-294) abolió los gastos para adquirir los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales. Desde entonces, y hasta el momento actual, estos derechos de uso se adquieren gratuitamente. En el proceso de elaboración de la Ley de Derechos Reales, existió una controversia entre los que defendían la adquisición gratuita y la adquisición mediante pago. Sin embargo, finalmente, la Ley de Derechos Reales adoptó la opinión de la adquisición gratuita de estos derechos. Se creía que los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales constituyen la garantía más básica para proporcionar vivienda a los agricultores, ya que los miembros de la organización económica colectiva deben adquirirlos gratis[[295]](#footnote-295).

Quinta. Los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales no tienen límite en su duración. Es decir, son derechos sin plazo, nunca se extinguirán debido a la terminación de un plazo o duración determinada.

Sexta. El artículo 62 de la Ley de Administración de suelo [[296]](#footnote-296) estipula el principio “una tierra para un hogar” y establece un límite en la superficie de tierra; sin embargo, esta ley no define exactamente el “hogar”. El artículo 5 del “Reglamento de registro del censo en la República Popular de China”[[297]](#footnote-297), publicado en 1958 dice que el “registro del censo recoge los “hogares”. Las personas que viven con el cabeza de familia, junto con este, son considerados un “hogar”. En sentido estricto, el "hogar" no es un concepto jurídico. En el principio “una tierra para un hogar”, un agricultor puede formar un ¨hogar¨ aunque viva solo, o un agricultor cabeza de familia, junto a otras personas, incluidos los hijos y esposa u otros parientes que tienen una relación de sangre o de afinidad con el cabeza de la familia con las que vive, puede formar un “hogar”. El “hogar” es una comunidad de vida; puede estar constituido por una sola persona o por varias[[298]](#footnote-298). “Tierra” en el principio “una tierra para un hogar” es equivalente a “tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales¨.

El territorio chino es vasto y su relieve es muy variado, por lo que las formas de vivir agrupados pueden ser muy distintas. Por ello, el artículo 62 de la “Ley de Administración del suelo” sólo establece los requisitos generales sobre la superficie de tierras para la construcción de viviendas rurales, y así dice que “la superficie de las tierras destinadas a la construcción de las viviendas rurales no puede exceder lo contemplado en las normas de cada provincia, región autónoma o municipio¨. Según las situaciones específicas de las distintas regiones, se han establecido las normas correspondientes a cada región; estas normas, por lo general, son de dos tipos: en un caso, la superficie de las tierras para cada hogar es limitada a cierta extensión. Por ejemplo, las “Medidas de Aplicación de la Administración del suelo en la provincia Hubei¨[[299]](#footnote-299) dice que “...Los agricultores que utilicen las tierras de cultivos para construir sus viviendas rurales, inclusive las instalaciones adjuntas, no podrán exceder los 140 metros cuadrados por hogar, y aquellos que utilicen tierras que no sean de cultivo, los 200 metros cuadrados por hogar...”[[300]](#footnote-300). Este es el tipo más general de los que podemos consultar datos. En otro caso, la superficie de tierras para cada persona se limita en cierta cantidad. Por ejemplo, el “Reglamento de Administración del suelo en ChongQing” dice que “la superficie de las tierras para la construcción de viviendas rurales se limita a 20-25 metros cuadrados por cada agricultor –persona- que viva cerca del centro de la ciudad；se limita a 20-30 metros cuadrados por cada agricultor que vive en zonas más alejadas de la ciudad. Si es un hogar con más de cinco personas, se calculará de acuerdo a cinco personas, es decir, cada hogar puede tener una tierra destinada a la construcción de viviendas rurales cuya superficie máxima sea de 150 metros cuadrados, si vive en zonas alejadas de la ciudad...”[[301]](#footnote-301)

##### **1.4.2.3 El establecimiento de los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales**

Los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales se establecen mediante los siguientes procedimientos:

(A) Solicitud de los agricultores. Según la ley y la política actual, los agricultores[[302]](#footnote-302) que quieran adquirir las tierras para construir las viviendas en las zonas rurales, deben presentar una solicitud para el establecimiento de los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales a las organizaciones económicas colectivas rurales o al Comité de campesinos[[303]](#footnote-303).

(B) Deliberación en el seno de las organizaciones económicas colectivas rurales. Las organizaciones económicas colectivas rurales examinan las solicitudes presentadas por los agricultores y, si están de acuerdo con ellas, las presentarán a su vez al gobierno de la comarca.

(C) El gobierno de la comarca examinará y verificará las solicitudes, y manifestará su opinión sobre ellas presentándolas al gobierno municipal[[304]](#footnote-304) a fin de que éste pueda aprobarlas.

(D) El gobierno municipal examinará y ratificará la solicitud de los agricultores de acuerdo con la ley, y, si la solicitud cumple las condiciones[[305]](#footnote-305), podrá ser aprobada.

(E) El departamento administrativo correspondiente concede los certificados a los agricultores peticionarios. Cuando la solicitud es aprobada, el departamento de la administración del suelo otorgará un documento de aprobación para utilizar las tierras para la construcción de las viviendas individuales. Después de construir las viviendas, el departamento de administración del suelo y el departamento de administración de la vivienda autorizarán y concederán dos certificados: uno de los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales, y otro de propiedad de la vivienda.

Hay que tener en cuenta que los peticionarios son los agricultores, y quién decide si aprueba la solicitud o no es la organización económica colectiva, no el gobierno de la comarca ni el gobierno municipal. Ello sucede porque es la organización colectiva la propietaria de las tierras y tiene el derecho de permitir a los miembros de la organización económica colectiva utilizar las tierras rurales. El poder de los dos gobiernos -el de la comarca y el gobierno municipal—se limita a examinar la solicitud de los agricultores para verificar que cumple con los procedimientos establecidos[[306]](#footnote-306), lo que constituye un mero examen formal, no un examen sustancial. Su propósito es supervisar que las organizaciones económicas colectivas aprovechen las tierras de forma racional, y evitar que transformen libremente las tierras de producción agrícola en tierras de construcción, así como prevenir que se utilicen las tierras de cultivos, en lugar de las tierras baldías, para la construcción de viviendas rurales. Siempre y cuando la solicitud no infrinja las disposiciones obligatorias de las leyes, reglamentos y normas, no puede ser desestimada[[307]](#footnote-307).

##### **1.4.2.4 Derechos y obligaciones**

###### **1.4.2.4.1 Derechos**

Los derechos que tiene la persona que ostenta los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales[[308]](#footnote-308) -en adelante “persona que ostenta los derechos de uso sobre las tierras”-, son：

A. Utilizar y ocupar las tierras con el fin de poseer las viviendas rurales construidas sobre ellas, sin plazo alguno (se establece en el artículo 152 de la Ley de los derechos reales china). El propósito y significado de los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales es resolver los problemas de vivienda de los agricultores. Por lo tanto, las tierras destinadas a ese fin y las viviendas construidas sobre ellas, siempre están unidas. Para mantener las viviendas rurales, los propietarios de estas viviendas, que también son las personas que tienen los derechos de uso sobre las tierras, pueden utilizar las tierras gratuitamente y sin plazo alguno.

B. Construir otros edificios e instalaciones en las tierras disponibles. Además de construir las viviendas rurales, la persona que ostenta los derechos de uso sobre las tierras puede construir otros edificios para cubrir sus propias necesidades de vida, o construcciones menores e instalaciones que fueren necesarias para las labores de producción que realice siempre dentro de las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales.

C. Transferir, sometido a unos límites, los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales. Este punto ha constituido un tema de gran controversia en los círculos académicos. Actualmente los estudiosos finalmente han llegado a coincidir en dos opiniones comunes:

a) La transferencia independiente de los derechos de uso sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales está prohibida. Es decir, cuando la vivienda se transfiere legalmente, los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales pueden transferirse junto a ella por el principio “la tierra es transferida junto a la vivienda construida en ella”.

b) Cuando los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales son transferidos legalmente junto a la vivienda, el cesionario debe cumplir con la condición de solicitar las tierras para la construcción de viviendas rurales. Los solicitantes deben ser los miembros de la propia organización económica colectiva rural. Los residentes de la ciudad no pueden participar en la transferencia de los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales[[309]](#footnote-309); en la organización colectiva correspondiente a su residencia, no disponen de tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales. Si solicitaran esos derechos de uso, se produciría una violación del principio “una tierra para un hogar” y se traspasaría el límite de superficie de tierra en esa zona rural una vez recibida la tierra. La transferencia de los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales se limita estrictamente, principalmente a causa de que el sistema de seguridad social rural no ha sido establecido en plenitud. Los derechos de uso sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales todavía asumen la importante responsabilidad de establecimiento de los agricultores. Todavía no se reúnen todos los requisitos de transferencia en todas las zonas de la República Popular de China debido a las restricciones que supone, por ejemplo, el principio “una tierra para un hogar”, por el que los agricultores no pueden solicitar las tierras para construir viviendas nuevas después de vender o alquilar sus viviendas rurales, lo que les discrimina respecto a los residentes de ciudad. En cuanto los agricultores pierden sus viviendas y las tierras rurales, pierden las condiciones básicas para vivir, lo que afecta enormemente a la estabilidad social.

En la actualidad, existen pocas disposiciones legales sobre la transferencia de los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales, y aunque haya algunas, son demasiado abstractas. El artículo 153 de la Ley de derechos reales dice que “la adquisición, el ejercicio y la transferencia de los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales, se someten a lo establecido en las disposiciones de la Ley de Administración del suelo y otras leyes, y a los reglamentos del Estado”. El artículo 184 de la Ley de derechos reales prevé que los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales no pueden ser hipotecados. El artículo 62 de la Ley de Administración del suelo regula que “los agricultores que soliciten las tierras destinadas a la construcción de viviendas nuevas después de haber vendido o alquilado sus viviendas rurales, su solicitud será denegada¨. El artículo 63 de la Ley de Administración del suelo dice que¨los derechos de uso sobre las tierras rústicas pertenecientes a la colectividad, no se pueden ceder, transferir o arrendar con el fin de otra construcción que no sea la agrícola...”. Además, las legislaciones locales regulan este problema de distinta forma en cada región. Sin embargo, la transferencia ha sido un fenómeno muy frecuente en el medio rural, con sólo algunas diferencias en las circunstancias específicas o detalles de la misma[[310]](#footnote-310). Simultáneamente, existen muchos problemas jurídicos acerca de “las viviendas con derecho incompleto”[[311]](#footnote-311) que se han construido en las tierras rurales a lo largo de los últimos años. En el año 2015, el Comité Central del Partido Comunista de China y el Consejo de Gobierno expresaron “algunas opiniones sobre profundizar en la reforma e innovación y acelerar la modernización de la agricultura¨[[312]](#footnote-312) y formularon las propuestas de reforma con el fin de avanzar en el sistema de tierras rústicas con pasos firmes. El Ministerio de Tierras y Recursos Estatales[[313]](#footnote-313) publicó los detalles de un reglamento para la aplicación de las propuestas de reforma. Las propuestas de reforma sobre el sistema de las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales ya se habían puesto en marcha en algunas zonas rurales[[314]](#footnote-314). Además, el sistema de registro unificado de los bienes inmuebles [[315]](#footnote-315) que se está realizando por toda el territorio chino en el presente año 2016, ha incluido el registro unificado de los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales[[316]](#footnote-316).

###### **1.4.2.4.2 Obligaciones**

Las obligaciones de la persona que ostenta los derechos de uso sobre las tierras son：

1. Hacer uso de las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales de acuerdo a los servicios aprobados. Las tierras que los agricultores solicitan deben servir para construir las viviendas rurales, lo que supone el sentido de la existencia de los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales. No se pueden alterar los servicios de estas tierras sin permiso; tampoco se pueden comprar y vender, alquilar u transferirlas de cualquier otra forma no legal. En las tierras concedidas recientemente las viviendas se deben construir en el plazo reglamentario; si se incumple esta obligación, la organización colectiva propietaria de las tierras tiene derecho a recuperar los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales[[317]](#footnote-317).

Sin embargo, cuando las tierras alrededor de la vivienda se dedican a actividades de producción a pequeña escala o de forma familiar, por ejemplo, cultivar frutas y verduras a pequeña escala, ello no significa un cambio de servicio de las tierras. En el caso de la plantación de árboles y arbustos o de un jardín, sin producir perjuicio alguna a la construcción y a la utilización de las viviendas, la persona que tiene los derechos de uso sobre las tierras tampoco realiza un cambio de servicio[[318]](#footnote-318).

B. Utilizar las tierras para construir las viviendas de conformidad con la superficie aprobada. Se debe proceder en estricta conformidad con la superficie de las tierras aprobada; no se podrá utilizar ningún medio ilegal con el fin de ocupar más tierras destinadas a la construcción de viviendas. Si cualquiera ocupara más tierras de las aprobadas, se investigará su responsabilidad legal tratándolo como una ocupación ilegal de tierras[[319]](#footnote-319).

C. Subordinación a la planificación unificada y totalitaria del Estado y a la de la colectividad u organización colectiva. Si las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales se modifican debido a la planificación unificada y totalitaria, la persona beneficiaria de los derechos de uso sobre las tierras no puede impedirlo. Sin embargo, cuando los cambios ocasionan dificultades o pérdidas a la persona que ostenta los derechos de uso, hay que compensarla de acuerdo a la ley.

D. Se prohíbe la transferencia ilegal de los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales. La persona que ostenta los derechos de uso no puede transferirlos independientemente; tampoco puede comprarlos o venderlos de forma encubierta e ilegal. El acuerdo para la transferencia ilegal es nulo. Los agricultores no pueden solicitar tierras nuevas después de vender sus viviendas rurales. Después de que los agricultores muden de residencia y desmonten sus viviendas rurales, las tierras disponibles se recuperan para las organizaciones económicas colectivas. La colectividad tiene derecho a recuperar los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales, si se encuentran ociosas por mucho tiempo o se abandonan[[320]](#footnote-320).

F. No se debe ocasionar perjuicio al interés público ni a los intereses legítimos de los vecinos. El artículo 89 de la Ley de derechos reales dice que “en cuanto a la construcción de un edificio, ninguna entidad o individuo puede violar las normas de construcción de la ingeniería de Estado o bloquear la ventilación, iluminación o privar de sol a cualquier edificio adyacente”. Y el artículo 91 regula que “al excavar las tierras, construir los edificios, tender las tuberías o instalar los equipos, etc., no puede ponerse en peligro la seguridad de cualquier inmueble adyacente¨. Además, la construcción de viviendas rurales no puede afectar la circulación normal, las canales, el medio ambiente, etc.[[321]](#footnote-321).

##### **1.4.2.5 La extinción de los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales**

Los derechos de uso sobre las tierras se extinguen por las siguientes causas：

A. Por causas naturales. El artículo 154 de la Ley de derechos reales china establece claramente que “los derechos de usos de las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales se extinguen por causas naturales...¨. Aunque las tierras no puedan extinguirse en sus atributos físicos, ya no pueden prestar el servicio para el que fueron aprobadas debido a calamidades naturales o por otras razones que desvirtúen su propósito. Por ejemplo, cuando las viviendas se deterioran o resultan destruidas por causa de huecos o desprendimientos de tierras, y las tierras bajo las viviendas ya no son apropiadas para la construcción de nuevas viviendas. Por eso los derechos de uso de estas tierras, cuyo propósito es la construcción de viviendas rurales, cuando la propia tierra se destruye, quedan extintos.

B. Las tierras para la construcción de viviendas rurales podrán ser expropiadas por el Estado. El Estado puede expropiar las tierras por necesidades de interés público. El Estado deberá otorgar una compensación en concepto de pérdida de las viviendas rurales construidas en la tierra expropiada; además, ha de redistribuir las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales entre los agricultores que han perdido las tierras por expropiación[[322]](#footnote-322).

C. Los derechos de uso de las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales han sido recuperados por la ley. El artículo 65 de la Ley de Administración del suelo[[323]](#footnote-323), y el artículo 52[[324]](#footnote-324) establecen en 1995: “algunas disposiciones para determinar la propiedad y los derechos de uso de las tierras”[[325]](#footnote-325), y regulan tres casos principales en los que las organizaciones económicas colectivas pueden recuperar los derechos de uso sobre las tierras: primero, cuando las tierras están ociosas por largo tiempo o ya no se han utilizado de nuevo; segundo, cuando las tierras se utilizan para la construcción de instalaciones y servicios públicos de los pueblos, que constituiría la expropiación de las tierras que hemos mencionado anteriormente; tercero, cuando las tierras para la construcción de viviendas rurales se utilizan ilegalmente, es decir, los agricultores no ulitizan las tierras según los servicios aprobados o los usos solicitados.

D. Cuando todos los miembros del hogar que ostenta los derechos de uso sobre las tierras fallecen y, por tanto, ese hogar deja de existir y no existen herederos[[326]](#footnote-326), los derechos de uso de las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales se extinguen[[327]](#footnote-327).

##### **1.4.2.6 Efectos jurídicos de la extinción de los derechos de uso de las tierras.**

Cuando se produce la extinción de los derechos de uso de las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales, se producen los siguientes efectos jurídicos:

A. Se redistribuyen las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales entre los agricultores que han perdido las tierras por catástrofes o causas naturales -artículo 154 de la Ley de derechos reales- y por expropiación -artículo 42 de la misma ley-.

B. Realizar el registro de cancelación. En el caso de que los derechos de uso de las tierras se encuentren registrados, es necesario registrar oportunamente la cancelación de los mismos cuando se extingan -artículo 155 de la Ley de derechos reales[[328]](#footnote-328)-.

C. En el caso de la extinción absoluta de los derechos de uso de las tierras, por la causa mencionada anteriormente[[329]](#footnote-329), las propiedades de las viviendas rurales y las instalaciones auxiliares construidas en las tierras pertenecen a la propietaria de las tierras, es decir, la organización colectiva rural[[330]](#footnote-330).

#### **1.4.3 Los derechos de uso de las tierras colectivas destinadas a la construcción**

##### **1.4.3.1 Concepto**

Los derechos de uso de las tierras destinadas a la construcción se encuentran regulados en la Ley de Derechos Reales, en sus artículos 135 a 151 pero la mayoría de sus disposiciones se refieren a las tierras del Estado; sólo la última, el artículo 151, dice que “cuando las tierras colectivas sean tierras destinadas a la construcción, habrán de aplicarse lo establecido en Ley de la Administración del Suelo”. Por lo tanto, algunos autores creen que el artículo 151 constituye una disposición excepcional entre todas las de este sistema[[331]](#footnote-331).

Los derechos de uso de las tierras colectivas destinadas a la construcción, como una parte importante de los sistemas jurídicos civiles de las tierras rústicas, son distintos de los derechos de uso de las tierras estatales de construcción. Los derechos de uso de las tierras colectivas destinadas a la construcción consisten en los derechos que los individuos tienen al goce, uso y disfrute de las tierras de propiedad colectiva, incluyendo su superficie, la sobreelevación y la subedificación, a fin de construir los edificios, las construcciones y las instalaciones auxiliares que consideren oportunas y necesarias. Por lo tanto, desde una perspectiva amplia, los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales también constituyen uno de los tipos de esta clase de derechos[[332]](#footnote-332). Como los derechos de uso de las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales se encuentran regulados en un tipo independiente de la Ley de Derechos Reales, concretamente en el capítulo IV del Título III, ya mencionado en este trabajo, los derechos de uso de las tierras colectivas destinadas a la construcción no incluyen los destinados al uso de las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales.

##### **1.4.3.2 Clasificaciones**

Según el artículo 43 de la Ley de Administración del Suelo, los derechos de uso de las tierras colectivas destinadas a la construcción implican, principalmente, tres clasificaciones de tierras: las tierras para fundar empresas o fábricas en los poblados y las aldeas, las tierras para construir las viviendas rurales y, finalmente, las tierras para la construcción de instalaciones y servicios públicos que sirvan a los poblados y aldeas. Las tierras destinadas a la construcción de las viviendas rurales[[333]](#footnote-333), como hemos dicho anteriormente, se regulan en el sistema de los derechos de uso de las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales, que ha constituido una forma especial de los derechos reales de disfrute en China[[334]](#footnote-334). En consecuencia, una vez aplicada la Ley de Derechos Reales, los derechos de uso de las tierras colectivas destinadas a la construcción incluyen dos clasificaciones más, según los servicios que presten：una es los derechos de uso de las tierras colectivas destinadas a la construcción mercantil, con el propósito de fundar las empresas o fábricas en los poblados y aldeas, y la otra los derechos de uso de las tierras colectivas destinadas a la construcción con un interés público, es decir, con el fin de construir las instalaciones y los servicios públicos necesarios en los poblados y aldeas[[335]](#footnote-335).

##### **1.4.3.3 Adquisición de los derechos de uso de las tierras colectivas destinadas a la construcción**

Las empresas y fábricas en los poblados y aldeas, y las organizaciones económicas colectivas que se constituyan en ellos, pueden adquirir los derechos de uso de las tierras colectivas destinadas a la construcción mediante la obtención de una autorización administrativa.

De acuerdo con el artículo 59 de la Ley de Administración del Suelo“para la construcción de empresas y fábricas en los poblados y aldeas, de instalaciones y servicios públicos rústicos y de viviendas rurales, debe hacerse una distribución racional y una explotación múltiple según la planificación existente en esos poblados y aldeas. Las tierras colectivas destinadas a la construcción deben cumplir con el plan global y anual del uso de las tierras de los poblados y aldeas, y realizar los trámites de autorización administrativa de conformidad con los artículos 44, 60, 61 y 62 de la Ley de Administración del Suelo”.

Existen dos supuestos. En el primero, se convierten las tierras utilizadas para la producción agrícola en tierras destinadas a la construcción, de manera que sea posible adquirir los derechos de uso de las tierras colectivas destinadas a la construcción. Según el artículo 44 de la Ley de Administración del Suelo “si el uso original de las tierras es el agrícola, hay que proceder a la conversión de las mismas en tierras de construcción, y ello deberá hacerse mediante los trámites de autorización administrativa relativos a la conversión de uso”. El segundo de los casos, sería el establecimiento de los derechos de uso de las tierras colectivas destinadas a la construcción cuando originariamente el uso de las tierras no era agrícola.

A. La adquisición de los derechos de uso de las tierras colectivas de construcción mercantil. Las organizaciones económicas colectivas rurales que utilizan las tierras de los poblados –condados-, y determinan los terrenos constructivos aprovechando la planificación general a fin de establecer empresas o crear conjuntamente empresas mediante la adquisición de participaciones en valor de los derechos de uso de las tierras, la gestión conjunta con otras entidades o individuales y demás formas, deben disponer de los documentos de aprobación correspondientes. Así, deben presentar su solicitud al departamento de administración de las tierras pertenecientes al gobierno popular local a partir del nivel de los distritos. Dicha solicitud será aprobada por parte del gobierno popular local a partir del nivel de distritos de acuerdo con la autoridad para la aprobación prevista en cada provincia, región autónoma o municipio que dependa directamente del Gobierno Central, según el artículo 60 de la Ley de Administración del Suelo

B. Adquisición de los derechos de uso de las tierras colectivas destinadas a la construcción de interés público. Cuando resulta necesario utilizar las tierras para la construcción de instalaciones y servicios públicos de los poblados y aldeas, hay que superar la aprobación del gobierno de los mismos, mediante la presentación de la correspondiente solicitud al departamento de administración de las tierras pertenecientes al gobierno popular local a partir del nivel de distritos. Dicha solicitud será aprobada de conformidad a la autoridad de aprobación estipulada en cada provincia, región autónoma o municipio dependiente, de forma directa, del Gobierno Central, según el artículo 61 de la Ley de Administración del Suelo.

##### **1.4.3.4 Transferencia**

Los derechos de uso de las tierras destinadas a la construcción de empresas y fábricas en los poblados y aldeas pueden ser hipotecados junto con sus edificios y transferirse cuando la empresa o fábrica son transferidas. Los derechos de uso de las tierras destinada a la construcción de instalaciones y servicios públicos, sin embargo, no pueden ser transferidos[[336]](#footnote-336).

En la Tercera Sesión Plenaria de la XVIII reunión del Comité Central del Partido Comunista de China[[337]](#footnote-337) (2013), se propuso que “se permita la venta, arrendamiento y adquisición de participaciones de las tierras colectivas destinadas a la construcción mercantil y la entrada de estas tierras en el mercado junto con las tierras de propiedad del Estado, en igualdad de condiciones y, así, que disfruten de los mismos derechos y precios de las tierras de propiedad del Estado”[[338]](#footnote-338). Más tarde, en febrero de 2015, el Comité Permanente del Congreso Nacional Popular del Pueblo aprobó la Decisión de autorizar al Consejo de Estado a regular, y aplicar temporalmente las leyes y reglamentos pertinentes, en treinta y tres regiones administrativas de condados piloto -ciudades, distritos, etc.- como, por ejemplo, el distrito Daxing de la ciudad de Pekín. Conforme al pensamiento de las Autoridades Centrales sobre la reforma, en marzo de 2015, el Ministerio de Ordenación Territorial y Recursos seleccionó 15 ciudades –distritos- en todo el país con el fin de implementar los trabajos piloto para la entrada en el mercado de las tierras colectivas de construcción mercantil. A fin de cumplir con los requisitos para que estas tierras colectivas de construcción mercantil disfruten de “los mismos derechos y precios” que las tierras propiedad del Estado, y según la decisión del Comité Permanente del Congreso Nacional Popular del Pueblo, con base en la investigación y experiencia demostrada exhaustivamente en relación con la hipoteca y la financiación de las tierras en las zonas plioto mencionadas, la Comisión Reguladora de la Banca China, conjuntamente con el Ministerio de Ordenación Territorial y de Recursos, establecen las “Medidas Provisionales para la Administración de las Hipotecas de los derechos de uso de las tierras colectivas destinadas a la construcción mercantil” en mayo de 2016. En dichas Medidas se definen claramente las zonas de aplicación, el tipo de tierras objeto de ellas y el período válido para realizarlas. Las tierras colectivas destinadas a la construcción mercantil, autorizadas explícitamente por estas Medidas para la implementación de hipotecas, se limitan a las quince regiones de condados piloto -ciudades, distritos, etc.- sometidas a la reforma. Estas Medidas sólo son aplicables en las tierras colectivas destinadas a la construcción mercantil determinadas por la planificación general de ordenación de tierras y de zonas urbanas y rurales, como tierras con propósito comercial de la industria mineral, para el almacenamiento y servicios empresariales, etc. Se dispone que las tierras que puedan entrar en el mercado mediante hipoteca, arrendamiento y aportaciones de capital basándose en su valor – la adquisición de participaciones-, así como los derechos de uso de las tierras colectivas destinadas a la construcción mercantil con condiciones para entrar en el mercado, pueden hipotecarse. Estas Medidas estarán vigentes hasta el 31 de diciembre de 2017.

#### **1.4.4. Uso y habitación**

En el debate de los sistemas de servidumbres personales[[339]](#footnote-339) en relación con la Ley de Derechos Reales, se ha analizado la disputa relativa a si la legislación china acepta o rechaza el usufructo y el derecho de habitación[[340]](#footnote-340). Sin embargo, no existen apenas referencias al “uso” en la documentación e información consultadas. En el Borrador de la Ley de Derechos Reales publicado en 2005 existe referencia al derecho de “habitación”, pero no al “uso”. En las Descripciones sobre “la Ley de Derechos Reales de la República Popular China” -borrador de consulta-, de 28 de enero de 2001, la Comisión de Asuntos Legislativos del Comité Permanente del Congreso Nacional Popular del Pueblo propuso, por primera vez, la idea de la “protección efectiva del derecho de residencia en viviendas ajenas para las personas mayores, mujeres y menores”, y en el capítulo XVIII de este documento creó nuevamente el sistema de derecho de “habitación”. En la cuarta revisión del Borrador de la Ley de Derechos Reales, discutida popularmente y publicada con fecha 11 de julio de 2005, aumentaron a doce el número de artículos, de la parte de derechos reales de disfrute, acerca del derecho de “habitación”, cuyo contenido incluye el concepto, establecimiento, vigencia, rescisión, eliminación, etc., del derecho de “habitación”.

En la quinta revisión del Borrador de la Ley de Derechos Reales, realizado por el Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional de la RPC (22/08/2006), la Comisión de Asuntos Legislativos considera que el rango de aplicación del derecho de habitación resulta muy limitado, así que, para los problemas de vivienda basados en relaciones familiares son de aplicación las disposiciones sobre la crianza, manutención y otras cuestiones relativas contempladas en la Ley del Matrimonio y lo previsto en la Ley de Contratos para los arrendamientos. Estos casos podrán ser resueltos mediante la aplicación de estas leyes, sin tener en cuenta las disposiciones sobre el derecho de “habitación” del Borrador. Por todo ello, en la quinta revisión del Borrador de la Ley de Derechos Reales eliminaron, finalmente, las disposiciones relativas al derecho de “habitación”. Tampoco existió una regulación del derecho de “habitación” en la sexta y séptima revisiones del Borrador de la Ley de Derechos Reales.

La controversia sobre si se incorpora o no el derecho de habitación al sistema de derechos reales de disfrute ha persistido siempre. Los que son favorables a su regulación consideran que crear la figura de este derecho podrá resolver los problemas de residencia de los grupos vulnerables, carentes de vivienda, tales como las personas mayores, los divorciados, las niñeras, etc. Ello tiene mucha importancia práctica. Los que están en contra, creen que, desde el punto de vista de la estructura legislativa, el derecho de habitación no puede ser establecido independiente o separado del marco de las servidumbres personales, y en el borrador de la Ley de Derechos Reales china no se han establecido las servidumbres personales. La función del derecho de habitación es incompatible con la de la Ley de Derechos Reales y podrá ser regulada por otros conjuntos normativos, como, por ejemplo, la Ley de Matrimonio[[341]](#footnote-341) y la Ley de Sucesiones[[342]](#footnote-342). Las disposiciones sobre el derecho de herencia y las obligaciones de los hijos de mantener a sus padres, además de otras cuestiones, han garantizado una residencia para los padres. En cuanto a los divorciados que, temporalmente, no encuentran vivienda tras su separación, su problema de habitación podrá resolverse a través de la compra o el arrendamiento de vivienda. Desde el punto de vista del valor de la existencia del derecho de habitación, en China no existe una necesidad real de establecer este derecho[[343]](#footnote-343). La idea de no contemplar una regulación expresa del derecho de habitación en la Ley de Derechos Reales ha sido finalmente aceptada. En la Ley de Derechos Reales publicada oficialmente no se ha establecido el derecho de habitación.

#### **1.4.5 Servidumbres prediales rústicas**

##### **1.4.5.1 Concepto y características de las servidumbres**

Las servidumbres se regulan en los artículos 156 a 169 de la ley de Derechos Reales china. La servidumbre es uno de los derechos reales de disfrute por el que se utilizan tierras pertenecientes a otros que aumentan el valor de las propias. En este tipo de derecho existen dos funciones diferenciadas: los predios pueden ser dominantes o sirvientes. El predio sirviente es el que proporciona un uso a tierras ajenas y el predio dominante es el que disfruta de ese uso.

Las servidumbres tienen las siguientes características:

A. Son establecidas en un contrato. Las servidumbres se constituyen mediante contratos en los que el predio dominante y el sirviente acuerdan establecer una servidumbre. Las partes deben firmar el contrato por escrito y éste contiene, generalmente, y según el artículo 157 de la Ley de Derechos Reales, las siguientes cláusulas: (a) el nombre, apellido y domicilio de las partes; (b) la ubicación del predio sirviente y del predio dominante; (c) el objetivo y los métodos de uso; (d) la vigencia de uso; (e) los gastos y la forma de pago; (f) los métodos de solución de controversias. Una vez que el contrato entre en vigor, las servidumbres ya están establecidas. En el caso de que este derecho no sea registrado no afectará a su eficacia, estará en vigor pero no podrá oponerse a terceros de buena fe.

B. Las servidumbres consisten en el uso de inmuebles pertenecientes a otros. En la relación que se establece en virtud de las servidumbres, el predio sirviente y el predio dominante pertenecen a distintos propietarios o titulares del derecho de uso de tierras. Como sabemos, los propietarios del predio sirviente y del predio dominante pueden ser titulares de inmuebles; por ejemplo, propietarios de tierras colectivas o de edificios; también pueden ser titulares del derechos de uso de inmuebles, como por ejemplo quién ostenta los derechos de contratación y administración de las tierras, o aquellos que ostenten derechos de uso de las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales.

C. Las servidumbres aumentan el beneficio de los inmuebles propios. Ello constituye, también, el objetivo principal de establecimiento de las servidumbres. Dicho “beneficio” puede incluir tanto la comodidad que se obtiene como mayores intereses en un negocio, así como intereses no patrimoniales, es decir, un beneficio espiritual o emocional.

##### **1.4.5.2 Las obligaciones**

Según el artículo 159 de la Ley de Derechos Reales, el dueño del predio sirviente tiene dos obligaciones: permitir el uso de su tierra por la parte de predio dominante y no obstaculizar el ejercicio de los derechos por parte del dueño del predio dominante. Por otro lado, según el artículo 160 de la Ley de Derechos Reales, las obligaciones del dueño del predio dominante son utilizar el predio sirviente de conformidad con el objetivo y métodos acordados en el contrato y reducir lo más posible las restricciones de propiedad u a otros derechos reales de que disfrute el dueño del predio sirviente.

##### **1.4.5.3 Relación de las servidumbres con otros derechos**

La servidumbre es un derecho que existe para el beneficio del predio dominante; por lo tanto, en las servidumbres y en los derechos de uso de los predios dominantes existe una relación entre lo principal y lo subordinado[[344]](#footnote-344). Así, debemos prestar atención a las relaciones de las servidumbres con otros derechos:

1. El artículo 161 de la Ley de Derechos Reales establece que, no obstante el período válido para las servidumbres sea determinado por las partes, este período no podrá superar el plazo que reste de vigencia a los derechos de contratación y administración de las tierras, los derechos de uso de las tierras colectivas destinadas a la construcción y otros derechos reales existentes en el predio.
2. El artículo 162, a su vez, determina que cuando los propietarios del predio disfrutan o asumen las servidumbres, a la hora de establecer los derechos de contratación y administración de las tierras y los derechos de uso de las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales, estos titulares del derecho de uso de predio seguirán disfrutando o asumiendo las servidumbres previas ya establecidas.
3. Cuando ya estén establecidos los derechos, tales como los de contratación y administración de las tierras, los de uso de las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales y otros, sobre el predio, los propietarios del predio no podrán establecer servidumbres sin el permiso de los titulares del derecho de uso del predio, según regula el artículo 163 de la Ley de Derechos Reales.
4. Las servidumbres están unidas al predio dominante. Dichas servidumbres no podrán ser transferidas o hipotecadas independientemente, separándose así del predio dominante. El artículo 164 de la ley de Derechos Reales establece que si se transfieren los derechos de contratación y administración de las tierras, los de uso sobre las tierras colectivas de construcción, etc., las servidumbres serán transferidas juntos con ellos, a menos que en el contrato se haya estipulado específicamente al respecto. En el caso de hipotecar los derechos de contratación y administración de las tierras, los de uso de las tierras colectivas destinadas a la construcción y otros, las servidumbres serán transferidas con el ejercicio del derecho hipotecario, de acuerdo al artículo 165 de la misma ley citada anteriormente.
5. Además, el artículo 166 de esta Ley dice que al transferir una parte del predio dominante, y de los derechos de contratación y administración de las tierras, y de los derechos de uso de las tierras colectivas destinadas a la construcción y preexistentes en los predios dominantes, si la parte transferida incluye las servidumbres prediales, el cesionario disfrutará, al mismo tiempo, de dichas servidumbres prediales.
6. Finalmente, el artículo 167 de la ley de Derechos Reales establece que al transferir una parte del predio sirviente, y de los derechos de contratación y administración de las tierras, y de los derechos de uso de las tierras colectivas destinadas a la construcción que existan en los predios sirvientes, si la parte transferida incluye las servidumbres, dichas servidumbres son vinculantes para el cesionario.

##### **1.4.5.4 Resolución del contrato de servidumbre**

Conforme al artículo 168 de la Ley de Derechos Reales, el dueño del predio sirviente tendrá derecho a resolver el contrato de servidumbre, lo cual supone su desaparición, cuando el titular del predio dominante se encuentre en una de las siguientes circunstancias: (A) Haya violado las disposiciones de las leyes o lo acordado en el contrato y abuse de la servidumbre; (B) En el caso de utilizar el predio sirviente habiendo acordado un pago, no realice el desembolso una vez transcurrido el plazo de pago, y se hayan producido dos notificaciones de cobro emitidas en un plazo razonable.

Para la modificación, transferencia o supresión de las servidumbres registradas, deberán realizar oportunamente en el registro el cambio de titular o la cancelación registral.

##### **1.4.5.5 Las servidumbres prediales rústicas**

Desde el punto de vista geográfico y de contenido del derecho existente, las servidumbres prediales están divididas en urbanas y rústicas. Las servidumbres rústicas se dan principalmente en los siguientes campos: (A) Las servidumbres vitalicias generadas como consecuencia de las construcciones y residencias. Incluyen las servidumbres para la utilización de las zonas comunes de los edificios y las servidumbres para ventilación e iluminación. (B) Las servidumbres de producción originadas por actividades agrícolas. (C) Las servidumbres de tradiciones sociales establecidas por las costumbres religiosas y tradiciones culturales.

En consideración a su aplicación práctica, muchos de los fenómenos que existen deberían lograr el equiliprio de intereses entre las partes, proteger sus derechos legales -a través de la constitución del sistema de las servidumbres prediales-, a fin de obtener su normalización y legalización. Sin embargo, en las extensas zonas rurales, debido a la falta de conocimiento del sistema legal por parte de los agricultores y a las restricciones por el entorno jurídico general, las servidumbres de zonas rurales aún no desempeñan un papel tan activo como deberían. Además, la importancia de las relaciones sociales tiene efectos muy significativos para los patrones de conducta de los miembros de la sociedad rural de China, por lo que los agricultores no sólo tienen en cuenta los intereses económicos, sino que están más interesados en las relaciones sociales. Ello también es muestra de la realidad de hábitos de vida presentes en la sociedad rural, que ya han sido ampliamente debatidos y demostrados. En consecuencia, las servidumbres rústicas muestran las siguientes características diferenciadoras: (A) Normalmente las servidumbres en tierras de zonas rurales no se efectúa en forma requerida por la ley, muchas de ellas se establecen de forma oral en lugar de por escrito. (B) Las servidumbres rústicas generalmente son derechos consuetudinarios formados de acuerdo a las costumbres. Incluso aún hoy existen tipos de servidumbres que son difíciles de ser aprobados por las leyes modernas, por ejemplo, los arreglos formados en base al ¨feng shui¨ que es en realidad equivalente a una servidumbre. (C) Generalmente estos derechos no serán registrados. (D) En comparación con el establecimiento de otras servidumbres prediales mediante pago, el establecimiento de las servidumbres rústicas no se realiza para ser remunerada.

Debido a sus costumbres ciudadanas, se exige la obligación de una tolerancia necesaria entre los propietarios o titulares de los derechos de uso con sus vecinos urbanos colindantes. Además, las relaciones de interés mutuo en las zonas rurales son relativamente simples, es necesario fortalecer aún más la conciencia de derechos de los agricultores, y ello, en cierta medida, ha reducido el espacio de aplicación del sistema de las servidumbres rústicas[[345]](#footnote-345).

#### **1.4.6 Otros derechos reales**

El artículo 5 de la Ley de Derechos Reales en China prescribe el principio del *numerus clausus* de los derechos reales; dice que “las variedades y el contenido de los derechos reales será el establecido por la ley”. En la presente legislación civil china, los derechos reales sobre tierras rústicas se dividen en dos categorías: los derechos reales de disfrute y los derechos reales de garantía. La primera incluye los derechos de contratación y administración de las tierras, los derechos de uso de las tierras colectivas destinadas a la construcción, los derechos de uso de las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales y las servidumbres prediales. La segunda, se describirá en el siguiente tema. No existen más derechos reales sobre tierras rústicas previstos por la ley[[346]](#footnote-346). Aunque en el proceso de elaboración de la Ley de Derechos Reales, los expertos, tal como Liang Huixing, Wang Liming, propusieron el sistema del “derecho de empeño”[[347]](#footnote-347) y así aparece en la propuesta de borrador de la Ley. Sin embargo, no fue aceptado finalmente. El “derecho de empeño”, considerado como un tipo de derecho real de disfrute, consiste en el derecho del titular de goce, uso y disfrute de bienes inmuebles ajenos mediante el pago de un precio.

Los autores contrarios al derecho de empeño consideraron que sólo anteriormente había sido considerado este derecho por un Código civil del entorno, concretamente el de Corea del Sur de 1958, que contempló algo muy similar, y que, por tanto, sería difícil la adaptación a la tendencia internacional de la Ley de Derechos Reales sin abolir el sistema del “derecho de empeño”. Por otra parte, en China las tierras pertenecen al estado y a la colectividad, y los agricultores no tienen propiedades. Por tanto, es imposible establecer un “derecho de empeño”. Aunque no existan estadísticas específicas sobre el “derecho de empeño” sobre las viviendas, los casos en la práctica son pocos y la utilidad de su existencia es menor.

# CAPÍTULO V

# DERECHOS REALES LIMITADOS DE GARANTÍA SOBRE TIERRAS RÚSTICAS

## **A) DERECHO ESPAÑOL**

## **1. Nociones generales sobre los derechos reales de garantía sobre tierras rústicas**

Los denominados derechos reales de garantía[[348]](#footnote-348) o garantías reales[[349]](#footnote-349) se despliegan en torno a las dos figuras tradicionales de prenda y de hipoteca[[350]](#footnote-350).

Sin embargo, no vamos a tratar en este capítulo de la prenda general porque su incidencia en la actividad jurídica sobre tierras rústicas, aun existiendo, se ha trasladado en gran medida a una institución derivada de ella y de carácter especial conocida como “prenda sin desplazamiento”[[351]](#footnote-351). Esta clase singular de prenda se ha especializado para que sea utilizado en exclusiva por los titulares de explotaciones agrícolas, forestales y pecuarias. La legislación actual autoriza a estos propietarios de tierras rústicas a dar en prenda, sin desplazamiento de la posesión, los frutos y cosechas tanto pendientes como recogidos, los animales y sus crías, las máquinas y aperos de labranza y demás productos de este tipo de explotaciones sobre tierras rústicas[[352]](#footnote-352).

Por su parte, la hipoteca sigue siendo la forma de garantía de mayor relieve cualitativo en las operaciones crediticias para la adquisición de tierras rústicas. La hipoteca, como más adelante se explicará, tiene precisamente su origen en los arrendamientos rústicos, como modalidad de la prenda –*pignus conventum*– para garantizar el pago de la renta[[353]](#footnote-353).

Los requisitos esenciales[[354]](#footnote-354) configuradores de la prenda general y de la hipoteca se encuentran en los arts. 1857[[355]](#footnote-355) CC y ss.

1. Accesoriedad: la prenda o hipoteca debe constituirse para asegurar el cumplimiento de una obligación principal de la que aquélla es accesoria[[356]](#footnote-356).
2. Titularidad: la cosa pignorada o hipotecada deben pertenecer en propiedad al que la empeña o hipoteca[[357]](#footnote-357).
3. Disponibilidad: las personas que constituyan la prenda o hipoteca deben tener la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto[[358]](#footnote-358). Las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes.
4. Enajenabilidad: una vez vencida la obligación principal, las cosas en que consiste la prenda o hipoteca deben poder ser enajenadas para pagar al acreedor (art. 1858 CC)[[359]](#footnote-359).
5. Prohibición de comiso: el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas (art. 1859 CC)[[360]](#footnote-360).
6. Indivisibilidad: La prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor[[361]](#footnote-361). Solo se exceptúa el supuesto en que, siendo varias las cosas dadas en hipoteca o en prenda, cada una de ellas garantice solamente una porción determinada del crédito; en este caso, el deudor tendrá derecho a que se extinga la prenda o la hipoteca a medida que satisfaga la parte de deuda de que cada cosa responda especialmente (art. 1860 CC)[[362]](#footnote-362).
7. Universalidad: los contratos de prenda e hipoteca pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras o condicionales (art. 1861 CC).

A estos requisitos debe sumarse, por el momento, el de la responsabilidad personal ilimitada del deudor pues como señala el art. 105 LH, ni la prenda[[363]](#footnote-363) ni la hipoteca alterarán “la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 CC”[[364]](#footnote-364). Decimos “por el momento” porque en la actualidad está sometida a debate la responsabilidad universal, defendiéndose propuestas de *lege ferenda* dirigidas a limitar esa responsabilidad a la perdida de los bienes gravados. Por fortuna estas tesis restrictivas de la responsabilidad no se han abierto camino pues su triunfo podría suponer un retroceso de siglos pues abrirían la puerta al derecho de comiso del acreedor con todas las consecuencias que ello implica.

Una posible solución intermedia podría verse en la estandarización del denominado “pacto marciano[[365]](#footnote-365)” por conducto del art. 140 LH. Este precepto autoriza a deudor y acreedor a limitar en la escritura de constitución la responsabilidad del primero a los bienes hipotecados. El mencionado artículo dice: “No obstante lo dispuesto en el artículo ciento cinco, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor. Cuando la hipoteca así constituida afectase a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte de crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el artículo ciento veintiuno”.

Han aflorado en los últimos años algunas medidas legislativas dirigidas a flexibilizar el rigor tradicional del régimen de garantías reales sobre bienes inmuebles, incluyendo los rústicos, cuando los deudores hipotecarios se encuentran sin recursos[[366]](#footnote-366). Entre ellas destaca el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos[[367]](#footnote-367), cuya Exposición de Motivos, explica su Leitmotiv: “El Gobierno considera, por ello, que no puede demorarse más tiempo la adopción de medidas que permitan aportar soluciones a esta situación socioeconómica en consonancia con el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, consagrado en el artículo 47 de la Constitución española, que ha de guiar la actuación de los poderes públicos de conformidad con el artículo 53.3 de la misma. Así lo exige, igualmente, el mandato incluido en el artículo 9.2 de la Norma Fundamental. A tal fin, se establecen en este real decreto-ley diversos mecanismos conducentes a permitir la restructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como la flexibilización de la ejecución de la garantía real[[368]](#footnote-368). Estas medidas se implementan, no obstante, sin deteriorar los elementos fundamentales de la garantía hipotecaria, sobre cuya seguridad y solvencia se viene asentando históricamente nuestro sistema hipotecario. La mayoría de las medidas serán de aplicación a quienes se encuentren situados en el denominado umbral de exclusión”.

Como complemento al citado Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, se ha dictado el “Código de Buenas Prácticas[[369]](#footnote-369) para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual” que contiene cinco medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria mediante la dación en pago del bien hipotecado: “a) En el plazo de doce meses desde la solicitud de la reestructuración, los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, para los que la reestructuración y las medidas complementarias[[370]](#footnote-370), en su caso, no resulten viables conforme a lo establecido en el apartado 2, podrán solicitar la dación en pago de su vivienda habitual en los términos previstos en este apartado. En estos casos la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o tercero que ésta designe, quedando definitivamente cancelada la deuda[[371]](#footnote-371). b) La dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda[[372]](#footnote-372). c) El deudor, si así lo solicitara en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación. Durante dicho plazo el impago de la renta devengará un interés de demora del 20 por cien. d) Las entidades podrán pactar con los deudores la cesión de una parte de la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda, en contraprestación por la colaboración que éste pueda prestar en dicha transmisión[[373]](#footnote-373). e) Esta medida no será aplicable en los supuestos que se encuentren en procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta, o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores”[[374]](#footnote-374).

## 2. Hipoteca

### **2.1. Origen en los arrendamientos rústicos**

La hipoteca, como más arriba hemos adelantado, tiene precisamente su origen en los arrendamientos rústicos del derecho romano, como modalidad de la prenda –*pignus conventum*– para garantizar el pago de la renta. Reinoso Barbero[[375]](#footnote-375) señala en este sentido: “El origen de esta modalidad de prenda se encuentra en la necesidad de garantizar el pago de la renta en los arrendamientos rústicos. Los propietarios precisan que los arrendatarios (colonos) garanticen el pago de la renta y, ordinariamente, éstos no disponen de otro patrimonio que los aperos y animales que precisan para la labranza y su subsistencia. Si entregan esos bienes en prenda al arrendador, no pueden labrar la finca arrendada. De ahí surge la necesidad de dejar la prenda en poder del deudor, pero con un pacto o convenio que grava la cosa de forma que, en caso de incumplimiento, deberá ser entregada al acreedor para que pueda venderla y cobrarse la deuda”.

Hoy en día la constitución de este tipo de garantías no sería posible mediante hipotecas pero sí mediante prendas sin desplazamiento de la posesión art. 52 LHM[[376]](#footnote-376).

### **2.2. Concepto**

Los artículos 104 LH[[377]](#footnote-377) y 1876 CC ofrecen un texto coincidente al definir la hipoteca: “la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone[[378]](#footnote-378), cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida”[[379]](#footnote-379). Se trata por tanto de un gravamen real[[380]](#footnote-380) que no precisa desplazamiento posesorio desde el deudor hacia el acreedor y puede constituirse en garantía de toda clase de obligaciones (art. 105 LH)[[381]](#footnote-381).

Aunque el art. 1874 CC dice que solo podrán ser objeto del contrato de hipoteca los bienes inmuebles y los derechos reales enajenables impuestos sobre bienes inmuebles[[382]](#footnote-382), el art. 107 LH[[383]](#footnote-383) añade que podrán también hipotecarse:

* Primero. El derecho de usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca, cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin[[384]](#footnote-384).
* Segundo. La mera propiedad, en cuyo caso, si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, no sólo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo, como no se haya pactado lo contrario[[385]](#footnote-385).
* Tercero. Los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar[[386]](#footnote-386).
* Cuarto. El derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él, de la resolución del mismo derecho[[387]](#footnote-387).
* Quinto. Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real[[388]](#footnote-388).
* Sexto. Las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público, y los edificios o terrenos que, no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario[[389]](#footnote-389).
* Séptimo. Los bienes vendidos con pacto de retro o a carta de gracia, si el comprador o su causahabiente limita la hipoteca a la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta, dándose conocimiento del contrato al vendedor, a fin de que si se retrajeren los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, a no mediar para ello precepto judicial[[390]](#footnote-390).
* Octavo. El derecho de retracto convencional, si bien el acreedor no podrá repetir contra los bienes hipotecados sin retraerlos previamente en nombre del deudor, en el tiempo en que éste tenga derecho y anticipando la cantidad que para ello fuere necesaria.
* Si el vendedor ejercita el derecho de retracto no sólo subsistirá la hipoteca, sino que ésta recaerá directamente sobre los bienes retraídos.
* Noveno. Los bienes litigiosos, si la demanda origen del pleito se ha anotado preventivamente, o si se hace constar en la inscripción que el acreedor tenía conocimiento del litigio, pero en cualquiera de los dos casos la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito[[391]](#footnote-391).
* Décimo. Los bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas, quedando extinguida la hipoteca al resolverse el derecho del hipotecante[[392]](#footnote-392).
* Undécimo. Los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal inscritos conforme a lo que determina el artículo octavo.
* Duodécimo. El derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial. Una vez satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio en favor del rematante, la hipoteca subsistirá, recayendo directamente sobre los bienes adjudicados[[393]](#footnote-393).

Sin embargo, conforme al art. 108 LH, no se podrán hipotecar determinados derechos reales: las servidumbres[[394]](#footnote-394), los usufructos legales[[395]](#footnote-395) y el uso y la habitación[[396]](#footnote-396).

La hipoteca se extiende a las accesiones naturales[[397]](#footnote-397), a las mejoras, a los frutos pendientes y rentas no percibidas al vencer la obligación[[398]](#footnote-398), y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados, o en virtud de expropiación por causa de utilidad pública, con las declaraciones, ampliaciones y limitaciones establecidas por la ley, así en el caso de permanecer la finca en poder del que la hipotecó, como en el de pasar a manos de un tercero (art. 1877 CC)[[399]](#footnote-399).

Además de los requisitos exigidos en el art. 1.857 CC, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad (art. 1875 CC). Esta es una de las diferencias de la prenda con la hipoteca[[400]](#footnote-400).

### **2.3. Clases**

Las hipotecas pueden ser voluntarias o legales (art. 137 LH).

1ª.- *Voluntarias*. Son hipotecas voluntarias[[401]](#footnote-401) las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre los que se establezcan y sólo podrán constituirlas quienes tengan la libre disposición de aquéllos o, en caso de no tenerla, se hallen autorizados para ello con arreglo a las leyes (art. 138 LH).

2ª.- *Legales*. No existe un *numerus clausus* de hipotecas legales[[402]](#footnote-402) que son aquellas que, a diferencia de las voluntarias, vienen establecidas por la ley con tal carácter y no precisan del consentimiento del obligado[[403]](#footnote-403).

Para que las hipotecas legales queden válidamente establecidas se necesita, al igual que sucede con las voluntarias y según exige el art. 159 LH, la inscripción del título en cuya virtud se constituyan.

El art. 160 LH establece que “Las personas a cuyo favor reconoce la Ley hipoteca legal podrán exigir dicha hipoteca sobre cualesquiera bienes inmuebles o derechos reales de que pueda disponer el obligado a prestarla, en cualquier tiempo, aunque haya cesado la causa que le diere fundamento, como el matrimonio, la tutela, la patria potestad o la administración, siempre que esté pendiente de cumplimiento la obligación que se debiera haber asegurado”.

De las distingas clases de hipotecas legales previstas en la LH (dotal, por bienes reservables, por los bienes de los que están bajo patria potestad, por razón de tutela, por el manejo de fondos públicos, …), tienen una particular conexión con el ámbito de las tierras rústicas las hipotecas para garantizar sus contribuciones e impuestos (art. 194) y la prevista en favor del asegurador de bienes inmuebles (art. 195 a 197 LH)[[404]](#footnote-404).

### **2.4. Ejecución**

El impago de la obligación principal da lugar a la ejecución de la hipoteca a fin de sacar a pública subasta el bien afectado y con su importe satisfacer el crédito garantizado[[405]](#footnote-405). La ejecución hipotecaria ha dejado de estar regulada en la LH y se encuentra actualmente prevista en la LEC[[406]](#footnote-406).

Conforme a lo previsto en los arts. 681 LEC y ss. –en el nuevo texto introducido por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil– el procedimiento de ejecución deberá iniciarse por demanda interpuesta[[407]](#footnote-407) entre los tres meses y los veinte años del incumplimiento de la obligación garantizada contados desde que la acción pueda ser ejercitada (artículos 128 LH y 1964 y 1969 CC)[[408]](#footnote-408). Tras la demanda el tribunal procederá a requerir de pago al deudor[[409]](#footnote-409) (art. 686 LEC) y a reclamar al registrador de la propiedad la certificación de dominio y cargas (art. 688 LEC). Este hará constar por nota marginal en la inscripción de hipoteca que se ha expedido dicha certificación expresando su fecha y la existencia del procedimiento a que se refiere y en tanto no se cancele por mandamiento del Secretario judicial dicha nota marginal, el registrador no podrá cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución. Transcurrido el término de diez días desde el requerimiento de pago o desde el despacho de la ejecución, el acreedor podrá pedir que se le confiera la administración o posesión interina de la finca o bien hipotecado (art. 690 LEC)[[410]](#footnote-410). El demandado solo podrá presentar oposición a la ejecución si concurriera alguna delas causas previstas en el art. 695 LEC[[411]](#footnote-411). Si no hay pago ni, en su caso, estimación de la oposición ni ninguna otra circunstancia que conlleve el sobreseimiento del proceso, se procederá a la realización de las fincas hipotecadas por el procedimiento de apremio especial y privilegiado previsto al efecto. En determinados casos es posible la ejecución hipotecaria extrajudicial ante notario (art. 129 LH)[[412]](#footnote-412).

### **2.5. Extinción**

Reinoso Barbero explica así las causas de extinción de la hipoteca: “El derecho real de hipoteca es accesorio de la obligación garantizada. Por ello la hipoteca se extingue por las causas generales de extinción de los derechos reales y también por extinción de la obligación principal. A estas causas debe añadirse la derivada del artículo 692.1 LEC[[413]](#footnote-413). Si el bien hipotecado sale a subasta en ejecución de una hipoteca preferente, vigente otra ulterior cuyo titular tenga los derechos a los que se refiere dicho precepto, se extinguen todas las hipotecas y cargas posteriores, en aplicación del principio *prior tempore potior in iure*, del que ya hemos tratado en otras ocasiones. Dicho en otras palabras, si hubiera varias hipotecas gravando un bien, la ejecución de una de ellas hace caducar las posteriores. Solo *sobreviven* a esa ejecución las hipotecas anteriores a la ejecutada. Si ésta fuera la primera, el bien se venderá como libre de cargas, aunque existiera una hipoteca posterior que, por ser posterior, caduca[[414]](#footnote-414). Esto no quiere decir que los titulares de las hipotecas así extinguidas queden completamente desamparados pues el artículo 692.1 LEC prevé que se ponga a su disposición el exceso que sobre de la ejecución al decir: “el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado. Satisfechos, en su caso, los acreedores posteriores, se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado”.

En Derecho Romano la hipoteca se extingue por alguna de las siguientes causas: por cumplimiento de la obligación garantizada, por la pérdida o desaparición de la cosa, por la venta realizada por el acreedor, por renuncia expresa o tácita del acreedor, por confusión cuando el acreedor se convierte en propietario y por prescripción completada por un tercero que posee la cosa durante diez o veinte años, según se trate de presentes o ausentes[[415]](#footnote-415). En el derecho actual las causas siguen siendo las mismas y se reducen a las siguientes:

* Completo y total cumplimiento de la obligación.[[416]](#footnote-416)
* Renuncia del acreedor hipotecario (no implica la renuncia a la obligación garantizada).
* Ejecución de la hipoteca.
* Purga de la hipoteca (incluido el caso de ejecución de una hipoteca de mejor rango y el de prescripción).
* Destrucción o pérdida de la cosa hipotecada.

## 3. Anticresis.

La palabra anticresis procede del griego ἀντίχρησις que es la unión de ἀντί = contra y χρησις = uso, y quiere significar que mientras al acreedor usa la cosa del deudor obteniendo sus frutos, este a su vez usa el dinero del acreedor[[417]](#footnote-417). En efecto, conforme al art. 1881 CC, la anticresis permite el acreedor percibir los frutos de una finca de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago primero de los intereses y después al del capital de su crédito[[418]](#footnote-418).

La anticresis actual[[419]](#footnote-419) mantiene la función diseñada por el Derecho Romano[[420]](#footnote-420) sin más cambio que su carácter autónomo e independiente de otras instituciones de garantía con el que aquél las vincula, concretamente con la prenda.

Este derecho, salvo pacto en contrario, está sometido a dos reglas:

1. El acreedor está obligado a pagar las contribuciones y cargas que pesen sobre la finca y los gastos necesarios para su conservación y reparación, deduciéndose de los frutos las cantidades que emplee en uno y otro objeto (art. 1882 CC).
2. Aunque el deudor no puede readquirir el goce del inmueble sin haber pagado antes enteramente la deuda, el acreedor sí puede obligarlo a que entre de nuevo en el goce de la finca (art. 1883 CC).

## 4. Garantías reales mobiliarias sin desplazamiento posesorio

Las garantías reales mobiliarias sin desplazamiento posesorio en buena medida han estado vinculadas en el derecho español a la actividad ejercida sobre tierras rústicas. Los primeros antecedentes en el derecho moderno fueron la denominada “prenda agrícola y ganadera”, introducida por el RD de 22 de septiembre de 1917), y la “prenda aceitera”, prevista en el Decreto de 29 de noviembre de 1935). Hoy en día se encuentran recogidas en la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión (LHM).

La Exposición de Motivos de la LHM justifica la necesidad de encajar en el ordenamiento jurídico español estas entonces novedosas garantías reales mobiliarias sin desplazamiento posesorio y de extraordinario valor en la actividad agrícola[[421]](#footnote-421): “La configuración tradicional de los derechos reales de prenda e hipoteca, con su limitación respectiva a bienes muebles e inmuebles y con sus características de desplazamiento y no desplazamiento de la posesión, es, sin duda, insuficiente para satisfacer todas las necesidades de la garantía real. La doctrina científica puso de relieve los graves inconvenientes de la privación al deudor de la posesión de la prenda sobre todo en cosas muebles de gran valor destinadas a fines agrícolas o industriales; el desplazamiento de la posesión es perjudicial para el deudor, al privarle de bienes adecuados; para la economía nacional al paralizar elementos de trabajo y de producción y, con ellos, fuentes de riqueza; y aun para el propio acreedor al disminuir la capacidad económica del deudor y la posibilidad de hacer frente de un modo normal a sus obligaciones. La experiencia demostró que la prenda iba quedando reducida a cosas meramente suntuarias, por ser ineficaz respecto de cosas necesarias para el trabajo del hombre; y cuando la necesidad obligaba a pignorar estas últimas, los funestos resultados prácticos de la garantía hacían patente la necesidad de otra figura jurídica que salvara sus inconvenientes”.

Reinoso Barbero[[422]](#footnote-422) aclara los caracteres generales de la LHM en la regulación que contiene tanto de la hipoteca mobiliaria como de la prenda sin desplazamiento posesorio: “Como su propio nombre indica, la ley supone la superación de los dos límites más característicos de la hipoteca y de la prenda: el carácter inmobiliario de la primera y la transmisión posesoria en la segunda. La diferencia entre la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento de posesión, radica en la *publicidad registral* *potencial* de los bienes sobre los que pueden recaer. La hipoteca se admite únicamente en los casos en que la publicidad registral puede otorgar al acreedor una seguridad plena y eficaz. Dicho en otras palabras, las cosas muebles que pueden ser gravadas mediante hipoteca mobiliaria tienen en común el ser susceptibles de identificación registral[[423]](#footnote-423). En cambio, las sometidas al régimen de la prenda especial, no cuentan con la suficiente ni perfecta identidad como para permitir su registro. El artículo 1 LHM sigue el criterio de *numerus clausus* y restringe la constitución de estos dos gravámenes exclusivamente a los bienes enajenables que, para cada uno de sus casos, se mencionan, respectivamente, en los artículos 12 y 52 LHM. La reforma introducida, por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, permite constituir ambos gravámenes sobre bienes que ya estuvieren hipotecados o pignorados, aunque lo estén con el pacto de no volver a hipotecar o pignorar. Este tipo de pactos son, por tanto, ineficaces. Conforme al artículo 3 LHM la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento se constituirán en escritura pública[[424]](#footnote-424). La acción hipotecaria y la pignoraticia prescribirán a los tres años, contados desde que puedan ser legalmente ejercitadas (artículo 11 LHM). En cuanto a los procedimientos ejecutivos, tras las derogaciones operadas por la LEC (disposición derogatoria única 2.8) en la LHM, se sigue el mismo criterio utilizado por la LH, con dos posibilidades: el judicial sumario de los artículos 681 LEC y ss. y el extrajudicial ante notario”.

Las garantías reales mobiliarias sin desplazamiento posesorio son dos:

### **4.1. Hipoteca mobiliaria**

Me limitaré solo a mencionar esta clase de garantía[[425]](#footnote-425) pues, a diferencia de lo que sucede con la prenda sin desplazamiento posesorio, tiene escasa aplicabilidad en las actividades agrícolas y ganaderas propias de las tierras rústicas. La razón se debe a la naturaleza concreta de los bienes susceptibles de este tipo de hipoteca más propios de la actividad industrial e intelectual antes que de la que generalmente tiene lugar sobre tierras rústicas. No obstante debemos aludir –aunque sea tan someramente como lo hacemos ahora– a la hipoteca mobiliaria pues puede recaer sobre tractores, segadoras y demás maquinaria registrable de explotaciones agrarias, ganaderas o pecuarias (art. 12 LHM)[[426]](#footnote-426).

### **4.2. Prenda sin desplazamiento de posesión.**

La prenda sin desplazamiento estuvo regulada en los arts. 1863 bis al 1873 bis CC hasta su derogación por la LHM. Consiste en un gravamen de garantía real que permite al pignorante mantener la posesión de la cosa pignorada[[427]](#footnote-427).

De los tres tipos de bienes sobre los que puede recaer, nos interesa especialmente los relativos a la denominada prenda agrícola y ganadera pues es la que tiene lugar en las tierras rústicas. Menor interés presenta para el objeto de este trabajo la prenda industrial o comercial[[428]](#footnote-428) y la que recae en objetos muebles con individualidad propia[[429]](#footnote-429).

El artículo 52 LHM se refiere a la prenda agrícola y ganadera cuando dice que “podrán constituir prenda sin desplazamiento los titulares legítimos de explotaciones agrícolas, forestales y pecuarias sobre los siguientes bienes: 1) los frutos pendientes y las cosechas esperadas dentro del año agrícola en que se celebre el contrato, 2) Los frutos separados o productos de dichas explotaciones. Si no estuvieren almacenados, se determinará el lugar en que hubieren de depositarse[[430]](#footnote-430), 3) los animales, así como sus crías y productos, y 4) las máquinas y aperos de las referidas explotaciones”.

Como afirma Reinoso Barbero[[431]](#footnote-431) “Todos estos bienes, una vez pignorados, permanecen en poder de su dueño durante la duración de la garantía. El dueño pignorante tiene derecho a usarlos sin menoscabo de su valor. El artículo 59 LHM, sin embargo, le atribuye la “consideración de *depositario*”. Al insertar los elementos del *depósito* en la prenda sin desplazamiento, se enfatizan dos elementos esenciales en ambas instituciones: la trascendencia que tiene la persona del poseedor y la grave responsabilidad de éste, tanto en el ámbito civil como criminal. Estos dos elementos propios del depósito, aplicados a la prenda sin desplazamiento posesorio, enmarcan su régimen, que tiende a evitar los actos que en cualquier forma entorpezcan el ejercicio de los derechos del acreedor pignoraticio”.

Los bienes pignorados no se podrán trasladar del lugar en que se encuentren sin consentimiento del acreedor (art. 60 LHM) y serán de cuenta del deudor las expensas o gastos necesarios para la debida conservación, reparación, administración y recolección de los bienes pignorados (art. 61 LHM)[[432]](#footnote-432). No obstante, si el deudor hiciere mal uso de los bienes o incumpliere las obligaciones mencionadas, el acreedor le podrá exigir la devolución de la cantidad adecuada o la inmediata venta de la prenda, sin perjuicio de las responsabilidades que procedieren, pues conforme al art. 62 LHM la pérdida o deterioro de la prenda dará derecho a la indemnización correspondiente.

## B) DERECHO CHINO

## **1. Nociones generales sobre los derechos reales de garantía sobre tierras rústicas**

Las formas de garantía establecidas en la Ley de Garantía[[433]](#footnote-433) en China son：garantía, hipoteca, prenda1, retención y arras. De todas ellas, la principal de estas instituciones, en relación con las tierras rústicas, es la hipoteca[[434]](#footnote-434). Según las disposiciones de las legislaciones civiles, tales como Principios Generales de la Ley Civil[[435]](#footnote-435), la Ley de Derechos Reales, la Ley de Garantía y demás, existen numerosas restricciones, e incluso prohibiciones, para imponer derechos sobre las tierras rústicas y constituir hipotecas sobre los edificios construidos sobre ellas. Pero sentadas estas premisas，dirigidas a garantizar que la naturaleza de la propiedad pública de estas tierras no se vea alterada, que no se supere la línea roja de tierras de cultivos[[436]](#footnote-436), ni se perjudique el interés de los agricultores, se ha iniciado en China la promoción de una reforma del sistema de tierras rústicas, siempre con la prudencia y seguridad que exige el sistema político chino.

En China no existen leyes vigentes que regulen la anticresis y la prenda sin desplazamiento posesorio; sin embargo, ambas instituciones son una parte importante de los derechos reales de garantía en España ya que tienen sus propias características y significados susceptibles de investigación. Sin embargo su estudio tiene un significado muy importante para la reforma y desarrollo del sistema de tierras rústicas que se está realizando en China, debido a que mediante esta reforma y el desarrollo del trabajo de las tierras, se alcanzará un gran progreso institucional. Para ello se pueden y deben aprovechar las experiencias extranjeras, concretamente la española, ya consolidada.

## 2. Hipoteca

### **2.1. Reglamentos y leyes actuales**

Las tierras rústicas pertenecen a la colectividad, lo que es la base inamovible del sistema chino. Además, el artículo 37 de la Ley de Garantía prevé que la propiedad de la tierra no puede ser hipotecada. Por ello la hipoteca sobre las tierras rústicas en China sólo consiste en los derechos de uso de las tierras y de las viviendas rurales -incluyendo los derechos de contratación y administración de las tierras, los derechos de uso de las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales y los derechos de uso de las tierras colectivas destinadas a la construcción.

Algunos comentarios sobre la hipoteca sobre los derechos de contratación y administración de las tierras rústicas: los derechos de contratación y administración de las tierras se basan en el principio de la imposibilidad de hipotecar las contrataciones y administraciones de la familia. Los modos de transferir previstos en el artículo 32 de la Ley de Contratación y Administración de las Tierras Rústicas incluyen la subcontratación, el arrendamiento, el intercambio, la transferencia y otras, pero no existe la expresión explícita “hipoteca”. Además, en el artículo 37 de la Ley de Garantía establece que el derecho de uso de las tierras de cultivo -los derechos de contratación y administración de las tierras- no se puede hipotecar[[437]](#footnote-437). Sin embargo, el apartado número cinco del artículo 34 de la Ley de Garantía y el artículo 133 de la Ley de Derechos Reales[[438]](#footnote-438) han establecido con claridad que los derechos de contratación y administración de cuatro tipos de baldíos obtenidos a través de la licitación y de otras formas válidas, pueden ser objeto de hipoteca.

Algunas cuestiones acerca de la hipoteca sobre derechos de uso de las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales, y sobre las viviendas: en el artículo 37 de la Ley de Garantía se dice explícitamente que los derechos de uso de las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales no se pueden hipotecar, aunque en principio las viviendas rurales se puedan hipotecar porque son bienes privados y legítimos de los agricultores. Sin embargo, debido al problema de que las viviendas y las tierras no se pueden separar, la hipoteca sobre las viviendas construidas en las tierras rústicas está limitada. El problema se encuentra en que los efectos de la hipoteca no se pueden aplicar a los derechos de uso sobre las tierras que ocupan estas viviendas. Una vez que los deudores no pueden pagar su deuda, los acreedores podrán encontrar dificultades para la ejecución de la hipoteca sobre la vivienda y quizá no puedan ser compensados. Los derechos de uso unidos a estas viviendas todavía tienen algunas prohibiciones, de acuerdo al derecho aplicable. Por lo tanto, los acreedores, teniendo en cuenta la existencia de estos riesgos, normalmente no se comprometen a que los deudores hipotequen sus viviendas rurales.

Algunas cuestiones sobre la hipoteca de los derechos de uso de las tierras colectivas destinadas a la construcción: en combinación con las disposiciones pertinentes de la Ley de Garantía, los derechos de uso de las tierras colectivas destinadas a la construcción mercantil -principalmente con el fin de fundar empresas y fábricas en poblados y aldeas- no pueden hipotecarse independientemente, sino que se podría cuando se haga junto con los edificios de las empresas o fábricas[[439]](#footnote-439). Y no se pueden hipotecar los derechos de uso de las tierras colectivas destinadas a la construcción con finalidad de interés público -con el propósito de construir las instalaciones y servicios públicos para poblados y aldeas. Ello es así debido a que el apartado número tres del artículo 37 de la Ley de Garantía prohíbe la hipoteca sobre instalaciones de bienestar social, de forma que las tierras colectivas destinadas a la construcción con finalidad de interés público, instalaciones públicas de zonas rurales y las instituciones públicas creadas con el propósito de bienestar social tampoco pueden ser hipotecadas.

### **2.2. Reforma**

En 2015, el Comité Central del Partido Comunista de China y el Consejo del Estado imprimieron y distribuyeron ¨Varios Dictámenes para Aumentar la Intensidad de la Reforma y la Innovación y Acelerar el Desarrollo de la Modernización de la Agrícultura¨, en los cuáles propusieron “explorar activamente maneras eficaces de desarrollo de las nuevas finanzas cooperativistas rústicas, desarrollar constantemente los puntos piloto para la cooperación mutua de los fondos internos de las cooperativas de agricultores, implementar la responsabilidad regulatoria de los gobiernos locales y completar los trabajos de puntos piloto para hipotecar los derechos de administración de las tierras rústicas y el derecho de bienes de las viviendas de los agricultores¨[[440]](#footnote-440). En agosto del mismo año, expidieron los Dictámenes Orientativos del Consejo del Estado sobre el Desarrollo de Puntos Piloto para las Hipotecas de Los Derechos de Administración de las Tierras Rústicas y del Derecho de Bienes de las Viviendas de Agricultores ¨[[441]](#footnote-441). En marzo de 2016, a fin de promover constantemente los puntos piloto para las hipotecas de los derechos de administración de las tierras rústicas y del derecho de bienes de las viviendas de agricultores conforme a las normas y leyes, los “Dictámenes Orientativos del Consejo del Estado sobre el Desarrollo de Puntos Piloto para las Hipotecas de Los Derechos de Administración de las Tierras Rústicas y del Derecho de Bienes de las Viviendas de Agricultores” y “la Decisión del Comité Permanente del Congreso Nacional Popular del Pueblo para Autorizar al Consejo del Estado a Implementar y Regular Temporalmente las Disposiciones Pertinentes en 232 Distritos -Ciudades, Municipios- Piloto, Tales Como el Distrito Daxing de Beijing, y 59 Regiones Administrativas de Distritos -Ciudades, Municipios- Piloto, Tales Como el Distrito Jixian de la Ciudad de Tianjin¨[[442]](#footnote-442). Así mismo el Banco Popular de China publicó ¨los Procedimientos Provisionales de los Puntos Piloto para las Hipotecas del Derecho de Bienes de las Viviendas de Agricultores¨[[443]](#footnote-443) y ¨los Procedimientos Provisionales de los Puntos Piloto para las Hipotecas de los Derechos de Administración de las Tierras Rústicas Contratados¨[[444]](#footnote-444). En cada una de las regiones de puntos piloto se formará un grupo de trabajo piloto con objeto de establecer sugerencias específicas para la aplicación de las normas y políticas de apoyo. Tras ser aprobadas por el gobierno popular a nivel provincial, dichas sugerencias, normas y políticas serán entregadas al grupo directivo para que consten en acta. Todos los trabajos en los puntos piloto se finalizarán antes de terminar el año 2017, y en ese momento se realizará una evaluación sumaria, se resumirán las experiencias en los puntos piloto y se propondrán oportunamente las sugerencias para enmendar las leyes, reglamentos y políticas pertinentes con el fin de acelerar las enmiendas y mejoras de las leyes y reglamentos pertinentes. El Banco Popular de China encabezará el seguimiento, supervisión y orientación de los trabajos en los puntos piloto.

Estos trabajos piloto constituyen la primera ocasión en la que China ha permitido a los agricultores hipotecar sus tierras en la entidad bancaria como aval de un préstamo. Esto puede hacer que más de 600 millones de residentes rurales[[445]](#footnote-445) tengan la capacidad de entrar en el mercado crediticio. Supone una disminución de las restricciones sobre el uso y la financiación de las tierras y también un paso importante hacia la reforma de las tierras rústicas orientada por el mercado. No obstante, también algunos economistas han expresado su preocupación acerca de la capacidad de los residentes rurales para reembolsar sus préstamos[[446]](#footnote-446).

Además, en mayo de 2016, la Comisión Reguladora de la Banca China, conjuntamente con el Ministerio de Ordenación Territorial y de Recursos, establecen las Medidas Provisionales para la Administración de la Hipoteca de los Derechos de Uso sobre las Tierras Colectivas de Construcción Mercantil, ya referidas anteriormente, a fin de satisfacer los requisitos de la reforma que “permita la venta, arrendamiento y adquisición de participaciones de las tierras colectivas de construcción mercantil y la entrada de estas tierras en el mercado junto con las tierras de propiedad del Estado, en igualdad de condiciones y que así, los agricultores disfruten de los mismos derechos y precios” propuestos en la Tercera Sesión Plenaria de la XVIII Comité Central del Partido Comunista de China.

# CAPÍTULO VI

# CONCLUSIONES

**CONCLUSIONES**

1. El derecho chino ha conocido durante su dilatada historia momentos de gran esplendor y ha influido en importantes sistemas jurídicos asiáticos, sin embargo gran parte de esa tradición jurídica se difumina prácticamente por completo a partir de 1949 con las reformas de Mao Zedong. Desde esas fechas se prescinde del derecho anterior y se instaura un nuevo régimen jurídico impregnado de elementos político-sociales, basados en un socialismo-leninismo-chino, dirigido fundamentalmente a los campesinos habitantes de las tierras rurales. Es precisamente aquí, en el ámbito rural, donde los cambios y las transformaciones jurídicas son más intensas y profundas. Etapas como el “Gran Salto Adelante” o la “Revolución Cultural” fueron el sustrato de la “Reforma Rural” que trajo a los campesinos un ordenamiento jurídico nuevo y con él nuevos derechos sobre las tierras rústicas. Esta metamorfosis tuvo efectos positivos en algunas materias pero también otros muy negativos. Entre estos últimos se encuentra la desconexión de esos derechos con los conocidos en otros países y adoptar un modelo jurídico tan cerrado al resto del mundo que la RPC fue excluida de la práctica totalidad de las organizaciones internacionales hasta su reingreso en la ONU a principios de los años setenta del siglo pasado. Es entonces cuando el derecho chino comienza a mirar hacia el exterior y, sin perder su propia personalidad, a buscar adaptarse a las figuras jurídicas estandarizadas en la mayoría de los países del “primer mundo”.
2. En la actualidad la República Popular de China se enfrenta a un proceso de honda revisión de su Código civil y de las leyes reguladoras de las relaciones privadas entre ciudadanos y de estos con las tierras. Esta revisión persigue alcanzar lo que se ha dado en llamar “sistema jurídico socialista con características chinas”. Es una exigencia ineludible derivada de su nueva condición de potencia económica mundial. Las reformas –tanto las ya realizadas como las futuras– pretenden en términos generales la modernización de las estructuras jurídicas, su homologación y compatibilidad con los estándares internacionales. De ahí la importancia de buscar guías a las que poder adaptar el ordenamiento chino, constituyendo el español un magnífico ejemplo en numerosas materias. Entre ellas se encuentra la legislación sobre tierras rústicas, pues España cuenta con un sistema jurídico sólido y ensayado con éxito desde hace siglos. Hay numerosas instituciones en el ámbito de las tierras rústicas que presentan una importancia jurídica y social formidable. Por citar ahora un solo ejemplo, piénsese en los derechos de uso sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales en China. Las funciones de las tierras rústicas destinadas a la construcción de viviendas rurales son más significativas que antes como consecuencia de la nueva problemática creada por el movimiento de la población, lo que fuerza a que la reserva de tierras para la construcción de viviendas rurales resulte cada vez más precisa y obvia. La legislación en este ámbito debe tener en cuenta la necesidad de resolver dificultades tan trascendentes como la falta de desarrollo equilibrado entre comunidades urbanas y rurales. Otro ejemplo son los arrendamientos rústicos en la RPC cuya trascendencia es enorme y el alcance de su regulación excede el mero marco legal dadas sus consecuencias en los ámbitos económico, social, político y financiero pues un porcentaje elevado de la población china tiene el estatus de “campesino”. De ahí que antes de realizar las mencionadas propuestas de *lege ferenda* sea preciso un estudio con técnicas próximas al derecho comparado de aquellos aspectos que más puedan influir en los sectores mencionados. Esta es por tanto la finalidad de este trabajo, el ofrecer una semblanza genérica de las distintas relaciones jurídicas sobre las tierras rústicas en los derechos español y chino.
3. El prototipo occidental y en particular el español, aun siendo espléndido, cuenta con varias trabas para ser traspuesto al derecho chino. Por decirlo en palabras sencillas, la regulación de los distintos derechos sobre tierras rústicas responde en España al objetivo de concertar un ejercicio equitativo de cada uno de ellos; el factor político está casi ausente si prescindimos de la finalidad social al que están “preordenados” constitucionalmente el derecho de propiedad y demás derechos reales. Sin embargo, los derechos sobre tierras rústicas en la RPC son más derecho público que privado y, aunque persiguen también un ejercicio justo, constituyen un instrumento de fuerte intervención política que abarca a grandes áreas del estatuto jurídico del ciudadano chino y lo involucra indisolublemente a instituciones oficiales, comunidades de campesinos y gobiernos regionales y municipales dentro del sistema jurídico socialista con características chinas. Esta presencia política caracteriza la legislación china y, de alguna forma, la distancia tanto de los criterios jurídicos europeos continentales como de los anglosajones pues ninguno de estos persigue acomodar el derecho a parámetros del comunismo chino. Las instrucciones en esta materia, repetidas en distintos congresos del Partido Comunista Chino, asumen que toda reforma legislativa “debe respetar la filosofía socialista con características chinas” y en todo caso cualquier legislación futura deberá adherirse a “la unidad orgánica del liderazgo del Partido Comunista Chino”. Puede comprenderse con facilidad la trascendencia de estas instrucciones en ámbitos como el de los derechos sobre las tierras rústicas que afecta a varios cientos de millones de personas.
4. Hoy la RPC está firmemente comprometida con la instauración de un auténtico Estado de Derecho si bien sometido al desarrollo de una democracia socialista china. En los congresos nacionales del Partido Comunista Chino de 1997, 2002, 2004, 2007 y 2010, entre otros, se reiteró la estrategia de adoptar un Estado de Derecho para conseguir el objetivo capital de construir un país socialista. Conseguir la plena eficacia de un Estado de Derecho es un objetivo irrenunciable para la RPC y a él quiere contribuir modestamente esta tesis, aportándole la experiencia del derecho español, en este momento de importante progreso en la evolución jurídica china, en la regulación de los distintos derechos posibles sobre tierras rústicas. Debo añadir que aunque las distancias conceptuales entre la legislaciones española y china son muy amplias, no dejan de existir algunas zonas chinas donde esas distancias son extraordinariamente más cortas. Me refiero a Taiwan y a Macao que se adhirieron con éxito –y aún conservan– un "Sistema Romano Civil", que convive con los regímenes comunista de China Continental y el del *Common Law* de Hong Kong. En los últimos sesenta años el derecho civil chino ha recorrido un largo y azaroso camino y pretende evolucionar hacia su perfección porque todavía quedan materias que precisan de una regulación como lo es, a nuestros efectos, el arbitraje sobre controversias surgidas en los contratos sobre tierras rústicas y la regulación de los derechos sobre estas en general.
5. Como otros muchos países asiáticos y europeos, China y España cuentan con una importante producción agrícola y ganadera. Aunque no es sencillo establecer correspondencias entre ellos, sin embargo ambas potencias tienen en común, dentro de sus respectivas proporciones, el disponer de grandes extensiones de terreno dedicadas a tierras rústicas, aunque difieren de manera sustancial en el régimen jurídico de los derechos que pueden ostentarse sobre ellas. Con carácter muy general, basta pensar que el sistema español contempla tanto el dominio público como la propiedad privada de este tipo de inmuebles, permitiendo así que los particulares puedan acceder y mantener individualmente derechos dominicales sobre terrenos rústicos. Esta posibilidad ni existe en China ni su legislación autoriza que las tierras rústicas puedan pertenecer a personas privadas individuales, pues la mayoría de ellas se rige por un colectivismo denominado “propiedad colectiva socialista” que permite a los campesinos el aprovechamiento de sus recursos naturales pero con un régimen completamente distinto al del dominio particular, que ha sido suprimido y transferido a la colectividad a fin de que el Estado garantice la distribución de la riqueza, tal como explicaremos más adelante. La propiedad colectiva sobre tierras rústicas es una innovación del sistema, inspirada en fuertes características de la legalidad china nacida durante el siglo XX y de sus propias circunstancias sociales e históricas, determinantes de la reforma económica y política del país.
6. En España, al igual que sucede con la propiedad privada estatal, la mayor parte de las tierras rústicas comunales, provinciales y municipales son de naturaleza patrimonial, esto es, son propiedad privada de sus respectivos organismos y, en consecuencia, se rigen por el CC y siguen un régimen jurídico similar al de la propiedad privada de los particulares, excepción hecha de los privilegios concedidos por el art. 132 CE. Sin embargo, las tierras rústicas en China suelen ser propiedad de la colectividad y los recursos naturales rústicos suelen ser propiedad del Estado, salvo las excepciones establecidas por las disposiciones especiales de la ley. La propiedad colectiva socialista es la forma más importante, sustancial y general del derecho de propiedad sobre las tierras rústicas: es un sistema de propiedad completamente característico chino, hasta el punto de constituir, el punto de partida lógico que sustenta las ideas básicas sobre las que se han construido los sistemas jurídicos civiles de tierras rústicas en China. En la RPC la propiedad sobre tierras rústicas se clasifica en propiedad estatal y en propiedad colectiva, según sean sus propietarios. La propiedad estatal pertenece a toda la población china. Los derechos de propiedad sobre los bienes de propiedad estatal se ejercen por el Consejo de Estado que representa al Estado de la República Popular China, salvo que la ley disponga otra cosa. La propiedad colectiva, una propiedad comunal perteneciente a todos los miembros de la comunidad. Aún hoy sigue siendo polémico el concepto de propiedad colectiva pues no puede ser asimilado a las formas de copropiedad. Los derechos de propiedad sobre los bienes de propiedad colectiva se ejercen por las organizaciones económicas colectivas que representan a las colectividades. Los exponentes más importantes de las tierras rústicas en China —las tierras de cultivos, las tierras para construir viviendas rurales, las tierras de construcción colectiva, las colinas reservadas, y las tierras reservadas, etc.— pertenecen a la colectividad.
7. En China, la propiedad colectiva es una forma importante de propiedad sobre las tierras rústicas, por eso, no existe la copropiedad individual（personal）. El artículo 60.2 de la Ley de los derechos reales en China dice que “las tierras, los bosques, las montañas, las praderas, las tierras baldías y las marismas, cuando pertenezcan a dos o más colectividades de campesinos, sus derechos de propiedad se ejercerán por sus organizaciones económicas colectivas que representen a las colectividades”. En consecuencia una copropiedad colectiva se rige por las disposiciones del sistema de copropiedad. Estas se basan en la separación entre propiedad y usufructo sobre tierras rústicas en China, pues el artículo 105 de la Ley de los derechos reales en China establece el sistema de cuasi-copropiedad (quasi-common), y dice que “dos o más personas o comunidades son usufructuarios, o acreedores de derechos reales de garantía de una misma cosa, en referencia a las disposiciones de este capítulo” (capítulo VIII “Copropiedad”). Las parejas o toda la familia son copropietarios de una cuasi-copropiedad（“准共有”, sistema muy frecuente en tierras rústicas. Es decir, que las parejas o toda la familia son usufructuarios de las mismas tierras rústicas y se aplicarán las disposiciones de la copropiedad genérica.
8. En España no se puede adquirir la propiedad de tierras rústicas en por ocupación, porque se adquieren por este modo los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño y el artículo 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre dice que “pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño... ”. Por lo que las tierras rústicas nunca son bienes apropiables que carecen de dueño. Sin embargo, las tierras rústicas se adquieren por la usucapión, lo que significa “la adquisición de propiedad por la posesión continuada durante el tiempo señalado por la ley”. Esta posesión tiene dos requisitos： buena fe y justa causa. Buena fe significa que el adquirente considera legítimo su derecho a poseer. Casi siempre esta creencia está amparada en la convicción de que el cesionario adquiere la cosa de alguien que en apariencia es el propietario. Justa causa implica que el hecho del que deriva la posesión es justo, y legalmente es suficiente para transferir el dominio o derecho real. Quedan excluidas de la usucapión las tierras rústicas poseídas con violencia. Por supuesto, para la usucapión no es suficiente cualquier posesión, pues hay que poseer en concepto de dueño, dando lugar a la denominada “posesión civil”. En la RPC el individuo no puede ser dueño de tierras rústicas por su sistema especial de propiedad. De conformidad con la ley, las tierras rústicas pertenecen al Estado y la colectividad, cuando se ha formado la estructura estable de propiedad. Y así, actualmente, la importancia de los modos originario para adquirir la propiedad de tierras rústicas en China se ha debilitado mucho. Además, la ocupación y la usucapión todavía no se ha recibido en la legislación civil china. El artículo 106 de la Ley de los derechos reales en China regula el sistema de la adquisición de buena fe（*bona fide acquisition*），pero estas vías son inútiles para las tierras rústicas por las restricciones a su transferencia. El artículo 28 de la ley de propiedad dice que “los documentos jurídicos del tribunal y comité de arbitraje y las decisiones expropiatorias del gobierno, que conducen a la creación, cambio, transferencia, cesación de derechos reales, surtirán efecto cuando ellos entren en vigor”. Por consiguiente, lo que se prescribe en el artículo 28 también es un modo originario de adquirir la propiedad de tierras rústicas. El Estado al expropiar los bienes y recompensar adecuadamente al individuo y a la colectividad lo hace por la necesidad de interés público. Las tierras rústicas pertenecientes a la colectividad, se convierten en las que pertenecen al Estado. Sin embargo, la expropiación es un acto administrativo y no resulta posible investigarlo solo dentro los sistemas jurídicos civiles.
9. En España, una gran cantidad de tierras rústicas pertenecen a los particulares. Los dueños pueden transferir sus tierras y el mercado de la tierra es más activo que el de China. Los modos derivativos son los más importantes y frecuentes en la adquisición de la propiedad de tierras rurales en España. Sin embargo el “Título” en sí mismo es insuficiente para transmitir el dominio en actos de compraventa, donación, permuta o sucesión. El CC sigue el principio del derecho romano, diferencia entre “Título” y “Modo”, es decir que solo después del “Modo” generalmente representado por una *traditio* o entrega, se adquirirá la propiedad. En China, las personas pueden aprovechar las tierras rústicas mediante un derecho relativamente parecido al usufructo español, pero no pueden ser propietarias. Así los estudios sobre los modos derivativos de adquisición del dominio sobre tierras rústicas tienen menos interés en China que en España. Sin embargo, es importante hacer una investigación sobre los modos derivativos en la trasmisión de derechos reales limitados. Por supuesto, como en España, China también diferencia el “Título” del “Modo”. La compraventa, la donación y la sucesión son acciones causales y no conducen a la transferencia del derecho real. Hay que entregar los bienes para transmitir el derecho. La forma de “entregar” los bienes inmuebles, incluido las tierras rústicas, es mediante su inscripción en el “registro de la propiedad”. Después de la inscripción en el registro, se adquirirá el derecho transmitido conforme a la legislación China.
10. En España, la más importante de las acciones que defienden el derecho de propiedad sobre tierras rústicas es la acción reivindicatoria. El artículo 348 CC establece que el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla. La acción reivindicatoria es una acción real y su ejercicio tiene tres requisitos imprescindibles：legitimación activa del propietario, legitimación pasiva del poseedor e identificación exacta de la cosa reivindicada. En China, la acción reivindicatoria se subdivide en tres tipos：la acción de restitución, la acción para eliminar el perjuicio y la acción para prevenir el perjuicio. La acción de restitución, se produce cuando el propietario pide la restitución de la cosa contra el tenedor o el poseedor sin justa causa（sin derecho）o persona que perjudica la cosa. En La acción para eliminar el perjuicio, el propietario pide la eliminación de los perjuicios contra la persona que perjudica su derecho de propiedad. En la acción para prevenir el perjuicio el propietario protege la cosa de los perjuicios posibles. Esas tres acciones**,** se ejercen por el propietario para defender plenamente su propiedad.
11. El régimen registral chino es completamente diferente del español pues la inscripción de la transmisión del dominio sobre tierras rústicas es hasta tal punto imprescindible que tiene carácter constitutivo. No obstante la legislación china prevé algunas excepciones en las que se producirá el efecto transmisorio con independencia de la inscripción de su causa en el registro. Este es el caso, por ejemplo, de las decisiones judiciales o las expropiaciones. Pero, teniendo en cuenta la seguridad de las transacciones, en estos casos los dueños que han adquirido los bienes inmuebles no pueden disponerantes de registrarlos（cfr. los artículos 28 a 31 de la Ley de los derechos reales en China). Además, en China, es el propio registro el encargado de expedir los títulos de propiedad de los bienes inmuebles que se hallen inscritos.
12. El problema del acceso a la propiedad en los arrendamientos rústicos históricos españoles sigue siendo actual a día de hoy, a pesar de que la LARH establece el día 31 de diciembre de 1997 como fecha límite para dicho acceso a la propiedad, como consecuencia de los requisitos exigidos en su art. 4 para que ello suceda. En concreto, mientras que el arrendador no dirija al arrendatario una notificación comunicándole su propósito de recuperación de las fincas con ofrecimiento del pago de la correspondiente indemnización prevista en el artículo 4.1 de la LARH, el contrato de arrendamiento histórico continuará vigente así como los derechos del arrendatario a mantenerse en la explotación de la finca dentro del plazo de reconducción conforme al Código Civil, a percibir la indemnización antes mencionada y a ejercitar aquellos otros derechos no extinguidos
13. Dentro del objetivo de mejorar las estructuras de las explotaciones agrarias y desarrollar más la agricultura en España, el arrendamiento rústico se ha convertido la forma más idónea para conseguir la movilidad de la tierra. De acuerdo con el Censo Agrario de 1999, en España existía un 44% de explotaciones cuyo empresario era una persona física y el 42,3 por ciento del total de explotaciones censadas estaban dirigida por un titular de 55 o más años que carecía de sucesor. Es decir, que en el próximo decenio abandonarán la actividad agraria entre 400.000 y 500.000 explotaciones que liberarán alrededor de cuatro millones de hectáreas que teóricamente quedarán disponibles. Debido al alto precio de la tierra, en principio no cabe esperar que la reestructuración se produzca a través de la compraventa de tierras. Así que el arrendamiento de tierras puede ser un modo racional -las tierras liberadas se unen a las demás mediante su arrendamiento-, de incorporarlas a otras explotaciones con el fin de que se produzca esa reestructuración de las tierras. En la República Popular de China, al igual que en España, se diferencia entre los arrendamientos de las tierras urbanas y de las rústicas. En las urbes, es el Estado y los particulares quienes arriendan las tierras, a pesar de que los terrenos urbanos son sólo propiedad del Estado, sin embargo, en las zonas rurales, las tierras son arrendadas por la colectividad, es decir, todos los habitantes del pueblo o aldea son propietarios de todas las tierras. Existen leyes y reglamentos que establecen las normas para los arrendamientos de las tierras urbanas, como, por ejemplo “Algunas normas para regular los arrendamientos de las tierras de propiedad estatal” (1 de agosto de 1999); “Reglamentos provisionales sobre la cesión y la transferencia del derecho de uso sobre las tierras urbanas de propiedad estatal”； “Medidas provisionales para administrar las asignaciones del derecho de uso sobre las tierras”, etc.; todos ellos regulan los contenidos específicos de los arrendamientos de las tierras urbanas. Se demuestra que las tierras urbanas pueden ser arrendadas libremente. Sin embargo, hay muy pocas leyes y reglamentos que regulen los arrendamientos de las tierras rústicas de propiedad colectiva. Existe un proceso a lo largo de la historia de China que discute sobre si las tierras rústicas pueden ser objeto de arrendamiento. Después de la reforma agraria, los agricultores obtuvieron legalmente las propiedades de las tierras rústicas; pudieron comprar y vender, y arrendar sus tierras. Sin embargo, con el fin de animar a los agricultores a mantenerse a sí mismos y eliminar los pensamientos de explotación de otros, se establecieron limitaciones a los derechos de arrendamiento de sus tierras. Es decir, en el caso de que los agricultores carecieran o perdieran su capacidad de trabajar, podían arrendar sus tierras. En el período de la cooperativa agrícola, las tierras pertenecientes a los agricultores pasaron a ser propiedad de la colectividad. Desde entonces se prohibió tanto la compraventa como el arrendamiento de las tierras rústicas. El párrafo cuarto del artículo 10 de la Constitución china de 1982 prevé: “Ninguna organización o individuo puede apropiarse, comprar y vender, arrendar u utilizar cualquier otra forma de transferir las tierras rústicas de manera ilegal", lo cual supone la continuación de la anterior prohibición. Sin embargo las clasificaciones de la propiedad y el usufructo de las tierras rústicas en China son muy complejas, lo que comporta también la existencia de complicaciones jurídicas en los arrendamientos de estas tierras. Por lo tanto, propongo elaborar en China una ley independiente sobre los arrendamientos de las tierras rústicas y un buen ejemplo para hacerlo es la ley de arrendamientos rústicos española. Otra posibilidad es establecer disposiciones específicas sobre los arrendamientos rústicos en el Código Civil chino, en la Ley de Contrato y en la Ley de Administración del suelo.
14. El contrato de aparcería sobre tierras rústicas en el derecho español se produce cuando el titular de una finca o de una explotación cede temporalmente su uso y disfrute o el de alguno de sus aprovechamientos, conviniendo con el cesionario aparcero en repartirse los productos por partes alícuotas en proporción a sus respectivas aportaciones. Sin embargo, en la historia de la sociedad feudal china, la aparcería era un tipo de contrato principal incluido en los arrendamientos en especie. La renta en el contrato de aparcería depende de la cantidad de cosechas, pues el número de ellas puede variar cada año. Por ello, la aparcería también se denomina “arrendamiento con renta movable”. Según los registros, durante las dinastías Qin y Han, los agricultores que arrendaban las tierras entregaban la mitad de los productos agrícolas a los propietarios de estas tierras. La renta tenía una relación directa con el aprovechamiento de las tierras y, por esta causa, los propietarios de las tierras intervinieron en las actividades agrícolas de los aparceros, incluso actuando en la elección de las variedades de cultivos. En estos casos, resultaba muy difícil para los aparceros aprovechar independientemente las tierras en aquellas ocasiones en las que los propietarios no les permitían adoptar sus propias iniciativas de producción. En las dinastías Ming y Qing, con la mejora de la productividad agrícola, el desarrollo de las relaciones comerciales, la generalización del uso de la moneda y con el fin de satisfacer las necesidades de progreso de las fuerzas productivas, la aparcería se convirtió, paulatinamente, en arrendamientos con renta prefijada. No existen disposiciones especiales sobre la aparcería en las leyes actuales chinas; tampoco hay muchas investigaciones en este tema en el campo del Derecho. La mayor parte de las investigaciones sobre la aparcería se han realizado en el campo de la economía, especialmente sobre la eficiencia de la aparcería, la asunción de riesgos entre los aparceros y los propietarios, etc…
15. Existe una importante conexión en el derecho español entre los derechos reales limitados y el ámbito jurídico-material al que están sometidas las tierras rústicas. La razón primordial es que algunos de esos derechos se “construyeron” hace más de veinticinco siglos para ser aplicados específicamente a las fincas rústicas y, desde ese origen rural, evolucionaron posteriormente para ser aplicados también en los fundos urbanos. El paradigma está representado por las servidumbres prediales: el derecho romano solo contempla inicialmente servidumbres prediales rústicas de paso, de aguas, de pastos y de extraer minerales (*servitus itineris, servitus actus, servitus viae, servitus aquaductus, servitus aquae educendae, servitus pecoris ad aquam appellendi, servitus pecoris pascendi, servitus arenae fondiendae, servitus calcis coquendae, ...*) que tiempo después son ampliadas con las servidumbres prediales urbanas (de luces y vistas, de vertiente de aguas, de apoyo de viga o muro: cfr. Gayo D.8,2,2).
16. El “usufructo” chino no es homologable al español y tiene una naturaleza diversa. El CC español contempla algunos casos de usufructos impropios referidos expresamente, o al menos con carácter principal, al ámbito rural donde se prevé la sustitución del bien usufructuado por su equivalente u otro nuevo. El primer caso es el del usufructuario de viñas, olivares u otros árboles o arbustos en los que se permite al usufructuario el aprovechar los “pies muertos”, así como los que se tronchen o arranquen sin su culpa, si bien con la obligación de sustituirlos (art. 483 CC). Cuando esa sustitución o reposición no fuera posible o económicamente viable en aquellos casos de fuerza mayor que hayan provocado la desaparición de viñas olivares u otros árboles o arbustos, el usufructuario podrá dejar los restos a disposición del propietario y exigir que limpie el suelo (art. 484 CC). El art. 485 CC se refiere a los usufructos sobre montes y, en concreto, a los montes madereros, autorizando al usufructuario que haga talas inocuas y conforme a las costumbres del lugar. Sin embargo la legislación civil china no contempla específicamente el usufructo tal como es entendido en la mayoría de los ordenamientos europeos, aunque regula un sistema de derechos reales limitados de disfrute compatible con el régimen económico de propiedad pública de los principales recursos inmobiliarios pertenecientes al Estado o a la colectividad de los campesinos y que, no obstante, pueden ser utilizados por los individuos particulares. Este sistema de derechos reales de disfrute ha sido introducido por el Título III de la Ley de los Derechos Reales china, promulgada en 2007.
17. Los derechos reales de garantía juegan un papel esencial en los derechos que pueden constituirse sobre las tierras rústicas en España, y sus requisitos configuradores se encuentran en los arts. 1857 CC y ss: i) Accesoriedad: la prenda o hipoteca debe constituirse para asegurar el cumplimiento de una obligación principal de la que aquélla es accesoria. ii) Titularidad: la cosa pignorada o hipotecada deben pertenecer en propiedad al que la empeña o hipoteca. iii) Disponibilidad: las personas que constituyan la prenda o hipoteca deben tener la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto. Las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes. iv) Enajenabilidad: una vez vencida la obligación principal, las cosas en que consiste la prenda o hipoteca deben poder ser enajenadas para pagar al acreedor (art. 1858 CC). v) Prohibición de comiso: el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas (art. 1859 CC). vi) Indivisibilidad: La prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor. Solo se exceptúa el supuesto en que, siendo varias las cosas dadas en hipoteca o en prenda, cada una de ellas garantice solamente una porción determinada del crédito; en este caso, el deudor tendrá derecho a que se extinga la prenda o la hipoteca a medida que satisfaga la parte de deuda de que cada cosa responda especialmente (art. 1860 CC). vii) Universalidad: los contratos de prenda e hipoteca pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras o condicionales (art. 1861 CC). A estos requisitos debe sumarse, por el momento, el de la responsabilidad personal ilimitada del deudor pues como señala el art. 105 LH, ni la prenda ni la hipoteca alterarán “la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 CC”. Decimos “por el momento” porque en la actualidad está sometida a debate la responsabilidad universal, defendiéndose propuestas de *lege ferenda* dirigidas a limitar esa responsabilidad a la perdida de los bienes gravados. Por fortuna estas tesis restrictivas de la responsabilidad no se han abierto camino pues su triunfo podría suponer un retroceso de siglos pues abrirían la puerta al derecho de comiso del acreedor con todas las consecuencias que ello implica. Una posible solución intermedia podría verse en la estandarización del denominado “pacto marciano” por conducto del art. 140 LH. Este precepto autoriza a deudor y acreedor a limitar en la escritura de constitución la responsabilidad del primero a los bienes hipotecados. El mencionado artículo dice: “No obstante lo dispuesto en el artículo ciento cinco, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor. Cuando la hipoteca así constituida afectase a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte de crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el artículo ciento veintiuno”.
18. En la actualidad asistimos a un período de desarrollo de los derechos de uso sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales en RPC iniciado en 1999. La “Notificación sobre el reforzamiento de la administración de la transferencia de tierras y la estricta prohibición de la especulación de tierras” de mayo de 1999 estableció que las viviendas rurales de los agricultores no podían ser vendidas a los habitantes de las ciudades, y que tampoco podían aprobarse las solicitudes de los habitantes de las ciudades con el fin de utilizar las tierras rurales pertenecientes a la colectividad para la construcción de viviendas. Las autoridades no podían conceder la licencia de uso de la tierra y el certificado de propiedad de la vivienda a cualquier persona que hubiera construido y/o comprado ilegalmente las viviendas. En 2004, la “Decisión sobre la profundización de las reformas para la administración estricta de las tierras” del Consejo de Estado, y ”Las opiniones sobre el reforzamiento de administración de las tierras para la construcción de viviendas rurales” del Ministerio de tierras y recursos estatales restringieron claramente la compra y venta de los derechos de uso sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales. En este período ya existían, en el ámbito académico, debates e investigaciones sobre la transferencia de los derechos de uso sobre las tierras para la construcción de viviendas rurales. En esta época, con el desarrollo de la economía de mercado socialista, los agricultores emigran a la ciudad, aparece una oleada de movimiento de población. Los espacios para vivienda en los distritos urbanos son muy escasos y la capacidad de absorción de la población por las urbes se enfrenta a enormes retos. Las ciudades siguen creciendo, lo que ha creado una oportunidad de utilizar los recursos escasos de las tierras para que los campos suburbanos obtengan un beneficio económico máximo. Además, se promovieron nuevas construcciones rurales, y se ha apoyado la generalización de políticas de sustento a la agricultura y de zonas agrícolas preferenciales, ofreciendo compensaciones altas por la expropiación de tierras causada por la expansión urbana y la construcción de infraestructura; todo ello ha aumentado notablemente el valor económico de las tierras colectivas rurales. Las tierras rústicas, incluyendo las destinadas a la construcción de viviendas rurales, cuyas funciones son más importantes que antes, y la problemática creada por el movimiento de la población y su ubicación, hacen que la inmovilización de las tierras para la construcción de viviendas rurales resulte cada vez más necesaria y evidente.
19. Las formas de garantía establecidas en la Ley de Garantía en China son：garantía, hipoteca, prenda, retención y arras. De todas ellas, la principal de estas instituciones, en relación con las tierras rústicas, es la hipoteca. Según las disposiciones de las legislaciones civiles, tales como Principios Generales de la Ley Civil, la Ley de Derechos Reales, la Ley de Garantía y demás, existen numerosas restricciones, e incluso prohibiciones, para imponer derechos sobre las tierras rústicas y constituir hipotecas sobre los edificios construidos sobre ellas. Pero sentadas estas premisas，dirigidas a garantizar que la naturaleza de la propiedad pública de estas tierras no se vea alterada, que no se supere la línea roja de tierras de cultivos, ni se perjudique el interés de los agricultores, se ha iniciado en China la promoción de una reforma del sistema de tierras rústicas, siempre con la prudencia y seguridad que exige el sistema político chino. En China no existen leyes vigentes que regulen la anticresis y la prenda sin desplazamiento posesorio; sin embargo, ambas instituciones son una parte importante de los derechos reales de garantía en España ya que tienen sus propias características y significados susceptibles de investigación. Sin embargo su estudio tiene un significado muy importante para la reforma y desarrollo del sistema de tierras rústicas que se está realizando en China, debido a que mediante esta reforma y el desarrollo del trabajo de las tierras, se alcanzará un gran progreso institucional. Para ello se pueden y deben aprovechar las experiencias extranjeras, concretamente la española, ya consolidada.
20. Trabajos piloto realizados durante 2015 y 2016 constituyen la primera ocasión en la que China ha permitido a los agricultores hipotecar sus tierras en la entidad bancaria como aval de un préstamo. Esto puede hacer que más de 600 millones de residentes rurales tengan la capacidad de entrar en el mercado crediticio. Supone una disminución de las restricciones sobre el uso y la financiación de las tierras y también un paso importante hacia la reforma de las tierras rústicas orientada por el mercado. No obstante, también algunos economistas han expresado su preocupación acerca de la capacidad de los residentes rurales para reembolsar sus préstamos.

# BIBLIOGRAFÍA

Abellá Rubio, J.M., *La división de la cosa común*, Ed. Dykinson, Madrid 2012.

Albadalejo, M., *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, Ed. Edisofer, Madrid 2010.

Albadalejo García, M., Comentarios al Código Civil. Tomo XXV - Vol. 1º, Artículos 1930 a 1960 del Código Civil, Ed. Edersa, Madrid 2005.

Alcalá Díaz, M.A., *Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario*, Ed. Dykinson, Madrid 2014

Artiach Camacho, S*., El contrato de arrendamiento rústico en las legislaciones autonómicas*, en *RVAP* 99-100 (2014).

Beluche Rincón, I., *La relación obligatoria de usufructo*, Ed. Civitas, Madrid 1996.

Bendito Cañizares, T*., Art. 104 LH*, en *Comentarios al Codigo Civil. Tomo VII, Vol 6º: Artículos 104 a 130 de la Ley Hipotecaria*, Ed. Edersa, Madrid 2004.

Busto Lago, J.M., *La usucapión de la titularidad de la servidumbre predial de paso,* Ed. Edersa, Madrid 2000.

Cabañas García, J.C., *La tutela judicial del tercero. Estudio sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva, en el proceso civil*, Ed. Dijursa, Madrid 2008.

Cavas Martínez, *El contrato de aparcería laboral agraria: concepto y naturaleza jurídica*

Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral II, vol* I, Ed. Reus, Madrid 1984.

Chinchilla Marín, C., *Bienes patrimoniales del Estado (concepto y formas de adquisición por atribución de Ley),* Ed. Marcial Pons. Madrid 2001.

Clemente Meoro, M.E., *Las servidumbres: distinción entre límites y limitaciones del dominio; servidumbres legales y voluntarias*, en *Cuadernos Prácticos Bolonia. Derechos Reales V. Derechos Reales de goce,* Ed. Dykinson, Madrid 2010.

Cosialls Ubach, A.M., *La transmisión de finca inferior a la Unidad Mínima de Cultivo*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 707 (2008).

De Peralta y Carrasco, M*., Una aproximación a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003 de 26 de noviembre,*

Díaz Fraile, J.M., *Presente y futuro de la hipoteca como instrumento de fomento del crédito en el contexto del Derecho Comunitario (un proceso de reformas inacabado*), en *Anuario de Derecho Civil* 49 (2016).

Díez Picazo, L., *La prescripción en el* [Código civil](http://app.vlex.com/#/vid/127560), Ed. Bosch, Barcelona 1964.

Diéz-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial VI. Derechos reales*, Civitas&Thomson Reuters, Madrid 2012.

Diéz-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil III. Derecho de las cosas. Derecho Inmobiliario y Registral*, Ed. Tecnos, Madrid 1986.

Doral García De Pazos, J. A., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, tomo VII, vol. 1*, dir, Albaladejo, Edersa 1992.

Espinosa Infante, J.M., *Derechos reales de garantía*, en Derechos reales. Contestaciones al programa de oposiciones a notarias, Ed. Dykinson, Madrid 2006.

Faus, M., *Breviario civil 2: Derechos reales especiales*, Ed. vLex, Barcelona 2008.

Fernández de Buján, F*., La consensualidad contractual en Derecho romano y en el Código civil*, Ed. Dykinson, Madrid 2015.

Fernández de Buján, F*., Sistema Contratual Romano*, Ed. Dykinson, Madrid 2007.

Fernández del Pozo, L., *Una lectura americana' del artículo 111.1º LH. La concurrencia de gravámenes, mobiliario e inmobiliario, sobre bienes muebles pertenenciales tras la reforma del artículo 2.º LHM y PSD*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 749 (2015).

Fernández del Pozo, L., *Bienes muebles corporales susceptibles de prenda sin desplazamiento. Revisión crítica de la doctrina*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 753 (2016).

Fernández Scagliusi, A, *El dominio Público funcionalizado: La corriente de valorización*, Ed. INAP, Madrid 2015.

Fernández Scagliusi, A., *La rentabilización del dominio público en tiempos de crisis: ¿nuevas tendencias coyunturales o definitivas?*, Ed. Tecnos Madrid 2015.

Flores González, B., *Los derechos de adquisición preferente a favor del arrendatario rústico: principales problemas y soluciones propuestas*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 733 (2012).

García Cantero, G., *El usufructo: la regla 'salva rerum substantia' y sus excepciones*, *en Cuadernos Prácticos Bolonia. Derechos Reales. V. Derechos reales limitados de goce*, dir. Clemente Meoro, M., Ed. Dykinson, Madrid 2010.

García Cantero, G., *Concepto de frutos en el Código Civil español*, en *RDN* 9 y 10 (1955).

García Garrido, M.J., *Derecho Privado Romano. Acciones. Casos. Instituciones*, Ed. Académicas, Madrid 2015.

García Garrido, M.J., *Responsa. Casos prácticos de Derecho Romano planteados y Resueltos*, Ed. Académicas, Madrid 2002.

García Garrido, M.J., *Casuismo y jurisprudencia romana* (Responsa), Ed. Académicas, Madrid 2007.

García Garrido, J.M., *Nihil es agricultura melius. Agricolae et mercatores*, en *Scritti per Genaro Franciosi II*, Napoli 2007, 1025 ss. Ahora, también, en *Nueva Miscelánea Romanístisca* III, Ed. UNED, Madrid 2013.

García Garrido, J.M: & Reinoso Barbero, F., *Digestorum Similitudines*, XI Vols, Ed. Dykinson, Madrid 1994.

Guilarte Zapatero, V., *Art. 107 LH*, en *Comentarios al Codigo Civil. Tomo VII, Vol 6º: Artículos 104 a 130 de la Ley Hipotecaria*, Ed. Edersa, Madrid 2004.

Guilarte Zapatero, V., *Art. 108 LH*, en *Comentarios al Codigo Civil. Tomo VII, Vol 6º: Artículos 104 a 130 de la Ley Hipotecaria*, Ed. Edersa, Madrid 2004.

González Hernández, C.& Jiménez Segado, C., *Guía procesal ante el desahucio hipotecario*, Ed. Dykinson, Madrid 2015.

Hernández García, J., *El usufructo de dinero (Comentario al artículo 117 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad*, en *RDCA* 7 y 8 (2001-2002).

Hernando Lera, J*., El contrato de sociedad. La casuística Jurisprudencial clásica*, Ed. Dykinson, Madrid 1992.

Jarillo Gómez, J.L., *La posesión en el Código civil. Significación de las posesión dentro de los Derechos reales*, en *Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales* 6 (2008).

Jiménez París, M.T., *La defensa del deudor hipotecario y el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 735 (2013).

Lacruz Berdejo, J.L., *Manual de Derecho civil, precedido de una introducción al Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona 1990.

Lacruz Berdejo, J.L., *Elementos de Derecho civil*. *Tomo III. Derechos reales, vol II. Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, Ed. Dykinson, Madrid 2009.

Leyva de Leyva, J.A., *Art. 137 LH*, en *Comentarios al Código Civil. Tomo VII, Vol 6º: Artículos 104 a 130 de la Ley Hipotecaria*, Ed. Edersa, Madrid 2004.

López Mejía, M. & Requena Torrecillas, C., *La dación en pago como medio de extinción de las obligaciones derivadas de préstamos con garantía hipotecaria*, en *Cuadernos de derecho y comercio* (2014)

López Pasaro, E., *Tutela sumaria de la posesión. Interdicto de recobrar,* Ed. Dykinson, Madrid 2012.

Lucas Fernández, F., *La servidumbre predial de paso en el Código civil español*, en *Anales de la Universidad de Murcia* 3-4 (1980).

Manresa y Navarro, J:M:, , *Comentarios al Código Civil Español* VI, Ed. Reus, Madrid 1932

Martín León, A., *Negocios simulados y usucapión*, en *Anuario de Derecho Civil*, 64 (2011).

Martínez Atienza, G., *Derecho civil, Penal Sustantivo y Procesal. Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. vLex, Barcelona 2015.

Martínez Vázquez, F. *¿Qué es el dominio público?,* en *Thémis* 40.

Merino Hernández, J.L., *El derecho de usufructo: aspectos prácticos de sus distintas modalidades*, Ed. Lefebvre-El derecho.

Millán Salas, F., *Tipos de empresa según la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias,* en *Cuadernos de Estudios Empresariales* 8 (1998).

Mohino Manrique, A., *La cautio usufructuaria en Derecho romano. Análisis juriprudencial*, Ed. Dykinson, Madrid 2015.

Montoya Martín, E., *El régimen común del patrimonio de los organismos públicos en la* [Ley 33/2003, de 3 de noviembre](http://app.vlex.com/#/vid/191794)*, de Patrimonio de las Administraciones Públicas*, en Horgué Baena, C. (dir.), *Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas,* Ed. Iustel, Madrid 2007.

Moreno Quesada, B, *El usufructo de la nuda propiedad*, en *Anuario de Derecho Civil* 12 (1959).

Mora Alarcón, J.A., *Comunidad de Bienes,* Tarragona1991.

Muñoz y Nuñez de Prado, J., *Arrendamiento y desahucio de fincas rústicas*, Madrid 1947

Núñez Lagos, R., *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, Ed. Reus, Madrid 1953.

O´Callaghan Muñoz, X., *Compendio de Derecho civil. Tomo III, Derechos reales e hipotecario*, Ed. Edersa, Madrid 2004.

Palmou, *Las aparcerías agrarias: su evolución hacia una relación laboral*, Fundación Alfredo Brañas, 2007.

Peralta de la Cámara, *Sobre la difícil aplicación de la legislación laboral a la aparcería en la Ley de Arrendamientos Rústicos*, en Cruz Villalón (ed.), Estudios en homenaje al prof. José Cabrera Bazán, 1999.

Pereña Vicente, M., *La constitución voluntaria del usufructo*, Ed. Dykinson, Madrid 2005.

Pérez Gurrea, R., *Ejecución hipotecaria y enriquecimiento injusto a propósito de la STS de 13 de enero de 2015*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 751 (20015).

Pillet Capdepón, F., *La actual concentración de la propiedad rústica y su riqueza catastral en los municipios de España*, en *Investigaciones geográficas*, 45 (2008).

Prats Ramón, V., *Regulación jurídico-urbanística del uso de vivienda familiar en suelo rústico*, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* 249 (2009).

Puig Brutau, J., *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo II, vol. II*, Ed. Bosch, Barcelona 1979.

Quesada Sánchez, A.J. *Identificación de la finca rústica a efectos de la acción reivindicatoria: un estudio jurisprudencial*, en *RCDI* 694 (2006).

Redondo Trigo, F., *El pacto marciano, el pacto ex intervallo y la fiducia cum creditore en las garantías financieras del real decreto-ley 5/2005*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 699 (2009).

Reinoso-Barbero, F., *Derecho Patrimonial*, Ed. Dykinson, Madrid 2008.

Reinoso Barbero, F., *Nemo dat quod non habet*, en *Nuevo Diccionario Jurídico*, El Derecho Editores, Madrid 2008.

Reinoso Barbero, F., *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*, en *Nuevo Diccionario Jurídico,* , El Derecho Editores, Madrid 2008.

Reinoso-Barbero, F., *Prior tempore potior iure*, en *Nuevo Diccionario Jurídico*, El Derecho Editores, Madrid 2008.

Reinoso-Barbero, F., *Los principios Generales del Derecho en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. Dykinson, Madrid 1987

Riobó Fernández, J.F., *Las aparcerías y los arrendamientos rústicos históricos en el derecho civil gallego*, en *Dereito* 13 (2004).

Roca Sastre, R.M., *Ensayo sobre el derecho de superficie*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 392-292 (1961).

Roca Sastre, R. M.ª, y Roca-Sastre Muncunill, L., *Derecho hipotecario*, T. I, Ed Bosch, Barcelona 1979.

Ruiz Artacho, J., *La reserva de usufructo, en favor de uno o de ambos cónyuges, en las enajenaciones de nuda propiedad otorgadas por los mismos*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 284 ( 1952).

Ruiz Maya, L., *El Arrendamiento y la Aparcería*, *en Revista de Estudios Agro-Sociales* 150 (1989).

Suárez Blázquez, G., *Enfiteusis: Negocio Jurídico de Fomento*, Ed. Tirant lo Blanch, 2016.

Vallet de Goytisolo, J*., Panorama de Derecho Civi*l, Ed. Bosch, Barcelona 1963.

Vázquez Barros, S., *La comunidad de bienes en el* [Código Civil](http://app.vlex.com/#/vid/127560), Ed. Bosch, Barcelona, 2005.

Vázquez Iruzubieta, *C., Código Civil. Comentarios, Notas y Jurisprudencia*, Ed. Dijusa, Madrid 2007.

Zurita Martín, I**., *Usufructo de finca hipotecada*, E. Dykinson, Madrid 2006.**

1. Cic., *Rhetorica ad Herennium*, 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Li Lin, *History of Chinese Law and Contemporary Chinese Law System*, en A. Oropeza, *México China; Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2008 (traducido del Inglés al español por Chritopher Sanabria) estudia magníficamente la evolución del derecho chino y cita en p. 68 la siguiente bibliografía de apoyo: Li Peng, *Reporte de Trabajo de la Primera Reunión de la Décima Asamblea Popular Nacional*, 2003; Tian Jiyun, *la Cuarta Reunión del Comité Permanente de la Octava Asamblea Popular Nacional*, 1996; Tian Jiyun, *Reporte de la Primera Reunión del Comité Permanente de la Novena Asamblea Popular Nacional*, 1998; Yang Honglie, *The Influence of Chinese Law on East Asian Countries*, Editorial *China Politics and Law University Press*, 1999; Zhang Daopan, T*radition and Modern Transition of Chinese Law. Law Press*, 1999; Zhang Youyu (Ed.), *Chinese Encyclopedia-Law Section*. C*hinese Encyclopedia Press*, 1984; Zhang Zhongqiu, *“Retrospection and Thinking: on the Study of Chinese Legal Family”,* en *Nanjing University Law Review*, 1999. [↑](#footnote-ref-2)
3. Cfr. Li Lin, *History of Chinese Law and Contemporary Chinese Law System*, cit., p. 1, explica los comienzos del derecho chino: "China es un país con una tradición cultural de aproximadamente 5000 años. En ese sentido, la “Familia Jurídica China” también comparte una historia basta y resplandeciente que ha tenido una influencia significativa y profunda en el desarrollo de los sistemas legales de Asia y el mundo. En el año 21 a.C., las normas jurídicas consuetudinarias sobre el sistema de esclavitud aparecieron en la dinastía Xia de China. El Derecho escrito comenzó a ser promulgado durante los periodos de “Las Primaveras y Otoños” y dentro del período de “Los Reinos Combatientes” (770 –221 a.C.). En el año 536 a.C., Zi Chan, Magistrado en Jefe del Estado de Zheng, “inscribió las reglas penales en una caldera de bronce instituyéndolas como el Derecho del Estado”2, como consecuencia apareció un código sistemático escrito de leyes. Bajo el liderazgo del Primer Ministro Li Kui, el Estado Wei creó el Fa Jing3 (que literalmente significa Derecho Clásico, que incluía Dao Fa, Zei Fa, Wang o Qiu Fa Za Fa y Ju Fa), que desempeñó un papel principal en ese tiempo en cuanto a su organización, su estructura, su contenido y su objetivo legislativo, siendo el primer conjunto de normas jurídicas codificadas de la antigua China.Después de la dinastía Qin (221-206 a.C.), la China unificada revisó el Derecho Qin para aplicarlo de manera uniforme en todo el país. El código Qin incluía aspectos de naturaleza política, económica, militar, cultural e ideológica, así como temas de la vida cotidiana, incluyéndose no solamente los contenidos del Fa Jing, sino también del Tian Lü, del Xiao Lü, del Zhili Lü, del Cang Lü, del Gong Lü y del Jinbu Lü. La dinastía Han (202 a.C.- 220 d.C.), siguió también al sistema Qin. Sin embargo, hizo suya la idea de Dong Zhongshu, de “ignorar las otras escuelas del pensamiento y valorar solamente al confucianismo”, así como incorporó al Derecho el li (ritual o moral) y el “san gang” (los tres lazos). Desde entonces la ética confucionista estuvo presente en la interpretación jurídica, la práctica legal y el espíritu de la legislatura de la antigua China. La dinastía Han, tomando como bandera el confusionismo, aplicó el Jiuzhang Lü, que posteriormente fue seguido por el Bangzhang Lü, el Yuegong Lü, el Chao Lü. Estos Lüs sumaron un total de 60, conociéndose en conjunto como “Han Lü Sesenta”". [↑](#footnote-ref-3)
4. Li Lin, *History of Chinese Law and Contemporary Chinese Law System*, cit., p. 36, indica los efectos del cambio: "La fundación de la República Popular China en 1949, llevó a una nueva era en la elaboración del sistema jurídico del país. El período comprendido entre 1949 y mediados de la década de los años cincuenta, fue la etapa de inicio durante la cual China promulgó el Programa Común Interino Constitucional de la Conferencia Política Consultiva del Pueblo Chino, así como otras leyes y decretos que jugaron un papel primordial en la consolidación del Estado naciente, estabilizando el orden social y revitalizando la economía nacional. La Constitución de la República Popular China, adoptada en la primera sesión de la Primera Asamblea Popular Nacional, y otras leyes relacionadas, definieron el sistema político y económico de China, así como los derechos y la libertad de los ciudadanos. De igual forma, establecieron los estándares para la estructura organizacional, las funciones y los poderes de los órganos del Estado y los principios básicos del sistema legal chino, el cual incluía las bases preliminares para la construcción de su aparato jurídico. Sin embargo, después de mediados de los años cincuenta, especialmente durante los diez años que duró la revolución cultural (1966-1976), el sistema legal chino fue severamente dañado" [↑](#footnote-ref-4)
5. Li Lin, *History of Chinese Law and Contemporary Chinese Law System*, cit., p. 37 "A finales de la década de los años setenta, sobre la base de experiencias históricas y en especial teniendo en cuenta las lecciones trágicas aprendidas de la Revolución Cultural, el PCC decidió modificar el objetivo de la agenda nacional hacia la edificación de un socialismo moderno, llevando a cabo la política de la reforma y apertura, y haciendo claro el principio de gobernar el país a través de un sistema legal. Con la idea de garantizar la democracia para el pueblo, el sistema legal socialista debe fortalecerse para que dicha democracia sea sistematizada y legalizada, así como para permitir que el conjunto de normas jurídicas sea estable, continuo y respetado, sin sufrir modificaciones por razones de cambios de opinión o por relevos de autoridades estatales. La política principal de la construcción del sistema legal durante la era de la reforma y la apertura, busca la creación de leyes que deban observarse de manera obligatoria, siendo estrictamente aplicadas, así como persigue someter a proceso a todos aquellos que violen dichas leyes. La Constitución actual, la Ley Penal, la Ley Procesal Penal, la Ley Civil, la Ley Procesal Civil y la Ley Procesal Administrativa, así como otras leyes, han sido promulgadas siguiendo el principio de desarrollo de una democracia socialista y la idea de mejorar el sistema jurídico socialista, demostrando que la construcción legal de China está viviendo un período totalmente nuevo. En la década de los años noventa, China inició la completa promoción de la construcción económica socialista de manera integral, consolidando en mayor medida la base económica para la edificación jurídica y poniendo gran hincapié en este tema. En 1997, el decimoquinto Congreso Nacional del PCC, decidió tomar al “Estado de Derecho” como estrategia básica y a la “construcción de un país socialista bajo un “Estado de Derecho” como un objetivo primordial para la modernización socialista. De esta manera se buscaría establecer la importante tarea de construir un sistema legal socialista con características chinas. Finalmente, en 1999, China incluyó en la Constitución que “la República Popular China gobierna el país conforme a Derecho y con la intención de construir un país socialista de Derecho.” El establecimiento del principio del Estado de Derecho es un icono en la creación del sistema jurídico chino y representa el principio de una nueva etapa" [↑](#footnote-ref-5)
6. Li Lin, *History of Chinese Law and Contemporary Chinese Law System*, cit., p. 38: "Con la entrada al siglo XXI, el desarrollo de la construcción legal china está dando un paso adelante. En el 2002, el Decimosexto Congreso Nacional del PCC, instituyó el importante objetivo de “mejorar la democracia socialista y el sistema jurídico, así como decidió aplicar de lleno el principio de gobernar el país a través del Derecho, con vistas a la creación de una sociedad moderadamente prospera en todos los sentidos.” En el 2004, el siguiente texto fue incluido en la Constitución: “…el Estado respeta y garantiza los derechos humanos”. En el 2007, el Decimoséptimo Congreso Nacional del PCC, expresamente llamó a la completa aplicación del principio que exige gobernar al país conforme a Derecho y a acelerar la construcción de un país socialista bajo un Estado de Derecho; de esta manera hizo ajustes para el fortalecimiento de este tema en todos los sentidos. Por más de seis décadas desde su fundación, en especial durante los treinta años a partir del nacimiento de la reforma y las políticas de apertura, China ha tenido avances significativos en la promoción de la aplicación del Estado de Derecho" [↑](#footnote-ref-6)
7. Li Lin, *History of Chinese Law and Contemporary Chinese Law System*, cit., p. 51 y ss: "Seis son las lecciones legislativas que se desprenden de la construcción del sistema jurídico chino durante este período y que son dignas de considerarse:

   1. La legislación debe estar basada en la realidad fundamental del país y debe adherirse a la filosofía socialista con características chinas. La legislación es parte orgánica del principio del Estado de Derecho y del desarrollo de una democracia socialista. Por ello, debe estar arraigada a la idea de que el país se encuentra en la primera etapa del socialismo, así como deben considerarse las características de las diferentes etapas del desarrollo chino. La legislación debe centrarse en la construcción económica y ser fiel a la política de Reforma y Apertura, manteniendo el objetivo de edificar una sociedad moderadamente prospera en todos los sentidos y promocionando el desarrollo coordinado de la evolución económica, política, cultural y social. China está y estará por mucho tiempo en la etapa primaria del socialismo y por ello el país deberá transitar por un período histórico considerablemente largo para conseguir su industrialización y su modernización. A pesar de que se han obtenido avances significativos en todas las áreas durante los treinta años de reforma y apertura, China es todavía un país con una población enorme y con una infraestructura endeble. Existen aún muchos problemas, entre ellos, la falta de desarrollo equilibrado entre comunidades urbanas y rurales, así como entre diferentes regiones; el subdesarrollo en los sistemas de producción; las imperfecciones en el sistema de economía de mercado, en el sistema jurídico y en el sistema democrático; la corrupción; y algunos otros fenómenos de injusticia social. Todo ello puede resumir que en realidad China es todavía un país en desarrollo, y esta condición debe de tomarse en cuenta como punto de partida para la creación legislativa. Además, en función de complementar la creación de disposiciones jurídicas, China debe estudiar y tomar prestadas las experiencias positivas de la legislación extranjera, lo que no significa copiar directamente el modelo legislativo de otros países. Cuando se estén debatiendo las leyes chinas, deberán recopilarse, compararse y contrastarse las leyes del exterior, para extraer de ellas aquello que se considere positivo en el ejercicio legislativo. Los elementos que reflejen las reglas de la economía de mercado, así como aquellas disposiciones internacionales y costumbres nacidas durante la comunicación internacional, deberán ser determinantemente tomadas en cuenta y absorbidas. Las normas jurídicas que se apeguen a la realidad china podrán ser directamente aplicadas y mejoradas posteriormente en la práctica.18 Por ejemplo, en el área que abarca el Derecho Civil y Comercial, para la creación de los Principios Generales de Derecho Civil, de la Ley de Propiedad, de la Ley de Contratos y de otras leyes, se tuvo como referencia la experiencia de países civilistas y de common law, así como el espíritu y los principios legislativos del derecho privado respetados por la comunidad internacional. En el área del Derecho Administrativo, China ha adoptado el principio de protección de la confianza y el principio de proporcionalidad aplicados en la teoría moderna de dicha rama. En el área de la legislación penal (para la creación de la Ley Penal y la Ley de Procedimientos Penales), se han consultado el espíritu y los principios fundamentales de las leyes de otros países, incluyendo de ellas el principio de “no hay pena sin ley” y las audiencias públicas. En años recientes, en vista del nuevo desarrollo en materia de conductas ilícitas, y con base en la experiencia internacional sobre legislación penal, China ha establecido nuevos delitos en sus leyes penales, tales como el financiar actividades terroristas, el lavado de dinero, el abuso de información privilegiada, el delito de alterar la administración de tarjetas de crédito, entre otros. Con respecto a la legislación para la protección de los derechos de la propiedad intelectual y la protección al medio ambiente, China ha aprendido mucho también de las experiencias de otros países.

   2. La legislación debe tomar como base a la Constitución, y sus puntos de partida deberán de ser los intereses del país y los intereses esenciales del pueblo. La Constitución es la regla general para las labores de gobierno del Estado y como ley fundamental tiene efectos legales supremos. Toda ley deberá tomarla como su base fundamental y no deberá contradecir su espíritu, sus principios o cualquiera de sus artículos. Deberá ser estrictamente respetada para salvaguardar los intereses y los derechos de los ciudadanos, para asignar razonablemente los poderes de los órganos estatales y regular su desempeño y el de sus integrantes, así como para manejar las relaciones entre el ejercicio de los derechos e intereses de los gobernados y el gobierno de los órganos estatales, conforme a derecho. La legislación deberá tener como objetivo brindar la mayor protección a la mayoría de las personas, previniendo la incorrecta propagación de poder del Estado o la violación de los derechos legítimos de las personas. Deberán crearse leyes consistentes con los intereses de todos los grupos étnicos, con los intereses del Estado y que beneficien la promoción y protección de los sistemas de productividad. La legislación que se adopte de acuerdo con la ley suprema, deberá equilibrar los intereses existentes entre el Gobierno Central y los gobiernos locales, el todo y las partes, el futuro y el presente, y las áreas desarrolladas y subdesarrolladas. Adicionalmente, deberá insistir en todas las consideraciones de los factores relevantes, entender correctamente las peticiones de los diferentes grupos existentes, manejar correctamente la relación entre poder y derechos, y garantizar la inviolabilidad de los intereses legítimos de las personas físicas, morales y otras organizaciones. Al mismo tiempo, la legislación construida conforme al máximo estatuto deberá crear órganos con las facultades necesarias para hacer efectivo el correcto desempeño del poder administrativo y de sus reglamento, sin olvidar prestar atención a la reglamentación, control y supervisión de dichos entes de gobierno, para el correcto ejercicio de sus facultades y para el mantenimiento del equilibrio entre el poder y los derechos. El debido uso del poder debe ir relacionado a la unificación de las facultades y las obligaciones, a la relación estrecha entre el poder y los deberes y a la consideración de los intereses de los gobernados en general, de tal forma que con ello se impulse la armonía y la estabilidad social.

   3. La legislación debe combinarse con importantes decisiones relacionadas con la Reforma y la Apertura, el Desarrollo Científico, y la Estabilidad y la Prosperidad del país. La legislación es el reconocimiento legal de los avances alcanzados en el progreso de la civilización; es el sistema de salvaguarda para el desarrollo científico y para la estabilidad y la prosperidad de la sociedad; así como también es la medida más importante para permitir la toma de decisiones del partido gobernante y del Estado, con el objeto de conseguir la sistematización, la institucionalización y la legalización de las mismas. De esta manera, la legislación debe estar acorde con el progreso de la reforma y la apertura y con el proyecto de construcción de la modernización, así como debe crear un excelente ambiente de Estado de Derecho para ello. Por otra parte, la legislación deberá reflejar la experiencias de treinta años de Reforma y Apertura, así como del proceso de modernización, debiendo probar las experiencias en la práctica, consolidando los logros positivos obtenidos durante ese período y garantizando e impulsando el rápido y buen desarrollo de la economía y de la sociedad. Para el caso de aquellas decisiones importantes sobre temas que deban ser desarrollados a profundidad o reformados, deberán crearse las disposiciones legales necesarias, de tal forma que se promocione y garantice el sano desarrollo de la reforma y la apertura, así como de la construcción de la modernización. Diferentes soluciones deberán aplicarse a los diferentes problemas dentro de la legislación: sobre aquellos asuntos de los cuales se haya obtenido cierta experiencia legislativa durante la reforma y la apertura, deberá profundizarse, creando la reglamentación específica correspondiente; sobre los aspectos de los cuales no se tiene la experiencia legislativa necesaria, deberán crearse los reglamentos que contengan los lineamientos generales de dichos temas, dejando espacio para un futuro mejoramiento de los mismos. Para aquellos temas de los cuales no se tenga experiencia, ni opiniones consistentes, no deberá redactarse legislación alguna hasta que el tiempo para ello sea propicio.

   4. La legislación deberá reflejar la orientación democrática y científica, debiendo ser de alta calidad. La legislación democrática es el requisito inherente para considerar al pueblo como el gobernante del país, así como representa el medio para expresar de manera completa los intereses, las necesidades y las demandas de todos los ciudadanos, traduciéndolos en la voluntad del Estado a través del proceso legislativo. Desde que comenzó la reforma y la apertura, la idea de una legislación democrática y su desarrollo ya se había demostrado dentro del quehacer legislativo chino. Sin embargo, la palabra “legislación democrática” fue usada como tal formalmente hasta el siglo XXI. El reporte de trabajo del Comité Permanente de la Cuarta Reunión de la Novena Asamblea Popular Nacional mencionó estar “luchando por lograr la democratización y el desarrollo científico de las decisiones legislativas”. Durante el término de la Décima Asamblea Popular Nacional, el reporte de trabajo del segundo Comité Permanente propuso “persistir en la legislación a favor del pueblo”; el reporte de trabajo de la Cuarta Reunión solicitaba dar “un paso más adelante hacia la democratización de la legislación”; la Quinta Reunión mencionaba “insistir en la promoción de legislación con tintes científicos y democráticos.” El Reporte del Decimoséptimo Congreso Nacional del PCC posteriormente propuso “persistir en la legislación de carácter científico y democrático.” Por lo tanto, en la práctica, la legislación democrática se ha gradualmente convertido en el requisito básico del proceso legislativo y representa una experiencia importante que se deberá mantener en China. La legislación de carácter científico es un requisito fundamental en el país. Su realización requiere adoptar los métodos y los procesos científicos, así como mejorar la tecnología de la misma. El mantenimiento de la legislación científica, debe respetar el proceso legislativo inherente, considerando la viabilidad de las leyes y centrándose en la consolidación de los frutos de la reforma, permitiendo que esta pueda continuar con su desarrollo. Debe asistir a la aceleración de la creación legislativa y dar juego al rol activo de las asambleas locales en sus funciones de construcción de normas, enfatizando en la legislación con características chinas y en considerar las experiencias extranjeras, de tal forma que se construya el contenido de las leyes de forma científica, institucionalizada y coordinada. La práctica legislativa desde la Reforma y la Apertura ha demostrado que solo con una legislación democrática puede lograrse la unificación orgánica de los intereses de la población, del PCC y del Estado; que solo con una legislación científica puede garantizarse la firmeza de las leyes en relación con las reglas de la naturaleza y con el desarrollo de la sociedad china; y que solo con una legislación democrática y científica puede ser garantizada la optimización de la calidad de la ley. Treinta años de experiencia han manifestado que al momento de crear leyes democráticas, científicas y de alta calidad, los procesos de creación, reforma, derogación o abrogación de las mismas, ocupan el mismo nivel de importancia dentro de la construcción legislativa.

   5. La legislación deberá tomar en cuenta al pueblo como premisa mayor y garantizar el respeto irrestricto de los Derechos Humanos. La legislación en China deberá reflejar las demandas y los intereses de la población, salvaguardando y expandiendo los intereses esenciales de la mayoría, debiendo ser esto el punto de partida y el fin de todo trabajo legislativo. Por otra parte debe respetar la posición del pueblo en la vida política del país, brindando juego a su creatividad, protegiendo sus derechos e intereses, tomando el camino de prosperidad para todos y promoviendo el desarrollo integral. De esta forma se asegura que la ley es para el pueblo, descansa en el pueblo y garantiza la repartición de los frutos del desarrollo con el pueblo. Para lograr estos fines, debe dedicarse la ley a erradicar la pobreza, a garantizar el completo respeto de los derechos humanos, a insistir en la importancia del derecho a la subsistencia y al desarrollo, y a la construcción de ambientes donde se garanticen el ejercicio y pleno respeto de los derechos políticos, económicos, sociales y culturales de todos los ciudadanos. La reforma constitucional que se aprobó durante la celebración de la Segunda Reunión de la Décima Asamblea Popular Nacional de 2003, estableció el principio de salvaguarda y de respeto de los derechos humanos por parte del Estado, impulsando mejoras al sistema de expropiación de tierras y adquisición de las mismas, a las disposiciones sobre protección de derechos adquiridos sobre la propiedad y los derechos sucesorios de la población. Adicionalmente, la Asamblea Popular Nacional fortaleció la legislación en áreas sociales, enfatizando en mejorar la calidad de vida de las personas. De esta manera se reconoce el importante papel que desempeñan las leyes en regular las relaciones sociales y promover la armonía social. La oportuna modificación de la Constitución y el continuo fortalecimiento de la legislación en áreas básicas sociales, es reflejo de las demandas de la perspectiva científica sobre el desarrollo y el espíritu de respeto y salvaguardia de los derechos humanos.

   6. La legislación deberá apegarse a la unidad orgánica del liderazgo del PCC, y entendiendo al pueblo como gobernante del país y gobernando bajo un Estado de Derecho. Promover el apegó a “la integridad orgánica de las tres”, es el principio más importante para el desarrollo de una política democrática con características chinas y la experiencia más relevante y fundamental adquirida durante los treinta años de existencia legislativa en el país. El liderazgo del PCC es esencial para la posición del pueblo como gobernante y para la creación de leyes de alta calidad, democráticas y científicas. Por otra parte, gobernar al país bajo un Estado de Derecho es la estrategia de gobierno por excelencia del PCC, para lo cual debe contarse con las leyes necesarias. En China, las leyes son una línea concreta de institucionalización, que surge de los principios y las políticas del PCC, y cuyo proceso de maduración requiere de una larga ejecución; mientras que el proceso legislativo es el sistema a través del cual se logra transforma los principios y las políticas en leyes. Las políticas, los principios, y las recomendaciones legislativas propuestos por el PCC, solo podrán considerarse como voluntad estatal y como normas o principios de conducta que los miembros de la sociedad deban respetar, si han sido transformadas en leyes a través de los procedimientos que sigue la Asamblea Popular Nacional. En el proceso de mejorar la legislación de manera integral y de mejorar el sistema jurídico socialista con características chinas, deberá fomentarse la coherencia de las tres áreas (PCC, población y orden legal), para garantizar la creación de normas jurídicas por el pueblo y para el pueblo." [↑](#footnote-ref-7)
8. Li Lin, *History of Chinese Law and Contemporary Chinese Law System*, cit., p. 35 y ss: "En 1911, la revolución Xinhai se llevó a cabo bajo el liderazgo de Sun Yat-Sen, lo cual llevó al nacimiento de una república democrática capitalista. La República promulgó una serie de normas jurídicas constitucionales, incluyéndose la Constitución Provisional de la República China, el borrador de la Constitución de la República China, la nueva Constitución Provisional de la República China y la Constitución de la República China, así como se estableció “el sistema de seis áreas del Derecho” (a saber: la Constitución, el Derecho Civil, el Procedimiento Civil, el Derecho Penal, el Procedimiento Penal y el Procedimiento Administrativo) y el sistema judicial, que incluyó las experiencias de Japón y de los países civilistas de occidente" [↑](#footnote-ref-8)
9. Li Lin, *History of Chinese Law and Contemporary Chinese Law System,* cit., p. 59 y ss: " Los esfuerzos en esta dirección deben tener presentes los siguientes cuatro puntos: 1. El perfeccionamiento del sistema jurídico debe darse contemplando: los derechos básicos y la libertad de los seres humanos; la estructura orgánica de los órganos del Estado; la relación entre el Gobierno Central y los Gobiernos Locales; la búsqueda de la justicia social; el reforzamiento de la administración social; la seguridad social; los asuntos públicos; la protección del medio ambiente; el ajuste fiscal; las finanzas públicas; cada una de las áreas del Derecho, las leyes esenciales de soporte y la técnica legislativa. 2. Debe perfeccionarse en tiempo la creación de planes regulatorios, de conformidad con el proceso de reforma. Los borradores de dichos planes, después de haber sido examinados de manera científica, deberán ser sometidos a la opinión de la sociedad, fortaleciendo la democratización, y el carácter científico y general de la legislación. Con ello se previene el proteccionismo de los diferentes órganos gubernamentales o áreas administrativas relacionados con estos temas. 3.Debe perfeccionarse la transparencia legislativa, ampliando la participación del público sobre estos temas. 4. Debe establecerse un sistema de evaluación legislativa, el cual combine la evaluación de los órganos ejecutivos y legislativos, así como la opinión de expertos, académicos y del público en general, y que tenga como finalidad, revisar y mejorar de manera oportuna las leyes y los reglamentos relativos a la aplicación de la ley." [↑](#footnote-ref-9)
10. El resultado es que, como resume Li Lin, *History of Chinese Law and Contemporary Chinese Law System,* cit., p. 43: “El sistema jurídico chino incluye normas jurídicas aplicables tanto en China continental como en Hong Kong, Macao y Taiwan. En este sentido la naturaleza y la apariencia del sistema jurídico chino puede ser explicado como “un país, dos sistemas (socialismo y capitalismo), tres sistemas legales (el Sistema de Derecho Socialista de China Continental, el Sistema del Common Law de Hong Kong y el Sistema Romano Civil de Macao y Taiwan), y cuatro zonas legales (China Continental, Hong Kong, Macao y Taiwan)”.  [↑](#footnote-ref-10)
11. "En conclusión, aunque el sistema jurídico con característica chinas ya ha tomado forma, para asegurar su completa formación (prevista para el 2010), aún se necesita que se emitan las leyes de soporte esenciales y que se modifiquen en tiempo las leyes y los reglamentos que son inconsistentes con el desarrollo de la economía y de la sociedad, así como debe instarse a los órganos a emitir y modificar los reglamentos que concreticen aún más las leyes. Además, la cantidad de disposiciones legislativas debe mantenerse estable y la calidad de las mismas debe mejorarse. Por otra parte, es necesario optimizar el proceso y la estructura legislativa, así como desarrollar mejores técnicas legislativas". [↑](#footnote-ref-11)
12. Cfr. STS 3ª de 15 de marzo de 2016, rec. núm. 2205/2014 [↑](#footnote-ref-12)
13. Cfr. STS 3ª de 15 de marzo de 2016, rec. núm. 2205/2014, FJ 3º. En los FFJJ siguientes se pronuncia: " CUARTO.- Tal y como se ha dicho, el acto impugnado en la instancia se basa en que la recurrente sobrepasó el límite de los 7000 m3 anuales, luego incumplió con la previsión normativa que permite ejercer el derecho al aprovechamiento nacido *ex lege* para tal modalidad de uso privativo. Al respecto lo litigioso se centró no tanto en la realidad de tal exceso -la Sentencia lo tiene por probado y en casación no se ha discutido en tal punto la Sentencia- sino más bien si ese incumplimiento es causa de extinción del uso privativo por disposición legal y esto tanto en lo sustantivo como en el procedimiento que debe seguirse para acordar tal extinción. QUINTO.- Respecto de lo litigioso la Sentencia coincide con la recurrente en que la comunicación de 5 de marzo de 1996 se resolvió el 13 de junio de 1996 reconociéndole ese aprovechamiento conforme al artículo 52.2 de la Ley de Aguas de 1985 entonces vigente. Por el contrario, la Administración sostiene que tal comunicación fue objeto de resolución cuando catorce años después la denegó mediante el acto impugnado en la instancia. Entiende así que la resolución de 13 de junio de 1996 se limitó a tomar nota de la comunicación de 5 de marzo de 1996 pero sin admitir aprovechamiento alguno, por lo que durante estos catorce años - así hay que entenderlo - el procedimiento habría estado sin resolver. SEXTO.- A partir de lo expuesto los planteamientos difieren y pueden concretarse de la siguiente manera: 1.º La Sentencia entiende que para dejar sin efecto un uso privativo de aguas subterráneas obtenido por disposición legal (en ese momento al amparo del artículo 52.2 de la Ley de aguas de 1985), en la normativa aplicable no se prevé que sea por incumplimiento de alguna de los condicionantes esenciales exigidos para su ejercicio, bastando su constatación. A tal efecto entiende que en la Ley de Aguas y en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico lo que se regula es la extinción de las concesiones, pero no se recoge un régimen específico referido al incumplimiento de estos usos privativos por disposición legal. 2.º También entiende la Sentencia que para dejar sin efecto tal uso no se requiere incoar un procedimiento, bastando esa mera constatación del hecho determinante de la revocación, es decir, que se han superado los 7000 m3 anuales. Este aspecto procedimental es, como se ha indicado ya, el meollo del litigio pues que se ha incumplido el límite legal no se ha cuestionado. 3.º Tal planteamiento de la Sentencia no ha sido cuestionado por la Administración pese a que su tesis es que el acto impugnado no deja sin efecto derecho alguno sino que como se ha dicho también ante la comunicación de 1996 resuelve - denegando - el aprovechamiento de las aguas subterráneas mediante pozo. 4.º La recurrente entiende implícitamente con la Sentencia que la normativa aplicable no prevé una causa específica de extinción de este tipo de usos privativos por disposición legal, por lo que ese derecho sólo puede dejarse sin efecto mediante un procedimiento de revisión de oficio de actos administrativos ya que el previsto en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico sería tributario de los supuestos de extinción de la concesiones. SÉPTIMO.- Antes de entrar en los motivos de casación debe señalarse que el artículo 53.1 de la Ley de Aguas de 2001 y el artículo 89.1 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico prevén que "cualquiera que sea el título de su adquisición" - luego también rigen para los aprovechamientos reconocidos *ex lege* - son causas de extinción las siguientes: a) el término del plazo de su "concesión"; b) la caducidad de la "concesión" en los términos del artículo 64 de la Ley de Aguas de 1985 (hoy artículo 66 de la Ley de Aguas de 2001); c) la expropiación forzosa y d), la renuncia del "concesionario". De tal relación de causas ahora interesa la de la letra b). OCTAVO.- La remisión del artículo 53.1.b) de la Ley de Aguas de 2001 y del artículo 89.1.b) reglamentario hoy día al artículo 66 de la Ley de Aguas de 2001, es para integrar a estos efectos el concepto "caducidad" del uso privativo, lo que se concreta en que son causas de caducidad el “ incumplimiento de cualquiera de las condiciones esenciales “ que presiden tal uso o aprovechamiento (artículo 66.1), pero lo cierto es que el artículo 66 de la Ley de Aguas de 2001 refiere esa posibilidad a las concesiones, surgiendo la duda de su aplicación a los usos privativos por disposición legal. NOVENO.- Tal duda queda resuelta al remitirse el artículo 89.6 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico a su artículo 169.1 que reitera que los derechos al uso privativo de las aguas adquiridos por disposición legal - caso de autos - podrán extinguirse por cualquiera de las causas indicadas en los apartados b), c) o d) hoy día del artículo 53 de la Ley de Aguas de 2001, lo que implica que la causa del artículo 53.1.b) no sólo rige para las concesiones sino para esos usos nacidos *ex lege*. Por tanto, del juego de los artículos 53.1 y 66 de la vigente Ley de Aguas de 2001 y de los artículos 89 y 169 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico se deduce que una de las causas de extinción del aprovechamiento obtenido por disposición legal es por “ incumplimiento de cualquiera de las condiciones esenciales “ (artículo 66.1 de la Ley de Aguas de 2001), siendo a tal efecto el límite del artículo 54.2 de misma la condición esencial para que nazca tal derecho al uso privativo *ex lege*, lo que es coherente con el artículo 53.5 de la citada ley. DÉCIMO.- En lo procedimental, el artículo 89.2 y 6 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico prevé, el primero, que la declaración de la extinción del derecho al uso privativo del agua requerirá la previa audiencia de los titulares del mismo y, el segundo, que se siga la tramitación prevista en los artículos 163 al 169, cuyas normas son aplicables "cualquiera que sea la causa de aquélla" - es decir, de la extinción - y a estos efectos los trámites previstos son exigibles "en lo que les sea de aplicación" (artículo 163.1). UNDÉCIMO.- En concreto el artículo 169.2 prevé que si la causa de la extinción es la del artículo 53.1.b) de la Ley de Aguas de 2001 se seguirán los siguientes trámites: la realización de comprobaciones por el Organismo de cuenca, la evacuación de los informes jurídicos - referidos, más bien, para el caso de renuncia - audiencia del titular y de ahí se pasa a resolver bien sea por el Organismo de cuenca o por el Ministerio competente, a quien se remitirá la correspondiente propuesta." [↑](#footnote-ref-13)
14. Traducción al español de los nombres de las leyes chinas mencionadas：

    * 物权法 Ley de los derechos reales
    * 中国宪法 Constitución China
    * 土地管理法 Ley de Administración de suelo
    * 土地管理法实施条例 Reglamentos de Aplicaciones de la Ley de Administración de suelo
    * 草原法Ley de praderas
    * 森林法 Ley de bosques

    [↑](#footnote-ref-14)
15. Pillet Capdepón, F., *La actual concentración de la propiedad rústica y su riqueza catastral en los municipios de España*, en *Investigaciones geográficas*, 45 (2008), 9 ss., en relación a la concentración de la propiedad rústica, señala que “para la totalidad de los municipios de las diecisiete comunidades autónomas de España (8110), la concentración de la propiedad, resultado de relacionar el valor catastral con el número de titulares, ofrece una media nacional de 3,5 VC/T, es decir, valor catastral/nº de titulares (anexo 1). Las comunidades que se encuentran a la cabeza, por superar esta media son: Andalucía (6,8), Murcia (6,6), Navarra (6,0), Aragón (5,2), Cataluña (5,2), Extremadura (4,5) y Comunidad Valenciana (4,3). Si pasamos a detenernos en las provincias se comprueba que la de mayor concentración es Sevilla (12,4) seguida de Cádiz (12,4), Huesca (10,3), Córdoba (9,5), Lleida (7,0), Huelva (6,9) y Murcia (6,6). Las cuatro provincias andaluzas citadas vienen a destacar el predominio de esta comunidad autónoma”. En Andalucía es donde existe mayor grado de concentración de la propiedad, lo que no coincide con la riqueza catastral de la tierra que es el resultado de relacionar el valor catastral con la superficie ofrece una media de 0,6 VC/S, es decir, valor catastral/superficie, para el conjunto de los municipios. En este sentido la Comunidad Valenciana tiene una valoración más elevada que supera la media y Castilla-La Mancha el último lugar. Realizado este estudio por provincias destaca la importancia de Valencia, a la que se une Almería. Si Valencia se caracteriza por el regadío tradicional, Almería por los regadíos bajo plásticos y enarenados. Este autor concluye con la siguiente conclusión “Al contemplar los territorios más destacados, tanto por la concentración de la propiedad rústica como por la riqueza catastral, llama la atención el segundo lugar ocupado por Almería, para ambos casos. La visión panorámica que nos ofrece la estadística municipal catastral se completaría, como es tradicional, con los libros de células de la propiedad y para los casos de mayor interés con la información aportada por el Registro de la Propiedad, cumpliendo los preceptos de la ley de protección de datos.” [↑](#footnote-ref-15)
16. Bonel y Sánchez, L., *Código Civil Español comentado y concordado con el derecho foral vigente en Cataluña, Aragón y Navarra y demás territorios aforados con la jurisprudencia del Tribunal supremo y con los códigos civiles de la mayor parte de los países de Europa y América*, TII, LII, Barcelona 1890, 60 s., comenta que la regulación del derecho de propiedad en el Código civil de 1889 mantiene la definición de propiedad que recogía el proyecto de 1851, omitiendo la referencia a reglamentos por asimilarlo a la ley escrita por su complementariedad con la ley. Fernández Scagliusi, A, *El dominio Público funcionalizado: La corriente de valorización*, Madrid 2015, Ed. INAP, 27 ss., al referirse a las distintas categorías de bienes, parte de la CE: bienes de propiedad privada (arts. 33 y 53.1), los reservados al sector público (art. 128.2), los bienes patrimoniales de ciertos entes públicos (art. 132.3), los bienes de dominio público en general, los comunales y los que integran el Patrimonio Nacional (art. 132.3). Señala que todos los bienes están subordinados al interés general pero con la diferencia de que algunos de ellos responde al fin de utilidad pública. Vid., también Fernández Scagliusi, A., *La rentabilización del dominio público en tiempos de crisis: ¿nuevas tendencias coyunturales o definitivas?*, Madrid 2015, Ed. Tecnos. [↑](#footnote-ref-16)
17. Nuestra Norma Fundamental reconoce el derecho de propiedad privada y regula el régimen jurídico de los bienes de dominio público. En relación a la propiedad privada establece, no obstante, en su art. 33 que el contenido esencial de la misma deberá limitarse legalmente por su función social. En el caso de propiedad agraria la doctrina señala que la función social supone la obligación del propietario de cultivar y producir de la forma más conveniente. En relación a los bienes de dominio público el art. 132 CE establece: “1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación. 2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. 3. Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación.” Para Fernández Scagliusi, A, *El dominio Público funcionalizado: La corriente de valorización*, cit., 31, la LPAP utiliza un concepto amplio e impreciso de los bienes demaniales, pero no solo de ellos, sino también del patrimonio mismo. Al igual que en el lenguaje coloquial, la expresión «bienes públicos» designa en esta norma a todas las cosas pertenecientes a las Administraciones Públicas, sean de dominio público o sean de dominio privado. [↑](#footnote-ref-17)
18. Martínez Vázquez, F. *¿Qué es el dominio público?,* en *Thémis* 40, 264 ss., expone las discusiones doctrinales en relación a la naturaleza jurídica del dominio público cuyo debate principal se centra en que la teoría del dominio público se fundamenta en la diferencia entre el concepto de cosa, en sentido civil y en sentido administrativo. Este autor que destaca las teorías de Parejo Gamir, Rodríguez Oliver y Parejo Alfonso para quienes el dominio público constituye “un soporte jurídico de potestades: un título jurídico de intervención que lo que permite es que la Administración titular esté en posición jurídica hábil para disciplinar las conductas de quienes utilicen las cosas calificadas como públicas, ordenándolas de acuerdo con las exigencias de los intereses generales. Recoge, del mismo modo, el tratamiento jurisprudencia de la naturaleza jurídica del dominio público y distingue entre la del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional. Señala como las sentencias del TS han acogido el criterio del derecho de propiedad en numerosas ocasiones, así la STS de 17 de mayo de 1980 o la STS de 25 de enero de 1984, que señala que: " ... el dominio público está concebido en nuestro derecho positivo, no como una relación de poder, sino como una relación de propiedad, por lo que la concesión no hace más que atribuir al particular beneficiario el uso exclusivo de terrenos en dicha zona, conservando la titularidad dominical el Estado, pero así como al propietario no le es suficiente la facultad de construir inherente a su derecho de propiedad, y para ejercitarla necesita la licencia municipal de obras, también el concesionario necesita tal licencia". No obstante, precisa como la última jurisprudencia ha evitado pronunciarse en relación a la naturaleza jurídica del dominio y se limitan a recoger la protección que la Constitución española le confiere y que se recoge en el art. 132: inalienable, imprescriptible e inembargable. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha mantenido una posición alejada de las tesis dominiales, con la consecuencia del abandono progresivo de estas posturas. La postura del Tribunal Constitucional se encuentra formulada en la célebre STC del 29 de noviembre de 1988, a propósito del cuestionamiento de la constitucionalidad de la Ley de Aguas, donde pone de manifiesto que la relación de dominio público no entraña relación de propiedad, sino que supone "una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esa exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*" . Este autor, tras su estudio concluye que en relación a la naturaleza jurídica del dominio público en la actualidad “tiende a identificarse con posturas lejanas al derecho de propiedad como fundamento del dominio público y persigue la construcción de una categoría autónoma del Derecho Administrativo, que recoja la configuración actual de la Administración Pública como persona jurídica vinculada a la permanente satisfacción del interés general de los administrados”. [↑](#footnote-ref-18)
19. Fernández Scagliusi, A, *El dominio Público funcionalizado: La corriente de valorización*, cit., 29, señala que los bienes comunales son como aquellos cuyo aprovechamiento y disfrute corresponde al común de los vecinos como señala el [art. 79.3](http://app.vlex.com/#/vid/127223/node/79.3) de la [Ley 7/1985, de 2 de abril](http://app.vlex.com/#/vid/127223), Reguladora de las Bases del Régimen Local ([LBRL](http://app.vlex.com/#/vid/127223)). Tal calificación se reitera en el [art. 2.3](http://app.vlex.com/#/vid/126432/node/2.3) del [Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio](http://app.vlex.com/#/vid/126432), por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL), al afirmar que tienen la consideración de comunales aquellos bienes de dominio público cuyo aprovechamiento corresponde al común de los vecinos. [↑](#footnote-ref-19)
20. Dentro de este concepto de propiedad privada es preciso distinguir la propiedad privada del Estado de la propiedad privada de un particular (o varios particulares). Para Chinchilla Marín, C., *Bienes patrimoniales del Estado (concepto y formas de adquisición por atribución de Ley),* Madrid 2001, Ed. Marcial Pons, 83, precisa que la clasificación de los artículos del CC tienen su fundamento en un doble criterio: por un lado, el tipo de persona a quien pertenecen (pública o privada) y a la finalidad a la que los bienes se destinan. [↑](#footnote-ref-20)
21. Reinoso Barbero, F., *Derecho Patrimonial*, Ed. Dykinson, Madrid 2008, 75 y ss., en el epígrafe § 34 bajo el título “Bienes de dominio público y de propiedad privada”, explica la distinción de esta forma: «Conforme a la regulación mantenida en los artículos 338 CC y ss., podemos esquematizar dos categorías: A.- Según el dominio. Se distingue entre bienes de dominio público y los de propiedad privada. Los primeros son siempre de titularidad pública y los segundos pueden ser de titularidad pública o perteneciente a los particulares (artículo 345 CC). B.- Según la titularidad. Los que son de titularidad pública pueden pertenecer: 1º) Al Estado, que pueden ser: a) bienes de dominio público estatal (artículo 339 CC) que son los destinados al uso o servicio públicos y b) bienes patrimoniales del Estado (artículo 340 CC), que son los demás bienes pertenecientes al Estado en que no concurran esas circunstancias de uso o servicio. 2º) A las Comunidades autónomas —aunque no son mencionadas en el CC deben de considerarse incluidas por mor de la organización territorial impuesta en la CE—, Provincias y Municipios, que a su vez pueden ser: a) bienes de uso público, como los caminos, plazas, calles, fuentes y aguas públicas, paseos y obras públicas de servicio general, costeadas por esos entes públicos y b) bienes patrimoniales (artículo 344 CC). El artículo 132 CE contiene una reserva de ley en materia de bienes de dominio público y de los comunales, informada por los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. La CE declara bienes de dominio público estatal “los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental”». [↑](#footnote-ref-21)
22. El hecho que el CC únicamente haga referencia a las Administraciones Públicas de carácter territorial lleva a la doctrina a plantearse la cuestión de si las entidades públicas de carácter institucional podrían considerarse titulares del dominio público. Vid., Fernández Scagliusi, A, *El dominio Público funcionalizado: La corriente de valorización*, cit., 36, quien sostiene que nada se opone a que Administraciones Públicas no territoriales ostenten, siquiera sea de modo limitado, poderes suficientes para que los bienes que les están adscritos puedan ser calificados como públicos. Vid., Montoya Martín, E., *El régimen común del patrimonio de los organismos públicos en la* [*Ley 33/2003, de 3 de noviembre*](http://app.vlex.com/#/vid/191794)*, de Patrimonio de las Administraciones Públicas*, en Horgué Baena, C. (dir.), *Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas,* Madrid 2007, Ed. Iustel 135 ss. [↑](#footnote-ref-22)
23. El contenido de este derecho de propiedad faculta al propietario para usar, disfrutar y disponer de la cosa (art. 348 CC). Además, el CC español reconoce el derecho por accesión a todo lo que se produce y se incorpora a su propiedad (art. 353) y, en el caso concreto de fincas rústicas, faculta al propietario a cerrar y/o cercar sus propiedades mediante diversos medios, sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas (art. 388), y, por el contrario, a deslindar su finca o a reclamar el amojonamiento (art. 384-387). Diéz-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial VI. Derechos reales*, Civitas&Thomson Reuters, Madrid 2012, 39 s., comenta que el derecho de cerrar o cercar fincas fue prohibido por los Reyes Católicos con objeto de que el ganado de la Mesta pudiera pastar libremente. Siglos después, concretamente, las Cortes de Cádiz introdujeron nuevamente este derecho [↑](#footnote-ref-23)
24. “Las tierras para construir viviendas rurales” en chino se llama “宅基地”. En China, las propiedades sobre las viviendas se separa de las propiedades de las tierras sobre las que están construidas aquéllas. Los propietarios de viviendas reciben título de dominio de dichas viviendas más un título de derecho de uso sobre las tierras, pero no pueden obtener el título de propiedad sobre las tierras. Para diferenciarlas de otras tierras rústicas, estos se han denominado“宅基地”. Los miembros de la colectividad obtienen los derechos de uso sobre las tierras para construir sus propias viviendas y se convierten en los dueños de estas viviendas, sin embargo, la propiedad de las tierras para construir viviendas rurales pertenece a la colectiva rural. “Las tierras reservadas ”en chino se llama“自留地”，“las colinas reservadas” en chino se llama“自留山”，son los vocabularios con características chinas. El régimen de las tierras reservadas es una forma de conseguir que la tierra se conserve durante un período histórico determinado. A comienzos del establecimiento de la República Popular de China, las tierras pertenecen al Estado y a la colectividad, y solo una pequeña porción de tierras se reservó a los agricultores para sus propias necesidades. En aquel período las tierras del Estado pagaron impuestos pero las tierras reservadas no. En general, las tierras reservadas ocupan desde un 5% hasta un 7% de las tierras de cultivo, pudiendo llegar a alcanzar el 15%. Los productos que producen las tierras reservadas, pertenecen a los agricultores. “Las colinas reservadas” es una categoría de tierra dirigida a estimular las actividades encaminadas a plantar árboles. Para ello se reservó una pequeña porción de colinas a los miembros de la colectividad. Las colinas pertenecen a la colectividad pero los árboles y otros productos forestales pertenecen a sus miembros. [↑](#footnote-ref-24)
25. “Expropiación” en chino se llama“征收”；“requisa”en chino se llama“征用”. La expropiación significa que el Estado adquiere los bienes por causa de interés público a cambio de una compensación adecuada. La requisa permite al Estado utilizar temporalmente los bienes de la colectividad o del individuo en caso de emergencia. La principal diferencia entre las dos instituciones es que la expropiación supone una trasladación de propiedad colectiva o del individuo al Estado, mientras que la requisa es un mero cambio de los derechos de uso colectivos o del individuo a favor del Estado que, una vez finalizada la situación de emergencia, debe proceder a la devolución de los derechos requisados a sus titulares originarios. El párrafo tercero del artículo 13 de la Constitución China prevé: " por los intereses públicos, el Estado puede ejercer las acciones de expropiación y requisa a los bienes privados y pagar las compensaciones en conformidad con las disposiciones de la ley ". [↑](#footnote-ref-25)
26. “Las tierras de construcción colectiva” en chino se llama“集体建设用地”. 陈小君,《构筑土地制度改革中集体建设用地的新规则体系》，《法学家》2014年第2期，第31页：“De acuerdo con el artículo 43 de la Ley de Administración de suelo en china, los derechos de uso de las tierras de construcción colectiva afectan principalmente a tres tipos de tierras：el primero de ellos es para crear empresas de pueblos, otro tipo es para construir viviendas rurales y el último para instalaciones públicas y servicios públicos de pueblos. En la Ley de los derechos reales, los derechos de uso de las tierras para construir viviendas rurales se separan de los de las tierras de construcción colectiva y definen una especie de usufructo, constituyendo una forma específica de usufructo en China. En consecuencia, después de la promulgación de la Ley de los derechos reales, los derechos de uso de las tierras de construcción colectiva incluyen principalmente dos tipos：las tierras de construcción colectiva con carácter de bienestar social, que utilizan instalaciones públicas y los servicios públicos；y las tierras de construcción colectiva con carácter de gestión, que se utilizan para crear las empresas de pueblos. Por lo tanto, aquí las tierras rurales de construcción colectiva se refiere principalmente a estos dos tipos. [↑](#footnote-ref-26)
27. Reinoso Barbero, F., *Derecho Patrimonial*, cit. 86 y ss. explica así la copropiedad: “A.- *Origen*. El condominio o copropiedad se produce cuando dos o más personas son dueñas de una misma cosa. El precedente más remoto que conocemos es el que el derecho romano de la época arcaica denomina *consortium ercto non cito*. No sabemos muy bien qué significan estas palabras, pero designan al condominio incidental que se producía entre los hijos al fallecimiento del *paterfamilias* (Gayo 3,154 a). También constituye el antecedente más antiguo de la solidaridad. En él, cada comunero tiene la plena disposición de la cosa, limitada exclusivamente por el derecho de veto (*ius prohibendi*) que le oponga otro copropietario. El derecho clásico no consigue enunciar una teoría general del condominio, que es comprendido como la suma de las cuotas ideales de los comuneros (Ulpiano D. 45,3,5). Éstas son las que determinan la participación en los beneficios y en las cargas derivadas de la cosa común. La situación de *pro indiviso*, es decir de indivisión, termina cuando los condueños ejercitan entre sí la *actio communi dividundo* o ‘acción de división de la cosa común’. Cuando lo común es la herencia la acción divisoria es la *actio familiae erciscundae*. La acción asigna a cada cuota *ideal* una porción *real* proporcional resultante de la división o, en caso de indivisibilidad, el correspondiente económico del precio obtenido por la venta. B.- *Voluntario e incidental*. Hay condominio, copropiedad o comunidad de bienes (todos ellos son términos equivalentes) “cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas” (artículo 392 CC). Hoy, como en derecho romano, el condominio puede ser voluntario o incidental, según que sea buscado de propósito por los copropietarios o se produzca por una situación originariamente ajena a ellos, como el acto de un tercero o una disposición legal. Si Cayo y Ticio compran una casa se hacen condueños de ella porque quieren, de forma *voluntaria*. Sin embargo, si la casa la heredan de Sempronio, el condominio surge *incidentalmente* por la decisión del testador. El condominio se regirá, en el primer caso, por los contratos que acuerden Cayo y Ticio y, en el segundo, por las disposiciones especiales que haya establecido Sempronio o, en defecto de unos u otras, por las reglas contenidas en los artículos 392 CC y ss. C.- *Cuota*. El párrafo segundo del artículo 393 CC contiene la presunción *iuris tantum* (mientras no se pruebe lo contrario) de que las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad son iguales. La cuota de cada comunero podrá ser idéntica o diferente a la del resto, y cada uno de ellos participará en los beneficios o contribuirá a soportar las cargas en proporción a esa cuota. El artículo 399 CC establece la plena disponibilidad que cada comunero tiene sobre su cuota siempre que no recaiga sobre derechos de carácter personalísimo. El precepto dice que “todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad”. Este derecho sobre la propia cuota se complementa con el derecho de retracto, del resto de los comuneros, previsto en el artículo 1522 CC. El derecho de retracto consiste en la facultad de subrogarse, con las mismas condiciones establecidas en el contrato, en lugar del que adquiere, por compra o dación en pago, una cuota en la cosa común. Según aquel artículo “el copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos. | Cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común”. D.- *Beneficios y cargas*. El CC (artículos 393 a 395) implanta un sistema simétrico de beneficios y cargas, de forma que cada comunero participará, tanto en unos como en otras, con el mismo criterio proporcional: i) en cuanto a los primeros, ordena un régimen equitativo de uso y disfrute, caracterizado por el respeto a la cosa común y al derecho del resto de los condueños, si bien —según interpreta la jurisprudencia— éstos no podrán prohibirlo de forma injustificada sin incurrir en abuso de derecho; ii) respecto de las cargas o gastos de conservación de la cosa o derecho común, dispone la obligación de todos los copropietarios de contribuir a su sostenimiento, y legitima activa e individualmente a todos ellos para obligar a hacerlo a los demás. En cuanto a los gastos de mejora, la jurisprudencia diferencia según sean útiles o suntuarios. La obligatoriedad de contribuir a los primeros surge por el acuerdo de la mayoría mientras que, en los segundos, se exige la unanimidad. Como efecto de aquella simetría, se prevé, por un lado, el derecho de los partícipes a renunciar a la parte que le pertenezca en el condominio y, por otro, una consiguiente consecuencia liberatoria de la obligación de contribuir. E.- *Posesión*. Cada comunero es también ‘coposeedor’ de la cosa común. Esto supone una excepción a la regla general, según la cual sólo una persona puede ser poseedor de una cosa. Pero en los casos *pro indiviso* o de indivisión del condominio se reconoce la posesión de dos o más personas distintas (artículo 445 CC). El artículo 450 CC dice que “cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión. La interrupción en la posesión del todo o parte de una cosa poseída en común perjudicará por igual a todos”. F.- *Administración*. La administración de los bienes o derechos sobre los que recae la comunidad, así como la comunidad misma, se encomienda a una fórmula de mayorías aunque, en su caso, sometido a interdicción judicial. El artículo 398 CC, tras declararla, precisa que no se trata de una mayoría de cabezas o de comuneros sino de cuotas, de forma que “no habrá mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad”. Aunque este texto ha dado lugar a diferentes interpretaciones, debe seguirse la literal que responde al criterio de la comunidad romana, según la cual, en palabras de la RDGRN 22 abril 2006 (BOE 16 de junio), “la naturaleza jurídica y condiciones propias de la comunidad de bienes determinan como conveniente o necesaria la sumisión de los que menos intereses tienen a los que tienen la *mayor* *participación*”. Si Cayo y Ticio son copropietarios en un treinta por ciento cada uno, y Mevio, Mario, Lucio y Sempronio en un diez por ciento, también cada uno, los primeros formarán mayoría, aun siendo menos, frente a los segundos que son más, ya que aquéllos representan el sesenta por ciento y éstos sólo el cuarenta. G.- *Disposición*. Si para la administración basta con la mayoría de cuotas, para la disposición se exige la unanimidad. Por *disposición* se entienden los actos que comporten una *alteración*, ya sea física o jurídica, en los términos mencionados en el artículo 397 CC, cuando dice que “ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos”. H.-*División*. Según el artículo 1068 CC (por remisión del artículo 406 CC) la partición o división legalmente hecha confiere a cada antiguo comunero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados. Es decir, la cuota de cada participe en la cosa común es sustituida por un derecho de propiedad exclusivo en uno de los bienes resultantes de la partición de aquélla. Las reglas que rigen la división de la cosa común se establecen en los artículos 400 al 406 CC, y se resumen en las siguientes: i) los copropietarios no están obligados a permanecer en la comunidad por lo que no prescribe entre ellos (artículo 1965 CC) la acción de división; ii) los copropietarios no podrán exigir la división cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, en cuyo caso o bien se adjudicará a uno de ellos contra indemnización a los demás o bien se venderá y repartirá su precio; iii) la división podrá hacerse directamente por los interesados, o por árbitros o amigables componedores nombrados por ellos; iv) la división no podrá perjudicar a los derechos reales o personales de terceros; v) a esta división le son aplicables las reglas de la división de herencias.” [↑](#footnote-ref-27)
28. Albadalejo, M., *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, Ed. Edisofer, Madrid 2010, 367 ss., distingue tres formas de copropiedad: a) El *condominium iuris romani* o copropiedad romana, donde cada condueño tiene una parte no concreta y cada uno puede operar individualmente con su parte salvo en determinadas cuestiones nos desdoblables en porciones (por ejemplo una finca propiedad de A,B y C, por terceras partes, cada uno puede vender, transmitir a sus herederos, recoger la parte de la cosecha de su tercio) ; b) Propiedad en mano común o propiedad colectiva o copropiedad germánica “*condominium iuris germanic*i” donde la cosa es íntegramente de todos y les pertenece colectivamente como grupo sin que éste sea una persona jurídica distinta de sus componentes por lo que, en principio, al no haber atribución de cuotas no es posible pedir la división, ni enajenar, puesto que no se tiene derecho a una participación sino a la cosa entera pero juntamente con los demás condueños; c) Propiedad dividida donde el el poder pleno corresponde a varios que tienen el conjunto de facultades repartidas derivadas de la propiedad (por ejemplo a tiene la facultad de cultivar la tierra y aprovechar los pastos, B la de obtener los frutos del arbolado y C hace suya la madera de la tala). Las dos primeras formas de propiedad son copropiedades *pro indiviso*, mientras que la última es copropiedad *pro diviso*. De estas tres clases el ordenamiento español únicamente recoge la copropiedad por cuotas, no obstante, están admitidas en casos particulares bien por derechos forales bien por la Jurisprudencia, incluso en el caso de copropiedad germánica o en mano común la Ley de 11 de noviembre de 1980 regula la copropiedad de los montes vecinales en mano común. [↑](#footnote-ref-28)
29. Los principios rectores de la comunidad de bienes en nuestro derecho son: a) El principio de autonomía privada en virtud del cual las normas legales tienen generalmente el valor de normas dispositivas y son los contratos, acuerdos, y convenios entre los comuneros los que constituyen la ley fundamental de organización de comunidad y el estatuto por el que ésta se regula principalmente; b) El principio de proporcionalidad que se manifiesta en que el concurso de los partícipes tanto en los beneficios como en las cargas es proporcional a las respectivas cuotas que se presumen iguales (presunción *iuris tantum*, art. 393 CC) y en relación a la administración y mejor disfrute se sigue el principio de régimen de mayorías de cuotas o intereses; c) El principio de libertad contractual, conforme al cual cada comunero conserva su libertad individual que se refleja en que se permite a cada uno solicitar que se divida la cosa común (art. 400 CC) y a renunciar a su derecho, liberándose de las obligaciones que sean consecuencia de la comunidad (art. 395 CC). *Vid*., Diéz-Picazo, L. y Gullón, A*., Sistema de Derecho Civil III. Derecho de las cosas. Derecho Inmobiliario y Registral*, Ed. Tecnos, Madrid 1986, 84. [↑](#footnote-ref-29)
30. El art. 392 regula junto con la copropiedad, o condominio, la cotitularidad de derechos que pertenecen pro indiviso a varias personas. *Vid*., Diéz-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil III. Derecho de las cosas. Derecho Inmobiliario y Registral*,cit. [↑](#footnote-ref-30)
31. ## El art. 399 CC permite que todo copropietario pueda enajenar la cuota [174](#footnote_174) que posee sobre la comunidad o sobre un determinado bien, dada la plena propiedad que tiene sobre dicha cuota y el art. 1051 CC dispone que: ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia Cosialls Ubach, A.M., *La transmisión de finca inferior a la Unidad Mínima de Cultivo*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 707 (2008), 1096 ss., señala la excepción a esta facultad que reside en la voluntad del testador de que la finca no se divida. No obstante, como señala este autor, en este caso puede procederse a la división por las reglas de extinción de la sociedad. “Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia; en caso de estar incapacitado o tener la condición de ausente deberá hacerlo su representante legal. Sin embargo, de acuerdo con la [Ley 19/1995](http://app.vlex.com/#/vid/81111947), cuando el objeto de la partición de la herencia sea una finca rústica, la partición sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. Esta norma será imperativa frente a lo dispuesto por el causante y subsidiaria ante la falta de voluntad expresa del testador o de convenio entre los herederos, ya que se aplicarán las reglas contenidas en el [Código Civil](http://app.vlex.com/#/vid/127560) sobre las cosas indivisibles por naturaleza o por ley y sobre la adjudicación de las mismas, es decir el [artículo 1.062](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/1062) del [Código Civil](http://app.vlex.com/#/vid/127560). Aunque, inicialmente ésta no era la redacción que aparecía en el Proyecto de LMEA presentado por el Gobierno ante las Cortes Generales. El artículo 35.3 del Proyecto establecía que: «La partición de herencia se realizará teniendo en cuenta lo establecido en el apartado 1 de este artículo, aun en contra de lo dispuesto por el testador». La remisión que se realizaba al apartado primero es la misma que se halla en la ley vigente, pero se observa que la remisión al [Código Civil](http://app.vlex.com/#/vid/127560) originariamente no figuraba en el Proyecto, ni siquiera establecía un sistema de adjudicación específico para estos casos”. Tras la presentación de enmiendas fue aprobado el Proyecto de Ley sin modificar la remisión al CC. lo que en opinión de este autor puede impedir la aplicación del artículo 49 del [Codi de Successions](http://app.vlex.com/#/vid/50462943). Código que ya estaba en vigor al tiempo de aprobarse la LMEA. La regulación de la partición de la cosa indivisa en el CS difiere de la existente en el [Código Civil](http://app.vlex.com/#/vid/127560). En primer lugar, la legislación catalana establece que el valor del bien a pagar al resto de los coherederos será el de mercado. En segundo lugar, establece una serie de reglas para adjudicar el bien entre todos los coherederos: primero, al más interesado; de haber varios, al más favorecido; de estar igual favorecidos, se decide por suerte; si no hay interesados en el bien, se vende y se reparte el precio. En el supuesto de sucesión intestada o testada pero en el caso de que el testador no hubiera previsto la eventualidad de la partición podría ejercitarse la acción de división de la herencia. No obstante, para evitar esta perjudicial práctica que en tiempos pasados ocasionó la ruina de la explotación agropecuaria dando lugar a fincas cada vez más menguadas y antieconómicas, la [Ley 19/1995](http://app.vlex.com/#/vid/81111947) actúa con el mismo criterio que el establecido con la partición por el testador. De esta manera, salvo que existiera pacto entre los coherederos que evitara la división de fincas, adjudicándose lotes cada uno de ellos, se aplicarían las reglas sobre indivisión de la cosa común contenidas en el [Código Civil](http://app.vlex.com/#/vid/127560).

    [↑](#footnote-ref-31)
32. En relación a los derechos O´Callaghan Muñoz, X., *Compendio de Derecho civil. Tomo III, Derechos reales e hipotecario*, Ed. Edersa, Madrid 2004, distingue entre los que corresponde a cada propietario y a los copropietarios, en general, de la cosa. En relación a éstos últimos expone: a) Uso y posesión que se regula en el art. 394 CC que dispone que *cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho*. Esta posesión y uso, que corresponde a un copropietario, puede ser cedido a un tercero, extraño a la comunidad (art. 399 CC), este mismo artículo, en su segundo párrafo, establece que caben pactos entre los copropietarios sobre la posesión y el uso de la cosa común, distribuyendo el uso o fijando la forma del mismo, etc.; b) Disfrute, es decir la percepción de los frutos naturales o civiles que produzca la cosa común corresponde a la copropietario proporcionalmente conforme establece el art. 393, sin que corresponde a cada uno una parte concreta de los mismos; c) Cargas y gastos que en virtud del art. 395, se distribuirán proporcionalmente entre los copropietarios. En relación al derecho de cada uno de los copropietarios sobre su cuota señala que, en principio, es independiente y exclusivo. Comenta que cada uno tiene “la *plena propiedad,* dice el artículo 399 (que a continuación se refiere a la de los *frutos y utilidades* de la cosa común, que tiene la propiedad de los que le correspondan por razón de la cuota); por tanto, tiene la libre disposición de dicha cuota: añade el mismo artículo 399: … *pudiendo, en su consecuencia, enajenarla, cederla o hipotecarla,* por tanto, disposición total o parcial de la cuota, o bien, según dice el artículo 399, *sustituir otro en su aprovechamiento* que puede configurarse de dos maneras: cediendo a otro el derecho a percibir los frutos que corresponde al copropietario cedente, lo que constituye una mera relación obligatoria entre ambos, o constituyendo un usufructo sobre la cuota propia, que admite el artículo 490, que concede al usufructuario no sólo el derecho a percibir los frutos, sino también la posibilidad de ejercitar las facultades que corresponden al propietario con referencia a la administración y gobierno de la cosa.

    La disposición de la cuota se concretará, en definitiva, a la porción física que se le adjudique en el momento de la división; así lo expresa el último inciso del artículo 399: *El efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad.* Por otra parte, la disposición a un extraño de la cuota de uno de los copropietarios concede a los demás el derecho de *retracto,* según prevé el artículo 1.522. En todo caso, no cabe disposición si se tratare de *derechos personales* —dice el artículo 399— en el sentido de derechos personalísimos intransmisibles. Cabe también, como verdadero acto de disposición de la propia cuota, la *renuncia* a la misma, admitida como principio general en el [artículo 6.2](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/6.2), del [Código civil](http://app.vlex.com/#/vid/127560) y, en concreto para la cuota del copropietario, en el artículo 395, segundo párrafo. El efecto de esta renuncia será el de acrecer su cuota a los demás copropietarios”. [↑](#footnote-ref-32)
33. El art. 397 también exige unanimidad para hacer alteraciones en a cosa común o para gravar un bien con servidumbre tal como establece el art. 597 CC: "Para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios. La concesión hecha solamente por algunos, quedará en suspendo hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes o comuneros. Pero la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido". [↑](#footnote-ref-33)
34. En el régimen de Propiedad Horizontal el retracto de comuneros no existe por disposición del [art. 396, CC](http://app.vlex.com/#vid/127560/node/396) , párrafo tercero del Código Civil, lo que debe ser entendido como una consecuencia del carácter principal que en esta propiedad especial tiene el derecho de propiedad individual sobre el piso o local, de que la copropiedad sobre los elementos comunes es meramente accesoria. La [Resolución de la DGRN de 30 de junio de 2011](http://app.vlex.com/#vid/321518303) [[j 1]](#cite_note-0) destaca que la Ley de Propiedad Horizontal ha superado dos características propias del clásico concepto de la copropiedad romana o por cuotas, de la que se aparta al no reconocer a los copropietarios la acción de división ni el derecho de retracto. [↑](#footnote-ref-34)
35. El sistema seguido por el [Código Civil](http://app.vlex.com/#/vid/127560) acoge la concepción romana de la comunidad por cuotas de partes ideales o abstractas que no tienen concreción material hasta el momento de la división. No obstante, conforme al art. 399 CC el propietario puede disponer de su cuota ideal o abstracta, pudiendo enajenarla, cederla o hipotecarla. *Vid*. Vázquez Barros, S., *La comunidad de bienes en el* [*Código Civil*](http://app.vlex.com/#/vid/127560), Ed. Bosch, Barcelona, 2005, 87. Cosialls Ubach, A.M., *La transmisión de finca inferior a la Unidad Mínima de Cultivo*, cit., 1115 s. apunta que la legislación hipotecaria recoge la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad una participación indivisa sobre una finca registral, o practicar una anotación preventiva de herencia en abstracto sobre determinada finca que forme parte del caudal relicto. Para esta inscripción no se requiere la concurrencia de los demás condueños. *Vid*, Mora Alarcón, J.A., *Comunidad de Bienes,* Tarragona1991, 38 s. No obstante, [↑](#footnote-ref-35)
36. Sobre el procedimiento de división de la cosa en común ´Callaghan Muñoz, X., *Compendio de Derecho civil. Tomo III, Derechos reales e hipotecario*, Ed. Edersa, Madrid 2004, expone: La división puede practicarse por los mismos copropietarios, por árbitros o por ejercicio de la acción procesal. En todo caso, *los acreedores o cesionarios de los partícipes podrán concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso, dispone* el artículo 403, aunque sin llegar a impedirla. Asimismo, añade el artículo 406, *serán aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia,* como normativa subsidiaria.Primera. *Por los copropietarios.* Actuarán de común acuerdo, por unanimidad. Es el llamado contrato divisorio, no regulado expresamente por el [Código civil](http://app.vlex.com/#/vid/127560), que se limita a preverlo en el artículo 402, primer inciso, y, por tanto, se atendrá a la autonomía de la voluntad y las normas subsidiarias (art. 406) de la partición de la herencia. Segunda. *Por árbitros o amigables componedores.* Se refiere a los mismos también el artículo 402, que serán nombrados por los copropietarios y deberán formar partes proporcionales a la cuota de cada uno, evitando los suplementos a metálico. No se trata de los árbitros que regula la [Ley de arbitraje](http://app.vlex.com/#/vid/229540), a no ser que se promueva litigio y los copropietarios acudan al arbitraje de esta ley evitando el proceso judicial. Tercera. *«Actio communi dividundo».* Exigencia de división, coactiva, que se deduce del artículo 400, por medio de una acción procesal que en Derecho romano se conocía con aquel nombre. Dará lugar al proceso declarativo que corresponda según la cuantía. Si la cosa es divisible se hará la *división material,* adjudicándose una parte o porción de la misma a cada copropietario. Si se trata de un edificio, si es posible se podrá hacer mediante la constitución de propiedad horizontal (art. 401, párrafo segundo).Si la cosa es indivisible, por indivisibilidad física (art. 404) o porque resultaría inservible para el uso a que se destina (art. 401), se hará *la división económica,* mediante la adjudicación a uno de los copropietarios que pagará el precio que corresponda a los demás según sus cuotas, si todos están conformes, o se venderá y se repartirá el precio entre todos ellos, también según sus cuotas (art. 404).

    La división de la cosa es susceptible de producir distintos efectos. En relación con los copropietarios: a) Se convierten en propietarios exclusivos de su cuota, convirtiéndose la cuota ideal y abstracta en determinada y material, es decir, el derecho de cuota pasa a ser de titularidad individual (art. 406, que hace remisión al art. 1068, ambos del CC), lo que supone es que los copropietarios pierden las facultades dominicales que tenían sobre las porciones adjudicadas a los demás.; b) Deben contribuir a los gastos ocasionados por la división de la cosa común. Esta obligación tiene su antecedente y fundamento en el derecho romano, en el testimonio de Gayo, recogido en D. 10,3,11 (*Gaius libro septimo ad edictum provinciale): In summa admonendi sumus, quod, si post interitum rei communis is, cui aliquid ex communione praestari oportet, eo nomine agere velit, communi dividundo iudicium utile datur: veluti si actor impensas aliquas in rem communem fecit, sive socius eius solus aliquid ex ea re lucratus est, velut operas servi mercedesve, hoc iudicio eorum omnium ratio habetur.* Los gastos que se deriven de la división de la cosa común serán abonados en función de lo que hayan pactado los propios comuneros de forma unánime y en el supuesto de que los comuneros no hayan pactado nada, los gastos se sufragarán por todos los copropietarios en proporción a sus cuotas, independientemente de quién haya pedido la división de la cosa común ; c) Están obligados al saneamiento puesto que los antiguos copropietarios, una vez que se les adjudique la cosa pueden pedir el saneamiento de la parte de la cosa, o la cosa que les haya correspondido en la división salvo que haya estipulación en contrario. En este sentido hay que distinguir dos supuestos diferentes, por una parte estaría el saneamiento en caso de evicción (artículos [1475 a 1483](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/1475..1483) del [Código civil](http://app.vlex.com/#/vid/127560)), y por otra el saneamiento por los posibles vicios ocultos que existieran en la cosa común dividida (artículos [1484 a 1499](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/1484..1499) del [Código civil](http://app.vlex.com/#/vid/127560)). Para que proceda el saneamiento por evicción se exige que haya recaído sentencia firme condenando al adquirente de la cosa común o de una cuota de la misma a su pérdida total o parcial, que sea como consecuencia de un derecho previo a la división de la cosa y que se le prive al adquirente de todo o de parte de lo que se le adjudique de la cosa dividida. En relación al saneamiento por vicios ocultos y por gravámenes en la división de la cosa común son de aplicación los arts. 1483 y 1484 CC. No obstante, la obligación. La obligación de saneamiento en la división de la cosa común tiene dos excepciones, las cuales se encuentran reguladas en el artículo 1070 CC, apartados 2 y 3; d) Tiene derecho de repetición contra el resto de copropietarios por los pagos que hubiese realizado por cuenta de la comunidad de bienes. Conforme dispone el art. 1893 CC *«Aunque no hubiese ratificado expresamente la gestión ajena, el dueño de bienes o negocios que aproveche las ventajas de la misma será responsable de las obligaciones contraídas en su interés, e indemnizará al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo.* En concepto de gastos se incluyen los de la gestión que se hubiera realizado para evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, y los gastos de conservación hechos por cuenta de la comunidad, entendiendo por éstos aquellos que persiguen mantener el destino de la cosa común. ; e) Tiene derecho a solicitar que se le rinda cuenta de la administración. En el supuesto de que se haya producido un daño como consecuencia del dolo o la negligencia por parte del administrador de la cosa común pueden exigirse la responsabilidad correspondiente. No obstante, no prosperará excepción planteada por cualquier comunero contra una demanda de división de cosa común alegando que antes de la misma es necesario rendir cuentas o entregar frutos o rentas de la misma. Este derecho, igualmente, tiene su antecedente y fundamento en el derecho romano D. 10,2 25,16 (*Paulus libro vicensimo tertio ad edictum): Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres, quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum … .*El [artículo 1063](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/1063) del [Código civil](http://app.vlex.com/#/vid/127560) hace referencia a las rentas y frutos, entendiendo por estos últimos los civiles y naturales de la cosa común. Estos frutos son de cada uno de los copropietarios en proporción a la cuota que tengan, salvo pacto en contrario, conforme a lo dispuesto por el [artículo 393](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/393) CC que dispone: «*El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas. Se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad».* Si únicamente uno de los propietarios, o alguno de ellos recibieron la totalidad de las rentas y frutos tienen la obligación de devolver a los demás el exceso de los mismos con respecto a su cuota.; f) Tiene facultad de impugnar la división de la cosa en común. Los copropietarios pueden impugnar la división de la cosa común cuando se hiciera con vicios en el consentimiento, tanto sobre la formación de voluntades como en la manifestación (art. 1261 y ss. CC).. *Vid*., Abellá Rubio, J.M., *La división de la cosa común*, Ed. Dykinson, Madrid 2012, 222 ss. y Lacruz Berdejo, J.L., *Elementos de Derecho civil*. *Tomo III. Derechos reales, vol II. Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, Ed. Dykinson, Madrid 2009 [↑](#footnote-ref-36)
37. García Garrido, M.J., *Derecho Privado Romano. Acciones. Casos. Instituciones*, Ed. Académicas, Madrid 2015, 115, expone que la clasificación más utilizada en la doctrina de los romanistas es la de modos originarios y derivativos. En los primeros, se considera el acto de apoderamiento de la cosa, con independencia de la relación con otros propietarios; en los segundos, se atiende a la relación con otro que pierde su derecho de propiedad al mismo tiempo que la adquiere el nuevo dueño.. [↑](#footnote-ref-37)
38. *Vid*. García Garrido, *Responsa. Casos prácticos de Derecho Romano planteados y Resueltos*, Ed. Académicas, Madrid 2002, 75 ss.; *Casuismo y jurisprudencia romana* (Responsa), Ed. Académicas, Madrid 2007, 103 ss. [↑](#footnote-ref-38)
39. Reinoso Barbero, F., *Derecho Patrimonial*, cit., 98: “A.- *Origen*. Desde el derecho romano la ocupación consiste en un acto posesorio de apropiación definitiva e inmediata de cosas que carecen de dueño (*res nullius*). Los juristas romanos la consideran una posesión natural (Nerva hijo, citado por Paulo D. 41,2,1,1) que se da fundamentalmente sobre los animales que son objeto de la caza y pesca (Gayo 2,67) o sobre las *res derelictae* o cosas abandonadas (I. 2,1,47). También puede recaer, entre otros bienes, sobre los que arroja el mar (Aristón citado por Pomponio D. 1,8,10) o sobre la isla nacida en el mar (I. 2,1,22). B.- *Bienes sin propietario*. Esa idea es la que se recoge, básicamente, en los artículos 610 CC y ss. El primero de ellos dice que “se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas”. A continuación el CC expone algunos supuestos de ocupación inspirados en casos famosos del Digesto: el propietario de un enjambre de abejas que lo persigue sobre el fundo ajeno (artículo 612 CC cfr. Gayo D. 41,1,5,4); las palomas que de su respectivo criadero pasan a otro perteneciente a distinto dueño (artículo 613 CC cfr. Paulo D. 41,2,3,16); el tesoro que se distribuye por mitad entre el propietario del fundo y el descubridor (artículos 613 y 351 CC cfr. I. 2,1,39); los derechos sobre los objetos arrojados al mar o sobre los que las olas arrojen a la playa (artículo 617 CC cfr. Gayo D. 41,1,9,8), que no se harán de quien los encuentre si no han sido verdaderamente abandonados, a salvo de lo dispuesto en los artículos 19 al 22 de la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, sobre auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimos. C.- *Bienes inmuebles*. No cabe la ocupación de bienes inmuebles porque éstos no pueden carecer de dueño, ya que el artículo 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, atribuye a la Administración General del Estado los ‘inmuebles vacantes’, es decir los inmuebles que carecieren de dueño. Según establece el número 2 de ese precepto, la adquisición de estos bienes por el Estado se produce *ipso iure*, por ministerio de la ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna. Tampoco es posible ya la ocupación de las islas, pues el artículo 371 CC atribuye al Estado la propiedad de las que se forman en los mares adyacentes a las costas de España y en los ríos navegables y flotables. Respecto de las demás islas que nazcan en los ríos no navegables, se asigna su dominio, por accesión, a los dueños de los predios ribereños, conforme a las reglas del derecho romano mantenidas íntegramente por el artículo 373 CC. D.- *Bienes de personas jurídicas disueltas*. La jurisprudencia ha establecido que tampoco son ocupables los bienes que hayan pertenecido a corporaciones, asociaciones o fundaciones que se hayan disuelto o hayan dejado de funcionar por haber expirado su plazo, o por haber realizado el fin para el cual se constituyeron, o por ser ya imposible aplicar a éstos la actividad y los medios de que disponían. En estos casos sus bienes no se convierten en cosas sin dueño (*res nullius*) y, en consecuencia, no pueden ser objeto de ocupación, sino que procede actuar conforme ordena el artículo 39 CC. Este precepto prevé dar a aquellos bienes la aplicación que las leyes, o los estatutos, o las cláusulas fundacionales, les hubiesen asignado, y, en su defecto, se destinarán “a la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia o Municipio que principalmente debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas”. Fuera de la caza, la ocupación ha perdido gran parte de la importancia que tuvo en otros tiempos. Su problemática judicial es escasa”. [↑](#footnote-ref-39)
40. El CC en su art. 610, simplemente se refiere a la ocupación de semovientes y de cosas muebles, omitiendo la invención (ocupación de bienes inmuebles) que en su primera redacción sí contemplaba en clara contradicción con la ley de Mostrencos de 9 de mayo de 1835, que atribuía al Estado los bienes que estuviesen vacantes y sin dueño. Esta contradicción se superó en virtud de la Ley de Patrimonio del Estado de 1964. Vid., Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral II, vol* I, Ed. Reus, Madrid 1984, cit., 283 s. No obstante, el Estado no tendrá la posesión de un bien inmueble vacante y sin dueño, cuando se oponga un tercero con posesión superior a un año, pues en este caso el Estado tendrá que entablar la acción reivindicatoria ante la jurisdicción civil, a la que podrá oponerse en su caso, por los particulares, la usucapión. *Vid*., O´Callaghan Muñoz, X., *Compendio de Derecho civil. Tomo III, Derechos reales e hipotecario*, cit,, señala que el Decreto de 15 de abril de 1964 “se refiere a los bienes inmuebles vacantes y sin dueño conocido, y a los inmuebles detentados o poseídos sin título por las entidades o los particulares”. [↑](#footnote-ref-40)
41. O´Callaghan Muñoz, X., *Compendio de Derecho civil. Tomo III, Derechos reales e hipotecario*, cit., señala que la definición de usucapión tiene su fundamento en la que proporciona Modestino y que se recoge en D.41,3,3 (*Modestinus libro quinto pandectarum): Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti,* convirtiendo lo que comenzó como una situación de hecho en una situación de derecho. Este autor recoge la sicusión sobre el fundamento de la usucapión en los siguientes términos: “Se ha dicho que es una institución injusta desde el punto de vista del titular que pierde su derecho real por la usucapión de otro. Desde otro punto de vista, se ha mantenido, desde el Derecho romano, que es una institución necesaria para el bien público. Modernamente se mantiene por toda la doctrina la justicia, la necesidad y la utilidad social de la usucapión, en base a un fundamento subjetivo y a un fundamento objetivo”. Para O´Callaghan el fundamento subjetivo de la usucapión reside, por un lado, en el abandono o negligencia del titular del derecho que a causa de su inactividad permite que un tercero adquiera la propiedad del bien mediante la posesión en el tiempo necesario para adquirir la propiedad; por otro, en el trabajo y la posesión del adquirente. Considera más aceptable el fundamento objetivo puesto que no es necesaria la actuación negligente del titular ni la actividad o trabajo del adquirente, sino únicamente el hecho objetivo de la posesión durante el tiempo y con los requisitos que señala la ley. [↑](#footnote-ref-41)
42. En relación a la posibilidad de adquirir mediante usucapión parte de una finca Cosialls Ubach, A.M., *La transmisión de finca inferior a la Unidad Mínima de Cultivo*, cit., 1137 s., señala que el poseedor puede, mediante los procedimientos judiciales que se prevén, hacerse dueño de la superficie que poseyó, pero no es necesario que dicha extensión se circunscriba sobre la totalidad de una finca existente (*tantum praescriptum, quantum possessum*). De esta manera, la prescripción adquisitiva únicamente podrá accionarse o excepcionarse por aquel terreno que realmente poseyó y que pretende adquirir mediante la usucapión: el que cultivó”. Vid. SAP de Asturias, núm. 426/2006 (Sección 7.a), de 12 de septiembre. [↑](#footnote-ref-42)
43. * El Código civil español establece una presunción *iuris tantum* de posesión de buena fe (art. 434). Albadalejo García, M., *Comentarios al Código Civil. Tomo XXV - Vol. 1º, Artículos 1930 a 1960 del Código Civil*, Ed. Edersa, Madrid 2005, 255 ss. señala que “la buena fe del poseedor usucapiente consiste en, como ha de poseer en concepto de dueño, creer dos cosas que no son o ignorar dos cosas que sí son: 1.° Creer que el acto transmitivo le transfiere el derecho a poseer la cosa como dueño, es decir, le transmite realmente la misma, por lo que le corresponde poseerla como propietario; creencia que se debe a ignorar cualquier vicio que obstaculice la transmisión en cuestión. 2.° Creer que aquel de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio; creencia que resulta ser errónea. Pero con ambas creencias el usucapiente se cree dueño y posee de buena fe como tal, ya que piensa que la cosa es suya porque por acto válido la ha adquirido de quien podía transmitírsela. No hay, sin embargo, una buena fe en cuanto a la posesión, otra buena fe en cuanto al título y otra en cuanto al transmitente, sino que es sólo una buena fe que engloba todo, pues como la posesión para usucapir ha de ser en concepto de dueño, y ser dueño es lo que ha de creer el usucapiente para estar poseyendo de buena fe, y para considerarse dueño ha de estimar que su transmitente lo era y podía transferirle su dominio y se lo transfiere por un acto válido, resulta que su buena fe requiere la creencia de haber recibido la cosa o el derecho de su dueño (art. 1.950) mediante un acto válido, y ser así dueño, teniéndola, pues, como tal, por ignorar el obstáculo que se opone a la adquisición de la cosa y, por tanto, a que realmente le corresponda su posesión (art. 433)”.
    * En relación a la presunción *iuris tantum* de buena fe y la necesidad de prueba en contrario por quien niegue su existencia, hay abundante Jurisprudencia. A modo ilustrativo citamos jurisprudencia reciente: STS 841/2013 de 21 de enero de 2014, que dispone que si se quiere negar la actuación de buena fe por parte de la demandante habría resultado necesario justificar que dicha adquirente conocía, o tuvo medios para conocer que la finca estaba poseída de hecho "y a título de dueño" por persona distinta de su transmitente; STS 259/2011 de 27 de abril de 2011, se pronuncia estableciendo que para que la finca propiedad común pueda ser usucapida por uno o más condueños frente a otro u otros es necesario que aquellos ejerciten su posesión precisamente en concepto de dueños, lo que comporta el carácter exclusivo de la posesión a título de dominio, de modo que cuando se ejerce un dominio en concepto de copropiedad, no de propiedad exclusiva, se da una situación de copropiedad incompatible con la usucapión.
    * En supuestos de usucapión extraordinaria, donde no se exígela buena fe vid., la STS 44/2016 de 11 de febrero de 2016, mantiene que basta la posesión en concepto de dueño no interrumpida durante treinta años.

    [↑](#footnote-ref-43)
44. Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral II, vol* I, cit., 347 s., distingue entre la usucapión ordinaria, que se caracteriza por la necesidad del título y buena fe en el poseedor, y la usucapión extraordinaria que no necesita de estos requisitos pero que se suplen por la exigencia de un plazo mayor. Señala que desde otro punto de vista se divide “la usucapión en prescripción del dominio y prescripción de los demás derechos reales, y en prescripción de bienes muebles y bienes inmuebles. Son susceptibles de usucapión, entre los derechos reales, las servidumbres continuas y aparentes (art. 537 CC), el usufructo, uso y habitación (arts. 468 y 528 CC); dudoso es que lo sean la prenda y la hipoteca, porque éstas requieren para su originación formalidades especiales, una de ellas la entre de la cosa, que ha de pertenecer en propiedad al que la empeña o la hipoteca”. [↑](#footnote-ref-44)
45. Martín León, A., *Negocios simulados y usucapión*, en *Anuario de Derecho Civil*, 64 (2011), 658 ss., señala que el negocio simulado no es justo, ni verdadero, ni válido y en lo referente a la buena fe que se exige para la eficacia de la usucapión considera que en un negocio simulado no puede considerarse al adquirente poseedor de buena fe. En este sentido recoge distintas posturas doctrinales y jurisprudencia del TS:” Desde una perspectiva general, la jurisprudencia entiende que el adquirente, por su intervención en el contrato simulado, por haber sido parte en éste, no puede conceptuarse como poseedor de buena fe. Desde otra perspectiva más específica, es objeto de discusión el alcance y significado de la buena fe a efectos de usucapión. Existen básicamente dos posturas: la que entiende que la buena fe en la usucapión consiste en la creencia en la titularidad y poder de disposición del [*trade*](http://app.vlex.com/#/vid/75424850)*ns* ex artículo 1950 [CC](http://app.vlex.com/#/vid/127560), y aquella otra que considera que, en virtud de la remisión del artículo 1951 [CC](http://app.vlex.com/#/vid/127560) al artículo 433 [CC](http://app.vlex.com/#/vid/127560), el poseedor de buena fe a efectos de usucapión no sólo debe creer en la titularidad de su transmitente, sino que también debe ignorar todo vicio invalidatorio del título. En cambio, reina el acuerdo doctrinal a la hora de negar al que adquiere mediante contrato simulado la condición de poseedor de buena fe, bien porque el engaño que entraña la simulación -sin distinguir su especie- parece contrario a la buena fe, bien porque el título absolutamente simulado implica inter partes la falta de buena fe.

    La [STS 16 abril 1990](http://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:ES+date:1990-04-16..1990-04-16+source:102+content_type:2+tipo_resolucion_1:SEN/*) (RJA 2761), recoge, a modo de recapitulación, los diversos motivos por los que no cabe plantear la viabilidad de la usucapión ordinaria en los contratos absolutamente simulados: 1.º, porque no puede ser justo título el contrato no traslativo del dominio, ni, por tanto, el contrato radicalmente nulo por simulado; 2.º, porque el título absolutamente simulado no es verdadero ni válido; y 3.º, porque no cabe considerar como poseedor de buena fe a quien conoce que su posesión emana de un acto jurídico ineficaz, dado que, según lo establecido por el artículo 433 [CC](http://app.vlex.com/#/vid/127560), la buena fe se identifica con la ignorancia de la existencia de vicios en el título de adquisición. En conclusión, no cabe discusión alguna sobre la falta de idoneidad de los negocios absolutamente simulados a efectos de la usucapión abreviada”. [↑](#footnote-ref-45)
46. El art. 1152 CC establece que justo título es el que legalmente baste 0para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate. Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral II, vol* I, cit., 353 ss., señala las siguientes condiciones que ha de reunir el título para ser apto para la usucapión: a) Justo, es decir, el que produciría la transmisión y adquisición del dominio (art. 1152 CC). son justo títulos la compraventa, la permuta, la donación , la herencia, el legado etc., y no lo son el depósito, el comodato y el arrendamiento; b) Verdadero, es decir, de existencia real; c) Válido, esto es que no sea nulo, si bien servirá un título anulable mientras no sea anulado por aquél que puede ejercitar la acción de nulidad; d) Probado, puesto que el art. 1954 CC dispone que el título no se presume; e) Posesión, si bien ésta debe ser en concepto de dueño (art. 1941 y 447 CC), pública, pacífica, continuada y no interrumpida durante el tiempo que señala la ley (art. 1941 CC).

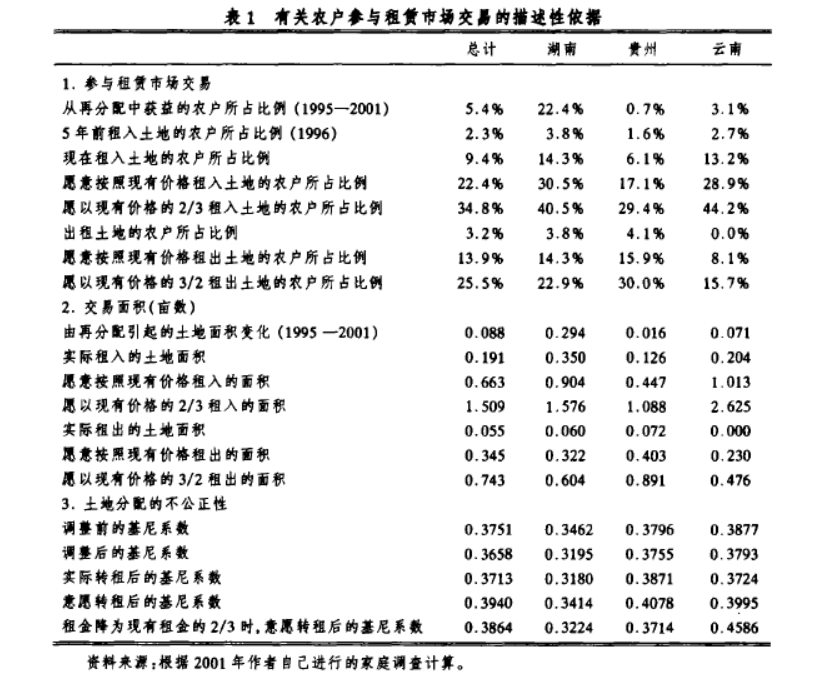
    En el supuesto de fincas rústicas conforme establece el art. 1957 CC será necesaria la posesión durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes con buena fe y justo título, considerando ausente el que reside en el extranjero o ultramar. Para el cómputo del tiempo son aplicables las reglas establecidas por el Código civil y que se recogen en el art. 1960: a) El poseedor puede completar el tiempo exigido por la ley con el tiempo de posesión de su causante (accesión de posesiones; b) Se presume que el poseedor ha continuado siéndolo durante el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario (presunción iuris tantum); c) El día que comienza la posesión se cuenta por entero pero el último debe cumplirse en su totalidad. [↑](#footnote-ref-46)
47. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial*, cit., 100: “A.- *Generalidades*. Frente a la ocupación, que atribuye el dominio inmediatamente al autor de un acto posesorio sobre bienes sin dueño, la usucapión proporciona la propiedad por la posesión continuada durante un cierto periodo de tiempo. La ley especifica en cada caso el tiempo necesario para usucapir y demás condiciones necesarias, según sea la naturaleza del bien y de la propia posesión ejercida sobre él. Los casos de usucapión son muy numerosos y se producen sobre casi todo tipo de bienes, incluidos algunos de titularidad pública. Un ejemplo basado en un caso real y reciente en el que, como siempre, hemos sustituido los nombres: Cayo compra a Ticio una finca colindante con otra de Sempronio. En el contrato de compraventa se describe la finca, a la que se le asigna por error unas dimensiones y unos linderos que la hacen mayor de lo que realmente es. De esta forma Ticio vende a Cayo una parcela que, en realidad, contiene, además de su propia finca, una franja de terreno que pertenece a Sempronio. Doce años después de aquel contrato, Sempronio se percata de la posesión de Cayo sobre parte de su finca y se la reclama. La demanda de Sempronio es desestimada porque Cayo ya había usucapido ese terreno y, por tanto, se había hecho propietario del mismo. El TS, al resolver este caso, argumenta que hay que considerar que Cayo tenía justo título para usucapir, porque en el contrato de compraventa, se le vendió una parcela que contenía una franja de terreno que no era propiedad de Ticio. La circunstancia de que sólo una parte de la finca vendida no perteneciera a Ticio no implica que, identificada la finca vendida a Cayo por sus linderos, deba negarse la existencia del justo título para usucapir esta franja. El acto de transmisión hubiera debido bastar para transmitir la propiedad de la completa finca trasmitida si Ticio hubiera sido propietario de la totalidad; al no serlo, el título existe, pero no es suficiente para producir los completos efectos traslativos. Es entonces cuando la usucapión sustituirá la falta de la propiedad de Ticio que no era propietario de la totalidad del perímetro vendido cuando transmitió (cfr. STS 1ª 545/2008 de 17 junio 2008). B.- *Origen*. La usucapión es una institución muy antigua que ya aparece en la Ley de las XII Tablas (s. V a.C.). Modestino en D. 41,3,3 la define así: ‘La usucapión es la adquisición de la propiedad por la posesión continuada durante el tiempo señalado por la ley’. En Roma no hay registros públicos de propiedad y la usucapión sirve sobre todo para acreditar el dominio, mediante la simple prueba de haber poseído durante un determinado tiempo. Se exige a esa posesión dos requisitos: buena fe y justa causa. Aunque en principio son susceptibles de usucapión todas las cosas que estaban dentro del comercio, sin embargo quedan excluidos de la usucapión algunos bienes en los que no pueden cumplirse aquellos requisitos, especialmente las cosas hurtadas (XII Tablas 8,17 en Gayo 2,45). El derecho justinianeo, al unificar la *usucapión* con la *prescripción* adquisitiva, amplía los plazos: tres años para usucapir los bienes muebles y diez o veinte años (según sea entre presentes o ausentes) para los inmuebles (I. 2,6), más una prescripción extraordinaria de treinta años que no precisaba el requisito de la justa causa. C.- *Concepto*. Todos estos antecedentes del derecho romano son predicables de la usucapión actual. El CC que, a estos efectos, identifica también *prescripción* adquisitiva con *usucapión*, dice en el artículo 1930 CC que “por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales”. El artículo 1940 CC exige la concurrencia de aquellos dos requisitos: i) poseer las cosas con buena fe y ii) justo título. Son susceptibles de usucapión todas las cosas que están en el comercio de los hombres (artículo 1936 CC), pero se excluye las cosas muebles hurtadas o robadas, que no podrán ser usucapidas por los que las hurtaron o robaron, ni por los cómplices o encubridores (artículo 1956 CC). También los plazos son hoy los mismos, de forma que el dominio de los bienes muebles prescribe por la posesión no interrumpida de tres años (artículo 1955 CC), mientras que el de los bienes inmuebles prescribe por la posesión durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, siempre con buena fe y justo título (artículo 1957 CC). Junto a estas usucapiones ordinarias se prevé una prescripción extraordinaria tanto para los bienes muebles como para los inmuebles, en las que, a cambio de no requerir ninguno de aquellos dos requisitos de la buena fe y justo título, se amplía el plazo a seis y treinta años respectivamente (artículos 1955 y 1959 CC) D.- *Posesión civil*. Por lo demás, sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio (artículo 447 CC). Esto es, para la usucapión no vale cualquier posesión, hay que poseer en concepto de dueño. A ese tipo de posesión se le denomina ‘posesión civil’, que es aquella en la que la tenencia o el disfrute de una cosa van unidas a la intención de haberla como propia (artículo 430 CC), frente a la ‘posesión natural’ que se reduce a la mera tenencia o disfrute. El arrendatario, por ejemplo, nunca usucapirá la cosa arrendada por muchos años que dure el alquiler pues su posesión no es civil. Por ello, no valen para esta posesión los actos de carácter posesorio autorizados por el dueño (artículo 1942 CC). E.- *Interrupción de la posesión*. La posesión en concepto de dueño, debe cumplir además tres exigencias: ser pública, pacífica y no interrumpida (artículo 1941 CC). La tercera exigencia es la que plantea en la práctica mayores dificultades. Se produce interrupción de la posesión, a los efectos de la usucapión, cuando por cualquier causa se cesa en ella por más de un año —interrupción natural— o por la citación judicial hecha al poseedor —interrupción civil—, salvo los casos de citación nula, desistimiento, caducidad o absolución (artículo 1946 CC). Por último, como es obvio, interrumpe también la posesión cualquier reconocimiento expreso o tácito que haga el poseedor del derecho del dueño (artículo 1948 CC). F.- *Buena fe y justo título*. Ya hemos dicho que la usucapión ordinaria —no la extraordinaria— requiere buena fe y justo título: a) Buena fe. Consiste en la creencia racional del poseedor de haber recibido la cosa del dueño de ella y que, por tanto, podía transmitir su dominio (artículo 1950 CC). En definitiva, la buena fe radica en adquirir de alguien que *en apariencia* es el propietario. b) Justo título. El título es el hecho del que procede la posesión. Justo título es sinónimo de justa causa. Por ejemplo si a Cayo le han regalado un coche, lo tiene por *título* de donación; o si lo ha comprado, su *título* es de compraventa. De ahí que el justo título de la usucapión tiene que ser un título suficiente para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate (artículo 1952 CC). Los títulos antes mencionados (donación y compraventa con tradición) son justos títulos porque mediante ellos se puede transferir el dominio. En cambio no tienen esta cualidad, por ejemplo, el arrendamiento o el comodato, que son títulos de transmisión de la posesión natural pero no del dominio. El título para la prescripción ha de ser verdadero y válido pues, aunque el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción *iuris tantum* de que posee con justo título (artículo 448 CC), esta presunción legal no opera en el ámbito de la usucapión ya que, a estos efectos, el justo título debe probarse, pues no se presume nunca (artículo 1954 CC)”. [↑](#footnote-ref-47)
48. Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral II, vol* I,, cit., 318 s., distingue entre la accesión que se produce por un movimiento de dentro afuera (accesión por producción) que recibe el nombre de accesión directa, o la que se origina de fuera adentro (accesión por unión), llamada accesión continua. A su vez, ésta última se divide en inmobiliaria o mobiliaria, y en natural o artificial según sea ocasionada por una fuerza natural o por el trabajo del hombre. En relación a estas dos figuras que distingue el CC, en su art. 353, O´Callaghan Muñoz, X., *Compendio de Derecho civil. Tomo III, Derechos reales e hipotecario*, cit., señala que la primera, denominada por producción supone la facultad del propietario de hacer suyos los frutos de la cosa, es decir de disfrute, *ius fruendi,* dentro de la facultad de aprovechamiento: percibir, hacer suyos los frutos de la cosa, regulada en los arts. 354 a 357 CC; la segunda, la denominada accesión *por incorporación* o accesión *continua,* el derecho del mismo de hacer suya una cosa ajena que se ha unido a la propia formando un todo inseparable. “Es un modo de adquirir la propiedad, que recae sobre la cosa unida o incorporada. Significa, esencialmente una adquisición de un nuevo derecho de propiedad sobre el todo resultante de la unión de dos cosas inseparables. El dominio inicial ve alterado —aumentado— su objeto. La cosa principal continúa incrementada con la accesoria a ella incorporada y que desaparece”. Especies de accesión continua en bienes inmuebles son: aluvión, fuerza del río, mutación del cauce, nacimiento de isla, plantación, siembra y edificación. [↑](#footnote-ref-48)
49. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial*, cit., 98: “A.- *Generalidades*. Si Cayo, de buena fe, construye un edificio en una parcela de Ticio porque creía que era suya ¿de quién es el edificio?. Si Sempronio lleva al joyero Mevio un brillante —de un gran valor económico y sentimental— para que lo limpie, y éste, por error, lo engarza en el collar de brillantes de Patricia de forma que ya no es posible separarlo sin destruirlo ¿de quién será?. Estos son casos de accesión, en los que una cosa se ha unido o incorporado a otra de diferente propietario: en el primer ejemplo (accesión de inmuebles) el edificio de Cayo se ha incorporado al terreno de Ticio. En el segundo (accesión de muebles) el diamante de Sempronio se ha unido de forma permanente al collar de Patricia. Las normas de la accesión son las que determinan a quien debe atribuirse la propiedad resultante en cada caso. B.- *Origen*. El derecho romano considera accesión la unión definitiva de dos cosas que pertenecen a distinto propietario. Hay accesión cuando la unión no puede deshacerse, o si la separación supone el deterioro grave de una de las cosas unidas o de ambas, o, en cualquier caso, comporta un perjuicio irrazonable. En estos casos, ninguno de los dos propietarios puede separarlas, y los juristas proporcionan reglas para determinar a cuál de ellos atribuir el dominio sobre la cosa resultante de la unión. Aunque la jurisprudencia romana sobre la accesión es muy abundante, el principio fundamental es que la propiedad de la cosa accesoria o de menor valor *accede* a la cosa principal o más valiosa. El juego de indemnizaciones depende de quién haya realizado la unión y de si se hizo de buena o de mala fe. El postulado fundamental en la accesión de bienes inmuebles lo constituye el principio *totum solo cedit*, ‘todo accede al suelo’, o, lo que es lo mismo, el propietario del suelo lo será también de todo lo que se construya o plante sobre él, sin importar, a ese efecto, quién lo haya construido o plantado o de quién sean los materiales utilizados. Este principio es el resultado de la interpretación conjunta de otros más específicos como *omne quod inaedificatur solo cedit* (Gayo D. 41,1,7,10) o *semper enim superficiem solo cedere* (Ulpiano D. 43,17,3,8), o, el más conocido, *superficies solo cedit* (Gayo 2,73) Se conocieron muchos supuestos de accesión entre bienes muebles, algunos curiosos, como los destacados por Paulo en D. 6,1,23,3: la *pictura*, en la que el dibujo o pintura accede al lienzo o tabla, salvo que tenga un gran valor; la *scriptura*, en la que el texto escrito accede al pergamino en el que se escribe; la *ferruminatio*, en la que el metal soldado de menor importancia accede al de mayor (por ejemplo, el brazo soldado a una estatua de bronce accede a ésta), etc. C.- *Concepto*. El artículo 353 CC dice que “la propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente”. En este concepto se unifican bajo el término *accesión* las problemáticas derivadas, por un lado, de lo que producen las cosas, es decir los *frutos* (de los que ya he tratado en una lección anterior a la que me remito) y, por otro, de las que se les unen (accesión propiamente dicha). Esta amplitud conceptual aumenta aún más en el desarrollo que se hace de esta institución en los artículos siguientes (artículos 354 al 380 CC). En ellos se recoge, dentro de la accesión, una pluralidad de supuestos que en la tradición jurídica aparecen como modos independientes de adquirir el dominio. Es el caso de la especificación, los incrementos fluviales o la adquisición de frutos, que el CC incluye en la accesión. D.- *De inmuebles*. Los artículos 358 CC y ss. siguen el criterio de la jurisprudencia romana de distinguir tres supuestos de accesión de inmuebles: a) edificación, plantación o siembra en terreno ajeno con materiales propios; b) edificación, plantación o siembra en terreno propio con materiales ajenos; c) edificación, plantación o siembra en terreno ajeno con materiales ajenos. A estas hipótesis, la jurisprudencia ha añadido otra más que representa una excepción: d) ‘accesión invertida’. Para los tres primeros supuestos se mantiene el principio *totum solo cedit* y, en su virtud, adjudica al propietario el dominio de lo edificado, plantado o sembrado, así como las mejoras o reparaciones hechas en el terreno (artículo 358 CC). Introduce también una presunción *iuris tantum* (mientras no se pruebe lo contrario) de que las obras, siembras y plantaciones han sido realizadas por el propietario y a su costa. Estos principios se aplican, no obstante, con algunas matizaciones necesarias: 1º.- *Edificación, plantación o siembra en terreno ajeno con materiales propios*. Cuando el que edifica, siembra o planta actúa de buena fe, el propietario del terreno podrá optar por alguna de las siguientes alternativas: i) hacer suya la obra, siembra o plantación e indemnizar al que la hizo; ii) obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno; o iii) exigir la renta correspondiente al que sembró (artículo 361 CC). Ahora bien si éste actúa de mala fe pierde lo realizado sin derecho a indemnización e, incluso, el propietario del suelo puede exigirle que reponga, a su completa costa, las cosas a su estado primitivo. La mala fe por ambas partes (se entiende que hay mala fe por parte del dueño cuando haya dejado ejecutar el hecho sin oponerse) compensa la una con la otra como si ninguna de ellas se hubiera dado. 2º.- *Edificación, plantación o siembra en terreno propio con materiales ajenos*. Si el propietario, directa o indirectamente, fuera el que hiciere en su propio terreno las plantaciones, construcciones u obras, pero con materiales ajenos, deberá, en todo caso, pagar su valor y además, si hubiere obrado de mala fe, deberá indemnizar los daños y perjuicios causados. Se reconoce al dueño de los materiales un derecho a retirarlos cuando con ello no perjudique lo realizado. 3º.- *Edificación, plantación o siembra en terreno ajeno con materiales ajenos*. Finalmente, en este supuesto extremo, en el que los materiales, plantas o semillas utilizadas por el invasor pertenecen a un tercero que no ha procedido de mala fe, se distinguen dos hipótesis según que el dueño del terreno obtenga o no algún beneficio de lo realizado. En el primer caso deberá responder de su valor subsidiariamente si el invasor es insolvente. En el segundo, es decir cuando ordenó deshacer lo realizado, no tendrá obligación alguna a este respecto. 4º.- *Accesión invertida*. El principio *totum solo cedit*, del que procede el criterio de adjudicar al propietario del suelo la construcción realizada sobre el mismo, parte de un presupuesto que no siempre es cierto: el terreno es más valioso que la construcción. De ahí que se considere que el predio es la cosa principal y la construcción la accesoria, que, en consecuencia, debe acceder a aquélla. La jurisprudencia (cfr. entre otras muchas la STS 1ª 246/2007 de 28 febrero 2007) ha entendido que esta premisa de partida en absoluto se da en aquellos supuestos que ha considerado merecedores de aplicar la regla contraria, denominada ‘accesión invertida’ o ‘construcción extralimitada’, que se define por la concurrencia de los siguientes requisitos: i) el constructor construye en suelo propio pero se extralimita (*construcción extralimitada*) e invade parcialmente el terreno ajeno; ii) la construcción resultante tiene un mayor valor que la porción de terreno ajena invadida; iii) el constructor obra de buena fe. En este supuesto excepcional el terreno pasa a ser lo accesorio y accede al edificio que es la cosa principal, mediante la correspondiente indemnización. Esto es, la solución alternativa que, según hemos visto, le concede al propietario del suelo el artículo 361 CC, de poder exigir al constructor su valor, se convierte en una solución forzosa. La jurisprudencia ha rechazado que se pueda producir accesión invertida en las obras realizadas por un copropietario en un elemento común de un edificio en régimen de propiedad horizontal, por no constituir ese elemento comunitario ‘suelo ajeno’. E.- *Incrementos fluviales*. La actuación natural de los ríos puede incrementar o disminuir las dimensiones de las fincas ribereñas. No es infrecuente que depositen en ellas sedimentos o arrastres de avalancha. Tampoco que las invadan en crecidas que modifiquen definitivamente los lechos por el que transcurrían. Los artículos 366 CC y ss. atienden a esta cuestión. Siguen el orden expositivo con el que los juristas romanos tratan de los incrementos fluviales, en los que distinguen cuatro supuestos que denominan aluvión, avulsión, mutación de cauce y nacimiento de isla (Gayo 2,70-72). 1º.- *Aluvión*. Es el acrecentamiento que las fincas ribereñas de los ríos reciben paulatinamente por efecto de la corriente de las aguas y cuya propiedad se les atribuye. 2º.- *Avulsión*. Es la porción de terreno “conocida” que la fuerza o la violencia de la corriente arranca de una finca y transporta a otra, sin que su propietario pierda el dominio sobre ella. Sin embargo, si lo transportado son árboles, se harán del dueño de la finca de destino si no son reclamados dentro del mes siguiente. 3º.- *Mutación de cauce*. Es el cauce abandonado por el río por cambio natural de su curso y cuya propiedad pertenece a los dueños de las fincas ribereñas. Si ambas riberas pertenecen al mismo propietario el antiguo cauce le pertenecerá por completo. Pero si el cauce abandonado separa fincas de distintos dueños, la línea divisoria se establece en el eje del río. Caso diferente es el de los movimientos de lagos y similares, que no atribuyen al dueño de la finca ribereña el terreno descubierto por la disminución natural de las aguas, pero tampoco pierde el que éstas inundan en las crecidas extraordinarias (artículo 367 CC). 4º.- *Isla nacida en el río*. Es la isla que se forma en el río y que se atribuye a los dueños de las fincas ribereñas en la porción que les corresponda desde el eje del río. Sin embargo, no tienen esta consideración de isla, las fincas o partes de ellas que quedan aisladas por un brazo del río o por el propio río, y cuya propiedad pertenece a su dueño. F.- *De muebles*. Los artículo 375 al 383 CC regulan la accesión de cosas muebles. Ésta se produce si dos o más de ellas, que pertenezcan a distintos dueños, se unen de tal manera que formen una sola. Si las cosas unidas pueden separarse sin detrimento, los dueños respectivos pueden exigir la separación. Pero el problema verdaderamente surge cuando la accesión es definitiva, bien porque no quepa la separación, bien porque ésta solo sea posible con destrucción o grave perjuicio de las cosas unidas. La solución difiere según la unión se realice o no de mala fe. Si no hubo mala fe el propietario de la principal adquiere la accesoria, con indemnización de su valor al anterior dueño. Por el contrario, la mala fe da lugar siempre a la indemnización de daños y perjuicios además de otras consecuencias según quien haya realizado la incorporación: i) cuando la hizo el dueño de la cosa accesoria, pierde la cosa incorporada; ii) si fue el dueño de la cosa principal, el propietario de la accesoria tendrá derecho a optar entre que aquél le pague su valor o que la cosa de su pertenencia se separe, aunque para ello haya que destruir la principal. Resulta esencial determinar cuál de las dos cosas muebles es la principal. El CC proporciona tres criterios sucesivos o supletorios los unos de los otros: i) criterio funcional, en el que la cosa principal será la que cumpla la función propia de esa cosa, mientras que la accesoria será la incorporada para su adorno, uso o perfección; ii) criterio de valor, en el que la cosa principal será la de mayor valor; iii) criterio de volumen, en el que la cosa principal será la mayor de ellas. El CC prima el arte y la actividad intelectual al darle prioridad sobre los medios que lo recogen. Así, el artículo 377 CC dice que “en la pintura y escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografías, se considerará accesoria la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel o el pergamino”. 1º.- *Adjunción*. La adjunción es el nombre con el que se designa la accesión no definitiva, esto es, aquella que se produce por unión de dos cosas muebles pertenecientes a diferentes dueños, pero de modo que puedan separarse o subsistir cada una de ellas después de separadas. Como ya he dicho, éste es probablemente el supuesto menos problemático ya que, si las cosas unidas pueden separarse sin detrimento, el CC reconoce a los dueños de las cosas unidas el derecho a exigir la separación. 2º.- *Conmixtión*. Un caso especial lo constituye el de la mezcla realizada sin mala fe, ya sea de forma intencionada o accidental, de dos cosas de igual o de diferente especie. Aquí no hay propiamente incorporación de una cosa a otra, ni tampoco una simple unión, sino que se produce una confusión entre ellas. Por ello la solución difiere de la general, y se atribuye a cada propietario un derecho proporcional a la parte que le corresponda atendido el valor de las cosas mezcladas. Si por accidente se mezcla un hectolitro de vino de uva ‘cabernet-sauvignon’ de Cayo con otro tanto de la misma especie y calidad de Ticio, cada uno de ellos tiene derecho a la mitad de los dos hectolitros resultantes. Sin embargo, si hubiera mediado mala fe, el autor de la mezcla perderá su parte e indemnizará al otro. 3º.- *Especificación*. Si Cayo construye una barca con unas tablas que eran de Ticio, se plantea la cuestión de decidir a quién corresponde la barca, ¿a Cayo que la hizo, o a Ticio, dueño de los materiales?. El derecho romano denomina *specificatio* a la obra nueva construida total o parcialmente con materiales ajenos. Éste es el supuesto que contempla el artículo 383 CC, que sigue el criterio proculeyano de atribuir la propiedad al autor de la obra, con la consiguiente obligación de indemnizar el valor de los materiales (en nuestro ejemplo, la barca será de Cayo pero debe pagar el valor de las tablas a Ticio). Este criterio general se altera, en beneficio del dueño de los materiales, en dos casos: cuando la materia vale más que la obra o cuando ha habido mala fe. En el primer caso, aquél podrá optar entre quedarse con la obra e indemnizar su valor o que le indemnicen los materiales; en el segundo podrá optar entre quedarse con la obra sin cargo alguno o que le indemnicen los materiales y demás perjuicios ocasionados.” [↑](#footnote-ref-49)
50. García Garrido, M.J., *Derecho Privado Romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., 115, expone que en los modos derivativos, se dice que hay una transferencia o traspaso del derecho de propiedad de un sujeto a otro (*transferre dominium*)*.* Sin embargo, no existe en derecho romano esta idea de transmisión de la propiedad, y puede hablarse de modos derivativos sólo en aquellos supuestos en los que la propiedad del adquirente depende de la que pierde el enajenante [↑](#footnote-ref-50)
51. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial*, cit., 108: “B.- *Origen*. Esta concepción, denominada hoy teoría del título y del modo, procede del derecho romano, en el que los contratos consensuales están protegidos sólo por acciones personales, y no figuran entre los modos de transmisión de la propiedad civil. La doctrina menciona con frecuencia, al abordar esta cuestión, que la EM de la primera Ley Hipotecaria reconoce expresamente el origen romano de la teoría del título y el modo. Dicho texto legal declara que “Nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título sólo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa, y, por tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, sólo nacieran de la tradición o, lo que es lo mismo, de la posesión de las cosas inmuebles”. C.- *En el CC*. El Código civil no recoge de forma expresa la teoría del título y el modo. Pero ésta deriva, fundamentalmente, del artículo 609 CC que, entre otras cosas, dice que la propiedad se trasmite “… por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”. Es decir, para transmitir el dominio no basta el simple contrato (título) sino que a éste debe seguirle la tradición o entrega (modo). Esta misma idea se reitera en distintos lugares del CC, sobre todo en el artículo 1095 CC, que impide que el acreedor adquiera la propiedad, o cualquier otro derecho real, sobre una cosa, “hasta que le haya sido entregada”. D.- *En la jurisprudencia*. La jurisprudencia del TS ha reiterado ese criterio en numerosas ocasiones, si bien lo limita a los supuestos de transmisión contractual: “los párrafos 1º y 2º del artículo 609, y el artículo 1095 del Código Civil establecen la distinción entre el título y el modo en el sentido de disponer que no se adquiere derecho real sobre la cosa hasta que ésta haya sido entregada al acreedor, al no regir el principio de la tradición solo *consensu* <es decir, por el mero acuerdo>; sin embargo, tal teoría ha de entenderse se refiere a las adquisiciones por contrato, quedando fuera de su ámbito otros modos de adquirir distintos de la enajenación voluntaria por medio del contrato, que quedan fuera de la exigencia de la tradición, pues ésta se produce automáticamente, al reflejar una *traditio ficta*”. E.- *Perfección y consumación contractual*. En los contratos se distinguen dos momentos diferentes: el primero es su *perfección* —que se produce desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio (artículo 1254 CC)— y el segundo es la *consumación* del contrato, en el que esas prestaciones están ya ejecutadas. Entre los contratos que persiguen una finalidad traslativa del dominio destaca, sobre todo, el de compraventa. En él, también se dan claramente esos dos momentos contractuales de perfección y consumación: i) la venta se perfecciona desde que comprador y vendedor “hubieren convenido en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado” (artículo 1450 CC); y ii) “se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador” (artículo 1462). Sólo cuando esta entrega se produce se transmite el dominio, como consecuencia de la vigencia de la teoría del título y el modo. Para terminar, debo aclarar que esta teoría no ha sido asumida por algunos códigos europeos. Entre ellos, cabe destacar al CC francés (en el que basta el consentimiento) y al BGB alemán (en el que es suficiente la entrega traslativa con independencia del título).” [↑](#footnote-ref-51)
52. En derecho romano, tal y como expone, Fernández de Buján, F*., La consensualidad contractual en Derecho romano y en el Código civil*, Ed. Dykinson, Madrid 2015, 67, “la *traditio* o entrega fue considerada desde los primeros tiempos como un modo no formal y causal de adquisición de la propiedad respecto de las res nc mancipi, entendiéndose por tales todas las que no forman parte del elenco y concreto de los bienes mancipables. La *traditio*, la mera entrega efectiva de la cosa, se utilizó, por tanto, con carácter general para transmitir los bienes más frecuentes del tráfico cotidiano”. *Vid*., Fernández de Buján, F*., Sistema Contratual Romano*, Ed. Dykinson, Madrid 2007, 207 s. [↑](#footnote-ref-52)
53. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial*, cit., 110: “B.- *Significado*. La *traditio* o tradición es la entrega de la posesión y constituye —conforme a la teoría del título y el modo antes mencionada— una manera de transmitir el dominio y los derechos reales que pueden ser objeto de posesión. Para que esa consecuencia traslativa se produzca debe ser deseada tanto por el que da como por el que recibe. El artículo 609 CC exige la tradición para que ciertos contratos consigan el efecto de transmitir el dominio. El paradigma de esos contratos es el de compraventa. El inciso primero del artículo 1462 CC dice que “se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador”. Esa toma de posesión efectiva por el adquirente es el supuesto general, al que se equiparan los casos previstos en el inciso segundo de ese precepto y en el artículo siguiente. Así, equivale a la entrega: i) el otorgamiento de escritura pública (salvo que de la misma escritura no se deduzca lo contrario); ii) la entrega de llaves del lugar en el que se encuentren los bienes muebles comprados; iii) el mero acuerdo, en caso de muebles que, en ese momento, no puedan trasladarse o que ya se encuentren en poder del comprador. C.- *Caracter derivativo*. La tradición es el modo derivativo por excelencia de transmisión *inter vivos* del dominio. La entrega implica que uno transmite y otro adquiere. Esta afirmación tiene varias consecuencias de orden *derivativo* que se resumen en una: el que recibe, adquiere la cosa en las mismas condiciones que la tenía el que la transmite. Por ejemplo, si la cosa estaba hipotecada, el adquirente la recibe con esa carga. Esta realidad, a su vez, es resultado del principio *nemo dat quod non habet* (= ‘nadie da lo que no tiene’). La jurisprudencial invoca este principio como causa desencadenante de la nulidad de las entregas efectuadas por quién no podía realizarlas (cfr. STS 1ª 962/2006 de 11 octubre 2006). El alcance del principio va más allá. El transmitente ha de ser el titular del derecho transmitido, o tener la disponibilidad sobre el mismo, pues nadie puede dar lo que no tiene conforme a aquel principio general del derecho *nemo dat quod non habet*, —cfr. STS Sala 1ª de 11 octubre 2006 y ATS Sala 1ª de 11 diciembre 2007— y otros de igual contenido, como *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*, ‘nadie puede transferir a otro más derecho que el que él mismo tenga’ (Ulpiano D. 50,17,54) —SSTS Sala 1ª 24 mayo 2000, 21 junio 2002, 14 octubre 2003, 11 octubre 2004, 19 mayo 2006, 11 octubre 2006, 22 enero 2007 (algunas sentencias emplean la forma abreviada *nemo plus iuris transfert quam habet*)—. La aplicación práctica del principio se produce, sobre todo, en los procesos derivados de contratos de compraventa y de transmisiones realizadas por quien no era propietario. Dentro de estos últimos, una casuística singular la ofrecen los supuestos de segunda venta realizada por el antiguo propietario que había transmitido su dominio en una venta anterior. La jurisprudencia también utiliza este principio para atribuir consecuencias derivativas a algunas transmisiones, de forma que el accipiente reciba el derecho con las mismas limitaciones que tenía el transmitente. A efectos de este principio, se equipara la titularidad a la disponibilidad, por lo que no se atentará contra el mismo cuando se transmite un derecho disponible para el transmitente aunque no le pertenezca. *Vid*., Reinoso Barbero, F., *Nemo dat quod non habet*, en *Nuevo Diccionario Jurídico*, El Derecho Editores, Madrid 2008; *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*, en *Nuevo Diccionario Jurídico*, cit., y Reinoso-Barbero, F*., Los principios Generales del Derecho en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., 287 La STS 1ª de 15 mayo 2004, interpreta el principio en el sentido de que basta que el transmitente sea titular del derecho en el momento del cumplimiento de la obligación, sin que tal titularidad sea exigible en el momento de su perfección. En las transmisiones derivativas la prueba del dominio se vincula al título del accipiente, acreditable por cualquier medio admisible en derecho. Esta regla limita la potestad de transmisión a los derechos que ostenta el transmitente, si bien su aplicación debe ponerse en relación, en alguna medida, con el llamado efecto reflejo de los contratos, que atenúa el rigor del principio de relatividad. La romanística ha destacado que la regla no tiene valor absoluto: el agnado que cede la herencia no tenía él, en aquel momento, la cualidad de heredero, y el acreedor pignoraticio sin ser propietario, procura la propiedad al que adquiere la prenda. La jurisprudencia moderna ahonda aún más en los límites de este principio general del derecho, y ha entendido que, en su virtud, los causahabientes a título particular han de considerarse ligados por los contratos que hubiera celebrado su transmitente con anterioridad, siempre que influyan en el contenido del derecho transmitido. D.- *Preferencia del modo sobre el título*. Si una cosa mueble se vende a diferentes compradores, la propiedad se transmite al primero que haya tomado posesión de la cosa comprada (artículo 1473 CC), con independencia de que haya sido o no el primero en comprarla. Esto implica que el CC da preferencia al modo sobre el título. Resulta más trascendente, a efectos de adquirir el dominio, el tiempo en el que se realiza la entrega o se adquiere la posesión que el momento de perfección del contrato de compraventa. El criterio se aplica también a los bienes inmuebles pues, si se prescinde de la preferencia a favor del que antes inscriba en el Registro de la Propiedad, se atribuye el dominio al primero que toma posesión con buena fe (si no hay inscripción).”. [↑](#footnote-ref-53)
54. Diéz-Picazo*, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial VI. Derechos reales*, Civitas&Thomson Reuters, Madrid 2012, 63, expone que esta redacción del Código ha tenido que ser integrada de forma reiterada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y señala que los problemas de viabilidad de esta acción se concretan principalmente en: a) la posición del demandante; b) la posición del demandado; c) los requisitos objetivos de la cosa. Este autor cita a Kaser (Derecho Privado Romano) quien expone que esta acción en derecho romano clásico se concedía al dueño no poseedor contra el poseedor no propietario con una doble finalidad: establecer la propiedad del actor; y procurarle la restitución de la cosa o la cantidad de la condena del demandado. Expone Quesada Sánchez, A.J. *Identificación de la finca rústica a efectos de la acción reivindicatoria: un estudio jurisprudencial*, en *RCDI* 694 (2006), 534 ss., que la redacción del artículo 348 del CC es calificada como “insuficiente e inexacta”. Es insuficiente porque no recoge todas las acciones que nacen del dominio e inexacta porque la referencia expresa a la acción reivindicatoria parece excluir al resto de acciones. Es por ello por lo que la jurisprudencia del TS es abundante. Para él esto justifica la opinión doctrinal que se recoge en la siguiente afirmación: el laconismo de la norma y la exuberancia de su interpretación. Junto con esta acción que tiene por objeto la declaración del derecho de propiedad y la restitución de la cosa por el poseedor, el propietario puede ejercitar la acción de declaración de dominio cuya finalidad se circunscribe simplemente a la declaración del derecho de propiedad. Cosialls Ubach, A.M., *La transmisión de finca inferior a la Unidad Mínima de Cultivo*, recoge el supuesto de que se ejercite en relación con una finca inscrita en el Registro, y señala que “ la Jurisprudencia ha declarado que la acción declarativa de dominio lleva implícita la cancelación del asiento registral y su posterior modificación, fruto del reconocimiento formal del derecho de propiedad. La presunción que el [artículo 38](http://app.vlex.com/#/vid/126942/node/38) [LH](http://app.vlex.com/#/vid/126942) establece a favor de los titulares registrales no es iuris et de iure, sino iuris tantum y por tanto, el reconocimiento de la propiedad debe operar como modificador de la información de la que da fe el Registro. El Tribunal Supremo ha declarado «que, superando una interpretación rigorista del precepto contenido en el párrafo 2° del [artículo 38](http://app.vlex.com/#/vid/126942/node/38) de la [LH](http://app.vlex.com/#/vid/126942), que exigía el ejercicio previo, o, al menos, coetáneo con la acción contradictoria del dominio inscrito, de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral, se pasa a la más actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiendo contradictorio, lleva claramente implícita esta última petición y no puede ser causa de que se deniegue la petición respecto a la titularidad dominical». [↑](#footnote-ref-54)
55. El actor debe ser propietario de la cosa que reivindica y no poseedor de la misma . Diéz-Picazo*, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial VI. Derechos reales*, cit., 64. Vallet de Goytisolo, J*., Panorama de Derecho Civi*l, Ed. Bosch, Barcelona 1963, 153 s., señala la existencia de diferencias en los modos de adquisición de propiedad y de reivindicar la cosa según se trate de bienes muebles o inmuebles. Especialmente incide en la dificultad de, en supuestos de reinvidicación de bienes inmuebles, la demostración de su derecho y la identidad de la cosa. Comenta que probar su derecho que se apoya en un título y éste, a su vez, en títulos anteriores convierte esta prueba en lo que se conoce como *probatio diabólica*. [↑](#footnote-ref-55)
56. La identidad objetiva supone que la cosa demandada, y en posesión del demandado, coincida con la que el demandante describe en su demanda, es decir, que se trata de la misma cosa. En relación a este tercer requisito el TS se ha ocupado especialmente en relación a la identificación de fincas rústicas que presentan mayor dificultad. La complejidad radica tanto en los documentos dominicales y posesorios que pueden ser numerosos y la determinación de los linderos que pueden haber sufrido modificaciones, en ocasiones derivadas de las sucesivas transmisiones. Diéz-Picazo*, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial VI. Derechos reales*, cit., 67 s., apunta que gran parte de los conflictos se derivan de la posibilidad de que la reivindicación no sea de la totalidad de la cosa, al permitir la ley reivindicar una parte de la finca. Quesada Sánchez, *Identificación de la finca rústica a efectos de la acción reivindicatoria: un estudio jurisprudencial*, cit., 536, en el supuesto de identificación de finca rústica reivindicada apunta que entra en juego la acción de deslinde y todos los medios probatorios posibles. Así concluye que “para ello cabe aportar todo tipo de documentos u otros elementos probatorios, que acrediten esa identidad: un contrato donde se describa expresamente la cosa, una certificación donde se haga lo mismo, una delimitación de situación, linderos, puntos cardinales, etc. En este caso que tratamos, de las fincas rústicas, configuraciones topográficas, certificaciones públicas que avalen la postura (a continuación sabremos cómo se utilizan éstas y cuál es su valor exacto), etc., pueden ser realmente útiles. En conclusión, todo aquello que pueda hacer que el Juez se convenza de que eso que se reivindica es la cosa real propiedad del acto”. En relación a la jurisprudencia el TS se ha pronunciado señalando la necesidad de determinar la cabida, situación y linderos de la finca. Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral II, vol* I, cit.,, 194, apunta que no obstante, no se requieren estos requisitos que al designar la finca se hace de forma que pueda ser señalada y reconocida como por ejemplo es el caso que se presenta un documento en el que se relacionan los extremos aludidos. Este autor precisa, con fundamento en STS de 2 de mayo de 1963, que “el verdadero significado a efectos de la reivindicación ha de darse a la identidad no es refiriéndola a su concepto ontológico que la define como *convenientia rei cum se ipsa*, sino al jurídico que al trascender la cosa al título, en el momento de constituirse la relación jurídica y del título a la cosa cuando llega la necesidad de acreditarla, hace que al manifestarse *cum eadem entitate* en lo que etimológicamente radica la identificación, permita al título justificar, al ser confrontado con la realidad física, el objeto del mundo exterior a que la relación establecida se refiere. En este sentido, la STS de 12 de abril de 1980, centra su atención en la realidad física y concreta situación relativizando la importancia del Registro de la Propiedad argumentando que la inscripción registral no produce una auténtica identificación real sobre el terreno, puesto que el Registro de la Propiedad tiene únicamente contenido jurídico, y no garantiza la realidad física. En este sentido, debemos recordar en este punto que la presunción que recoge el art. 38 LH es una presunción *iuris tantum*, Posteriormente, la ¨STS de 1 de diciembre de 1993 establece la necesidad de identificar la finca por sus cuatro puntos cardinales: “…...La identificación no se logra con la exposición que figura en el título presentado con la demanda, ni con la descripción registral, sino que requiere que la finca se determine sobre el terreno por sus cuatro puntos cardinales, debiendo éstos concretarse con toda precisión, y siendo este requisito identificativo esencial para que pueda prosperar cualquiera de las acciones que se derivan del [artículo 348](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/348) del [Código Civil](http://app.vlex.com/#/vid/127560)”. En relación a la importancia de este requisito de identificación de la cosa Núñez Lagos, R., *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, Ed. Reus, Madrid 1953, 13, afirma que “donde no hay identificación no hay derecho de persecución. La pretensión versa sobre un *idem*, y no sobre un *tantumdem*”. *Vid*. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial*, cit., 84-85. [↑](#footnote-ref-56)
57. 梁慧星，陈华彬著物权法》，法律出版社，2007年6月第4版，第133页. [↑](#footnote-ref-57)
58. Martínez Atienza, G., *Derecho civil, Penal Sustantivo y Procesal. Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. vLex, Barcelona 2015, 34 s., señala que “La eficacia *erga omnes* de los derechos reales exige que se constituya un sistema de publicidad que proteja a los titulares y terceros que puedan ver defraudados sus derechos; el [art. 2](http://app.vlex.com/#/vid/126942/node/2) [LH](http://app.vlex.com/#/vid/126942) delimita la materia inscribible en el Registro de la Propiedad con asientos registrales de inscripción, anotación preventiva (asiento provisional de un derecho eventual o transitorio que caduca a los 4 años; anotaciones preventivas de demanda y embargo según el [art. 42](http://app.vlex.com/#/vid/126942/node/42) [LH](http://app.vlex.com/#/vid/126942); en la anotación preventiva de demanda si el demandado resulta absuelto procederá su cancelación y si se estima en sentencia firme se practicarán las inscripciones o cancelaciones que ordene, y, en la anotación preventiva de embargo el acreedor obtiene a su favor una preferencia para el cobro del crédito establecida en el [art. 1923](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/1923) [CC](http://app.vlex.com/#/vid/127560)), presentación, inmatriculación, nota marginal, indicaciones y cancelación.

    Los principios registrales son la inscripción (inscripción declarativa ya que la constitución y transmisión de los derechos reales por negocio jurídico se produce mediante el título y el modo), legalidad (sólo pueden tener acceso al Registro de la Propiedad los títulos y derechos válidos y perfectos; la calificación registral es obligatoria, personalísima, independiente y con eficacia erga omnes, y, comprende la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos y la capacidad de los otorgantes), legitimación (significa exactitud registral respecto del derecho real inscrito, pertenencia del mismo a su titular, existencia en la forma determinada en el asiento y título de adquisición como figura en el asiento, y, se regula en los arts. [38](http://app.vlex.com/#/vid/126942/node/38) y [97.1](http://app.vlex.com/#/vid/126942/node/97.1) [LH](http://app.vlex.com/#/vid/126942)), prioridad (en los derechos de crédito rige el principio par *conditio creditorum*, y, en los derechos reales el principio *prior tempore potior iure* en virtud del cual el primero que nace prevalece sobre los ulteriores en el tiempo; el asiento de presentación fija el rango registral según los arts. 24 y 25 [LH](http://app.vlex.com/#/vid/126942), atendiendo a la hora de presentación), tracto sucesivo (para la inscripción se requiere que el derecho del solicitante traiga causa de un titular registral, salvo el asiento de inmatriculación o primer asiento; tracto sucesivo ordinario y abreviado en el [art. 20](http://app.vlex.com/#/vid/126942/node/20) [LH](http://app.vlex.com/#/vid/126942); reanudación del tracto sucesivo por expediente de dominio y acta de notoriedad) y fe pública registral (el principio de publicidad se desdobla en su aspecto sustantivo en los principio de legitimación y fe pública que se regula en los arts. [32](http://app.vlex.com/#/vid/126942/node/32) y [34](http://app.vlex.com/#/vid/126942/node/34) [LH](http://app.vlex.com/#/vid/126942); el [art. 33](http://app.vlex.com/#/vid/126942/node/33) [LH](http://app.vlex.com/#/vid/126942) determina que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes; para que el tercero pueda acogerse a la protección registral es preciso que la adquisición sea válida, transmitente la persona que figura en el registro con facultades de transmitir la finca, adquisición a título oneroso, buena fe e inscripción; los efectos de la fe pública son consolidar una adquisición a non domino, otorgar la plenitud del dominio y neutralizar las acciones recuperatorias; usucapión o prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito en el [art. 35](http://app.vlex.com/#/vid/126942/node/35) [LH](http://app.vlex.com/#/vid/126942), usucapión contra el Registro en el [art. 36](http://app.vlex.com/#/vid/126942/node/36) [LH](http://app.vlex.com/#/vid/126942) y usucapión liberatoria por posesión continuada, publica y pacífica como libre de cargas o gravámenes en el [art. 36](http://app.vlex.com/#/vid/126942/node/36) [LH](http://app.vlex.com/#/vid/126942); prescripción extintiva conforme el registro no regulada en la [LH](http://app.vlex.com/#/vid/126942) y prescripción extintiva contra el registro en el [art. 36](http://app.vlex.com/#/vid/126942/node/36) [LH](http://app.vlex.com/#/vid/126942))”. [↑](#footnote-ref-58)
59. Sobre este principio Reinoso-Barbero, F*., Los principios Generales del Derecho en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. Dykinson, Madrid 1987, 283 ss., ofrece otra formulación del mismo principio, tal y como se recoge en C.8,18,4: *Sicut prior es tempore, ita potior in iure* y cita numerosas SSTS que lo aplican. Vid., Reinoso-Barbero, F., *Prior tempore potior iure*, en *Nuevo Diccionario Jurídico*, cit. [↑](#footnote-ref-59)
60. 梁慧星，陈华彬著,《物权法》，法律出版社，2007年6月第4版，第94页. [↑](#footnote-ref-60)
61. 梁慧星，陈华彬著,《物权法》，法律出版社，2007年6月第4版，第97页. [↑](#footnote-ref-61)
62. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial*, cit., 119: § 50. Clases, resume así el origen jurídico de la posesión: “A.- *Possessio*. En el derecho romano el término *possessio* hace alusión, ante todo, a la relación de poder del hombre con la cosa. Es un poder de hecho y material, hasta cierto punto desvinculado del derecho a poseer. Es obligada la cita de la famosa etimología labeoniana conforme a la cual “la palabra ‘posesión’ viene de ‘sede’, como si dijera ‘posición’, porque la tiene naturalmente el que se instala en ella” (Paulo D. 41,2,1 pr.). B.- *Posesión y propiedad*. Por ello “no se debe confundir la posesión y la propiedad” (Venuleyo D. 41,2,52 pr.) porque “nada tienen en común” (Ulpiano D. 41,2,12,1). Estas aclaraciones jurisprudenciales se hacen necesarias porque “la propiedad de las cosas ha empezado por la posesión natural de las mismas” (Paulo D. 41,2,1,1), concretamente a través de la apropiación. Esa estrechísima vinculación en su origen da lugar a que subconscientemente se asocien ambos conceptos, incluso a que tiendan a confundirse como ha sucedido en algún momento histórico posterior. C.- *Clases*. La jurisprudencia —y con ella el edicto— comienza a valerse del término *possessio* para ofrecer una protección sumaria interdictal a determinadas tenencias de bienes inmuebles (caso, por ejemplo, del acreedor pignoraticio). La *possessio naturalis*, que es la mera tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho (caso del comodatario, arrendatario o usufructuario), se diferencia de la *possessio civilis* que es la posesión que conduce al poseedor a la propiedad (caso del poseedor que intenta usucapir). El poseedor que aún no es propietario está defendido por la acción *Publiciana*. D.- *Elementos*. En la adquisición de las posesiones protegibles, la interdictal y la civil, deben darse dos elementos: el *corpus* y el *animus* (Paulo D. 41,2,3,1). El primero de ellos, de carácter material, es la tenencia efectiva del *cuerpo* de la cosa poseída. El segundo, de contenido intelectual, es la intención o *ánimo* de poseer. Según sea la clase de posesión así será esa intención. En la posesión civil el *animus possessionis* consistía en el deseo de ser propietario. E.- *Buena y mala fe*. El derecho romano introduce la distinción entre la posesión de buena fe y de mala fe. Hay posesión de buena fe cuando el poseedor posee convencido de que tiene derecho a poseer; de que no lesiona el derecho de otro. Esta creencia no se da en el de mala fe, incluso aunque disponga de una causa de posesión, cuya insuficiencia conoce. F.- *Impensas*. Esa distinción tiene numerosas consecuencias entre las que cabe mencionar las relativas a los gastos o impensas que el poseedor hubiere hecho en la cosa. Se diferencian tres clases de gastos: los necesarios (los que exige la correcta conservación de la cosa), los útiles (los que mejoran o incrementan el valor de la cosa) y los de lujo (los de importe superior al valor con el que incrementan la cosa). El poseedor de buena fe, cuando pierde la posesión, tiene derecho al abono de los dos primeros tipos de gastos. Los de lujo no son reembolsables pero aquél puede retirarlos si con ello no perjudica a la cosa. [↑](#footnote-ref-62)
63. En relación con la discusión de si la posesión es un hecho o un derecho, y si éste es un derecho personal o real Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral II, vol* I,, cit. 61, aclara que en la actualidad la posesión es considerada como un auténtico derecho real puesto que el poseedor tiene una potestad sobre la cosa inmediata y el derechos de ser mantenido y reintegrado en el en el pacífico ejercicio de esa potestad, contra cualquiera que la perturbe. Art 466 CC: El que recupera, conforme a derecho, la posesión indebidamente perdida, se entiende para todos los efectos que puedan redundar en su beneficio que la ha disfrutado sin interrupción. [↑](#footnote-ref-63)
64. López Pasaro, E., *Tutela sumaria de la posesión. Interdicto de recobrar*, Ed. Dykinson, Madrid 2012, 44 s., señala las diferencias entre la acción reivindicatoria y la acción publiciana matizando que “Mientras la *reivindicatoria* es «acción» que compete al titular dominical no poseedor contra quien posee sin serlo, la *publiciana*, por ir dirigida a la tutela posesiva, corresponde al poseedor contra el mero detentador, tratando de dilucidar en quién concurre mejor derecho a poseer, lo que supone la recuperación posesoria de la cosa y la exclusión o eliminación de la posesión ostentada por el tercero detentador. También sin despojo violento previo”.

    Existe controversia doctrina sobre el reconocimiento y la existencia de la acción publiciana en nuestro ordenamiento. La STS de 26 de octubre de 1931 (Sala 1ª) mantuvo la subsistencia de esta acción. La STS de 21 de febrero de 1941 (Sala 1ª) la describe como una faceta más de la reivindicatoria y las SSTS de 13 de enero de 1984 y 12 de mayo de 1992 (Sala1ª) mantienen la virtualidad de esta acción al estar embebida dentro de la reivindicatoria. [↑](#footnote-ref-64)
65. En derecho romano la posesión estaba protegida, principalmente por los interdictos. López Pasaro, E., *Tutela sumaria de la posesión. Interdicto de recobrar*, cit., 54 ss., comenta que a pesar de que en nuestro ordenamiento los interdictos de retenero o recobrar han perdido la denominación, la doctrina y los tribunales siguen utilizando el término de interdicto. Las razones que esgrime son la eficacia y la claridad. [↑](#footnote-ref-65)
66. Además de la protección civil de la propiedad y en relación con los bienes inmuebles el Código Penal (CP) otorga la correspondiente protección. Así el art. 245 del CP dispone: «1. *Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, una multa de seis a dieciocho meses, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado. 2. El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.».*López Pasaro, E., *Tutela sumaria de la posesión. Interdicto de recobrar*, cit., 73 s., matiza que “La consideración penal queda restringida dada la existencia de cauces de carácter civil, que como derecho primario es la rama del ordenamiento en que encontraría su acomodo natural la defensa de aquéllos derechos, adecuada para que los interesados puedan tratar, conforme a derecho, sus diferencias, procurando la aplicación restrictiva de las normas penales correspondientes, en aplicación del principio de intervención mínima de la jurisdicción penal, por el que únicamente intervienen en supuestos graves, en los que se produce una efectiva usurpación de la propiedad ajena, reservándose los demás casos para otras ramas del derecho, como el civil, interpretación que establece el límite que separa el ámbito de protección del interdicto posesorio y del precepto penal. Por ello, la ocupación a la que se refiere el precepto penal, acceder con una idea de permanencia y continuidad, no basta, pues, con el «uso» de un bien ajeno para que pueda entenderse que ha habido usurpación. Es necesario que tal uso implique un «despojo», que se «arrebate» de alguna forma el bien o derecho a su legítimo titular” [↑](#footnote-ref-66)
67. Reinoso Barbero, F., *Derecho Patrimonial*, cit., 119: § 52. Clases “...En esa exposición conceptual se distinguen, por tanto las siguientes especies posesorias：A-posesión natural y civil. En relación a las formalidades legales Jarillo Gómez, J.L., *La posesión en el Código civil. Significación de las posesión dentro de los Derechos reales*, cit., 10 ss., señala que se van a producir a través de: 1º la tradición; 2º la adquisición que se produce por ministerio de la ley; y 3 La adquisición judicial. B-posesión de cosas y de derechos. C- posesión directa o indirecta. D- posesión en concepto de dueño o de mero tenedor. E- posesión de buena fe y de mala fe”. En opinión de Jarillo Gómez, J.L., *La posesión en el Código civil. Significación de las posesión dentro de los Derechos reales*, en *Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales* 6 (2008) 5 ss., no existe en derecho español una determinación precisa de las clases de posesión sino que éstas se recogen en los distintos preceptos del Código. Así: 1º Posesión natural y posesión civil (art. 430 CC); 2º Posesión en nombre propio y posesión en nombre ajeno (art.431 CC); 3º Posesión en concepto de daño y posesión en concepto distinto (art. 432 CC); 4º Posesión mediata y posesión inmediata; 5º Posesión de buena fe y posesión de mala fe (art.433- 434 CC) ; 6º Posesión justa y posesión injusta (arts. 441 y 444 CC); 7º Posesión exclusiva y coposesión (arts. 445 y 450 CC); º La posesión civilísima (arts. 440, 450 y 466 CC). Similar clasificación ofrece Albadalejo, M., *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, Ed. Edisofer, Madrid 2101, 33 s., ofrece la siguiente clasificación: 1º posesión de cosas y de derechos; 2º posesión de hecho y posesión de derecho; 3º posesión en nombre propio y posesión en nombre ajeno; 4º posesión en concepto de titular o de no titular; 5º posesión inmediata y posesión mediata; 6º posesión viciosa o no viciosa; 7º posesión justa y posesión injusta; 8º posesión de buena fe y posesión de mala fe; 9º posesión precaria y posesión no precaria; 10º posesión de muebles y posesión de inmuebles; 11º coposesión. 王泽鉴，《民法物权2：用益物权•占有》，中国政法大学出版社2001年，第176-200页，“en el tercer capítulo, se introduce有权占有和无权占有；自主占有和他主占有；直接占有和间接占有；自己占有和占有辅助；单独占有和共同占有”. 崔建远《物权法》，中国人民大学出版社，2011年1月第2版，第134-142，“se introduce有权占有和无权占有，善意占有和恶意占有，自主占有与他主占有；直接占有与间接占有；自己占有与辅助占有；单独占有与共同占有...” [↑](#footnote-ref-67)
68. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial*, cit., 121: §53 ¨Con carácter general el artículo 438 CC contempla tres formas de adquirir la posesión：i）ocupación material de la cosa o derecho poseído；ii）por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad；o iii）por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirirla¨. En relación a las formalidades legales Jarillo Gómez, J.L., *La posesión en el Código civil. Significación de las posesión dentro de los Derechos reales*, cit., 10 ss., señala que se van a producir a través de: 1º la tradición; 2º la adquisición que se produce por ministerio de la ley; y 3 La adquisición judicial. 温世扬《物权法要义》，法律出版社361 “Similar a adquisición de la propiedad, adquisición de la posesión tiene modos originarios y modos derivativos, y modos derivativos pueden dividir en adquisición de la creación y adquisición de la transferencia”. [↑](#footnote-ref-68)
69. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial*, cit., 122: §54. Efectos ¨A-Protección procesal. El primer efecto de la posesión es el derecho del poseedor a obtener la protección procesal suficiente para mantenerse en ella. El artículo 446 CC dispone que ′Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen′. El poseedor, por el mero hecho de serlo, debe ser respetado en ella, lo que implica, no solo el otorgarle medios de defensa, sino también el derecho a que solo pueda ser privado de la posesión a través de los mecanismos jurídicos establecidos al efecto. En ningún caso podrá arrebatársele violentamente. B-Presunciones. –El poseedor se beneficia de una suerte de presunciones iuris tantum（de las que admiten prueba en contrario）. Algunas de ellas son trascendentales y otras son resultado de simples inferencias lógicas indispensables：a）Presunción de titularidad. b）Presunción temporal. c）Presunción de contenido. C-Frutos. La adquisición de frutos ha sido tratada en una lección anterior, por lo que me remito a lo allí expuesto, y ahora, a modo de resumen, solo recordaré que el poseedor de buena fe tiene derecho a los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión. D-Gastos. Los artículos 453-455 CC se refieren a los gastos que el poseedor realice en la cosa. Esta regulación está prevista, sobre todo, para el momento en el que el poseedor pierde la posesión porque deba entregarla al propietario. Para determinar si procede o no abonar los gastos que el poseedor haya realizado, se distingue, por un lado, su buena o mala fe y, por otro, las características del gasto, según sea necesario, útil o de lujo...¨ 梁慧星，陈华彬著《物权法》，法律出版社，2007年6月第4版，第406-411页：从占有的权利推定和占有人与回复请求人的权利与义务（包括善意占有人与回复请求人的权利义务，恶意占有人与回复请求人的权利义务）两个方面论述了占有的效力。 [↑](#footnote-ref-69)
70. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial*, cit., 125: §56. Pérdida¨Causas. El artículo 460 CC contiene las causas de pérdida de la posesión：i）Por abandono de la cosa；ii）Por cesión hecha a otro por título oneroso o gratuito；iii）Por destrucción o pérdida total de la cosa；o iv）por quedar ésta fuera del comercio. Adicionalmente podrá perderse también como consecuencia de la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año...¨崔建远《物权法》，中国人民大学出版社，2011年1月第2版，第162-163页：直接占有的消灭，由如下原因引起：1.丧失对于物的事实上的控制力。2.占有物的灭失。间接占有的要件，失去其一时，间接占有即告消灭，其主要情形有1.直接占有人丧失占有。2.直接占有人表示不承认间接占有。3.返还请求权消灭。 [↑](#footnote-ref-70)
71. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial*, cit., 124: § 55.Tutela sumaria y acción Publiciana ¨A-Protección sumaria. La protección sumaria—que desacertadamente ha perdido su carácter interdictal con la actual LEC—puede ser hecha valer dentro del año desde que se produjera el despojo posesorio. Este plazo resulta tanto del artículo 460.4 CC（“El poseedor puede perder su posesión:...Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año”）como del artículo 1968 CC（“Prescriben por el transcurso de un año: La acción para recobrar o retener la posesión”. En coherencia con estos mandamientos, el artículo 439.1 LEC, al contemplar la inadmisión de la demanda en casos especiales, dispone que “no se admitirán las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si te interponen transcurrido el plazo de un año a contar desde el acto de la perturbación o el despojo”...¨崔建远《物权法》，中国人民大学出版社，2011年1月第2版，第156-162，主要介绍了占有人的自力救济权和物上请求权，不当得利返还请求权和侵权损害赔偿请求权四种占有的保护方法；梁慧星，陈华彬著《物权法》，法律出版社，2007年6月第4版，第411页“占有的保护分为物权法的保护和债权法的保护两种。前者包括占有人的自力救济权与占有保护请求权，后者包括不当得利返还请求权与侵权行为损害赔偿请求权...” [↑](#footnote-ref-71)
72. 梁慧星，陈华彬著《物权法》，法律出版社，2007年6月第4版，第416页“cuasi-posesión, también se denomina ¨la posesión de los derechos ¨, se refiere que el objeto de posesión es los derechos de bienes”；王泽鉴，《民法物权2：用益物权•占有》，中国政法大学出版社2001年，第382-389页. [↑](#footnote-ref-72)
73. Ruiz Maya, L., *El Arrendamiento y la Aparcería*, *en Revista de Estudios Agro-Sociales* 150 (1989) 42 ss., en su estudio sobre ambas instituciones parte de las definiciones que se recogen en los Censos agrarios y que reproducimos: Tierras en Arrendamiento, cuando un empresario lleva una tierra en arrendamiento que le ha sido cedida temporalmente para el aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal, a cambio del pago de un canon o renta, independientemente de los resultados de la explotación, ya sea en metálico, en especie o en ambas formas; Tierras en Aparecería son las tierras, propiedad de tercera persona, cedidas temporalmente al aparcero mediante el pago de un tanto por ciento del producto o su equivalente en efectivo; En otros Regímenes de tenencia de la tierra se han incluido en este apartado las superficies explotadas gratuitamente, en fideicomiso, litigio, precario, censos, foros, enfiteusis, rabassa morta, etc. También se incluyeron las tierras de los colonos o adjudicatarios de lotes familiares y parcelas complementario, de agricultores cuya situación como concesionarios eral el de régimen de tutela o acceso a la propiedad, es decir no propietarios [↑](#footnote-ref-73)
74. Un interesante trabajo sobre la agricultura realizado por García Garrido, J.M., *Nihil es agricultura melius. Agricolae et mercatores*, en *Scritti per Genaro Franciosi II*, Napoli 2007, 1025 ss. Ahora, también, en *Nueva Miscelánea Romanístisca* III, Ed. UNED, Madrid 2013, 1147 ss. [↑](#footnote-ref-74)
75. La Constitución Española de 1978, en su artículo 130.1, encarga a los poderes públicos “la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles”. Igualmente las políticas agrarias y de desarrollo rural de la UE, dirigidas a un mayor rendimiento y eficiencia de las explotaciones agrarias y ganaderas, han tenido su influencia en nuestro ordenamiento que se ha traducido en una serie de modificaciones legislativas que afectan directamente a los arrendamientos rústicos por ser este instrumento arrendaticio el que puede asegurar un mayor rendimiento y dinamización del mercado de la tierra. [↑](#footnote-ref-75)
76. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos, «BOE» núm. 284, de 27 de noviembre de 2003, última modificación: 1 de diciembre de 2005. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS I: “La adecuación socioeconómica de las estructuras de las explotaciones agrarias es un elemento clave en cualquier estrategia de modernización de la agricultura que pretenda mejorar su competitividad en los mercados y consolidar empresas viables, capaces de generar niveles de renta y de ocupación satisfactorios. Por ello, la reforma o mejora estructural es especialmente necesaria en una buena parte de la agricultura española que, a pesar de los cambios, a veces muy profundos, que se vienen produciendo en los últimos años, se caracteriza por tener todavía acusadas deficiencias estructurales, tanto en términos globales y territoriales, como en relación a otros países con los que comparte intereses y mercados cada día más abiertos y competitivos. Un elemento decisivo en esa mejora estructural ha de ser la movilidad de la tierra, y uno de los mecanismos más idóneos para lograr este objetivo es la figura del arrendamiento.” [↑](#footnote-ref-76)
77. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos, «BOE» núm. 284, de 27 de noviembre de 2003, última modificación: 1 de diciembre de 2005. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS III:¨...Es previsible que en el futuro continúe la tendencia a la disminución de la población activa agraria, sin que ello suponga desconocer los favorables efectos de las políticas de ayudas a la instalación de jóvenes agricultores que, junto a otros factores, tienden a moderar esa disminución. Las estadísticas revelan que casi la mitad de los responsables de explotación agraria declaran no tener sucesor en ella. De acuerdo con el Censo Agrario de 1999, había en esa fecha 746.944 explotaciones dirigidas por un titular de 55 o más años que carecía de sucesor, lo que supone el 44 por ciento de las explotaciones con empresario persona física y el 42,3 por ciento del total de explotaciones censadas (aproximadamente el 20 por ciento de la superficie censada total), que son las que podrían desaparecer durante el próximo decenio. Es deseable que las tierras que queden sin cultivar puedan pasar a otros, lo que les permitirá agrupar una buena base superficial: existe ya una tendencia clara, especialmente en el sur de España, a la proliferación de sociedades de administración o arrendamiento de fincas ajenas, que ha de dar como frutos unidades de producción mayores, más tecnificadas, mejor informatizadas, con una integración más intensa en redes de comercialización, llevadas, pues, con criterios empresariales.

    En este sentido, las estimaciones realizadas apuntan a que en el próximo decenio abandonarán la actividad agraria entre 400.000 y 500.000 explotaciones que liberarán alrededor de cuatro millones de hectáreas, que teóricamente quedarán disponibles para su incorporación a otras explotaciones, normalmente bajo la forma de arrendamiento. Por ello resulta necesaria una revisión de su régimen jurídico, que aumente su eficacia y permita canalizar las superficies liberadas al redimensionamiento o mejora de las explotaciones con mayores perspectivas de futuro, ya que en principio no cabe esperar que la reestructuración transcurra a través de la compraventa de tierras, dado su elevado precio...¨ [↑](#footnote-ref-77)
78. Es decir, cuyo objeto es la actividad agraria, tal y como se define en: el art. 2.1 de la Ley 19/1995 de Modernización de Explotaciones Agrarias (LMEA): el conjunto de trabajos que se requiere para la obtención de productos agrícolas, ganaderos y forestales y en el 2.2, establece que por explotación agrícola debemos entender todo conjunto devienes y derechos organizados empresarialmente por su titular en el ejercicio de la actividad agraria, primordialmente con fines de mercado y que constituye en sí misma una unidad técnico-económica.; el art. 2c del Reglamento 1782/2003 del Consejo de la Unión Europea: La producción, la cría o el cultivo de productos agrarios, con inclusión de la cosecha, el ordeño, la cría de animales y el mantenimiento de animales a efectos agrícolas, o el mantenimiento de la tierra en buenas condiciones agrarias y medioambientales. La LMEA ofrece asimismo la siguientes definiciones: La misma ley establece también las siguientes definiciones: a) • Actividad agraria: el conjunto de trabajos que se requieren para la obtención de productos agrícolas, ganaderos y forestales; b) Elementos de la explotación: son los bienes inmuebles de naturaleza rústica y cualesquiera otros que son objeto de aprovechamiento agrario permanente, la vivienda con dependencias agrarias, las construcciones e instalaciones agrarias, incluso de naturaleza industrial, los ganados, máquinas y aperos, integrados en la explotación y afectos a la misma, cuya utilización y aprovechamiento corresponda a su titular en régimen de propiedad, arrendamiento, derechos de uso y disfrute e incluso por mera tolerancia de su dueño. Asimismo constituye elemento de la explotación todos los derechos y obligaciones que puedan corresponder a su titular y se hallen afectos a la explotación; c) Titular de la explotación: la persona física o jurídica que ejerce la actividad agraria organizando los bienes y derechos integrantes de la explotación con criterios empresariales y asumiendo los riesgos y responsabilidades civil, social y fiscal que puedan derivarse de la gestión de explotación. Millán Salas, F., *Tipos de empresa según la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias,* en *Cuadernos de Estudios Empresariales* 8 (1998) 280, señala que debe considerarse como actividad agraria principal, la obtención de los productos agrícolas, si bien también consisten en el intercambio de bienes y la transformación industrial de los mismos. Por el contrario, precisa que nos son los productos agrícolas ganaderos y forestales que el art. 355 del CC califica de frutos naturales como las producciones espontáneas. [↑](#footnote-ref-78)
79. La nueva ley, siguiendo la tendencia de flexibilización de la LMEA, ha introducido criterios que tratan de incentivar el “movimiento de tierras” e incluye los arrendamientos de estas explotaciones. Asimismo, permite la posibilidad de diversos arrendamientos de una misma finca, exigiendo como único requisito que los distintos aprovechamientos sean compatibles. En este sentido, De Peralta y Carrasco, M*., Una aproximación a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003 de 26 de noviembre,* cit. 188., plantea que a tenor del art. 2 de la LAR es “si es posible que la explotación exista a la constitución del arrendamiento, o que nazca con el mismo; en cuyo caso surge el problema de diferenciar el arrendamiento de finca del arrendamiento de explotación”. En su opinión la solución es determinar en estos supuesto el objeto del arrendamiento. [↑](#footnote-ref-79)
80. No se considerarán arrendamientos rústicos los contratos de recolección de cosechas a cambio de una parte de los productos, ni, en general, los de realización de alguna faena agrícola claramente individualizada, aunque se retribuya o compense con una participación en los productos o con algún aprovechamiento singular (art. 5). Del mismo modo la LAR no es de aplicación: a los arrendamiento de duración inferior a un año; a los arrendamiento de tierras labradas por cuenta del propietario; a los aprovechamientos dirigidos a semillar barbechos; a las explotaciones ganaderas de tipo industrial; los que tengan por objeto aprovechamientos de carácter secundario como rastrojeras; y los dedicados a la caza. [↑](#footnote-ref-80)
81. En las últimas décadas se ha venido potenciando el asociacionismo agrario como un proceso que tiene como objetivo aunar intereses en el sector agrario a través de organizaciones dotadas de un cierto nivel de organización y formalización que representa una serie de ventajas como: Incrementar el poder de negociación de los productores agrarios; concentración de la oferta para atender las cantidades importantes de productos demandados por unos intermediarios en progresiva integración; planificación de las producciones para impedir excesos que originen el derrumbamiento de los precios; impulsar el consumo de productos de mayor calidad; Participar en el beneficio que supone el valor añadido que se confiere a los productos agrarios a través de la incorporación de servicios; La correcta comercialización de los productos como técnica; El acceso a las distintas fuentes de información. Existen distintos tipo de asociaciones que se agrupan en las categorías: a) De producción, Transformación y comercialización agraria; b) Asociaciones integración vertical como son las que tienen carácter interprofesional; c) Asociaciones profesionales, sindicales o representativas. Dentro de esas asociaciones son destacables las cooperativas que son definidas conforme a la Ley 27/99 de Cooperativas, como o una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminada a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales con estructura y funcionamiento democrático. Son sociedades que, con capital variable y estructura y gestión democrática, asocian en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, a las personas que tienen intereses o necesidades socioeconómicas comunes, para cuya satisfacción, y al servicio de la comunidad, desarrollan actividades empresariales, imputándose los resultados económicos a los socios, una vez atendidos los Fondos Comunitarios, en función de la actividad que realizan. Los poderes públicos deben promover su creación conforme al mandato constitucional que se recoge en el art. 129.2: “los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación de las empresas y fomentarán, mediante la legislación adecuada, las sociedades cooperativas”. No obstante, las empresas agrarias colectivas pueden adoptar diversas formas jurídicas como sociedades anónimas, sociedades cooperativas, sociedades agrarias de transformación y diferentes tipos de sociedad civil o mercantil. El Código de Comercio en su artículo 116, dice: “El contrato de compañías, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código. Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos”. [↑](#footnote-ref-81)
82. Una novedad que introduce esta ley es que se permite la relación arrendaticia entre parientes eliminando la limitación recogida en el art. 5 de la LAR 80. De Peralta y Carrasco, M*., Una aproximación a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003 de 26 de noviembre,* cit., 188. [↑](#footnote-ref-82)
83. El artículo 9.7 de la LAR dispone: “No podrán ser arrendatarios las personas y entidades extranjeras. Se exceptúan, no obstante: a) Las personas físicas y jurídicas y otras entidades nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo, y de países con los que exista un convenio internacional que extienda el régimen jurídico previsto para los ciudadanos de los Estados mencionados. b) Las personas físicas que carezcan de la nacionalidad española, que no estén excluidas del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y que se encuentren autorizadas a permanecer en España en situación de residencia permanente, de acuerdo con dicha Ley Orgánica y su desarrollo reglamentario. c) Las personas jurídicas y otras entidades nacionales de los demás Estados que apliquen a los españoles el principio de reciprocidad en esta materia.” Es decir, desaparece el requisito de la profesionalidad como requisito de capacidad, aunque se mantiene a otros efectos (p. ej. Legitimación para el tanteo y el retracto). Puede ser arrendatario cualquier persona física a no ser que, por sí o por persona física o jurídica interpuesta, sean ya titulares de una explotación agraria, o de varias, cuyas dimensiones y demás características serán fijadas en las distintas comarcas del país por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, sin que puedan exceder en total de 500 hectáreas de secano o 50 de regadío (cuando se trate de finca para aprovechamiento ganadero en régimen extensivo, el límite máximo será de 1.000 hectáreas).En el caso de las cooperativas agrarias y las cooperativas creadas para la explotación comunitaria de la tierra, el límite anterior se multiplicará por el número de miembros que las compongan. También puede ser arrendataria cualquier persona jurídico-privada siempre que hayan incluido en su objeto social, conforme a sus estatutos, el ejercicio de la actividad agraria y, en su caso, de actividades complementarias a ésta dentro del ámbito rural. Asimismo las entidades u organismos de las Administraciones Públicas que estén facultados, conforme a sus normas reguladoras, para la explotación de fincas rústicas. También pueden ser arrendatarias las comunidades de bienes. En relación con la cesión y subarriendo, la Ley 26/2005 modifica el art. 23 de forma que el arrendatario no podrá ceder o subarrendar la finca o explotación sin el consentimiento expreso del arrendador. No obstante, dicho consentimiento no será necesario cuando la cesión o subarriendo se efectúe a favor del cónyuge o de uno de los descendientes del arrendatario. En cualquier caso, el subrogante y el subrogado notificarán fehacientemente al arrendador la cesión o el subarriendo, en el plazo de 60 días hábiles a partir de su celebración. [↑](#footnote-ref-83)
84. Conforme establece el art. 17 de la LAR, ambas partes están obligados a permitir que se realicen las obras, reparaciones y mejoras que deban ser realizarse. [↑](#footnote-ref-84)
85. Las modificaciones introducidas con la nueva regulación tienen como objetivo la flexibilización del régimen de los arrendamientos rústicos en España, a modo del cambio que introdujo la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias. Esta ley reformó la de 1980, en lo que se refiere a la duración de los arrendamientos, suprimiendo las prórrogas legales y estableciendo un nuevo plazo de duración mínima, de cinco años, frente a los 21 a que daba lugar la anterior regulación. Esta modificación supuso una revitalización de los arrendamientos rústicos. La ley 49/2003 acortó el plazo de cinco años a tres, y estableciendo un sistema de prórrogas tácitas por tres años, pero la nueva redacción del art. 12 por Ley 26/2005 ha recuperado el plazo de los cinco años, con sucesivas prórrogas de cinco años en tanto no medie notificación de recuperación del arrendador. [↑](#footnote-ref-85)
86. Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos. [↑](#footnote-ref-86)
87. Para Riobó Fernández, J.F., *Las aparcerías y los arrendamientos rústicos históricos en el derecho civil gallego*, en *Dereito* 13 (2004) 61 ss., con la expresión arrendamientos rústicos históricos se refiere a “un grupo de relaciones jurídicas, enmarcadas dentro de la problemática general de los arrendamientos rústicos, a las que se califica de históricas por su origen lejano en el tiempo lo que justifica un tratamiento particular”. [↑](#footnote-ref-87)
88. Esta ley concedió nuevas prórrogas y concedió a los cultivadores personales un único y último periodo durante el cual el arrendatario podía ejercitar el derecho de acceso a la propiedad. [↑](#footnote-ref-88)
89. La Exposición de Motivos de la LARH dice textualmente: “La denominación de arrendamientos rústicos históricos se ha empleado, tradicionalmente, para designar aquellos arrendamientos anteriores al Código Civil y los que se concertaron con anterioridad a la publicación de la Ley de 15 de marzo de 1935, siempre que, tanto en uno como en otro caso, el actual arrendatario traiga causa del primitivo arrendatario. No obstante, teniendo en cuenta lo establecido en la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, y en la Ley 1/1987, de 12 de febrero, por la que se prorrogan determinados contratos de arrendamientos rústicos y se establecen plazos para el acceso a la propiedad, en cuanto al ejercicio por el arrendatario del derecho de adquisición forzosa, se deben también considerar como arrendamientos rústicos históricos aquellos que hayan sido concertados con anterioridad al 1 de agosto de 1942, siempre que la renta hubiera sido regulada por una cantidad de trigo no superior a 40 quintales métricos y en los que la finca venga siendo cultivada personalmente por el arrendatario. La Ley 83/1980, de 31 de diciembre, estableció el derecho de los arrendatarios de los arrendamientos históricos a acceder a la propiedad de las fincas arrendadas, estableciendo para el ejercicio de tal derecho determinados plazos, según se tratara de arrendamientos anteriores a la publicación de la Ley de 15 de marzo de 1935 (disposición transitoria primera, regla tercera) o anteriores al 1 de agosto de 1942 (artículo 99). La presente Ley prorroga estos arrendamientos por un único y último período, durante el cual el arrendatario podrá ejercitar el derecho de acceso a la propiedad y parte del principio de que en el actual valor de las fincas arrendadas han contribuido, de forma notable, el arrendatario y sus ascendientes mediante su cultivo a lo largo de varias generaciones. Por ello, para la determinación del precio de las fincas arrendadas, en el caso de que el arrendatario ejercite el derecho de acceso a la propiedad, se establece que el mismo se fijará por la media aritmética entre la valoración catastral y el valor en venta actual de varias fincas análogas por su clase y situación en el mismo término municipal o en la comarca. Por la misma razón de justicia distributiva se dispone que cuando el arrendatario deje, a requerimiento del arrendador, las fincas libres y a disposición del arrendador al finalizar el año agrícola en el que se extingan los contratos de arrendamientos, tendrá derecho a una indemnización en función del valor de dichas fincas, cuya cuantía se fija en la forma indicada en el párrafo anterior. Por otra parte, y por razones fundamentalmente sociales, se prorrogan, en determinados supuestos, por la avanzada edad del arrendatario, los contratos de arrendamiento, y se permite a éste y a su cónyuge continuar en el arrendamiento de la casa de labor, si ésta constituyera su vivienda habitual, hasta que fallezcan”. [↑](#footnote-ref-89)
90. STS 1ª de 22 de marzo de 2011, recurso número 1545/2007. [↑](#footnote-ref-90)
91. STS 1ª de 20 de octubre de 2011, recurso número 1378/2008. [↑](#footnote-ref-91)
92. STS 1ª de 8 de mayo de 2012, recurso número 139/2008. [↑](#footnote-ref-92)
93. 1949年的《中国人民政治协商会议共同纲领》第二十七条提出必须保护农民已得土地的所有权，实现耕者有其田，农村农用耕地的确权保护。而当时“宅基地”的概念并未从和土地上的房子相分离，房屋和宅基地都是农民的私人财产，所有权归属于农民。这个时期属于土地私有阶段,农民享有土地的所有权。

    1956年，我国农村生产资料私有制的社会主义改造基本完成，具有社会主义特征的高级农业生产合作社普遍建立。第一届全国人民代表大会第三次会议通过《高级农业生产合作社示范章程》，要求入社的农民必须把主要生产资料转为合作社集体所有，但社员原有的坟地和房屋地基不必入社。这种情形一直持续到1962年。（El artículo 27 de "Programa Común de la Conferencia Consultiva Política del Pueblo Chino" en 1949 regula que hay que proteger la propiedad de las tierras adquiridas por los agricultores, porque los agricultores que se dedican a cultivar tienen sus propias tierras. Por tanto, se reguló para proteger los derechos de las tierras de cultivos. En aquel momento no se separaron las tierras para construir viviendas rurales (*homestead*) de las propias viviendas; las viviendas y las tierras son bienes privados pertenecientes a los agricultores. Durante esta época en la que existía esa propiedad privada, los agricultores eran propietarios de las tierras rústicas. En 1956, la transformación socialista de la propiedad privada en los medios de producción en las zonas rurales de China fue casi completa. Se establecieron las cooperativas superiores con características socialistas de producción agrícola. La tercera reunión de la primera sesión de La Asamblea Popular Nacional aprobó "el modelo de estatuto de las cooperativas superiores de producción agrícola¨; en el mismo requirió a los agricultores para que transfirieran la propiedad de sus medios de producción a la colectividad, es decir, a las cooperativas, salvo las tierras para construir viviendas rurales y las casas y los cementerios. Esta situación continuó hasta 1962). [↑](#footnote-ref-93)
94. 中华人民共和国宪法1982年12月4日全国人民代表大会公告公布施行。经过1988年4月12日，1993年3月29日，1999年3月15，2004年3月14日四次修正案修正. 其中现行宪法第10条第4款的表述与82年的不一样。（El 4 de diciembre de 1982 la Asamblea Popular Nacional promulgó la Constitución China. Después de cuatro modificaciones de 12 de abril de 1988, 29 de marzo de 1993, 15 de marzo de 1999 y 14 de marzo de 2004, las expresiones contenidas en el párrafo 4 del artículo 10 de la Constitución China actual (con la última modificación de 14 de marzo de 2004）no es la misma que la de la Constitución China de 1982). [↑](#footnote-ref-94)
95. 李维，《农村土地租赁博弈分析》，《经济研究导刊》2009年第29期，第31页；田传浩、方丽，《土地调整与农地租赁市场:基于数量和质量的双重视角》，《经济研究》2013年第2期第114页； 

    金松青、KlausDeininger：《中国农村土地租赁市场的发展及其在土地使用公平性和效率性上的含义》，《经济学》2004年7月，第1012-1013页. [↑](#footnote-ref-95)
96. 土地管理法第八十一条“擅自将农民集体所有的土地的使用权出让、转让或者出租用于非农业建设的，由县级以上人民政府土地行政主管部门责令限期改正，没收违法所得，并处罚款。” [↑](#footnote-ref-96)
97. 党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，明确提出“加强市场法律制度建设，编纂民法典”。中办、国办印发《中央有关部门贯彻实施党的十八届四中全会<决定>重要举措分工方案》，对民法典编纂进行分工安排。2015年3月20日，全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会召开民法典编纂工作协调小组会议，宣布启动中国民法典的编纂工作。 [↑](#footnote-ref-97)
98. 物权法第一百二十四条　农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制。农民集体所有和国家所有由农民集体使用的耕地、林地、草地以及其他用于农业的土地，依法实行土地承包经营制度。第一百二十五条　土地承包经营权人依法对其承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益的权利，有权从事种植业、林业、畜牧业等农业生产。 [↑](#footnote-ref-98)
99. 解释什么是承包经营 [↑](#footnote-ref-99)
100. 物权法第一百一十七条“用益物权人对他人所有的不动产或者动产，依法享有占有、使用和收益的权利”。土地管理法第十五条“。。。农民集体所有的土地由本集体经济组织以外的单位或者个人承包经营的，必须经村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府批准”。这一条规定了本集体经济组织以外的单位和个人承担经营土地需要经村民会议同意，那么土地租赁是否应该得到村民会议的同意？值得思考和探讨 [↑](#footnote-ref-100)
101. 物权法：“第一百五十二条　宅基地使用权人依法对集体所有的土地享有占有和使用的权利，有权依法利用该土地建造住宅及其附属设施” [↑](#footnote-ref-101)
102. 这里的集体建设用地不包括宅基地，鉴于宅基地的特殊性，前面已经单独列出进行阐述。 [↑](#footnote-ref-102)
103. 因为根据土地管理法第六十条的规定，兴办企业的建设用地不仅要提出申请进行审批，而且必须严格控制，省、自治区、直辖市可以按照乡镇企业的不同行业和经营规模，分别规定用地标准。 [↑](#footnote-ref-103)
104. 物权法第一百二十六条：“耕地的承包期为三十年。草地的承包期为三十年至五十年。林地的承包期为三十年至七十年；特殊林木的林地承包期，经国务院林业行政主管部门批准可以延长。。。”，以及物权法第一百二十八条：“土地承包经营权人依照农村土地承包法的规定，有权将土地承包经营权采取转包、互换、转让等方式流转。流转的期限不得超过承包期的剩余期限...” [↑](#footnote-ref-104)
105. Conforme define la LMEA, agricultor profesional es la persona física que siendo titular de una explotación agraria, al menos, el 50% de su renta total la obtenga de actividades agrarias u otras actividades complementarias, siempre y cuando la parte de renta procedente directamente de la actividad agraria realizada en su explotación no sea inferior al 25% de su renta total y el tiempo de trabajo dedicado a actividades agrarias o complementarias sea superior a la mitad de su tiempo de trabajo total. El [art. 27](http://app.vlex.com/#vid/81111947/node/27) de esta ley concede el derecho de retracto a los propietarios de fincas colindantes que sean titulares de explotaciones prioritarias, cuando se trate de la venta de una finca rústica de superficie inferior al doble de la unidad mínima de cultivo (aplicable a todo el territorio nacional, por ser una de las materias integradas en el ámbito de la legislación civil, que corresponde al Estado, de acuerdo con el [art. 149.1.8ª](http://app.vlex.com/#vid/126929/node/149) de la [Constitución Española (CE)](http://app.vlex.com/#vid/126929). Pueden concurrir el retracto de comuneros, el de colindantes del [CC](http://app.vlex.com/#vid/127560) , el previsto para las explotaciones Agrarias y el del arrendatario. En este supuesto de concurrencia se aplicará el orden establecido en el CC: en primer lugar, será aplicable el retracto de colindantes del [CC](http://app.vlex.com/#vid/127560) siempre que ambas fincas no excedan de una hectárea; fuera de este caso, será preferente el retracto del arrendatario; después el del comuneros) después el titular de la explotación agraria prioritaria, y finalmente el de colindantes del [CC](http://app.vlex.com/#vid/127560) cuando la finca del retrayente sea superior a una hectárea. En el supuesto de que concurran únicamente el retracto de comuneros y de colindantes tiene preferencia el de colindantes, pero si hay arrendatario rústico, este es preferente a todos, excepto el de colindantes cuando la finca o parte indivisa enajenada y la del retrayente son inferiores a una Ha; por ello, si no se cumple esta doble condición, como el retracto del arrendatario es preferente al de comuneros ocurre entonces que el de comuneros que debería ser preferente al de colindantes pasa ser de preferencia posterior al de colindantes del [CC](http://app.vlex.com/#vid/127560) en el caso especial de que la finca del retrayente sea también inferior a 1 hectárea. [↑](#footnote-ref-105)
106. Este derecho se reconoce en toda transmisión ínter vivos de fincas rústicas arrendadas, incluida la donación, aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualquiera otra distinta de la compraventa, de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación indivisa de aquéllas. En el supuesto que el arrendador no reconozca este derecho al arrendatario, éste puede ejercitar la acción de retrato, que se recoge en el [artículo 249.7](http://app.vlex.com/#/vid/126688/node/249.7) de la LEC y se ejercita mediante la presentación de la correspondiente demanda ante los tribunales de justicia ordinarios. Mediante esta acción se pretende lograr en un proceso el reconocimiento, bien por vía de declaración o de condena, de un derecho que el ordenamiento legal le otorga. tras la interposición de la acción de retracto en los Juzgados, se dictará sentencia sobre el asunto y en aplicación del [artículo 22.2](http://app.vlex.com/#/vid/193824/node/22.2) y [22.9](http://app.vlex.com/#/vid/193824/node/22.9) [LAR](http://app.vlex.com/#/vid/193824) deberá reconocerse el derecho del arrendatario a adquirir la porción de la finca arrendada. El [artículo 266.3](http://app.vlex.com/#/vid/126688/node/266.3) [LEC](http://app.vlex.com/#/vid/126688) señala cuáles son los documentos que habrán de presentarse con la demanda de retracto. [↑](#footnote-ref-106)
107. Flores González, B., *Los derechos de adquisición preferente a favor del arrendatario rústico: principales problemas y soluciones propuestas*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 733 (2012) 2543 ss., matiza ambos conceptos al afirmar que: “1º) Normalmente el derecho de adquisición preferente del arrendatario rústico se ejercita como retracto y no como tanteo. Buena prueba de ello es que desde que el derecho de tanteo fue introducido por la [LAR](http://app.vlex.com/#/vid/193824) de 1980, tan solo hemos encontrado una sentencia que enjuicie un supuesto de ejercicio del tanteo arrendaticio rústico: la [STS de 22 de septiembre de 1993](http://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:ES+content_type:2+date:1993-09-22..1993-09-22+tipo_resolucion_1:SEN+source:102/*); 2º. Aun cuando el [artículo 22.2](http://app.vlex.com/#/vid/193824/node/22.2) [LAR](http://app.vlex.com/#/vid/193824) de 2003 concede los derechos de tanteo y retracto en todo caso de enajenación *inter vivos* de la finca rústica arrendada, lo cierto es que el supuesto típico de ejercicio del retracto arrendaticio rústico tiene lugar en caso de compraventa de la finca arrendada. Prueba de ello es que no hemos encontrado más de dos sentencias en las que el retracto se ejercita respecto a enajenaciones *inter vivos* distintas a la compraventa; 3º Lo normal es que el retracto se ejercite cuando el arrendatario conozca la transmisión «por cualquier medio», supuesto previsto en el [artículo 22.2](http://app.vlex.com/#/vid/193824/node/22.2) [LAR](http://app.vlex.com/#/vid/193824) de 2003. Rara vez el comprador notifica fehacientemente al arrendatario la escritura pública de transmisión.” Para esta autora, la adquisición de la propiedad por el arrendatario se produce realmente en virtud del art. 1521 CC que dispone que el retrayente se subroga en el lugar del adquirente con las mismas condiciones estipuladas en el contrato de transmisión. Comenta que la Jurisprudencia del TS se pronuncia a favor de que el retracto arrendaticio rústico constituye un supuesto de *adquisición derivativa* de la finca: el retrayente adquiere idéntico derecho de propiedad que le correspondía al comprador, y en consecuencia con las mismas cargas y limitaciones que afectan al derecho de propiedad del comprador. Concluye que “Se trata de una subrogación retroactiva con efectos *ex tunc:* deriva la ineficacia de los actos de disposición, modificación y limitación del derecho de propiedad que realice el comprador retraído con posterioridad a la compra.” [↑](#footnote-ref-107)
108. A pesar de la obligación del arrendador a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento, conforme establece el art. 1554 CC, el propietario, como expone, Fernández de Buján, F*., La consensualidad contractual en Derecho romano y en el Código civil*, cit., 147, mantiene el *ius disponendi* o *ius vendendi*. Este autor plantea que la cuestión problemática se plantea cuando “fruto del acto de disposición parcial o total, el nuevo titular del derecho real sobre la cosa arrendada pretenda ejercer su derecho en colisión con el ejercicio del *ius utendi et fruendi* que tiene el arrendatario en virtud del arriendo”. Aclara que la venta de la cosa arrendada no precisa el respeto del arriendo y que conforme al principio de la “venta quita renta” se explica desde la naturaleza obligacional del arrendamiento. [↑](#footnote-ref-108)
109. 合同法第二百三十条：“出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利”. [↑](#footnote-ref-109)
110. 根据物权法第一百二十八条，参见14，说明土地承包经营权可以发生流转。 [↑](#footnote-ref-110)
111. En España existen distintas formas de aparcería en los derecho forales y CCAA. En Cataluña: La masovería. Que tiene como nota básica que el masovero, o aparcero, vive con su familia en la casa de campo, mas o masía que cultiva; los contratos de “soccita” se caracterizan porque una de las partes se obliga a cuidar, incluso apacentar, el ganado de otro, repartiéndose entre él y el dueño los frutos y ganancias; el contrato de “conlloch” que se pacta el que el aparcero cría y recría ganado para el dueño con derecho a utilizarlo o incluso sin este derecho. En Galicia: La aparcería de “lugar acasarado” entendiendo por éste la casa de labor, edificaciones, dependencias y terrenos aunque sean colindantes que constituyen una unidad orgánica de explotación agropecuaria y forestal; La aparcería pecuaria puede recaer sobre animales susceptibles de aprovechamiento para la agricultura, la industria o el comercio. Intervienen el mantenedor o aparcero y el ponedor o propietario; − La aparcería forestal se trata de plantaciones arbóreas cuyo propietario sin ceder su directa posesión y disfrute, concierta su cuidado y vigilancia con una o varias personas para que las cuiden y vigilen a cambio de los aprovechamientos secundarios que se determinan y, en su caso, la parte alícuota que se especifique cuando se proceda a la venta de los árboles a cuya plantación y cuidado haya contribuido. En Aragón: La mediaría en virtud de la cual los frutos que se obtengan en la explotación agrícola se dividen por mitad entre el dueño de la finca y el aparcero o mediero. [↑](#footnote-ref-111)
112. No obstante, también le son aplicables los capítulos I y X que contienen disposiciones generales de la ley y las normas procesales que rigen tanto para el arrendamiento como para las aparcerías. Asimismo, con carácter supletorio se aplicarán las normas sobre arrendamientos rústicos recogidas en los capítulos II, III, VI, y VIII, siempre que no resulten contrarias a la naturaleza esencial del contrato de aparcería. La nueva regulación suprime el requisito de que el titular de la finca aporte, al menos, un 25 por ciento del valor total de la maquinaria, ganado y capital circulante, desaparece de este modo la distinción entre aparcería y arrendamiento parciario. Se introduce una referencia a la aparcería asociativa remitiendo su regulación, a falta de pacto, al contrato de sociedad (artículo 32). La aparcería tiene cierta vigencia en algunas comunidades autónomas y, por otra parte, revive en figuras nuevas de contratos agroindustriales o de integración. *Vid*. Exposición de Motivos de la LAR. [↑](#footnote-ref-112)
113. Ruiz Maya, L., *El Arrendamiento y la Aparcería*, cit., 49 ss., tras realizar un estudio sobre la distribución de la superficie con fundamento en distintos momentos censales constata que mientras que el arrendamiento ha experimentado un crecimiento, principalmente en la explotaciones de dimensión media y alta; la aparcería, por el contrario, ha sufrido un decrecimiento significativo. En relación a esta última se advierte que las variaciones intercensales son muy heterogéneas, excepto con respecto a las fincas cuya extensión se halla comprendida entre 150 y 200 hectáreas. Es decir, la aparcería se encuentra globalmente en clara regresión no sólo a nivel nacional sino también en cada una de las CCAA. Las cifras que aporta este autor en el conjunto de la superficie agrícola utilizada (SAU), nivel nacional, la participación de la arrendada es del 20,3% mientras que la de la aparcería es del 5,4%. [↑](#footnote-ref-113)
114. Artículo 1.1 de la LAR. [↑](#footnote-ref-114)
115. Asimismo se cede de forma temporal es uso y disfrute de los elementos de la explotación, ganado, maquinaria o capital circulante. [↑](#footnote-ref-115)
116. Artículo 28.1 de la LAR. El CC regula el contrato de aparcería en el art. 1579: El arrendamiento por aparcería de tierras de labor, ganados de cría o establecimientos fabriles e industriales, se regirá por las disposiciones relativas al contrato de sociedad y por las estipulaciones de las partes, y, en su defecto, por la Costumbre de la tierra. En opinión de Artiach Camacho, S*., El contrato de arrendamiento rústico en las legislaciones autonómicas*, en *RVAP* 99-100 (2014) 420, el contrato de aparcería no es realmente una modalidad del contrato de arrendamiento, aunque guarde con él ciertas similitudes, como es la transmisión del uso de la cosa. Señala que el punto crítico radica en el precio cierto como contraprestación a dicho uso en el arrendamiento mientras que en la aparcería la contraprestación consiste en la entrega de una parte de las ganancias. Este autor mantiene que no puede identificarse con ninguno de ambos contratos aunque tenga elementos comunes con ambos. Ya en derecho romano los compiladores se refieren a la aparcería en sede *materiae* de arrendamientos si bien remite su regulación a las normas del contrato de sociedad. *Vid*. D.19,2,25,6 (*Gaius libro decimo ad edictum provinciale*): *Vis maior, quam Graeci qeoà b…an appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus: alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur. apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit: alioquin partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur*. Para Muñoz y Nuñez de Prado, J., *Arrendamiento y desahucio de fincas rústicas*, Madrid 1947, 31, el contrato de arrendamiento es conmutativo mientras que la aparcería es un contrato aleatorio. Este autor, que hace un análisis histórico, señala que la nueva LAR da primacía a la voluntad de las partes y suprime el requisito de la profesionalidad que exigía la ley del 80. [↑](#footnote-ref-116)
117. Artículo 12 de la LAR. No obstante, los contratos de arrendamiento y aparcería celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la LAR 2003 se regirán por la normativa aplicable al tiempo de su celebración, tal y como establece la Disposición transitoria primera. [↑](#footnote-ref-117)
118. Artículo 31 de la LAR. [↑](#footnote-ref-118)
119. Artículo 13.1 de la LAR. [↑](#footnote-ref-119)
120. Artículo 28.1 de la LAR. [↑](#footnote-ref-120)
121. Artículo 31, párrafo 3, de la LAR. [↑](#footnote-ref-121)
122. No obstante, el art. 30 de la LAR establece: que el aparcero aporte únicamente su trabajo personal y, en su caso, una parte del capital de explotación y del capital circulante que no supere el 10 por ciento del valor total. En este supuesto, deberá serle garantizado al aparcero el salario mínimo que corresponda al tiempo de la actividad que dedique al cultivo de las fincas objeto del contrato y cumplirse, en general, lo dispuesto en la legislación laboral y de Seguridad Social. [↑](#footnote-ref-122)
123. Peralta de la Cámara, *Sobre la difícil aplicación de la legislación laboral a la aparcería en la Ley de Arrendamientos Rústicos*, en Cruz Villalón (ed.), Estudios en homenaje al prof. José Cabrera Bazán, 1999, p. 361 ss. [↑](#footnote-ref-123)
124. Cavas Martínez, *El contrato de aparcería laboral agraria: concepto y naturaleza jurídica*, cit., 184—188: “Analicemos con algo más de detalle ésta y otras diferencias. 1.ᵃ Por su estructura, la aparcería se configura como un negocio parciario con causa asociativa, ientras que el contrato de trabajo, si se establece una compensación con cuota de productos, da origen a una relación parciaria con causa de cambio (Carrara). Por el contrato agrario de aparcería se constituye una empresa agraria que «por principio (arg. art. 102. 1, in fine, LAR) es común de los contratantes asociados y, en cuanto que ambos son coempresarios, no exclusiva de uno de ellos» (Lacruz Berdejo). En el contrato de trabajo, sin embargo, las partes persiguen intereses contrapuestos; contraposición de intereses característica de los contratos de cambio que «se agiganta en la medida en que la divergencia entre los contratantes es una trasposición microscópica de la divergencia entre los grupos sociales a que pertenecen» (Montoya Melgar). 2.ᵃ Mientras que en el contrato de aparcería existe una natural aleatoriedad, por cuanto la compensación de cada contratante refiere siempre al resultado variable de la gestión económica, dependiendo de la producción efectiva de beneficios y de su cuantía (Díez Picazo), en el contrato de trabajo la equivalencia entre prestaciones es cierta y no aleatoria. Como sabemos, el contrato de trabajo es, por esencia, conmutativo, incluso cuando al trabajador se le retribuye mediante una participación en los resultados de la explotación. A diferencia del aparcero, el riesgo soportado por el trabajador parciario se limita al aleas de recibir una remuneración inferior a la esperada, pero, en todo caso, existente, ya que el empresario viene obligado a integrar su retribución hasta los límites del salario mínimo. 3.ᵃ En el contrato civil de aparcería, el titular de la finca transfiere temporalmente su uso y disfrute al aparcero, el cual, según la LAR, tiene la obligación de custodiarla y mantenerla en normal estado de productividad, con arreglo a uso y costumbre de buen labrador. Frente a ello, en la relación laboral el trabajador no ostenta nunca la titularidad de la finca, que para él es un simple instrumento y/o lugar de trabajo, realizando su tarea en el terreno poseído por el empresario, titular efectivo de los medios de producción, que hace suyos los productos que se obtengan, aunque con la obligación de entregar al trabajador la parte de los mismos que hubieran convenido. 4ᵃ En relación con lo anterior, por lo que se refiere a la nota de ajenidad, en el contrato civil parciario los frutos separados pertenecen a cedente y aparcero en común y pro indiviso hasta el momento final de la partición. Establece el artículo 113.3 de la LAR: «Los frutos o productos separados, sobre los que cedente y aparcero tengan participación, se consideran bienes comunes de ambos y ninguno de ellos puede retirarlos sin el consentimiento del otro, salvo pacto en contrario». La disposición reseñada consagra la cotitularidad inicial de los resultados de la empresa; no se constituye, pues, en la aparcería un derecho de crédito entre cedente y aparcero, sino un auténtico condominio de los frutos hasta su reparto. Para que la parte alícuota de frutos percibidos por el aparcero pudiera tener el carácter de salario, sería necesario que la totalidad de los frutos obtenidos correspondieran originaria y exclusivamente al cedente y que, después, éste transfiriera una parte de los mismos al colono. Es precisamente ese desplazamiento el que nunca tiene lugar en las aparcerías. En el contrato de trabajo, los frutos pertenecen por entero y en exclusiva al empresario; el trabajador es ajeno a la utilidad patrimonial de su trabajo y la compensación en cuota de productos es algo que paga de lo suyo el empleador. Doctrina y jurisprudencia han repetido hasta la saciedad que el establecimiento de una cláusula de interesamiento o fórmula retributiva consistente en una participación en los resultados de la actividad empresarial, para nada altera el esquema sinalagmático del contrato de trabajo, ni basta desde luego a transformar en asociativa la relación (Serrano Carvajal). En cambio, en el contrato civil parciario los frutos no representan para el aparcero la contraprestación debida por su actividad laboral, sino el lucro cuya obtención persigue mediante el ejercicio de su profesión de agricultor, como cotitular de la empresa agraria. Ello es así porque «en el verdadero negocio parciario, la idea de beneficio no se limita a ser un criterio de determinación de la prestación, sino que es esencialmente la prestación misma» (Díez Picazo). 4.ᵃ Este perfil «asociativo» de la aparcería no se limita a la titularidad conjunta de ambos contratantes sobre los resultados del cultivo, sino que transciende a la asunción compartida por cedente y aparcero de las pérdidas y gastos que resulten de la explotación; mientras, en el contrato de trabajo, pérdidas y gastos corren siempre a cargo del empleador. 5.ᵃ Es también diverso el nexo personal que se crea en una y otra situación jurídica. Mientras que la relación entre empresario y trabajador ligados por un sistema de participación en los productos se actualiza constantemente mediante el ejercicio simultáneo de los derechos y obligaciones que a cada parte corresponden, en la aparcería, a veces, ese contacto sólo se da «a través de los bienes cedidos mediante tal contrato» (Hernáinz Márquez), sobre todo en los casos en que el dominus se desentiende por completo de la explotación y únicamente interviene en la fase final de ejecución del negocio para repartirse con el aparcero los productos obtenidos. 6.ᵃ El trabajador retribuido a la parte es un trabajador dependiente, mientras que en el contrato de aparcería no se da el rasgo de subordinación del aparcero al concedente. El colono, podría decirse, tiene la dirección de la explotación, bien por sí solo o juntamente con el dueño, y puede utilizar trabajadores asalariados respecto de los cuales actúa como empresario, siquiera el legislador adopta una postura flexible en cuanto a la voluntad concordada de ambos, y dispone en el artículo 111 de la LAR que «la determinación del tipo y clase de cultivo corresponderá al cedente, al aparcero o a ambos, según lo señalado en el contrato y, en defecto de pacto, se seguirá el sistema y método de cultivo más usual en la localidad o en la comarcas, salvo que otra cosa viniera impuesta por las disposiciones legales o reglamentarias». Debe excluirse, por tanto, que el contrato de aparcería pueda dar origen a una relación laboral, por faltar en él la nota de dependencia que es característica del trabajo objeto del Derecho del Trabajo. Esta es, además, la línea en que se mueve el Derecho agrario comparado, confirmando la ausencia de subordinación del aparcero al cedente. 7.ᵃ A propósito de la duración de uno y otro contrato, el artículo 109.1 de la LAR previene que «el plazo mínimo de duración de las aparcerías será el tiempo necesario para completar una rotación o ciclo de cultivo», normalmente, un año, mientras que en la legislación laboral están previstos contratos temporales por duración inferior a la anualidad. 8.ᵃ El artículo 117.1 de la LAR relaciona las causas de extinción del contrato de aparcería, de las cuales, sólo algunas (vencimiento del plazo pactado, incumplimiento grave de las obligaciones del aparcero, deslealtad o fraude del colono), por tan genéricamente formuladas, ofrecen alguna analogía con los supuestos extintivos del contrato de trabajo. Destaca especialmente, por lo que supone de rasgo diferencial que contradice el carácter personalísimo de la prestación de trabajo asalariado, la posibilidad de subrogación de terceros en la posición jurídica del aparcero, conservando el contrato la plenitud de sus efectos. En este sentido, el artículo 117.2 de la LAR dispone que «la muerte o invalidez del aparcero no producirá la extinción de la aparcería, que asumirán los familiares del causante que vinieran cooperando en la explotación». Por el contrario, si atendemos a la regla 5.a del artículo 49 del ET, la muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador son causas de extinción de la relación laboral. En puridad, lo que esta diferenciada regulación pone claramente de relieve es el diversa significación que la actividad de trabajo tiene en uno y otro contrato, toda vez que el interés jurídicamente comprometido en el contrato de aparcería no reside tanto en el cumplimiento por el aparcero de una obligación de hacer personalísimo, que puede no darse (v. gr., si contrata asalariados), cuanto en el ejercicio a su cargo de una actividad de empresa, de donde la posibilidad de que ésta halle continuación en los familiares del colono difunto o inválido que resulten aptos. 9.ᵃ Otra especialidad que puede aducirse para excluir la naturaleza laboral de las relaciones parciarias es la posibilidad que la LAR atribuye al aparcero de acceder a la propiedad de la tierra cultivada mediante el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto y en caso de transmitirse por el concedente la finca dada en aparcería. La configuración de este derecho de adquisición preferente del colono, que en modo alguno reconoce la legislación laboral al trabajador, se modela sobre lo estatuido a propósito del arrendamiento (arts. 86 a 97 de la LAR), disponiendo, en este sentido, el art. 118.1 que «el aparcero tendrá derecho en toda enajenación inter vivos de la finca rústica que explote en aparcería (...) a acceder a la propiedad de ella mediante el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto y adquisición preferente con los mismos requisitos, condiciones y efectos que se establecen para el arrendatario en esta Ley». 10.ᵃ Porque tiene naturaleza civil, el conocimiento y resolución de los litigios que puedan suscitarse entre el colono y el titular de la tierra se remite por el artículo 121.1 de la LAR «a los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria», en tanto que de las cuestiones litigiosas entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo agrario conoce siempre la Jurisdicción del Orden Social (art. 2.°a) del TR de la LPL). 11.ᵃ Atinente a las fuentes reguladoras de uno y otro contrato, la intervención preferente que la legislación arrendaticia otorga a la voluntad de las partes, para disciplinar el complejo de derechos y obligaciones que vertebran la relación civil parciaria, según lo que establece el artículo 106 de la LAR, contrasta con el carácter fundamentalmente imperativo, de Derecho necesario, asumido por la normativa estatal y profesional sobre condiciones de trabajo, que dejan un muy escaso margen de actuación a la autonomía individual, como fácilmente se colige del orden de prelación de fuentes diseñado en el artículo 3.° del ET....” [↑](#footnote-ref-124)
125. Palmou, *Las aparcerías agrarias: su evolución hacia una relación laboral*, Fundación Alfredo Brañas, 2007, contiene un estudio completo de la aparcería en el art. 1597 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-125)
126. *Vid*., Hernando Lera, J*., El contrato de sociedad. La casuística Jurisprudencial clásica*, Ed. Dykinson, Madrid 1992, 27 ss. [↑](#footnote-ref-126)
127. 陈廷煊《近代中国地主土地所有制下的租佃关系》，《中国经济史研究》1 9 9 1年第4 期 第46页。 [↑](#footnote-ref-127)
128. 秦汉时期（公元前221年～公元220年）. [↑](#footnote-ref-128)
129. 明清时代（1368－1912年）. [↑](#footnote-ref-129)
130. 张五常《私有产权与分成租佃》；张焕明—《对分成租佃有效性及假设条件的解释—兼论张五常的《私有产权和分成租佃》》《中国农村观察》，2002.5,17-21页；黄长征　赵崇新《农村二元金融模型与分成制模型辨析》《金融视线》（FinancialView）《现代商业》；罗翔：《土地租佃契约理论研究——兼析1949-2009的中国农业绩效》，上海社会科学院博士毕业论文 2011年4月；马述忠，黄祖辉《土地租赁契伪模型及其评述》《中国经济问题》20 02 年第1 期. [↑](#footnote-ref-130)
131. Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral II, vol* I, cit., 55 ss., ofrece la siguiente clasificación de Derechos reales: Derechos reales plenos (dominio) y Derechos reales restringidos o limitativos del dominio. Dentro de esta última clase distingue:

     De goce

     Derechos reales temporales (Usufructo, Uso y Habitación

     Derechos reales inmobiliarios

     Perpetuos (Servidumbres reales, Censos, Superficie)

     De duración no prefijada (Servidumbres personales, art. 531 CC)

     De garantía

     Garantía mobiliara (Prenda, Hipoteca mobiliaria)

     Garantía inmobiliaria (Hipoteca y Anticresis)

     Derecho de retención

     C) De adquisición (Retracto, Tanteo y Opción) [↑](#footnote-ref-131)
132. Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos de Derecho civil*. *Tomo III. Derechos reales, vol II. Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, cit., 11: "El usufructo, el uso y la habitación, llevaban en el antiguo Derecho el nombre colectivo de "servidumbres personales", calificación proveniente del Derecho romano, en el cual la palabra *servitus* se usaba para designar todas las restricciones impuestas al propietario en interés de otro. Para clasificar los derechos, muy dispares, comprendidos bajo esta denominación común, los jurisconsultos distinguían entre las *servitutes personarum*, que comprendían los derechos de goce análogos al usufructo, y las *servitutes praediorum*, que son las que hoy llamamos servidumbres y que fundamentalmente se establecen entre dos fincas, cuando no sucede así, al menos son derechos reales que recaen siempre sobre bienes inmuebles. [↑](#footnote-ref-132)
133. La finalidad del usufructo en sus orígenes consistía en asegurar la subsistencia y sustento de la viuda, sin perjudicar los derechos hereditarios de los hijos. Por ello, el marido legaba a su mujer y a las hijas el derecho a usar y disfrutar determinados bienes. Es decir, se le concede el disfrute y goce vitalicio de todos o de algunos bienes sin disminuir la cuota hereditaria de los hijos. De este modo, se mantenía la unidad familiar. Esta institución también se utilizó como modo de protección de otros miembros de la familia especialmente vulnerables, los ancianos e inválidos. Esta función de protección se ha mantenido a lo largo de los siglos y se mantiene en la actualidad en los distintos ordenamientos. [↑](#footnote-ref-133)
134. Para Doral García De Pazos, J. A., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, tomo VII, vol. 1*, 9 ss. esta obligación de conservar la forma y la sustancia está íntimamente relacionada con la de restituir y debe interpretarse en función de esta. La restitución surge del carácter temporal de este derecho.” "El carácter temporal del usufructo conlleva la obligación de devolver al término del disfrute, lo que supone naturalmente que el usufructuario tenga la posesión. Entre tanto, el dueño carece de disfrute y sólo conserva la expectativa de readquirirlo, por lo que la obligación de conservar figura como garantía de restituir la cosa en su estado originario o bienes de reemplazo -valor equivalente-, caso de subrogación real."

     En este sentido existe una crítica unánime por parte de la doctrina en la regulación de este derecho real puesto que en ningún precepto del CC se alude a este carácter temporal que es esencial del usufructo. Pereña Vicente, M., *La constitución voluntaria del usufructo*, Ed. Dykinson, Madrid 2005, señala que el usufructo “es un derecho temporal, frente a la permanencia de la nuda propiedad que se mantiene a la espera de la extinción del usufructo para recobrar su plenitud. La nuda propiedad, pervive aunque cambie el titular, y mantiene su *vis atractiva*; incluso cuando el usufructuario tiene facultades dispositivas y usa de éstas, aquélla no desaparece. Tarde o temprano, el usufructo se reunirá con la nuda propiedad. Esta *vis atractiva*, que acompaña siempre a la nuda propiedad y que atribuye al propietario el derecho a que se le reintegre la cosa cuando se extinga el usufructo, ha sido calificada en algunas ocasiones como de mera expectativa”. Puig Brutau, J., *Fundamentos de Derecho Civil, Tomo II, vol. II*, Ed. Bosch, Barcelona 1979, 297: "El otro límite es el de la temporalidad como carácter esencial del usufructo. El derecho de usufructo, por lo mismo que deja al titular de la propiedad reducido a una situación expectante, ha de tener una duración tasada; no ha de exceder de cierto límite temporal para que el concepto contrapuesto a tal derecho pueda seguir llamándose propiedad. En realidad, este extremo señala la afinidad y aun confusión en que puede caer el derecho de usufructo, comparado con ciertas situaciones de propiedad temporal." [↑](#footnote-ref-134)
135. Reinoso Barbero, F., *Derecho Patrimonial*, cit., en el epígrafe § 57 resume el origen en los siguientes términos: “La palabra ‘usufructo’ procede de *usus* *fructus*, es decir ‘usar’ y ‘percibir frutos’. Estas dos facultades integran el concepto con el que el derecho romano definió el usufructo: ‘el usufructo es el derecho de usar y disfrutar cosas ajenas respetando su sustancia’ (Paulo D. 7,1,1). El ‘usufructuario’ tiene el uso y disfrute sobre la cosa que pertenece al ‘nudo propietario’. Por tanto ‘nuda propiedad’ es la propiedad menos su usufructo. El usufructo es un derecho real que se ejerce en cosa ajena, que permite al usufructuario usarla y percibir sus frutos pero sin alterar su ‘sustancia’. Cuando se constituye el usufructo, el usufructuario debe prestar garantía que responda del cumplimiento de dos obligaciones respecto de la cosa usufructuada: i) que la usará y disfrutará *boni viri arbitratu*, ‘según arbitrio de hombre recto’ (Ulpiano D. 7,1,9 pr.); y ii) que la devolverá en el estado que la recibió cuando se extinga el usufructo. El usufructuario hace suyos todos los frutos que produzca la cosa. Los frutos naturales los adquiere por ‘percepción’ y los civiles ‘día a día’. Dado que el usufructo no permite alterar la cosa sobre la que recae, ésta necesariamente debe ser un bien inconsumible. Pero se admitió el pacto estipulatorio de usufructo sobre bienes consumibles, en el que la obligación de restitución es sustituida por la de entregar una cosa similar de la misma especie y calidad.” García Garrido, M.J., *Derecho Privado Romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., expone que Los jurisconsultos deciden en una variada y rica casuística, las facultades del usufructuario en relación con las cosas que disfruta. Como principio general, debe usar las cosas *«según el arbitrio de hombre recto»*. [↑](#footnote-ref-135)
136. García Cantero, G., *El usufructo: la regla 'salva rerum substantia' y sus excepciones*, *en Cuadernos Prácticos Bolonia. Derechos Reales. V. Derechos reales limitados de goce*, dir. Clemente Meoro, M., Ed. Dykinson, Madrid 2010, 11, señala que una diferencia importante entre el usufructo romano y el regulado en nuestro ordenamiento es que en Roma no era posible la enajenación: ” En Roma siempre se consideró que el usufructo era un derecho estrictamente personal (hoy lo calificaríamos de personalísimo), y por ello no era posible enajenarlo a un tercero; se admitía la cesión de la *perceptio fructuum* (la cesión de la percepción de los frutos, por ej. mediante arrendamiento, venta o donación), pero el cedente, pese a la cesión, no perdía nunca su condición de usufructuario. En cambio, el [art. 480](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/480) [CC](http://app.vlex.com/#/vid/127560) autoriza al usufructuario a enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito, si bien el art. 498 mantiene la responsabilidad del cedente por los menoscabos que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia del cesionario”. [↑](#footnote-ref-136)
137. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial*, cit., § 57. [↑](#footnote-ref-137)
138. Mohino Manrique, A., *La cautio usufructuaria en Derecho romano. Análisis juriprudencial*, Ed. Dykinson, Madrid 2015, 14 s., pone de manifiesto que la exégesis de los textos jurisprudenciales de la época clásica romana permiten exponer los derechos y obligaciones del usufructuario. Estas facultades, explica la autora, derivan y son consecuencia de la naturaleza real de este derecho y deben armonizarse con las que mantendría el nudo propietario. Fernández de Buján, F*., La consensualidad contractual en Derecho romano y en el Código civil*, cit., 143, expone que dentro de las facultades del usufructuario esta, como titular efectivo y real del *ius utendi* y del *ius fruend*i, ceder estos derechos a un tercero en arrendamiento. Esta facultad, viene expresamente recogida en el CC, art. 480. En este sentido, este autor aclara que la extinción del derecho de usufructo supone la extinción de dicho contrato de arrendamiento, sin perjuicio de poder exigir las pertinentes responsabilidades al arrendado por incumplimiento del contrato. Sobre el concepto de frutos García Cantero, G., *Concepto de frutos en el Código Civil español*, en *RDN* 9 y 10 (1955) 106 ss., concluye que Nuestro Código no define propiamente los frutos en ninguna parte, pero ya en la amplísima expresión que utiliza el art. 353 (todo lo que los bienes producen) da a entender que parte de una orientación laudablemente extensa y al propio tiempo unitaria, pues siendo bienes (muebles o inmuebles) todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación (art. 333) se da a entender que no queda fuera del concepto de fruto ninguna producción sea cualquiera la naturaleza del bien productor. No se exige en ninguna parte que el fruto sea periódico, pero no creemos que pueda prescindirse de la periodicidad en nuestro Código al definirse el fruto. En casi todas las relaciones jurídicas en que hace acto de presencia el fruto, existe en la regulación legal la idea latente de que se trata de algo que se renueva, que retorna, que se produce repetidas veces, sin que tal cosa signifique que esa renovación ha de ser perenne, ni tampoco que sea anual. En los frutos naturales e industriales la periodicidad viene dada por leyes naturales; en los civiles, la determinación del periodo fructífero es más arbitraria, pero existe siempre. Lo que quiere decir el segundo párrafo del art. 475 es que en tal supuesto no se requiere la periodicidad anual que en otros artículos se da a entender, pero no significa que se prescinda de este requisito”. [↑](#footnote-ref-138)
139. Doral García De Pazos, J. A., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, tomo VII, vol. 1*, cit., 9 s. , señala que el art. 467 CC “emplea los términos forma y sustancia que tienen un significado filosófico, términos que en la doctrina y en la jurisprudencia admiten también un significado jurídico: conservar la sustancia es tanto como mantener la aptitud productiva, la propia entidad de la cosa, mientras que conservar el destino supone, ante todo, sostener el equilibrio y armonía originarios de dos posiciones jurídicas concurrentes en el fin a que se aplica la cosa usufructuada. Es el destino económico al constituirse el usufructo el módulo para la restitución al extinguirse, y, durante la vigencia, para el ejercicio normal abusivo por el titular del disfrute. Dicha obligación no lo es, en rigor, porque el nudo propietario, en cuanto tal, también se obliga, artículo 489, siendo así que, como titular pasivo de un gravamen, la única obligación propiamente dicha sería el pati: soportar que un tercero -el usufructuario- use y disfrute. Se trata de un principio informador emanado del dominio, responsabilidad de ejercicio o función social, con múltiples incidencias prácticas, entre otras la condena del abuso del derecho con las medidas previstas en el [art. 520](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/520) del [Código civil](http://app.vlex.com/#/vid/127560)”. García Cantero, G., *El usufructo: la regla 'salva rerum substantia' y sus excepciones*, *en Cuadernos Prácticos Bolonia. Derechos Reales. V. Derechos reales limitados de goce*, cit., 15 ss., comenta la diferencia existente entre la primera redacción del Código y la actual, por la sustitución del término “conservar” por aquél de “alterar la forma y sustancia” y la posibilidad que se introduce en la redacción actual de que esta obligación de conservar puede desaparecer si el título de constitución del usufructo o la ley autorizan otra cosa. Mantiene que: “el [CC](http://app.vlex.com/#/vid/127560) no sólo ha mantenido el *salva rerum substantia* en la regulación del usufructo, sino que lo ha ampliado, viniendo a constituirse en un principio informador aunque ha recortado su eficacia al transformarlo en requisito meramente facultativo. En efecto, la jurisprudencia admite el usufructo testamentario con facultad de disponer en caso de necesidad, que constituye, en cierto modo una figura jurídica que se sitúa en las fronteras de este derecho de goce, sobre todo si se permite que subsista en ausencia de heredero nudo propietario designado”. [↑](#footnote-ref-139)
140. Para Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos de Derecho civil*. *Tomo III. Derechos reales, vol II. Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, cit., 37 s. del carácter residual de la nuda propiedad las obligaciones y derechos del nudo propietario y del usufructuario son distintos. El nudo propietario pueda gravar y enajenar su derecho de nuda propiedad, realizar actos de defensa y conservación de su derecho frente a terceros, pedir la división en el supuesto de existencia de varios nudos propietarios y ejercitar los derechos que les reconoce los arts. 500 y ss. del CC. La facultad de disposición del nudo propietario no puede suponer ningún tipo de alteración jurídica ni fáctica en la propiedad que perjudique al usufructuario (art. 489 CC).Este precepto en concordancia con el 595 CC exigen que para que los actos de disposición del nudo propietario, que alteren la forma o sustancia de la cosa, sean válidos se requiere el consentimiento del usufructuario. No se exige, por el contrario, el consentimiento del usufructuario la constitución de una servidumbre que no perjudique el usufructo. Incluso puede el nudo propietario constituir una servidumbre que pudiera afectar a los derechos del usufructuario a condición de que su ejercicio se difiera con posterioridad a la extinción del usufructo. En relación con las alteraciones fácticas, el art. 503 CC dispone que el propietario podrá hacer las obras y mejoras de que sea susceptible la finca usufructuada, o nuevas plantaciones en ella si fuere rústica, siempre que por tales actos no resulte disminuido el valor del usufructo, ni se perjudique el derecho del usufructuario. [↑](#footnote-ref-140)
141. En derecho romano, si se trataba de usufructo de un rebaño, se exigía mantener el número constante de cabezas que recibió, sustituyendo los animales muertos por las crías. *Vid*., García Garrido, M.J., *Derecho Privado Romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit, . El nuestro ordenamiento regula el usufructo de rebaño o piara de ganado en el art. 499 CC. Este precepto contiene una excepción al principio de responsabilidad cuando no concurra culpa del usufructuario, como es el supuesto de contagio u otro acontecimiento no común. No obstante, en este caso y, en virtud de este artículo, *el usufructuario cumplirá con entregar al dueño los despojos que se hubiesen en salvado de esta desgracia.* En relación con el ganado esteril Vázquez Iruzubieta, *C., Código Civil. Comentarios, Notas y Jurisprudencia*, Ed. Dijusa, Madrid 2007, señala que puede ser consumido por el usufructuario pero, al no haber reproducción, se supone que se irá agotando, lo que da una idea de que se está en presencia de un cuasi usufructo, como el de una cantera de mármol. Por ello, en este caso y no en el de otros cuasi usufructos, el usufructuario debe, al finalizar el usufructo, devolver la misma especie y cantidad de cabeza que se hayan consumido, y en el artículo, curiosamente, se utiliza de modo correcto el concepto de cosa fungible, sin asimilarla a la cosa consumible, error que comete el legislador en el texto del [art. 337](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/337) [CC](http://app.vlex.com/#/vid/127560)”. [↑](#footnote-ref-141)
142. Como antecedente de esta posibilidad del usufructo sobre bienes inconsumibles y consumibles se cita un senadoconsulto del que da testimonio Ulpiano al admitir el usufructo sobre *omnium rerum*. Dicho testimonio se recoge en D. 7,5,1 *Ulpianus libro octavo decimo ad Sabinum. Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari possit: quo senatus consulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit usus fructus legari*. Manresa y Navarro, J:M:, , *Comentarios al Código Civil Español* VI, cit., 441, señala que al facultar al usufructuario a consumir la cosa y por tanto establecer una excepción al principio *salva rerum substantia* el requisito esencial del usufructo es el derecho a disfrutar de bienes ajenos y la obligación a conservar la forma y la sustancia de la cosa, pasa a ser requisito accidental. [↑](#footnote-ref-142)
143. Reinoso Barbero, F., *Derecho Patrimonial, cit*., § 57, afirma: “En tal sentido, el artículo 482 CC contempla expresamente lo que la tradición jurídica denomina *usufructo impropio* o *cuasiusufructo*, es decir, un usufructo sobre cosas que no se puedan usar sin consumirlas. En este caso el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas, aunque desaparezca la forma o la sustancia, pero con la obligación, al terminar el usufructo, de pagar su importe o restituirlas en igual cantidad y calidad. Una posibilidad intermedia entre el usufructo ordinario y ésta modalidad impropia que recae sobre bienes fungibles y consumibles, es la que se da sobre cosas que sin consumirse, sin embargo, se deterioran poco a poco por el uso. Cuando esto suceda, el usufructuario podrá utilizarlas conforme a su naturaleza y, al concluir el usufructo, podrá restituirlas en el estado en que se encuentren, sin obligación indemnizatoria o compensatoria alguna, salvo que se hubieren originado perjuicios por su culpa”.

     La utilización de las expresiones cuasi usufructo y usufructo impropio únicamente fueron recogidas en el Proyecto de 1836, y se omitieron tanto en el Proyecto 1851, “García Goyena” y como en la redacción actual del art. 482 CC. [↑](#footnote-ref-143)
144. Este usufructo impropio o cuasiusufructo supone la posibilidad tanto de usar de la cosa (*ius utendi*) como de disponer de la misma (*ius abutendi*). Hernández García, J., *El usufructo de dinero (Comentario al artículo 117 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad*, en *RDCA* 7 y 8 (2001-2002), tras la aprobación de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad que amplía y modifica la Compilación de Derecho Civil de Aragón, en materia de usufructo vidual comenta que: “este derecho del viudo de poder disponer del dinero (o de cualquier cosa fungible), ha llevado al planteamiento de diversas posiciones doctrinales. Por un lado parte de la doctrina mantiene que nos encontramos realmente con una adquisición de la propiedad total por parte del usufructario, con capacidad de disponer, quedando únicamente obligado a restituir una cantidad igual

     o *tantundem* (Albaladejo). Otra sector, encabezado por Jordano Barea, mantiene por el contrario que no se produce la adquisición inmediata de la cosa consumible,que únicamente tendrá lugar cuando ésta se consuma o pierda su individualidad (confusión con otras iguales propiedad del usufructuario). Por último señalar que Lacruz mantiene que no existe, según el artículo 482 del Código Civil, titulo suficiente en el usufructuario para entender que se ha transferido la propiedad. Esta discusión doctrinal tiene en la práctica una gran importancia, pues la aceptación de una u otra llevará a encontrar distintas soluciones particulares en supuestos de embargo del dinero (u otro bien fungible) usufructuado, ya sea si se realiza sobre el usufructuario o sobre el nudo propietario; situación de pérdida de la cosa; procesos de quiebra, etc. Igualmente resulta dudoso si cabrá disponer, en el cuasiusufructo, entendiendo que no se ha producido la trasmisión de la propiedad, del propio derecho (o facultad) de disponer, y si incluso este mismo derecho podría ser en un momento dado objeto de enajenación o embargo, siempre claro, con la obligación de restituir al momento de extinción del usufructo. Igualmente resulta evidente que una u otra interpretación condicionará que sean los nudo propietarios-herederos los que afronten el pago correspondiente al impuesto de sucesiones sobre la nuda propiedad del dinero, sin que el derecho de disponer se grave con impuesto alguno, o sea que el usufructuario el que deba realizarlo”. [↑](#footnote-ref-144)
145. En derecho romano, si el usufructo era de un bosque, el usufructuario podía talar los árboles en la misma manera que se venía haciendo. García Garrido, M.J., *Derecho Privado Romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., . El usufructuario deberá explotar el monte o bosque conforme a la propia naturaleza del mismo, y conforme a las costumbres del lugar [↑](#footnote-ref-145)
146. La concesión de una acción al usufructuario, que concede el art. 486 CC para reclamar un bien, es considerado por la mayoría de la doctrina como un supuesto de legitimación indirecta Cabañas García, J.C., *La tutela judicial del tercero. Estudio sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva, en el proceso civil*, Ed. Dijusa, Madrid 2008, 193 s., opina que y pese a la dicción del dispositivo, no se trata de un derecho de acción "autónomo", "suelto", que se comercia por sí desconectado de un derecho subjetivo que no haya salido de la esfera del titular. La "acción real" (en el sentido civilístico) va aparejada, o si se prefiere otorga una facultad accesoria, con el bien o grupo de bienes (patrimonio) que conforman el usufructo -el cual, por cierto, no tiene por qué provenir ni siquiera de un pacto, sino de un régimen legal-, ante la eventualidad de algún conflicto, o el interés de acrecentar el objeto (principal) del usufructo”. En este sentido cita Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Toledo de 20 de febrero de 2001 “que postula la imbricación del usufructo de la acción, en el patrimonio al que se dirige su tutela. Para el caso, demanda de responsabilidad civil del 1902 [CC](http://app.vlex.com/#/vid/127560) sobre un vehículo: "El demandante es usufructuario universal por testamento de todos los bienes de la esposa, entre los que se encuentra el vehículo dañado (...) La compra del vehículo se efectuó constante matrimonio y ello implica la pertenencia al régimen de gananciales puesto que no otro se ha acreditado en los autos. (...) La copropiedad le da derecho al ejercicio de la acción de reparación o indemnización por culpa extracontractual. Pero si se presenta como usufructuario universal (testamento) no cabe duda de que reconocidas en el usufructuario las acciones que la Ley concede a los propietarios, siquiera sea temporalmente (reivindicatoria, deslinde, publiciana, de tercería, de servidumbre, SSTS 27 Mayo 1871, 17 Mayo 1874, 4 Junio 1947, 23 Mayo 1967, 27 Mayo 1970) en aplicación de lo dispuesto en el art. 486, no puede negársele la acción que ahora entabla". [↑](#footnote-ref-146)
147. El usufructo voluntario puede constituirse *mortis causa* o *inter vivos*, por enajenación, o por retención, detracción o reserva. En relación a la constitución por reserva Ruiz Artacho, J., *La reserva de usufructo, en favor de uno o de ambos cónyuges, en las enajenaciones de nuda propiedad otorgadas por los mismos*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 284 ( 1952), 1 ss., examina un interesante supuesto de reserva de usufructo para él y para su esposa: Un diligente padre de familia, amante de sus hijos (dice el autor), hizo lo que tantos otros padres españoles: «repartir los bienes entre su prole, reservándose el usufructo para él y su esposa. Al hijo A, añade, correspondió un lote de acciones; al B, una finca rústica, y a los otros dos hijos, C y D, de por mitad y proindiviso, una casa. . Después que el mismo padre, a su costa, realizó ciertas obras en la casa aludida, consistentes en poner en condiciones de habitabilidad el piso alto de la misma, otorgó testamento, bajo cuya vigencia falleció. En él, aparte de otras cláusulas, que no tienen interés a los fines de las presentes notas, se contiene la siguiente: «Cuarta. Mejora a su hijo B en la parte correspondiente al testador en el: usufructo vitalicio del piso construido en la casa número X de la calle Z, cuya nuda propiedad, consolidable, será para los dueños de la finca, C y D.». En su opinión se trata de un supuesto de donación de la nuda propiedad de la parte privativa del padre a los hijos con reserva del usufructo vitalicio a favor de los cónyuges. En aplicación del art. 521 CC el usufructo no se extingue mientras viva uno de los esposos. Este autor, aceptando la propuesta de Roca Sastre, distingue entre reserva propia o retención y reserva impropia o de falso metal, esgrimiendo que “Si ocurre lo primero, se nos ofrecerán con gran nitidez los extremos relativos a quien sea el titular del usufructo reservado, quienes sean las personas cuya vida se tome en consideración para fijar la duración del mismo, si aparece inscrito o sólo mencionado en el Registro. Y de ello surgirá también, natural y diáfanamente, quién puede disponer de tal derecho. En la otra impropia o falsa forma de retención de usufructo, todos esos puntos se presentarán oscuros, y a veces la confusión será debida a que los mismos interesados o sus asesores hayan tenido especial cuidado en que no se haga la luz, pretendiendo con ello dar apariencia de validez a lo que en realidad carece de ella”. En este sentido concluye que las reservas impropias son nulas de pleno derecho. [↑](#footnote-ref-147)
148. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial, cit*., § 57, ejemplifica así la constitución del usufructo: “Cayo, casado con Patricia, otorga testamento en el que nombra heredero universal al hijo de ambos (Ticio) y lega a su esposa el usufructo vitalicio del piso en el que viven en Madrid y una finca agrícola de árboles frutales en Castellón de la Plana. Al fallecer Cayo, Ticio recibe el pleno dominio de todos sus bienes a excepción de esos dos inmuebles, respecto de los que es solo ‘nudo propietario’. Su madre es usufructuaria. Esto le da derecho a obtener todos los frutos que produzcan. Por ejemplo, si Patricia alquila el piso de Madrid tendrá derecho a la renta, que es un fruto civil. O, en lugar de arrendarlo, podrá habitarlo si lo desea. Así mismo tendrá derecho a consumir o a vender, según le parezca, las naranjas que produce la finca de Castellón (frutos naturales o industriales). Pero ni Patricia ni Ticio pueden alterar ni transformar el piso o la finca. Cuando fallezca Patricia el usufructo se extinguirá y Ticio dejará de ser nudo propietario para convertirse en propietario.” [↑](#footnote-ref-148)
149. E usufructo se puede constituir sobre la totalidad de los frutos que produzca la cosa (usufructo total), o sobre una parte de los frutos que la cosa produzca (usufructo parcial). El usufructo parcial puede constituirse: a) sobre una parte concreta de la cosa, cuando ésta esté compuesta de partes diferenciadas; b), sobre una cuota indivisa de la cosa, cuando ésta no esté compuesta de partes diferenciadas . [↑](#footnote-ref-149)
150. El usufructo puede constituirse en beneficio de una sola persona o de va­rias, y en este caso, sobre el conjunto de toda la cosa o parte de ella o sobre una cuota indivisa. Estamos entonces en presencia del llamado co-usufructo, consistente en la comunidad entre varios usufructuarios, cuyos derechos han nacido de un mismo título constitutivo. Para que exista el co-usufructo es necesario, pues, que exista unidad de título, unidad de objeto y unidad de régimen jurídico.Merino Hernández, J.L., *El derecho de usufructo: aspectos prácticos de sus distintas modalidades*, Ed. Lefebvre-El derecho, señala que en la comunidad que se forma entre los co-usufructuarios, hay que distinguir: a) el constituyente del usufructo o haberse pactado entre los propios co-usufructuarios. Si éstos convienen en unas determinadas cuotas de participación en los frutos y beneficios de la cosa usufructuada, ello dará lugar a una comunidad ordinaria o por cuotas; en la que se presumirá que son todas iguales, salvo que otra cosa se haya determinado (cfr. CC art. 393.2); b) en las relaciones externas, tanto sean con terceros ajenos como con el nudo propietario, el co-usufructo genera una suerte de comunidad germánica o en mano común. Precisamente ello es lo que provoca que el usufructo haya de durar, en principio, por toda la vida de los distintos usufructuarios, y que al fallecimiento de uno de ellos, el derecho de usufructo acrezca al otro u otros supérstites (cfr. CC art. 521 y SAP Tarragona 18-06-2004 EDJ 2004/98633). Es éste un derecho de acrecer que nace como consecuencia de no poder producirse una extinción parcial del usufructo, y una consolidación también parcial con la nuda propiedad; son así supuestos en los que no consolida la nuda propiedad la parte o cuota de usufructo que, pese a quedar sin titular, no queda vacante (RDGRN 18-05-1943). [↑](#footnote-ref-150)
151. Esta situación se produce cuando sobre un bien sujeto a un usu­fructo, se constituye un usufructo nuevo, bien con carácter voluntario, bien por determinación de la ley. Ese segundo usufructo es el denominado sucesivo, pero exclusivamente en lo que concierne a la percepción de los frutos que la cosa produzca, así como a la po­sesión inmediata del bien usufructuado, atribuciones ambas que corresponden al primer usufructuario. [↑](#footnote-ref-151)
152. El carácter temporal es esencial en el usufructo. Cabe constituir el usufructo por un tiempo determinado concreto o con carácter vitalicio, es decir, por todo el tiempo que dure la vida del usu­fructuario. [↑](#footnote-ref-152)
153. El usufructo puede someterse a condición suspensiva o resolutoria. En el usufructo constituido bajo condición suspensiva, el nacimiento del propio derecho queda supeditado al cumplimiento de la condición, mientras que en el usufructo constituido bajo condición resolutoria, el cumplimiento de ésta determinará la extinción del usufructo que ya ha nacido con anteriori­dad.

     En el supuesto de usufructo modal e le impone al usufructuario una obligación a favor de un tercero. [↑](#footnote-ref-153)
154. El usufructo sobre un derecho está contemplado en el art. 469 CC y el art. 475 del mismo cuerpo legal que permite el usufructo puede constituirse sobre el derecho a percibir una renta o pensión periódica. La posibilidad de constituir el usufructo sobre un derecho plantea lo que se conoce como derechos sobre derechos que se resuelve mediante titularidades compartidas. [↑](#footnote-ref-154)
155. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial, cit*., § 57, esquematiza esos derechos en los siguientes términos: “1) *Frutos*. El derecho básico del usufructuario se concreta en percibir todos los frutos naturales, industriales y civiles, que produzcan los bienes usufructuados. La forma de percibir los frutos difiere según su clase. Los dos primeros tipos (naturales e industriales) se adquieren por separación. Sin embargo, los frutos civiles se entienden percibidos día por día, y pertenecen al usufructuario en proporción al tiempo que dure el usufructo. La finca de Castellón usufructuada por Patricia produce frutos naturales o industriales, por lo que los frutos no separados al tiempo de extinguirse el usufructo se harán totalmente del propietario. Por el contrario, el piso de Madrid, si lo alquila, produce frutos civiles consistentes en la renta mensual que paga el inquilino el día treinta. Si el usufructo se extinguiera el día diez de un mes cualquiera, al propietario solo le corresponderán dos terceras partes de la renta que cobre a fin de mes. 2) *Inherentes a la cosa usufructuada*. El derecho del usufructuario comprende también el derecho, en general, a todos los beneficios inherentes a la cosa usufructuada, incluidos el aumento que reciba por accesión y las servidumbres que tenga a su favor. 3) *Disfrutar directa o indirectamente*. El artículo 480 CC dispone que el usufructuario puede disfrutar el usufructo directa o indirectamente. Contempla tres formas de hacerlo: i) aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada; ii) arrendarla a otro; o iii) enajenar su derecho de usufructo, incluso a título gratuito. Ahora bien, en estos dos últimos casos, será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya. 4) *Celebrar contratos*. Los contratos que celebre el usufructuario, en esta calidad, se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, que se prolongará hasta que termine el año agrícola. A tales efectos debe tenerse en cuenta que, si no hay una disposición constitutiva en contra, el usufructo se extingue ordinariamente —y con él los contratos suscritos por el usufructuario, salvo la excepción mencionada—, por la muerte del usufructuario (artículo 513 CC) o, en todo caso, por el transcurso de treinta años cuando el usufructuario es persona jurídica (artículo 480 CC). 5) *Hacer mejoras*. El usufructuario, con tal que no altere la forma o la sustancia, puede hacer “mejoras útiles o de recreo”, pero sin derecho a indemnización ni a retirarlas, salvo que con ello no perjudique los bienes objeto del usufructo. Sin embargo se le permite compensar los desperfectos que sufran éstos durante el usufructo con las mejoras que en ellos haga”. [↑](#footnote-ref-155)
156. Dentro de los frutos civiles se consideran los créditos vencidos que formen parte del usufructo que en virtud del art. 507 CC el usufructuario puede reclamar. Se trata de un supuesto de legitimación indirecta. En opinión de Cabañas García, J.C., *La tutela judicial del tercero. Estudio sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva, en el proceso civil*, cit., 119 ss., aunque “en efecto, el 507 está aludiendo a que el crédito se integra en el usufructo, no ha dejado de ser un derecho que el nudo propietario puede seguir ejercitando, como se desprende de la voluntad de la norma, hasta el punto de que si el usufructuario no ha constituido fianza, el derecho de acción se muestra supeditado doblemente al requisito de la inactividad del propietario, y a su consentimiento expreso para que aquél reclame el crédito del tercero.” Para este autor distinto sería si el artículo en cuestión privase al propietario de la posibilidad del derecho de acción procesal y lo hubiese configurado como una cesión de créditos. [↑](#footnote-ref-156)
157. La regla del art. 472 CC tiene por objeto evitar el enriquecimiento injusto del propietario pues los gastos realizados para su producción habían sido soportados por el usufructuario. Diéz-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial VI. Derechos reales*, cit., 178, indica que esta regla presenta dos aspectos: una se refiere los gastos que debe abonar el propietario son los ordinarios que el usufructuario hubiese realizado en simientes, abono, etc; y otro que el abono que debe hacer el propietario deba satisfacerse a la finalización y con el producto de los frutos pendientes, supone una limitación a la obligación del propietario. Asimismo comenta que este trato diferente del propietario con respecto al usufructuario de este precepto obedece a que si la constitución del usufructo es gratuito del mismo no se deriva ninguna contraprestación y si es oneroso el costo del usufructo ya habrá sido incluido en la determinación del precio. [↑](#footnote-ref-157)
158. Dentro de las facultades dispositivas del usufructuario el art. 480 CC establece que: Podrá el usufructuario aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito, pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola. En el supuesto de arrendamiento el usufructuario le cede la posesión inmediata y la explotación del bien. En el supuesto de usufructo de finca que el usufructuario arrienda a un tercero está cambiando frutos naturales por civiles. En este supuesto de arrendamiento a tercero de una cosa dada en usufructo la responsabilidad del usufructuario se extiende a los menoscabos que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia del arrendatario (art. 489 CC, que también se aplica en los supuestos de actos disposición realizados por parte del usufructuario). [↑](#footnote-ref-158)
159. Si se hubieran percibido los frutos civiles por el nudo propietario, el usufructuario tendrá un crédito por lo que le corresponde percibir. Su derecho surge el mismo día en que el usufructo comienza, siendo el día la unidad de medida, como si se dijera *al tanto diario*. Vid., Manresa y Navarro, J:M:, , *Comentarios al Código Civil Español* VI, Ed. Reus, Madrid 1932, 497 ss. [↑](#footnote-ref-159)
160. Vázquez Iruzubieta, *C., Código Civil. Comentarios, Notas y Jurisprudencia*, cit,, comenta que en este artículo se comprende el usufructo de créditos, de títulos- valores y de acciones bursátiles. En relación con las acciones sociales, señala que “son ejercitables por el socio todos los actos propios de esa condición y según sea la clase de sociedad de que se trate y la condición que ocupe como socio en ella. Al usufructuario le caben todas las acciones derivadas de la percepción de los beneficios, existiendo abundante jurisprudencia que se transcribe en líneas más abajo, acerca de quién tiene derecho a la adquisición de las nuevas acciones, a la suscripción de las preferentes o de las derivadas de las primitivas, o a la adquisición de nuevas acciones con los beneficios obtenidos. Debe resolverse a favor del usufructuario, como derecho inherente al usufructo, el percibir las pensiones atrasadas y las que se consignen en los presupuestos durante su vida (TS 1º, S. 7 oct 1902). El usufructo establecido en un derecho de sociedad está representado por las cantidades que en razón del mismo derecho se reparten, las cuales renacen en cada vencimiento, manteniéndose, no obstante, sin alteración de sustancia el derecho fundacional del propietario con potencia económica para dar nuevos frutos hasta su extinción (TS 1º, S. 3 ene 1940).Si el reparto no tuviese vencimiento fijo, no pueden reputarse dichos beneficios como frutos civiles, sino como industriales, y por lo tanto, sujetos a lo dispuesto en el [art. 472](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/472) [CC](http://app.vlex.com/#/vid/127560); esto es, que los pendientes al comenzar el usufructo pertenecen al usufructuario, y los pendientes a su terminación, al propietario (TS 1º, S. 5 ene 1925). La atribución del derecho a suscribir nuevas acciones derivada de las primitivas, pertenece al nudo propietario cuando se lleva a efecto mediante desembolso de los accionistas, careciendo de este derecho el usufructuario (TS 1º, S. 24 nov 1960).Pertenecen en pleno dominio al usufructuario la ampliación de beneficios obtenidos por la sociedad después de la fecha de nacimiento del usufructo (TS 1º, S. 19 ene 1962). Las nuevas acciones no son frutos porque dependen en su nacimiento de un acto de los órganos estatutarios sociales; responden a un aumento acordado en el capital de la sociedad, que se lleva a efecto mediante desembolso de los accionistas (TS 1º, S. 23 ene 1947, 7 jul 1978)”. [↑](#footnote-ref-160)
161. [↑](#footnote-ref-161)
162. En Digesto Ulpiano comenta supuestos de usufructo de canteras y minas, y en ambos se alude a la posibilidad del usufructuario de mejorar la propiedad . Asi en D.7,1,13,4 *Ulpianus libro octavo decimo ad Sabinum: Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest. et aut fundi est usus fructus legatus, et non debet neque arbores frugiferas excidere neque villam diruere nec quicquam facere in perniciem proprietatis. et si forte voluptarium fuit praedium, virdiaria vel gestationes vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amoenas habens, non debebit de<i>cere, ut forte hortos olitorios faciat vel aliud quid, quod ad reditum spectat*. Y D.7,1,3,5 *Ulpianus libro octavo decimo ad Sabinum: Inde est quaesitum, an lapidicinas vel cretifodinas vel harenifodinas ipse instituere possit: et ego puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. proinde venas quoque lapidicinarum et huiusmodi metallorum inquirere poterit: ergo et auri et argenti et sulpuris et aeris et ferri et ceterorum fodinas vel quas pater familias instituit exercere poterit vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit. et si forte in hoc quod instituit plus reditus sit quam in vineis vel arbustis vel olivetis quae fuerunt, forsitan etiam haec deicere poterit, si quidem ei permittitur meliorare proprietatem.* [↑](#footnote-ref-162)
163. Diéz-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial VI. Derechos reales*, cit., 215, en la exégesis que hace de estos preceptos matiza que en virtud a las expresiones que utiliza “predios en que existen minas” y “minas existentes en predios” no se está refiriendo a éstas como un anejo a la finca. Recuerda que las leyes actuales sobre minas han convertido los yacimientos minerales en objeto de concesión administrativa. En su opinión le parece más adecuado la exclusión que se recoge en el art. 598 del Código civil francés que afecta al usufructuario únicamente para los supuestos que la explotación no pueda hacerse sin concesión si bien le reconoce la posibilidad de convertirse en concesionario. [↑](#footnote-ref-163)
164. Diéz-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial VI. Derechos reales*, cit., 181, comenta que lo el art. 479 CC dice es el el usufructo experimenta una extensión en los supuestos en que se produzca accesión tanto si ésta se produce de forma natural o es originada por un tercero. Y en relación a las servidumbres matiza que el titular activo si bien es el nudo propietario el usufructuario tiene derecho de uso y de disfrute respecto de dichas servidumbres. Considera que el contenido de este precepto no se aplica a las servidumbres personales que no benefician a la cosa sino a un titular concreto. [↑](#footnote-ref-164)
165. Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos de Derecho civil*. *Tomo III. Derechos reales, vol II. Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, cit., 20 ss., señala que en virtud de este precepto el usufructuario, y siempre conforme lo dispuesto en el art. 487 CC, puede elegir el modo de disfrute. Así cultivar la finca, o destinarla a recreo, siempre que no menoscabe sus posibilidades de cultivo, cazar, etc. Asimismo, el disfrute puede ser directo (por el propio usufructuario) o indirecto (por un tercero). Es decir, el usufructuario puede, en lugar de cultivar una finca y percibir los frutos, ceder su gestión a otro mediante arrendamiento (en este caso percibiría un renta –fruto civil-). Este autor señala que en relación a los contratos de arrendamiento de cosas usufructuadas si bien “el art. 473 parece supone que no se extinguen con el derecho real, pero el 480 (cuya ratio es claramente protectora de la nuda propiedad y responde a un interés general en la idea de producción) restringe esta prórroga a los arrendamientos rústicos. Estas normas se hallan ratificadas en las leyes especiales arrendaticias.”. Refiere: el art. 13.3 de la LAU de 1994 que establece que el arrendamiento de vivienda se resuelve, en caso de extinción del usufructo; y el art. 10 de la LAR estableciendo que los arrendamientos rústicos se prorrogarán durante el año agrícola una vez extinto el usufructo. No obstante, la limitación a esta prórroga durante el año agrícola no se aplicará si en el otorgamiento del contrato hubiera concurrido el propietario. En este supuesto el arrendamiento se mantendrá durante el periodo establecido en el contrato. [↑](#footnote-ref-165)
166. Se trata de una compensación irregular. Para Vázquez Iruzubieta, *C., Código Civil. Comentarios, Notas y Jurisprudencia*, cit., la compensación es un derecho que asiste al usufructuario y no al nudo propietario; y una vez ejercida la facultad, el propietario no puede negarse a aceptarlo, aunque puede diferir en cuanto a los valores propuestos por el usufructuario, en cuyo caso la cuestión se deberá dilucidar ante los Tribunales. [↑](#footnote-ref-166)
167. No obstante, hay bienes que admiten transformación como es el caso de fincas rústicas. Vázquez Iruzubieta, *C., Código Civil. Comentarios, Notas y Jurisprudencia*, cit., comenta el supuesto, por otro lado, frecuente de cambio producción. El ejemplo que cita es el de una finca dedicada a la producción de cítricos o laboreo agrícola, convertida en tareas de reproducción y venta de productos avícolas, ocupando para ello buena parte del terreno y abandonando el cuidado de los árboles o de la tierra preparada para la agricultura. [↑](#footnote-ref-167)
168. Doral García De Pazos, J. A., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, tomo VII, vol. 1*,, cit., entiende el que no pueda el usufructuario reembolsar la mejora para no dañar la cosa objeto del usufructo constituye un enriquecimiento ilícito por lo que para este autor, sí que correspondería que el nudo propietario indemnizara al usufructuario. [↑](#footnote-ref-168)
169. En el usufructo rige el principio *usufructus alienari non potest,* que se recoge en Digesto 27, 9, 3,5. [↑](#footnote-ref-169)
170. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial, cit*., § 57. [↑](#footnote-ref-170)
171. El art. 491 CC dispone que para hacer inventario el usufructuario deberá citar al propietario y éste consistirá en la tasación de los bienes muebles y la descripción de los inmuebles, pero nada dice respecto de la forma, es decir, no establece que deba realizarse ante notario ni que se documente en instrumento público. La citación del demandado o de su representante legítimo posibilita a éste a intervenir en el mismo. En relación a la tasación y descripción éstas no simplemente operan en garantía del nudo propietario sino también para limitar la responsabilidad del usufructuario en el momento de la restitución. Mohino Manrique, A., *La cautio usufructuaria en Derecho romano. Análisis juriprudencial*,cit., 91, recoge los testimonios de las fuentes jurisprudenciales sobre las obligaciones del usufructuario Vid., D. 7, 9, 1pr y D. 7,9,1,4. Esta autora señala que aunque la obligación de realizar inventario no fue recogida en las Partidas se ha incorporado a nuestro ordenamiento a través del derecho consuetudinario y por influencia del Código civil francés, art. 600. Nuestro código civil tiene como finalidad garantizar al nudo propietario la determinación cualitativa y cuantitativa de los bienes que deberá restituir el usufructuario a la extinción de este derecho. [↑](#footnote-ref-171)
172. Mohino Manrique, A., *La cautio usufructuaria en Derecho romano. Análisis juriprudencial*, cit., 113 ss., comenta acertadamente que esta obligación del usufructuario tiene su antecedente en el derecho romano a través de la cuatio usufructuaria, mediante la cual el usufructuario garantizaba el uso de la casa sin dolo y conforme al arbitrio de un hombre recto o la diligencia de un buen padre de familia. Diéz-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial VI. Derechos reales*, cit., 187, comenta que la idea de fianza que se recoge en dicho precepto presenta una cierta confusión puesto que: “por una parte designa un tipo peculiar de garantía, que es aquella en la que un tercero se compromete a cumplir las obligaciones de otro (cfr art. 1822 CC: por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste); y, por otra parte, la idea de fianza alude a cualquier tipo de garantía, sea ésta del tipo que fuere”. En materia de usufructo, este autor opina que debe entenderse que predomina la idea garantía que debe alcanzar el valor de los bienes usufructuados. [↑](#footnote-ref-172)
173. La prestación de fianza y la realización de inventario son condiciones que afectan únicamente al ejercicio del derecho pero no son elementos constitutivos del usufructo, La fianza tiene como objetivo garantizar la restitución de los bienes del usufructo o su valor equivalente mientras que el inventario, que debe contener una relación descriptiva de los bienes, tiene por objeto garantizar su existencia, valor y destino de la cosa. Constituye un modo probatorio. En relación con los gastos de su realización, la doctrina está dividida, puesto que mientras unos autores sostienen que deben ser asumidos por ambas partes, usufructuario y nudo propietario, otros autores mantienen que debe ser a cargo del usufructuario por tratarse de una obligación propia de él mismo. El art. 492 CC, redactado por Ley 11/1981, 13 mayo («B.O.E.» 19 mayo), de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, establece una excepción que únicamente afecta a la obligación de prestar fianza: *La disposición contenida en el número segundo del precedente artículo no es aplicable al vendedor o donante que se hubiere reservado el usufructo de los bienes vendidos o donados, ni a los padres usufructuarios de los bienes de los hijos, ni al cónyuge sobreviviente respecto de la cuota legal usufructuaria si no contrajeren los padres o el cónyuge ulterior matrimonio*. [↑](#footnote-ref-173)
174. García Garrido, M.J., *Derecho Privado Romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit, , siguiendo el método de elaboración casuística, propone el caso práctico “Ususfructo de la casa vieja”, que se recoge en D. 7,1,7,2: *Silvio nombró heredero a Calixto y dejó el usufructo de su casa a Lavinia. A la muerte de Silvio la casa se vino abajo de vieja y Calixto la reconstruyó. Lavinia reclama la casa y Calixto se opone alegando que la casa del testador era vieja y no valía nada*. La respuesta de Celso, que recoge Ulpiano en este texto, ofrece la siguiente solución: *Plantea la cuestión de hasta donde llega la reparación ordinaria, dado que el usufructuario no tiene que reconstruir la casa que se venga abajo de vieja. . . Si la casa se vino abajo de vieja, ninguno está obligado a reconstruirla, aun cuando si el heredero la hubiese reconstruido tendría que permitir que la usase el usufructuario.* [↑](#footnote-ref-174)
175. Derivada de la obligación de custodia el art. 511 CC establece que *el usufructuario estará obligado a poner en conocimiento del propietario cualquier acto de un tercero, de que tenga noticia, que sea capaz de lesionar los derechos de propiedad, y responderá, si no lo hiciere, de los daños y perjuicios, como si hubieran sido ocasionados por su culpa.* Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos de Derecho civil*. *Tomo III. Derechos reales, vol II. Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, cit., 31 s., mantiene que esta obligación de denuncia afecta tanto a actos físicos como jurídicos siempre que puedan causar un perjuicio a la propiedad. El usufructuario no puede defender el derecho de propiedad, para el que únicamente está legitimado el propietario, pero sí puede utilizar determinado medios (como por ejemplo la acción negatoria) para lo que sí tiene legitimación. En opinión de este autor, “ a falta de precisión alguna sobre tiempo y forma de comunicar al propietario los actos nocivos de un tercero, hay que entender que deberá hacerse dentro de un plazo apto para permitir al propietario reaccionar eficazmente (por ej., para ejercitar la acción correspondiente antes de que caduque o prescriba). En cuanto a la forma, cualquiera parece hábil con tal que llegue al conocimiento del nudo propietario el hecho ocurrido con datos suficientes (si no lo conocía); cosa distinta es que el usufructuario quiera dejar constancia de haber cumplido tal obligación, a efectos de eludir posible futura exigencia de responsabilidad”. [↑](#footnote-ref-175)
176. Como se ha expuesto supra, el art. 503 CC permite que el nudo propietario realizar mejoras o nuevas plantaciones siempre que no se perjudique el derecho del usufructuario. Asimismo, en virtud de los arts. 517 y 518 CC, el nudo propietario puede realizar las reparaciones necesarias, sin obligación de indemnizar, aunque ello suponga interferir el goce del usufructuario. Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos de Derecho civil*. *Tomo III. Derechos reales, vol II. Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, cit., 38, plantea la posible contradicción del art. 503 CC, puesto que el realizar nuevas plantaciones supone una modificación que puede no ser querida por el usufructuario, a pesar de que pueda representar un beneficio económico. Este autor señala “Acaso desde un punto de vista social favorecido hoy por la Constitución, el modo de goce caprichosamente adoptado por el usufructuario no se puede oponer a la iniciativa del nudo propietario de realizar unas obras o plantaciones que mejoran la finca para ambos, es decir, aumentan, no solo su valor, sino también su rentabilidad inmediata, de modo que tal aumento supere la pérdida del disfrute tal como venía practicándolo el usufructuario”. [↑](#footnote-ref-176)
177. En este artículo no se incluyen los gastos derivados de los litigios entre el usufructuario y el nudo propietario [↑](#footnote-ref-177)
178. Doral García De Pazos, J. A., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, tomo VII, vol. 1*, dir, Albaladejo, Edersa 1992, 8: "No alude el Código a esta nota característica del usufructo y diferenciadora de derechos análogos en cuanto a la estructura y funciones. Precisamente la temporalidad del usufructo es quizá la nota de mayor relevancia jurídica, aquélla sin la cual el usufructo dejaría de serlo." [↑](#footnote-ref-178)
179. Diéz-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial VI. Derechos reales*, cit., 204, mantiene que no tiene aplicación este precepto si, en el momento de constitución del usufructo, los usufructuarios sucesivos fuesen personas que todavía tienen que nacer, en cuyo supuesto cada usufructo de la serie sucesiva tendrá su propia extinción. En el caso de personas jurídicas tampoco se aplicará la regla del carácter vitalicio sino que se necesita una regla especial que se recoge en el art. 515 del mismo cuerpo legal. El usufructo constituido a favor de una corporación o pueblo tendrá una duración máxima de 30 años, no obstante, se extinguirá antes si se extinguiese dicha corporación. [↑](#footnote-ref-179)
180. Beluche Rincón, I., *La relación obligatoria de usufructo*, Ed. Civitas, Madrid 1996, 225: "Para que surja la obligación de restitución es preciso el concurso de tres presupuestos: en primer lugar, que el usufructuario haya conseguido la posesión de la cosa; en segundo lugar, que la tenga todavía en el momento de la extinción del usufructo y, finalmente, que, extinguido el derecho, sea necesario un acto para adecuar la situación de hecho a la situación jurídica." [↑](#footnote-ref-180)
181. El Código civil contempla la distinción entre la pérdida total de la cosa (art. 513.5) y la pérdida parcial (514) Diéz-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial VI. Derechos reales*, cit., 205 s., explica que la incidencia de estas formas de pérdida de la cosa es independiente de los motivos de la misma pero podrían determinar la responsabilidad de quién hubiera incurrido en culpa y por cuya causa la cosa se hubiere perdido. Este autor comenta las reglas que contiene el Código: a) La primera es para el supuesto de usufructo constituido sobre fincas de las que forme parte un edificio. En este caso si se destruyera el edificio el usufructuario podría seguir disfrutando del suelo y de los materiales de derribo; b) La segunda es para el caso de existencia de un seguro de daños sobre el predio, distinguiendo si este seguro hubiese sido satisfecho por ambas partes, mediante, pacto, o por solo uno de ellos porque el otro se hubiese negado. Para el primer supuesto, conforme establece el art. 518 CC, el usufructuario puede seguir disfrutando del nuevo edificio, si se construyere, o percibir intereses del precio del seguro en caso contrario. Si el propietario se hubiese negado a sufragar el seguro, el usufructuario tendrá derecho a percibir el precio del mismo pero tendrá la obligación de reinvertirlo en la finca; c) La tercera hipótesis es contemplada por el art. 518 CC que contempla el supuesto de que el usufructuario se negase a contribuir al pago del seguro en cuyo caso el propietario percibirá íntegramente el precio del mismo pudiendo el usufructuario seguir con el disfrute de la cosa y de los materiales. [↑](#footnote-ref-181)
182. Cuando se extingue el usufructo, el nudo propietario no recupera un derecho sino la facultad de disfrute. Piñar, B., *Usufructo en cosa propia,* en Homenaje a Vallet, vol. IV, 1988, 810, señala "Ahora bien, el ejercicio de la facultad recuperada lo realiza el dueño en cuanto *dominus* y no por haber incorporado a su patrimonio un *ius* *in* *re* *aliena* limitativo de su dominio, y, que, como *ius* *in* *re*, permanece diferenciado y con sus características propias. El dueño que recupera su facultad de disfrute de la cosa, por extinción del usufructo, disfruta de la misma como propietario y no como usufructuario. El disfrute que es un *ius in re aliena* en el usufructo (art. 467 Cc.), es una facultad del *dominus* en la propiedad plena (art. 348 Cc.). Para que la facultad se transforme en derecho real debe desglosarse por *traslatio* o por *deductui*, es decir, por transmisión o reserva, de tal forma que dominio limitado y derecho limitativo se hallen en patrimonios diferentes." [↑](#footnote-ref-182)
183. Reinoso Barbero, F., *Derecho Patrimonial, cit*., § 58. [↑](#footnote-ref-183)
184. El carácter real de los derechos de uso y habitación se recoge expresamente en la LH. En el art. 1 declara como objeto del Registro de la propiedad la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio demás derechos reales sobre bienes inmuebles; y en el art. 2.2, dispone que se inscribirán “los títulos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derecho de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales”. [↑](#footnote-ref-184)
185. La STS de 4 de febrero de 1983 enumera los caracteres del derecho de uso, que pueden aplicarse también al de habitación. Se trata de: 1.º) un derecho real; 2.º) de uso y disfrute; 3.º) recayente sobre un inmueble; 4.º) limitado a las necesidades del mismo; 5.º) de carácter personal (en el sentido de personalísimo e intransmisible); con dos particularidades esenciales que le dan individualidad jurídica, cuales son: 6.º) la temporalidad del uso (y de la habitación) y 7.º) su especial régimen jurídico. [↑](#footnote-ref-185)
186. García Garrido, M.J., *Derecho Privado Romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., define el Uso como el derecho de usar una cosa ajena para atender las necesidades propias y de la familia, sin percibir los frutos que pertenecen al propietario, comenta que “. La jurisprudencia interpretó con un criterio extensivo las disposiciones testamentarias que atribuían el uso. Se considera que el usuario tiene la facultad de servirse de los frutos de una finca para su consumo en el propio lugar. En derecho justinianeo se permite alquilar las habitaciones que el usuario no utiliza. Éste garantiza, por una *cautio usuaria,* la conservación de la cosa y su devolución”. [↑](#footnote-ref-186)
187. García Garrido, M.J., *Derecho Privado Romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., señala que Justiniano lo considera como un derecho independiente del usufructo o del uso, y comprende no sólo el derecho de habitar la casa, sino también el cederla en arrendamiento. Puede constituirse como un derecho vitalicio, como el usufructo, pero no se extingue por la *capitis deminutio* ni por el no uso. [↑](#footnote-ref-187)
188. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial, cit*., § 58: “Estas bases <se refiere a las romanísticas> se mantienen en la regulación conjunta de ambas instituciones que realizan los artículos 524 al 529 CC. Conforme a ella, el uso y la habitación son derechos limitados de usufructo, pues las disposiciones establecidas para el éste son aplicables a aquéllos (artículo 528 CC). También se extinguen por las mismas causas que el usufructo, además de por abuso grave de la cosa o de la habitación. El artículo 524 CC los define así: a) “El uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta se aumente”. b) “La habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia”. La singularidad de las pocas reglas que los diferencian del usufructo procede de la limitación respecto de las necesidades familiares del usuario y del habitacionista. Esas reglas, en definitiva, se reducen a dos: i) ambos deben ejercer directamente su derecho y no pueden arrendarlo ni traspasarlo a otro por ninguna clase de título; y ii) ninguno de ellos tiene que contribuir a los gastos, salvo que el propietario no obtenga de la cosa aprovechamiento suficiente para cubrirlos.” [↑](#footnote-ref-188)
189. El CC, si bien no define estas instituciones, si señala los derechos de los titulares del uso y la habitación. El art. 524.1 CC establece que "el uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y su familia, aunque ésta aumente". Y el art. 524.2 CC señala que "la habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia". En relación a los frutos se limitan a los suficientes para las necesidades del titular de uso y su familia por lo que si hay excedente éste corresponderá al propietario. [↑](#footnote-ref-189)
190. En relación a los caracteres del derecho de los derechos de uso y habitación la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1983, señalando que cada uno de ellos es: 1.º) un derecho real; 2.º) de uso y disfrute; 3.º) recayente sobre un inmueble; 4.º) limitado a las necesidades del mismo; 5.º) de carácter personal (en el sentido de personalísimo e intransmisible); con dos particularidades esenciales que le dan individualidad jurídica, cuales son: 6.º) la temporalidad del uso (y de la habitación) y 7.º) su especial régimen jurídico. [↑](#footnote-ref-190)
191. En relación con las facultades del usuario Diéz-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial VI. Derechos reales*, cit., 232, cita como características: a) La inmediatividad, puesto que el poder del usuario lo ejercita directa e inmediatamente sobre la cosa; b) La reipersecutoriedad, en el sentido que por analogía con el usufructo se le concede al usuario la acción confesoria contra el poseedor de los bienes y contra cualquiera que perturbe en el ejercicio de su derecho; c) Exclusividad y preferencia frente a cualquier tercero que tenga menor derecho sobre la cosa o de fecha posterior. [↑](#footnote-ref-191)
192. Albadalejo, M., *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit., 556 s., aclara que bajo el término familia no solo deben incluirse al cónyuge del titular e hijos no emancipados sino a cualquier persona que viva bajo el mismo techo, excluyendo lógicamente a los huéspedes de pago. En relación a las necesidades del titular y de la familia señala que deben entenderse conforme a la posición social y las circunstancias y no restringirlas a las necesidades puramente personales sino que incluyen las relativas al consumo preciso para las cosas e, incluso, animales que estén a su cargo o tomó en arriendo. Este autor considera que titular del derecho de uso o habitación también puede ser una persona jurídica que también pueden tener necesidades susceptibles de satisfacción por el derecho de uso o habitación. [↑](#footnote-ref-192)
193. La [Resolución de la DGRN de 10 de diciembre de 2015](http://app.vlex.com/#vid/590532690) []](#cite_note-0) dice que la doctrina define este derecho como aquel derecho real en cosa ajena, sin injerencias de tercero, incluido a estos efectos el propietario de la cosa objeto del derecho, que menoscaben o hagan imposible el goce directo, que se concede en forma estrictamente personal al usuario para que obtenga de la cosa cuantos servicios sea capaz de aprovechar para la satisfacción directa e inmediata de sus necesidades personales y familiares, incluso haciendo suyos los frutos naturales o industriales que sea susceptible de producir, si bien la apropiación de los frutos se limita, por regla, al límite del consumo anual posible por el usuario y su familia. [↑](#footnote-ref-193)
194. La  [RDGRN de 10 de diciembre de 2015](http://app.vlex.com/#vid/590532690) mantiene que aunque el usuario no puede por sí solo enajenar o hipotecar su derecho de uso, por su carácter intrasmisible, sí podrá enajenar o gravar el bien si en el acto dispositivo concurren el nudo propietario con el usuario. [↑](#footnote-ref-194)
195. La RDGRN de 5 de octubre de 2015 señala que el derecho de habitación tiene unas características especiales que determinan que aun cuando se trata de un derecho real tiene connotaciones propias de los personales. Así, el Art. 525 del CC establece que no se puede arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título, y en el artículo 529 , además de las causas de extinción del usufructo, establece que se extinguirá también por el abuso grave de la habitación. Advierte la citada resolución de 5 de octubre de 2015 que no cabe que el derecho de habitación recaiga sobre la mitad indivisa de una vivienda, (al serle consustancial la facultad del titular de ocupar (físicamente) en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia); pero sí es posible constituir, adjudicar, etc. una mitad indivisa del derecho de habitación de la casa. Es decir, una cosa es tener el 100% del derecho de habitación sobre la mitad indivisa de una finca (que no se admite) y otra tener el 50% del derecho de habitación, que no son lo mismo. [↑](#footnote-ref-195)
196. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial, cit*., § 59, indica a este respecto: “Las servidumbres, en el derecho romano, son servicios permanentes entre fundos vecinos pertenecientes a distintos propietarios. El inmueble que se beneficia de la servidumbre se denomina ‘dominante’ y el que la presta o sufre ‘sirviente’. Las cuatro reglas básicas son: i) la servidumbre siempre recae sobre un fundo ajeno; ii) son inseparables del fundo; iii) son indivisibles; y iv) nunca pueden consistir en un hacer. El propietario del fundo sirviente debe o ‘no hacer’ algo —por ejemplo, no abrir ventanas o no elevar la edificación— o ‘dejar hacer’ algo que beneficie al fundo dominante —por ejemplo, permitir el paso al mismo o tolerar que se tome agua para regarlo— (cfr. Pomponio D. 8,1,15,1). Las servidumbres son rústicas —de paso, de aguas, de pastos, de extraer minerales— y urbanas —de luces y vistas, de vertiente de aguas, de apoyo de viga o muro— (cfr. Gayo D.8,2,2). Con el derecho postclásico se difuminan los caracteres de la posesión, y se admite que recaiga sobre derechos, por lo que se considera que las servidumbres pueden ser poseídas y, en consecuencia, constituidas por prescripción.” García Garrido, M.J., *Derecho Privado Romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., , : “La concepción de las servidumbres como derechos (*iura*)nace, probablemente, con la aparición de las urbanas, que se consideraban distintas de las cosas a las que se incorporaban o servían. Gayo, 2. 14, incluye las servidumbres entre las *res incorporales.* Es importante, por ello, la distinción entre servidumbres prediales rústicas y urbanas, según se destine a una finalidad agraria o de edificación. En derecho postclásico no se distingue entre uso y posesión, y esto lleva a considerar a la servidumbre como objeto de posesión. Al admitirse la posesión de cosas incorporales o derechos (*quasi possessio*)*,* se reconoce la posibilidad de constituir servidumbre por el transcurso de los plazos de la prescripción, pese a que no existía una posesión verdadera y propia. También se admite que aunque no puede haber entrega material de la cosa, puede constituirse una servidumbre por *traditio,* entendiendo por ésta la tolerancia del propietario ante el uso de la servidumbre. A esta nueva concepción responde la distinción entre las servidumbres prediales que afectan al suelo (*in solo*)y otras de lo que está sobre el suelo (*in superficie:* D. 8. 1. 3). Esta distinción es inadmisible en el antiguo derecho civil, ya que la superficie cede al suelo. Sólo pudo admitirse cuando un derecho de superficie se considera con independencia del suelo. Se afirma, por ello, que *«las servidumbres que se constituyen sobre las edificaciones se retienen por la posesión»* (D. 8. 2. 20 pr.). Justiniano intenta una nueva sistemática al clasificar las servidumbres en prediales (*servitutes praediorum*)y personales (*servitutes personarum*)*.* En esta última categoría incluye el usufructo, el uso y la habitación. La nueva clasificación es errónea, y la unificación era innecesaria. Es cierto que el usufructo se trata a continuación de las servidumbres en el edicto pretorio y en las obras jurisprudenciales y que existen modos comunes de constitución y extinción, y semejanza entre las acciones que los protegen. Pero esto no podía llevar a confundir derechos que para los clásicos son independientes y distintos”. [↑](#footnote-ref-196)
197. El art. 530 CC considera el usufructo como una relación entre predios al establecer que “la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño”. Lucas Fernández, F., *La servidumbre predial de paso en el Código civil español*, en *Anales de la Universidad de Murcia* 3-4 (1980), 221 s., que considera incorrecta las definiciones que identifican la servidumbre como relación entre predios, formula la siguiente definición: «La servidumbre es un derecho real en fundo ajeno que faculta a su titular a obtener del predio gravado una concreta utilidad, distinta de la que primordialmente proporciona éste conforme a su destino económico». Esta definición permite, según afirma el autor, destacar los rasgos característicos de la servidumbre: a) como un derecho real, por lo que la facultad en que consiste puede ejercitarse sobre la finca cualquiera que sea el dueño de ésta; y cualquier propietario o titular de un derecho de goce general sobre el predio gravado, sea cual fuere su título de adquisición, deberá tolerar el gravamen que la servidumbre implica, sin que pueda alegar ser extraño personalmente al acto de constitución de la servidumbre; b) su titular puede determinarse individualmente u ob rem, lo que permite que esta definición pueda aplicarse tanto a las servidumbres prediales (art. 530 CC) como a las personales (531 CC); c) la servidumbre grava un predio ajeno, en este sentido se pretende resaltar el aspecto pasivo de la servidumbre y al establecer que el predio ha de ser ajeno se pretende expresar que el predio sirviente no debe pertenecer al titular de la servidumbre, puesto que puede existir servidumbre sobre un predio *nullius*; La servidumbre faculta a su titular a obtener del predio gravado una concreta utilidad distinta de la que primordialmente proporciona éste conforme a su destino económico. Para este autor el peso de la definición de servidumbre debe recaer en el contenido del derecho que lo diferencia de otros derechos reales, así afirma que en esta nota de la definición que analizamos, radica la esencia del concepto que formulamos de la servidumbre. No es la nota del gravamen del fundo sirviente ni siquiera la atribución de una utilidad con carácter instrumental para el goce o la utilidad de otro predio llamado dominante, lo que constituye la característica esencial diferenciadora: lo primero porque el mismo gravamen se da en el supuesto de que el predio esté sujeto a otros derechos reales como el usufructo, y lo segundo porque el predio dominante puede no existir en ciertas servidumbres personales como la de pastos, leñas, balcón, ect., [↑](#footnote-ref-197)
198. Esta regla responde a que el propio servicio que presta el fundo sirviente es indivisible. Este precepto establece que en caso de de división de los predios, objeto de la servidumbre, no modifica este derecho real. Diéz-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial VI. Derechos reales*, cit., 247, comenta que conforme el art. 535.2 CC, si el predio que se divide es el dominante, cada uno de los titulares de las porciones resultantes tiene derecho a la servidumbre, no alterando el lugar de su uso, ni agravándola de otra manera. En el supuesto que la división se produzca en el predio sirviente tampoco esta división afectará a la servidumbre, debiendo cada uno de los predios tolerarla en la parte que le corresponda (art. 530.1 CC). [↑](#footnote-ref-198)
199. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial, cit*., § 59. [↑](#footnote-ref-199)
200. Cabañas García, J.C., *La tutela judicial del tercero. Estudio sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva, en el proceso civil*, Ed. Dijusa, Madrid 2008, 73, comenta el supuesto de la servidumbre de luces y vistas “es continua, pues su uso es o puede ser incesante, sin la intervención de ningún hecho del hombre (cfr. art. 532.2 CC) y aparente, pues se anuncia a través de un signo exterior (cfr. art. 532.4), la ventana. Y según la jurisprudencia, la servidumbre de luces y vistas es positiva si es en pared medianera y negativa si es en pared propia [SSTS 2 marzo 1988 (RJ 1988, 1544) y 1 octubre 1993 (RJ 1993, 7452), entre otras]. Se argumenta al respecto que consiste en impedir al propietario del fundo sirviente hacer algo que le sería lícito si no existiera el gravamen (cfr. art. 533), concretamente, edificar a menos de tres metros de distancia (cfr. art. 585 CC). Esta consideración ha sido criticada por la doctrina -que no entiende que una servidumbre pueda ser al mismo tiempo aparente y negativa-, y matizada por la propia jurisprudencia respecto de balcones con voladizos u otros salientes sobre el predio sirviente. Pero en este caso, al tratarse de una ventana, ha de tomarse en consideración la doctrina jurisprudencial que tiene la servidumbre por negativa.” [↑](#footnote-ref-200)
201. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial, cit*., § 59. [↑](#footnote-ref-201)
202. Esta distinción tiene su fundamento en la intervención personal y actual del propietario del fundo dominante que se recoge en la expresión “hecho actual del hombre y no en si el uso es, o no continuado, como sucede en la servidumbre de acueducto que es continua conduzca, o no agua, de forma constante. Vázquez Iruzubieta, *C., Código Civil. Comentarios, Notas y Jurisprudencia*, cit., señala que es necesario poner especial énfasis en el término *«actual»* que adjetiva al *«hecho del hombre»*, si bien, aun distinguiendo entre *«hecho inicial»* y *«hecho actual»*, no desaparecen todas las dificultades que el concepto plantea, como por ejemplo sucede en la servidumbre de luces y vistas calificada como continua cuando parece evidente que el goce que proporciona al propietario del fundo dominante no puede ser ejercitado sin el hecho del hombre que se asome a la ventana (salvo el goce provocado por la entrada de aire y luz); la servidumbre *altius non tollendi* que generalmente es considerada como continua y que simplemente consiste en un no hacer del propietario del fundo sirviente y no implica ningún acto positivo del propietario del fundo dominante, plantean dificultades de admisión del concepto de servidumbre discontinua ofrecido. [↑](#footnote-ref-202)
203. Hernández Gil, A., *Diversos problemas acerca de una servidumbre predial de pas»*, *Obras completas. Derechos reales. Derecho de sucesiones*, t. IV, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1989, afirma que «la apariencia, en cuanto que es *erga omnes* y no relativa a ciertos sujetos, requiere obras destinadas en forma inequívoca, visibles y permanentes, al ejercicio de la servidumbre. La equivocidad, el hecho de que pueda ser interpretada como destinada a fines diversos, excluye la apariencia de la servidumbre. Así, una senda será elemento de la apariencia de una servidumbre de paso en cuanto muestra que sirve para el paso a un determinado fundo, pero por su sola existencia no es aparente el contenido del paso". Busto Lago, J.M., *La usucapión de la titularidad de la servidumbre predial de paso,* cit., incide en que es requisito necesario para que una servidumbre sea aparente la existencia de indicios exteriores visibles que revelen la misma, de forma que se requiere una visibilidad objetiva perceptible por cualquiera. La generalidad de la doctrina española comparte esta idea, expresada por Albaladejo, M., *Derecho civil,* cit., 110 s., con las siguientes palabras: «un mismo tipo de servidumbre puede ser aparente en unos casos y no aparente en otros. Así, la de paso, según que falte o no un signo de su existencia: por ejemplo, se atraviesa el predio sirviente por una explanada o bien por un carril practicado a través de los sembrados» Vázquez Iruzubieta, *C., Código Civil. Comentarios, Notas y Jurisprudencia*, cit., señala que en el wupuesgo de servidumbres aparentes “De conformidad con una consolidada doctrina jurispridencial que se inicia con la S.T.S. de 5 de abril de 1898 , quien adquiere bienes inmuebles gravados con una servidumbre respecto de cuya existencia no puede dudarse por revelarse mediante signos ostensibles e indubitados, aunque la misma no esté inscrita en el Registro de la Propiedad, carece de la calidad de tercero a los efectos previstos en la L.H., de forma que la servidumbre aparente surte efecto contra el adquirente sin necesidad de inscripción registral. En este sentido, LACRUZ afirma que la ignorancia del tercer adquirente de la existencia de la servidumbre aparente, aun siendo real y verdadera, sería inexcusable, de forma que, en todo caso, frente al tercer adquirente es como si estuvieran inscritas. Si se admite esta tesis, nos encontraríamos ante una especie de presunción *iuris et de iure* de conocimiento de la servidumbre aparente frente a la cual la ignorancia real de su existencia no tendría ningún efecto. Roca Sastre, R. M.ª, y Roca-Sastre Muncunill, L., *Derecho hipotecario*, T. I, Ed Bosch, Barcelona 1979, 587, mantiene que “la fe pública registral, en su actuación protectora del tercer adquirente respecto de las relaciones jurídicas que no hayan tenido acceso registral, no actúa en cuanto a las servidumbres aparentes, que por su ostensibilidad tienen que herir forzosamente los sentidos. No es preciso que estas servidumbres consten inscritas respecto de la finca gravada para perjudicar a terceros adquirentes, pues su notoriedad suple con eficacia el posible silencio del Registro acerca de su existencia como gravamen. Esta particularidad no obedece a ninguna norma legal, sino a un reiterado criterio jurisprudencial*”.* [↑](#footnote-ref-203)
204. Esta clasificación tiene su fundamento en el testimonio que se recoge en D.8,1,15,1 *Pomponius libro trigensimo tertio ad Sabinum: Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat*. [↑](#footnote-ref-204)
205. Lucas Fernández, F., *La servidumbre predial de paso en el Código civil español*, cit., 234 s., señala que en ambas servidumbres el art. 532 CC establece una prohibición al dueño del predio sirviente de hacer algo que le sería lícito sin la existencia del gravamen, pero en las negativas, la limitación que dicha prohibición supone se asume en sí y por sí , mientras que en las positivas, dicha limitación y consiguiente exclusión de los demás, tiene como medida la utilización directa del fundo por el titular activo de la servidumbre o a través del *facere* del dueño del predio sirviente. [↑](#footnote-ref-205)
206. Vázquez Iruzubieta, *C., Código Civil. Comentarios, Notas y Jurisprudencia*, cit., indica que las servidumbres legales o forzosas se pueden producir de dos formas: una de modo automático, como es en el supuesto de recepción de aguas pluviales de fundos superiores, que tienen su funcionamiento desde un determinado supuesto de hecho; y otra que, como sucede en la servidumbre de paso, que parte de una posibilidad que la ley otorga a los particulares para poner en marcha sus derechos de servicios prediales. En esta última, a pesar de ser forzosa puede constituirse por acuerdo de las partes interesadas. Este autor aclara que “En realidad, algunas son auténticas servidumbres, mientras que otras tienen una clara significación de restricciones al dominio de los particulares sobre sus bienes inmuebles. La expresión utilidad pública ha sido vertida en el ámbito de lo jurídico sin mayor cuidado y ahora, en su virtud, las manifestaciones de poder omnímodo del Estado se extienden y proliferan sin ninguna clase de control, constriñendo cada vez más el derecho a la privacidad del patrimonio convertido poco menos que en un bien social. Con todo, y aunque los Tribunales hace varias décadas trataron de cubrir las garantías para el ejercicio de los derechos individuales, hoy los Jueces están por la labor contraria, sumándose a los abusos del Poder Administrador. Se echa en falta alguna sentencia como la del TS 1º, S. 17 de noviembre de 1930, por la que se imponía la necesidad de interpretar restrictivamente lo que constituye una limitación o gravamen al dominio ya que es sabido que si lo favorable debe ampliarse, lo odioso debe ser restringido. Las facultades que tiene la Administración para constituir una servidumbre restringiendo derechos subjetivos de los particulares, no es absoluta, pues debe dimanar del texto expreso de una ley, como es el caso del la conducción de aguas o los tendidos para el transporte de energía eléctrica”. [↑](#footnote-ref-206)
207. Las servidumbres pueden obedecer a interés de los particulares o a utilidad pública e interés común. El interés de los particulares viene referido a un beneficio de carácter individual. *Vid*., Vázquez Iruzubieta, *C., Código Civil. Comentarios, Notas y Jurisprudencia*, cit., señala que las servidumbre que responden a interés público requieren de legislación específica que además de regularlas establezcan determinadas garantías de mantenimiento y seguridad, como las leyes especiales relativas a carreteras, aeropuertos, propiedad horizontal, transporte de energía eléctrica, costas, interés militar. En relación a estas servidumbres forzosas que responden a intereses comunes señala problemas que surgen con frecuencia, en ocasiones a falta de regulación o una deficiente actuación de la administración, en los siguientes casos: servidumbres de elementos comunes; servidumbres en zona de tránsito marítimo; servidumbres de carreteras;, servidumbres de interés militar. [↑](#footnote-ref-207)
208. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial, cit*., § 59: “Todas las servidumbres se adquieren mediante *título* legal o voluntario. Por excepción, las servidumbres que sean al mismo tiempo continuas y aparentes podrán adquirirse también por usucapión de veinte años (artículo 537 CC). La constitución de una servidumbre implica, accesoriamente, la concesión de las facultades necesarias para su uso. Por ejemplo, una servidumbre que autorice a tomar agua de un manantial implica permitir también el paso hasta el mismo (artículo 556 CC). El artículo 541 CC mantiene, en las servidumbres aparentes, un caso especial procedente de la tradición jurídica y fundado en elementales normas de confianza. El precepto dice que “la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura”.” [↑](#footnote-ref-208)
209. Las servidumbres discontinuas y las no aparentes únicamente puede adquirirse en virtud del título conforme establece el art. 539 CC y por ley según dispone el art. 564 y ss CC. Para Clemente Meoro, M.E., *Las servidumbres: distinción entre límites y limitaciones del dominio; servidumbres legales y voluntarias*, cit., 85: “el término título es susceptible de diversas interpretaciones. Puede entenderse por título tanto el negocio a través del cual se ha constituido (título material) como el documento en el que consta sus constitución (título formal). En el [art. 540](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/540) [CC](http://app.vlex.com/#/vid/127560) resulta bastante evidente que el término título equivale a documento: en las servidumbres no usucapibles -como la de paso- la falta de un documento en el que conste la constitución de la servidumbre sólo puede suplirse por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente o por una sentencia firme”.

     Este autor plantea la cuestión si el término título tiene el mismo significado en estos dos preceptos y sostiene que “en el art. 537, que también se refiere a la constitución de servidumbres en virtud de título, este término comprende cualquier negocio jurídico que haya servido para constituir la servidumbre, "cualquier acto jurídico, oneroso o gratuito, «inter vivos» o «mortis causa»" [Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1969 (RJ 1969, 3191], 26 de junio de 1981 (RJ 1981, 2614) y 1 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1633) y 27 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7768), entre otras]. Y no es necesaria escritura pública para constituir una servidumbre. Ciertamente, el art. 1280.1 CC exige que consten en escritura pública los actos y contratos que tengan por objeto la creación de derechos reales sobre bienes inmuebles, pero este precepto ha de interpretarse en relación con el artículo que le precede y concebirse como una forma a cuyo cumplimiento pueden compelerse recíprocamente los contratantes [Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1981 (RJ 1981, 2614), 21 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 10591), 1 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1633), 24 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1193) y 27 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7768), entre otras]. En efecto, en el art. 539 CC el término título se utiliza en su sentido material, lo que no contradice su utilización en el art. 540 CC como documento o título formal. Así lo señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7750): "La falta de título no sólo puede ser suplida por el reconocimiento del dueño del predio sirviente en documento, sino también por sentencia firme, y ésta se tiene que producir como consecuencia de un pleito en el que se pruebe que hubo título para su constitución o, en otras palabras, negocio jurídico creador de la servidumbre, no que hubo un título en el sentido de documento en el que se consignó aquel negocio". La expresión "título" tiene distintos significados en los arts. 539 y 540 CC porque cada uno de estos preceptos se refiere a supuestos de hecho distintos. El art. 539 regula la constitución de las servidumbres no usucapibles; el art. 540, la prueba de las servidumbres constituidas por negocio jurídico no documentado. En cuanto a éstas, hace falta escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente o sentencia firme que declare la existencia de la servidumbre constituida por negocio jurídico. La escritura de reconocimiento del dueño y la sentencia firme son en realidad la expresión documental de que el título adquisitivo existe, bien porque así lo reconozca el sirviente, bien porque en la sentencia firme -en su caso- se declare que existe y la imponga. Las anteriores consideraciones vienen refrendadas por la jurisprudencia y la doctrina. En punto a la jurisprudencia, cabe citar, además de la que es objeto de este comentario, las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1962 (RJ 1962, 2313), 2 de junio de 1969 (RJ 1969, 3191], 26 de junio de 1981 (RJ 1981, 2614), 6 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6324), 21 de octubre de 1987 (RJ 1987, 7306), 21 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 10591), 27 de febrero de 1993 (RJ 19993, 1300), 20 de octubre de 1993 (RJ 19993, 7750), 1 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1633), 23 de junio de 1995 (RJ 1995, 4980), 27 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7768), 18 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8329) y 13 octubre 2006 (RJ 2006, 8999), entre otras”. [↑](#footnote-ref-209)
210. Busto Lago, J.M., *La usucapión de la titularidad de la servidumbre predial de paso,* Ed. Edersa, Madrid 2000, señala la adquisición por usucapión sin justo título de una servidumbre discontinua se regirá por el Código Alfonsino, conforme a la Disposición Transitoria primera del CC que dispone que *«se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca»* y con el art. 1939 CC, que establece que *«la prescripción comenzada antes de la publicación de este código se regirá por las leyes anteriores al mismo»*. Es decir, se regirá por lo que se establecía en la Part. III, 31,15 que exigía el requisito de la posesión inmemorial de la servidumbre. La aplicación de esta normativa ha sido reconocida por jurisprudencia constante del TS (STS de 13 de enero de 1860; STS de 28 de junio de 1860; STS de 25 de enero de 1861; STS de 23 de junio de 1862; STS de 13 y 25 de octubre de 1866; STS de 27 de febrero y 14 de abril de 1874).. Señala este autor que “Si se admite la llamada tesis romanista, de conformidad con la cual la inmemorialidad es un tipo o clase de prescripción, para que se produzcan los efectos adquisitivos de la posesión inmemorial no es necesario ni buena fe ni justo título en la posesión. El tenor literal de la Ley de Partidas 15, 31, 3, al exigir la buena fe en la posesión *ad usucapionem* de las servidumbres continuas, frente al silencio respecto al «uso» inmemorial de las discontinuas, parece avalar esta afirmación. La prescripción inmemorial tampoco exige justo título, puesto que aquélla se subroga en el lugar de éste y, por lo tanto, no es necesario ni probarlo ni, siquiera, alegarlo. De aquí que pueda afirmarse que la posesión inmemorial equivale al título, o bien que, cuando menos, constituye una presunción *iuris et de iure* de que existe título de constitución de la servidumbre”. [↑](#footnote-ref-210)
211. Diéz-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial VI. Derechos reales*, cit., 256 s., plantea la cuestión si la constitución que establece el art. 541 se trata de una constitución legal o, por el contrario, una constitución negocial. En su opinión, a primera vista, parece que se trate de una servidumbre legal, sin embargo, la decisión del propietario de crear la situación de signo aparente y la del transmitente de no expresar nada en contario en el momento de la celebración del contrato, le lleva a considerar que se trate de una constitución negocial, aunque con características en cierta medida anormales. Matiza que de voluntad tácita (negocial) únicamente puede hablarse cuando aparecen realizados actos concluyentes por ambas partes o por alguna de ellas, siempre que estos actos serían imposibles de realizar si no es estuvieran presididos por la voluntad que se considera tácita. [↑](#footnote-ref-211)
212. Este modo de extinguirse, denominado por confusión, se produce en virtud de la regla *romana nemini res sua servit*, recogida en D. 8,2,26 *Paulus* *libro quinto decimo ad Sabinum: In re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quicquam invito altero potest neque prohibere, quo minus alter faciat (nulli enim res sua servit): itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit. sed per communi dividundo actionem consequitur socius, quo minus opus fiat aut ut id opus quod fecit tollat, si modo toti societati prodest opus tolli.* A este modo de extinción se refiere Gayo en su libro séptimo de los comentarios al edicto provincial recogido en D.8,6,1: *Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit.* En términos generales puede decirse que la confusión es un modo de extinción de relaciones jurídicas en las que se reúnen en la misma persona las cualidades de titular activo y de titular pasivo. Lucas Fernández, F., *La servidumbre predial de paso en el Código civil español*, cit., 395 s., apunta que la titularidad adquirida debe tener carácter definitivo por lo que no se producirá extinción por confusión en los supuestos de compraventa con pacto de retroventa si el vendedor u otro subrogado en su posición jurídica ejercita su derecho de retraer la cosa, o, mejor, el derecho vendido, en cualquier supuesto en general en que se produzca la resolución del acto jurídico adquisitivo como sería en el caso de compraventa sujeta a plazo o condición resolutoria, llegado el plazo o cumplida la condición, en el supuesto de nulidad del acto jurídico adquisitivo, etc., etcétera, en todos cuyos casos, repetimos, no puede hablarse de confusión porque en estos casos lo que ocurre es que se entiende que el acto adquisitivo no se ha llegado a producir.

     No obstante, no se produce extinción por confusión cuando uno de los miembros de una comunidad bien sea titular del fundo sirviente o dominante adquiera como propietario único uno de estos predios. Otro supuesto en que no se produce extinción es cuando existe un derecho de usufructo a favor de un tercero sobre uno de los fundos. [↑](#footnote-ref-212)
213. La STS de 19 de febrero de 2016 declara que en el supuesto de servidumbre por destino, prevista en el [artículo 541 del Código Civil](http://app.vlex.com/#vid/127560/node/541) , únicamente cabe estimarla subsistente en el supuesto de que represente una verdadera utilidad actual para el predio dominante, aun cuando no se haya hecho desaparecer el signo aparente ni se formule manifestación en contrario en los títulos de enajenación. [↑](#footnote-ref-213)
214. La renuncia del titular del fundo dominante debe ser clara y determinante. A pesar de que existe discusión doctrinal en relación a admitir la posibilidad de renuncia tácita, la STS de 16 de octubre de 1987 la admite al señalar que debe estimarse que los actos de la recurrente, efectuados de manera personal, al manifestar su aquiescencia con el estado de cosas provocado por la división operada en la finca contigua y proceder con posterioridad a ello a solicitar en juicio tan solo el cierre de unas determinadas ventanas, fueron lo suficientemente claros y concluyentes como para integrar una renuncia tacita al derecho de servidumbre. No se produce extinción cuando la titularidad de la servidumbre corresponde a una comunidad y hay una renuncia unilateral de uno de los comuneros puesto que se requiere el consentimiento unánime. [↑](#footnote-ref-214)
215. Este acuerdo extintivo es cuando las partes del titular del predio dominantes y del predio sirviente llegan a un acuerdo para extinguir la servidumbre a cambio de una indemnización. Se establece también en la regulación que si no hay acuerdo en el importe de la indemnización éste será el 4% del valor de los pastos según valoración o tasación pericial. [↑](#footnote-ref-215)
216. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial, cit*., § 59: dice que las servidumbres legales “protegen tanto el interés público como el privado, y se regulan genéricamente en los artículos 549 al 593 CC. Esta regulación incluye, de forma indistinta, tanto auténticas servidumbres como lo que pueden considerarse obligaciones que no lo son, pues, en realidad, constituyen limitaciones al derecho de propiedad. Por ejemplo, cuando el artículo 553 CC establece en las riberas de los ríos una zona de tres metros de uso público, no impone tanto una servidumbre como un límite al derecho de propiedad de los fundos ribereños y sus márgenes, en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento. Un criterio para diferenciar ambos tipos de *servidumbres* recae en la asignación o no de una indemnización compensatoria. Dentro de las servidumbres legales se regulan las siguientes clases: 1º.- *Servidumbre de aguas*. Son aquellas que afectan a la toma, conducción o aprovechamiento de las aguas entre fundos o a favor de personas o comunidades. Se contemplan varias clases de este tipo de servidumbres, como las de saca de agua, acueducto, derivación, presa y abrevadero. Se pueden imponer en determinados casos bajo indemnización, según respondan a causas de necesidad pública o privada (artículos 552 al 563 CC). 2º.- *Servidumbre de paso*. Los artículos 564 al 570 CC establecen las condiciones en las que puede exigirse la constitución de una servidumbre forzosa que autorice al propietario del fundo dominante a pasar por el sirviente. Se rige por los criterios de necesidad y menor gravamen. Según sean las circunstancias que la motiven puede asignarse o no una indemnización compensatoria. 3º.-*Servidumbre de medianería*. Esta servidumbre recae sobre los elementos que dividen o separan dos propiedades. Estos elementos pueden pertenecer exclusivamente a uno de los dueños de los fundos vecinos y, en tal hipótesis, no habrá servidumbre. Por ejemplo, cuando uno de ellos construye una valla en su terreno para separarlo del fundo contiguo. En caso contrario, se presume esta servidumbre en las paredes divisorias: i) de los edificios contiguos hasta el punto común de elevación; ii) de los jardines o corrales; y iii) en las cercas, vallados y setos vivos que dividen los predios rústicos (artículos 571 al 579 CC). El CC solo contempla la ‘medianería vertical’. La jurisprudencia y la DGRN (desde la RDGRN de 6 noviembre 1985) admiten también la ‘medianería horizontal’ que se produce, sobre todo, en algunos casos de inmisiones y edificaciones sobre el vuelo de otras. De forma que la medianería horizontal recae en el techo de una construcción y en el suelo de la edificada sobre ella. 4º.- *Servidumbre de luces y vistas*. Esta es una materia actualmente regulada sobre todo por el derecho urbanístico. No obstante, los artículos 580 al 585 CC establecen algunos principios que descansan en la idea de imponer límites tanto a la apertura de ventanas y balcones como a la realización de construcciones. La causa es preservar la intimidad de las fincas y proporcionar las luces indispensables. Dentro de estos límites resultan de importancia las distancias que se deben guardar con los fundos contiguos, tanto para la apertura de huecos como para poder realizar construcciones. 5º.- *Servidumbre de desagüe de los edificios*. Se constituye esta servidumbre cuando las aguas pluviales no caen sobre el propio suelo ni sobre la calle o sitio público, sino sobre el suelo del fundo vecino. En principio las construcciones deben realizarse de forma que eviten su constitución (artículos 586 al 588 CC). 6º.- *Distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones*. Los artículos 589 al 593 CC contienen un catálogo de prohibiciones relativas a las obras que pueden realizarse junto a las fincas vecinas, así como a la plantación de árboles en sus cercanías.” [↑](#footnote-ref-216)
217. El [art. 45](http://app.vlex.com/#/vid/172583/node/45) de la [Ley de aguas](http://app.vlex.com/#/vid/172583) (LA) dispone: 1. Los predios inferiores están sujetos a recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre desciendan de los predios superiores, así como la tierra o piedra que arrastren en su curso. Ni el dueño del predio inferior puede hacer obras que impidan esta servidumbre, ni el del superior obras que la agraven; 2. Si las aguas fueran producto de alumbramiento, sobrantes de otros aprovechamientos, o se hubiese alterado de modo artificial su calidad espontánea, el dueño del predio inferior podrá oponerse a su recepción, con derecho a exigir resarcimiento de daños y perjuicios, de no existir la correspondiente servidumbre.

     Esta prohibición de obras (que también se regula en el art. 5 LA, no implica que el propietario del fundo superior no realice las precisas para aprovecharse de las aguas, si bien éstas no deben perjudicar el interés y beneficio de las mismas para los fundos inferiores para su mismo aprovechamiento. En relación a los cauces, riberas y márgenes de ríos, el art. 69 LA exige para el aprovechamiento de los particulares la pertinente autorización administrativa, debiendo respetar, en todo caso, lo establecido en el art. 533 CC, el RDPH sobre márgenes de los cauces públicos y en la LA, puesto que en el precepto citado se habla de servidumbre de uso público en interés general de la navegación, la pesca y el salvamento, pero nada se dice del derecho de acceso a los cauces fuera estos supuestos. [↑](#footnote-ref-217)
218. Busto Lago, J.M., *La usucapión de la titularidad de la servidumbre predial de paso,* cit., refiere la existencia de una figura afín a la servidumbre de paso al ocuparse de la serventía que es un camino que pasa por terrenos de propiedad particular y que utilizan los habitantes de otras fincas para comunicarse con los públicos: Se trata de una institución no recogida en el C.C. pero cuya existencia es admitida por el T.S. en base a normas de origen consuetudinario vigentes en algunos territorios, como, en concreto, en el caso de las Islas Canarias (S.T.S. de 10 de julio de 1985) 125 y en Galicia (S.T.S. de 14 de mayo de 1993). Este autor señala que “constatada así la existencia de la institución de la «serventía» (también llamada en Galicia *«servicio de agra»*) es necesario señalar a qué responde su tratamiento en este estudio, para, una vez precisado este aspecto, proceder a su deslinde respecto a la institución que constituye nuestro objeto específico de atención: la servidumbre predial de paso. Acaso sea el destino o la finalidad propia de la servidumbre de paso y de la serventía, así como su semejanza fáctica, lo que conduzca frecuentemente a la confusión entre ambas figuras y a las dificultades de su deslinde en la praxis, puesto que ambas responden a un mismo objetivo: comunicar, permitiendo el acceso a la misma, una finca con un camino público en orden a hacer viable su aprovechamiento”. La STSJ de Galicia de 17 de noviembre de 1997, señala que *«*al ser nota consustancialmente definidora de la serventía que la titularidad dominical sobre terreno por el que el paso discurre pertenece, en régimen de comunidad, a todos los propietarios de las fincas que de tal servicio se aprovechan, adquiere este elemento de atribución de titularidad común la relevancia de presupuesto trascendente para la inviabilidad de la acción negatoria de servidumbre de paso, en cuanto se desvirtúa el requisito, previo y básico, de que el actor de la misma ha de acreditar su condición de titular exclusivo y excluyente de la superficie por la que el paso discurre*»*. [↑](#footnote-ref-218)
219. La STS de 5 de octubre de 1989 recoge el significado general de medianería como “la pared común a dos casas, así como medianeros los muros, paredes, cercas, etc., que estando en el límite de dos heredades pertenecientes a distintos propietarios, las separa o delimita, correspondiendo a una condición o situación de hecho, pero que puede convertirse en una relación de derecho, en la que son términos o elementos reales dichas paredes, muros, cercas, etc., que median entre los predios, y términos o elementos personales los propietarios de dichos predios limítrofes o colindantes, de tal modo separados, generándose ya la situación jurídica de medianería, que crea el derecho de los propietarios de aquellos predios, sobre las susodichas paredes, muros, cercas, etc., constituyéndose en copropietarios de las mismas, lo que ha de comportar una serie de derechos y obligaciones correspondientes a tal situación que se viene configurando como de copropiedad; en consecuencia, no hay medianería, en su acepción jurídica, si no se da dicha copropiedad por parte de uno y otro propietario de los correspondientes predios limítrofes”. El art. 573 CC establece una presunción iuris tantum a favor de la servidumbre de medianería. Este precepto y el siguiente (574 CC) imponen la carga de la prueba a quien nieguen la existencia de dicha servidumbre.

     En relación con las discusiones que suscita esta servidumbre Vázquez Iruzubieta, *C., Código Civil. Comentarios, Notas y Jurisprudencia*, cit., explica que “ Hay quienes ponen en duda que sea la de medianería, una servidumbre cuando más se asemeja a una comunidad de un bien concreto, tesis que es rechazada por los puristas al entender que esta institución de la medianería no condice con la definición que hace el [art. 530](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/530) [CC](http://app.vlex.com/#/vid/127560) de las servidumbres al no existir una fundo sirviente y otro dominante, a lo que se suele contestar argumentando que se trata de un servidumbre recíproca lo que, bien visto, es una ocurrente idea pero bastante alambicada. Yo creo que de lo que se trata es de una copropiedad cuando lo es o un bien de dueño único, nacido de unas normas legales que prevén como útiles para la protección de la intimidad de los hogares o los fundos la construcción de muros que las separen unas de otras. Que no es propiamente una servidumbre, está claro ya que lo único que debe soportar el vecino colindante es la presencia del muro, pero tampoco con demérito de su propiedad, porque no la invade ni le resta superficie en el supuesto del [art. 573.3](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/573.3) [CC](http://app.vlex.com/#/vid/127560). De lo que no cabe duda es de que se trata de una institución de interés general. La medianería es de aplicación en los fundos urbanas y las rústicas, pues en ambos casos se hace presente el mismo interés que fundamenta la institución”…. “La medianería supone el elemento divisorio entre dos predios que presta, por igual, servicio a ambos, con atribución indivisa del elemento medianero a cada dueño, generadora de una comunidad de intereses (arts. [571](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/571), [572.2](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/572.2) y [579](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/579) [CC](http://app.vlex.com/#/vid/127560)); en su existencia o inexistencia, priman una serie de elementos: a) debe analizarse el título en primer término, del que resulte que la pared es toda propiedad del actor; b) en segundo lugar, habrá que atender a signos exteriores que revelen la inexistencia de la medianería, expuestos, en enumeración abierta en el [art. 573](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/573) [CC](http://app.vlex.com/#/vid/127560); c) en tercer lugar, atender a cualquier otro medio contrario a la medianería, y d) si no se pudiera obtener la titularidad del actor por tales medios, entrarán en juego las presunciones del [art. 572](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/572) [CC](http://app.vlex.com/#/vid/127560), entre ellas, la de que existe una medianería en las paredes divisorias de los edificios contiguos hasta el punto común de elevación AP Barcelona, Secc. 13, S. 9 dic 1996)”. [↑](#footnote-ref-219)
220. Esta comunidad de pastos se da cuando distintos propietarios ponen en común determinados pastos ya que únicamente se puede establecer sobre determinados bienes y entre determinadas personas no estando permitido constituir la comunidad sobre una universalidad de bienes y a favor de una universalidad de personas. Se trata de una servidumbre personal sujeta a lo establecido en el art. 537 CC. [↑](#footnote-ref-220)
221. RD-L 781/1986 de 6 de junio [↑](#footnote-ref-221)
222. En este sentido el cerramiento no podrá impedir o dificultar las servidumbres subsistentes, como por ejemplo la servidumbre de paso. [↑](#footnote-ref-222)
223. Esta posibilidad de redención de la servidumbre es reconocida por nuestro Código civil aunque el título constitutivo dijese lo contrario. Vázquez Iruzubieta, *C., Código Civil. Comentarios, Notas y Jurisprudencia*, cit., lo justifica afirmando argumentando que la perpetuidad en este caso es nula porque las servidumbres voluntarias deben establecerse con pleno dominio de la voluntad de las partes, salvo que contraríen una ley o el orden público ([art. 594](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/594) [CC](http://app.vlex.com/#/vid/127560)), o contengan elementos extraños a esta institución, pues en tal cosa dejarían de ser una servidumbre”. [↑](#footnote-ref-223)
224. Suárez Blázquez, G., *Enfiteusis: Negocio Jurídico de Fomento*, Ed. Tirant lo Blanch, 2016, expone con detalle el origen de esta institución, que recogemos parcialmente: La vida de la enfiteusis griega y romana parece estar ligada a las grandes *possessiones*, a los vastos dominios, a los latifundios y a las grandes haciendas de terrenos públicas.… "*Iuris emphyteutici rei publicae praediorum*","*rei publicae agrorum et templorum", "fundorum patrimonialium vel rei publicae*" son expresiones descubiertas por las fuentes.… La dirección de los gobiernos requería la adopción de medidas y estrategias para hacer frente a las guerras, a las calamidades, a las enfermedades, a la peste, a la esterilidad y al abandono de los campos agrícolas. … La enfiteusis administrativa pública fue un medio poderoso de respuesta a todos estos gravísimos problemas. Los mandatarios del mundo antiguo entregaban sus grandes dominios imperiales agrarios a los ciudadanos - "*vel emphyteusin quolibet genere largitatis de nostra liberalitate meruerint*" C. 11, 61, 8 Graciano, Valentiniano, Teodosio y Arcadio 386 d. C. -- para que los explotasen por largos periodos de tiempo, a cambio de la obtención de periodos de carencia y exenciones del pago de tributos y rentas, así como la moderación en el cobro de las rentas, o por debajo del valor de sus mercados. Su objetivo era el fomento y la creación de riqueza subordinada al interés general y a las necesidades públicas, es decir, en beneficio de los erarios públicos, del desarrollo del comercio y de los súbditos del Imperio. El bienestar de las naciones y gentes del Imperio guiaron al interés público, administrativo y económico de los negocios en enfiteusis, interés que se mantuvo siempre en las provincias heleno - orientales de Roma. Por otra parte, el Cristianismo no sólo fue un fenómeno religioso, sino también un movimiento cultural, económico y político de primer orden, que empapó las estructuras y entrañas del gobierno del Imperio. …Su vasta difusión territorial y la constante acumulación de riquezas y *possessiones* condujeron a los emperadores León y Antemio en el año 470 d. C. a la prohibición de la venta de los bienes de la Iglesia de Constantinopla C. 1, 2, 14. Después Anastasio, finales del siglo V d. C. y comienzos del siglo VI d. C., reguló las ventas y las concesiones de los bienes inmuebles de las Sagradas Casas, con el fin de proteger y conservar los privilegios de la Gran Iglesia Ortoxa Cristiana de Constantinopla y de las instituciones y Casas de ella dependientes,política que seguirá fielmente Justiniano, Nov.Const. VII, 535 d. C. En este periodo de tiempo, las Iglesias y sus venerables Casas, los asilos y los hospitales de huérfanos, los hospicios y los hospitales de los pobres, los asilos de los peregrinos, los asilos y los hospicios de los ancianos, los centros de niños expósitos eran sostenidos con las rentas generadas por las posesiones agrarias, huertos, solares, edificios y otros bienes inmuebles concedidos en enfiteusis”. [↑](#footnote-ref-224)
225. No obstante, sin perjuicio de que nadie pueda negar que el fundamento de la actual institución de la enfiteusis sea la misma institución romana, Suárez Blázquez, G., *Enfiteusis: Negocio Jurídico de Fomento*, cit., mantiene un precedente en Egipto del que se recoge información en el Cap.47,23-27 del Génesis “Un precedente de esta institución parece encontrarse en el Capítulo XLVII, 23-27 del Génesis bíblico donde se narra una concesión de tierras que hizo en Egipto José, administrador del faraón, (probablemente, Ramsés 1750 a. C.) a los habitantes de diversas comarcas con la obligación para los concesionarios, esclavizados, de pagar al erario del faraón la quinta parte de los frutos obtenidos de las cosechas: "miren, hoy los he comprado a ustedes y su tierra para Faraón. Aquí tienen semilla, y tienen que sembrar la tierra con ellas. Cuando haya resultado en producto, entonces tendrán que dar la quinta parte a Faraón pero cuatro partes llegarán a ser de ustedes como semilla para el campo y como alimento para ustedes y para los que están en sus casas y ara que coman sus pequeñuelos Y José procedió a hacer que fuera decreto hasta el día de hoy sobre los terrenos de Egipto el que Faraón recibiera la quinta parte. Solo la tierra de los sacerdotes como grupo distinto no llegó a ser de Faraón". Llama la atención de los pasajes bíblicos, el marcado carácter público, administrativo y fiscal de la concesión,- posesiones y latifundios del Faraón, y de los sacerdotes, utilización de un Decreto de concesión, imposición de pago de pensiones tributarias en dinero y en especie, concretamente 1/5, en beneficio del fisco etc.-. Características, que como veremos, también se apreciarán en las concesiones enfitéuticas del Bajo Imperio de Roma”. [↑](#footnote-ref-225)
226. García Garrido, J.M: & Reinoso Barbero, F., *Digestorum Similitudines*, Vol. IV y VII, Ed. Dykinson, Madrid 1994. [↑](#footnote-ref-226)
227. Reinoso Barbero, F., *Derecho Patrimonial,* cit., § 60, se refiere al origen de ambas figuras en los siguientes términos: “El origen del censo se encuentra probablemente en el *vectigal* del derecho romano: “se llaman vectigal a las <tierras de las ciudades> que se arriendan a perpetuidad, esto es, con la cláusula de que, mientras por ellas se pague el vectigal, ni los mismos que las tomaron en arriendo ni los que en su lugar se sucedieron, puedan ser arrojados de ellas” (Paulo D. 6,3,1 pr.). La enfiteusis es, sin embargo, un derecho real en cosa ajena defendido por una *actio in rem* semejante a la reivindicatoria. Su difusión mayor se produce en provincias en la época postclásica. Es equiparada al derecho de propiedad, y consiste en concesiones de terreno a cambio del pago de un canon. De ahí que, en la enfiteusis, se contrapongan propietario civil y propietario provincial o concesionario. Esta concesión de terreno es enajenable y transmisible a herederos (cfr. C. 4,66, bajo la rubrica *De emphyteutico iure*)”. García Garrido, M.J., *Derecho Privado Romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., expone que “El pueblo romano o los entes públicos solían conceder a los particulares el cultivo de tierras por largos períodos, con la obligación de pagar un canon o *vectigal*. Algunos juristas opinaban que se trataba de un arrendamiento por la obligación de pagar esta renta o canon. Otros sostenían que era una venta, basados en la larga duración del contrato. Según Gayo, 3. 145, prevaleció la opinión de que era un arrendamiento. La relación que deriva de esta concesión se convierte en real cuando el pretor concede al enfiteuta una *actio in rem* análoga a la *reivindicatio*. Según Gayo, mientras que pague la renta no se puede quitar el predio ni al mismo arrendatario ni a su heredero. Según el testimonio de inscripciones y papiros greco-egipcios, en las provincias los emperadores concedían a los particulares grandes extensiones de terreno sin cultivar, que se regían por la *lex saltus.* Las facultades que atribuían se designaban con los nombres de derecho de cultivo, de poseer y adquirir los frutos, y de transmitirlo a los herederos. Estos arrendamientos, que se generalizan a partir de Constantino, se conocen con el nombre de *ius emphyteuticum.* También se concede un *ius perpetuum* sobre los fundos pertenecientes al fisco, con una duración ilimitada. En el siglo V d. C. estos derechos se funden en un único derecho de *enfiteusis*. Este derecho se aplica a los fundos de las corporaciones y ciudades, y también a los inmuebles de la iglesia y de propietarios privados. En relación con el *periculum,* o riesgo de la pérdida de la cosa, se discute si este derecho consiste en un arrendamiento o en una compraventa. Si se consideraba como un arrendamiento, la finca se perdía para el arrendador concedente; si se mantenía, era una venta y la finca se perdía para el adquirente concesionario. El emperador Zenón (*CI*. 4. 66. 1; *I. Inst.* 3. 24. 2) resuelve la cuestión decidiendo que se trata de un contrato especial (*ius tertium*)*,* distinto del arrendamiento y de la venta. El enfiteuta debía atender a los daños reparables y el propietario respondía de la destrucción por causa mayor”. [↑](#footnote-ref-227)
228. Esta institución no está exenta de polémica puesto que se cuestiona tanto desde el punto de vista jurídico como económico y, especialmente en la actualidad al no responder ni al concepto actual de propiedad ni responde a intereses económicos. [↑](#footnote-ref-228)
229. El Código civil posibilita que la pensión anual que haya de satisfacerse pueda fijarse en dinero pero pueda consistir en una cantidad determinada de frutos. En el caso de consista en una cantidad de dinero la pensión se deberá regir por las reglas de las obligaciones pecuniarias. [↑](#footnote-ref-229)
230. Conforme establece este precepto la pensión puede consistir en una cantidad de furtos o en una parte alícuota de los que la finca produzca. Diéz-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial VI. Derechos reales*, cit., 309 s., comenta que en el segundo supuesto se admiten dos posibilidades: ” que el negocio jurídico constitutivo de la enfiteusis disponga lo preciso sobre la intervención que el dueño directo haya de tener para poder controlar la actividad de producción, sin tener que remitir esta cuestión al titular del dominio útil; o que exista falta de pacto expreso sobre esta intervención del dueño directo. Para este caso, el art. 1630 CC dice que el enfiteuta deberá dar al titular del dominio directo, o a su representante, aviso previo del día en que se proponga comenzar la recolección de los frutos, a fin de que el titular del dominio directo pueda presenciar las operaciones de recolección y controlarlas hasta percibir la parte correspondiente”. [↑](#footnote-ref-230)
231. O´Callaghan Muñoz, X., *Compendio de Derecho civil. Tomo III, Derechos reales e hipotecario*, cit., considera que la fijación de la especie y calidad de los frutos no es elemento del negocio jurídico, ni por ello, forma *ad solemnitatem* sino que es un simple deber jurídico impuesto por el CC que no conduce a la nulidad del negocio, sino que faculta a las partes para que exija su constancia. Si, como permite el art. 1613 CC, el canon consiste en una parte alícuota de los frutos se fijará la especie y calidad de los mismos. [↑](#footnote-ref-231)
232. Lacruz Berdejo, J.L., *Elementos de Derecho civil*. *Tomo III. Derechos reales, vol II. Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, cit., 171 s., mantiene que este poder de disposición ya se contempla en el art. 1617 CC por lo que, a juicio de este autor, el art. 1633 CC, repite innecesariamente este poder de disposición. Señala que “cada titular puede interponer acciones en defensa de su derecho, y puede ser demandado en cuanto a él se refiere, más en la sentencia que declare un gravamen sobre la finca no podrá perjudicar al censualista que no haya sido parte en la litis”. [↑](#footnote-ref-232)
233. O´Callaghan Muñoz, X., *Compendio de Derecho civil. Tomo III, Derechos reales e hipotecario*, cit., señala que a diferencia de la enfiteusis está expresamente prohibido que si se pacta que el canon consista en frutos, éstos sean una parte alícuota, por disposición del artículo 1.657 y del 1.663 que se remite al anterior. [↑](#footnote-ref-233)
234. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial, cit*., § 61: “En Roma, el derecho de superficie consiste en un derecho sobre el edificio construido en suelo ajeno (Ulpiano D. 43,18,1) a cambio del pago de una pensión periódica (*solarium*). Aunque las características del derecho de superficie varían en las distintas épocas del derecho romano, puede decirse, con carácter general, que la concesión del derecho de superficie tiene carácter público. En la época postclásica se admite el dominio sobre el edificio —separado del dominio del suelo— construido al amparo de este derecho. Supone una excepción al principio *totus solo cedit*. Justiniano equipara el superficiario al enfiteuta y le concede una acción real específica además de las acciones del propietario”. García Garrido, M.J., *Derecho Privado Romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., : “. La protección de este derecho surge en relación con la concesión de terrenos públicos a los particulares para construir. Los magistrados concedían a los banqueros (*argentarii*)parcelas en el foro para construir sus oficinas. Esta práctica se extendió a los municipios y también a los particulares. Para ceder la superficie se recurría al arrendamiento por largo plazo o a la compraventa. Las controversias entre los que pretendían tener derechos de superficies se resolvían por un *interdictum de superficiebus.* El régimen de la concesión del derecho de superficie tenía carácter público. El pretor protege al superficiario con acciones útiles para la defensa de su derecho, sobre todo con una *vindicatio utilis*. En derecho postclásico se admite una propiedad plena sobre el edificio si el superficiario construye con permiso del propietario. Justiniano considera la superficie como un derecho real que equipara a las servidumbres y a la enfiteusis. El superficiario puede ejercitar la *actio in rem* y todas las acciones que se conceden al propietario. [↑](#footnote-ref-234)
235. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial, cit*., § 61. [↑](#footnote-ref-235)
236. Roca Sastre, R.M., *Ensayo sobre el derecho de superficie*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 392-292 (1961), 7s., comenta, como antecedente de este derecho esta institución en Roma. Describe que el Estado concedía a particulares terrenos públicos (*ager publicus*) para la construcción de edificios a cambio del pago de *pensio* o *solárium* de carácter periódico y, posteriormente fueron también particulares que concedieron este derecho a otros, para edificar o hacer plantaciones. Este autor define el derecho de superficie como el derecho real de tener o mantener en un terreno o inmueble ajeno, una edificación o plantación en propiedad separada, bien de forma temporal o indefinida, obtenida mediante el ejercicio del derecho añejo de edificar o plantar o por medio de un acto adquisitivo de la edificación o plantación preexistente. [↑](#footnote-ref-236)
237. Roca Sastre, R.M., *Ensayo sobre el derecho de superficie*, cit., 10 s., señala que en el Renacimiento el derecho de superficies no evolucionó hacia el concepto de propiedad separada superficiaria sino que permaneció en la configuración del dominio útil enfitéutico y por ello los “glosadores y comentaristas afirman que con el derecho de superficie sólo el *utile dominium transit in superficiarium*,, el contrato superficiario lo catalogan entre *ex quibus transfertur dominium utile*, y se concluye en proclamar que *superficiarius* *censetur, de consuetudine, quasi emphyteuta*” No obstante, mantiene que esta subsunción del derecho de superficie no es óbice para la existencia de algunas diferencias entre ambas instituciones. [↑](#footnote-ref-237)
238. Faus, M., *Breviario civil 2: Derechos reales especiales*, Ed. vLex, Barcelona 2008, plantea la cuestión si existe una o dos modalidades de derecho de superficie en cuanto a que por un lado regulan el derecho de superficie leyes civiles como la de Navarra o Cataluña; por otro lado hay normas sobre el derecho de superficie en la legislación administrativa y urbanística. En este sentido el TS señala que es una institución de derecho civil pero regulado por leyes administrativas, por ser una institución a la que acude la administración (ayuntamientos para aparcamientos, servicios sociales, etc., y por incidir en esta institución las normas urbanísticas. Para este autor hay un único derecho de superficies con un cierto margen a la autonomía de la voluntad en caso de que tenga carácter privado. Así expone: Cuando actúe la Administración se aplicarán todas las normas de la ley del Suelo, en especial las que tiene por objeto reforzar la posición del concedente, cuando es la Administración (reversión, por ejemplo). Recordemos que la resolución de la DGRN de 27 de octubre de 2.008 que menciona la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1988 la cual distingue entre actos de la Administración (a los que se aplica la legislación civil) y actos administrativos (como lo es la concesión de un derecho de superficie en cumplimiento de un plan de ordenación); en el segundo caso, el incumplimiento de las condiciones impuestas faculta a la Administración para resolver el contrato, siendo inmediatamente ejecutivo, sin perjuicio de poder acudir a la vía contencioso-administrativa. Cuando sean los particulares quienes constituyan un derecho de superficie habrá unas normas imperativas (la forma de constituirse: escritura e inscripción, las causas de extinción) y otras normas dispositivas (como regular libremente la transmisibilidad del derecho o la reversión en forma distinta a la que indica la ley del Suelo). La STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 7 de marzo de 2000, afirma la competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa, pero por otros motivos, o por lo menos, por motivos más explícitos. Se trataba de un pleito en que una Administración municipal requiere de pago y otros extremos a una Sociedad Anónima titular de un derecho de superficie sobre un terreno municipal. La demandada había alegado incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, afirmando la de la jurisdicción civil.

     A este respecto cabe citar el art. 19.1.b de la LCSP que califica de contratos administrativos los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados (de obra, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el privado) pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico especifico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla ... o por declararlo así una Ley. [↑](#footnote-ref-238)
239. Conforme al art., 16 del RH el derecho del superficiario es inscribible en el Registro de la Propiedad, lo que confirma el carácter real de este derecho. Sobre la modificación de este precepto por el RD 1967/1998, las SSTS (Sala 3ª) de 24 de febrero de 2000 y de 31 de enero de 2001, declaran nulo de pleno derecho el art. 1 del RD 1967/1998 de 4 de septiembre, en cuanto modifica y redacta, entre otros, el art. 16.1 y 2 b y c del Reglamento Hipotecario, precepto radicalmente nulo por ser contrario a la Ley.

     Para Roca Sastre, R.M., *Ensayo sobre el derecho de superficie*, cit., 17 s, “.El [Reglamento Hipotecario](http://app.vlex.com/#/vid/127642), en su [artículo 16](http://app.vlex.com/#/vid/127642/node/16), concibe el derecho de superficie como derecho de construir edificios en suelo ajeno», sin destacar con vigor que la propiedad de lo edificado queda de propiedad del superficiario, y sin que, además, exprese que confiere el derecho a tener o mantener esta propiedad en terreno ajeno. No obstante presupone que la propiedad de lo edificado corresponde al superficiario, ya que dispone que transcurrido el plazo de duración del derecho de superficie, lo edificado «pasará a ser propiedad del dueño del suelo», lo que demuestra que antes esta propiedad pertenecía a otro, que, naturalmente, ha de ser el superficiario”. [↑](#footnote-ref-239)
240. Faus, M., *Breviario civil 2: Derechos reales especiales*, cit., señala que •Que puede constituirse sobre suelo urbano y sobre suelo rústico; otra cosa serán los requisitos para poder construir en suelo rústico. Ello tiene su importancia: puede autorizarse urbanísticamente la construcción de un edificio en suelo rústico, pero puede ocurrir que, por aplicación de las normas sobre las unidades mínimas de cultivo, no se pueda segregar parte de la finca, (cuyo resto quiere conservar en propiedad y posesión el titular de aquélla); constituir un derecho de superficie por 99 años! puede ser una solución, no perfecta, si se desea, por ejemplo, que un hijo construya en la finca rústica de su ascendiente y pague e hipoteque la edificación sin intervención del propietario del suelo. [↑](#footnote-ref-240)
241. La RDGRN de 15 de febrero de 2012 se refiere distintas cuestiones sobre la naturaleza del derecho de superficie. Prescindiendo de las polémicas doctrinales y jurisprudenciales relativas a la posibilidad de constituir un derecho de superficie al margen de la legislación urbanística, lo cierto es que existe amplio consenso en considerar que el superficiario es titular del dominio sobre lo construido o sobre la construcción en suelo ajeno, si bien de modo temporal, y del derecho de tener o mantener lo edificado. Así aparece configurado en la actualidad en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y en los antecedentes de esta norma (así los artículos 57.1 de la Ley de 12 de mayo de 1956, 171.1 del Real Decreto1346/1976, de 9 de abril, y 287.1 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio). Esa propiedad temporal puede ser adquirida de modo originario, cuando el derecho se proyecta sobre una construcción ya realizada; o bien adquirida de modo sobrevenido, cuando es el superficiario el que lleva a efecto la construcción. En este segundo caso, hasta que se realice la edificación, el superficiario tiene un derecho real a construir en suelo ajeno y hacer suyo lo construido. El artículo 40 citado profundiza en este concepto de propiedad «ad tempos» extendiendo la posibilidad de constitución del derecho «sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo». [↑](#footnote-ref-241)
242. En la constitución del derecho de superficie se podrán incluir cláusulas y pactos relativos a derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo, para los casos de las transmisiones del derecho o de los elementos a que se refieren, respectivamente, los apartados anteriores (art. 54.3 LS). Además de los derechos de edificación y de mantener en el inmueble ajeno la propiedad separada de la edificación, la LS reconoce el derecho al superficiario de enajenar y gravar el derecho de superficie tanto por actos inter vivos como mortis causa. Estos derechos suponen que el propio titular del derecho de superficies pueda constituir otro derecho de superficie o gravar con servidumbre su propio derecho. [↑](#footnote-ref-242)
243. Faus, M., *Breviario civil 2: Derechos reales especiales*, cit., señala que en el supuesto de que se constituya el derecho de superficie sobre derecho público sólo cabe o la concesión administrativa o se ha de desafectar del dominio público. [↑](#footnote-ref-243)
244. El derecho de superficie se constituye por legado o donación y en este caso, lógicamente, no existe derecho de contraprestación, si bien como considera Lacruz Berdejo, J.L., *Elementos de Derecho civil*. *Tomo III. Derechos reales, vol II. Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, cit., 193, el contrato de superficie difícilmente puede ser absolutamente gratuito. Argumenta que “el concedente del suelo, aún cuando no reciba contraprestación alguna inmediata, al producirse la reversión se hará, de ordinario, dueño de la edificación o de lo plantado: en cuanto al superficiario siempre adquiere algo –el uso del terreno- a cambio de su prestación, consistente habitualmente en la obligación de edificar o plantar. [↑](#footnote-ref-244)
245. La [RDGRN de 20 de diciembre de 2005](http://app.vlex.com/#vid/287596) de la Dirección General de los Registros y del Notariado advierte que, pactado que el derecho de superficie se extingue si no se acaba la edificación transcurrido un determinado plazo a contar de la obtención de la licencia de obras, una vez acreditado fehacientemente que dichas obras no están terminadas en el plazo fijado, procederá la cancelación del derecho de superficie, sin necesidad de decisión judicial ni consignación alguna: no se trata de una resolución extrajudicial, sino el reflejo de su extinción por no edificarse en el plazo previsto.

     Diéz-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial VI. Derechos reales*, cit., 339, señala que en el supuesto de incumplimiento de la obligación del superficiario en relación a la edificación esta extinción es en virtud de aplicación de la resolución por incumplimiento. Para este autor además de realizar la edificación conforme a la ordenación territorial y urbanística se añade la obligación de edificar en la forma y con el destino que estuviese previsto en el título constitutivo de este derecho. [↑](#footnote-ref-245)
246. Roca Sastre, R.M., *Ensayo sobre el derecho de superficie*, cit., 61 s.., alude a distintas causas de extinción si media pacto entre el superficiario y el *dominus soli*: a) Por renuncia o abandono ; Por perecimiento de la edificación. Otros supuestos que señala, aun no existiendo pacto, son: a) Por mutuo disenso; b) Por renuncia o abandono unilateral aunque no se haya contemplado en el acto constitutivo del derecho de superficie puesto que deberán aplicarse por analogía las normas del Código civil sobre la enfiteusis, especialmente cuando las contraprestaciones de la concesión superficiaria consista en el pago de un canon periódico; c) Por expropiación forzosa que puede ser total o parcial, si bien en ambos casos, el el precio de la indemnización se distribuirá entre el superficiario y el *dominus soli*, a proporción del respectivo valor que el derecho de uno y otro tuviere al tiempo de la expropiación. Este autor plantea dos causas dudosas de extinción que son la prescripción y el pacto de condición resolutoria. En relación con la primera indica que todo depende de si el plazo para realizar la construcción (que no puede exceder de cinco años) es de imposición preceptiva, y que, aun de no adoptarse, regirá dicho plazo de cinco años. Considerándolo así, no cabrá dicha prescripción del derecho de superficie, pues el transcurso de este plazo implicará más bien la resolución automática del derecho de superficie. Con respecto a la segunda opina que siempre que, con el cumplimiento de la condición resolutoria pactada no se consiga un resultado equivalente al del comiso, excluido por el art. 16 del RH. [↑](#footnote-ref-246)
247. El art. 13.2 de la LAU establece: Los arrendamientos otorgados por usufructuario, superficiario y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador, además de por las demás causas de extinción que resulten de lo dispuesto en la presente ley. [↑](#footnote-ref-247)
248. Diéz-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial VI. Derechos reales*, cit., 440, señala que se trata de un supuesto de extinción por consolidación, es decir que cuando se reúnan en una misma persona la cualidad de superficiario y la *dominus soli*. Roca Sastre, R.M., *Ensayo sobre el derecho de superficie*, cit., 62 s., señala que Esta reunión se produce cuando el superficiario adquiere el dominio del terreno por compra, legado, herencia u otro título, o inversamente, y también cuando un tercero adquiere por cualquier título uno y otro derecho. Impedirá que la confusión sea definitiva cuando, por ejemplo, el *dominus soli* sea propietario del terreno, pero gravado de sustitución fideicomisaria o por derecho de recobrar derivado de una venta con pacto de retrovender, o por una reserva sucesoria, o por cualquier otra condición, de especie resolutoria. [↑](#footnote-ref-248)
249. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial, cit*., § 63. [↑](#footnote-ref-249)
250. La regla general es que para que haya retracto es que se trate de una enajenación onerosa. Únicamente cabe el retrato en la donación en el supuesto referida a un arrendamiento rústico y la transmisión no se haga a favor de un descendiente o ascendiente, o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, tampoco cuando se haga a favor de un cónyuge. Tampoco cabe retracto en un contrato nulo o inexistente, aunque el acto de disposición sea válido. [↑](#footnote-ref-250)
251. [La RDGRN de 30 de junio de 2011](http://app.vlex.com/#vid/321518303) destaca que la Ley de Propiedad Horizontal ha superado dos características propias del clásico concepto de la copropiedad romana o por cuotas, de la que se aparta al no reconocer a los copropietarios la acción de división ni el derecho de retracto. [↑](#footnote-ref-251)
252. En el supuesto que concurra el retracto de comuneros y colindantes tiene preferencia el de colindantes pero si hay arrendamientos rústico éste es preferente a todos con excepción del de colindantes cuando la finca y la del retrayente son inferiores a una hectárea. El artículo 1523 CC resuelve la concurrencia del retracto de dos o más colindantes: También tendrán el derecho de retracto los propietarios de las tierras colindantes cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea. El derecho a que se refiere el párrafo anterior no es aplicable a las tierras colindantes que estuvieren separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas. Si dos o más colindantes usan del retracto al mismo tiempo será preferido el que de ellos sea dueño de la tierra colindante de menor cabida; y si las dos la tuvieran igual, el que primero lo solicite. [↑](#footnote-ref-252)
253. 曲茂辉，《用益权的源流及其在我国民法上的借鉴意义》，《法律科学》2002年第3期，第79页：“用益权是西方国家特有的一种用益物权形式, 在我国几千年来形成的家庭养老的传统下以及养老保障体系逐渐社会化的今天, 西方意义上的用益权的确不必为我们民事立法所采信” [↑](#footnote-ref-253)
254. 老教授的书第132页。 [↑](#footnote-ref-254)
255. Código civil español: TÍTULO VI Del usufructo, del uso y de la habitación (CAPÍTULO I Del usufructo；CAPÍTULO II Del uso y de la habitación). TÍTULO VII De las servidumbres (CAPÍTULO I De las servidumbres en general；CAPÍTULO II De las servidumbres legales; CAPÍTULO III De las servidumbres voluntarias). Ley de derechos reales china: TÍTULO III Usufructo (CAPÍTULO I Disposiciones generales; CAPÍTULO II Los derechos de contratación y administración de las tierras; CAPÍTULO III Los derechos de usos sobre las tierras de construcción colectiva；CAPÍTULO IV Los derechos de usos sobre las tierras para construir viviendas rurales；CAPÍTULO V Las servidumbres). TÍTULO IV Derechos reales limitados de garantía (CAPÍTULO VI Disposiciones generales；CAPÍTULO VII Hipoteca；CAPÍTULO VIII Prenda) [↑](#footnote-ref-255)
256. 同3 [↑](#footnote-ref-256)
257. 同1 [↑](#footnote-ref-257)
258. 王泽鉴：《民法物权之2 用益物权，占有》，第16页 [↑](#footnote-ref-258)
259. 胡康生：《中华人民共和国物权法释义》，第256页 [↑](#footnote-ref-259)
260. 胡康生《中华人民共和国物权法释义》，第258页；孙宪忠中国物权法：《原理释义和立法解读》，第321页 [↑](#footnote-ref-260)
261. 梁慧星，陈华彬著《物权法》第四版：“此外，物权法也确认了海域使用权（122条），探矿权、采矿权、取水权、养殖权和捕捞权的用益物权性质 。这些用益物权，均适用特别法如《海域使用管理法》等的规定。特别法未规定的，适用《物权法》。另外，它们均设立在土地以外的其他自然资源上，是民事主体依法定程序，经有关行政主管机关许可后而享有的对自然资源进行占有，使用。收益及一定处分的权利。由于这些权利必须经行政特许才能设立，又称“特许物权”。” [↑](#footnote-ref-261)
262. 土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立，我们用这个单词来表示合同的一方，中文叫做承包人，而合同的另一方则是el Estado o la comunidad colectiva. [↑](#footnote-ref-262)
263. Artículo 125 de la Ley de Derechos Reales china. [↑](#footnote-ref-263)
264. Familia u hogar en chino se denomina¨农户¨ [↑](#footnote-ref-264)
265. Los cuatro tipos de baldíos -montañas, zanjas, colinas y marismas baldías- se denominan en chino 四荒地, 荒山、荒沟 荒丘、荒滩. [↑](#footnote-ref-265)
266. Párrafo 2 del artículo 3 y artículo 44 de la Ley de contratación y administración de las tierras rústicas; 农村土地承包法. [↑](#footnote-ref-266)
267. 崔建远：《物权法》第二版，第269页 [↑](#footnote-ref-267)
268. 农村土地承包法47条规定：“以其他方式承包农村土地，在同等条件下，本集体经济组织成员享有优先承包权”. [↑](#footnote-ref-268)
269. Artículo 3,5,15,26, 30 de la Ley de contratación y administración de las tierras rústicas；但是也有学者指出“而以物权关系固定农地使用关系后，基于物权理论，土 地承包经营权人的范围便放入不再局限于土地所属的本集体组织的社员，而是扩大到一切农业经营者”，参见梁慧星陈华彬《物权法》第四版，第262页. [↑](#footnote-ref-269)
270. 物权法第124条第2款“农民集体所有和国家所有由农民集体使用的耕地、林地、草地以及其他用于农业的土地，依法实行土地承包经营制度”，农地承包法第2条“法所称农村土地，是指农民集体所有和国家所有依法由农民集体使用的耕地、林地、草地，以及其他依法用于农业的土地”。但温世扬教授在他的著作《物权法要义》里提出土地承包经营权的客体以集体所有的土地为限。尽管国家所有的农用地也可交由他人承包经营，但是《物权法》第134条规定“国家所有的农用地实行承包经营的，参照本法的有关规定”。“参照”一词也就意味着承包人对国有土地享有的承包经营权，与《物权法》所规定的土地承包经营权只是类似关系，二者并不具有同一性质。换言之，土地承包经营权的客体以集体所有的土地为限。 [↑](#footnote-ref-270)
271. 崔建远：《物权法》第二版，第260—261页 [↑](#footnote-ref-271)
272. 温世扬《物权法要义》，第159页：“对于土地承包经营权合同的性质，理论界存在两种对立的观点：行政合同说和民事合同说。”温教授认为民事合同说较为合理 160页 [↑](#footnote-ref-272)
273. 温世扬：《物权法要义》第161-162页 [↑](#footnote-ref-273)
274. 物权法第第一百三十三条：“通过招标、拍卖、公开协商等方式承包荒地等农村土地，依照农村土地承包法等法律和国务院的有关规定，其土地承包经营权可以转让、入股、抵押或者以其他方式流转”. [↑](#footnote-ref-274)
275. 孙宪忠：《中国物权法原理释义和立法解读》，第266页 [↑](#footnote-ref-275)
276. 孙宪忠:《中国物权法原理释义和立法解读》，266-267页 [↑](#footnote-ref-276)
277. 梁慧星,陈华彬：《物权法》第四版，第266-268页 [↑](#footnote-ref-277)
278. 物权法第131条，土地承包法第26条 [↑](#footnote-ref-278)
279. 梁慧星，陈华彬《物权法》第四版280页 [↑](#footnote-ref-279)
280. Consejo Consultivo Político del Pueblo Chino 中国人民政治协商会议 [↑](#footnote-ref-280)
281. “La tierra es para quién la cultiva” “耕者有其田” [↑](#footnote-ref-281)
282. 1954年的《中华人民共和国宪法》第八条规定：“国家依照法律保护农民的土地所有权和其他生产资料所有权” [↑](#footnote-ref-282)
283. 解释一下人民公社 [↑](#footnote-ref-283)
284. 是指人民公社的社员 [↑](#footnote-ref-284)
285. “Notificación de haciendo algunas disposiciones complementarias sobre cuestiones relacionadas con las tierras para la construcción de las viviendas rurales de los comuneros en todas las zonas por el Comité Central del Partido Comunista de China”《中共中央关于各地对社员宅基地问题作一些补充规定的通知》 [↑](#footnote-ref-285)
286. 《中华人民共和国土地管理法》于1986年颁布，1987年1月1日起正式施行。之后进行了三次修订（1988年，1998年, 2004年） [↑](#footnote-ref-286)
287. “Una tierra para un hogar” en chino ¨一户一宅¨, es decir, “un hogar o una familia sólo puede solicitar un pedazo de tierra para la construcción de viviendas rurales” [↑](#footnote-ref-287)
288. “Notificación sobre el reforzamiento de la administración de la transferencia de tierras y la estricta prohibición para la especulación de tierras”《关于加强土地转让管理严禁炒卖土地的通知》 [↑](#footnote-ref-288)
289. “宅基地使用权。。。。它可以分非城镇非农业户口居民宅基地使用权，农村居民宅基地使用权。。。。城镇非农业户口居民一般可对国有土地取得宅基地使用权”参见孙宪忠《中国物权法，原理释义和立法解读》388页；但是在《物权法》第152条中规定“宅基地使用权人依法对集体所有的土地享有占有和使用的权利。。。”并未将国有土地规定为宅基地使用权的客体，根据崔建远《物权法》第二版第315页“关于宅基地使用权的主体，我国立法及其理论有其演变过程。在相当长的历史时期，宅基地使用权分为农村宅基地使用权和城镇宅基地使用权两种，后者的主体是新中国成立以后由于历史原因形成的城镇私房所有者及经批准在城镇建房的城镇居民。。。。。城镇房屋所在的宅基地使用权后被更名为国有土地使用权，《物权法》生效后则应称为建设用地使用权。就是说，如今的宅基地使用权在城镇国有土地上不复存在。。。”；温世扬《物权法要义》201页“但在《物权法》中，城镇居民享有的利用国有土地建造住房的权利属于建设用地使用权的范畴，《物权法》所规定的宅基地使用权实为“农村宅基地使用权”。。。”（这也符合物权法152条的表述）；梁慧星，陈华彬《物权法》第四版280-281“现行《土地管理法》并没有确认城镇非农业户口居民有在农村建房，对集体土地享有使用权的权利。。。”所以《物权法》规定的宅基地使用权针对的是农村居民对集体土地的占有和使用，其主体具有特定性和限定性，为农村集体经济组织成员，不包括城镇非农业户口居民。 [↑](#footnote-ref-289)
290. 孙宪忠《中国物权法：原理释义和立法解读》第388页 [↑](#footnote-ref-290)
291. 参见FRB ¨Derecho Patrimonial¨ p.139，同时谷歌上找一下这个词的其他解释处和法律条文 [↑](#footnote-ref-291)
292. “Los residentes rurales tienen sus propias viviendas”“居者有其屋” [↑](#footnote-ref-292)
293. 参见喻文莉，陈利根：《农村宅基地使用权制度嬗变的历史考察》，《中国土地科学》2009年第8期。 [↑](#footnote-ref-293)
294. “Notificación sobre las opiniones acerca del examen y subsanación de los proyectos relacionados con las cargas de los agricultores”《关于涉及农民负担项目审核处理意见的通知》 [↑](#footnote-ref-294)
295. 梁慧星，陈华彬《物权法》第四版， 281页。 [↑](#footnote-ref-295)
296. 《土地管理法》第62条“农村村民一户只能拥有一处宅基地，其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。。。” [↑](#footnote-ref-296)
297. “Reglamento de registro del censo en la República Popular de China”《中华人民共和国户口登记条例》 [↑](#footnote-ref-297)
298. 参见周振超：《宅基地使用权的确权及登记效力初探》，http://www.rurallandlaw.cn/R\_P\_Show2.aspxNews\_PI=1838 [↑](#footnote-ref-298)
299. ¨Medidas de Aplicación de Administración de suelo en la provincia Hubei¨《湖北省土地管理实施办法》 [↑](#footnote-ref-299)
300. 《湖北省土地管理实施办法》第十六条¨…农民新建、改建房屋的宅基地（含一切附属设施）总面积，使用耕地的每户不得超过１４０平方米，使用非耕地的每户不得超过２００平方米。具体用地面积，由省辖市或县（市、区）人民政府在上述限额内，根据当地人均耕地等情况确定...¨ [↑](#footnote-ref-300)
301. 《重庆市土地管理规定》第三十二条: 市区范围内村民宅基地标准为每人20至25平方米，其他区县（自治县、市）范围内村民宅基地标准为每人20至30平方米，3人以下户按3人计算，4人户按4人计算，5人以上户按5人计算… [↑](#footnote-ref-301)
302. “los agricultores”农村村民，包括既有的村民，如子女成人婚嫁之后分家另过，形成新的“户”需要宅基地的，宅基地因自然灾害等原因灭失的村民；也包括新加入的村民，如复原退伍回乡的军人，外来人口落户成为本集体经济组织没有宅基地的。 [↑](#footnote-ref-302)
303. el Comité de los compesinos 村民委员会。“中国36.5万个村由村民委员会代行使村集体经济组织职能”，参见“农村各类组织的法人地位有待明确”http://www.npc.gov.cn/npc/zgrdzz/2016-08/19/content\_1995297.htm [↑](#footnote-ref-303)
304. El gobierno de comarca.乡（镇）人民政府 gobierno municipal市政府 看一下是否准确，区别一下西班牙和中国的行政划分 [↑](#footnote-ref-304)
305. 这些条件包括（1）申请人必须为本集体经济组织成员；（2）申请人及其所在的农户存在合理的住宅需求；如新落户的农村村民没有宅基地；虽有宅基地，但因婚嫁分家另里新“户”需要申请新的宅基地的；（3）不存在法律、法规、规章禁止的事由。如《土地管理法》第62条第四款明确规定“农村村民出卖、出租住房后，再申请宅基地的，不予批准”。再如，申请宅基地的面积超过省、自治区、直辖市规定的标准的（《土地管理法》第62条第四款第一款）。参见崔建远《物权法》第二版320页。 [↑](#footnote-ref-305)
306. 《村庄和集镇规划建设管理条例》第18条规定：农村村民在村庄、集镇规划区内建住宅的，应当先向村集体经济组织或者村民委员会提出建房申请，经村民会议讨论通过后，按照下列审批程序办理：（一）需要使用耕地的，经乡级人民政府审核、县级人民政府建设行政主管部门审查同意并出具选址意见书后，方可依照《土地管理法》向县级人民政府土地管理部门申请用地，经县级人民政府批准后，由县级人民政府土地管理部门划拨土地；（二）使用原有宅基地、村内空闲地和其他土地的，由乡级人民政府根据村庄、集镇规划和土地利用规划批准。城镇非农业户口居民在村庄、集镇规划区内需要使用集体所有的土地建住宅的，应当经其所在单位或者居民委员会同意后，依照前款第（一）项规定的审批程序办理。回原籍村庄、集镇落户的职工、退伍军人和离休、退休干部以及回乡定居的华侨、港澳台同胞，在村庄、集镇规划区需要使用集体所有的土地建住宅的， 依照本条第一款第（一）项规定的审批程序办理。 [↑](#footnote-ref-306)
307. 崔建远《物权法》第二版321页。转引自王利明，尹飞，程啸《中国物权法教程》385页；高圣平《物权法：原理•规则•案例》117页。 [↑](#footnote-ref-307)
308. “la persona que ostenta los derechos de uso sobre las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales” se denomina en chino 宅基地使用权人 [↑](#footnote-ref-308)
309. 1999年5月《关于加强土地转让管理严禁炒卖土地的通知》规定了不得向城市居民出售宅基地使用权，也不得批准城市居民占用集体土地建造住宅之后，城市居民再也不能成为宅基地使用权人 [↑](#footnote-ref-309)
310. 转引自耿卓《论宅基地使用权的物权变动》，《政治与法律》2012 年第5 期，第35页：参见“农村土地问题立法研究”课题组：《农村土地法律制度运行的现实考察—对我国 10 个省调查的总报告》，《法商研究》2010 年第 1 期；陈小君等：《农地流转与农地产权的法律问题—来自全国 4 省 8 县(市、区)的调查报告》，《华中师范大学学报(人文社会科学版)》2010 年第2 期. [↑](#footnote-ref-310)
311. Las “viviendas con derecho incompleto” se denominan ¨小产权房¨. Son viviendas que se construyen en tierras rurales por la colectividad de los agricultores con el fin de venderlas. Son distintas de las viviendas que los agricultores construyen en las tierras solicitadas para vivir ellos con sus familias. Hay que pagar gastos, tales como las tasas de transferencia de tierras, para que estas viviendas puedan ser construidas en las tierras rústicas, pero éstos no se pagan y, por lo tanto, las viviendas no tienen el certificado de propiedad que concede el departamento de administración de la vivienda -único departamento legal y oficial que concede este certificado-; tan solo tienen un certificado de propiedad concedido por el gobierno del pueblo. Estas vivendas tampoco tienen un certificado de derechos de uso sobre las tierras ni licencia para la venta de la vivienda. El contrato de compraventa de estas viviendas no puede registrarse en la Autoridad de Recursos de la Tierra Estatal y Administración de la Vivienda (国土资源和房屋管理局). Los precios de las viviendas urbanas son demasiado altos y, por ello, no están al alcance de los trabajadores en general. Por otra parte, las viviendas económicas construidas por el gobierno y otras viviendas a bajo alquiler todavía no puede satisfacer las demandas de vivienda para todos. Las “viviendas con derecho incompleto” tienen una gran demanda de compra. Por lo tanto, se construyen las “viviendas con derecho incompleto” en las zonas fronterizas urbanas y rurales. [↑](#footnote-ref-311)
312. “Algunas opiniones sobre la profundización en la reforma e innovación y aceleramiento de la modernización de la agricultura”《关于加大改革创新力度加快农业现代化建设的若干意见》 [↑](#footnote-ref-312)
313. “El Ministerio de Tierras y Recursos Estatales” 国土资源部 [↑](#footnote-ref-313)
314. 宜城市农村宅基地制度改革试点调查http://www.hb.xinhuanet.com/2016-06/06/c\_1118994670.htm

     浏阳市农村宅基地制度改革试点制度文本经省领导小组会议审核通过http://www.csgtzy.gov.cn/zwgk/xwdt/qxdt/201608/t20160819\_1201296.html [↑](#footnote-ref-314)
315. 2014年11月公布 《不动产登记暂行条例》，自2015年3月1日起施行。 [↑](#footnote-ref-315)
316. 虽然宅基地使用权并未实施严格的登记制度，其变更公示也不以登记为必要，仅在已经登记的宅基地使用权转让时，才应当及时办理变更登记。但自不动产统一登记暂行条例实施后，今年正式在全国开展了不动产统一登记工作，对于没有进行初始取得登记，变更登记，注销登记的宅基地使用权进行登记是其工作的重要部分。 [↑](#footnote-ref-316)
317. 孙宪忠《中国物权法：原理释义和立法解读》389页 [↑](#footnote-ref-317)
318. 崔建远《物权法》第二版，第323页。 [↑](#footnote-ref-318)
319. 孙宪忠《中国物权法：原理释义和立法解读》389页 [↑](#footnote-ref-319)
320. 梁慧星，陈华彬《物权法》第四版，284页 [↑](#footnote-ref-320)
321. 孙宪忠《中国物权法：原理释义和立法解读》389页 [↑](#footnote-ref-321)
322. 《物权法》第四十二条“为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。征收集体所有的土地，应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用，安排被征地农民的社会保障费用，保障被征地农民的生活，维护被征地农民的合法权益。征收单位、个人的房屋及其他不动产，应当依法给予拆迁补偿，维护被征收人的合法权益；征收个人住宅的，还应当保障被征收人的居住条件。任何单位和个人不得贪污、挪用、私分、截留、拖欠征收补偿费等费用”中华人民共和国宪法第十条“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿” [↑](#footnote-ref-322)
323. 第六十五条 有下列情形之一的，农村集体经济组织报经原批准用地的人民政府批准，可以收回土地使用权：（一）为乡（镇）村公共设施和公益事业建设，需要使用土地的；（二）不按照批准的用途使用土地的；（三）因撤销、迁移等原因而停止使用土地的。 [↑](#footnote-ref-323)
324. 确定土地所有权和使用权的若干规定（1995年3月11日）第五十二条：空闲或房屋坍塌、拆除两年以上未恢复使用的宅基地，不确定土地使用权。已经确定使用权的，由集体报经县级人民政府批准，注销其土地登记，土地由集体收回。 [↑](#footnote-ref-324)
325. “Algunas disposiciones para determinar la propiedad y los derechos de uso de las tierras”《确定土地所有权和使用权的若干规定》 [↑](#footnote-ref-325)
326. 宅基地使用权继承问题目前在学术界仍有很大争议，具体参见曹益凤《宅基地使用权的继承问题研究》 [↑](#footnote-ref-326)
327. 温世扬《物权法要义》，208页。 [↑](#footnote-ref-327)
328. 考虑到我国广大农村的实际情况和宅基地登记现状，虽然没有明确要求所有宅基地使用权一旦发生变更或消灭一律登记，但是对于已经登记的，应当及时办理变更或注销登记。随着2016年开始全面实行不动产的统一登记，广大农村将会完成宅基地的全面统一登记。将来宅基地使用权消灭的，也都将进行注销登记. [↑](#footnote-ref-328)
329. Todos los miembros del hogar que ostentan los derechos de uso de las tierras fallecen y no existen herederos , los derechos de uso de las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales se extinguirán. [↑](#footnote-ref-329)
330. 崔建远《物权法》第二版，325页。 [↑](#footnote-ref-330)
331. 孙宪忠《中国物权法：原理释义和立法解读》。第379页 [↑](#footnote-ref-331)
332. 崔欣，博士论文《中国农村集体建设用地使用权制度研究》，第7页 [↑](#footnote-ref-332)
333. 崔欣，博士论文《中国农村集体建设用地使用权制度研究》，第9页。“住宅类集体建设用地使用权包括二种情形，一是为解决历史遗留问题，而由国家法规的形式确定的一类集体建设用地使用权。如1995 年《确定土地所有权和使用权的若干规定》第 48 条“非农业户口居民（含华侨）原在农村的宅基地，房屋产权没有变化的，可依法确定其集体土地建设用地使用权。。。”二是广大农村地区为因应经济的发展，集约利用土地，在集体建设用地上大量兴建房屋而产生的集体建设用地使用权。这类权利的原始来源既包括宅基地使用权，也包括农村地区存在的其他非农业用地使用权，甚至于非法改变耕地用途而产生的建设用地使用权。“小产权房”问题的产生，即是此类集体建设用地使用权。” 即便如此，目前农村建设用地使用权的讨论仍以后两者为主，即经营性和公益性的建设用地。住宅类用地主要以宅基地使用权为主，所以本文讨论时也主要讨论集体经营性和公益性的建设用地。 [↑](#footnote-ref-333)
334. 参见龙翼飞、徐霖： 《对我国农村宅基地使用权法律调整的立法建议一兼论“ 小产权房”问题的解决》， 《法学杂志》2009年第9期， 第28页。 [↑](#footnote-ref-334)
335. ¨los derechos de uso sobre las tierras colectivas de construcción mercantil¨ 经营性集体建设用地使用权；“los derechos de uso sobre las tierras colectivas de construcción de interés público” 公益性集体建设用地使用权 [↑](#footnote-ref-335)
336. 孙宪忠《中国物权法：原理释义和立法解读》，经济管理出版社2008年版，第384页。 [↑](#footnote-ref-336)
337. 中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议，简称中共十八届三中全会，于2013年11月9日至12日在北京京西宾馆召开. http://spanish.peopledaily.com.cn/32001/208693/index.html [↑](#footnote-ref-337)
338. 中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定（2013年11月12日中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过）¨11）建立城乡统一的建设用地市场。在符合规划和用途管制前提下，允许农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股，实行与国有土地同等入市、同权同价...¨ [↑](#footnote-ref-338)
339. 人役权是为了特定人的利益而利用他人所有之物的权利,即以他人之物供自己使用和收益的权利。人役权出现在古罗马共和国末年,此时无夫权婚姻和奴隶解放的情况日益增多,每当家长亡故,那些没有继承权或丧失劳动能力的人的生活就成了问题。因此,丈夫和家主就把一部分家产的使用权、收益权和居住权等遗赠给妻子或被解放的奴隶,使他们生有所靠,老有所养 。这些权利在优帝一世时称为人役权,包括用益权、使用权、居住权和奴畜使用权四种。 [↑](#footnote-ref-339)
340. 温世扬 廖焕国：《人役权制度与中国物权法》，《时代法学》2004年第5期 [↑](#footnote-ref-340)
341. Ley del Matrimonio de la República Popular China 中华人民共和国婚姻法 [↑](#footnote-ref-341)
342. Ley de Sucesión de la República Popular China 中华人民共和国继承法 [↑](#footnote-ref-342)
343. 房绍坤：《居住权立法不具有可行性》，《中州学刊》2005年第4期；梁慧星：《我为什么不赞成规定“居住权”？》http://www.iolaw.org.cn/showArticle.aspx?id=1245；“创设居住权的目的，是要解决三类人的居住问题。一是父母；二是离婚后暂未找到居所的一方（通常是女方）；三是保姆。下面先分析离婚一方的居住问题。按照这种裁判实务中的做法，离婚女方对判归男方的住房的使用，当然不是永久的居住，只是暂时的居住。不同于现在物权法草案所谓的居住权。显而易见，这是在中国当时实行公房制度的历史条件下采取的特别措施。现在，这一历史条件已不存在。公房制度已经废止。职工使用的公房，已经出卖给了职工，成了职工的私有财产。并且，国家推行住宅商品化的政策，只要有钱就可以买到商品房。没钱买房的，可以通过租赁方式解决居住问题。80年代曾经作为最严重的社会问题存在的住房困难，已经基本解决。在离婚中，离婚女方的居住，已经不再是困扰法院的难题。离婚前只要有住房，法院尽可以全部判给女方或者判一半给女方。有的男方打算离婚，先买一套商品房登记在女方名下，然后双方再签离婚协议。这样报导也已见诸报端。假如还有个别案件，离婚女方的居住问题难以解决，法院完全可以继续采用过去的老办法，判决她有权在男方的房屋中暂时居住，直到再婚为止。从现行继承法的上述规定可知，夫妻相互有继承权。配偶、父母和子女，同为第一顺序法定继承人。考虑到现行婚姻法关于“婚姻关系存续中取得的财产属于夫妻共有”的规定，如果丈夫去世，首先应当从夫妻共有财产中，分出属于妻子的一半财产，剩下的另一半财产才属于丈夫的遗产。该遗产由妻子与子女及丈夫的父母继承。特别要注意的是，现行婚姻法还规定了子女赡养父母的义务。子女履行赡养义务，当然必须解决父母的居住问题。可见，在我们的社会中，父母的居住及丧夫的寡母的居住，在法律上有充分的保障，不发生任何的问题。 剩下就是保姆的居住问题。中国幅员辽阔，大多数人口在农村。超过10亿之数的农民，恐怕不大可能雇用保姆。在城市居民中，虽然没有精确统计，使用保姆的家庭恐怕也只占少数。在使用保姆的家庭中，准备给保姆永久居住权的，恐怕只是极个别的情形。为了极少人的问题，而创设一种新的物权，创设一个新的法律制度，既不合逻辑，也不合情理！如果谁要让自己的保姆终身居住，尽可以在遗嘱中明确表述此种遗愿。遗嘱中这样的规定，虽然不发生物权的效力，并不等于不发生任何效力。按照遗嘱中的这一规定，法院将仍旧采用此前的做法，通过在继承人的房屋所有权上设一个负担来解决该保姆的居住问题，以实现遗嘱人的遗愿。” [↑](#footnote-ref-343)
344. 胡康生《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社，第 351页 [↑](#footnote-ref-344)
345. 耿卓《乡村地役权及其在当代中国的发展》，《法商研究》2011年第4期, 第66-68页 [↑](#footnote-ref-345)
346. 陈华彬：《中国物权法的意涵与时代特征》，《现代法学》2012年第6期；梁慧星《中国物权法草案建议稿》，社会科学文献出版社，2000年3月第1版，第580-598页。 [↑](#footnote-ref-346)
347. “Derecho de empeño”, se denomina en chino “典权¨,是指典权人支付典价，而对他人不动产实现占有、使用和收益的权利。对于典权的性质，主流的观点认为它是一种用益权, 从法律涵义上看，典权显然是一种用益物权，尽管它在某些情况下具有担保的意义,但最终目的和实质功能是直接实现一种用益。（米健：《典权制度的比较研究》，《政法论坛》2001年第4期）；依据典权制度，典物的所有人将自己的不动产出典于典权人，以获得相当于卖价的金额，待日后有能力时可以原价赎回该不动产，其不仅获得资金以应急需，也可避免变卖祖产受人耻笑。而典权人则以支付低于买价的典价而取得典物的使用、收益权，且日后还有取得典物所有权的可能。由此，出典人与典权人两全其美，各得其所.（梁慧星等． 物权法名家讲座[M]．北京: 中国社会科学出版社，2008年: 86－87页） [↑](#footnote-ref-347)
348. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial*, cit., en el epígrafe § 64 resume los criterios básicos de cómo se articulan los derechos reales de garantía: “A.- *Funcionamiento*. Cayo le pide a Ticio un préstamo de un millón. Ticio está dispuesto a concedérselo, siempre que Cayo ofrezca *garantías* que aseguren la devolución. Es decir, si Cayo no pudiera pagar por cualquier causa (porque lo despidan, porque la empresa en la que trabaja entre en concurso, porque fallezca, etc.) la *garantía* cubrirá el pago del préstamo. Por esa razón, Cayo entrega a Ticio, como garantía de la devolución del préstamo, un sello de su colección cuyo valor de mercado asciende a tres millones. Esta entrega constituye una garantía denominada *prenda*. Mientras Ticio tenga en su poder la *prenda* (el sello), tiene *garantizado* el cobro, porque puede venderla si Cayo no le paga. B.- *Obligación accesoria*. Entre Cayo y Ticio se han creado dos obligaciones: i) una principal, el préstamo; y ii) otra de garantía, la prenda. Esta segunda es, para lo bueno y para lo malo, *accesoria* de la primera. De forma que si Cayo devuelve el préstamo, Ticio deberá a su vez devolverle el sello, pues carecería de causa para retenerlo. Pero si Cayo no paga, Ticio podrá vender el sello para con su producto reintegrarse de la deuda. Otra consecuencia de la accesoriedad de la garantía es que su valor no afecta al importe principal. Por ello, si Ticio ejecuta la prenda y obtiene tres millones, cancelará la obligación principal y devolverá a Cayo el exceso (dos millones). Por el contrario, si Ticio obtuviera por el sello solo tres cuartos de millón, podrá cancelar la deuda parcialmente por ese importe y exigirle a Cayo la diferencia (el cuarto de millón restante). C.- *Carácter real*. La garantía prestada por Cayo es de naturaleza *real*, porque recae sobre una cosa (el sello). Las garantías reales principales son la prenda y la hipoteca. Ésta se diferencia de aquélla, sobre todo, en que no precisa desplazamiento posesorio y recae sobre bienes inmuebles. Es indiferente que la cosa pignorada pertenezca o no al deudor, siempre que la pignore su propietario. Por ejemplo, si el sello no perteneciera a Cayo sino a su padre, éste podría pignorarlo en garantía de la deuda de su hijo. D.- *Diferencia con las garantías personales*. No deben confundirse estas garantías reales constituidas por terceros, con las garantías personales, en las que un tercero asume la obligación de pago junto con el deudor principal. Este es el caso, por ejemplo, de los avalistas y fiadores. Si, en lugar de la prenda, el padre de Cayo hubiera garantizado personalmente la devolución del préstamo, se habría convertido en su fiador.”. [↑](#footnote-ref-348)
349. Fernández de Buján, F., Deductio mercedis, forma alternativa de garantía del conductor, en RIDA 53 (2006) 152 s., plantea la cuestión etimológica que ofrece la RAE de garantía como procedente de garante, siendo derivado del francés garant y éste a su vez del franco werênd. A este autor le sorprende porque en su opinión pudiera parecer que “garante adoptaría su denominación por ser aquella persona que ofrece garantía, y no a la inversa. Asimismo muestra su extrañeza que no provenga directamente del latín. [↑](#footnote-ref-349)
350. Estos derechos reales de garantía se caracterizan por tener eficacia *erga omnes* y atribuir al acreedor preferencia para el cobro pudiéndose dirigirse contra el bien cualquiera que sea la persona que ostente su titularidad y con independencia de la existencia de más acreedores, siempre que ninguno de ellos tenga un derecho preferente. [↑](#footnote-ref-350)
351. Esta categoría surge a finales del siglo XX por los inconvenientes de la garantía prendaria que al exigir el desplazamiento de la posesión privaba al deudor de los instrumentos necesario para desarrollar su actividad lo que le impedía el pago de la deuda, por otro lado surgen nuevos bienes, en sentido jurídico. De este modo la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento son derechos reales de garantía de realización de valor que se caracterizan por: a) por la naturaleza de sus bienes (muebles o inmuebles); b) por el no desplazamiento de su posesión; c) por el modo de constitución. [↑](#footnote-ref-351)
352. Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de (Ley 16 de diciembre de 1954 en parte modificada por la Ley 41/2007 de 7 de diciembre que modifica el mercado Hipotecario y en concreto la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. [↑](#footnote-ref-352)
353. García Garrido, M.J., *Derecho Privado Romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., : La prenda (*pignus*)es una institución única y como una de sus modalidades puede constituirse por un pacto o convenio (*pignus conventum*)de que la cosa pignorada quede en poder del deudor pignorante y se considere vinculada al cumplimiento de la obligación. Marciano, *ad form. hypoth.* D. 20. 1. 5. 1 afirmaba: *«entre la prenda y la hipoteca la diferencia es sólo nominal».* El desplazamiento de la posesión puede ser inmediato, como en la prenda, o quedar aplazado al incumplimiento de la obligación, como en la hipoteca. El origen de la prenda por simple convención o hipoteca se encuentra en la garantía inmobiliaria de los arrendamientos públicos y, sobre todo, en la prenda o garantía de los arrendamientos rústicos. El arrendador y el arrendatario convenían que los muebles y aperos de labranza trasladados (*invecta*) *y* los semovientes que llevaba a la finca (*illata*)de los que se servía para el cultivo, respondiesen del pago de la renta hasta el fin del contrato. A partir del siglo I d. C. este convenio de prenda sin posesión se generaliza y puede constituirse sobre cualquier objeto que se pueda vender [↑](#footnote-ref-353)
354. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial*, cit., § 64, comenta los requisitos legales: “1) Asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Conforme a esos preceptos, es *requisito esencial* de los contratos de prenda e hipoteca el asegurar el cumplimiento de una obligación principal de cualquier tipo, incluidas las obligaciones sujetas a condición suspensiva o resolutoria. 2) Derecho de enajenación. Esa garantía se obtiene mediante el derecho de enajenación de las cosas pignoradas o hipotecadas para, con su precio, pagar al acreedor. La enajenación de la cosa no puede sustituirse por la apropiación del acreedor. Es decir, Ticio, si no le paga Cayo, puede vender el sello pero no puede quedárselo. Esta apropiación o derecho de comiso —vedada desde el derecho romano postclásico (C. 8,34,3)—, hoy está prohibida por el artículo 1859 CC. Esta prohibición cuenta con un amplio reconocimiento jurisprudencial (cfr. entre otras muchas las SSTS 1ª de 16 mayo 2000 y 26 abril 2001) que amplían la prohibición desde los contratos de garantía típicos (prenda, hipoteca y anticresis) “a los negocios indirectos que persigan fines de garantía, que opera como un límite al principio de la autonomía privada”. La apropiación no debe confundirse con el derecho de adjudicación, previsto en el artículo 1872 CC, que se puede ejercitar solo en el caso de que no se haya conseguido enajenar la cosa pignorada en las correspondientes subastas. 3) La cosa debe ser propiedad del que la grava. Por supuesto, la cosa pignorada o hipotecada debe pertenecer en propiedad al que la empeña o hipoteca, ya sea el deudor o un tercero, siempre que tengan la libre disposición de sus bienes o se hallen legalmente autorizadas al efecto. 4) Responsabilidad personal ilimitada del deudor. Finalmente, estas garantías, como dice el artículo 105 LH, no alterarán “la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 CC”. Esto implica, a efectos prácticos, un derecho del acreedor de ejercitar tanto las acciones personales de las obligaciones principales como las reales de las obligaciones de garantía o, incluso, ambas en el caso que unas u otras no hayan sido suficientes.” [↑](#footnote-ref-354)
355. Además de los requisitos que se recogen en este precepto se exige una formalidad *ad solemnitatem* que consiste en la inscripción en el Registro de la Propiedad del documento en que se constituya, a diferencia de la [LH](http://app.vlex.com/#/vid/126942) que exige que este documento sea una escritura pública. Vázquez Iruzubieta, *C., Código Civil. Comentarios, Notas y Jurisprudencia*, cit., apunta que respecto de las hipotecas legales, esta disposición del Código debe ser complementada con los arts. [158](http://app.vlex.com/#/vid/126942/node/158) y ss. [LH](http://app.vlex.com/#/vid/126942), y respecto de las instituciones públicas, el art. 168 de la misma Ley. [↑](#footnote-ref-355)
356. * Bendito Cañizares, T*., Art. 104 LH*, en *Comentarios al Codigo Civil. Tomo VII, Vol 6º: Artículos 104 a 130 de la Ley Hipotecaria*, Ed. Edersa, Madrid 2004, señala que el art. 1857 CC utiliza el término asegurar como primer requisito «esencial» tanto para la prenda como para la hipoteca. “ La hipoteca asegura el cumplimiento de la obligación a la que viene ligada otorgando una protección que podría calificarse de especial para el acreedor en comparación con la general que le brindaría el [artículo 1.911](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/1911) del [Código civil](http://app.vlex.com/#/vid/127560). Añade, por tanto, un plus de protección del crédito. Pero ¿por qué? Ahí está la clave: porque además de la responsabilidad universal que ya tiene el acreedor por el hecho de ostentar esa posición de favor en la relación crediticia, contará con una especial protección de su crédito al poder cobrarlo con un específico bien inmueble sobre el que se constituye la hipoteca. De hecho en la hipoteca la doctrina siempre ha visto dos fases, siendo la primera la llamada de aseguramiento o «de seguridad», y la segunda, la «de ejecución» o «efectiva». Esa seguridad se traduce además en la posición privilegiada que el acreedor ocupa en el «ranking» de créditos que narra el [artículo 1.923](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/1923) del [Código civil](http://app.vlex.com/#/vid/127560)”.

     [↑](#footnote-ref-356)
357. De forma excepcional pueden pignorarse, no obstante, derechos secundarios como el usufructo, en cuyo caso la posibilidad de constituirla corresponde al usufructuario. [↑](#footnote-ref-357)
358. El art. 1.857, recoge la posibilidad de que una tercera persona extraña a la obligación principal, pueda prestar garantía pignorando sus propios bienes, surgiendo así la figura del llamado *“fiador real”.* No se exige la intervención del deudor. No obstante el CC establece una serie de requisitos para supuestos especiales. 1) La prenda que tenga por objeto bienes muebles del menor deberá hacerse por medio del progenitor que ostente la patria potestad, quien, salvo que el menor sea mayor de 16 años y consienta en documento público, necesitará autorización judicial para constituir gravámenes sobre establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios ([art. 166](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/166) [C](http://app.vlex.com/#/vid/127560)C). 2) Ni el tutor ni el curador pueden constituir a su favor garantías sobre cualquier clase de bienes del pupilo o incapacitado ([art. 1.459.1](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/1.459.1)º [CC](http://app.vlex.com/#/vid/127560).). 3) El menor emancipado necesita complemento de capacidad para gravar establecimientos mercantiles o industriales y objetos de extraordinario valor (arts. [323](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/323) y [324](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/324) [C](http://app.vlex.com/#/vid/127560)C). 4) La constitución de prenda por medio de representante voluntario requiere, por tratarse de un acto de riguroso dominio, poder expreso ([art. 1.713](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/1713) [C](http://app.vlex.com/#/vid/127560)C), salvo si se trata de apoderado mercantil, caso en el que bastará poder general para entender que el representante está facultado para constituir prendas si este negocio está comprendido en el giro o tráfico de la empresa (arts. [281](http://app.vlex.com/#/vid/126968/node/281), [283](http://app.vlex.com/#/vid/126968/node/283) y [286](http://app.vlex.com/#/vid/126968/node/286) Cco.); o si se trata de administradores sociales, dado que el ámbito de representación de éstos tiene su límite sólo en aquellas prendas que se constituyan en contradicción clara con el objeto social (arts. [129](http://app.vlex.com/#/vid/128218/node/129) [LSA](http://app.vlex.com/#/vid/128218), 63 [LSRL](http://app.vlex.com/#/vid/127138) y 115.1 [Cco](http://app.vlex.com/#/vid/126968).). Pero téngase en cuenta que las sociedades anónimas y las limitadas no pueden prestar garantías para la adquisición de sus propias acciones o participaciones o de las emitidas por su grupo (arts. [81.1](http://app.vlex.com/#/vid/128218/node/81.1) [LSA](http://app.vlex.com/#/vid/128218) y [40.5](http://app.vlex.com/#/vid/127138/node/40.5) [LSRL](http://app.vlex.com/#/vid/127138)). Además, las sociedades limitadas no pueden aceptar en prenda (ni en ninguna otra forma de garantía) sus propias participaciones o las acciones o participaciones emitidas por sociedades de su grupo ([art. 40.4](http://app.vlex.com/#/vid/127138/node/40.4) [LSRL](http://app.vlex.com/#/vid/127138)). 5) El Patronato de las fundaciones (de competencia estatal) requiere autorización del Protectorado para gravar bienes muebles que formen parte de la dotación: que estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales (art. 21 Ley 50/2.002, de Fundaciones, y art. 17 RD 1337/2.005). El Notario comprobará que se han recabado las oportunas autorizaciones y, en caso contrario, autorizará el acto sometiéndolo a la condición suspensiva de obtención de las mismas. Cfr. Espinosa Infante, J.M., *Derechos reales de garantía*, en Derechos reales. Contestaciones al programa de oposiciones a notarias, Ed. Dykinson, Madrid 2006, 653 s. [↑](#footnote-ref-358)
359. Diéz-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial VI. Derechos reales*, cit., 363, señala que la esencia de los derechos reales de garantía consiste en atribuir al acreedor la facultad para solicitar la venta de la cosa. [↑](#footnote-ref-359)
360. Espinosa Infante, J.M., *Derechos reales de garantía*, cit., 659 s., apunta que la “doctrina viene señalando que lo que excluye la eficacia del pacto comisorio es la posible desproporción entre el valor de la cosa y el importe de la deuda. De este modo, estaría prohibido el pacto que permita la apropiación o disposición de la cosa gravada sin que exista posibilidad de contrastar cuál es su valor de mercado (aunque se trate del valor que las partes le hayan dado bilateralmente en la propia escritura, pues es razonable pensar que aquel valor no obedeciera a la libre voluntad del deudor, que está contratando en situación de riesgo). No, sin embargo, un pacto en el que el valor de la garantía que el acreedor puede apropiarse o de la que puede disponer venga determinado por referencia a criterios objetivos. A este respecto, téngase en cuenta que los negocios con los que suele encubrirse un pacto comisorio son aquellos en los que, con la concesión del crédito, el acreedor se constituye una garantía dominical mediante una apropiación de la cosa condicionada al impago del crédito: venta en garantía, opción de compra y promesa de venta”. Del mismo modo tampoco puede el acreedor hacer suyos los productos de la prenda excepto para la compensación del capital o de los intereses que se le deban conforme establece el art. 1868 del CC.

     *Vid*., Resolución de la DGRN de 21 de febrero de 2013. La Resolución de la DGRN de 20 de julio de 2012 insiste en la prohibición del pacto comisorio y la no admisión de la opción como negocio indirecto para burlar dicha prohibición. [↑](#footnote-ref-360)
361. En el caso de que el heredero del deudor haya satisfecho parte de la deuda no podrá solicitar que se extinga proporcionalmente la prenda o la hipoteca mientras la deuda no haya sido satisfecha por completo. Del mismo modo, el heredero del acreedor que recibió su parte de la deuda tampoco podrá cancelar la hipoteca ni devolver la prenda en perjuicio de los demás herederos que no hayan sido satisfechos. [↑](#footnote-ref-361)
362. En este supuesto el deudor tendrá derecho a que se extinga la prenda o la hipoteca a medida que satisfaga la parte de deuda de que cada cosa responda especialmente. [↑](#footnote-ref-362)
363. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial*, cit., § 65, sobre la prenda: “A.- *Origen*. Prueba de la importancia que para el derecho romano tiene esta institución la ofrece el Digesto, que dedica a la prenda y a la hipoteca seis títulos (D. 20,1 a 20,6). En Roma, como hoy, la prenda es una garantía real, en la que el pignorante transmite la posesión de la cosa pignorada al acreedor pignoraticio. La entrega constituye una garantía real protegida por los interdictos posesorios. La prenda da derecho al acreedor para retener la cosa en su poder hasta que se le pague la deuda. Puede acordarse, para el caso de incumplimiento de la obligación garantizada, la venta de la cosa dada en prenda, a fin de que el acreedor cobre su crédito con el precio obtenido de la enajenación. B.- *Garantía real*. La prenda es una garantía real. Es la garantía real por antonomasia, caracterizada por los elementos específicos expuestos por los artículos 1863 CC y ss., que la diferencian de otras formas de caución: 1º) Desplazamiento de la posesión. Es indispensable que se ponga la cosa pignorada en *posesión* del acreedor o de un tercero de común acuerdo. No se contrae por el mero consentimiento de acreedor y deudor, sino que es necesaria la entrega posesoria. Sólo desde que se produce esa entrega, la cosa pignorada responde de la obligación que garantiza. Por esa razón el acreedor puede ejercitar las acciones que competan al dueño de la cosa pignorada para reclamarla o defenderla contra terceros. La posesión genera en el acreedor —o en el tercero al que se le entregue— un derecho y una obligación: i) tiene derecho a retener la cosa en su poder hasta que se le pague el crédito; ii) tiene obligación de cuidar de la cosa dada en prenda con “la diligencia de un buen padre de familia”. 2º) Recae sobre bienes muebles. El artículo 1864 CC adopta un criterio diferente al de la tradición jurídica, y limita las cosas que pueden darse en prenda a las *muebles* que estén en el comercio, con tal que sean susceptibles de posesión. 3º) Puede ser enajenada. Si no se satisface la obligación garantizada, el acreedor podrá proceder a la enajenación de la prenda en subasta pública notarial. Además los artículos 681 LEC y ss. regulan las particularidades de la ejecución sobre bienes pignorados. Estas ejecuciones no empecen el ejercicio de la acción personal de la obligación garantizada, cuando proceda”. [↑](#footnote-ref-363)
364. No obstante, la responsabilidad patrimonial universal que establece dicho artículo, cabe pactarse la limitación de responsabilidad a la finca hipotecada en virtud del art. 140 LH. Sin embargo, como señala Arruñada, B, *Limitar por Ley la responsabilidad hipotecaria: una mala idea*, en *Expansión* de 23 de febrero de 2011, esta posibilidad es escasamente utilizada porque no ofrece ventajas para las partes contratantes. Sobre las consecuencias que tendría establecer la regla de la responsabilidad hipotecaria limitada Pérez Gurrea, R., *Ejecución hipotecaria y enriquecimiento injusto a propósito de la STS de 13 de enero de 2015*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 751 (20015), señala las siguientes: 1. Se reducirían las denominadas insolvencias estratégicas, es decir en los casos en que la cuantía de la deuda sea superior al valor de mercado de la vivienda, los deudores se verían inducidos a liberarse de la deuda entregando la vivienda. En sentido inverso, las entidades financieras podrían presionar, en caso de impago, para quedarse con el inmueble, ya que en el mercado podrían obtener un precio superior al importe de la deuda pendiente. Esto podría suponer la quiebra de nuestro sistema jurídico de garantías reales ya que el acreedor podría quedarse con los bienes por un importe superior al de la deuda, con la consiguiente vulneración de los artículos 1859 y 1884 del Código Civil, en perjuicio tanto del deudor como de los demás acreedores.

     2. Al disminuir la garantía de cobro de los acreedores, sería más difícil acceder a los créditos, y se concederían créditos hipotecarios más caros, con una menor cobertura hipotecaria o a un plazo más corto. 3. En el caso de que la reforma fuese aplicable a los contratos en vigor, se produciría un incremento del riesgo para las entidades financieras y en definitiva para los contribuyentes. 4. La segunda consecuencia sería la necesidad de tener un ahorro previo en las familias mucho más que el actual (ahora se está dando un 80 por 100 del valor de tasación como máximo aunque la media está en un 62 por 100). Estaríamos hablando de un ahorro por encima del 40-50 por 100 y esto dejaría fuera del acceso a la vivienda a todas las familias que no tuvieran esta capacidad de ahorro. 5. La tercera consecuencia muy importante al efecto del pago de la hipoteca sería el acortamiento de los plazos (que se acortarían en 10 ó 15 años) lo que supondría dejar también fuera a muchas familias que no podrían pagar cuotas mensuales tan elevadas. 6. Otra consecuencia sería la petición de garantías adicionales para las familias que no pudieran tener este ahorro previo que tendrían que pedir o avales o seguros adicionales y otro crédito paralelo como ocurre en otros países». Por todo lo expuesto considero que la solución no es limitar la responsabilidad hipotecaria a la finca hipotecada con carácter imperativo, sin embargo hay quienes opinan que podría introducirse como norma dispositiva, es decir, que en materia de responsabilidad por deudas garantizadas con hipoteca, la norma no fuese la responsabilidad patrimonial universal sino la limitada a la hipoteca, pero admitiendo que las partes pudieran pactar lo contrario.

     [↑](#footnote-ref-364)
365. D.20,1,16,9 *Marcianus libro singulari ad formulam hypothecaria.: Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimand<a>m: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.*Marciano informa que puede constituirse prenda o hipoteca acordando que en caso de impago de la cantidad adeudada, en determinado plazo, el acreedor pueda, por derecho de compra mediante la estimación de un justo precio, poseer la coas. El jurista aclara que es en cierto modo una venta bajo condición. Otros textos de Digesto que recogen testimonios de la validez del pacto Marciano son: D.13,7,24pr. *Ulpianus libro trigensimo ad edictum. Eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a Caesare, ut pignus possideret idque evictum esset, an habeat contrariam pigneraticiam. et videtur finita esse pignoris obligatio et a contractu recessum. immo utilis ex empto accommodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat vel in quantum eius intersit, et compensationem habere potest creditor, si forte pigneraticia vel ex alia causa cum eo agetur* y D.13,7,34 *Marcellus libro singulari responsorum. Titius cum credidisset pecuniam Sempronio et ob eam pignus accepisset futurumque esset, ut distraheret eam creditor, quia pecunia non solveretur, petit a creditore, ut fundum certo pretio emptum habere<t> et cum impetrasset, epistulam, qua se vendidisse fundum creditori significaret, emisit: quaero, an hanc venditionem debitor revocare possit offerendo sortem et usuras quae debentur. Marcellus respondit secundum ea, quae proposita essent, revocare non posse*.Este pacto que recibe el nombre del jurista romano se mantuvo en las Partidas V,V,41: Empeñando un ome a otro alguna cosa a tal pleyto, que si la no quitasse a dia cierto, que fuesse suya comprada, de aquel a que se la rescebio a peños: dando o pagando sobre aquello que auia dado quando la tomo a peños tanto quanto podria valer la cosa segund aluedrio de omes buenos: tal pleito como este debe valer, y en la Ley 12, Título XIII, Partida V, al señalar que: Pero si el pleyto fuesse puesto, de guisa, que si el peño no le quitasse, fasta dia cierto, el que lo empeño, que fuesse suyo, vendido, e del otro, comprado, por tanto precio, quanto lo apreciasen los omes buenos, tal pleyto, dezimos que valdria». Redondo Trigo, F., *El pacto marciano, el pacto ex intervallo y la fiducia cum creditore en las garantías financieras del real decreto-ley 5/2005*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 699 (2009),363 s., señala que el pacto marciano debe ser entendido en relación con los motivos de prohibición del pacto comisorio y resume los principales argumentos esgrimidos: (i) El estado de necesidad del deudor, que impide al acreedor aprovecharse de una hipotética situación angustiosa del deudor para exigirle una garantía desproporcionada, por lo que dicho pacto ha sido calificado de inmoral, aunque la inmoralidad ya tiene su sanción en el artículo 1.255 del Código Civil; (ii) La desnaturalización de las garantías, ya que las mismas no están conceptuadas en nuestro Código Civil (art. 609) como un modo de adquisición de la propiedad (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1996); (iii) La defensa de terceros y el principio de la *par conditio creditorum*, aunque frente a esta tesis se ha propuesto que existen otros remedios que el Ordenamiento Jurídico ofrece para garantizar esta defensa, principalmente el artículo 1.111 del Código Civil; (iv) La tan criticada visión procesalista de la cuestión, que aboga por la imposibilidad de autosatisfacción; (v) El interés general o social en reprobar una práctica generalizada del pacto comisorio. [↑](#footnote-ref-365)
366. Con anterioridad al Real Decreto-ley 6/2012, al que posteriormente me referiré, se aprobó, por razones de extraordinaria y urgente necesidad [Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo](http://app.vlex.com/#/vid/271007269), de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. Este RDL admitía, para algunas circunstancias, el acuerdo de garantía pignoraticia de conformidad con el régimen establecido para la prenda en los artículos 1.857 y ss. del Código Civil, en relación con las modalidades de operaciones de garantía y obligaciones financieras principales. Así en sus art. 2 dispone: *Al producirse un supuesto de ejecución, el beneficiario podrá ejecutar las garantías financieras aportadas en virtud de un acuerdo de garantía financiera pignoraticia, en las condiciones previstas en el acuerdo de las maneras siguientes:* a. *Si se trata de valores negociables u otros instrumentos financieros, mediante venta o apropiación, de acuerdo, cuando corresponda, con el procedimiento previsto en el artículo decimoquinto y mediante compensación de su valor o aplicación de su valor al cumplimiento de las obligaciones financieras principales...;* b. *Si se trata de efectivo, mediante compensación de su importe o utilizándolo para ejecutar las obligaciones financieras principales.* Redondo Trigo, F., *El pacto marciano, el pacto ex intervallo y la fiducia cum creditore en las garantías financieras del real decreto-ley 5/2005*, cit., 358 s., expone que “esta posibilidad de apropiación del objeto de la garantía financiera supone, en nuestra opinión, un claro ejemplo de pacto marciano, entendido éste en términos generales, como el pacto entre deudor y acreedor consistente en que si no se atendiera el pago en el momento del vencimiento de la obligación principal, el acreedor podría quedarse en propiedad con la cosa, previa justa valoración de la misma, con deber de reintegrar el excedente de dicha valoración en relación con el importe de la deuda ejecutada así inter partes. Asimismo, al verse constreñida la posibilidad admitida por el RDL a que la apropiación se pacte en el momento de constitución de la garantía financiera, sin precisar que dicho pacto de apropiación ha de coincidir también con el nacimiento de la obligación financiera, entendemos que el nacimiento del pacto de apropiación se puede producir también después por lo que también se estaría admitiendo el llamado *pacto ex intervallo*, considerado válido para la prenda o hipoteca (art. 1.859 del Código Civil), pero no para la anticresis (art. 1.884 del Código Civil). Resulta claro y meridiano en la doctrina y jurisprudencia española que el artículo 1.859 del Código Civil («El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas»), sanciona la prohibición del pacto comisorio en nuestro Ordenamiento Jurídico, decretándose la nulidad de dicho pacto y la validez del resto del contenido de la garantía en cuestión, aunque tradicionalmente se ha suscitado la duda acerca de la radicalidad de dicha prohibición, o bien, sobre si el Código Civil permite la existencia de pactos que no contradijeran el espíritu de dicha norma”. [↑](#footnote-ref-366)
367. Este Real Decreto-ley se completó con el [Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre](http://app.vlex.com/#/vid/406809686) y posteriormente estas disposiciones han sido completadas y modificadas por la [Ley 1/2013, de 14 de mayo](http://app.vlex.com/#/vid/436373657), de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. “Esta última ley, que amplía la regulación dada por el Real Decreto-ley anterior y redefine algunos de los conceptos que él se introducían, consta de cuatro capítulos, en los que se establecen diversos mecanismos conducentes a permitir la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria, siempre que se den determinadas circunstancias, entre las cuales destacan que se trate de hipotecas de vivienda habitual y para personas que no tengan segunda vivienda, y sólo se aplicará a aquellas personas que se incluyan dentro del umbral de exclusión, en los términos que la ley determina y acreditándolo en la forma que se establece” . *Vid*., López Mejía, M. & Requena Torrecillas, C., *La dación en pago como medio de extinción de las obligaciones derivadas de préstamos con garantía hipotecaria*, en *Cuadernos de derecho y comercio* (2014), 154. [↑](#footnote-ref-367)
368. No obstante, estas medidas que permiten la restructuración de deudores hipotecarios previstas en este RDL son considerados por un sector doctrinal insuficientes principalmente porque su ámbito de aplicación (art. 2) es muy reducido. Jiménez París, M.T., *La defensa del deudor hipotecario y el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 735 (2013), 298 ss., señala que conforme a este precepto el RDL no es de aplicación a “contratos de préstamo hipotecario concertados a partir del 12 de marzo de 2012, inclusive (contratos futuros); ni a contratos de préstamo hipotecario que, aunque vigentes el 11 de marzo de 2012, tengan por objeto bienes inmuebles distintos de la vivienda familiar, o a contratos de préstamo hipotecario sobre la vivienda familiar, concertados, no para su adquisición, sino para otras finalidades, como conseguir capital para un negocio (en el caso de trabajadores autónomos), ni a deudores hipotecarios que no se encuentren situados en el umbral de exclusión, aunque atraviesen graves dificultades económicas (esta exclusión y la anterior, constituyen a mi juicio uno de los principales inconvenientes de la norma), ni a contratos consumados por el cumplimiento voluntario o forzoso antes del 11 de marzo de 2012. El mencionado umbral de exclusión es definido con excesivo rigor por el Real Decreto-ley. La norma pretende, según expresa el legislador en la Exposición de Motivos (párrafo 3.º) que «los beneficiarios [de la mayoría de las medidas establecidas] sean personas que se encuentren en situación profesional y patrimonial que les impida hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones hipotecarias y a las elementales necesidades de subsistencia». De este modo se considera que el deudor de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, se encontrará situado en el umbral de exclusión cuando concurran en él las circunstancias siguientes: A) Todos los miembros de la familia carecen de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas, esto es, se encuentran en situación de desempleo. El Real Decreto-ley entiende por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos con independencia de su edad que residan en la vivienda. El sistema, como se ha señalado, «es sorprendente pues parece presumir la obligación de todos los miembros de la unidad familiar de contribuir con todos sus ingresos y todo su patrimonio al pago de la deuda [que, sin embargo, es una deuda personal del deudor hipotecario]. Mientras que en el Real Decreto-ley 8/2011, la existencia de miembros sin ingresos favorecía al deudor [permitiéndole incrementar el salario inembargable], ahora es la existencia de miembros con ingresos lo que le perjudica». Además es contraproducente exigir que todos los miembros de la familia carezcan de rentas del trabajo o de actividades económicas pues «en un país con un alto porcentaje de trabajo sumergido (agravado por la crisis), exigir ese requisito desincentiva el empleo o autoempleo legal». B) Que la cuota hipotecaria que deba abonar el deudor hipotecario resulte superior al 60 por 100 de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar [se ha fijado un techo muy elevado para poder entrar en el umbral de exclusión]. C) En todo caso, se hace imprescindible acreditar que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda, pues si se diere esta circunstancia, no se encontraría el deudor en el umbral de exclusión [¿estamos ante una especie de «carga de excusión» de los bienes de la familia, excluidos, por supuesto, los bienes inembargables, para que el deudor hipotecario pueda solicitar la reestructuración de la deuda y no ser compelido a la ejecución forzosa?]. D) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma. E) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que en todos los garantes concurran las circunstancias expresadas en las letras b) y c) [¿estamos ante otra especie de «carga de excusión de los bienes de la familia del garante», para poder considerar que garante y, por consiguiente, deudor hipotecario, está en situación de umbral de exclusión social?]. F) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar (por ejemplo, cónyuge separado legalmente, padres del deudor, hijos del deudor que no residen con la familia, etc.), deberán estar incluidos en las circunstancias a) [desempleo o no percepción de rentas derivadas de actividades económicas, por dichos deudores y sus familias]; b) y c). Además de acreditar los extremos anteriores con los documentos indicados en el artículo 3.2 del Real Decreto-ley 6/2012, para que un deudor hipotecario pueda ser considerado en el umbral de exclusión deberá efectuar (junto a los codeudores y a los garantes reales o personales) una declaración responsable relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 3 del Real Decreto-ley, según el modelo aprobado por la Comisión constituida para el seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas [art. 3.2.g) y 6.4]. [↑](#footnote-ref-368)
369. La sujeción al Código de Buenas Prácticas, publicado en Anexo a este RDL, está regulada en el art. 5. La adhesión es voluntaria para una entidad que de forma profesional realice actividades de concesión de préstamos o créditos hipotecarias y una vez realizada su adhesión, que se entenderá vigente por dos años, deberá comunicarse a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera. Jiménez París, M.T., *Consecuencias legislativas del Auto de 17 de diciembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Navarra. El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 732 (2012) 2406 s., apunta que la adhesión, pues, no está pensada para personas físicas o jurídicas que de manera no profesional hubiesen concedido un préstamo o crédito hipotecario (art. 7 en relación con el art. 5.1), si bien cabría que estas aplicasen voluntariamente las medidas del Código, de acuerdo con el deudor (arts. 1255 CC y 1203.1.º y 1204 del CC que permiten la novación de las obligaciones) y que la aplicación del contenido de este Código, regulado en el art. 7, no procede su extensión a ningún otro ámbito. [↑](#footnote-ref-369)
370. “Los deudores hipotecarios podrán solicitar y obtener de la entidad acreedora, siempre que la entidad haya suscrito este Código de Buenas Prácticas, la reestructuración de su deuda hipotecaria al objeto de alcanzar la viabilidad a medio y largo plazo de la misma. Ésta deberá ser analizada por la entidad, quien, en caso de rechazo, deberá comunicar al deudor los motivos en que se fundamente y debe conllevar la aplicación o combinación de las soluciones siguientes: i) Carencia en la amortización de capital de cinco años. El capital correspondiente a las cuotas de ese período podrá, o bien pasarse a una cuota final al término del préstamo o bien prorratearse en las cuotas restantes, o realizarse una combinación de ambos sistemas; ii) Ampliación del plazo de amortización hasta un total de cuarenta años, a contar desde la concesión del préstamo; iii) Reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25 por 100 durante el plazo de carencia. En caso de que no resulte factible esta reestructuración, entendiendo por ello que se establezca una cuota hipotecaria mensual superior al 50 por 100 de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar, dada su situación económico-financiera, el deudor podrá solicitar una quita en el capital pendiente de amortización que la entidad tendrá facultad para aceptar o rechazar en el plazo de un mes, a contar desde la acreditación de la inviabilidad del plan de reestructuración. Esta quita deberá conllevar: i) Reducción en un 25 por 100; ii) Reducción equivalente a la diferencia entre capital amortizado y el que guarde, con el total del capital prestado, la misma proporción que el número de cuotas satisfechas por el deudor sobre el total de las debidas; iii) Reducción equivalente a la mitad de la diferencia existente entre el valor actual de la vivienda y el valor que resulte de sustraer al valor inicial de tasación dos veces la diferencia con el préstamo concedido, siempre que el primero resulte inferior al segundo. Además, esta medida podrá ser solicitada por aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que ya se ha ya producido el anuncio de la subasta”. *Vid*., López Mejía, M. & Requena Torrecillas, C., *La dación en pago como medio de extinción de las obligaciones derivadas de préstamos con garantía hipotecaria*, cit., 157. [↑](#footnote-ref-370)
371. Los requisitos para solicitarla que debe cumplir el deudor son: a) Debe pedirse en el plazo de doce meses desde la solicitud de la reestructuración; b) Sólo es planteable por los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, para los que la reestructuración y las medidas complementarias, en su caso, no hayan resultado viables; c) Debe tratarse de su vivienda habitual en los términos previstos en la ley. *Vid*., López Mejía, M. & Requena Torrecillas, C., *La dación en pago como medio de extinción de las obligaciones derivadas de préstamos con garantía hipotecaria*, cit. 158. [↑](#footnote-ref-371)
372. Jiménez París, M.T., *Consecuencias legislativas del Auto de 17 de diciembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Navarra. El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*, cit., apunta que “la entidad no puede realizar una nueva tasación del inmueble reajustada a la baja, cancelando parcialmente la deuda y exigiendo el crédito pendiente sobre otros bienes del deudor, sino que acepta que el bien valía lo que se tasó inicialmente, y por lo tanto extingue la deuda porque, o bien vale más la vivienda, según dicha tasación, que el crédito pendiente (luego este se extingue), o si el crédito pendiente supera el 100 por 100 del valor de tasación la entidad reasume el riesgo que voluntariamente aceptó. En este sentido el artículo 3.b) señala que «la dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda». El problema radica en que es posible que el deudor haya pagado una importante parte del crédito hipotecario, y que, junto a ello, el derecho español prohíbe el pacto comisorio (art. 1859 CC), prohibición cuyo espíritu alcanza a que las daciones en pago se verifiquen en determinadas condiciones que supondrían un enriquecimiento injusto para el acreedor hipotecario. De modo que entiendo que en tales casos, como justa compensación por la pérdida de su vivienda, el deudor hipotecario debería recibir sobre las cantidades ya abonadas, una cantidad proporcional a la pérdida de valor que ha sufrido la vivienda con respecto a la tasación inicial base del crédito hipotecario. De este modo, Banco y deudor soportan la devaluación de la vivienda”. [↑](#footnote-ref-372)
373. En opinión de Jiménez París, M.T., *Consecuencias legislativas del Auto de 17 de diciembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Navarra. El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*, cit., 2015, dicha colaboración podría prestarla el deudor que permanece en la vivienda arrendada, el cual, en contraprestación por la incomodidad que supone permitir la visita del piso por posibles compradores, tiene derecho a tal compensación económica. Pero incluso podría extenderse lo previsto en este artículo al deudor que presentara a la entidad crediticia un posible comprador, siempre que queden excluidas maniobras fraudulentas por parte del deudor hipotecario, con vistas a obtener esa participación en la plusvalía que genere la transmisión. [↑](#footnote-ref-373)
374. Estas medidas pueden agruparse en tres grupos: 1) Medidas previas a la ejecución hipotecaria, que lo que pretende es evitarla disminuyendo el importe de la factura hipotecaria mensual por tres vías: carencia de amortización de capital durante 4 años, ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años y la reducción del tipo de interés al Euribor + 0,25 %; 2) Para el caso de que la reestructuración a través de las medidas anteriores resulte inviable por ser, a pesar de todo, la cuota hipotecaria superior al 60 % de los ingresos familiares, se prevé como medida complementaria una quita o reducción del capital del 25 %; 3) Medida sustitutiva de la ejecución, y para el caso de que las medidas anteriores no resulten viables, se contempla la dación en pago con extinción total de la deuda, pudiendo el deudor permanecer en la vivienda durante dos años en concepto de arrendatario, y pagando una renta anual del 3 % del importe de la deuda en el momento de la dación. Vid. Díaz Fraile, J.M., *Presente y futuro de la hipoteca como instrumento de fomento del crédito en el contexto del Derecho Comunitario (un proceso de reformas inacabado*), en *Anuario de Derecho Civil* 49 (2016), 513 s. Este autor cita la STJUE de 14 de marzo de 2013 que declaró que algunos aspectos de la legislación española de ejecución hipotecaria no se ajustan a normativa comunitaria. En concreto, lo que la Corte de Luxemburgo ha dicho es que la Directiva de protección a los consumidores de 1993 se opone a que una normativa como la española, al mismo tiempo que no prevé en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual, no permite que el juez que conozca del procedimiento declarativo posterior en que se alegue la nulidad de esa cláusula pueda adoptar ninguna medida cautelar, como por ejemplo la suspensión de la ejecución, que garantice la eficacia de la sentencia, y que si ésta es favorable al consumidor éste no pueda recuperar su vivienda. [↑](#footnote-ref-374)
375. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial*, cit., § 66, señala sobre el origen de la hipoteca en el derecho romano: “La hipoteca, en el derecho romano, es una modalidad de la prenda (Marciano D. 20,1,5,1), en el que se aplaza la entrega de la posesión de la cosa hipotecada hasta el momento del incumplimiento del deudor. Por tanto, si éste cumple, nunca se llegará a producir el desplazamiento posesorio … La *hypotheca*, también denominada *pignus conventum*, se propaga a otros ámbitos y ter, mina sistematizándose como forma de garantía. Consecuencia de esta difusión es la creación de una acción ficticia, la *actio Serviana*, mediante la cual el acreedor hipotecario podía reclamar la cosa hipotecada de cualquier poseedor que la tuviera, incluido, por supuesto, el propio deudor hipotecante”. [↑](#footnote-ref-375)
376. Fernández del Pozo, L., *Bienes muebles corporales susceptibles de prenda sin desplazamiento. Revisión crítica de la doctrina*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 753 (2016), señala que la relación de bienes que pueden darse en prenda sin desplazamiento que se recoge en los arts. 52 a 54 LHM es una lista a primera vista de bienes de “menos perfecta, y variable, identificabilidad registral que los hipotecables. La única «coherencia» que presenta la Ley en este punto es una cierta coherencia con la tradición histórica: el artículo 52 sucede a la vieja «prenda agrícola» del viejo Título Primero del Real Decreto de 22 de septiembre de 1917; el artículo 53 a la «prenda industrial» de la Ley de 17 de mayo de 1940; el artículo 54 recoge de la legislación anterior del Código Civil -los viejos artículos «bises» del Código Civil intercalados por la Ley de 5 de diciembre de 1941- una modalidad de garantía sobre conjunto de bienes de valor artístico (es decir: sin adscripción a un fin empresarial sino doméstico o de recreo)”. [↑](#footnote-ref-376)
377. * Bendito Cañizares, T*., Art. 104 LH*, en *Comentarios al Codigo Civil. Tomo VII, Vol 6º: Artículos 104 a 130 de la Ley Hipotecaria*, Ed. Edersa Madrid 2004, comenta que el concepto de hipoteca en el ordenamiento surge con el CC “pues sólo después de su publicación en el año 1889 pueden verse positivizados dos hechos que definirán desde entonces la institución: a) limitar la hipoteca por el objeto sobre el que recae, diferenciándose con ello de su figura-hermana en origen: la prenda, la cual, desde entonces no podrá recaer sino sobre bienes muebles(4), es logro de la [Ley Hipotecaria](http://app.vlex.com/#/vid/126942) de 1861, y b) fortalecer aún más el sistema de publicidad que se instaura en 1861 cuyo fin era dotar de mayor publicidad al antiguo sistema de Contadurías de hipotecas(5), en base a exigir la inscripción de toda garantía hipotecaria; es fruto de la opción legislativa que se realiza en nuestro [Código civil](http://app.vlex.com/#/vid/127560).

     [↑](#footnote-ref-377)
378. * Este carácter de inmediatez supone para Lacruz Berdejo, J.L. *Manual de Derecho civil, precedido de una introducción al Derecho*, Ed.Bosch, Barcelona 1990, 546 ss., reafirma el carácter real de la hipoteca en cuanto ésta sigue a quien tenga la cosa de modo que no estamos ante una relación entre el acreedor y el concedente de la garantía sino que se trata de una relación entre el crédito y la cosa inmueble y la sujeción directa se manifiesta no sólo en el derecho a que se venda la cosa caso de impago, sino también mientras la garantía está pendiente, en el derecho a que ésta no disminuya: la influencia del acreedor sobre la cosa hipotecada o pignorada no se limita al tiempo del vencimiento de la deuda. Sobre el carácter real de la hipoteca Vid. RRDGRN de 30 abril 1934, 28 junio 1934, 4 febrero 1935, 16 junio 1935, 24 abril 1936, 19 noviembre 1943, 7 noviembre 1944, 5 febrero 1945, 4 julio 1948, 1 diciembre 1949, 7 febrero 1950, 17 junio 1950, 20 junio 1952, 15 diciembre 1954, 31 julio 1958, 26 mayo 1986, 20 mayo 1987 y 23 y 26 octubre 1987. No obstante, la doctrina mantiene distintas teorías en relación al carácter de la hipoteca como expone Bendito Cañizares, T*., Art. 104 LH*, en *Comentarios al Codigo Civil. Tomo VII, Vol 6º: Artículos 104 a 130 de la Ley Hipotecaria*, cit.,: 1) Teoría obligacionista o personalista iniciada por la pandestística alemana que defiende que la hipoteca es un derecho de crédito con dos argumentos principalmente: uno, de carácter negativo, y otro, de carácter positivo interconexionados: si el derecho real es una facultad del dominio que produce una limitación al dueño del mismo (primer carácter) a la vez que proporciona un señorío sobre la cosa para el titular de dicho derecho real (segundo), la hipoteca no supone limitación alguna del dominio cuyo titular podrá ejercitar su *ius disponendi* con efectividad; y si el señorío sobre la cosa del titular del derecho real supone en la hipoteca que puede realizar el valor del bien en caso de incumplimiento, se contestará que también se podrá «expropiar» en el derecho de crédito y que, como él, sólo a través del órgano jurisdiccional y no directamente por el acreedor hipotecario. La afirmación de que la hipoteca es un derecho de crédito se explicará por Brinz en la misma época con el argumento, también extendible a la prenda, de que el dueño del fundo hipotecado es verdadero deudor de la deuda garantizada, aunque responda por ella con tan sólo el fundo gravado. … Cámara explicará que la teoría obligacionista ha sido la que ha negado que existan diferencias sustanciales entre los derechos de crédito y los reales, pues, por una parte, la obligación general de abstención propia de los derechos reales también se da en los de crédito, y por otra, que tampoco es propiedad exclusiva de los derechos de crédito que su titular ostente frente al sujeto pasivo una especial obligación, puesto que en algunos derechos reales (léase usufructo o servidumbre) se da una especial posición del dueño de la finca gravada frente al resto de la colectividad; 2) Teoría procesalista que parten del concepto de derecho real limitado, que supone una limitación al dominio por haberle concedido la facultad de disposición a un sujeto distinto del dueño del inmueble, la hipoteca no encajaría en dicha descripción; sólo los derechos de goce podrían ser considerados derechos reales y en el caso de la hipoteca estamos en presencia de un crédito al que se le ha agregado una ejecución especial, pero siempre, como toda ejecución, de naturaleza procesal , puesto que es un modo de actuar la responsabilidad civil especial que entraña, al igual que la responsabilidad civil universal de la que no se diferencia; 3) Teoría intermedia: hipoteca como obligación real u obligación *ob rem*, poco aceptada; 4) Teorías realistas o valoristas. La hipoteca es un derecho real «in faciendo». Cercano sustitutivo a la obligación *ob rem* o sustitutivo de la misma, el derecho real *in faciendo* se caracteriza -dirá nuestra mejor doctrina)- porque engloba aquella situación en que el sujeto pasivo del derecho real constituido en favor de otra persona, está obligado a realizar una determinada prestación accesoria en beneficio o al servicio del titular del derecho real constituido. Si bien la opinión mayoritaria mantiene que la hipoteca es un derecho real.

     [↑](#footnote-ref-378)
379. * Bendito Cañizares, T*., Art. 104 LH*, en *Comentarios al Codigo Civil. Tomo VII, Vol 6º: Artículos 104 a 130 de la Ley Hipotecaria*, cit., indica que el art. 104 LH expresa la razón de ser de la hipoteca lo que lleva a hablar de la causa de la hipoteca, en este sentido, comenta que siguiendo a Clemente de Diego, «el contrato de hipoteca puede ser definido como aquel por virtud del cual se asegura el cumplimiento de una obligación principal, afectando especialmente bienes inmuebles o derechos reales impuestos sobre ellos, de tal modo, que el acreedor pueda enajenarlos en el caso de que aquélla sea vencida y no satisfecha oportunamente por el deudor». La [S de 3 julio 1997](http://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:ES+content_type:2+source:102+tipo_resolucion_1:SEN+date:1997-07-03..1997-07-03/*) (5477), F. D. 1.°, prefiere hablar de negocio jurídico y no de contrato de hipoteca, peto señala como causa del mismo «la creación de un derecho real con la función de garantía de una obligación». Y la [Sentencia del Tribunal Supremo de 28 noviembre 1997](http://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:ES+content_type:2+source:102+tipo_resolucion_1:SEN+date:1997-11-28..1997-11-28/*) (8430), F. D. 4.°, declara que «... la hipoteca se constituye para garantizar la satisfacción del crédito... Esta finalidad económico-jurídica es lo que hace que la legislación hipotecaria nazca, entre otras cosas, para protegerlo y favorecer la seguridad jurídica de los préstamos, es jurídicamente su causa y está protegido por la ley [S. de 14 enero 1935 (R. J. 1935/215)]». La respuesta es concreta y directa; además, «sujetar, directa e inmediatamente...», no es una expresión aislada que utilice ocasionalmente el legislador; desde la codificación es la expresión aceptada; item más, salvadas las distancias, es la misma que vuelve a ofrecer cuando regula en 1954 la hipoteca mobiliaria (ex art. 16 L. H. M.). Ahora bien, es una norma que ha de verse completada con otros preceptos para aclarar su contenido y alcance, puesto que nada dice sobre: 1) El significado de «asegurar»; 2) El alcance de la sujeción «directa e inmediata», aunque «limitada» que propone; 3) El concepto de «cualquiera que sea su poseedor.

     [↑](#footnote-ref-379)
380. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial*, cit., § 66 explica con un ejemplo sencillo el funcionamiento de este gravamen: “Es por tanto, un gravamen real que no precisa desplazamiento posesorio desde el deudor hacia el acreedor. El desplazamiento es sustituido por una afección al cumplimiento de la obligación que garantiza, que se mantiene aunque el deudor la transmita a terceros. Se dice de la hipoteca que persigue al bien hipotecado como si fuera su sombra. Imaginemos que Cayo compra una casa, mediante un préstamo que le concede Ticio, por importe de diez millones, con garantía hipotecaria de la propia casa. Esto significa que Cayo podrá vivir en esa casa, pues no tiene que entregar su posesión al prestamista. Después de varios años y de haber amortizado el préstamo en dos millones, vende la casa a Sempronio en trece. De forma que Sempronio solo paga cinco y se subroga en el préstamo, que ahora asciende sólo a ocho millones. Éste, a su vez, vende inmediatamente la casa a Mario en quince millones, que le paga siete y se subroga en los ocho millones restantes. La hipoteca se ha mantenido sobre la casa a lo largo de todas esas transmisiones, y si Mario dejara de pagar el préstamo garantizado, el prestamista Ticio podrá ejecutar la hipoteca, vender la casa y reembolsarse el crédito debido”. [↑](#footnote-ref-380)
381. Jiménez París, M.T., *La defensa del deudor hipotecario y el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012*,cit., 278, declara que “en España el artículo 105 LH declara que la hipoteca no altera la responsabilidad patrimonial del deudor (su responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros), de modo que «la hipoteca como derecho real de garantía supone un «refuerzo» del derecho de crédito, de manera que el acreedor tiene la misma garantía que los demás acreedores del deudor (su patrimonio, art. 1911 CC) y además preferencia para ejecutar con eficacia *erga omnes* un bien de dicho patrimonio». Dado este sistema de responsabilidad, es evidente que el pinchazo de la burbuja inmobiliaria ha agravado para el deudor las consecuencias del principio sentado en el artículo 105 LH. Tampoco favorece al deudor la interpretación mayoritaria del artículo 579 LEC, según el cual, cuando el producto de la subasta resulte insuficiente en la ejecución especial hipotecaria para satisfacer el crédito, el acreedor hipotecario podrá proseguir la ejecución como ordinaria sobre otros bienes del deudor. La jurisprudencia había venido entendiendo por «producto», el importe nominal de la adjudicación del bien al acreedor, ese 50 por 100 del valor de tasación (redacción del art. 671 LEC anterior al Real Decreto-ley 8/2011), y no el bien en si mismo considerado, valorado según su tasación inicial, lo que podía responder, tal vez, a una interpretación estrictamente literal de los preceptos legales, pero no es equitativo dado el contexto en que se han concedido los préstamos hipotecarios. Como tampoco es acorde a la realidad social del momento de aplicación del precepto. A todo lo dicho se sumaba que si el deudor ofrecía la vivienda en pago a su banco para saldar su deuda (esto es, ofrecía una dación en pago, como subrogado del cumplimiento, la cual podía ser aceptada o no por el Banco dado el principio de integridad e identidad en el pago de las obligaciones [arts. 1157 y 1166 CC]), este solo la aceptaba como dación en pago parcial, esto es, por importe equivalente al valor actual del bien, que era un valor reajustado a la baja respecto a la tasación inicial, de modo que el deudor no cancelaba total-mente su deuda, y seguía sujeto al artículo 1911 del Código Civil.

     Por medio del Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril (art. 15), de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, el Gobierno trató de mitigar la situación de sobreendeudamiento hipotecario estableciendo que cuando como consecuencia de una ejecución hipotecaria de la vivienda habitual, el producto de la venta fuese insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en la ejecución forzosa posterior basada en el mismo título ejecutivo (escritura de constitución del préstamo), se incrementaría la cuantía del salario, pensión, sueldo o retribución inembargable (que era el salario mínimo interprofesional), en un 10 por 100 más y en un 20 por 100 adicional por cada uno de los miembros del núcleo familiar que careciesen de ingresos propios regulares. En lo que los salarios, pensiones, retribuciones o sueldos del ejecutado, excediesen del salario mínimo interprofesional, y en su caso, de las cantidades adicionales dichas, serían embargables conforme a la escala prevista en el artículo 607.2 LEC”. [↑](#footnote-ref-381)
382. Albadalejo, M., *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit., 752 s., señala que en el caso de derechos además de enajenables deben ser inscribibles en el Registro de la propiedad. Aclara que la hipoteca puede recaer sobre derechos enteros pero también sobre parte de éstos. Expone el siguiente ejemplo: una finca cuya nuda propiedad es de una persona y un tercero tiene el usufructo pueden ser hipotecados tanto la finca como el derecho de usufructo; pero también si el primero tiene la propiedad plena puede hipotecar únicamente el disfrute de la misma. [↑](#footnote-ref-382)
383. Guilarte Zapatero, V., *Art. 107 LH*, en *Comentarios al Codigo Civil. Tomo VII, Vol 6º: Artículos 104 a 130 de la Ley Hipotecaria*, Ed. Edersa, Madrid 2004, indica que el artículo 107 se refiere a distintos supuestos en los que, con escasas excepciones, la naturaleza y caracteres propios del derecho gravado imponen inevitablemente la subordinación de la hipoteca a determinadas limitaciones que, sin necesidad de previsión legal alguna, configuran su ámbito objetivo por la aplicación de los principios *nemo dat quod non habet, nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet* y *resoluto iure concedentis, resolvitur ius concessum.*  [↑](#footnote-ref-383)
384. Parte de la doctrina puntualiza que el usufructo al tener carácter personalísimo no es enajenable y pr tanto no puede ser objeto de hipoteca, de modo que únicamente puede hipotecarse el derecho a percibir los frutos. Diéz-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial VI. Derechos reales*, cit., 385, mantiene que la hipoteca del derecho de usufructo, reconocida en el art. 108 LH, plantea algunas cuestiones en relación con la regla *resoluto iure dantis resolvitur ius concessum*, puesto que hay que resolver que ocurre en el supuesto que se extinga el derecho de usufructo antes de que se haya realizado o ejecutado la hipoteca. Señala que “el art. 107.1LH aplica la regla *resoluto iure dantis* y dice que la hipoteca queda extinguida si el usufructo ha concluido por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario: no puede el usufructuario, por un hecho de su voluntad, perjudicar el derecho del acreedor hipotecario a favor de quien ha constituido la hipoteca que podría asimilarse, como tal hecho voluntario, a una renuncia en perjuicio de tercero. Por eso, el mismo artículo dice que si el usufructo hubiere concluido por voluntad del usufructuario, sin perjuicio de que el usufructo se haya extinguido, la hipoteca subsiste hasta que se cumpla la obligación asegurada o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin. Lo cual podrá conducir a una doble solución. Si el usufructo es vitalicio, la hipoteca subsistirá hasta el momento del fallecimiento del que había sido usufructuario vitalicio; y si el usufructo estaba sujeto a un término hasta la llegada del susodicho término”. [↑](#footnote-ref-384)
385. “Está en relación con la idea fundamental de que al hipotecarse la nuda propiedad, ésta como derecho fundamental sobre las cosas y el cual atrae automáticamente y legalmente a todas las facultades desmembradas de él que se extingan en cuanto a su vida separada origina a su vez el que esa hipoteca grave también implícitamente todo aquello que se incorpore a la nuda propiedad por expansión de este derecho. Aplicando así un criterio análogo al seguido respecto de la extensión de la hipoteca a las accesiones naturales”. En opinión de Guilarte Zapatero, V., *Art. 107 LH*, en *Comentarios al Codigo Civil. Tomo VII, Vol 6º: Artículos 104 a 130 de la Ley Hipotecaria*, cit., se considera acertado el criterio legal de no regular la situación cuestionada en el artículo 110, dado el carácter aleatorio de la nuda propiedad, al depender su consistencia y valoración de la contingencia de la extinción del usufructo, pues «no se trata de una extensión objetiva, material o física de la hipoteca, ni de ningún supuesto de subrogación real, ya que cuando el usufructo vuelve a reunirse con la propiedad, todo lo más se produce una incrementación "jurídica" del derecho, pero no un aumento material de la finca gravada»; y se precisa que, hipotecada la nuda propiedad, extinguido y consolidado en ella el usufructo «en la persona del propietario», nuestra ley sigue el sistema romano de extensión de la hipoteca sobre el usufructo reincorporado y no el de localización a la nuda propiedad [↑](#footnote-ref-385)
386. Para Albadalejo, M., *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit., 755, esta puntualización que se recoge en este precepto supone una repulsa a la prohibición de gravar y plantea: “pero adviértase que es gravamen cuya esencia radica en la eventualidad de la enajenación futura, al incumplirse la obligación aseguradora que ¿por la misma y aún mayor razón hay que entender aplicable, al caso de que lo que se haya pactado (e inscrito) sea el no establecer sobre la cosa hipoteca (primera) alguna?, o ¿más bien hay que entender que este caso cae bajo el espíritu del art. 26LH, por lo que podrá el disponente la no hipotecabilidad, si concurren los requisitos de aquel?”. El autor opina que debe acogerse este último criterio. [↑](#footnote-ref-386)
387. La Exposición de Motivos de la Ley de 1861 declaraba «que no esté en las facultades del acreedor primitivo dar al subhipotecario un derecho más extenso que el suyo en la cosa hipotecada: así, si el deudor antiguo satisface la deuda, la hipoteca y la subhipoteca desaparecen simultáneamente», ya que «de otro modo acontecería que un acto ajeno al dueño de la cosa viniera a hacer más grave su situación, y que la hipoteca constituida sobre otra hipoteca, esto es, sobre una cosa incorporal, sobre un derecho, se convirtiera en una hipoteca constituida directa o inmediatamente sobre una cosa corporal, sobre una propiedad inmueble», y que «la autorización para hipotecar que no presenta ningún inconveniente respecto de las hipotecas voluntarias, no puede admitirse en las legales», ya que facultar a las personas protegidas por tal garantía para subhipotecarla «equivaldría a destruir la hipoteca legal a favor de ellos constituida». En relación a la subhipoteca la RDGRN de 19 de junio de 1888 señaló que el subhipotecante no se desprende de su derecho, por cuya razón no sólo puede percibir el importe de su crédito, sino que una vez satisfecho éste por el dueño de la finca debe cancelarse el gravamen, estima que el acreedor subhipotecario puede dirigirse, en su caso, contra el mismo inmueble, y, subrogándose en el lugar del acreedor hipotecario, instar su enajenación. [↑](#footnote-ref-387)
388. * + Para Guilarte Zapatero, V., *Art. 107 LH*, en *Comentarios al Codigo Civil. Tomo VII, Vol 6º: Artículos 104 a 130 de la Ley Hipotecaria*, cit., La norma, reconoce, por una parte, mediante una referencia concreta, la hipotecabilidad de los derechos de superficie, pastos, aguas y leñas; y, por otra, con una expresión genérica, declara también hipotecables «otros semejantes de naturaleza real», lo que exige precisar qué derechos podrán ser objeto de gravamen hipotecario por reunir caracteres que los asemejan a alguno de los contemplados expresamente por la norma. Dentro de este grupo general, la doctrina considera hipotecable el establecimiento a primeras cepas o rabassa moría (lo entiende así la R. de 17 junio 1864); las servidumbres personales en general; los derechos a elevar un edificio o a construir en el subsuelo, cuando no se establezcan como derecho de superficie (cfr. art. 16.2 R. H.); en cuyo caso, se deviene dueño independiente de lo construido y sin derecho de superficie sobre el suelo; el derecho real de vuelo (cfr. art. 30.3.° R. H.) y el censo.

     [↑](#footnote-ref-388)
389. Lacruz Berdejo, J.L., *Elementos de Derecho civil*. *Tomo III. Derechos reales, vol II. Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, cit., 260, indica que son presupuestos de dicha hipotecabilidad su consideración de bienes inmuebles conforme al art. 334.10 CC y su posibilidad de inscripción en el Registro de la propiedad, así como de ser susceptible de enajenación y, concretamente que la concesión lo autorice. El autor apunta que “como quiera que su objeto es la concesión misma, y no los bienes que lo sean de ésta, el adjudicatario –en la ejecución de la hipoteca- deberá reunir los requisitos exigidos para ser concesionario. [↑](#footnote-ref-389)
390. Diéz-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial VI. Derechos reales*, cit., 388 matiza que si bien el pacto no tiene porque ofrecer dificultades si las puede plantear el título que tenga el hipotecante, que puede conducir a una posible ineficacia sobrevenida de la hipoteca. Comenta que “en la venta con pacto de retro, el comprador se convierte, si se cumplen los requisitos generales, en propietario de los bienes. Es un propietario sujeto a una posible revocación o resolución de su derecho si el anterior vendedor ejercita el derecho de recuperación que le corresponde. Por eso, hay que entender, que el objeto de la hipoteca es el bien que el hipotecante posee con el título con que lo posee, pero en atención a la posible desaparición de sus derechos la ley limita el derecho del acreedor hipotecario exigiendo que el comprador límite la hipoteca a la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta por el ejercicio del pacto de retro. Lo que ocurre es que no se explica de qué manera se sustituye la hipoteca sobre los bienes por la seguridad que pueda ofrecer la cantidad recibida tras la resolución de la venta y como consecuencia de ella”. [↑](#footnote-ref-390)
391. El titular registral de los bienes en litigio es el que puede constituir la hipoteca y el acreedor no podrá alegar en su defensa el art. 34 LH puesto que la anotación preventiva de la demanda o el conocimiento del litigio por parte de éste excluyen el requisito de bien fe en la elaboración del concepto de tercero. *Vid*., Lacruz Berdejo, J.L., *Elementos de Derecho civil*. *Tomo III. Derechos reales, vol II. Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, cit., 261. [↑](#footnote-ref-391)
392. Diéz-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial VI. Derechos reales*, cit., 390, comenta que “hay que entender que lo que está sujeto a condición resolutoria expresa, no es el bien porque ello técnicamente es imposible, sino el negocio adquisitivo que hubiera realizado el constituyente de la hipoteca. Naturalmente es exigible que la condición resolutoria esté inscrita en el Registro de la Propiedad y en el título adquisitivo del constituyente de la hipoteca. Y la hipoteca quedará constituida *sub condicione* siendo aplicable una vez más la regla *resoluto iuris dantis*”. [↑](#footnote-ref-392)
393. Este último apartado ha sido incorporado por la disposición final novena de la LEC. Se trata en realidad de una hipoteca de carácter condicional. [↑](#footnote-ref-393)
394. A menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante, y exceptuándose, en todo caso, la de aguas, la cual podrá ser hipotecada. [↑](#footnote-ref-394)
395. Excepto el concedido al cónyuge viudo por el Código Civil. Guilarte Zapatero, V., *Art. 108 LH*, en *Comentarios al Codigo Civil. Tomo VII, Vol 6º: Artículos 104 a 130 de la Ley Hipotecaria*, Ed. Edersa, Madrid 2004, comenta que la norma contiene una regla general que prohíbe hipotecar los usufructos legales y una excepcional que concretamente permite constituir el gravamen sobre el usufructo correspondiente al cónyuge viudo conforme a lo previsto en los artículos [834](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/834) y siguientes del [Código civil](http://app.vlex.com/#/vid/127560). La apuntada norma general prohibitiva, negando la hipotecabilidad de los usufructos legales, la fundamenta la doctrina en que en éstos no hay un valor patrimonial que individualmente corresponda al titular del usufructo, sino que se caracterizan por la atribución al usufructuario de un conjunto de facultades encaminadas sobre todo al cumplimiento y obtención de determinados fines que trascienden de los intereses particulares de las personas a quienes se otorgan. Tales consideraciones llevan a negar a los usufructos legales la condición de transmisibles y enajenables y, en consecuencia, su hipotecabilidad. [↑](#footnote-ref-395)
396. No pueden ser objeto de hipoteca por su carácter personalísimo y porque, además, son viene inalienables conforme establece el art. 525 CC. [↑](#footnote-ref-396)
397. El art. 113 LH aclara: "El dueño de las accesiones o mejoras que no se entiendan hipotecadas, según lo dispuesto en el artículo anterior, podrá exigir su importe en todo caso o bien retener los objetos en que consistan, si esto último pudiere hacerse sin menoscabo del valor del resto de la finca. Si exigiere su importe no podrá detener el cumplimiento de la obligación principal bajo el pretexto de hacer efectivo su derecho, sino que habrá de cobrar lo que le corresponda con el precio de la misma finca cuando se enajene para pagar el crédito. Si las accesiones o mejoras no pudieran separarse sin menoscabo de la finca, el dueño de las mismas cobrará su importe, aunque la cantidad restante no alcance para cubrir el crédito hipotecario; mas si pudieran ser separadas sin dicho menoscabo y aquél hubiere optado, sin embargo, por no llevárselas, se enajenarán con separación del predio, y su precio, tan sólo, quedará a disposición de dicho dueño". En relación a las mejoras Zurita Martín, I., ***Usufructo de finca hipotecada*, cit., 250, señala que este artículo concede** al tercer poseedor de los bienes hipotecados la posibilidad de optar entre cobrar el importe de las mismas o ejercitar el *ius tollendi.* A estos efectos se distingue si las mejoras pueden separarse, o no, sin causar menoscabo a la finca, como establece el presente precepto. En el caso de ser posible la separación se enajenarán separadamente y el precio obtenido será para el usufructuario. Sin embargo, en caso de que no **puedan separarse el dueño de las mejoras cobrará su importe al enajenante. “Una vez realizado el pago al ejecutante por los conceptos antedichos, y teniendo en cuenta las limitaciones descritas respecto del tercer poseedor, se procede al depósito del remanente -si lo hubiera- a disposición de los titulares de derechos posteriores. Satisfechos estos acreedores, el sobrante quedará para el propietario del bien hipotecado.”** [↑](#footnote-ref-397)
398. Diéz-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial VI. Derechos reales*, cit., 393, señala que las accesiones naturales hay que entenderlas como agregaciones de terrenos que se unen o incorporan a la finca de modo natural o artificial a través de los medios que se recogen en los arts. 366 y ss. CC. En relación a las mejoras comenta que deben entenderse por tales todo aquello que supone aumento del valor de la cosa hipotecada a consecuencia de una actividad especial realizada con una inversión necesaria, e indica que el art. 107 LH incluye todo tipo de mejoras sean necesarias, útiles o puramente suntuarias siempre que pertenezcan al propietario o constituyente de la hipoteca. Destaca que de modo particular pueden comprenderse las mejoras consistentes en obras de regadío y similares. [↑](#footnote-ref-398)
399. **Por su parte, el art. 109 LH dispone: La hipoteca se extiende a las accesiones naturales, a las mejoras y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados.** [↑](#footnote-ref-399)
400. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial*, cit., § 66, menciona las siguientes diferencias con la prenda: “En primer lugar debe aclararse que, conforme a lo establecido en el artículo 1880 CC, la LH es la que regula la forma, extensión y efectos de la hipoteca, así como todo lo relativo a su constitución, modificación y extinción. Por tanto, las diferencias con otras formas de garantía y, en concreto, con la prenda, son las derivadas de esa regulación específica. Dicho lo cual, y aunque son numerosas las diferencias entre ambas instituciones, pueden mencionarse algunas que facilitan la comprensión de la hipoteca: a) No existe en la hipoteca el desplazamiento posesorio característico de la prenda, o, lo que es lo mismo, el deudor puede poseer la cosa hipotecada durante la duración del gravamen, a menos que incumpla la obligación garantizada. b) La hipoteca no se constituye por entrega de la cosa hipotecada sino por inscripción de la escritura pública de constitución. El artículo 1875 CC dice que “es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad”. En este mismo sentido el artículo 145 LH dispone que “para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere: 1.º Que se hayan constituido en escritura pública. 2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad”. Aún más, el artículo 130 LH insiste en el carácter constitutivo del asiento respectivo e impide el procedimiento de ejecución directa de las hipotecas no inscritas. c) La hipoteca no recae sobre bienes muebles como la prenda, sino que la hipoteca (con las salvedades especiales, que luego estudiaremos) es un derecho real inmobiliario que grava bienes inmuebles y determinados derechos reales. Tanto el artículo 106 LH como el artículo 1874 CC limitan el objeto del contrato de hipoteca a los bienes inmuebles y a los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre bienes de aquella clase”. [↑](#footnote-ref-400)
401. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial*, cit., § 66, las explica así: “Conforme al artículo 138 LH son hipotecas voluntarias: i) las convenidas entre las partes; o ii) las impuestas unilateralmente por disposición del dueño de los bienes sobre los que se establezcan. Sólo pueden constituirlas quienes tengan la libre disposición de los bienes hipotecados o estén suficientemente autorizados. El último ejemplo expuesto, la casa comprada e hipotecada por Cayo con sucesivas transmisiones posteriores, es un caso característico de hipoteca voluntaria. Es constituida por acuerdo entre las partes, es decir, el deudor hipotecante (Cayo) y el acreedor hipotecario (Ticio). A su vez las hipotecas voluntarias suelen clasificarse en hipotecas *de tráfico* —esto es las ordinarias o corrientes, por responder a los principios generales— e hipotecas *especiales* que presentan una singularidad legalmente prevista. Entre éstas, se encuentran: i) la denominada ‘hipoteca de máximo’, en garantía de cuentas corrientes de crédito (artículo 153 LH); ii) la hipoteca para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador (artículo 154 LH); y iii) la hipoteca en garantía de rentas, o prestaciones periódicas (artículo 157 LH)”. [↑](#footnote-ref-401)
402. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial*, cit., § 66: “Tanto la LH, como otras leyes, aceptan que determinadas obligaciones sean garantizadas con hipoteca legal, en las que no es necesaria que el obligado preste su consentimiento. La hipoteca legal es la concedida expresamente por la ley con tal carácter (artículo 158 LH), y, una vez constituida e inscrita, produce los mismos efectos que la voluntaria (artículo 161 LH). Los beneficiarios de las hipotecas legales tendrán derecho a exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para la garantía de su derecho. El artículo 168 LH contiene una relación abierta de las personas que pueden exigir hipotecas legales. Un ejemplo de hipoteca legal: Cayo está bajo la patria potestad de su madre viuda, que, por tal razón, es administradora de sus bienes. Si ésta contrae segundo matrimonio, Cayo podrá solicitar una hipoteca legal por encontrarse en el supuesto previsto en el artículo 168.3º LH, con lo que evita el riesgo de malversación que potencialmente genera el nuevo matrimonio de la madre”. [↑](#footnote-ref-402)
403. Albadalejo, M., *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, cit., 747, distingue dentro de esta categoría dos clases: a) aquellas que la ley establece directamente y; b) las que la ley autoriza a determinadas personas a que exijan su constitución. En su opinión esta segunda case no se diferencias con las voluntarias en cuanto al modo de constitución, si bien se distinguen en que las en éstas si existe un deber de constituirlas. [↑](#footnote-ref-403)
404. Los aseguradores sobre los bienes de los asegurados, por razón de las primas o dividendos, además de la preferencia que a su favor reconoce el artículo 196. Los tipos de garantía establecidos por la ley son dos: hipoteca tácita por las primas o dividendos del seguro de dos años (art. 196) e hipoteca expresa por dichos conceptos y por toda la deuda. [↑](#footnote-ref-404)
405. La regulación contenida en el procedimiento de ejecución hipotecaria que estaba regulado en el art. 131 LH motivó numerosas quejas de inconstitucionalidad por considerar que se limitaba la contradicción hasta el límite de producir indefensión del deudor. En este sentido, la STC 41/1981 se pronunció en contra afirmando que si bien se limita la contradicción ésta continúa siendo posible en el juicio ordinario y no conduce a la indefensión ni del deudor ni del titular del dominio. Tras la promulgación en el año 2000 de la LEC se volvió a plantear la cuestión de inconstitucionalidad que fue resuelta por el auto del TC de 30 de septiembre de 2010 que la rechazó. [↑](#footnote-ref-405)
406. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial*, cit., § 66: “La forma de ejecución no difiere sustancialmente de la ejecución de la prenda. El artículo 129 LH se remite al Capítulo V del Título IV del Libro III LEC que regula conjuntamente las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados y pignorados. La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados por los trámites de ejecución regulados en los artículos 681 LEC y ss. Esta acción hipotecaria prescribe a los 20 años, contados desde que pueda ser ejercitada (artículos 128 LH y 1964 y 1969 CC). El artículo 129 LH prevé, como alternativa a la acción de ejecución hipotecaria, que en la escritura de constitución de la hipoteca las partes pacten la venta extrajudicial del bien hipotecado para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. En este supuesto se procederá conforme al artículo 1.858 del Código Civil y, en consecuencia, se subastará ante notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario”. [↑](#footnote-ref-406)
407. En relación con la demanda ejecutiva y los documentos que se han de acompañar a la misma, el art. 685 LEC dispone que ésta debe dirigirse contra el deudor y, en su caso, contra el hipotecante no deudor o el tercero no poseedor de los bienes siempre que acredite la adquisición de los bienes. La demanda deberá acompañarse del título de crédito y los demás documentos que se recogen en los arts. 573 y ss. LEC, que se refieren a la determinación del saldo de cuentas, intereses variables y fijación de la cantidad reclamada . [↑](#footnote-ref-407)
408. Para Díez Picazo, L., *La prescripción en el* [*Código civil*](http://app.vlex.com/#/vid/127560), Ed. Bosch, Barcelona 1964, 174, el artículo 1.969 obliga a distinguir, como derivadas del crédito hipotecario, una acción real y una acción personal, distinción que «obliga a concluir que cada una de estas acciones se encuentra sometida a un plazo de prescripción diferente: la "acción personal" al de quince años y la "acción real" al de veinte. La prescripción de quince años no extingue el crédito hipotecario, sino que lo modifica sustancialmente, en el sentido de que lo limita de manera tal que, a partir de ese momento, la deuda sólo puede ser hecha efectiva exclusivamente sobre los bienes especialmente hipotecados. La prescripción ordinaria lo que opera es una conversión de la hipoteca normal en hipoteca de responsabilidad limitada. [↑](#footnote-ref-408)
409. Sobre el requerimiento de pago, Diéz-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial VI. Derechos reales*, cit., 482 s., apunta que “se considera especialmente importante el requerimiento de pago porque es una forma de dar a conocer al sujeto pasivo la existencia del procedimiento, y, al mismo tiempo, una forma de colocarlo en mora con las consecuencias que puedan proceder de esta calificación”. Únicamente se exceptúa el requerimiento de pago en los supuestos que éste hubiese sido realizado con anterioridad de forma fehaciente. [↑](#footnote-ref-409)
410. **En el supuesto de usufructo de finca hipotecada Zurita** Martín, I., ***Usufructo de finca hipotecada*, E. Dykinson, Madrid 2006, 243 y 248, señala que el “el nudo propietario deberá responder al usufructuario por lo perdido durante la fase de administración y, en su caso -usufructo posterior a anotación de embargo-, por la extinción, ya definitiva, de su derecho, procediéndose a la liquidación del estado posesorio. Dado que tal liquidación procederá en el caso de ejecución de la finca hipotecada”.**

     “En el caso de que el acreedor haya solicitado la administración o posesión interina de la finca, una vez transcurridos diez días desde el requerimiento de pago, tendrá derecho a percibir las rentas vencidas y no satisfechas, si así se hubiese estipulado en la constitución de la hipoteca, y los frutos, rentas y productos posteriores, cubriendo con ello los gastos de conservación y explotación de los bienes y después su propio crédito. En el supuesto de finca usufructuada, al encontrarse ocupado el inmueble, el acreedor, normalmente, quedará al frente de la administración interina de la misma, pero no ostentará su posesión, en virtud de lo dispuesto por el [artículo 690](http://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:ES+q:Artículo%20690%20Ley%20de%20Enjuiciamiento%20Civil/*) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](http://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:ES+q:237384%20OR%20126688/*), debiendo el usufructuario efectuar al administrador los pagos que debiera hacer al propietario. Igualmente, al acreedor corresponderán los frutos, rentas y productos posteriores del inmueble. Sin embargo, en cuanto a las rentas vencidas y no satisfechas a las que, mediante pacto, se deba extender el derecho del administrador, éste se verá perjudicado por los límites que, en beneficio de los terceros poseedores, establece el [artículo 112](http://app.vlex.com/#/vid/126942/node/112) de la [Ley Hipotecaria](http://app.vlex.com/#/vid/126942). De modo que, en este caso, el nudo propietario tendrá que responder ante el usufructuario por lo que pierda con motivo de quedar la finca sometida a la administración del acreedor. El derecho de disfrute quedará restringido a la mera posesión, puesto que los rendimientos del bien redundarán en beneficio del administrador. Así, el usufructuario perderá las rentas que, en su caso, percibía por el arrendamiento del inmueble, y los productos que el mismo produzca durante el tiempo que dure la administración por el acreedor. Además, si una vez finalizada la administración interina, el acreedor no se ha cobrado la totalidad de su crédito con las rentas y productos de la finca, continuará sobre la misma el proceso de ejecución. Con ello, el nudo propietario tendrá también que responder de lo que, posteriormente, vuelva a perder el usufructuario”. [↑](#footnote-ref-410)
411. Especialmente la causa de oposición cuarta recogida en el apartado 1 referida al carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible. Alcalá Díaz, M.A., Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario, Ed. Dykinson, Madrid 2014, 26, señala que en su redacción original el art. 695.1.4º impedía la apelación ante la decisión del Juez de continuar el procedimiento de ejecución, lo que fue considerado contrario a la Directiva 93/13 por la STJUE de 17 de julio de 2014. La incorporación de esta sentencia a la normativa española se produjo con el RD-L 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas vigentes en materia concursal (disposición final tercera ) que modificó el artículo 695 de la LEC. En su nueva redacción admite recurso de apelación contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4 del art. 695 LEC. Los efectos de la oposición por esta causa serán los previstos en los apartados 2, 3 y 4 del art. 695 de la LEC en los que se afirma expresamente que 2.- Formulada la oposición a la que se refiere el apartado anterior, el Secretario judicial suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución, debiendo mediar cuatro días desde la citación, comparecencia en la que el Tribunal oirá a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día. También el plazo previsto en este precepto que debe mediar desde la citación a la comparecencia de las partes, ha sido modificado en virtud de la disposición final 4ª de la Ley 8/2013 que lo ha ampliado a quince días. [↑](#footnote-ref-411)
412. Este precepto dispone que la acción hipotecaria puede ejercitarse directamente contra los mismos bienes gravados, de acuerdo con el procedimiento que se establece en el [artículo 131](http://app.vlex.com/#/vid/126942/node/131) de la [Ley Hipotecaria](http://app.vlex.com/#/vid/126942). La STS de 24 de marzo de 1983 señala que el procedimiento judicial sumario constituye un simple proceso de ejecución dirigido a la realización del valor en cambio de la finca que carece de fase contenciosa y se atiene a los estrictos datos del Registro, por cuanto entraña una acción directa contra los bienes. Posteriormente, la STS de 12 de noviembre de 1985 mantiene que teniendo en cuenta los trámites del procedimiento y principalmente la inexistencia de enfrentamiento entre las partes, dicho procedimiento no puede calificarse de juicio declarativo, ni siquiera de juicio ejecutivo, sino que constituye simplemente una vía de apremio dirigida contra los bienes hipotecados, no precedida de cognición, es decir, no hay acción personal ni previa discusión o contención.

     La realización extrajudicial de la finca hipotecada mediante venta notarial es legítima si bien deberán concurrir los siguientes requisitos: El valor de la finca fijado para su salida a subasta deberá ser el mismo que el fijado para el procedimiento de ejecución judicial que, como ya hemos visto, no puede ser en ningún caso ser inferior al 75% del valor de la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. El pacto por el cual los contratantes se sujetan al procedimiento de venta extrajudicial deberá constar de forma separada del resto de cláusulas de la escritura, y ésta deberá indicar si el inmueble que se hipoteca tiene o no carácter de vivienda habitual, existiendo un presunción iuris tantum de que se trata de vivienda habitual si así se hubiera hecho constar. El procedimiento de venta extrajudicial sólo podrá iniciarse para el pago de obligaciones cuya cuantía esté determinada, con sus intereses remuneratorios y moratorios liquidados según el título, y conforme a las limitaciones del artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Habrá de acompañarse a la solicitud el documento fehaciente de liquidación y deberán hacerse constar las amortizaciones progresivamente realizadas y sus fechas. *Vid*., González Hernández, C.& Jiménez Segado, C., *Guía procesal ante el desahucio hipotecario*, Ed. Dykinson, Madrid 2015, 102 [↑](#footnote-ref-412)
413. Diéz-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial VI. Derechos reales*, cit., 489, señala que “el precepto legal añade un requisito adicional al decir que ellos se hará siempre que el deudor no se encuentre en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebre. El precepto no contempla, expresamente al menos, una transformación del juicio de ejecución hipotecaria en un juicio sobre la acción personal de que el acreedor sea titular por el remanente, pero en la medida en que versa sobre este último un cierta transformación del procedimiento o una dosis de ellos pueden entenderse que existe”. [↑](#footnote-ref-413)
414. Conforme al art. 691 LEC la convocatoria de subasta se realiza una vez que se hayan cumplido los siguientes requisitos: a) los dispuestos en los artículos relativos a la certificación de dominio y de cargas, así como la comunicación del procedimiento al titular inscrito y a los acreedores posteriores; b) Lo relativo a si procede a la sustanciación de la oposición de la ejecución. [↑](#footnote-ref-414)
415. Cfr. García Garrido, *DPR*, cit., § 147. [↑](#footnote-ref-415)
416. López Mejía, M. & Requena Torrecillas, C., *La dación en pago como medio de extinción de las obligaciones derivadas de préstamos con garantía hipotecaria*, en *Cuadernos de derecho y comercio* (2014), 147 ss., definen la dación en pago o *datio in solutum* como «todo acto de cumplimiento de una obligación que, con el consentimiento del acreedor, se lleva a cabo mediante la realización de una prestación distinta a la que inicialmente se había establecido» y, en sentido estricto, la dación en pago se produce, según DÍEZ-PICAZO, «cuando el acreedor acepta, para cumplimiento de una obligación anteriormente constituida, la entrega de unos bienes distintos de aquellos en que la prestación consiste. En la dación en pago, la operación satisfactiva del interés del acreedor es una entre ga o traspaso posesorio realizado por el deudor con bienes distintos de los inicialmente pactados». Estas autoras apuntan las siguientes notas características:a) Es un negocio jurídico pro soluto (*datio pro soluto*), puesto que la adjudicación en pago implica la transmisión de la propiedad de una cosa o de la titularidad de un derecho. Mientras que el efecto de la adjudicación para pago, es atribuir la facultad de proceder a su venta y hacerse pago con el importe. Por tanto, la dación en pago produce una transmisión de carácter definitivo; b) La adjudicación en pago no requiere, como la cesión judicial de bienes, situación de insolvencia, ni tampoco pluralidad de acreedores, ni se extiende a todos los bienes del deudor; c) La adjudicación en pago extingue totalmente la obligación, mientras que la adjudicación para pago sólo libera al deudor de responsabilidad en la cuantía de los bienes cedidos. Por tanto, el deudor entrega el bien de su propiedad al acreedor, a fin de que con él se haga pago de la deuda pendiente, no procediendo en esta figura la rendición de cuentas y coincidiendo deuda y precio dado al objeto transmitido. [↑](#footnote-ref-416)
417. [Art. 1885](http://app.vlex.com/#/vid/127560/node/1885) [CC](http://app.vlex.com/#/vid/127560). Los contratantes pueden estipular que se compensen los intereses de la deuda con los frutos de la finca dada en anticresis. [↑](#footnote-ref-417)
418. No obstante, las partes pueden estipular una compensación de los frutos con los intereses, estableciendo el régimen de gobierno interno del contrato, sea antes de la venta fijando precio a los frutos antes de ser cosechados, sea después de cosechados o en último caso, luego de vendidos; aunque este último supuesto viene a ser casi equivalente al del pago y hasta puede pactarse la compensación genérica, cualquiera que sea el tipo de los intereses y la cuantía de los frutos. [↑](#footnote-ref-418)
419. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial*, cit., § 67: “La anticresis es recogida por el CC con carácter autónomo y como derecho real de garantía independiente de la prenda. El artículo 1881 CC dice que “por la anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito”. Esta facultad presupone el goce y disfrute de la cosa por el acreedor, al que, a cambio, se le impone la obligación de pagar las contribuciones y cargas que pesen sobre la finca, así como hacer los gastos necesarios para su conservación y reparación. En indispensable que el bien esté en condiciones de producir los frutos que justifican el someterlo a gravamen en beneficio del acreedor anticrético. La constitución de derechos reales de anticresis es infrecuente en la actualidad”. [↑](#footnote-ref-419)
420. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial*, cit., § 67: “La anticresis en el derecho romano está vinculada al contrato de prenda (Marciano D. 20,1,11). Es un simple pacto que permite al acreedor pignoraticio percibir los frutos generados por la cosa pignorada en pago de los intereses de la obligación garantizada. Su finalidad, dependiendo del alcance del pacto, es satisfacer los intereses o, incluso la deuda principal, con cargo a los frutos que produzca la cosa”. [↑](#footnote-ref-420)
421. Así son susceptibles de prenda sin desplazamiento: 1º. Las semillas, pienso, alimentos y demás materias primas para la explotación: arg. ex artículo 53.2.º LHMyPSD; 2º. Las máquinas, utensilios, aperos y demás material «de equipo» de la explotación: artículo 53.4.º LHMyPSD. El «bien de equipo» por excelencia de una explotación agropecuaria (además de las máquinas) son los animales: artículo 53.3.º LHMyPSD. Se plantean problemas serios sobre la determinación de la extensión de la prenda a las crías y a los productos de los animales cuando el título no determina este extremo; 3º. Los frutos y productos de la explotación agropecuaria, tanto sean «naturales» (por utilizar la venerable expresión del artículo 355 del Código Civil: las producciones espontáneas de la tierra y demás productos de los animales) como «industriales» (e.d. Los que se producen «a beneficio del cultivo o del trabajo»). Se incluyen aquí, además de la eventual producción espontánea de las fincas, la cosecha esperada en el año agrícola (frutos esperados; art. 52.1.º LHMyPSD); los frutos pendientes (los aún no separados; art. 52.2.º LHMyPSD), así como los recolectados y almacenados (art. 52.2.º LHMyPSD) o las crías y los productos de los animales (cfr. Art. 52.3.º LHMyPSD). También se incluye el aceite (como en la vieja prenda aceitera), la resina y la madera de las explotaciones forestales en atención a las talas y cortas ordinarias y extraordinarias... *Vid*., Fernández del Pozo, L., *Bienes muebles corporales susceptibles de prenda sin desplazamiento. Revisión crítica de la doctrina*, cit., 18 s. [↑](#footnote-ref-421)
422. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial*, cit., § 68. [↑](#footnote-ref-422)
423. Fernández del Pozo, L., *Bienes muebles corporales susceptibles de prenda sin desplazamiento. Revisión crítica de la doctrina*, cit., 19, señala que como se recoge en la Exposición de Motivos los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria son aquellos bienes, que «en el actual estado de Derecho» son de fácil identificación y, por tanto, pueden soportar garantías mobiliarias que comportan el derecho de reipersecutoriedad. Tales bienes permiten una garantía «más perfecta» con inherente facultad de «ser perseguidos por acción real ilimitada» (cfr. Exposición de Motivos de la Ley); facultad derivada del hecho de que la hipoteca mobiliaria «sujeta, directa e inmediatamente, los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida» (cfr. Art. 16 LHMyPSD). Por el contrario, los bienes susceptibles de prenda sin desplazamiento son bienes de imperfecta identificación registral «por sus cualidades específicas, por lo que, ante su fácil desaparición, transformación o confusión, los procedimientos ejecutivos, especialmente ágiles y rápidos, han de procurar de modo inmediato la reintegración posesoria al acreedor». [↑](#footnote-ref-423)
424. Fernández del Pozo, L., *Bienes muebles corporales susceptibles de prenda sin desplazamiento. Revisión crítica de la doctrina*, cit., 29, indica que “el título constitutivo, escritura o póliza, debe describir las materias primas que se pignoran, con expresión de su naturaleza, cantidad, calidad, estado y demás circunstancias que permiten identificar sin necesidad de nuevo acuerdo entre las partes las que componen el conjunto en cada momento (art. 57.1.º LHMyPSD). La forma habitual de determinar las materias primas es por su género o géneros (puede existir un conjunto de materias primas heterogéneas de distintos géneros o cualidades): en atención a su peso, número o medida y calidad. La Ley requiere se trate de «materias primas almacenadas»: es necesario precisar el status loci donde se encuentran (cfr. Art. 57.2.º Ley y art. 33 Reglamento) y donde no pueden ser desplazadas sin consentimiento del acreedor (cfr. Art. 60 LHMyPSD). Por eso deberá determinarse en el título de constitución establecimiento, la fábrica, el inmueble, almacén, depósito etc. En que se almacenaren o guardaren”. [↑](#footnote-ref-424)
425. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial*, cit., § 68: “La hipoteca mobiliaria es un gravamen de garantía real que, a diferencia de la hipoteca inmobiliaria, se constituye sobre bienes muebles. El artículo 12 LHM determina los bienes que pueden someterse a hipoteca mobiliaria. Los limita a aquellos que sean susceptibles de identificación exteriorizada en el Registro y de recibir eficazmente la publicidad registral. Según el precepto mencionado, únicamente podrán ser hipotecados: 1) los establecimientos mercantiles, 2) los automóviles y otros vehículos de motor, así como los tranvías y vagones de ferrocarril, de propiedad particular, 3) las aeronaves, 4) la maquinaria industrial y 5) la propiedad intelectual y la industrial. Estos tipos de bienes han sido elegidos por ser los únicos que se adaptan al régimen de Registro, por lo que permiten su hipotecabilidad. Esto implica la exclusión de los bienes no mencionados en la enumeración de ese precepto. Sin embargo, la LHM no modifica el concepto general de hipoteca. El artículo 16 LHM, como trasunto de los artículos 104 LH y 1876 CC, los reproduce literalmente al decir que “La hipoteca *mobiliaria* sujeta, directa e inmediatamente, los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida”. No obstante mantenerse ese concepto general, el régimen de derechos y obligaciones de las partes se modifica y adapta a las nuevas situaciones de hecho. Así, dado que ahora la hipoteca recae sobre bienes muebles, el artículo 17 LHM traslada al deudor hipotecante las obligaciones de custodia que el artículo 1867 CC impone al acreedor pignoraticio (“el acreedor debe cuidar de la cosa dada en prenda con la diligencia de un buen padre de familia”) y dice: “el hipotecante conservará los bienes hipotecados, principales y accesorios, con la diligencia de un buen padre de familia, haciendo en ellos cuantas reparaciones y reposiciones fueren menester”. [↑](#footnote-ref-425)
426. Comenta Fernández del Pozo, L., *Una lectura americana' del artículo 111.1º LH. La concurrencia de gravámenes, mobiliario e inmobiliario, sobre bienes muebles pertenenciales tras la reforma del artículo 2.º LHM y PSD*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 749 (2015), que “en el modelo legal de doble garantía mobiliaria de la LHM y PSD (hipoteca mobiliaria/prenda sin desplazamiento), con nuestro sistema tasado de doble lista de bienes muebles registrables susceptibles del respectivo gravamen, la hipoteca mobiliaria parece responder al esquema de gravamen sobre bien individual y la prenda sin desplazamiento al de gravamen sobre un bien genérico (cierta cantidad de cosas fungibles que se gravan por su número, medida, peso, calidad y situación) o de una pluralidad de bienes corporales que se gravan como tal conjunto... Sin identificación individual de cada bien que compone el conjunto. A estos efectos, se establecen dos grupos de normas específicas de cada gravamen junto a las «disposiciones comunes» a sendas figuras y contenidas en los artículos 1 a 11 de la Ley: las «disposiciones generales de la hipoteca mobiliaria» (arts. 12-18) y las reglas particulares de la prenda sin desplazamiento que siguen al catálogo de bienes pignorables (arts. 55-66”). [↑](#footnote-ref-426)
427. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial*, cit., § 68: “Este tipo de prenda constituye un gravamen de garantía real en el que, a diferencia de la prenda ordinaria, los bienes pignorados quedan en posesión del pignorante. Los artículos 52, 53 y 54 LHM incluyen entre los objetos que pueden ser pignorados varias formas de prenda agrícola y ganadera, así como supuestos concretos de prenda industrial o comercial y, finalmente, de objetos muebles con individualidad propia, bien por sus características, bien por su importancia artística o histórica”. [↑](#footnote-ref-427)
428. Prevista en el artículo 53 LHM: “también podrá constituirse prenda sin desplazamiento sobre los bienes que a continuación se expresan, aunque no formen parte de las explotaciones a que se refiere el artículo anterior: 1) las máquinas y demás bienes muebles identificables por características propias, como marca y número de fabricación, modelo y otras análogas, que no reúnan los requisitos exigidos en el artículo 42, y 2) las mercaderías y materias primas almacenadas”. [↑](#footnote-ref-428)
429. Prevista en el art. 54 LHM: "De igual manera serán susceptibles de prenda sin desplazamiento las colecciones de objetos de valor artístico e histórico, como cuadros, esculturas, porcelanas o libros, bien en su totalidad o en parte; también podrán serlo dichos objetos, aunque no formen parte de una colección. Podrán sujetarse a prenda sin desplazamiento los créditos y demás derechos que correspondan a los titulares de contratos, licencias, concesiones o subvenciones administrativas siempre que la Ley o el correspondiente título de constitución autoricen su enajenación a un tercero. Una vez constituida la prenda, el Registrador comunicará de oficio esta circunstancia a la Administración Pública competente mediante certificación emitida al efecto. Los derechos de crédito, incluso los créditos futuros, siempre que no estén representados por valores y no tengan la consideración de instrumentos financieros a los efectos de lo previsto en el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, podrán igualmente sujetarse a prenda sin desplazamiento. Para su eficaz constitución deberán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles". [↑](#footnote-ref-429)
430. Lacruz Berdejo, J.L., *Elementos de Derecho civil*. *Tomo III. Derechos reales, vol II. Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, cit., 335, comenta que en el caso de prenda sin desplazamiento el art. 57.2 LHM establece que en la escritura de constitución debe determinarse el inmueble en que hayan de depositarse los bienes, sin embargo “se ha observado que esta designación –sin la cual el Registrador no inscribirá- cuando no se corresponda con la situación efectiva de los frutos o productos, no debe afectar, en principio (y sin perjuicio de la responsabilidad del pignorante) al nacimiento del derecho, pues lo contrario sería dañoso para el acreedor; en el mismo sentido debe entenderse el art. 60 que prohíbe trasladar los bienes pignorados del lugar en que se encuentren según la escritura”. [↑](#footnote-ref-430)
431. Reinoso Barbero, F., D*erecho Patrimonial*, cit., § 68. [↑](#footnote-ref-431)
432. Para Fernández del Pozo, L., *Bienes muebles corporales susceptibles de prenda sin desplazamiento. Revisión crítica de la doctrina*, cit., 37 s. se presupone que existe una ubicación estable de los bienes gravados se establece el principio de que los bienes pignorados no pueden trasladarse del lugar en que se encuentren según el título sin consentimiento del acreedor (art. 60 Ley), y porque existe un derecho a comprobar la existencia y el estado de los bienes gravados en su ubicación, la Ley permite al acreedor salvar la resistencia del pignorante a permitir penetrar en el lugar o almacén donde radiquen los bienes mediante decisión judicial autorizatoria *ex* artículo 63 Ley y sin perjuicio de poder dar por vencida la obligación garantizada desde el requerimiento frustrado hecho al deudor. En fin, podrá comprobar en el lugar de su ubicación el estado de abandono de los bienes para poder encargarse de la conservación y administración de los mismos *ex* artículo 64 Ley. Asimismo, esta ubicación estable permite al acreedor comprobar el cumplimiento de los deberes de conservación, reparación, administración y recolección. [↑](#footnote-ref-432)
433. La Ley de Garantía de la República Popular China中华人民共和国担保法 [↑](#footnote-ref-433)
434. 农村的中小企业为了解决融资困难问题，通过粮食、林木等农产品进行质押贷款。基于这种动产质押，是脱离不动产土地的农产品的质押，所以不作为本文有关农村土地问题的讨论对象。 [↑](#footnote-ref-434)
435. Principios Generales de la Ley Civil 民法通则 [↑](#footnote-ref-435)
436. La línea roja de tierras de cultivo, significa que es necesario conservar la cantidad mínima de tierras para que los agricultores las cultiven. En la actualidad, la línea roja de tierras de cultivo en China es de 1.2 millones de kilómetros cuadrados (18亿亩), es decir, China debe garantizar 1.2 millones de kilómetros cuadrados de tierras como mínimo para cultivos agrícolas. [↑](#footnote-ref-436)
437. Según el artículo 37 de la Ley de Garantía “no se pueden hipotecar los siguientes bienes: (1) la propiedad de las tierras; (2) los derechos de uso de las tierras de propiedad colectiva, tales como las tierras de cultivo , las tierras destinadas a la construcción de viviendas rurales, las tierras y colinas reservadas, etc., salvo lo estipulado en el apartado número cinco del artículo 34 y del apartado número tres del artículo 36 de dicha Ley; (3) las instalaciones educativas, sanitarias y otras realizadas en beneficio de la sociedad para las instituciones públicas y organizaciones sociales dedicadas al bienestar público, tales como colegios, guarderías, hospitales, etc; (4) la propiedad y los derechos de uso que no están claros o los bienes bajo polémica; (5) los bienes clausurados, embargados y controlados de conformidad con la ley; (6) otros bienes cuya hipoteca está prohibida según la ley. [↑](#footnote-ref-437)
438. Según el artículo 133 de la Ley de Derechos Reales “en el caso de contratar tierras rústicas tales como baldíos mediante licitación, subasta y consulta pública u otras formas conforme a la Ley de contratación y administración de las tierras rústicas u otras leyes, y las disposiciones pertinentes del Consejo de Estado, sus derechos de contratación y administración se pueden transferir, se pueden adquirir participaciones en base a su valor, se pueden hipotecar o hacer circular de otras formas”. El artículo 34 de la Ley de Garantía dice que “se pueden hipotecar los siguientes bienes: (1) viviendas y otros elementos firmemente fijados en la tierra propiedad de los deudores hipotecarios; (2) todas las máquinas, medios de transporte u otros bienes pertenecientes a los deudores hipotecarios; (3) los derechos de uso sobre las tierras estatales, viviendas y otros elementos firmemente fijados en la tierra de que puedan disponer los deudores hipotecarios según la ley; (4)las máquinas, medios de transporte y otros bienes de propiedad del Estado de que pueden disponer los deudores hipotecarios según la ley; (5)los derechos de uso de los baldíos tales como montañas, zanjas, colinas y marismas baldías u otros que sean contratados por los deudores hipotecarios conforme a la ley y que puedan ser hipotecados con la aprobación de los dueños de los baldíos; (6) Otros bienes que se puedan hipotecar según la ley. Los deudores hipotecarios pueden hipotecar juntos todos los bienes enumerados anteriormente en este párrafo.” [↑](#footnote-ref-438)
439. Según la artículo 36 de la Ley de Garantías ¨en el caso de hipotecar las casas sobre las tierras del Estado que son obtenidas legalmente, los derechos de uso sobre las tierras de propiedad del Estado en que ocupan dichas casas se hipoteca al mismo tiempo. Si se hipotecan los derechos de uso sobre las tierras de propiedad del Estado obtenido mediante la transferencia, debe hipotecar también a la vez las viviendas que están sobre estas tierras. Los derechos de uso sobre las tierras de las empresas de poblados (condados) no se puede hipotecar solo. En el caso de hipotecar los edificios tales como locales industriales de las empresas de poblados (condados), los derechos de uso sobre las tierras dentro de la ocupación de estas empresas se hipoteca también al mismo tiempo. ¨ [↑](#footnote-ref-439)
440. 《中共中央国务院关于加大改革创新力度加快农业现代化建设的若干意见》2015-2-1 http://www.gov.cn/zhengce/2015-02/01/content\_2813034.htm [↑](#footnote-ref-440)
441. 《国务院关于开展农村承包土地的经营权和农民住房财产权抵押贷款试点的指导意见》2015-8 http://www.gov.cn/zhengce/content/2015-08/24/content\_10121.htm [↑](#footnote-ref-441)
442. 试点涉及突破《中华人民共和国物权法》第一百八十四条、《中华人民共和国担保法》第三十七条等相关法律条款，由国务院按程序提请全国人大常委会授权，允许试点地区在试点期间暂停执行相关法律条款。 [↑](#footnote-ref-442)
443. 农民住房财产权抵押贷款试点暂行办法(全文) http://finance.sina.com.cn/roll/2016-03-24/doc-ifxqsxic3132568.shtml [↑](#footnote-ref-443)
444. 农村承包土地经营权抵押贷款试点暂行办法(全文) http://finance.sina.com.cn/roll/2016-03-24/doc-ifxqssxu8088628.shtml [↑](#footnote-ref-444)
445. 根据国家统计局发布的2015年国民经济和社会发展统计公报，2015年年末，全国大陆总人口13.7亿，城镇常住人口7.7亿，农民6亿，按照政府的统计标准—凡是在城市连续居住3个月以上就被统计为城镇常住人口。目前在城市打工，做生意的农民约为3亿，所以统计结果为6亿。但从户籍制度看，这3亿人并没有改变自己的户籍登记，所以也有人说中国有9亿农民。 [↑](#footnote-ref-445)
446. “中国试点农村土地抵押贷款 农民偿贷能力引担忧”2016-3 http://www.cankaoxiaoxi.com/finance/20160326/1110670.shtml [↑](#footnote-ref-446)