

LOS DERECHOS REALES EN LOS DERECHOS CIVILES COEXISTENTES EN ESPAÑA

Ángel SERRANO DE NICOLÁS*
Notario de Barcelona

SUMARIO: I. BREVÍSIMA INTRODUCCIÓN A LOS DERECHOS REALES EN ESPAÑA.— II. REGLAS BÁSICAS EN MATERIA DE DERECHOS REALES APLICABLES A TODOS NUESTROS DERECHOS CIVILES.— III. USUCAPIÓN Y DERELICCIÓN COMO MODOS DE ADQUIRIR Y EXTINGUIR LOS DERECHOS REALES.— IV. DERECHO PATRIMONIAL: DERECHOS DE CRÉDITO VS. DERECHOS REALES Y SU FUNCIÓN SOCIAL.— V. FOMENTO DE LA PROPIEDAD INDIVIDUAL: CIERRE DE FINCAS *VS.* COMUNIDAD GERMÁNICA Y RELACIONES DE VECINDAD.— VI. DERECHOS REALES LIMITADOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE, DE ORIGEN LEGAL.— VII. DERECHOS REALES LIMITADOS DE GARANTÍA.— VIII. CONCLUSIONES.

I. BREVÍSIMA INTRODUCCIÓN A LOS DERECHOS REALES EN ESPAÑA

Los derechos reales, Derecho de bienes (nombre unánimemente utilizado por la doctrina francesa), o Derecho de cosas son tres de las denominaciones con las que se suele referir la doctrina a un mismo ámbito de estudio¹, y en los códigos civiles o legislación civil auto-

* Profesor Asociado Dr. de Derecho civil Universitat Pompeu Fabra. Estudio realizado en el marco del proyecto de I+D+i «Régimen de los derechos reales sobre bienes corporales en el Derecho internacional privado europeo: cuestiones de competencia judicial internacional y de derecho aplicable», Ref. PID2020-112609GB-I0.

¹ Basta ver cualquier manual al uso (tanto nacional como foráneo) o la obra de Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre el derecho de cosas*, Madrid, Montecorvo, 1973.

nómica a una regulación que aunque no atinente a idénticas figuras o instituciones sí destinada a regular una misma materia (íntegramente, o, por razones competenciales, con mayor o menor amplitud), unido a que es notorio que constituye la parte del Derecho civil que ha sufrido menos transformaciones, incluso en el Derecho civil foráneo también encuentra dificultades de modificación, basta ver el limitado resultado belga², o la imposibilidad de modificarlos en Francia³, consecuencia de que dejando al margen los derechos reales de garantía (sobre todo en las garantías personales, en que se observa cierta influencia anglosajona, tal que en las cartas de patrocinio), puede decirse que desde la codificación francesa⁴, y aún podría irse más atrás —tanto en los derechos reales limitados como en las categorías básicas— para observar que lo estructural ya estaba en la misma regulación del Derecho romano clásico, y por su falta de regulación de algunas instituciones concretas lleva a arduas discusiones en la naturaleza de la medianería (pues el Derecho romano solo conocía la servidumbre de apoyo)⁵. En suma, los derechos reales, con más o menos explícita regulación, o, en su defecto, por convención o acto dispositivo unilateral, en la práctica son los mismos y las diferencias no sustanciales⁶, aunque cada caso concreto sí pueda tener su relevancia diaria.

² La reciente reforma belga que entró en vigor el 1 de septiembre de 2021, y en donde cabe destacar la amplia regulación del derecho de superficie, solo mencionado en el CC español, cfr. arts. 1611,3 e indirectamente el art. 1655 CC, relacionándolo con los censos, cuando hoy se le contempla como derecho real limitado, incluso en el tiempo, así, también, arts. 564-1 a 564-6 CCCat, a los que siguen la regulación de los censos.

³ No ha llegado a puerto la propuesta de la Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, presidida por H. PERINET-MARQUET, intitulada *Proposition de réforme du livre II du Code Civil relatif aux biens*, y que tenía como principios, la simplificación y clarificación, incluso haciendo desaparecer el mítico concepto del «buen padre de familia», que no su idea; la innovación, pero constatando que la regulación actual —lo que puede decirse también sucede en nuestros derechos civiles— lo que tiene que hacer es recoger dentro de su estructura las innovaciones jurisprudenciales, las reformas extracodiciales y las innovaciones que la nueva sociedad necesite, aquí podría referirse a los animales que no son cosas, pero tampoco sujetos derechos, otra cosa es la protección y consideración que se les deba dar.

⁴ Es de interés, incluso desde la óptica española, la evolución histórica y el estudio que se hace en la obra de Paul OURLIAC Y J. DE MALAFOSSE, *Historie du Droit privé, t. 2-Les Biens*, 2.ª ed., Paris, PUF, 1971 (accesible en: http://www.histoiredudroit.fr/Documents/Sources/ourliac_malafosse_biens.pdf).

⁵ Al efecto, ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS, «La Medianería», en María LINACERO DE LA FUENTE (dir.), *Tratado de servidumbres*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017 pp. 1155-1172, así el CC, dígame lo que se diga, la contempla como una servidumbre legal, mientras que el CCCat la regula como una manifestación de comunidad, art. 551-2.4; y escasa es la doctrina que negándole el carácter de servidumbre luego la estudie como comunidad o en forma singularizada, no es el caso de Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil-Propiedad y derechos reales de goce*, vol. IV, 10.ª ed., Madrid [et al.], Marcial Pons, pp. 58-61, que la examina autónomamente dentro del contenido de la propiedad.

⁶ Para una posible armonización europea resulta de gran interés Héctor SIMÓN MORENO, *El proceso de armonización de los derechos reales en Europa*, Valencia, Tirant lo blanch, 2013, donde trata no solo de los inmuebles sino también de los muebles, con referencia a la propiedad (incluida la figura del *trust*), y los principales derechos reales limitados, como la hipoteca, las

Donde sí se observa una evidente evolución, pero aquí de escasa o nula relevancia en lo codificado (sea el CC español o los otros Derechos civiles), es al contemplar el último cuarto de siglo, o primero del siglo XXI, pues hay un surgimiento de nuevos bienes (los bienes digitales al trasponer las Directivas europeas)⁷, junto a su desmaterialización o cosificación (así el título es la cosa misma con todos sus derechos y el instrumento de legitimación para su ejercicio)⁸, de igual forma que va cambiando la composición de los patrimonios personales, por la constante evolución económica y el cambio de valor de los distintos bienes, aunque, sin duda, los bienes raíces siguen siendo los que tienen —por su propia naturaleza y productividad, por escasa que sea, tal que finca rústica en un páramo castellano— mayor valor, dado que incluso aportados a una sociedad, el título de participación —sea acción o participación social— será el título para el ejercicio, pero lo que se usará y producirá es la finca o bien raíz, no el título social, que lo será instrumentalmente aunque pueda generar sustanciosos ingresos por dividendos, pero, no es un caso insólito, pudiera quedar en pura cáscara la sociedad mercantil, si mal administrada se ha descapitalizado.

Finalmente, es de notar que, sin modificarse los textos positivos, cfr. art. 348 CC, por mor del influjo constitucional, art. 33.2 CE'78 (al contemplar la función social de la propiedad), y la misma amplitud y laxitud de su regulación codicial, sí es posible —a través de legislación

servidumbres (incluidas las negativas), el usufructo, los derechos de opción, tanteo y retracto, o la superficie, y junto a ellos las principales reglas, como son las del *numerus apertus*, la especialidad y publicidad de los derechos reales, la de *nemo dat quod non habet*, y acaba con su adquisición y pérdida o la extinción por el transcurso del tiempo, usucapión por otro o simple extinción por el no uso.

⁷ *Vid.*, para su aspecto contractual, Reiner SCHULZE, «Nuevos retos para el Derecho de contratos europeo y cuestiones específicas acerca de la regulación del suministro de contenidos digitales», en Esther ARROYO AMAYUELAS y Ángel SERRANO DE NICOLÁS (dirs.), *La europeización del Derecho privado: Cuestiones actuales*, Madrid [et al.], Marcial Pons, 2016, pp. 15-27 (accesible en: http://www.ub.edu/jeanmonnet_dretrprivateuropeu/wp-content/uploads/2020/02/La-europeizacion-del-Derecho-privado.pdf); y, además, el conjunto de estudios contenidos en Mariló GRAMUNT FOMBUENA, y Gemma RUBIO GIMENO (coords.), *Conformidad de los bienes y los servicios y contenidos digitales. Tras la transposición de las directivas (EU) 2019/770 y 771*, Madrid [et al.], Marcial Pons, 2024; y las innovaciones legislativas derivadas de la transposición, por del Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de la Directiva (UE) 2019/770 y la Directiva (UE) 2019/771; y del Decreto-ley 27/2021, de 14 de diciembre, de incorporación de las directivas (UE) 2019/770 y 2019/771, relativas a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y a los contratos de compraventa de bienes, en el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña

⁸ Basta observar referido a los títulos valores, pero vía indudable para a través de ellos ostentar buena parte del patrimonio personal, incluso bienes raíces, los explícitos títulos de las dos siguientes obras, así, Eduardo CORTÉS GARCÍA, *La desmaterialización de los títulos-valores*, Valladolid, Lex Nova, 2002, con amplia referencia a los sistemas francés, alemán e italiano; e, igualmente, FRANCISCO GONZÁLEZ CASTILLA, *Representación de acciones por medio de anotaciones en cuenta. Organización del sistema y derechos del socio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, aunque ya todo ello esté superado por la nueva legislación del mercado de valores, o sea, por la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión.

especial o la misma evolución jurisprudencial— la transformación del derecho real por excelencia, o pleno y absoluto, cual es la propiedad o dominio, por lo que se ha evolucionado, estando ya plenamente asentada la nueva concepción, de la clásica *propiedad-poder* a la *propiedad-función*⁹, que ha dado como fruto la ingente legislación sobre un bien básico —sustento de la dignidad de la persona— como es la vivienda, sea en propiedad o arrendamiento¹⁰; otra evolución es la presencia de *obligaciones reales*, por ir unidas al mismo bien raíz sea quien sea su titular, para conseguir determinadas situaciones paisajísticas o medio ambientales (singularmente de preservación de la naturaleza, en donde influyen decisivamente los planes de ordenación urbana y la configuración de los suelos urbanizables o no, junto a las zonas verdes); e incluso instituciones clásicas se tienen que interpretar a la luz de principios constitucionales, tal que las servidumbres¹¹.

En todo caso, y aunque la legislación codificada permanezca inmutable, no puede negarse una *metamorfosis o transformación constante y progresiva del derecho de bienes*¹², otra cosa es que los límites o cadencia del progreso no se acomode siempre a los deseos de los propietarios, políticos o economistas en el sentido de subordinar la propiedad al interés general, o bien común, pues el libre mercado no es libérrimo mercado, como tampoco la regulación especial puede asfixiar la propiedad, pero la idea central que preside la evolución del derecho de bienes es que incluso los bienes comunes pueden ser objeto de mercado (basta pensar en la emisión de gases o las cuotas conta-

⁹ Para esto, y para más allá de la propiedad, es esencial Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Derecho civil constitucional*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2015, pp. 395-443, para la propiedad privada y la herencia en su función y límites.

¹⁰ Al efecto, Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, cuyo art. 1,2 proclama que: «será asimismo objeto de esta ley la regulación del contenido básico del derecho de propiedad de la vivienda en relación con su función social, que incluye el deber de destinar la misma al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, en el marco de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística», y el art. 7 para su función social.

¹¹ Así la STS 404/2019, de 8 de julio de 2019, al precisar que «cuando el actor recoge sus aguas residuales en una fosa séptica no les está dando salida de su propiedad, sino reteniéndolas en su finca, mediante un sistema técnico que permite la acumulación de residuos, útil en su momento pero totalmente desfasado de la realidad social al día de hoy y de principios rectores sobre política de salud y medioambiente recogidos en los arts. 43 y 45 CE», como ya reseñé en mi artículo Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «Los derechos reales a los 130 años de vigencia del Código Civil», en AA. VV. *Código civil: 130 aniversario*, Las Rozas, La Ley, 2020, pp. 161-168.

¹² En el Derecho urbanístico surge como nueva finca registral y bien susceptible de diversos negocios jurídicos *el aprovechamiento urbanístico*, incluso temporalmente desligado de una superficie o finca concreta, al efecto, José Luis LASO MARTÍNEZ y Vicente LASO BAEZA, *El aprovechamiento urbanístico*, Madrid, Marcial Pons, 1995, singularmente, pp. 193-208, para el estudio de su transferencia, y, pp. 262-268, para su adquisición y contenido, así como la facultad y el deber de edificar o el mismo derecho a la edificación; pero la prueba evidente de que el derecho a edificar y la consolidación de lo construido, y, por tanto, su ingreso en el patrimonio del titular del suelo, no resulta del planeamiento sino de ser propietario de la finca en que se construye, es que incluso construido ilegalmente se puede llegar a consolidar, por prescripción del restablecimiento de la legalidad urbanística.

minantes), al igual que se tiende a la puesta en común de los bienes privados, el propietario no es libre ni en la producción (basta pensar en las cuotas lecheras), ni en el destino de los mismos (legislación europea para dejar prácticamente baldíos ciertas fincas); sin duda, la propiedad privada está sujeta a *límites*¹³, que conforman su contorno de facultades y cómo ejercerlas, que por ello no son susceptibles de indemnización, y *limitaciones*¹⁴, que como tales sí darían lugar a indemnización, justo por ser una ablación de las facultades normales, que en ningún caso pueden llegar a ser disolventes del derecho en su esencia, pues en tal caso serían expropiatorias del derecho mismo, que, desde luego, sí podría darse, pero con el procedimiento expropiatorio concreto y que, debe destacarse, en nuestro art. 33.3 CE'78 sí exige indemnización, pero no que, siempre y necesariamente, tenga que ser previa.

II. REGLAS BÁSICAS EN MATERIA DE DERECHOS REALES APLICABLES A TODOS NUESTROS DERECHOS CIVILES

Entre las reglas generales básicas, aplicables a todos nuestros Derechos civiles, deben destacarse las siguientes, unas por derivar de leyes de aplicación general y otras de la misma configuración constitucional, así cabe destacar las siguientes diez reglas básicas:

1.ª) *La teoría del título y el modo*. En nuestro sistema jurídico, la propiedad y demás derechos reales (cabe entender que susceptibles de posesión, por ser la única susceptible de desplazamiento, carece de sentido en la hipoteca o en la prenda sin desplazamiento) se adquieren y transmiten en virtud de la teoría del título y el modo (o *traditio*),

¹³ El *ius usus inocui*, que lo es para toda clase de propiedades (incluso la propiedad intelectual, STS de 3 de abril de 2012), como nos recuerda Mikel M. KARRERA EGIALDE, «El Derecho de propiedad privada y sus aledaños (II)», en Jacinto GIL RODRÍGUEZ (dir.), *Manual de Derecho Civil Vasco*, Barcelona, Atelier, 2016, pp. 187-190, que, además, precisa las características de todo límite, o sea, su carácter general o típico —por ser el régimen ordinario— para todas las propiedades; y que como tal «límite legal, su práctica ni requiere otro título o prueba de su existencia, ni relación de dependencia real entre fundos, ni se extingue por falta de su uso», a lo que cabría añadir que por ser una redefinición del concepto de propiedad en sus límites generales, la ley que establezca el nuevo contorno de facultades, aunque límite o restrinja alguna no da lugar a indemnización.

¹⁴ Lo que resulta de la STJUE (S. 3.ª), de 27 de enero de 2022, Sātiņi-S, C-238/20 (ECLI:EU:C:2022:57), al resolver la cuestión prejudicial de si «¿Permite el derecho a una justa indemnización por la limitación del derecho a la propiedad garantizado por el artículo 17 de la [Carta] que la compensación concedida por un Estado por las pérdidas causadas a la acuicultura en una zona de la red Natura 2000 por aves protegidas con arreglo a la [Directiva sobre las aves] sea significativamente inferior a las pérdidas realmente sufridas?», y responder que la protección del medio ambiente sí puede justificar la imposición de restricciones al ejercicio del derecho de propiedad sin que de ello resulte necesariamente derecho a compensación económica; y en nuestra doctrina, para la distinción entre límites y limitaciones, Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 66.

art. 1462 CC¹⁵, y arts. 531-2 a 531-6 CCCat para la regulación de la tradición, recogiendo también la *traditio* instrumental (art. 531-4.2.a)), que únicamente puede ser escritura pública, pues únicamente esta es instrumentos público y no cualquier otro documento público, sea resolución judicial o administrativa. Presenta singularidad de la donación, en tanto se discute si es contrato o modo de adquirir, aunque en el CCCat está regulada como un modo de adquirir¹⁶, como también puede deducirse del art. 609 CC¹⁷.

2.º) *El sistema de números apertus*. Los derechos reales son susceptibles de modificarse o incluso de crearse *ex novo*, en virtud de regir el sistema del *numerus apertus*¹⁸, arts. 2,2 LH (en la expresión «y otros

¹⁵ Como precisa José Antonio ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho Civil, t. I-Curso de Derechos reales, vol. I-Propiedad y Derechos reales*, Granada, Comares, 2005, pp. 101-103, «la llamada teoría del título y el modo, venía expresamente recogida en la Partida III, Título XXVIII, Ley 46, y Gregorio López afirma en su comentario *adquiritur dominium traditione ex titulo habili*, y tanto nuestros juristas del siglo XVIII como los del XIX sustentan sin interrupción la sucesión e interdependencia causal de dos momentos en la transmisión de la propiedad: el título (contrato obligacional) y el modo (traditio o entrega real). El fuerte impacto de la doctrina francesa iba a llevar el proyecto de García Goyena de 1851 a abandonar el sistema del título y el modo y mantener una transmisión de la propiedad puramente consensual», pero, finalmente, la base 20, de la Ley de Bases de 1888, mantiene la teoría del título y el modo y así lo hace también toda la doctrina y jurisprudencia, incluso habiéndose superado las concepciones germanistas inmediatas a nuestra Guerra Civil, que pretendían, como señala este mismo autor, elaborar «una teoría de la *traditio* como contrato real, abstracto y traslativo (fundándose principalmente en la abstracción de la causa del art. 1277 y en el principio de autonomía de la voluntad)», postura actualmente totalmente desechada.

¹⁶ La donación como modo de adquirir lo trato en Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «Capítol 5 – “La donació”», en Adolfo LUCAS ESTEVE (dir.), *Dret Civil Català*, vol. IV (1) – *Drets reals. Possessió, propietat i situacions de comunitat*, Barcelona, Librería Bosch, 2015, pp. 117-154.

¹⁷ Al efecto, Enrique LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Curso de Derecho civil, t. III-Derecho de cosas, vol. I- Introducción. La posesión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pp. 54-64, donde recoge las principales posturas doctrinales, y críticas habituales, pero que, en suma, cumple sobradamente su función de determinar el cómo se adquiere la propiedad y demás derechos reales; teniendo su antecedente en el art. 606 del Anteproyecto de Código Civil.

¹⁸ Son múltiples las RRDG que la reconocen y están recogidas en la RDG de 12 de abril de 2023, que literalmente dice que: «debe recordarse la reiterada doctrina de esta Dirección General según la cual, con base en el criterio de *numerus apertus* que rige en nuestro ordenamiento, se permite no sólo la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador, incluyendo cualquier acto o contrato innominado de transcendencia real que modifique alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales (cfr. artículos 2.2.º de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos (cfr. artículos 392, 467, 470, 523, 594 y 1648.2.º del Código Civil) y, por ejemplo, sujetarlos a condición, término o modo (cfr. artículos 11, 23 y 37 de la Ley Hipotecaria). Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la transcendencia erga omnes de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc. (cfr. Resoluciones de 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987, 4 de marzo de 1993, 3 y 25 de septiembre y 8 y 26 de noviembre de

cualesquiera reales») y 7 RH, junto al art. 1255 CC, los tres artículos vigentes en todo el territorio español. Si bien no puede ocultarse que *ex novo* y absolutamente atípico no se ha creado ningún derecho real, otra cosa, y bastante distinta, es que sí se modifiquen para adaptarlos a la realidad socio-económico cambiante, y, de la misma manera, no es hay posibilidad de crear garantías reales, por ser de orden público su realización dineraria (siendo esta su finalidad última) y las reglas relativas a la concurrencia y prelación de créditos también son imperativas, se contempla la posibilidad de diversas modalidades de hipotecas en los arts. 569-39 a 569-42, al igual que se regula con amplia detalle el derecho de retención (como garantía real), arts. 569-3 a 569-11 CCCat; la prenda, arts. 569-12 a 569-22 CCCat y la anticresis, arts. 569-23 a 569-26 CCCat.

3.^a) *Los derechos reales son derechos subjetivos*. La propiedad, como los demás derechos reales, son derechos subjetivos, con un contenido mínimo esencial¹⁹, que es por lo que pueden ser identificados y, a la vez, permite diferenciarlos de los otros.

4.^a) *La admisibilidad del pacto marciano para la ejecución de las garantías*. Está prohibido el pacto comisorio, art. 1859 CC, pero sí cabe el pacto marciano²⁰, eso sí, siempre que cumpla con los requisitos

2019 y 10 de marzo de 2021, entre otras). Del análisis del elevado número de resoluciones que este Centro Directivo ha dedicado a la cuestión (cfr. Resoluciones de 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987, 4 de marzo de 1993, 25 de abril de 2005, 4 de mayo de 2009, 12 de mayo de 2010, 28 de abril de 2016 y 8 de noviembre de 2018), puede colegirse que han constituido campo propio de la autonomía de la voluntad para la creación de derechos nuevos ciertos casos de derechos de preferente adquisición (el tanteo convencional, cuyo carácter real ha recibido sanción legal hace pocos años en la legislación catalana), ciertas situaciones vinculadas con el régimen de propiedad horizontal y la variada gama de servidumbres personales y reales. Por otra parte, respecto de los derechos reales típicos, y singularmente de los de goce, la autonomía de la voluntad ha ido más bien encaminada a perfilar determinadas características del paradigma legal. Concretamente, respecto de la comunidad de bienes, según el artículo 392 del Código Civil, “hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o un derecho pertenece pro indiviso a varias personas. A falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título”».

¹⁹ Este contenido esencial, ex art. 53.1 CE’78, ya fue tratado al poco de entrar en vigor la CE’78 por Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina..., op. cit.*, pp. 43-46, en que afirma que: «La doctrina del «contenido esencial», por consiguiente, no es apta para definir el derecho de propiedad (ni ningún otro); es más, presupone un concepto tipo, que *no* suministra, *sino requiere*», podría decirse que no necesariamente idéntico al que se tuviese al tiempo de promulgarse la propia Norma Fundamental, pues todo evoluciona.

²⁰ Como trato en Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «Distinciones conceptuales y la nueva jurisprudencia, en el negocio jurídico y el pacto marciano», en Ángel SERRANO DE NICOLÁS (coord.), *Nuevas perspectivas iusprivatistas a los 40 años de la Constitución española*, Madrid [et al.], Marcial Pons, 2021, pp. 19-63, y, más recientemente, RDG de 9 de enero de 2024 (en que sí aprecia existencia de pacto comisorio) o la de 10 de marzo de 2022, que señala los requisitos para admitir el pacto marciano. Y, también, como vía para una más fácil ejecución en Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «Incumplimiento y ejecución: Opciones extrajudiciales eficientes», en Elena LAUROBA LACASA (dir.), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 337-357.

legales, o sea, debe estar garantizada la proporcionalidad entre deuda y valor del bien; no producirse indefensión en los derechos de ninguna de las partes; pactarse al tiempo de constituirse la garantía pignoratícia o hipotecaria; y, contemplar un procedimiento objetivable de valoración, junto a que si hay sobrante deberá ponerse a disposición del deudor o de terceros acreedores sobre la finca, todo lo cual, no siempre será fácil de valorar, singularmente cuando es a través del ejercicio de un derecho real de opción.

5.º) *El carácter voluntario de la inscripción en el Registro de la Propiedad.* La regla general es el carácter no constitutivo de ninguno en su nacimiento o transmisión, ni siquiera la hipoteca inmobiliaria, como ha tenido ocasión de fallar nuestro Tribunal Supremo, SSTs núm. 464, de 13 de julio de 1984 (Roj: STS 1308/1984 –ECLI:ES:TS:1984:1308) y de 18 de octubre de 2007 (ROJ: STS 6432/2007– ECLI:ES:TS:2007:6432), al distinguir entre derecho real de hipoteca y contrato o negocio constitutivo de la hipoteca, resultando que la hipoteca inmobiliaria nace con la escritura pública y la falta de inscripción lo que le impide va desde una concreta forma de ejecución hipotecaria (cfr. art. 130 LH) hasta ser completamente eficaz frente a terceros (cfr. arts. 1255 y 1257 CC); pero, desde luego, no es lo mismo tener una hipoteca que un crédito escriturario, sea en un procedimiento concursal²¹, o, incluso fuera del mismo, en la concurrencia y prelación de créditos, así art. 1923.3.º CC frente a los art. 1927.2.ª en relación con el art. 1924.3.º A) al que se remite el art. 1929,1.ª CC.

6.º) *La presunción de la libertad de cargas de la propiedad.* La propiedad se presume libre de cargas, por tanto, el que alegue su existencia deberá probar las mismas; a lo que se une que ya con la LH'1861 se suprimieron las cargas ocultas o las hipotecas tácitas²², como única vía para el fomento del crédito hipotecario. No necesitan inscribirse para oponerse las servidumbres aparentes por ser su misma apariencia la mejor vía de publicidad, unido a que lo notorio hace prueba por sí mismo.

7.º) *La interpretación de los derechos reales conforme a los principios rectores constitucionales.* Todo el ordenamiento jurídico está sujeto cualquiera que sea la fecha de publicación de la norma a los mandatos constitucionales, pero en lo que aquí interesa debe tenerse presente en materia de servidumbres (con clara regulación de raigambre histórica) lo ya dicho en orden a la protección de la naturaleza, ecología y biodiversidad, ex art. 45 CE'78. De la misma forma que tienen

²¹ Para la regulación de la sustracción del préstamo hipotecario a los efectos de la masa concursal cabe acudir a Luis Alfredo de DIEGO DÍEZ y Nuria FACHAL NOGUER, *Ejecuciones y garantías reales en la reforma de la Ley Concursal*, Madrid, Ediciones Lefebvre, 2024.

²² Para una interesante reseña de la discusión parlamentaria entre GÓMEZ DE LA SERNA (defensor de las hipotecas legales tácitas) y ANTÓN DE LUZURIAGA, cabe acudir a ÁLVAREZ CAPE-ROCHIPI, *op. cit.*, pp. 239-240.

carácter de orden público las distancias, por lo que no podrán reducirse, ni siquiera por pacto, dado que responden a razones de salubridad (ventilación).

Es, por otra parte, lo ya sentenciado por el TS, incluso con textos positivos similares al del CC, por lo que, aunque siga rigiendo la regla de que los gravámenes deben interpretarse restrictivamente, entre ellos las servidumbres, lo cierto es que debe aplicarse con preferencia, por su rango normativo, la CE'78, sobre todo, para las vistas, desagües o conexiones²³.

8.^a) *La admisibilidad de la vinculación ob rem, dentro y fuera del ámbito del régimen de la propiedad horizontal.* Es principio rector de nuestro ordenamiento que la propiedad no puede ser amortizada, ni caben las vinculaciones (legislación que, como la desamortizadora, no derogó el art. 1976 CC), pero frente a ello sí cabe vincular *ob rem* fincas (una o más a otra finca principal)²⁴, pues incluso puede darle un

²³ Es imprescindible para una interpretación desde la óptica constitucional, cuya fuerza innovadora se pone claramente de manifiesto incluso en esta materia, la STS 404/2019, de 8 de julio de 2019 (LA LEY 95595/2019), al precisar que «cuando el actor recoge sus aguas residuales en una fosa séptica no les está dando salida de su propiedad, sino reteniéndolas en su finca, mediante un sistema técnico que permite la acumulación de residuos, útil en su momento pero totalmente desfasado de la realidad social al día de hoy y de principios rectores sobre política de salud y medioambiente recogidos en los arts. 43 (LA LEY 2500/1978) y 45 CE (LA LEY 2500/1978)».

²⁴ El tema de la vinculación *ob rem*, indiscutible en el ámbito de la propiedad horizontal e incluso en las viviendas de protección oficial, puede plantear problemas fuera de ello si se tiene una visión literalista ajena a la realidad socio-económica, basta ver las varias resoluciones citadas en la RDG de 3 de mayo de 2023, que junto a señalar el régimen jurídico que deberá seguir la vinculada que necesariamente será el de la principal, también la deslinda a la figura de las servidumbres prediales, y así dice que: «Como puso de relieve la Resolución de esta Dirección General de 22 de abril de 2016, la configuración jurídica de la titularidad de una finca registral con el carácter “ob rem” respecto de otras tiene como consecuencia esencial que su titularidad viene determinada mediatamente por la titularidad de las fincas principales al igual que ocurre con las servidumbres prediales; la titularidad de la finca “ob rem” corresponde, pues, a quien ostente la titularidad de la finca principal. Como se afirmó en la Resolución de 29 de noviembre de 2007, los elementos vinculados son titularidades “ob rem”, que no pueden seguir un régimen jurídico distinto al del elemento principal a que están adscritos (por lo que —en caso entonces analizado— la hipoteca de la vivienda unifamiliar conlleva la de la participación indivisa que le está vinculada, máxime cuando elemento principal y vinculado aparecen descritos expresamente). Existe vinculación “ob rem” entre dos (o más) fincas, cuando se da entre ellas un vínculo que las mantiene unidas, sin que pueda separarse la titularidad de las mismas —que han de pertenecer a un mismo dueño— por existir una causa económica y a la vez jurídica que justifique dicha conexión, como una cierta relación de destino, dependencia o accesoriedad e incluso de servicio (vid. Resolución de este Centro Directivo de 3 de septiembre de 1982). Esto supone que en los casos de titularidad “ob rem” se configura la titularidad dominical de una finca por referencia de la titularidad de otra, a la que está conectada. La consecuencia jurídica de ello es que los actos de transmisión y gravamen han de producirse sobre ambas fincas juntamente y no sobre una de ellas, y a favor de un mismo adquirente en tanto se mantenga dicha vinculación, sin que los elementos vinculados puedan seguir un régimen jurídico distinto que el del elemento principal al que están adscritos (cfr. Resoluciones de 29 de noviembre de 2007, 28 de octubre de 2013, 31 de octubre de 2018, 19 de junio de 2020

valor a la finca o fincas vinculadas que, por sí solas, no tendrían en el

y 22 de junio de 2022). Ahora bien, para que esta configuración jurídica surta los efectos expuestos deberá venir determinada por la Ley, o bien, resultar de la inscripción registral, sin que en ningún caso pueda presumirse ni establecerse de forma tácita (cfr. Resolución de 2 de marzo de 2007), pues tal y como manifestó esta Dirección General en la Resolución de 22 de abril de 2016, dicha consecuencia no depende del disponente por sí solo, ya que la alteración o modificación de la configuración jurídica de la titularidad “ob rem” deberá haber sido efectuada y consentida por todos sus titulares; de este modo, el único consentimiento contractual preciso es el consentimiento prestado al negocio traslativo del elemento principal, sin que precise un consentimiento adicional para que se entienda asimismo transmitida la titularidad “ob rem” de la finca o cuota de finca vinculada y sin que la omisión de toda referencia a ella pueda considerarse que excluye la transmisión de la cuota vinculada. De ello se deduce que en la inscripción de la finca vinculada lo que debe figurar es su configuración jurídica debidamente constituida como titularidad “ob rem” y la determinación precisa de todas y cada una de las fincas registrales principales. 3. Conforme a la doctrina de este Centro Directivo, son requisitos básicos para que se pueda inscribir la vinculación “ob rem” los siguientes: a) Existencia de una causa económica y a la vez jurídica que justifique la vinculación. Como puso de relieve la Resolución de 28 de octubre de 2013, el régimen de la propiedad vigente en España, desde la promulgación del Código Civil, se caracteriza por establecer el principio de propiedad libre y plena, sin perjuicio de su función social, como base de un régimen de libre disposición de bienes y circulación de riqueza. Sin embargo, de ese principio de libre disposición de la propiedad se exceptúan, entre otros, los supuestos de la llamada titularidad “ob rem”. Por ello, en la medida en que esta vinculación restringe el principio de libre disposición, es necesario que concurra una causa económica y a la vez jurídica que justifique dicha conexión, como una cierta relación de destino, dependencia o accesoriedad e incluso de servicio, según antes se ha indicado. Ya la Resolución de este Centro Directivo de 3 de septiembre de 1982 aclaró, respecto de esa conexión entre las fincas, que «la relación física entre los inmuebles o correlación de destino, por su necesidad, utilidad o comodidad inclusive, justifica la conexión de titularidades entre ellos, y aunque las fincas no estén consideradas en un mismo plano, ya que por su importancia y respectivo destino una esté al servicio de la otra, lo mismo sucederá con la titularidad de los derechos sobre una y otra». b) La previa inscripción en el Registro de las fincas a que afecte la vinculación. La finca es el elemento primordial de nuestro sistema registral —de folio real—, por ser la base sobre la que se asientan todas las operaciones con trascendencia jurídico real (cfr. artículos 1, 8, 9, 17, 20, 38 y 243 de la Ley Hipotecaria y 44 y 51.6.º del Reglamento Hipotecario). No sería admisible inscribir la vinculación “ob rem” sobre finca inscrita cuando la otra finca vinculada no lo está, ya que la referencia a vinculación “ob rem”, se convertiría en una mera mención. La proscripción registral de las menciones está claramente asentada en la Ley, con el fin de dar mayor precisión a los asientos registrales y, por ende, a la protección que dispensa el Registro. Así, el artículo 29 de la Ley Hipotecaria dispone que “la fe pública del Registro no se extenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial” (vid. Resolución de este Centro Directivo de 28 de octubre de 2013). c) Adecuada identificación y descripción de la finca a la que afecta o sobre la que recae el derecho. El principio de especialidad y la concreta regulación legal en esta materia (artículos 9 y 30 Ley Hipotecaria y 51 Reglamento Hipotecario) exigen la descripción de la finca en el título que pretenda el acceso al Registro de la Propiedad como medio indispensable para lograr la claridad y certeza que debe presidir la regulación de los derechos reales y el desenvolvimiento de la institución registral (en este sentido, Resolución de 7 de enero de 1994). 4. Hechas las anteriores precisiones, debe determinarse si en el presente caso se cumplen los referidos requisitos para la configuración de la vinculación “ob rem” debatida. a) En primer lugar, se aprecia la existencia de una causa económica y a la vez jurídica que justifica la vinculación. En la descripción registral de la finca 8.146 se indica que se trata de una “casa con un patio de luces a su fondo y un corral anejo [...]”, que “[...] linda [...] con el pasillo o pasaje que luego se describe, que le separa de su corral anejo [...]” y que “[...] el corral anejo, que está inmediato a la casa aunque no colinde con ella [...] Linda [...] al Este, con el pasillo pasaje que luego se

mercado inmobiliario. Por otra parte, conviene destacar que la cláusula estatutaria que permite la segregación no ampara la desvinculación, por ser en un caso mera modificación material de la finca y en el otro un cambio de régimen jurídico²⁵.

9.^a) *La no admisibilidad de la propiedad solidaria, pero sí en materia de derechos reales.* La posibilidad de la propiedad solidaria, o sea que cada propietario pueda ejercitar frente a terceros la plenitud de facultades dominicales no está admitida en nuestro Código civil para el dominio, así RDG 26 diciembre 1946²⁶. No puede hablarse tampoco de goce o propiedad solidaria sobre los elementos comunes en la

*describe, que le separa de la casa [...]". Por su parte, la descripción registral de la finca 7.961 comienza así: "Pasillo o pasaje destinado a ser comunal [...]". La causa económica y a la vez jurídica de la vinculación es clara: el servicio que, como tal pasillo o pasaje, la finca 7.961 proporciona a las tres que fincas a que está vinculada. La constitución de una vinculación "ob rem" para proporcionar paso a otra u otras fincas vinculadas, en vez de constituir, por ejemplo, una servidumbre de paso, ha sido admitida por este Centro Directivo (vid. Resolución de 3 de septiembre de 1982). En este caso se trata de una vinculación "ob rem" y no de un derecho de servidumbre. No siempre es clara la diferencia entre una y otra figura. La servidumbre predial es "un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño" (artículo 530 del Código Civil). Por la servidumbre predial no se produce una conexión de titularidades y destino entre el predio dominante y el predio sirviente, como sí ocurre con la vinculación "ob rem", sino más bien lo contrario, como resulta del precepto citado, de manera que, por ejemplo, el predio sirviente, sin perjuicio del derecho de servidumbre, vigente el mismo, puede ser enajenado o gravado independientemente del predio dominante, todo ello, por supuesto, sin perjuicio de que la finalidad económico jurídica de la vinculación «ob rem» pudiera haber sido satisfecha igualmente mediante un derecho real de servidumbre, conforme a la doctrina de esta Dirección General, citada anteriormente». Me he referido, más ampliamente, a la vinculación ob rem, y su conexión con la teoría de las pertenencias, «Aspectos jurídico-reales de los elementos comunes en la Ley de Propiedad Horizontal»: Ángel SERRANO DE NICOLÁS, en L. M^a DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ (coord.), *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, vol. II, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson, 2014, pp. 3334-3338.*

²⁵ Contemplan supuesto similares, que no con identidad de razón, la Ley 376 Fuero Nuevo de Navarra, al precisar que: «Ley 376. *Pertenencias comunes.* Salvo acuerdo unánime, la comunidad sobre elementos al servicio de varias fincas, como paredes, muros, cercas o vallados medianeros, ribazos o taludes, así como molinos, hornos, eras, pozos, norias, acequias u otros semejantes, será indivisible y ningún comunero podrá disponer de su parte separadamente de las fincas a que aquellos elementos sirvan. // Se presumen comunes a las edificaciones los vanos entre las fincas urbanas conocidos con el nombre de "belenas" o "etxeakoartes", que se regirán por lo dispuesto en esta ley y en el párrafo segundo de la ley 404»; y el art. 71 Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (=LDCG) al contemplar, como vinculación legal imperativa, que: «1. *La propiedad sobre las fincas integrantes del agra o vilar llevará inherente un derecho de copropiedad sobre sus muros o cercados.* // 2. *Las partes en copropiedad no podrán ser enajenadas o gravadas con independencia de las fincas de las que se reputan elementos anejos e inseparables, y en la transmisión, por cualquier título, del dominio de alguna de ellas se entenderá comprendida la cuota de participación en tales elementos*», aquí, pues no hace falta vinculación por ya establecerla la ley, pero por ello mismo tampoco cabe la separación voluntaria.

²⁶ Como precisa esta resolución por no tener entronque en nuestro ordenamiento jurídico, basado en la idea de cuota romana, pues el propio Derecho romano «al tratar de la posesión como facultad integrante del dominio estableció el clásico aforismo de que *plures eamdem rem in solidum possidere non possunt*».

propiedad horizontal, tanto por no ser ellos el objeto de la propiedad separada, no hay propiedad ni sobre los elementos comunes ni tampoco sobre los elementos privativos, considerados estrictamente y contrapuestos unos a los otros, dado que la propiedad lo es sobre la entidad o departamento, unido a que el denominado goce *pari uso*, sobre dichos elementos comunes, aunque puede ser idéntico, simultáneo y contemporáneo para todos y cada uno de los propietarios, y les permite a todos los copropietarios la más plena e intensa utilización de los elementos comunes, no obstante, ni es una propiedad distinta de la que hay sobre la entidad o departamento, ni puede ser dicho uso absoluto, dado que está sujeto al límite que deriva de la misma posibilidad de ejercicio por los demás; por tanto, en caso de colisión habrá que acudir a los límites externos e internos en el ejercicio de los derechos (abuso de derecho, ejercicio antisocial, etc.), y a las reglas sociales en el ejercicio de la vida en comunidad²⁷. Sí cabe, desde luego, la titularidad solidaria sobre los derechos reales limitados, incluso en la hipoteca, pues no cabe olvidar que como derecho accesorio de garantía lo será en cuanto sea solidaria la obligación que garantiza, pero, sin embargo, no admite nuestra legislación hipotecaria la hipoteca solidaria²⁸.

Caso singular es el de Navarra, al admitir, Ley 378 Fuero Nuevo de Navarra (=FNN, Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra)²⁹, la solidaridad tanto en la propiedad como en cualquier otro derecho real cuando así se haya constituido.

²⁷ Al efecto en la jurisprudencia italiana, con consideraciones perfectamente aplicables a nuestras propiedades horizontales, sea la LPH o el CCCat, la sentencia de *Cassazione civile*, sez. II, 5/10/2009, núm. 21256, precisa que es conferida por la «*legge a ciascun partecipante alla comunione la facoltà di trarre dalla cosa comune la più intensa utilizzazione, a condizione che questa sia compatibile con i diritti degli altri, essendo i rapporti condominiali informati al principio di solidarietà, il quale richiede un costante equilibrio fra le esigenze e gli interessi di tutti i partecipanti alla comunione*».

²⁸ Como pronunciamientos registrales pueden destacarse la RDG de 11 de agosto de 1863 que contempla el supuesto de dos fincas gravadas solidariamente con un censo, sin necesidad de la previa división de la carga entre ambas; o más recientes, y en materia hipotecaria, para negar la posibilidad de la hipoteca solidaria, la RDG de 15 de junio de 1993; e igualmente las RRDG de 16 de marzo de 1929 y 3 de mayo de 2000 rechazan las hipotecas solidarias y las subsidiarias, como tampoco admiten la «sobrehipoteca», es decir, las que gravan simultáneamente o sucesivamente, el mismo crédito y sin distribución de su cuantía a varios inmuebles ya que, sin utilidad para el acreedor, perjudican el crédito territorial de las fincas hipotecadas. Sin embargo, no son radicalmente nulas, según se desprende del art. 123 LH, y en base al mismo, en relación con el art. 119 LH, la STS 66/2005 de 4 de febrero de 2005 (Ponente: C. Auger Liñán); habla de hipoteca solidaria.

²⁹ Literalmente transcrita dice: «*Ley 378 - Comunidad solidaria. // La comunidad en la propiedad o en cualquier derecho real a favor de varios titulares será solidaria cuando así se disponga en el título de su constitución. // En la comunidad solidaria cada comunero puede por sí solo ejercitar plenamente el derecho y disponer de la totalidad del mismo, sin perjuicio de su responsabilidad frente a los demás titulares*».

10.⁹⁾ *La admisibilidad de las servidumbres personales.* Son admisibles en nuestro ordenamiento jurídico, aunque el CC les muestre cierto recelo incluso por su misma denominación de «servidumbres», pero, frente dicho estado de cosas al promulgarse, debe observarse que incluso al margen de los supuestos típicos, como la servidumbre personal de balcón o similar³⁰, su conveniencia puede presentarse en la sociedad industrial, dado que pueden ser tanto a favor de una persona física como jurídica, o, igualmente, ser beneficiaria una persona concreta o incluso varias, y nada impediría que lo fuesen de forma solidaria, o incluso hereditarias.

Las servidumbres personales, en que solo hay fundo sirviente (aunque otro fundo pueda ser el determinante de qué persona o personas son las beneficiarias de la servidumbre), no se identifican: a) ni con el derecho real de uso³¹; b) ni con la obligación de no hacer, en el caso de la servidumbre personal negativa, utilizable tal que en materia de servidumbres industriales o de empresa, aunque no podrán ir contra el orden público, junto a serles exigible un interés legítimo³²; y, c) ni con el usufructo (o con el derecho de aprovechamiento parcial en el CCCat, art. 563-1 a 563-4)³³, por razón de su naturaleza perpetua, unido a que aunque sean personales no están sujetas necesariamente a límite temporal (art. 531 CC), ni siquiera el vitalicio (STS de 8 de mayo de 1947). El beneficio que atribuye (o lo que es lo mismo la servidumbre personal en sí misma considerada) podría ser incluso transmisible *inter vivos* o *mortis causa*, onerosa o gratuitamente, vgr: servidumbre personal de palco o balcón (STS de 30 de noviembre de 1908)³⁴.

³⁰ Su admisibilidad, precisa Juan OSSORIO MORALES, *Las servidumbres personales*, Madrid, Edersa, 1936, pp. 67-91, resulta —anticipándose a los códigos de Alemania y de Suiza— del art. 531 CC, siendo, además, inscribibles.

³¹ Por ello, la STS de 26 de julio de 2001, para un supuesto de uso gratuito, por los propietarios de una urbanización, de la piscina del restaurante privado, resuelve que dicho uso excede de la tipicidad legal del uso para ser susceptible de mejor encuadramiento dentro de la categoría de las servidumbres personales positivas.

³² Al efecto, RDG de 5 de diciembre de 2002, para un supuesto en que el beneficiario no es el titular de lo que sería el predio dominante, sino el arrendatario del mismo, y en cuanto tal titular de un derecho personal como es el arrendaticio.

³³ En el CDFA su art. 555 CDFA contempla *el aprovechamiento parcial*, precisando que: «Los derechos reales de aprovechamiento parcial establecidos a favor de una o varias personas o de una comunidad sobre una finca ajena, con independencia de toda relación entre fincas, se rigen, en todo aquello que no determine su título constitutivo, por el régimen general de las servidumbres, en lo que sea compatible».

³⁴ Me he referido más ampliamente, a las mismas, en Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «Capítulo I. La organización de un bien tenido por diversas personas», en Sergio NASARRE AZNAR (dir.), *Bienes en común*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 134-136.

III. USUCAPIÓN Y DERELICCIÓN COMO MODOS DE ADQUIRIR Y EXTINGUIR LOS DERECHOS REALES

Dentro de los modos de adquirir o extinguirse los derechos reales merece una especial consideración la usucapión y la derelicción, por sus distintos requisitos, según la clase de derechos reales o bienes de que se trate, así quedarían excluidas las garantías reales no posesorias y demás derechos no posesorios; por ello, cabe distinguir tres grandes cuestiones:

A.) *Derechos reales susceptibles de usucapión.* Comienza el art. 1940 CC señalando que por prescripción o usucapión *ordinaria* puede adquirirse el «dominio y demás derechos reales», aunque cabe matizar que siempre que sean susceptibles de posesión, lo que sí matiza el art. 531-23.1 CCCat al referirse a la usucapión de «la propiedad o un derecho real posesorio»³⁵; pero, sin embargo, no distingue entre ordinaria y extraordinaria.

Singular es *la posición de las servidumbres*³⁶, por ser un gravamen y limitación a la libertad de los fundos, que junto a exigir interpretación restrictiva —pero acomodada a la realidad socio-económica de cada momento— tienen un único plazo —y ningún otro requisito, pues ya aparece contrapuesta al título, en el propio art. 537 CC y por la forma del cómputo, del art. 538 CC, chocaría con una pretendida distinción entre buena y mala fe, cfr. art. 364,2 CC, ya que se hace a la vista ciencia y paciencia por exigirse que sea aparente, o tiene que haber prohibición formal, para el inicio del plazo, de ahí que únicamente son susceptibles de usucapión, art. 537 CC, y pueden adquirirse así (o mediante título) *las “servidumbres continuas y aparentes [...] por la prescripción de veinte años”*³⁷, no se requiere, pues, ningún otro

³⁵ Postura singular es la de Manuel ALBALADEJO, *Derecho civil, t. III-Derechos de bienes*, 10.ª ed., Madrid, Edisofer, 2004, p. 713, admite, trayendo en su apoyo la STS de 22 de febrero de 1963, la usucapión de la prenda, por ser un derecho poseible pues «su posesión consiste en poseer la cosa pignorada, en concepto de acreedor pignoraticio», y señala como ejemplo el caso de que se entregue una cosa que realmente no era del que la entrega.

³⁶ Puede acudir a José Antonio ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *op. cit.*, pp. 169-173, para conocer con referencia a amplia jurisprudencia y a las legislaciones del País Vasco y Galicia, que estas «permiten [según dice] la usucapión de las servidumbres de paso [...] con la interpretación correctora [...] en la STSJ Navarra de 21 de septiembre de 1991», y, además, concluye defendiendo, como creo que no puede ser de otra manera (conforme a los textos legales y la interpretación conjunta de la regulación de la usucapión en general y la particular de las servidumbres), que conforme a las SSTs 8 de febrero de 1899, 30 de octubre de 1919, 12 de junio de 1995) «que no cabe una usucapión ordinaria de servidumbres con justo título y buena fe», pues cabe añadir que si hay justo título, y eficaz, lo que hay es una servidumbre voluntaria.

³⁷ En el mismo sentido que aquí se defiende, de un único plazo de veinte años para las servidumbres usucapibles (y que parece es el mayoritario), se pronuncia Juan ROCA JUAN, «*sub* art. 537», en Cándido PAZ-ARES *et al.*, *Comentario al Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1405-1406.

requisito que el tiempo, ni hay ninguna otra vía ordinaria (que no sea el título) ni extraordinaria, como resulta, a mi modo de ver, claro de la comparación del conjunto normativo de la usucapión y el singular de las servidumbres.

Más estricto es el CCCat que, tras varias vicisitudes legislativas en escasos años, ha resuelto, finalmente, que no es usucapible ninguna servidumbre, así dice el art. 566-2.1 CCCat que: «*Las servidumbres solamente se constituyen por título, otorgado de manera voluntaria o forzosa*».

Junto al CC y CCCat, cabe señalar los siguientes otras particularidades, así:

1.ª) *El FNN*, reconoce —Ley 356— la usucapión, con las siguientes notas identificativas: a) *Plazos*. La usucapión de *los bienes muebles es de tres años*. La de *los inmuebles es de veinte años*. Y, además, para adquirir la propiedad por usucapión, se requiere que el adquirente posea como propietario con *justa causa y buena fe*. Probada la causa justificativa de su posesión se presume que posee de buena fe, y no se admite la prueba de haberla perdido después de iniciada la posesión. Se entiende por buena fe la creencia de poder poseer como titular del derecho.

A lo que se añade la *prescripción extraordinaria*, que se da cuando no pueda probarse la justa causa, entonces la propiedad se adquirirá por la pacífica posesión como propietario durante *treinta años*. En suma, la buena fe se requiere siempre —Ley 357—, pero cuando falta el justo título es extraordinaria, mientras que en el CCCat no hay distinción de ordinaria y extraordinaria, sino una única clase sin necesidad de buena fe ni de justo título

2.ª) *La LDCG* (=Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia) admite la usucapión (20 años, por su posesión pública, pacífica e ininterrumpida) de la *servidumbre de paso*, art. 88. Y la *acción negatoria* que prescribe a los 30 años. Cabe su *constitución forzosa*, singularmente cuando resulta necesaria por partición de herencia, con presunción incluso *iuris et de iure*. Reconoce también la constitución por *signo aparente*.

3.ª) *La LDCV* (=Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco) solo contempla la *servidumbre de paso*, art. 14, y admite la usucapión (son 20 años, pero sin mayor regulación).

B.) *Requisitos para poder usucapir un derecho real posesorio*. Junto a la posesión dicha y el tiempo que se dirá, el art. 1941 CC exige que sea «en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida» y, previamente, el art. 1940 CC, que sea «con buena fe y justo título por el tiempo determinado por la ley», mientras que el art. 531-24.1 CCCat, aunque también exige —al igual que el art. 1941 CC— que sea pública,

pacífica y no interrumpida, sin embargo, concluye afirmando que «no necesita título ni buena fe», lo que en sí hace ya innecesaria la dicha distinción entre ordinaria y extraordinaria, para esta última el art. 1959 CC ya no exige ni título, ni buena fe, ni distinguir entre ausentes y presentes, pero sí un plazo especial de treinta años.

C.) *Especial consideración del plazo*. Al no distinguir entre ordinaria y extraordinaria, el CCCat solo distingue entre muebles e inmuebles, por ello, el art. 531-27 CCCat precisa que «los términos de posesión para usucapir son de *tres años para los bienes muebles* y de *veinte años para los inmuebles*»; fruto de sus requisitos, el CC, art. 1955, precisa que: «El dominio de los bienes *muebles* se prescribe por la posesión no interrumpida de *tres años con buena fe*. // También se prescribe el dominio de las *cosas muebles* por la posesión no interrumpida de *seis años, sin necesidad de ninguna otra condición*». Y el art. 1957 CC dice que: «El dominio y demás derechos reales sobre *bienes inmuebles* se prescribe por la posesión durante *diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título*», y cuando falta estos dos últimos requisitos, art. 1959 CC dice que: «Se prescribe también el dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes, salvo la excepción determinada en el artículo 539», consistente esta excepción en que para las servidumbres continuas no aparentes (justo por su falta de apariencia), así como las discontinuas (justo por su falta de uso continuado) sean o no aparentes, únicamente cabe la adquisición mediante título, queda, pues, excluida cualquier modalidad de usucapión.

El abandono o derelicción es, singularmente, una forma de extinguir el dominio, sean *fincas individualizadas* (caso de la RDG de 26 de diciembre de 2018, aunque para su inscripción deberá comunicarse al Catastro para que no se siga devengando el IBI y, además, a la Abogacía del Estado para la tramitación del expediente de los arts. 17, 36 y 47 LPE); una *cuota indivisa* (RDG de 5 de mayo de 2015), que deberá ser en escritura pública, por ser un negocio jurídico aunque lo sea unilateral y no recepticio, pero sí deberá iniciarse el procedimiento para adquirirla el Estado; los *pisos en propiedad horizontal*, STS de 15 de octubre de 1986 (RJ 1986, 5791), aunque no habrá liberación de las deudas ya contraídas o devengadas, por ser personales —al margen de que pueda afectar a la finca derrelicta— y no queda vacante ni va al Estado, sino que acrece y se integra en los demás copropietarios, en razón a sus cuotas (RDG de 30 de agosto de 2013 y 21 de octubre de 2014); o incluso cabe *renunciar en la multipropiedad* (RDG de 19 de octubre de 2018) con igual acrecimiento a los demás.

IV. DERECHO PATRIMONIAL: DERECHOS DE CRÉDITO V/S. DERECHOS REALES Y SU FUNCIÓN SOCIAL

Debe distinguirse entre propiedad y derechos reales limitados y, a la vez, precisar —como ya se ha visto— que la propiedad no es un derecho absoluto, junto a que todos los derechos reales están sujetos o limitados en su ejercicio y explotación por el cumplimiento de una función social, sin perjuicio de poderles imponer además limitaciones³⁸, por lo que cabe destacar las siguientes cuestiones, así:

A.) *Distinción entre derechos personales o de crédito y reales, aunque, ciertamente, en algunos casos se hable de derecho patrimonial como categoría englobante*³⁹. Ha sido una constante, devenida en

³⁸ Vid. Marianne ROLAIN, *Les limitations au droit de propriété en matière immobilière*, Nice, Université Nice Sophia Antipolis, 2015 (accesible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/46811317.pdf>), en cuanto trata varias de las cosas que aquí se consideran, desde la desmaterialización a la figura del *trust*, donde se reconoce como propietario al *trustee*.

³⁹ Recoge la postura clásica, aunque modulada, Enrique LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pp. 20-29, para tras partir de la necesidad de distinguirlos (sin olvidar la constante interacción entre ambos, pues la constitución habitualmente suele ser a través de un contrato), precisa, igualmente, la necesidad de realizar dos observaciones a la pretendida unidad del Derecho civil patrimonial, así, una es la consistente en precisar que científica y didácticamente son dos materias distintas; y la otra observación es que para diferenciarlas no cabe caer en el exacerbamiento de las diferencias; pues tiene que coincidirse con Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. III-*Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, 5.ª ed., Madrid, Civitas, 2008, pp. 88-93, que la «nítida separación teórica [...], se desvanece un tanto, si lejos de contemplar exclusivamente lo que se puede llamar el esquema sustancial de la relación (crédito-deuda; derecho real-gravamen o estado de sujeción), tratamos de dirigir nuestra mirada hacia el complejo organismo o entramado que entre las partes aparece»; por ello, es cierto, que no son sectores totalmente autónomos e independientes, sino parte de una unidad que sería el Derecho de bienes, pero que igualmente, cabría precisar, cierto es que con esta denominación suele considerarse por la manualística, o demás obras de estudio y enseñanza, lo que son los derechos reales, e incluso él mismo es a lo que le dedicó prácticamente sus dos innovadores tomos iniciales de los «Fundamentos» en Tecnos, aunque posteriormente también trate e incluso anteponga el estudio de la relación obligatoria, y, continúa —LALAGUNA— con la necesidad de precisar el «objeto específico de las relaciones propias de cada disciplina», para fijarlo en las relaciones reales en el poder que implica respecto de la cosa, cfr. art. 348 CC, mientras que en la relación obligatoria sería la «conducta o comportamiento personal que se denomina técnicamente deber de prestación», cfr. art. 1088 CC, ello no es obstáculo para que en algunas relaciones obligatorias se excluya radicalmente la referencia a las cosas (caso de las obligaciones de hacer o no hacer), y en otras sea la referencia (basta pensar en las obligaciones *propter rem*), al igual que en la mayoría de las relaciones obligatorias su objeto es «la prestación de dar una cosa», cfr. arts. 1182 y 1183 CC; ahora bien la conexión entre unas y otras aun siendo innegable, sea porque la «relación jurídica real sirve de soporte a la relación obligatoria»; sea porque la «relación jurídico real es accesoria de una relación jurídico obligatoria» (caso de la hipoteca inmobiliaria, como recuerda la STS de 22 de febrero de 2013 -rec. 1759/2010, con cita de las SSTs de 16 de noviembre de 2000 y 20 de junio de 2001); o simplemente porque la «relación jurídico real es resultado de una relación obligatoria», o, finalmente, por la «coexistencia entre relaciones obligatorias y relaciones reales» (caso del usufructo y la nuda propiedad, del dueño del suelo y el superficiario o entre los condueños), lo cierto es que todas las legislaciones positivas y la realidad diaria distingue entre derechos reales y derechos personales o de crédito.

clásica, el distinguir o incluso contraponer, al margen de que pudieran darse algunas excepciones o similitudes, entre derechos reales, como derechos estáticos o absolutos, frente al derecho de obligaciones, de crédito o personales, como derechos dinámicos o relativos, sin perjuicio de que, ya hace decenios, haya surgido una fuerte corriente tendente a su unificación dentro de la categoría genérica del Derecho patrimonial, pero lo cierto es que la distinción es imprescindible y la realidad lo atestigua, así los reglamentos europeos hablan claramente de derechos reales, tanto el RSE⁴⁰, como el RRME⁴¹.

Como ejemplo de lo que se acaba de decir, de denominarse Derecho patrimonial, para, no obstante, regular lo que tradicionalmente se considera Derechos reales, está el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (=C DFA), que expresamente menciona a su Libro Cuarto como Derecho patrimonial; y, también, la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (=LDCV) habla de *principios del derecho patrimonial*, aunque en su escasa regulación trata de la servidumbre (junto al caserío, arrendamiento rústico, la servidumbre de paso, el cierre de fincas o las hermandades o confradías); si bien, sí, Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (=LDCG), habla expresamente de *derechos reales*.

B.) *Distinción en todas nuestras legislaciones, incluso en las que tienen regulación completa o casi, entre derecho absoluto y limitados (frente al Common Law)*. En todas nuestras legislaciones civiles se aplica la distinción —frente al *Common Law* (que no distingue entre derechos reales y de crédito)— entre la propiedad y los derechos reales limitados, y, dentro de estos, la clásica distinción entre *de uso o goce* (usufructo, uso y habitación, censos o derecho de superficie); *de adquisición preferente* (tanteo, retracto y derecho de opción) y los *derechos de garantía*; no obstante, lo cierto es que el único cuerpo completo que sí los regula *in extenso* solo sea el CCCat, lo que le permite, frente al CC, diferenciarlos entre sí; y, además, también contiene una regulación típica del *derecho de superficie*, separándolo de formas censatarias (lo que no sucede en el CC, basta ver la ubicación sistemática del

⁴⁰ Me he ocupado en Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «Reglamento (UE) 650/2012: Aspectos transfronterizos, anticipatorios, de adaptación de los derechos reales y de régimen económico matrimonial», en Esperança GINEBRA MOLINS y Jaume TARABAL BOSCH (dirs.) *El reglamento (UE) 650/2012: Su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Madrid [et al.], Marcial Pons, 2016, pp. 17-54.

⁴¹ Al mismo en esta materia me he referido en Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «Los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104: materias excluidas y adaptación de los derechos reales», en Ángel SERRANO DE NICOLÁS (coord.), *Los Reglamentos EU 2016/1103 y 2016/1104, de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas*, Madrid [et al.], Marcial Pons, 2020, pp. 73-102.

art. 1611,3 CC); de la misma forma que han desaparecido, incluso en la práctica, *los censos consignativo y reservativo*⁴²; y, por otra parte, al menos en Cataluña y Baleares (art. 57 CDCB, o Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del Derecho civil de las Islas Baleares, no se da *el rechazo del censo enfitéutico* (lo que sucedió, en la legislación civil en general, como consecuencia de la Revolución Francesa), pues está regulado positivamente —y sucesivamente modificado en Cataluña, aunque tenga muy escasa aplicación práctica, salvo para redenciones y cobros de laudemios— para acentuar su carácter de derecho real en cosa ajena y, por tanto, queda superada su concepción como *dominio dividido* (dueño directo y dueño útil o enfitauta); como también está superada la concepción del usufructo como *pars domini*⁴³; de otro lado se contemplan y tienen aplicación práctica, singularmente en el ámbito de la propiedad horizontal, los derechos de vuelo y los sobreedificación o subedificación, los tres tienen cuota sobre el suelo, frente al derecho de superficie, que aparece como una propiedad separada sobre lo que ya existe o lo que levantará al ejercitarse.

C.) *La CE'78 reconoce la propiedad privada y su función social.* Aunque sea de aplicación general a todos nuestros Derechos civiles el cumplimiento de la función social, a la que ya me he referido *supra*; matizar, no obstante, nuevamente que por su reconocimiento constitucional, art. 33 CE'78 debe aplicarse con preferencia —por su rango normativo a cualquier regulación concreta en norma de rango inferior, como son las distintas legislaciones civiles autonómicas; dicho esto, lo cierto es que solo el CCCat, art. 541-2, pues no sucede lo mismo con el otro código, o sea, el CDFA, reconoce el sometimiento al cumplimiento de dicha función social, cuya única posible interpretación es la que deriva del texto constitucional por su jerarquía normativa; también reconoce el art. 33 CE'78 la propiedad privada, pero no como régimen jurídico frente a los derechos reales limitados, sino *como forma de apropiación de la riqueza*, al igual que ello también se deriva del art. 128 CE'78.

⁴² *Vid.*, no obstante, para el censo reservativo (o *establiment*, que se configura, según su doctrina, como carga real y no como división del dominio), junto con el enfitéutico, los alodios y, previamente estudia el derecho *d'estatge* (según su art. 54 CDCB es «derecho personalísimo e intransmisible de habitar gratuitamente en la casa»), las Lecciones 8-El derecho *d'estatge* y 9-Los censos y alodios, por Francesca LLODRÀ GRIMALT, «III. Los Derechos reales», en M^a Pilar FERRER VANRELL (coord.), *Lecciones de Derecho Civil Balear*, Palma (Illes Balears), Universitat de les Illes Balears, 2001, pp. 97-107; y para el consignativo, Francisco SALINAS QUIJADA, *Compendio de Derecho civil navarro*, Pamplona, Gobierno de Navarra, 1991, p. 95, y Leyes 542-544 derogadas, que con la reforma que entra en vigor a 16 de octubre de 2019, regulan, en parte, el censo vitalicio, Leyes 541-544.

⁴³ No lo veía entonces así Ramón María ROCA SASTRE, «La concepción del usufructo como "pars domini" y sus reflejos en la legislación del impuesto de derechos reales», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 72, 1942, pp. 575-587.

En el ámbito positivo ordinario la función social, a la que el CCCat le dedica un art. 541-2 CCCat, también puede tener un sentido positivo —de manifiestamente mejorable— y un sentido o enfoque negativo, este último impide no hacer o descuidar gravemente los bienes raíces, sean rústicos o incluso urbanos, con su evidente influencia en el ámbito de la vivienda, sea en propiedad o arrendamiento.

V. FOMENTO DE LA PROPIEDAD INDIVIDUAL: CIERRE DE FINCAS VS. COMUNIDAD GERMÁNICA Y RELACIONES DE VECINDAD

Junto a las características que ya se han señalado de la propiedad ahora cabe resaltar algunas relacionadas con *la supresión de ciertas limitaciones al goce individual* (por lo que de forma limitada —pues se dejan subsistentes ciertos goces ancestrales— se permite el cerramiento de las fincas), junto al *reconocimiento expreso de la posible existencia de comunidades germánicas*, así se dan las siguientes situaciones en nuestros distintos Derechos civiles, o sea:

A) Fomento y preeminencia de la propiedad individual (o condominio) libre de gravámenes frente a la propiedad comunal, con respeto de costumbres propias de cada territorio, por ello se establece:

1.º) Cerramiento de fincas para su explotación y uso individual, aunque subsisten ciertos bienes comunales (infra). Se contempla de la siguiente forma:

a) En el FNN, para el cerramiento de fincas, Ley 348, dice que: «Todo propietario tiene derecho a cercar sus fincas, pero deberá respetar el ejercicio de los derechos reales que existan sobre ellas. // Se entenderá por finca cerrada la cercada por tapia o pared, alambrada, seto vivo o seto con palos, o de cualquier otro modo, dejando puerta, “langa”, “keleta” o “kereta”, conforme al uso o costumbre del lugar». Y, además, para los pastos, la Ley 402 precisa que: «El propietario de una finca gravada con servidumbre de pastos podrá cerrarla, pero para el acceso del ganado de la finca dominante deberá dejar paso, “langa”, “keleta” o “kereta”».

b) En la LDCV, art. 15, también se admite el cierre de las fincas, preservando el derecho de paso -de carácter no lucrativo y sin vehículo- y respetando los cultivos. Por otra parte, art. 16, a las cofradías, hermandades o mutualidades no las considera formas de comunidad sino de sociedad civil, que inscritas tendrán personalidad jurídica⁴⁴, lo que no excluye que no inscritas carezcan de ella.

⁴⁴ Se destaca esta atribución de personalidad jurídica por Gontzal AIZPURUA ONDARO, “sub Artículos 12 a 16», en Andrés M. URRUTIA BADIOLA (dir./coord.), *La Ley 5/2015, de 25 de*

2.º) *Comunidad solidaria y comunidad germánica, e incluso bienes comunales*. Se dan los siguientes supuestos:

a) *En el FNN*, se contempla la comunidad germánica (Ley 377), exista *por costumbre* o establecida por voluntad de los constituyentes y será indivisible cuando comprenda al común de los vecinos, en otro caso, para su división requerirá el acuerdo unánime de todos los comuneros. Además, se admite *la comunidad solidaria* (Ley 378), tanto *en la propiedad* como en cualquier derecho real, y será solidaria cuando se disponga *en el título de su constitución*.

Se contempla la «corraliza» como un derecho de aprovechamiento parcial sobre la finca ajena, consistente la *comunidad indivisible* constituida por la concurrencia de diversos titulares dominicales, con atribución, a uno o a varios, de los aprovechamientos especiales de pastos, hierbas, aguas, leñas, siembras u otros similares. Estos derechos especiales son transmisibles «inter vivos» o «mortis causa». Igualmente, se contemplan las «facerías», «helechales», «dominio concellar» y «vecindades foranas» (la participación en el disfrute de *los bienes comunales*, concedida por los entes locales, que, además, *en lo sucesivo no podrán constituirse «vecindades foranas»*)⁴⁵.

b) *En la LDCG*, se contemplan *los montes vecinales en mano común*, como supuesto típico de comunidad germánica, con treinta años para reclamar la condición de comunero- y dice: «en régimen de comunidad sin asignación de cuotas por los miembros de las mismas»,

junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial, Madrid, Dykinson-Academia Vasca de Derecho, 2016, pp. 43-44, frente a la discusión en el CC; no obstante, la encuentro verdaderamente sin fundamento dicha discusión en el CC, para lo que me permito remitirme a Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «La personalidad jurídica de la sociedad civil: su posible antecedente en el Código civil argentino», en VICENTE CUNAT EDO, et al. (dirs.) *Estudios de Derecho Mercantil. Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 701-725, salvo que no se le quiera dar relevancia a los antecedentes históricos y al debate parlamentario de la 2.ª ed. CC, entre GAMAZO y AZCÁRATE, pues la sociedad civil en el CC siempre ha tenido personalidad jurídica, arts. 35 y 36 CC en relación con el art. 1669 CC, que no le da dicha personalidad interpretándose *a contrario*, sino que se limita a excluir las que no lo quieren ser manteniéndose en secreto.

⁴⁵ Para un mejor y más extenso conocimiento cabe acudir a SALINAS QUIJADA, *op. cit.*, pp. 30-37, con estudio singular de las «corralizas», a las que se refiere la SSTs de 18 de noviembre de 1974 y 7 de marzo de 1981 (de la que resulta que existiendo título queda excluida la aplicación de usos o costumbres contrarias, siendo hoy incluso susceptibles de extinción); *facerías y helechales* (SSTs de 14 de diciembre de 1979, 16 de febrero de 1979, 24 de abril de 1978, 31 de octubre de 1978 y 14 de marzo de 1977, de las que dice que califican «la figura del helechal como un aprovechamiento de helechos de terrenos comunales transmitido a través de los años por las diversas sucesiones familiares, es decir, aprovechamiento de las producciones espontáneas del helecho en monte comunal»; «dominio concellar»; objeto de las SSTs de 20 de enero de 1966 y 7 de octubre de 1965); y, finalmente, la *vecindad forana*, que fue privilegio de la nobleza, pero que como señala, recogiendo la STS de 30 de junio de 1898, precisa que, actualmente, «debían considerarse aplicables a todos los que por cualquier título adquirieran o hubieran adquirido la vecindad forana».

art. 14. Pero, por otra parte, configura *los montes abertales* como *comunidad proindiviso*, con reconocimiento de la costumbre y lo inmemorial. Y remisión al art. 393 CC. Está, también, *la comunidad en materia de aguas*, y de nuevo prima la costumbre. Contemplada como *comunidad vecinal*, regida según los *usos y costumbres de la comunidad*, y sin perjuicio de los aprovechamientos existentes. Considerándose inmemoriales y acreditativos con acta de presencia inscribible. Y, finalmente, son *muiños de herdeiros* los de *propiedad común indivisible* [por su funcionalidad, pero como condominio con cuota, eso sí indivisible, como serían los garajes] dedicados a moler granos para consumo familiar y alimentación del ganado de sus copropietarios, cualquiera que sea su origen y estado de conservación⁴⁶.

c) *En el CDFa*, se contempla tanto *la comunidad en mano común* (art. 585) como *la proindiviso de pastos* (comunidades de pastos y ademproios, artículos del 537 al 587)⁴⁷, que se regirán por el título y *por la costumbre local o general*. De no resultar de ellos otra cosa, cada titular podrá ejercitar su aprovechamiento en toda la extensión que consienta el disfrute correspondiente a los demás titulares.

B) *Relaciones de vecindad y otras limitaciones a la propiedad*. Se regula de la siguiente forma:

1.º) *En el FNN*, los *árboles* —Ley 367— los trata como un supuesto de limitaciones a la propiedad, pudiendo cortar las raíces, pero no las ramas. Además, como distinción conceptual, Ley 394, no son servidumbres: «1. *Las limitaciones legales por razón de vecindad*». Junto a admitir la usucapión, pero merece destacarse en luces y vistas. *Las servidumbres de luces y vistas*, Ley 403, «*dan a su titular el derecho de mantener en su pared huecos que le permitan recibir luz por la finca sirviente o el de proyectar la mirada sobre él. Estas servidumbres impiden al dueño de la finca sirviente la construcción a distancia menor de tres metros de la pared o del voladizo, en cuanto reduzca o dificulte las luces o las vistas*».

2.º) *En el CDFa*, se recuerda que la Observancia 6.^a, *De aqua pluviali arcenda*, y la *costumbre* sirvieron de fundamento a la Compilación para construir *un sistema de relaciones de vecindad*. Unido a que

⁴⁶ Para toda esta materia de la *veciña* y los bienes comunales, los montes vecinales en mano común, los montes abertales, de varas, de voces o de fabeo, así como la comunidad en materia de aguas, la *agra o vilar*, la *serventía* y los *muiños de herdeiros*, me remito a José Manuel BUSTO LAGO (dir.[y autor de lo que aquí interesa]) y Natalia ÁLVAREZ LATA y Fernando PEÑA LÓPEZ, *Curso de Derecho civil de Galicia*, Barcelona, Atelier, 2015, pp. 225-288.

⁴⁷ Para esta materia, en general, cabe acudir a José Luis ARGUDO PÉREZ, «*sub* Artículo 585-587», en Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (dir.), *Comentario al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, Dykinson, pp. 780-783, con cita, en esta última, para las comunidades en mano común, de las SSTs de 22 de enero de 1953, 8 de abril de 1965 y 29 de octubre de 1993.

la *tolerancia* no constituye, para el que se beneficia, ningún derecho subjetivo ni propicia su adquisición.

Como cuestiones más concretas debe decirse que *las relaciones de vecindad* (que no se extinguen por prescripción) es lo primero que se regula en su Libro IV, junto, como indica su Preámbulo, «las servidumbres, con particular atención a la de luces y vistas e inclusión de las servidumbres y comunidades de pastos y ademprios (artículos del 537 al 587)».

En *la servidumbre de luces y vistas*: Se subraya el derecho del propietario sobre cuyo fundo recaen las luces o las vistas a *edificar o construir sin sujeción a distancia alguna y como estime conveniente*. Estas luces y vistas no son un derecho de quien las disfruta ni una limitación para la propiedad vecina, cuyo titular podrá ejercitar todas las facultades dominicales como estime conveniente, *con los límites genéricos del abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo*. Solo los voladizos que caigan sobre fundo ajeno y, además, reúnan las características determinadas en el artículo 548, son signo aparente de servidumbre de luces y vistas. Dentro del carácter no imperativo de las distancias, se precisa, igualmente, que pueden abrirse huecos para luces y vistas *sin sujeción a dimensiones determinadas*. Unido a que, conforme al art. 550, «1. La facultad de abrir huecos para luces y vistas concedida en los artículos anteriores no limita, altera ni modifica el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna y como estime conveniente». Debe destacarse, singularmente, respecto de las distancias que: «2. También podrá, sin necesidad de edificar o construir, obstaculizar o limitar las vistas a espacios utilizados para su vida familiar o personal»⁴⁸.

Finalmente, con remisión a la costumbre local o comarcal, a falta de título constitutivo, se regula de *alera foral de pastos entre términos contiguos*; y, también, los *ademprios* (art. 585), o tradicionales derechos de pastos, leñas y demás ademprios que constituyan derechos reales de aprovechamiento parcial, y en los que se estará al título, posesión inmemorial o la costumbre.

⁴⁸ Destaca ARGUDO PÉRIZ, «sub art. 550», *op. loc. cit.*, p. 746, que: «A la finalidad de conservación íntegra de la facultad edificatoria, que diferencia relaciones de vecindad de servidumbres (art. 576), se superpone la protección de la privacidad contemplada en el art. 550.2 [...], que es una aplicación en relaciones vecinales prediales del art. 18 CE sobre protección de la privacidad e intimidad, tal como indica la STSJA 23 Ene. 2008, que subraya la doctrina constitucional sobre vinculación de los derechos fundamentales también a los particulares en sus relaciones de derecho privado», recordando, además, que la relaciones de vecindad aragonesas se fundan «en una amplia y mutua tolerancia vecinal [...] que exige] tomar medidas correctoras para rebajar y reconducir las inmisiones a los límites de la razonabilidad y la normal tolerancia (SAPZ 19 Nov. 2004)», valga la amplia cita para justificar cómo cada vez más el derecho civil se «fundamentaliza», en el sentido de tenerse que aplicar conforme a los derechos fundamentales y demás tratados o convenciones internacionales al efecto.

3.º) *La LDCG*, habla expresamente de *relaciones de vecindad*, art. 75, y comienza regulando con nombre propios *presunciones de pertenencia* de paredes al predio superior, zanjas, etc. La *serventía* —arts. 76 a 8— es el paso o camino privado de titularidad común y sin asignación de cuotas, no cabe acción de división y también establece presunciones de titularidad sobre el terreno ocupado.

C) *Regulación explícita de determinados derechos reales de goce, singularmente los que pudieran vincularse con figuras censatarias*. No procede contemplar los clásicos derechos reales limitados de goce (usufructo, uso, habitación, superficie, etc.), pues salvo en las figuras censatarias, en todos nuestros Derechos civiles, por regir el *numerus apertus* pueden conseguirse muy similares efectos; no obstante, sí debe indicarse que unos lo son más ampliamente regulados que otros, así los regula íntegramente el CCCat y, prácticamente también, el FNN.

El FNN contempla el usufructo, habitación, uso y otros derechos similares, los tres primeros no presentan singularidades absolutamente novedosas, salvo que la Ley 408 lo hace con exclusión expresa de la facultad de disponer⁴⁹. Regula, igualmente, como *excepción* a la regla de accesión al suelo, *los derechos de superficie* (lo construido será una propiedad separada, *vid.* STS de 1 de febrero de 1979); *de sobreedificación o subedificación* (sí se adquiere cuota en el suelo, pues se integran en el edificio); *de propiedad horizontal y de plantación*. Y, muy singularmente, frente al principio de determinación dispone que: «Son inscribibles en el Registro de la Propiedad, *aunque no se determinen los elementos accidentales*, como plazo de iniciación o terminación, características, presupuestos, mejoras, usos, explotación, destino o conservación de la obra a realizar», Ley 428. Tres FNN. Los separa de lo censatario y, por ello, dice que *no son redimibles contra la voluntad de su titular*. Y, además, *caso de enajenación de estos derechos o de la propiedad, no habrá lugar al tanteo y retracto*. Y en lugar de consolidación habla, Ley 429, de: «Confusión. Si se reunieran en un mismo titular la propiedad del suelo y uno de estos derechos especiales sobre el mismo, *los derechos reales que afecten a una y otros continuarán gravándolos separadamente*».

VI. DERECHOS REALES LIMITADOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE, DE ORIGEN LEGAL

Dentro de los derechos reales limitados de adquisición deben distinguirse los convencionales, que pueden, por pacto y en aplicación de la regla del *numerus apertus*, darse en cualquier territorio, y distinto

⁴⁹ Precisa SALINAS QUIJADA, *op. cit.*, pp. 39-40, que también sería admisible la facultad de disposición conforme a la STS de 9 de octubre de 1986, contemplado en la Ley 152.

serán los tanteos y retractos de origen legal, así conviene distinguir, dentro de las legislaciones que le han dado mayor regulación o tienen un más claro origen histórico, los siguientes supuestos:

1.º *El FNN*, Ley 445, precisa —dentro de la sempiterna discusión de si son dos derechos el tanteo y retracto o, si, sin embargo, son las dos caras de un mismo derecho que el derecho de retracto presupone siempre el derecho de tanteo, y, en los que es la prelación entre los retractos, precisa que —Ley 446— en orden a la «*Prelación. Los retractos legales gratuitos, de “vecindad forana”, “corralizas” o “helechales” y el gentilicio, por este orden, tienen prioridad respecto a los de comuneros, colindantes, arrendatarios, enfiteutas y a cualesquiera otros derechos de adquisición preferente de carácter civil o administrativo, los cuales, a su vez, tendrán la preferencia entre ellos que establezca la legislación que resulte de aplicación. // En defecto de la preferencia específica establecida para cada tipo de retracto, cuando concurren varios titulares que pretendan ejercitar un derecho de la misma naturaleza, todos ellos podrán ejercitarlo en proporción a su participación en la cosa común. // En todo caso, los retractos legales prevalecen sobre los derechos convencionales de opción, tanteo y retracto*».

Los retractos legales —Ley 445 y ss.— son el gentilicio, gratuito, de comuneros, de coherederos, enfiteútico, de colindantes y arrendatario, junto a contemplarse la opción, tanteo y retractos convencionales⁵⁰.

Para los *DAP* voluntarios, precisar que el *derecho de opción* (durará diez años si es real, Ley 461), y que el *tanteo y retracto voluntario* tendrán carácter real cuando así se establezca.

2.º *La LDCG* contempla el *retracto de comuneros* en los *muñños*. Y, además, el *retracto de graciosa* (con carácter sustantivo y no procesal)⁵¹, conforme al que, en todos los casos de ejecución patrimonial sobre bienes que formen parte de una explotación agraria, *el deudor ejecutado*, que tuviera la condición de profesional de la agricultura, podrá retraer los bienes adjudicados en el plazo de treinta días hábiles a partir de la fecha de notificación de la adjudicación.

3.º *El CDEA* contempla el *derecho de abolorio o de la saca*, arts. 588-598, para ejercitarse el bien debe llevar dos generaciones en la familia, caduca a los dos años de la enajenación y durante cinco no puede venderse salvo venir a peor fortuna, unido a que puede renunciarse incluso sin previsión de una concreta venta futura, sino de

⁵⁰ Me remito, de nuevo, a SALINAS QUIJADA, *op. cit.*, pp. 54-60.

⁵¹ Igualmente me remito, para su estudio detenido, a BUSTO LAGO, *op. loc. cit.*, pp. 359-364, con cita de la STSJ Galicia de 22 de febrero de 2000 y la normativa especial que también puede influir.

forma genérica⁵²; es un *derecho de adquisición preferente, ejercitable como tanteo y, subsidiariamente, como retracto*, que la ley concede a determinados parientes de quien pretenda enajenar o enajene bienes de abolorio a quien no sea pariente dentro del cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes. *Es preferente a cualquiera, salvo el de comuneros y los establecidos a favor de entes públicos*, art. 598.

En el resto de legislaciones forales conviene destacar, aunque en algún caso no sean estrictamente retractos legales, *la saca foral vasca*⁵³, art. 83; y en *el CCCat*, conviene destacar que, conforme al principio de libertad civil, su Preámbulo dice que se opta por «*la limitación de los derechos de tanteo y retracto legales a los casos indispensables y en el establecimiento de una regulación de los derechos reales limitados que casi siempre es subsidiaria del pacto entre las partes*»; en todo caso, y por lo que aquí nos ocupa, igualmente dice, su Preámbulo que el «*título VI, el más extenso del libro con mucha diferencia, regula los derechos reales limitados de usufructo, uso y habitación; de aprovechamiento parcial, superficie, censo enfitéutico y vitalicio, servidumbre, vuelo, opción, tanteo y retracto, incluidos los retractos legales* [observar que conforme al art. 552-4.2 “el tanteo comporta el retracto”] *de colindantes y el gentilicio del Valle de Arán conocido como tornería; los derechos de retención, prenda y anticresis, y, finalmente, algunas especialidades del derecho de hipoteca resultantes de las especificidades del derecho catalán*», no cita el derecho de adquisición preferente del nudo propietario, quizás, más frecuente en la práctica, y contemplado en el art. 561-10 CCCat, susceptible tanto en la transmisión onerosa como gratuita.

VII. DERECHOS REALES LIMITADOS DE GARANTÍA

En los derechos reales de garantía, lo esencial son las formas de garantía típicas, y estas tienen regulación estatal, en lo que es lo fundamental, o sea, su ejecución y las reglas relativas a la concurrencia y prelación de créditos, sin embargo, si se contempla en el FNN las garantías incluso atípicas, pero con las limitaciones que derivan de su ejecución por ser procesal, de su preferencia y prelación por ser estatal, y por ser, en consecuencia, inaplicable el sistema de *numerus apertus*.

El FNN, *Ley 463*, contempla las «*Garantías. El cumplimiento de una obligación, o los efectos de su incumplimiento, podrán asegurarse*

⁵² Conforme a su Preámbulo «*superó el trance de la codificación y quedó plasmado tanto en el Apéndice de 1925 como en la Compilación de 1967. Los inconvenientes que presenta en el tráfico inmobiliario no son suficientes para suprimirlo, pues responde a intereses y concepciones familiares dignos de protección*».

⁵³ Me remito a Ana SEISDEDOS MUIÑO, «Troncalidad y preferencia. La saca foral», en Jacinto GIL RODRÍGUEZ (dir.), *Manual de Derecho Civil Vasco*, Barcelona, Atelier, 2016, pp. 232-241.

con fiducia, arras, prenda, hipoteca, anticresis, derecho de retención, depósito en garantía, pacto de retracto, reserva de dominio, condición resolutoria, prohibición de disponer u otras cualesquiera formas de garantía real o personal».

Más extensa es la regulación catalana, en las figuras típicas, y así se dice claramente en su Preámbulo que *«la regulación de los derechos reales de garantía del capítulo IX se hace siguiendo la Ley 19/2002, aunque se simplifica la normativa concerniente al derecho de retención, e introduciendo la regulación de la hipoteca para supuestos específicos del derecho catalán a los que la legislación hipotecaria no daba hasta ahora la solución adecuada, como es el caso de los bienes sometidos a fideicomisos, de la hipoteca en garantía de pensiones compensatorias derivadas de sentencias de separación o divorcio y de pensiones por alimentos, o de la subrogación en el pago de la pensión periódica o censal en caso de finca hipotecada en garantía de este»*; y, además, refiriéndose a esta materia dice: *“Artículo 569-1. Los derechos reales de garantía. // El presente código regula los derechos reales de garantía siguientes, que pueden constituirse para asegurar el cumplimiento de una obligación principal: a) El derecho de retención. // b) La prenda. // c) La anticresis. // d) La hipoteca»*⁵⁴.

VIII. CONCLUSIONES

Como conclusiones finales puede decirse que los derechos reales siguen teniendo su propia sustantividad dentro del derecho patrimonial, y diferenciados, claramente, de los derechos personales o de crédito, aunque puedan tener más que notas comunes, elementos de coincidencia, por su propio carácter patrimonial, pero no permite aseverar que son una misma cosa, ni tampoco se obtienen ventajas de esa pretendida asimilación, cuando no se da cierta confusión, así el préstamo hipotecario es derecho personal de crédito y accesorio en cuanto a la hipoteca.

Todos los derechos reales en nuestras diversas legislaciones tienen unas notas comunes, pudiéndose entresacar, al menos, una decena, que los permite identificar como tales derechos reales, pero, a la vez, también encuadrar a todos en una misma categoría, cualquiera que sea la legislación civil que los regule, pues todos, salvo excepciones —como puede ser la medianería— tienen una estirpe romana, pero igualmente el tiempo y el mirarse más que en nuestro Derecho histórico en legislaciones foráneas ha hecho nacer ciertas diferencias.

⁵⁴ Nada impide que se utilicen otras instituciones con finalidad de garantía, siempre que se respeten sus límites estructurales, así Pedro DEL POZO CARRASCOSA, «El cens emfitèutic com a dret real de garantia i com a mecanisme de pagament», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 26, 2022, pp. 109-133.

En materia de servidumbres, aunque se intenta ir reduciendo las manifestaciones locales (a veces un tanto costumbristas), y aunque, sin duda, se aplicarán en la práctica y así lo conciben sus practicantes, sin embargo, según evoluciona la agricultura y las técnicas constructivas cada vez se hace más difícil su mantenimiento y, aún, cabe duda de su aplicación diaria, e incluso del conocimiento de su existencia. Y, desde luego, siempre tendrán que interpretarse conforme a la CE'78, que también influye por su protección del medio ambiente.

La propiedad viene marcada constitucional, singularmente en la función social, y ello es insoslayable, pues tan inconstitucional sería no observarla como superarla en la manifestación que le dé en cada momento el Tribunal constitucional.

Lo que son los derechos reales limitados, regulados o no, pueden, prácticamente, por la teoría del *numerus apertus*, conseguirse idénticos efectos en el ámbito de cualquiera de nuestras legislaciones civiles, y sí presentan singularidad típica de cada territorio los retratos legales.

Para concluir las garantías vienen marcadas de forma decisiva por la legislación especial estatal, singularmente, por la legislación hipotecaria y de regulación de la prenda, y sí caben otras garantías que las tradicionales de prenda, hipoteca, retención y anticresis, pero las garantías atípicas tienen un problema insoslayable en lo que sea su convención atípica que se encuentra en las reglas de concurrencia y prelación de créditos y en la legislación hipotecaria.