

# **El libre albedrío en la propiedad inmobiliaria**

**Rafael MATAMOROS MARTÍNEZ**  
Real Centro Universitario  
“Escorial-María Cristina”  
San Lorenzo del Escorial

**Resumen:** Se analiza en el presente trabajo la extensión de los poderes del propietario de bienes inmuebles, limitada por la normativa urbanística y por la incidencia de los derechos reales concedidos a terceros sobre la propia finca.

**Abstract:** This article deals with freehold, restrictions on the owner's rights being imposed by agreement or by act of third parties and/or by operation of town-planning legislation.

**Palabras claves:** Propiedad, Inmuebles, Urbanismo.

**Keywords:** Freehold, Townplanning, Immovables.

## **Sumario:**

### **I. Indicaciones generales sobre el derecho de propiedad.**

- 1.1. *Concepto y objeto.*
- 1.2. *Contenido normal.*

### **II. La propiedad inmobiliaria.**

- 2.1. *El urbanismo.*
- 2.2. *La edificación.*

### **III. La accesión.**

- 3.1. *Significado.*
- 3.2. *La accesión artificial en inmuebles.*

3.3. *La construcción extralimitada.*

**IV. El derecho de superficie.**

- 4.1. *Idea general.*
- 4.2. *Contenido.*
- 4.3. *Dinámica del derecho.*
- 4.4. *La cuestión del subsuelo.*
- 4.5. *En particular, los derechos de sobreelevación y construcción subterránea.*

**V. Las servidumbres.**

- 5.1. *Las relaciones de vecindad entre fundos.*
- 5.2. *Servidumbres prediales y personales.*
- 5.3. *Características de las servidumbres.*
- 5.4. *Clasificación de las servidumbres.*
- 5.5. *Constitución de las servidumbres.*
- 5.6. *Modificación.*
- 5.7. *Extinción.*
- 5.8. *Las servidumbres voluntarias.*
- 5.9. *Las servidumbres legales.*

**VI. Bibliografía.**

## I. Indicaciones generales sobre el derecho de propiedad

### 1.1. *Concepto y objeto*

El artículo 348 del Código Civil (CC) define al derecho de propiedad o dominio como «el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes». No se trata, como de antiguo advierte la doctrina, de que sea el de propiedad «un derecho absoluto e ilimitado que el hombre tiene respecto de las cosas»<sup>1</sup>, sino, como indica Lacruz Berdejo, de un derecho *modalizado* por las leyes de cada momento, sin perjuicio de su contenido esencial, garantizado por el artículo 33 de la Constitución, de «titularidad plena y exclusiva» sobre las cosas<sup>2</sup>.

El dominio recae sobre las cosas apropiables, es decir, las que están dentro del comercio, que, además, sean corporales (muebles o inmuebles) y específicamente determinadas (arts. 333 y 338 CC). No pueden, por lo tanto, ser objeto de propiedad privada:

- Las cosas fuera del comercio.
- Las cosas genéricas, aunque sí cabe celebrar respecto de ellas negocios jurídicos.
- Las cosas complejas o universalidades de cosas.
- Las partes de la cosa.

No sólo las cosas visiblemente corporales pueden ser objeto del derecho de propiedad. Junto a ellas pueden las fuerzas o energías

---

1. VALVERDE, C., “Tratado de Derecho Civil Español”, t. II, 2ª ed., Valladolid, 1920, p. 50. Significa, ya por entonces, este autor que “el derecho de propiedad hoy es relativo y limitado, con limitaciones impuestas por el derecho, el interés público o la voluntad de los particulares”, por lo que “en vez de decir que tiene el carácter de absoluto, diremos .. que tiene un carácter de *general* a los servicios de una cosa, esto es, el derecho no a determinados servicios de ella, sino a todos los servicios que estén libres”.

2. “Elementos de Derecho Civil”, t. III, vol. 1º, 2ª ed., Madrid, 2003, p.249.

naturales susceptibles de utilización económica (e.g., la electricidad).

Aunque el CC se refiere en algunos pasajes a la «propiedad de un derecho» (así, en el art. 392), se trata de una mera licencia del leguaje. Sobre los derechos no se ostenta propiedad, sino titularidad<sup>3</sup>.

## 1.2. *Contenido normal*

El derecho de propiedad confiere a su titular un poder amplio sobre la cosa, que se ejerce a través de una serie de facultades. El artículo 348, citado, CC resume en dos dichas facultades:

### a) *Facultad de goce*

Permite al propietario realizar actos materiales, que recaen sobre la cosa misma y comprende los derechos de

- utilizar la cosa, esto es, determinar su destino,
- percibir los frutos de la cosa, tanto naturales como industriales y civiles (art. 354 CC),
- y poseer la cosa, como diversificación de la facultad de goce; por lo mismo, el propietario que posea la cosa recibe la protección que el CC dispensa a los poseedores (arts. 446 y concordantes).

La facultad de goce comporta el poder de excluir a los terceros, siempre dentro del marco de las relaciones de vecindad –de las que más adelante se hablará–, el respeto a las servidumbres constituidas o que se constituyan en el futuro y las limitaciones que derivan de la función social que cumple la propiedad a tenor del artículo 33.2 de la Constitución.

Es manifestación concreta del poder de exclusión el derecho del dueño a deslindar y cerrar su finca (art. 338 CC).

---

3. Que es «la cualidad jurídica que le confiere a una persona el estar en una relación jurídica, en cuanto determinante de las facultades que por ella se le atribuyen», CASTRO y BRAVO, F. de, «Derecho Civil de España», Parte General, t. I, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid 1949, p. 564.

### b) Facultad de disposición

Consiente al propietario llevar a cabo actos jurídicos, que se refieren, no a la cosa, sino a su propio derecho de dominio. En realidad, la facultad de disposición constituye la nota definitoria de la propiedad, en el sentido de que mientras es posible que un propietario se desprenda de todos o alguno de los derechos en que consiste la facultad de goce, no puede desprenderse de la facultad de disponer de la cosa y seguir siendo propietario. La facultad de disposición se concreta en los poderes de

- enajenar el derecho de propiedad,
- gravarlo,
- y renunciar a él.

Existen limitaciones a la facultad de disposición. Algunas de ellas vienen impuestas por la ley, como la exigencia de plena capacidad de obrar (así, art. 323 CC) o las que tienen su origen en derechos de adquisición preferente de la cosa (tanteo, retracto u opción); otras, en cambio, tienen su causa en negocios jurídicos, *inter vivos* o *mortis causa* (*vid.* art. 785 CC). Conviene tener en cuenta que sólo las prohibiciones lícitas de disponer impuestas por actos a título gratuito (testamento y donación) tienen eficacia real plena y pueden ser inscritas en el Registro de la Propiedad (arts. 26.3 y 27 LH). Las prohibiciones de disponer establecidas en actos a título oneroso no tienen alcance real, y, en caso de infracción, únicamente generan la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, pero no determinan la nulidad de los actos que las contravengan.

Las prohibiciones de disponer impuestas por negocios jurídicos onerosos no pueden ser perpetuas (S TS 19-12-1985). Para que sean válidas es preciso que exista una causa razonable o interés legítimo que las fundamente, pues si la prohibición de disponer no se basara en motivos protegibles sería contraria al espíritu informador de nuestro Derecho, según el cual el dominio se presume libre, salvo que se acredite la limitación (art. 348 CC); por lo mismo, será válida la prohibición de disponer en la que concurra justa causa, pero sobrevenidamente devendrá ineficaz si desaparece la causa o interés legítimo que motivó su imposición, liberando al dominio de la traba impuesta (S AP Málaga 05-02-1996).

## II. LA PROPIEDAD INMOBILIARIA

### 2.1. *El urbanismo*

#### a) La incidencia del régimen urbanístico sobre el derecho de propiedad

El concepto de dominio del artículo 348 CC ha ido sufriendo una progresiva evolución para adaptarse a las circunstancias socioeconómicas de los nuevos tiempos, y ello se hace patente especialmente en relación con los inmuebles. Como ha indicado el Tribunal Supremo, el derecho de propiedad inmobiliario ha adquirido un carácter estatutario, cuyo contenido será, en cada momento, el que derive de la ordenación urbanística (S 14-07-1990).

La Constitución de 1978 sentó las bases de la intervención de los poderes públicos en el contenido del derecho de propiedad sobre los inmuebles, al encomendarles la protección del medio ambiente (art. 45) e imponerles el deber de regular la utilización del suelo de acuerdo con el interés general (art. 48). En este contexto se han venido promulgado sucesivas disposiciones urbanísticas por el Estado y las Comunidades Autónomas, que en materia de urbanismo y medio ambiente gozan de amplias competencias. Aunque nos referiremos exclusivamente a la norma estatal básica –Ley 8/2007, de 28 de mayo, del suelo (LS)–, no debe olvidarse que un estudio en profundidad requiere, ineludiblemente, el conocimiento de la ley autonómica correspondiente, que será más completa y específica.

La LS, que anuncia como uno de sus propósitos el de regular «las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo en todo el territorio estatal» (art. 1), incide, con mayor intensidad que las disposiciones que la precedieron, en el alcance y contenido del derecho de propiedad inmobiliaria <sup>4</sup>.

El ejercicio del derecho de propiedad sobre los inmuebles urbanos queda sometido al régimen urbanístico. Con arreglo al artículo

---

4. Aunque sin llegar a desnaturalizarlo ni alterar su estructura esencial (cfr., en este sentido, LACRUZ BERDEJO, o.c., p. 308).

12 de la LS, todo el suelo se encuentra en una de estas dos situaciones básicas:

1. Suelo rural, que comprende
  - los terrenos que no pueden ser urbanizados por su valor agrícola, ganadero, forestal, ecológico, paisajístico, histórico-artístico, etc., o por otras razones, como los riesgos naturales o tecnológicos;
  - y también los que se encuentran en proceso de urbanización, mientras no se complete éste.
2. Suelo urbanizado, que es el que, edificado o no, cuenta con las dotaciones y servicios requeridos por la legislación urbanística.

Las Comunidades Autónomas y los Municipios ejercen sus competencias urbanísticas a través de los correspondientes instrumentos de ordenación territorial y urbana, que deben definir con precisión el destino del suelo y, cuando sea el caso, la transformación del suelo rural en suelo urbano a través de la urbanización.

#### b) Los conceptos de finca y parcela

Constituye *finca* la unidad de suelo o de edificación que pertenece en exclusiva a un propietario o a varios copropietarios proindiviso; si, conforme a la legislación hipotecaria, abre folio registral, la finca será *finca registral* (art. 17.1.a/ LS). La finca puede estar situada en la rasante del terreno, en el vuelo o en el subsuelo.

La *parcela*, por su parte, es la unidad de suelo, tanto en la rasante como en el vuelo o subsuelo, integrada por una o varias fincas, que tiene atribuida edificabilidad y uso urbanístico, o solo uso urbanístico, independientes (art. 17.1.b/ LS). Constituye un caso especial de parcela la superficie total de los conjuntos de fincas constituidas en régimen de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario (art. 17.3 de la LS).

#### c) Las facultades de los propietarios del suelo

El artículo 8.º de la LS reconoce a los propietarios del suelo las facultades de:

1. Uso, disfrute y explotación, con arreglo al estado, clasificación, características y destino del suelo en cada momento según la legislación aplicable. Estas facultades incluyen las de

- Realizar instalaciones y construcciones que no constituyan edificación, conforme a la naturaleza del suelo y en la medida en que esté expresamente permitido. Esta posibilidad se encuentra muy restringida respecto del suelo rural, salvo en el caso de que los terrenos hayan quedado incluidos en el ámbito de una actuación de urbanización (art. 13 LS).
- Edificar, por sí o a través de terceros, si se trata de una unidad de suelo apta para ello y siempre de acuerdo con los instrumentos de ordenación territorial y urbanística.
- Participar en las actuaciones de urbanización, ya sean de nueva urbanización, ya de reforma o renovación de suelo previamente urbanizado.

2. Disposición, pero:

- Sólo está permitida la división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes cuando cada una de las resultantes reúna las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística (art. 17.2 LS). Tratándose de suelo rural, la parcelación sólo es válida si se lleva a cabo dentro de una actuación de urbanización realizada con arreglo a la normativa urbanística (art. 13.2 LS).
- Para enajenar o conceder el derecho de aprovechamiento exclusivo sobre una porción indivisa pero concreta de una finca, incluso si se vincula a la cualidad de miembro de una asociación o sociedad, se requiere también la adecuación de esa porción a las exigencias urbanísticas (art. 17.2 LS).
- La transmisión de fincas no modifica por sí misma su situación jurídica ni coloca en una posición distinta de la del titular anterior al nuevo titular, que queda subrogado en los derechos y deberes del aquél. A estos efectos, en el título de enajenación deben hacerse constar:
  - la situación urbanística de los terrenos, y
  - los deberes legales y las obligaciones pendientes de cumplir.



La infracción de dichas normas permite al adquirente rescindir el contrato dentro de los cuatro años siguientes, con derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios que hubiere sufrido por esta causa (art. 18 LS).

Todas estas facultades alcanzan también al vuelo y al subsuelo, hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con lo previsto en las leyes y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público (art. 8.2 LS).

*d) Deberes de los propietarios*

Los resume el artículo 9 de la LS en:

1. Dedicar el suelo y los edificios a usos que no sean incompatibles con la ordenación territorial y urbana.
2. Conservarlos en condiciones de idoneidad para el uso correspondiente, seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato legalmente exigibles.
3. Realizar los trabajos de mejora y rehabilitación inherentes al deber de conservación, encaminados a la evitación de riesgos de erosión, incendio, inundación, contaminación, etc.
4. Cuando el propietario ejercite las facultades de realizar instalaciones o construcciones, o de edificar sobre suelo rural, debe:
  - Costear y ejecutar las obras y trabajos de conservación o restauración del suelo y su masa vegetal,
  - Satisfacer las prestaciones patrimoniales que se establezcan, y
  - Costear y, en su caso, ejecutar las infraestructuras de conexión de la instalación, construcción o edificio con las redes generales de servicios, y entregarlas a la Administración.
5. Si ejercita la facultad de participar en la ejecución de actuaciones de urbanización, los deberes legales que le competen se configuran como carga real.

## 2.2. La edificación

No existe, en rigor, *propiedad* sobre el espacio suprayacente al suelo (*vuelo*), porque no es una cosa, sino *poder de utilización* de ese espacio, que corresponde al dueño del suelo. Aunque el artículo 350 CC sólo se refiere a la posibilidad del dueño de la superficie de hacer en ella plantaciones, en realidad el propietario puede:

- ocupar el espacio aéreo suprayacente, por ejemplo, edificando en las condiciones legalmente definidas,
- e impedir a los demás que lo hagan en la medida en que perjudique sus intereses.

Sólo son edificables aquellos terrenos que integren una unidad apta para ello, por reunir las condiciones físicas y jurídicas requeridas legalmente; la edificación debe, además, llevarse a cabo en el tiempo y las condiciones determinadas por la ordenación territorial y urbanística, y de conformidad con la legislación aplicable (art. 6.c/ LS). En todo caso, y en palabras del artículo 7.º2 de la LS, «la previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva».

Por otra parte, en los terrenos aptos para ello es obligatorio edificar dentro del plazo que establezca la normativa aplicable (art. 9.1 LS). El incumplimiento de este deber o del de rehabilitación de los edificios puede traer como consecuencia la expropiación del inmueble o la aplicación del régimen de venta o sustitución forzosa que establece el artículo 31 de la LS.

La construcción debe realizarse con arreglo a lo ordenado en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, cuyo artículo 3.º fija requisitos de funcionalidad, seguridad y habitabilidad. La actividad edificatoria y, en general, los actos de uso del suelo (parcelaciones, modificaciones en la estructura de los edificios, derribo de construcciones, etc.) están sometidos a la obtención de previa licencia municipal.

Para otorgar escrituras de declaración de obra nueva, los notarios están obligados a exigir la aprobación o autorización administrativa y un certificado del técnico competente de que la obra se ajusta al proyecto aprobado o autorizado (art. 19.1 LS).

Puede, también, el propietario desgajar de su dominio el derecho de vuelo y cederlo a un tercero, no sólo como derecho real en cosa ajena, sino también a título de propiedad sobre una finca independiente. Ya se apuntó previamente que la LS permite, en las condiciones y con el alcance que determinen los instrumentos de ordenación urbanística, constituir fincas sobre y bajo el suelo, esto es, en el *vuelo* y en el *subsuelo*. Es, incluso, posible que los instrumentos de ordenación urbanística destinen superficies superpuestas, en la rasante y el subsuelo o el vuelo a la edificación o uso privado y al dominio público, en cuyo caso cabe constituir un complejo inmobiliario compuesto por fincas especiales, con las limitaciones y servidumbres que procedan para la protección del dominio público (arts. 8.2 y 17).

### III. LA ACCESIÓN

#### 3.1. *Significado*

La accesión, en la dimensión que ahora interesa, consiste en la adquisición por el dueño de una cosa, considerada principal, de la propiedad de otra, que se estima accesorio, unida a la principal de modo inseparable, natural o artificialmente <sup>5</sup>.

Las normas sobre accesión se dirigen a resolver un conflicto de intereses, y son de lo más variado. Se hará referencia sólo a aquellas relacionadas con la construcción, en las que se considera cosa principal al suelo y accesorio a lo en él edificado.

La accesión no entra en juego respecto de las obras realizadas por el arrendatario o el usufructuario en la finca que ocupan; en estos supuestos deben aplicarse las reglas específicas de los artículos 1573 y 487 CC, respectivamente (S AP Córdoba 02-03-2006).

---

5. Además de esta accesión *por unión* o *continua*, existe la que la doctrina denomina accesión *discreta*, que consiste en el derecho del propietario de hacer suyos los frutos o producciones de la cosa (vid., por todos, CASTÁN TOBEÑAS, J., "Derecho Civil Español, Común y Foral", t. II, Derecho de cosas, vol. 1º, Los derechos reales en general. El dominio. La posesión, 10ª ed., Madrid, 1971, pp. 242 y ss.).

### 3.2. *La accesión artificial en inmuebles*

Como norma general, lo edificado en predio ajeno y las mejoras o reparaciones hechas en él *pertenecen al dueño del suelo* y se presume que el propietario de la finca ha hecho a su costa todas las obras (arts. 398 y 399 CC). El dueño adquiere la propiedad de la obra en el momento en que los materiales y trabajos quedan incorporados al suelo de forma inseparable (S AP Barcelona 21-03-2005).

El conflicto de intereses surge, por lo tanto, cuando se pruebe que no ha sido el dueño del suelo quien edificó o que no lo hizo a su costa. Los casos posibles son los que siguen:

#### a) *Edificación en suelo ajeno, con materiales propios*

- Si el que edificó lo hizo de buena fe, el dueño del terreno puede optar por (art. 361 CC):
  - hacer suya la edificación, indemnizando al constructor, o bien
  - obligar al constructor a que le compre el terreno.
- Si la edificación se llevó a cabo de mala fe, el constructor perderá lo edificado, sin derecho a indemnización (art. 362 CC). Cuando al dueño del terreno no le interese quedarse con la edificación, podrá exigir la demolición de la obra (art. 363 CC).

Tal sucede, por ejemplo, en el caso de la compañía de gas que, autorizada por el Ayuntamiento para realizar obras de colocación de tuberías conductoras en la vía pública, las instala también en una finca particular sin consentimiento de su propietario (S AP La Rioja 27-09-2005). Existe también mala fe en el arrendatario del terreno que, sin permiso o habilitación contractual para ello, edifica en la finca arrendada (S AP Córdoba 02-12-2004).

- De existir mala fe tanto por parte del dueño del terreno como por parte del constructor, los derechos de uno y otro serán los mismos que si hubieran procedido de buena fe; se considera que hay mala fe en el propietario del terreno «siempre que el hecho se hubiere ejecutado a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse» (art. 364 CC).

No constituye un caso de edificación que pueda dar lugar a la aplicación de las normas sobre accesión el hecho de que el precaris-

ta realice en la vivienda que habita obras de mejora (S AP Las Palmas 17-01-2006).

b) *Edificación en suelo propio, con materiales ajenos*

Si el dueño del terreno obró de buena fe, el propietario de los materiales podrá (art. 360 CC):

- exigir que se le abone el valor de los materiales, o
- retirar los materiales, siempre que pueda hacerlo sin menoscabo de la obra construida.

Cuando el dueño del terreno hubiera procedido de mala fe, corresponden al propietario de los materiales las mismas facultades antes indicadas y, además, tendrá derecho a reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el dueño del terreno (art. 360 CC).

c) *Edificación en suelo ajeno, con materiales ajenos*

En cuanto a la accesión de lo construido y el régimen de reparaciones e indemnizaciones, se estará a lo prevenido en los artículos 361 al 364 CC –que han quedado previamente expuestos–, según sea el caso.

Por lo que hace a la relación entre el dueño de los materiales y el que los usó, se aplicarán las normas pertinentes en materia de obligaciones y contratos.

Debe, además, tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 365 CC en cuanto a la posible responsabilidad subsidiaria del dueño del terreno que haga suya la construcción.

### 3.3. *La construcción extralimitada*

Los casos de construcción extralimitada, donde una parte de lo construido descansa sobre suelo ajeno, no aparecen expresamente regulados en el CC. La solución jurisprudencial es la de aplicar criterios de *accesión invertida*, es decir, atribuir la propiedad tanto de lo construido como del terreno invadido al constructor, que deberá pagar al dueño del solar el valor de la parte ocupada e indemnizarle por los perjuicios causados por la invasión (por todas, SS TS 15-03 2000 y 14-10-2002 y AP Madrid 05-10-2006). Si la ocupación de

una parte de la finca produce el resultado de que el resto no alcanza la superficie mínima para la edificación, el invasor debe comprar toda la parcela al precio de mercado vigente (S AP Almería 17-01-2003).

Para la aplicación de la esta doctrina se exige que:

- El constructor haya obrado de buena fe.
- La invasión del terreno ajeno sea parcial; en caso de invasión total, se estará a lo dispuesto en el artículo 361 CC.
- No existan vínculos específicos el constructor y el dueño del suelo invadido.
- El conjunto de lo edificado sea de mayor valor que la superficie invadida.

La extralimitación puede producirse y apreciarse aunque el constructor cuente con la oportuna licencia urbanística, concedida en expediente en el que no hubiera existido oposición por parte del dueño del terreno, pues las actuaciones urbanísticas se realizan y las licencias de obras se otorgan sin prejuzgar la propiedad o los derechos de terceros (S AP Huelva 17-11-2003). Pero la actuación conforme a las normas urbanísticas que determinan las alineaciones que han de seguir las edificaciones permite considerar que se edificó de buena fe (S AP Burgos 12-02-2003). De igual modo, conviene tener en cuenta que el catastro ni determina propiedades ni se trata de un registro dirigido a reconocer o proteger situaciones jurídico-privadas, sino de un instrumento de la Administración para conocer los datos y titularidad de las fincas a efectos fiscales; por lo mismo, las certificaciones catastrales no prueban la propiedad (S TS 21-03-2006).

Se ha aplicado la doctrina de la construcción extralimitada al levantamiento de un muro que invade la finca contigua, realizado sin que el dueño de ésta hubiere manifestado oposición durante la ejecución de la obra (S AP Murcia 25-11-2005), aunque no siempre un muro merezca la consideración de edificio (S TS 14-10-2002). También se ha aplicado al supuesto en el que el constructor derriba el muro de separación con la finca contigua para comenzar la obra, y después la continúa, invadiendo una porción de dicha finca, manteniendo ambas partes –que ya habían concertado anteriormente otros negocios– conversaciones para convenir el precio por la ocupación, sin llegar finalmente a acuerdo alguno (S AP Santa Cruz de Tenerife 19-11-2004).

No constituye un caso de construcción extralimitada, sino de auténtico despojo el hecho de que el propietario de un edificio sobre el que está concedido a un tercero el derecho de sobreelevación realice una construcción sobre la cubierta del edificio. En tal supuesto, se produce un ataque a la propiedad del vuelo, atribuida a persona distinta (S TS 09-07-1988). La misma solución negativa se ha dado al caso de que uno de los copropietarios, sin consentimiento de los demás, construya sobre la totalidad de la finca común (S AP Álava 19-10-2005).

Tampoco puede resolverse con arreglo a la doctrina de la construcción extralimitada, sino que deberá acudirse para ello a la regulación de las servidumbres, el conflicto derivado de la instalación sin autorización en el subsuelo de una finca ajena de una tubería de saneamiento que conduzca al inmueble propio (S AP Asturias 20-12-2005). La apertura de ventanas sobre un predio ajeno, sin respetar las normas sobre distancias, no puede provocar la aplicación de las reglas de construcción extralimitada ni para adquirir una servidumbre de luces y vistas —que sólo puede adquirirse por alguno de los modos que determina el CC— (S AP Lugo 08-07-2005) ni a fin de compeler al dueño de la finca objeto de la inmisión para que venda a su vecino que abrió las ventanas una porción de terreno suficiente para regularizar las distancias, pues con ello se estaría sancionando con una venta forzosa precisamente a quien cumple la ley y beneficiando al incumplidor (S AP Cantabria 08-07-2005).

#### **IV. EL DERECHO DE SUPERFICIE**

##### *4.1. Idea general*

Según se ha visto, el principio de accesión determina que, como regla general, toda edificación se presume que ha sido realizada por el propietario del suelo y a él pertenece. Ahora bien, el derecho de accesión es una facultad y no una obligación del propietario. Como tal facultad, puede ser objeto de negociación y transmisión: el propietario puede conceder a otra persona el derecho de edificar en su finca y mantener lo edificado durante un determinado período de tiempo. En esto consiste el derecho de superficie.

La regulación del derecho de superficie, antes fragmentaria y de mínimos, se encuentra en los artículos 35 y 36 de la LS, que remiten, en lo no expresamente previsto, a la legislación civil.

#### 4.2. *Contenido*

El derecho de superficie consiste en la facultad que, gratuitamente o a cambio de un canon o precio, se concede a una persona (*superficiario*) para realizar construcciones o edificaciones en una finca ajena y disfrutar de lo edificado como propietario por un plazo determinado. Durante el plazo de vigencia de este derecho, coexisten, en manos distintas, la propiedad del suelo y la propiedad de lo edificado (*propiedad superficiaria*). Transcurrido dicho término, se extingue el derecho de superficie y lo edificado pasa a ser propiedad del dueño del suelo.

La construcción o edificación puede llevarse a cabo:

- Sobre la rasante del suelo ajeno.
- En el vuelo o en el subsuelo.
- Sobre construcciones o edificaciones ya realizadas.
- Sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones.

##### a) *Derechos del superficiario*

Le corresponden los siguientes:

1. El derecho real de utilizar el suelo ajeno para edificar, mantener en él lo edificado y realizar todos los actos necesarios para ejercer la propiedad superficiaria.
2. El de propiedad sobre lo edificado, mientras dure la superficie.
3. El de transmitir su derecho de superficie y gravarlo, con las limitaciones fijadas al constituirlo.

##### b) *Derechos del concedente*

Al concedente, propietario del suelo, corresponden los derechos de:

1. Percibir una contraprestación por el otorgamiento del derecho de superficie si se constituyó a título oneroso. Puede consistir en una cantidad a tanto alzado, un canon periódico, la cesión



de pisos o locales en la nueva construcción o derechos de arrendamiento de unos y otros, o en varias de estas modalidades a la vez.

2. Exigir la extinción del derecho de superficie si el superficiario no edifica dentro del plazo estipulado.
3. Transmitir y gravar su derecho de propiedad sobre el suelo, sin necesidad de consentimiento del superficiario. El subsuelo corresponde al propietario del suelo, salvo que haya sido incluido dentro del derecho de superficie.
4. Reversión a su patrimonio de todo lo edificado, al extinguirse la superficie. En principio, esta reversión lo es sin indemnización al superficiario, aunque cabe pactar normas sobre la liquidación del derecho.

#### 4.3. *Dinámica del derecho*

El derecho de superficie es de constitución registral. El otorgamiento de escritura pública, en la que figure el plazo duración del derecho, y su inscripción en el Registro de la Propiedad son requisitos para la eficacia del derecho. Puede ser *concedente* cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que tenga la capacidad de disponer del inmueble como dueño pleno. Al *superficiario* le basta la capacidad general para obligarse.

La propiedad superficiaria puede configurarse como propiedad horizontal, con separación del terreno correspondiente al propietario, cuando las características de la construcción o edificación lo permitan. En estos casos, el superficiario podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo.

De igual modo, cabe que al constituir el derecho se incluyan cláusulas y pactos relativos a derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo, para los supuestos en que el superficiario transmita a terceros su derecho o las viviendas, locales o elementos privativos de la propiedad horizontal.

La duración máxima del derecho de superficie es de 99 años. Conviene, sin embargo, tener en cuenta que el artículo 1655 CC per-

mite que los gravámenes de naturaleza análoga a los foros –entre los que puede incluirse al derecho de superficie– puedan constituirse tanto por tiempo indefinido como por tiempo limitado.

El derecho de superficie se extingue por las causas siguientes:

1. El transcurso del plazo de su duración, con extinción correlativa de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario.
2. La consolidación de los derechos de propiedad del suelo y de superficie. En este caso, las cargas que recayeran sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente.
3. El incumplimiento del deber de edificar dentro del plazo establecido.

#### 4.4. *La cuestión del subsuelo*

Aunque el artículo 350 CC considera al propietario de la superficie dueño también de «lo que está debajo de ella», con la facultad de hacer «las obras ... y excavaciones que le convengan», la normativa sobre minas, aguas y patrimonio histórico artístico restringe notablemente su derecho, de manera tal que, prácticamente, las posibilidades de actuación en el subsuelo se limitan a:

- efectuar excavaciones ordinarias, para, por ejemplo, poner los cimientos de un edificio o construir un sótano;
- y llevar a cabo otras de mayor envergadura, como las necesarias para construir un aparcamiento subterráneo.

Es dable al propietario desgajar el subsuelo de la superficie, constituyendo y cediendo a terceros, como derecho real en cosa ajena o a calidad de propiedad sobre finca independiente, en la medida en que lo permitan los instrumentos de ordenación urbanística, unidades subterráneas edificables (arts. 8.2 y 17 LS).

#### 4.5. *En particular, los derechos de sobreelevación y construcción subterránea*

El artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario (aprobado por Decreto de 22 de febrero de 1962, con modificaciones posterior-

res) se refiere a dos figuras reales, parecidas al derecho de superficie:

- El derecho de levantar edificaciones sobre un edificio ajeno, aumentando así su número de plantas (*derecho de sobreelevación*); y
- El derecho de construir por debajo del suelo ajeno (*derecho de construcción subterránea*).

Estos dos derechos pueden ser constituidos como derechos de superficie, en los términos anteriormente descritos, pero cabría también plantearlos como derechos reales distintos, vinculados a la transmisión correlativa de una parte de la propiedad sobre el suelo, en cuyo caso se trataría de formas o figuras de propiedad horizontal, con la ventaja de no estar sometidos a los límites temporales de la superficie. En este segundo caso los derechos de sobreelevación y de construcción subterránea, en tanto que reales, podrían ser inscritos en el Registro de la Propiedad.

El derecho de sobreelevación sobre un edificio aún no construido tiene carácter condicional, pues no será eficaz hasta que, erigido efectivamente el edificio, sea posible levantar sobre éste la planta o plantas en que consista la sobreelevación concedida. Pese a todo, es posible llevar al Registro tal derecho, al estar prevista en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria una nota marginal para el caso de cumplirse el hecho condicionalmente (R DGRN 05-02-1986).

## V. LAS SERVIDUMBRES

### 5.1. *Las relaciones de vecindad entre fundos*

Se denomina relaciones de vecindad a las normas que regulan la coexistencia entre los fundos. Se trata de reglas generales y recíprocas –lo que les diferencia de las servidumbres– dirigidas a evitar inseguridad, molestias o perturbaciones a todos los interesados <sup>6</sup>. En su conjunto, las relaciones de vecindad se conectan con la interdic-

---

6. En palabras de O'CALLAGHAN, “la idea central de las relaciones de vecindad es, pues, que un propietario no puede realizar actos de ejercicio material de su derecho de propiedad (facultad de aprovechamiento) que vayan más allá del ejercicio normal del derecho y que causen al vecino molestias o daños” (“Compendio de Derecho Civil”, t. III, Derechos reales e hipotecario, 3ª ed., Madrid, 1997, p. 114).

ción de ejercicio excesivo de los derechos que establece el artículo 7.º del CC.

Vulneran, así, el régimen de vecindad entre fundos:

- La construcción, sin auténtica necesidad, de un muro de gran altura que, por ese factor y lo poco adecuado del material, causa a la finca vecina un riesgo que constituye una limitación antijurídica al libre uso por su dueño del derecho de propiedad sobre ella, con el correlativo deber de rebajar esa altura hasta un punto que elimine el peligro (S AP Toledo 28-11-2005).
- La construcción de un edificio adosado a otro sin instalar una junta de separación entre ambos inmuebles que reúna los requisitos exigidos por las normas técnicas administrativas, con riesgo potencial para el edificio adyacente y el deber de llevar a cabo las actuaciones precisas para implantar la junta o asegurar la separación de los edificios; todo ello, independientemente de las consecuencias que, en el orden administrativo, se deriven de la infracción (S AP Málaga 10-11-2003).

El CC español se muestra poco sistemático y dedica a las relaciones de vecindad algunos artículos dispersos, fundamentalmente al regular las servidumbres.

a) *Distancias*

1. Los elementos o instalaciones peligrosos, nocivos o molestos (tales como pozos, cloacas, depósitos de materias corrosivas, etc.) no pueden construirse cerca de las paredes ajenas o medianeras; la distancia será la señalada por los reglamentos y usos del lugar. Deben, además, realizarse las obras de resguardo que los mismos reglamentos prevean o, en su defecto, adoptarse las precauciones que pericialmente se señalen (arts. 590 y 1908 CC).
2. Los árboles y arbustos han de plantarse a la distancia de la finca vecina que autoricen las ordenanzas o la costumbre del lugar; en su defecto, la distancia será de 2 metros para los árboles altos y de 50 centímetros para los árboles bajos y arbustos (art. 591 CC). Estas distancias se calculan trazando una línea recta ideal desde la línea divisoria de las heredades hasta la base de la cara más próxima del tronco (S AP Madrid 17-07-2000).

3. No se pueden abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones o voladizos sobre la finca vecina a menos de 2 metros de distancia entre la pared y la propiedad contigua. Tampoco se pueden tener vistas de costado u oblicuas sobre la finca vecina si no hay 60 centímetros de distancia (art. 582 CC). De estas normas quedan exceptuados los edificios separados por una vía pública (art. 584 CC).

Es también posible, sin necesidad de respetar las distancias expresadas, emplear material translúcido en las paredes y muros contiguos a otro fundo, ya que en estos supuestos no se está abriendo un hueco (S AP Ávila 02-11-1999).

b) *Ramas y raíces*

Ni las ramas ni las raíces de los árboles y plantas pueden invadir las fincas vecinas; los dueños de éstas tienen derecho a pedir que se corten las ramas y a cortar por sí mismos las raíces que hayan penetrado en sus propiedades (art. 592 CC).

c) *Desagüe de edificios*

Los tejados o cubiertas de los edificios deben construirse de modo tal que las aguas pluviales caigan sobre el propio suelo o sobre la vía pública, pero no sobre las fincas vecinas; las aguas que caigan en suelo propio deben, además, recogerse para que no causen perjuicio a los predios contiguos (art. 586 CC).

d) *Apertura de ventanas en paredes divisorias*

1. Ningún medianero puede abrir ventanas o huecos en la pared medianera sin el consentimiento de los demás medianeros (art. 580 CC).
2. El dueño de una pared no medianera pero contigua a finca ajena puede abrir en ella ventanas o huecos para recibir luces a la altura de las carreras (vigas horizontales para sostener obras) o inmediatos a los techos, de 30 centímetros en cuadro, con reja de hierro o red de alambre. El dueño de la propiedad contigua puede cerrar dichas ventanas o huecos:
  - si adquiere la medianería y no se pacta otra cosa, o
  - edificando en su terreno una pared contigua (art. 581 CC).

e) *Tránsito de materiales e instalación de estructuras*

Los dueños de las fincas deben consentir el paso de materiales y la colocación en ellas de andamios o estructuras cuando sea indispensable para construir o reparar un edificio ajeno, con derecho a ser indemnizados por los perjuicios que se les irroguen (art. 569 CC). El tránsito y la ocupación de la finca que los soporta sólo han de ser tolerados durante el tiempo indispensable. Por otro lado, la posibilidad de empleo de otras técnicas y el peligro para la integridad de la finca en la que deban erigirse los andamios son causas que justifican la denegación del permiso de instalación (S AP Toledo 26-07-2000).

f) *Inmisiones*

El CC se limita a imponer a los propietarios el deber de responder por los daños causados por los humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades (art. 1908.2.º). Sin embargo, en el marco de las relaciones de vecindad deben considerarse de un modo más amplio las inmisiones.

La producción de humos, olores, ruidos, calor, gases, etc., que lleguen a otras fincas como consecuencia de las actividades llevadas a cabo en el propio predio constituye un acto de intromisión, esto es, una intromisión en la esfera jurídica ajena. Los actos de intromisión están prohibidos cuando (S AP Cáceres 19-04-2006):

- Las sustancias o actividades sean nocivas y perturbadoras, y
- Lesionen en grado no tolerable por el hombre medio el disfrute de sus derechos personales.

Para ser ilícita no es preciso que la intromisión comporte inobservancia de las exigencias reglamentarias de las instalaciones (S AP Cuenca 10-05-2000); de hecho, la actividad emprendida y ejercida con la oportuna licencia administrativa y respetando la normativa administrativa en vigor podría ser considerada antijurídica e impedida por los Tribunales del orden civil (S AP Badajoz 25-10-2004). Pero la existencia de límites administrativos (p. ej., en cuanto a la producción de ruidos) es un elemento importante para determinar si pueden reputarse o no tolerables las inmisiones; en términos generales, se consideran intolerables las inmisiones que sobrepasan los máximos fijados por las disposiciones administrativas (S AP Valencia 16-02-2004).

Es ilícita la inmisión que constituya una injerencia en el derecho a la intimidad personal y familiar. Nadie tiene el derecho a impedir el descanso de los demás o la tranquilidad mínima para desarrollar un trabajo intelectual (S AP Granada 10-02-2006).

Tratándose de actividades en principio molestas, como la consistente en la explotación de un bar, quien la desarrolla tiene el deber de observar las prevenciones necesarias para evitar que se transforme en objetivamente perjudicial y dañosa para los vecinos (S AP Burgos 29-11-2001).

## 5.2. *Servidumbres prediales y personales*

La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble ajeno, que faculta al titular del derecho para:

- realizar una inmisión en el fundo gravado que, de no existir la servidumbre, no podría llevar a cabo (por ejemplo, en la servidumbre de paso, pasar por la finca gravada), o
- prohibir al dueño de la finca gravada que lleve a cabo un acto que no excede del uso racional del fundo y que, si no existiera la servidumbre, no podría ser prohibido (así, en la servidumbre de vistas, edificar cubriendo las vistas) <sup>7</sup>.

La clasificación fundamental de las servidumbres es la que distingue entre:

- Servidumbres prediales, que consisten en un gravamen impuesto sobre un inmueble (fundo sirviente) en beneficio de otro (fundo dominante) perteneciente a distinto dueño (art. 530 CC).
- Servidumbres personales, que se establecen en provecho de una o más personas o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada (art. 531 CC).

El CC no proporciona normas sobre el régimen de las servidumbres personales. Por aplicación de su artículo 598 se registrarán por el

---

7. En definitiva, cabe afirmar con CASTÁN que las servidumbres son “participaciones limitadas en el goce o aprovechamiento de la cosa de otro” (Derecho ..”, o.c., t. II, vol. 2º, Los derechos reales restringidos, 11ª ed., Madrid, 1973, p. 92).

modo de su constitución y, en su defecto, por las normas del propio Código que les fueren aplicables. A título de ejemplo, cabe citar como servidumbres personales los derechos de palco o balcón a los que se refieren antiguas sentencias del Tribunal Supremo: el dueño de una casa, al venderla, impone como carga real (servidumbre) sobre el inmueble el derecho a ocupar uno de los balcones para presenciar determinados espectáculos o actos públicos. Es también personal la servidumbre de ocupación de terrenos para romería, constituida a favor de una Hermandad religiosa (S AP Badajoz 03-10-2002).

El estudio de las servidumbres prediales se presenta más complejo, y a éstas se referirá cuanto a continuación se diga.

### 5.3. *Características de las servidumbres*

1. Las servidumbres constituyen un gravamen sobre un inmueble (art. 530 CC). La finca gravada debe estar individualizada y la servidumbre es inherente a ella.
2. El predio dominante y el predio sirviente deben pertenecer a personas distintas (art. 530 CC). La consolidación –reunión de la propiedad de ambos fundos en la misma persona– es causa de extinción de la servidumbre (art. 546.1.º CC).
3. La servidumbre está indisolublemente ligada al fundo (dominante y sirviente), por lo que no cabe constituir sobre la servidumbre relaciones jurídicas que no afecten también al predio (art. 534 CC). Así, por ejemplo, no es dable enajenar la servidumbre y retener la propiedad del fundo dominante, o viceversa; la servidumbre es necesariamente transferida, activa y pasivamente, con el dominio del fundo dominante o sirviente. Como aplicación específica de este principio general, el artículo 108.1.º de la Ley Hipotecaria prohíbe gravar la servidumbre separadamente del predio.
4. La servidumbre debe tener un contenido que preste una utilidad o satisfaga un interés del predio dominante, y ese contenido debe ser posible (art. 530 CC).
5. Las servidumbres son indivisibles; no pueden adquirirse ni perderse parcialmente, y sólo puede ser predio dominante o sirviente la totalidad de una finca (art. 535 CC).



6. La servidumbre perdura hasta que se produzca alguna de las causas de extinción previstas por la ley. Esta permanencia es compatible con la temporalidad si la servidumbre tiene señalado un plazo de duración.

#### 5.4. *Clasificación de las servidumbres*

##### *a) Servidumbres positivas y negativas*

Se llama positiva a la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa, o hacerla por sí mismo, y negativa a la que prohíbe al dueño del predio sirviente que haga algo que le sería lícito sin la servidumbre (art. 533 CC). Lo que caracteriza, pues, a las servidumbres negativas es que en ellas el dueño del fundo sirviente no tiene parte activa ninguna (S TS 12-03-1975).

Una de las pocas aplicaciones prácticas de esta distinción tiene que ver con el momento inicial del plazo para adquirir por usucapión las servidumbres (art. 538 CC):

- En las servidumbres positivas se contará el tiempo de posesión desde el día en que el dueño del predio dominante o el que haya aprovechado la servidumbre hubiera empezado a ejercerla sobre el sirviente.
- En las negativas, desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre.

Respecto de la servidumbre de luces y vistas tiene la jurisprudencia reiteradamente declarado que cuando se materializa a través de huecos o ventanas abiertos en pared propia es negativa, mientras que si unos u otras se han abierto en pared ajena o medianera es positiva (SS TS 25-09-1992 y 01-10-1993, por todas).

##### *b) Servidumbres continuas y discontinuas*

Es continua la servidumbre cuyo uso es o puede ser incesante, sin la intervención de hecho del hombre y discontinua la que se usa intervalos más o menos largos y depende de actos del hombre (art. 532 CC).

Las servidumbres discontinuas no pueden ser adquiridas por usucapión (arts. 537 y 539 CC).

*c) Servidumbres aparentes y no aparentes*

Son aparentes las servidumbres que se anuncian y están continuamente a la vista por signos externos que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas, y no aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia (art. 532 CC). Con todo, la simple apariencia física o la existencia de un signo exterior de servidumbre no implica, sin más, que deba tenerse por acreditada tal servidumbre; será para ello preciso que el signo venga respaldado con el título correspondiente, la prescripción u otro medio apto al efecto (S AP Soria 15-10-2004).

Esta distinción es la que produce más consecuencias prácticas y de mayor importancia:

- En primer término, sólo pueden adquirirse por usucapión las servidumbres aparentes (arts. 537 y 539 CC).
- Por otra parte, la apariencia es el fundamento de la adquisición de servidumbres por destino del propietario a la que se refiere el artículo 541 CC, de la que luego se tratará.
- Finalmente, el principio de fe pública registral se ve, en cierto modo, modificado por el dato de la apariencia de la servidumbre. Aunque el artículo 32 de la Ley Hipotecaria determina que «los títulos de dominio o de otros derechos reales que no estén debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad no perjudicarán a terceros», como ha señalado el Tribunal Supremo no podrá invocarse desconocimiento de la existencia de una servidumbre cuando exista un signo externo que la ponga de manifiesto, aunque no se encuentre inscrita en el Registro (por todas, SS 09-06-1997, 23-03-2001 y 18-11-2003).

En cambio, si la finca vendida está gravada, sin mencionarlo la escritura, con alguna carga o servidumbre no aparente de tal naturaleza que deba presumirse que no la habría adquirido el comprador si la hubiera conocido, podrá pedir la rescisión del contrato a no ser que prefiera la indemnización correspondiente (art. 1483 CC).

### 5.5. Constitución de las servidumbres

Del tenor de los artículos 536 y 537 CC cabe concluir que las servidumbres se constituyen:

#### a) Mediante negocio jurídico

Es ésta la forma típica de adquisición de las servidumbres. Al negocio jurídico de adquisición le llama el CC título.

Si se trata de un negocio jurídico *inter vivos* habrá que tener en cuenta la limitación establecida en el artículo 323 CC, que prohíbe a los menores emancipados «gravar ... bienes inmuebles» y, por lo mismo, imponer sobre tales bienes una servidumbre. No es imprescindible que exista constancia escrita del negocio constitutivo, siempre que pueda inferirse que el acuerdo se produjo de una incontestable realidad de hecho (SS AP Pontevedra 26-02-2003 y AP Guadalajara 30-06-2004).

En cambio, si el negocio es *mortis causa*, como es posible otorgar testamento notarial a partir de los 14 años (art. 663.1.º CC), los menores que tengan cumplida dicha edad podrán constituir servidumbres por testamento abierto o cerrado.

#### b) Por ministerio de la ley

Aunque el artículo 536 CC sugiere que las servidumbres legales son las establecidas por la ley, este planteamiento resulta demasiado simplista. En el capítulo que el Código dedica a las servidumbres legales, se observa:

- Que aparecen supuestos que no lo son de verdadera servidumbre sino que constituyen relaciones de vecindad. Recuérdese que la nota diferenciadora entre las servidumbres y las relaciones de vecindad entre fundos consiste en que en éstas todos los predios se hallan en situación de igualdad, mientras que en las servidumbres es de esencia la desigualdad entre el predio dominante y el predio sirviente.
- Que en los casos en que se trata de verdaderas servidumbres la ley actúa con diferentes grados de intensidad:
  - Algunas veces impone directamente una situación de dependencia o sometimiento, como ocurre en la servidumbre de aguas prevenida en el artículo 552.

- Pero en la mayor parte de los casos la ley no establece directamente la servidumbre, sino que faculta al dueño de un predio para que, cuando se den determinadas circunstancias, pueda exigir su constitución. Más que de servidumbres legales cabría en estos supuestos hablar de servidumbres forzosas; tal sucede con la servidumbre de estribo de presa que contempla el artículo 554.

c) Por usucapión

El artículo 609 CC permite adquirir por usucapión los derechos reales, en general, pero en lo relativo al derecho de servidumbre el campo de acción de la prescripción adquisitiva queda muy limitado. Los artículos 537 y 539 CC sólo permiten que puedan adquirirse por usucapión las servidumbres que sean continuas y aparentes, por ser las únicas que se entienden susceptibles de posesión pública y no interrumpida.

El Tribunal Supremo tiene a este respecto declarado *que la servidumbre de paso es discontinua*, porque se usa a intervalos más o menos largos y depende de actos del hombre. No puede, pues, adquirirse por usucapión.

La posesión de la servidumbre debe prolongarse durante 20 años para que se consume la usucapión (art. 537 CC), sin necesidad de buena fe ni justo título. No se diferencia entre prescripción ordinaria y extraordinaria.

d) Por destino del propietario

Cuando dos fincas de un mismo dueño entre las que exista un signo aparente de servidumbre –pero no una verdadera servidumbre, pues esto es imposible– pasen a pertenecer a distintos propietarios, se considerará dicho signo aparente como título para que la servidumbre quede constituida, a menos que el signo sea destruido o se haga constar lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas (art. 541 CC). De la servidumbre así nacida se dice que ha surgido por destino del propietario.

La misma regla debe entenderse aplicable también al caso de un solo fundo en el que exista un signo aparente de servidumbre y del que se segregue después una porción (S AP Granada 13-06-2000), o que se divida en dos o más, enajenándose al menos una de las nuevas fincas (S AP Santa Cruz de Tenerife 10-09-2004).

Por signo aparente de servidumbre hemos de entender todo dato permanente, instrumental e inequívoco que revele objetivamente el uso de la servidumbre (p.ej., un camino para la servidumbre de paso o un balcón para la de vistas).

### 5.6. *Modificación*

Las mismas fuerzas que originaron la constitución de una servidumbre pueden dar lugar a su modificación. Así, el contenido de la servidumbre variará:

- a) Por voluntad de las partes. Tratándose de una servidumbre voluntaria, esta posibilidad tiene cabida dentro del artículo 594 CC. Si es una servidumbre forzosa, cabe el acuerdo en la medida en que no lo prohíba la ley ni resulte perjuicio de tercero (art. 551. II CC).
- b) Si cambia la manera de ejercitar los actos propios de la servidumbre (art. 547 CC). La posesión no sólo determina que la servidumbre se adquiera, sino también su contenido.
- c) Cuando se altere la situación de hecho que dio origen al nacimiento de la servidumbre. Esta causa de modificación no la menciona el CC, pero se deduce del propio régimen del derecho real de servidumbre.

### 5.7. *Extinción*

Las causas de extinción del derecho real de servidumbre son las siguientes (art. 546 CC):

- a) Reunión en la misma persona de la propiedad del fundo dominante y del fundo sirviente.
- b) No uso de la servidumbre durante 20 años, contados
  - desde el día en que hubiera dejado de usarse al servidumbre discontinua,
  - o desde el momento en que se hubiere realizado un acto contrario a la servidumbre continua.

- c) Llegar los fundos a un estado que haga imposible usar la servidumbre. Con todo, ésta revivirá si los predios tornan antes del transcurso de los 20 años de prescripción a un estado que permita de nuevo ejercitarla.

El simple cambio de calificación de los terrenos, pasando los predios de ser rústicos a urbanos no basta para hacer desaparecer la servidumbre de desagüe, que puede seguir existiendo en compatibilidad con el alcantarillado municipal (S AP Cáceres 19-12-2002).

- d) Si la servidumbre era *temporal* o *condicional*, el cumplimiento del plazo o de la condición resolutoria.
- e) Renuncia del dueño del fundo dominante, con los límites que establece el artículo 6.2 CC.
- f) Redención convenida entre los propietarios de los predios dominante y sirviente.

### 5.8. *Las servidumbres voluntarias*

El número de potenciales servidumbres voluntarias es indefinido. El artículo 594 CC permite a todo propietario de un predio constituir las servidumbres que considere convenientes y del modo y forma que le parezcan, siempre que no contravenga las leyes ni el orden público. Así, pues, cualquier tipo de utilidad que un fundo pueda proporcionar a otro es susceptible de originar la constitución de una servidumbre.

En términos generales, cabe afirmar que el contenido de las servidumbres voluntarias puede consistir en:

- a) La derogación de alguna de las limitaciones legalmente establecidas por razón de la vecindad entre fincas. Es, por ejemplo, dable constituir una servidumbre de vistas que permita tenerlas rectas sobre la finca vecina a menos de dos metros de distancia, superando la prohibición que establece el artículo 582 CC.
- b) La imitación de alguna servidumbre legal típica. Cabría, así, convenir una servidumbre voluntaria de paso a imagen y semejanza de la forzosa que establece el artículo 564 CC.

En cualquier caso, los derechos del fondo dominante y las obligaciones del fondo sirviente vienen determinados (art. 598 CC):

- por el título de constitución,
- por el modo en que hubiere venido ejercitándose la servidumbre, si se adquirió por usucapión,
- y, en lo demás, por lo preceptuado en el CC.

Los medios de prueba de las servidumbres voluntarias son (art. 540 CC):

- El título de constitución de la servidumbre.
- En su defecto, la escritura de reconocimiento del dueño del fondo sirviente.
- La sentencia firme que declare la existencia de la servidumbre.

### 5.9. *Las servidumbres legales*

Configura el CC como servidumbres legales:

- a) Las impuestas directamente por la ley, con fundamento en una situación de utilidad pública. A este tipo de servidumbres se refiere el artículo 550, disponiendo que se regirán por las leyes y reglamentos especiales que las determinen y, de modo supletorio, por el CC. Es el caso de lo prevenido en los artículos 6 y 96 de la Ley de Aguas (texto refundido aprobado por R.D. Legislativo 1/2001, de 20 de julio) que, modificando lo que dispone el artículo 553 CC, establecen en las riberas de los ríos y lagos una zona de policía de 100 metros de anchura y una zona de servidumbre de cinco metros.
- b) Las servidumbres forzosas, que se constituyen por iniciativa de una persona a la que la ley faculta para ello. En estos supuestos, la ley estima que un interés particular es especialmente digno de protección, por lo que sacrifica en su favor otro interés, tan privado como el primero pero que se considera menos merecedor de tutela.

Se trata de verdaderos derechos sobre cosa ajena, que comportan relaciones de predio a predio y se rigen por lo dispuesto en el CC, así como en las leyes y reglamentos de policía urbana o rural.

El CC contempla, en concreto, las siguientes servidumbres forzosas:

1. Las de aguas, que pueden clasificarse así:
  - Servidumbres *de derecho privado*: las de estribo de presa (art. 554), parada o partidor (art. 562) y acueducto (arts. 557 al 561).
  - Servidumbres administrativas: las de saca de aguas y abre-vadero (arts. 555 y 556). Junto a ésta se encuentran, fuera CC, las servidumbres de acueducto, estribo de presa y parada o partidor para usos comunes, recogidas en el artículo 48 de la Ley de Aguas.
2. Las de paso, que comprenden:
  - La establecida a favor del fundo enclavado o prisionero por el artículo 564. Esta situación de enclave se ha interpretado en sentido amplio, entendiéndose que existe también cuando, aun existiendo una salida a camino público, resulta ser peligrosa, dificultosa o insuficiente para las necesidades del predio (S AP Palencia 06-03-1998). También el artículo 567 hace referencia a la situación de prisión de una finca.
  - Y la de paso de ganado a la que se refiere el artículo 570, que debe completarse con lo dispuesto en la Ley 3/1995, de 23 de febrero, de Vías Pecuarias y las correspondientes leyes autonómicas.
3. Las de luces y vistas que, en realidad, se configuran como un límite al derecho de propiedad, en cuanto se refiere a las normas sobre distancias contenidas en los artículos 581 al 584; y como una servidumbre voluntaria en el caso del artículo 585.
4. Y la de desagüe de edificios, que es servidumbre forzosa en el caso del artículo 588. En el supuesto que contempla el artículo 587, en cambio, se trata de una servidumbre voluntaria. La norma del artículo 586, por su parte, es un límite del dominio.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M., «Derecho Civil», t. III, Derecho de Bienes, 10 ed., Madrid 2004.



- CASTÁN TOBEÑAS, J., «Derecho Civil Español, Común y Foral», t. II, Derecho de cosas, vol. 1.º, Los derechos reales en general. El dominio. La posesión, 10 ed., Madrid 1971, y vol. 2.º, Los derechos reales restringidos, 11 ed., Madrid 1973.
- CASTRO Y BRAVO, F. de, «Derecho Civil de España», Parte General, t. I, 2.ª ed., Madrid 1949.
- GOMÁ SALCEDO, J. E., «Instituciones de Derecho Civil Común y Foral», t. I, Parte General y Derechos Reales, Barcelona 2004.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, «Elementos de Derecho Civil», t. III, Derechos Reales, vol. Primero, Posesión y propiedad, 2.ª ed., Madrid 2003; y vol. Segundo, Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad, 2.ª ed., Madrid 2004.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», t. V, Derechos Reales y Derecho Hipotecario, Madrid 2005.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Compendio de Derecho Civil», t. III, Derechos Reales e Hipotecario, 3.ª ed., Madrid 1997.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., «El régimen jurídico del suelo urbano y del nuevo suelo urbanizado», Pamplona 2007.
- REBOLEDO VERELA, A. L., y otros, «Tratado de Servidumbres», Pamplona 2007.
- RODRÍGUEZ OTERO, L., «Cuestiones de Derecho Inmobiliario», Madrid 2005.
- SANTOS BRIZ, J. (dir), «Tratado de Derecho Civil», t. II, Derechos Reales, Barcelona 2003.
- SOSPEDRA NAVAS, F. J., y otros, «Práctica del Registro Civil», Pamplona 2007.
- VALVERDE VALVERDE, C., «Tratado de Derecho Civil Español», t. II, 2.ª ed., Valladolid 1920.