

**LOS DERECHOS REALES DE USO EN LA LEY 5/2006, DE 10
DE MAYO, DEL LIBRO QUINTO DEL CÓDIGO CIVIL
DE CATALUNYA, RELATIVO A LOS DERECHOS REALES**

M^a Rosa Llácer Matacás

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona

RESUMEN:

La ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del código civil de Catalunya, unifica el régimen de los derechos reales en Cataluña, derogando y completando el conjunto de leyes en la materia. Pretende regular de forma completa y autosuficiente el derecho de usufructo, frente a la regulación anterior que se centraba en algunas especialidades. Se regula ex novo el derecho de aprovechamiento, derecho de uso parcial en beneficio de una persona y no de una finca. La nueva ley mejora la sistemática de las servidumbres forzosas y racionaliza los plazos de la extinción por no-uso y de la acción confesoria y su relación con la acción negatoria. La ley perfecciona la regulación anterior del derecho de superficie, aportando elementos de seguridad, así como un amplio margen a la regulación voluntaria.

Palabras clave: Código civil de Cataluña; Derecho de usufructo; Usufructo de participaciones en fondos de inversión e instrumentos de inversión colectiva; Derechos de uso y habitación; Derecho de aprovechamiento parcial; Derecho de superficie; Derecho de servidumbre; Usucapión de servidumbres; Servidumbre de propietario; Acción confesoria

ABSTRACT:

The law 5/2006, of the 10th of May, of the fifth book of the civil code of Catalanian, unifies the regime of the real rights in Catalonia, repealing and completing the ensemble of existing laws. The law intends to regulate the right of usufruct in a complete and self-sufficient way, in front of the previous regulation that was pointed on some specialities. The law regulates ex novo the right of exploitation, a right of partial use for the benefit of a person and not of an estate. The new law improves the systematics of the obligatory servitude and rationalizes the terms of the extinction for not-use and of the confessoria action and its relationship with the negatoria action. The law perfects the previous regulation on surface right, providing the voluntary regulation with elements of security, as well as a wide margin of voluntary regulation.

Keywords: Catalanian Civil Code; Usufruct; Participation in funds of investment and instruments of collective investment; Rights of use and room; Rights of partial exploitation; Surface right; Right of servitude; *Usucapio*; Owner's servitude; *Confessoria* action.

Los derechos reales de uso en la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Catalunya, relativo a los derechos reales

1. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL

La ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del código civil de Catalunya, relativo a los derechos reales se enmarca en el proceso de construcción del Código civil de Catalunya. El ordenamiento catalán cuenta en este momento con tres cuerpos legales más, que cristalizan el trabajo legislativo previo: el Código de familia, el Código de sucesiones por causa de muerte y la Primera ley del Código civil catalán. La voluntad del legislador es agotar la competencia en materia civil, dentro de los márgenes del art. 149.1.8 CE y, en esta línea pretende una regulación propia y con carácter de derecho común, ofreciendo la regulación sustantiva de la que participa la normativa sectorial o más especializada.

Desde la óptica del principio de la libertad civil, la ley 5/2006 refunde y modifica la considerable legislación de naturaleza real surgida del Parlamento catalán desde la recuperación de las competencias civiles. Recoge y mantiene instituciones tradicionales como el usufructo, la servidumbre, los censos o la medianería, junto con otras propias del tráfico actual sobre el suelo, como el derecho de superficie, el derecho de vuelo, el régimen de propiedad horizontal o de goce de la propiedad por turnos. Cabe destacar la unidad conceptual y sistemática del Libro quinto, propia de un ordenamiento autosuficiente, sin perjuicio de la competencia exclusiva reservada constitucionalmente al Estado (que conduce a las pertinentes remisiones a la legislación registral) o de aquellas instituciones en las que se ha optado por regular los supuestos específicos del derecho catalán (derecho de hipoteca). Junto con los derechos reales limitados, la ley 5/2006 ofrece una definición de los bienes y ordena el hecho posesorio, regula las diferentes modos de adquisición y extinción de la propiedad y los derechos reales, las acciones de protección del derecho de propiedad y una clasificación acertada de las restricciones de la propiedad, ordenadas en restricciones legales en interés público y privado y limitaciones voluntarias y las situaciones de comunidad.

Así, se recoge y modifica parcialmente la legislación anterior sobre derechos reales para llegar a un cuerpo omnicompreensivo, con principios inspiradores propios y con una trama que deberá confluir en un Código civil único. Ello afectará a la supletoriedad del Código civil, de acuerdo con las normas de interpretación e integración del Derecho civil catalán (art. 111-2 y 111-5 CCC). En este sentido, las normas generales sobre constitución, extinción y defensa del derecho real y la regulación de los límites y limitaciones del derecho de propiedad se revelan fundamentales para enfocar estas notas sobre los derechos de goce en el nuevo libro quinto del Código civil catalán.

2. EL DERECHO DE USUFRUCTO

2.1. Novedades, implicaciones y transitoriedad

Los capítulos I e II del Título VI suplen las carencias de la ley 13/2000, de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, de uso y habitación, que no pretendió evitar la doble regulación y hacía necesaria la aplicación supletoria del derecho estatal (arts. 467 y ss. CC) una vez agotada la regulación que podían ofrecer el Código

de sucesiones (por ejemplo, arts. 69, 74, 304 y 331) y el Código de familia (cfr arts. 24 a 30). La Exposición de motivos de la ley 13/2000 corroboraba esta circunstancia (“*s’ha optat, de moment, per a establir només una regulació de les especificitats que ha tingut aquesta institució i les que es considera que ha de tenir de futur en el Dret català, amb aplicació supletòria del Codi civil*”)¹.

El Libro quinto introduce el concepto de usufructo (art. 561-2 CCC), completa su régimen (con especificaciones relativas a la duración, dinámica de los frutos, mejoras y gastos) y regula sistemáticamente su extinción, con una visión adecuada al tráfico actual. También introduce una novedad conceptual, el usufructo de propietario, y sistematiza y simplifica algunas modalidades de usufructo (usufructo con facultad de disposición, de dinero y de participaciones en fondos de inversión y otros instrumentos de inversión colectiva).

Se aprecia una voluntad de agilizar la futura aplicación de la ley, con unas normas transitorias interesantes. En efecto, la Disposición transitoria de la ley 13/2000 evitaba la aplicación retroactiva a los derechos de usufructo, uso y habitación constituidos antes de su entrada en vigor. En cambio, la Disposición transitoria 9^a de la ley 5/2006 prevé que el derecho de usufructo (el texto no menciona los de uso y habitación, aunque pueden comprenderse en la expresión dada la subsidiariedad de las normas relativas al usufructo) constituido a título gratuito antes de la entrada en vigor de la ley, se regirá íntegramente por el nuevo Libro a partir de su entrada en vigor (aplicación inmediata pues). En cambio los derechos constituidos a título oneroso antes de esta entrada en vigor se regirán por la legislación anterior si las partes no pactan otra cosa. Vemos cómo la homogeneización del régimen legal aplicable sólo se justifica cuando se aplique a derechos nacidos con anterioridad bajo una negociación onerosa. Con la salvedad de los casos dónde deba determinarse la constitución del derecho de usufructo, se evita la dificultad que intrínseca a los derechos parcialmente cubiertos por el derecho catalán que necesitaban aún de la regulación del Código civil. Un repaso de la jurisprudencia de los últimos seis años ya muestra algunas sentencias que resuelven con base a la ley 13/2000². No obstante, todavía son muchas las que revelan la existencia de lagunas la ley catalana³.

En general, el proyecto inicia la regulación de los derechos reales con una previsión voluntarista explícita del régimen, seguida de una supletoriedad legal e incluso consuetudinaria. Con respecto al usufructo, aclara la supletoriedad del propio Código catalán y de los todavía independientes Códigos de familia y de sucesiones (art. 561-1CCC).

1 El Tribunal Superior de Justicia de Catalunya ha confirmado esta necesidad en el contexto del derecho de habitación: véase STSJ núm. 3/1999, de 4 febrero (RJ 2000\745): “el derecho de habitación puro ha de tenerse por una institución jurídica no regulada y, como tal, supletoriamente reglada por las normas del Código civil” (Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Vidal Andreu).

2 Véase la SAP de Barcelona, de 20 de diciembre de 2005 (ponente: Ilmo. Sr. Viñas Maestre), 2^o FD: “esta Sala, reconsiderando el criterio mantenido hasta ahora, y entendiendo que puede aplicarse el régimen establecido para el usuario en la Llei 13/2000 de 20 de Novembre, de regulació dels drets de usdefruit, d’us i d’habitació, (arts. 7 y 42) debe concluir que corresponde al progenitor copropietario que tiene atribuido el derecho de uso, el pago de los gastos de comunidad ordinarios, a saber, los de conservación, mantenimiento, reparación ordinaria y suministros, mientras que procede imponer el pago por mitad de las reparaciones extraordinarias”.

3 Véanse las SAP de Tarragona núm. 132/2005, de 11 de marzo (JUR 2005\103654), SAP de Barcelona núm. 540/2005, de 10 de octubre (JUR 2006\29650); SAP de Girona núm. 152/2005, de 14 de abril (JUR 2005\123188); SAP de Barcelona núm. 627/2004, de 3 de noviembre (JUR 2005\58028); SAP de Tarragona de 18 de junio de (2004 AC 2004\1399), SAP de Lleida de 10 de abril de 2002.

2.2. El régimen general del usufructo

2.2.1. El concepto de usufructo; algunas cuestiones relevantes

El art. 561-2 CCC quiere mantener el usufructo de inspiración romana, que se presenta como el derecho de usar y disfrutar bienes ajenos, respetando su forma y sustancia, salvo que la ley o el mismo título establezcan otra cosa. No obstante la ley introduce matices tendentes a adaptar la institución a nuevas situaciones, como el usufructo de propietario sobre bienes inmuebles, que elimina parcialmente la característica de la ajenidad (cfr art. 561-2.1, art. 561-16.1.c y art. 532-3.2 CCC), o el alargamiento de la duración del usufructo cuando su titular es una persona jurídica con el objeto de adaptar la temporalidad del mismo a este contexto (cfr art. 561-3.4CCC).

El principio institucional del usufructo continúa siendo el *salva rerum substantia*. La sustancia alude a la identidad de la cosa, mientras que la forma equivale a su estado y características (art. 561-2.1CCC). En cambio, el destino es la manifestación económica o función de la cosa (art. 561-2.3CCC), establecida por el propietario antes de constituir el usufructo, o bien acordada (art. 1255 C.c.) o derivada de la naturaleza de la cosa a otros referentes como la costumbre⁴. A partir de este punto de referencia, el uso debe desarrollarse según las reglas de una buena administración y el usufructuario no puede variar el destino de la cosa (561-3, 561-4 y 8CCC). Pero mientras que la alteración de la sustancia o de la forma debería conllevar una pérdida de identidad o de apariencia y en definitiva la extinción del derecho (no obstante conduce a interpretar la “pérdida total” como una desnaturalización, art. 561-16.1.d y art. 561-17CCC), el cambio de destino representa un incumplimiento indemnizable y un motivo de intervención cautelar más que un motivo de extinción.

El ejercicio del derecho de usufructo, el uso y disfrute de bienes ajenos con derecho de poseerlos y percibir todas sus utilidades, tiene que ejercerse de acuerdo con lo anterior, pues el usufructuario debe devolverlos dentro de plazo. No obstante, el Libro quinto incluye algunas figuras que relativizan la obligación de devolver, como el usufructo con facultad de disposición (art. 561-21CCC) y el usufructo de cosas consumibles o *quasiusufructo* (art. 561-5), que conlleva restituir bienes de la misma cantidad y calidad o, si no es posible, su valor en el momento de la extinción del derecho. También se incorpora el usufructo de cosas deteriorables (art. 561-4CCC; cfr art. 481 CC), cuyo uso determina un deterioro necesario y que, siempre que el uso respete su destino, no generan responsabilidad en el usufructuario, a menos que concurra dolo o culpa de acuerdo con el art. 561-2.3 CCC.

Como toda titularidad real, el usufructo otorga acciones por combatir las perturbaciones posesorias o sustantivas provenientes de terceros e incluso del propio nudo propietario (art. 561-20CCC). Como titularidad jurídica también es transmisible (art. 561-9), generando derecho de adquisición preferente (art. 561-10CCC).

2.2.2. La constitución del usufructo

El art. 561-3.1 CCC mejora la técnica del anterior art. 2.1 LUUH al no limitarse al título voluntario, oneroso o gratuito. El usufructo se puede constituir por cualquier título. Ciertamente, el negocio jurídico constitutivo puede ser *inter vivos*, oneroso o gratuito o *mortis causa*⁵ y su dinámica admite las variantes clásicas (reserva -el propieta-

⁴ Véase MALUQUER DE MOTES, C.J.: *Los conceptos de “sustancia”, “forma” y “destino” de las cosas en el Código civil*, Cuadernos civitas, Madrid, pág. 18, 115 i 79.

⁵ Véase un supuesto de constitución onerosa compleja en la SAP de Tarragona núm. 327/2004, de 29 de julio (JUR 2004\3006009) dónde se constituye un usufructo vitalicio sobre una vivienda a

rio ajena y se reserva el usufructo-, consignación -el propietario mantiene la nuda propiedad- o división). El usufructo se puede constituir a favor de una persona o de una pluralidad, con carácter simultáneo o sucesivo (art. 561-14 y 15CCC) y también cabe configurar su objeto, de forma que recaiga sobre la totalidad o una parte de los bienes de una persona (cfr art. 304 CS), sobre un o más bienes determinados o sobre la totalidad o una parte de sus utilidades (limitación del goce, cfr art. 561-3.1CCC). Pero el art. 561-3.1CCC también comprende el título legal, así el usufructo viudal universal derivado de la sucesión intestada (art. 331 CS). Con respecto a la prescripción, se estará a los nuevos plazos posesorios, en concepto de usufructuario (tres o veinte años, en función de la naturaleza mueble o inmueble del bien objeto del usufructo, art. 531-27CCC). También se hace mención indirecta del pacto modificativo (cfr art. 561-1.1CCC).

Por lo que respecta a las personas jurídicas, en el contexto de una sociedad que acepta con normalidad los patrimonios separados, que relativiza el temor a la vinculación de bienes y dónde las personas jurídicas juegan un papel importante en el desarrollo económico y social, el usufructo deviene un recurso jurídico y económico interesante para sociedades y corporaciones, que deben poder utilizarlo con perspectivas de continuidad y rentabilidad⁶. El límite máximo del usufructo a favor de persona jurídica se sitúa en noventa años frente a los treinta que establece el art. 515 CC y que, en derecho catalán, se reservan como criterio supletorio del pacto.

El Código no prevé explícitamente la constitución unilateral de usufructo, a diferencia de lo que ocurre en sede de servidumbre (art. 566-3.1 CCC). No obstante, establece la eficacia no extintiva de la consolidación en bienes inmuebles (art. 561-16.1.c CCC), pudiendo el nudo propietario conservar la titularidad del usufructo. De ahí, puede plantearse si se ha querido reconocer el usufructo de propietario (así lo indica la exposición de motivos de la ley 5/2006) no sólo en su faceta “no extintiva”, sino también “constitutiva”. Así se defendió, para las servidumbres, bajo la ley 13/1990 y lo confirmó la ley 22/2001. El Código mantiene la ajenidad entre los requisitos del derecho de usufructo (art. 561-2.1 CCC), cosa que no sólo encaja con la limitación de la eficacia extintiva de la consolidación a los bienes muebles, sino también con la falta de previsión del título unilateral.

2.2.3. *El estatuto del usufructuario y del nudo propietario*

El usufructuario tiene derecho a poseer y usar la cosa (art. 561-2.1CCC), a percibir los frutos y utilidades (art. 561.2.2 y 561-6.1CCC) y puede introducir mejoras dentro de los límites de su derecho. En este contexto, el art. 561-6CCC llena la laguna que hacía necesario acudir a los art. 472 CC y correspondientes. El usufructo es disponible por cualquier título salvo que el título lo excluya y la transmisión del derecho genera un derecho de adquisición preferente a favor del nudo propietario (art. 561-9-2 y 561-10CCC)⁷. En cualquier caso, la eficacia de los actos de disposición y la constitución de derechos en favor de terceros se someten al propio plazo del usufructo (cfr art. 13 LAU).

cambio de la propiedad plena de otra vivienda de la adquirente del usufructo y una cantidad de dinero, considerando además que la nuda propiedad de dicha vivienda que se consolidaría con el usufructo de la recurrente al fallecimiento de ésta, momento en el que los constituyentes del usufructo obtendrían el pleno dominio.

6 Para una reflexión la cuestión, véase GRAMUNT FOMBUENA, M.D.: «Reflexions al voltant de la temporalitat dels drets d'usdefruit, ús i habitació en el futur Codi patrimonial. Anàlisi del Projecte de llei de regulació dels drets d'usdefruit, ús i habitació», materiales de las Onzenes Jornades de Dret català a Tossa, celebradas los días 21 y 22 de septiembre de 2000, <http://civil.udg.es/tossa/2000/Textos/c/3/gramunt.htm>

7 Véase RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Comentarios de derecho patrimonial catalán*, Colegio de Registradores, coord.: A. Cumella Gaminde y M. Tormo Santoja, Bosch, Barcelona, 2005, que construye y argumenta su aplicación bajo la ley 13/2000.

El Código ordena las obligaciones del usufructuario en su dinámica habitual. El art. 561-7.1 CCC reúne las obligaciones anteriores a la toma de posesión sobre la cosa: hacer inventario de los bienes citando el nudo propietario y prestar fianza o caución en garantía del cumplimiento de sus obligaciones, con la opción de hacer peritar el estado y valor de los bienes (en relación con el usufructo capitular, cfr art. 25.1 CF y la dispensa de caución ex art. 27 CF). Durante el disfrute y posesión, el usufructuario debe cuidar la cosa usufructuada (ex art. 561-1 y 3CCC), respetando el destino del bien y comportándose con la diligencia de un buen administrador, cosa que incluye notificar los hechos que puedan perjudicar los bienes (art. 561-8.2CCC) y la obligación de asegurarlo en los términos del art. 561-18.1 CCC. El art. 561-8 CCC fija el régimen de la responsabilidad por los daños y faculta al nudo propietario para pedir la intervención judicial de los bienes. Vemos cómo, de forma similar al art. 520 CC, el mal uso o abuso de la cosa usufructuada no se configura como una causa de extinción sino de privación de la facultad de goce, preservando la percepción de los frutos por el usufructuario⁸. El art. 561-8.1CCC no establece la deducción de los gastos, pero al tratarse de inversiones para garantizar la productividad, corresponden al usufructuario (art. 561-12.1CCC). Tras la extinción del derecho, el usufructuario debe devolver la cosa al nudo propietario (art. 561-16-4CCC), sin perjuicio del derecho de retención, de naturaleza real (cfr art. 569-3 CCC), para resarcirse de los anticipos por gastos que correspondieran al propietario (art. 561.16.4CCC). Nótese la diferencia con los art. 502.3 y 522 CC que únicamente legitiman al usufructuario para conservar la posesión y el disfrute a modo de compensación por los créditos impagados⁹.

Las facultades materiales del nudo propietario sobre la cosa, limitadas por la existencia del derecho real, permiten realizar obras y mejoras mientras no afecten la identidad ni la forma, ni perjudiquen el valor del usufructo. El art. 561-9.4 CCC impone al propietario la carga de notificar previamente la realización de construcciones o edificaciones al usufructuario, que puede oponerse si entiende que lesiona sus intereses. En la misma medida también puede realizar actos de trascendencia jurídica, por ejemplo, imponer servidumbres (art. 566-2.2 CCC). La nuda propiedad es disponible, luego su titular puede enajenarla o gravarla, con subsistencia del usufructo anterior e inscrito. Cabe señalar que si previamente recuperara el usufructo sobre un bien inmueble, éste no se extinguiría por consolidación y que la hipoteca no se extendería a la totalidad de la finca, de forma que conservaría esta titularidad separada. En este contexto, la aplicación del art. 161-16.3 CCC se condiciona a la extinción voluntaria del derecho por el usufructuario. Si el usufructo es posterior a la constitución de la hipoteca, el art. 561-13CCC aclara que usufructuario no debe pagar la deuda garantizada (en efecto, no es deudor) pero que, al ejecutarse la garantía, queda afectado por el expediente de liberación de gravámenes (cfr art. 134 LH y art. 561-13-2).

El art. 561-6 CCC determina las relaciones obligacionales entre nudo propietario y usufructuario, en función de las facultades y/o obligaciones de cada cual para contribuir en los gastos sobre el objeto.

El art. 561.6.4 CCC recoge la facultad del usufructuario de mejorar la cosa. Anteriormente, el régimen de mejoras no quedaba enteramente regulado en derecho catalán. Con la salvedad de la facultad de realizarlas, manifestación del contenido del derecho, no se detallaba el resarcimiento ni su régimen en el momento de la extinción del usufructo (cfr arts. 487 in fine y 488 CC). El nudo propietario no tiene que indem-

⁸ Véase CATALÀ ROS, R.: *El abuso del usufructuario: análisis del artículo 520 del Código civil*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1995, pág. 69 y ss.

⁹ Sobre las distintas funciones del derecho de retención en el Código civil y una propuesta de naturaleza real del mismo, véase DEL POZO CARRASCOSA, P.: *El derecho de retener en prenda del depositario*, PPU, Barcelona, 1989, pág. 27-28 y 94 y ss.

nizar las mejoras al usufructuario, pero a éste se le permite retirarlas sin detrimento de la cosa. No se contempla la compensación de los desperfectos de los bienes usufructuados con las mejoras (cfr art. 488 CC)¹⁰ y, para resolver el caso debe procederse a su valoración y reclamación para compensarlos de acuerdo con las normas generales (art. 561-6.4CCC y 561-8CCC y art. 1196 CC).

El art. 7 LUUH no agotaba el régimen de los gastos y contribuciones y era preciso acudir a los arts. 500 a 502 CC para determinar el *modus operandi* de las reparaciones, las facultades de intervención sobre la cosa, el deber de preaviso y las consecuencias obligacionales del gasto. El Código hace recaer sobre el usufructuario los gastos de conservación, mantenimiento, reparación ordinaria y suministro del bien usufructuado, y los tributos y tasas de meritación anual. Los gastos extraordinarios son a cargo del nudo propietario así como las contribuciones especiales que implican una mejora permanente (art. 561-1 y 3CCC). La dinámica conlleva algunos matices respecto del Código civil. Los gastos derivados de reparaciones ordinarias reponen el deterioro causado por el uso normal, mantienen la capacidad productiva y corresponden al usufructuario, perceptor de la utilidad. Si no las hiciera, puede realizarlas el nudo propietario a expensas del usufructuario y previo requerimiento (art. 561-12-2CCC). En cambio, los gastos por reparaciones extraordinarias corresponden al nudo propietario, pues no tienen carácter periódico sino que responden a causas accidentales que puede afectar a la subsistencia de la cosa (no se contempla la obligación del usufructuario de dar aviso si son urgentes, pero entraría dentro de las reglas de una buena administración). El propietario que hace la reparación tiene derecho a ser compensado por el gasto, que aprovecha al usufructuario y a exigirle el interés legal de la cantidad invertida mientras dure el usufructo (art. 561-12.3CCC). El art. 561-12 CCC no faculta al usufructuario en caso de abstención del nudo propietario frente a una reparación extraordinaria, pero el art. 561-16.4 CCC confiere derecho de retención a los antiguos usufructuarios o a sus herederos por razón de los gastos de reparaciones extraordinarias (cfr art. 502.2 CC).

2.3. La extinción del usufructo

La ley 13/2000 no contenía una regulación exhaustiva de las causas de extinción y hacía necesario recurrir parcialmente al art. 513 CC. Sólo contenía alguna referencia en el contexto de la cotitularidad y del usufructo sometido a plazo resolutorio, sin perjuicio de la existencia de otras causas legales de extinción en determinados usufructos (art. 331.3 CS¹¹). El art. 561-16 CCC se remite a las causas generales de extinción de los derechos reales (pérdida del bien, consolidación y renuncia, art. 532.2, 3 y 4), pero acto seguido añade otras o matiza las generales. De hecho el supuesto general de extinción queda en la renuncia, pues el art. 561-16.1.dCCC contempla la pérdida del bien y la consolidación queda restringida al usufructo de bienes muebles¹². La prescripción

10 Véase RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Comentarios de derecho patrimonial catalán*: cit. pág. 160.

11 Véase un supuesto de extinción de usufructo vidual abintestato por nuevo matrimonio en SAP de Girona núm. 464/2002, de 25 de septiembre (JUR 2003\23002).

12 Téngase en cuenta que todo acto de renuncia, dada su trascendencia, debe ser inequívoco: véase la SAP de Lleida núm. 202/2004, de 3 de junio (JUR 2004\241235), FD 3^o: “El hecho de que los actores hayan tenido una actitud tolerante y permisiva respecto de la ocupación de la finca por los demandados no conlleva la extinción del usufructo por la renuncia a que hace referencia el art. 513-4^o del CC (texto aplicable atendiendo a la fecha en que se constituyó el derecho de usufructo), porque para ello “debería ser, como toda renuncia de derechos (art. 6-2 CC) y según reiterada doctrina jurisprudencial (por todas SSTS de 11 y 30-10-01) clara, terminante e inequívoca, bien de forma expresa y contundente, con manifestación indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, o deducida de actos o hechos de los que se deduzca inequívocamente y sin ambigüedad alguna (Sentencias de 5-3, 3-6, 28 y 31-10 y 5-12-91, 14-2-1992, 31-10-1996 y 19-12-1997)” (Ilma. Sra. D. Lucía Jiménez Márquez).

extintiva, aún no siendo causa de extinción del derecho por afectar al ejercicio de la acción, se somete al plazo de diez años (art. 121-20 CCC).

La muerte del usufructuario extingue el derecho, dado el carácter vitalicio del usufructo (art. 561-3.3). No obstante, el usufructo constituido a favor de personas unidas por vínculos familiares o asimilados (cfr art. 561-14.1) sólo se extingue con la muerte del último de ellos, incrementando la participación de los restantes, consecuencia propia de una comunidad germánica¹³. No se descarta la posibilidad de pactar un usufructo por cuotas, cuyo régimen debería presuponerse cuando no existen estos vínculos personales; en este caso, la muerte de cada titular determina una extinción parcial del usufructo por consolidación (cosas muebles) o la participación ex novo del nudo propietario del inmueble (art. 561-16.CCC). La solución también es contradictoria con el art. 304.4 CS que contempla la desaparición de los usufructuarios en virtud de legado universal de usufructo, el cual no contiene especiales requisitos de vínculos familiares¹⁴. Al usufructo sucesivo se aplican las reglas de llamamiento de la sustitución fideicomisaria, es decir los llamamientos se limitan a dos (o a dos generaciones) y el derecho sólo se extingue a la muerte del último llamado (art. 561-15CCC y art. 204 CS).

El Código opta por limitar los efectos extintivos de la consolidación a los bienes muebles, para mantener la dualidad de titularidades mientras perdure el usufructo sobre bienes inmuebles¹⁵. La ley 13/1990 ya había admitido la servidumbre de propietario señalando que no se extinguía por el solo hecho de reunirse las titularidades de la finca dominante y sirviente en una misma persona. Actualmente, la confusión de titularidades sobre el inmueble y el derecho real tampoco conlleva la extinción del usufructo. El propietario, que ejercerá sus facultades sobre la finca a título de tal pues no le hace falta hacerlo a título de usufructuario, mantiene una titularidad formal que le permitirá mantener las facultades de goce en el futuro, salvo que estime conveniente extinguir el derecho unilateralmente y cancelar su inscripción registral.

La pérdida total o desaparición del bien determina la extinción del usufructo sin perjuicio de la subrogación real (arts. 561-18 y 561-19CCC) y si la pérdida es parcial, continúa el derecho en la parte restante (art. 561.17CCC). Si el siniestro afecta un bien asegurado el art. 561-18 CCC fija un régimen de percepción proporcional de la indemnización en función del pago de la prima, salvo que el usufructuario opte por invertir la cantidad, se entiende que entera, en la reconstrucción o sustitución del bien (solución que sería también aplicable a la destrucción parcial de bienes asegurados). A diferencia del art. 518 CC la reconstrucción no queda a la discreción del nudo propietario y se simplifica bastante la cuestión al no articular diferentes soluciones en función de las incidencias en el pago de las primas.

13 Véanse la SAP Girona núm. 91/2004, de 10 de marzo (JUR 2004\120061) y la SAP de Tarragona de 18 de junio de 2004 (AC 2004\1399), que aplica el art. 521 CC: “si bien la Ley 13/2000, de 20 noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación, aprobada por el Parlament de Catalunya, no es aplicable a estos derechos cuando ya estuvieron constituidos a la fecha de su entrada en vigor (Disposición Transitoria), habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 521 del Código civil”. En efecto (FD 3ª): “Cuando un usufructo se adquiere por «traditio» de forma simultánea y sucesiva, se constituye entre los usufructuarios una comunidad que, por sus características, no puede dejar de calificarse como germánica o en mano común. (...) En consecuencia no se produce en este tipo de usufructos la atracción por la propiedad gravada o nuda propiedad, debido al carácter elástico del dominio, a diferencia de ello se produce una incrementación a favor de los sobrevivientes” (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Isidro Rey Huidobro).

14 Véase CASANOVAS MUSSONS, A.: “Els drets d’usdefruit, ús i habitació”, *Manual de Dret civil català* (dir. F. Badosa Coll), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pág. 372..

15 En relación con la necesidad de plantearse la coordinación de la eficacia extintiva de la consolidación, me remito a mi aportación «Entorn a la consolidació en l’ordenament civil català», en *El futur del Dret patrimonial de Catalunya (Materials de les Desenes Jornades de Dret català a Tossa)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pág. 717.

Los arts. 561-16.2 CCC resuelven un caso concreto de aposición de plazo resolutorio al usufructo, referido a la edad de un tercero, y considera que es cierto y vence en el día fijado aunque esta persona muera antes. El caso es distinto del que planteaba el derogado art. 12.2 LUUH que permitía superar la naturaleza vitalicia del usufructo haciendo prevalecer el plazo negocial sobre el carácter vitalicio del usufructo al transmitir el derecho a los herederos o legatarios hasta la llegada del plazo (cosa que no permitía la naturaleza incierta de la condición resolutoria).

Los arts. 561-16.3 CCC protegen los derechos de terceros de la extinción voluntaria del usufructo, que se mantienen hasta que no vence el plazo o se cumple la condición, de forma parecida a la que establece el art. 107.1 LH, de forma que el titular del derecho siempre podría ejecutar una garantía sobre el usufructo, que formalmente se mantendría a este único fin o conllevaría la constitución del usufructo con la ejecución¹⁶. En el contexto de los bienes inmuebles, el efecto no automático de la consolidación ya comprende esta consecuencia a menos que el titular la extinga voluntariamente. En la esfera del usufructo sobre bienes muebles, donde el efecto de la consolidación es automático, se deja su subsistencia a decisión de su titular, a la vez propietario (art. 561-16.1.CCC), el art. 561-16.3 CCC opera cuando el origen de la adquisición es voluntario.

2.4. Los usufructos especiales

El proyecto conserva las modalidades de usufructos especiales que fijaba la ley 13/2000: usufructo con facultad de disposición (art. 561-21 a 24), usufructo de bosques, plantas y árboles (arts. 561-25 a 31) y usufructo de dinero y de participaciones en fondos de inversión y en otros instrumentos de inversión colectiva (arts. 561-32 a 37). Con respecto al usufructo con facultad de disposición, se observa la desaparición del contenido del art. 18 LUUH (limitación de la facultad de disposición del usufructuario universal) que requiere estar a los art. 69 y 245 CS.

El usufructo de dinero recae sobre el bien fungible por excelencia y se configura como un derecho sobre los intereses o rendimientos del capital. Los arts. 561-33.1 CCC permiten articularlo de dos formas: como usufructo de cosa consumible donde el usufructuario adquiere la propiedad del dinero (devolviendo el *tantundem*) si presta garantía suficiente, o bien poniendo el capital a interés (falta una disposición como el anterior art. 26.3 LUUH que requería acordar esta decisión con el nudo propietario; en cualquier caso, para reclamar los intereses devengados, es preciso acreditar los percibidos por el nudo propietario o bien atender a referencias oficiales¹⁷).

¹⁶ Véase ORTEGA PARDO, G. J.: “La hipoteca del usufructo y su extinción”, *RDP*, 1946, pág. 834.

¹⁷ Véase el AAP de Barcelona núm. 191/2004 (Sección 1^a), de 4 octubre (JUR 2004\304525), FD 2^o: “La sentencia de esta Sala de 29 de noviembre de 1996, al condenar al pago de los intereses que el principal haya devengado hasta la fecha “y los que en el futuro produjeran” ampara no solo el derecho al cobro de los intereses que vayan venciendo, mes a mes, sino también aquellos otros que se produzcan por la capitalización de los vencidos y no pagados si, a su vez, han sido utilizados por los herederos. En definitiva, el importe de los intereses vencidos y no pagados genera a su vez, si son invertidos, intereses exigibles (...), debiendo presumirse, al menos, la retribución del capital en parámetros similares a los inicialmente pactados y conforme a las tablas del Instituto Nacional de Estadística sobre Cajas de Ahorro, en operaciones pasivas de entre uno y dos años. Igualmente, probado que los intereses no se han entregado a la usufructuaria, es lógico presumir que han sido capitalizados produciendo a su vez nuevos intereses, que son debidos”. En cuanto a la prestación de intereses para el futuro, indica el FD 3^o: “Ambas partes se conforman con dejar fijado, para el futuro, el tipo de interés que sobre el propio capital se pueda devengar. El capital seguirá siendo el inicial (...) porque las capitalizaciones de intereses se han tenido en cuenta a los solos efectos de la fijación de frutos no entregados pero no suponen aumento del principal heredado, único sobre el que pesa el derecho de usufructo de la actora. Pero si los condenados retienen el pago, responderán de la demora y de la eventual capitalización de los intereses impagados” (Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Pereda Gámez).

La exposición de motivos del proyecto advierte de la modificación legislativa sobre el usufructo de participaciones en fondos de inversión y otros instrumentos de inversión colectiva. Sin perjuicio de la evidente simplificación, la ley pretende adecuar su régimen a la realidad de un mercado oscilante, que tanto puede generar beneficios como pérdidas. La ley 13/2000, que ya previó el usufructo sobre estos bienes habituales en los patrimonios dada creciente la popularización de la inversión¹⁸, distinguía muy claramente entre fondos de reparto y acumulativos. El Código prefiere establecer un régimen general en referencia a los fondos que van generando rendimientos y realizar las adaptaciones necesarias para los fondos acumulativos, que no distribuyen sino que acumulan los rendimientos aumentando el valor de las participaciones¹⁹.

El usufructo sobre un conjunto de participaciones plantea un esfuerzo de traslación de las normas generales, que el Código aborda discriminando la titularidad de las participaciones (y las facultades implícitas en ella) y el rendimiento de las mismas²⁰.

La titularidad de las participaciones corresponde al nudo propietario²¹, mientras que el usufructuario percibe los rendimientos como frutos civiles, constante el usufructo y de forma proporcional al tiempo durante el cual se prolonga su titularidad. El nudo propietario ejerce los derechos del partícipe, pero el art. 561-34.3 CCC concreta su posición en la facultad de exigir el reembolso total o parcial de las inversiones, que consiste en una de las facultades que atribuye el art. 5.3 LIIC²². Corresponde al titular de las participaciones ejercer su derecho de información frente a la sociedad; sin embargo, en la medida en que el usufructuario también tiene interés en estar documentado sobre la evolución del fondo debe de poder acceder a ella y, si no la obtiene de la sociedad, puede solicitarla al nudo propietario que sí está obligado frente a él de acuerdo con el art. 561-36.4 CCC.

No se precisa acerca de los traspasos de inversiones entre fondos (art. 5.3.b LIIC), decisión que corresponde al partícipe o titular de la facultad de disposición (cfr art. 28.2 LIIC). No obstante, ambas decisiones entrañan un riesgo económico que puede comprometer la identidad del objeto del usufructo hasta el punto de disminuirlo. Sin duda el supuesto normal de reembolso o de traspaso se limita a conllevar un cambio de régimen²³

18 Véase DE LA PUENTE ALFARO, F.: *Comentarios de derecho patrimonial catalán*, Colegio de Registradores, coord.: A. Cumella Gaminde y M. Tormo Santoja, Bosch, Barcelona, 2005, pág. 323-325.

19 Las participaciones en instituciones de inversión colectiva son valores negociables (art. 7.1 LIIC) y bienes muebles fructíferos, a los que se aplican los plazos de prescripción correspondientes: véase la SAP de Barcelona núm. 328/2004, de 23 de junio (JUR 2004\203570).

20 Véase ESPINA, D.: “Drets reals catalans amb objecte mercantil. L’usdefruit de participacions en fons d’inversió i la penyor de valors”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2002, pág. 38.

21 Sin perjuicio de las facultades de gestión y representación que, en virtud del régimen propio de la institución, se atribuyen a las sociedades gestoras y depositarias (art. 3.1 Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva –LIIC-). Téngase en cuenta que el Código incide solamente en las relaciones entre nudo propietario –partícipe- y usufructuario y no en las relaciones de éstos con las sociedades gestoras y depositaria (cfr art. 561-36.4 CC).

22 Art. 5.3 LIIC: “La condición de partícipe confiere los derechos reconocidos en esta Ley, en su normativa de desarrollo y en el reglamento de gestión del fondo, y serán, como mínimo, los siguientes: a) Solicitar y obtener el reembolso del valor de sus participaciones. Este derecho se ejercerá sin deducción de comisión o gasto alguno en los supuestos establecidos en el artículo 12.2 de esta Ley; b) Solicitar y obtener el traspaso de sus inversiones entre IIC, en los términos establecidos en el artículo 28 de esta Ley; c) Obtener información completa, veraz, precisa y permanente sobre el fondo, el valor de las participaciones así como la posición del partícipe en el fondo; d) Exigir responsabilidades a la sociedad gestora y al depositario por el incumplimiento de sus obligaciones legales y reglamentarias; e) Acudir al departamento de atención al cliente o al defensor del cliente, así como, en su caso, al Comisionado para la Defensa del Inversor en los términos establecidos en el artículo 48 de esta Ley y en los artículos 22 y siguientes de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas para la Reforma del Sistema Financiero.

23 Véase ESPINA, op. cit., pág. 41.

(usufructo de dinero) o de objeto. Pero en la medida que la capacidad de rendimiento depende de únicamente de la decisión inversora y que la “posesión” del usufructuario queda espiritualizada, creemos que debe matizarse esta decisión propia de la nuda propiedad siempre que comprometa la identidad-valor de las participaciones²⁴. Si tanto el usufructuario como el nudo propietario deben preservar la sustancia del bien, deberían acordar los traspasos, que entrañan un contenido económico y pueden alterar la entidad del bien (art. 561-2.1 y art. 561-9.4CCC), y que el usufructuario podría requerir al nudo propietario para que tome una decisión que evite el perjuicio del bien.

El régimen de gastos propio del usufructo se traduce en el pago de las comisiones: corresponden al usufructuario las derivadas de la gestión del fondo (art. 561-37.2CCC) y al nudo propietario las propias del reembolso y de la adquisición y suscripción (art. 561-37.1 y 3)²⁵.

El usufructuario tiene derecho a los rendimientos positivos generados por el fondo mientras no se extinga (art. 561-34-1CCC), mientras que las minusvalías no le generan obligaciones frente al nudo propietario (art. 561-34-2CCC). En los fondos de reparto el usufructuario hace suyos los rendimientos positivos a medida que se van produciendo. En caso de reembolso anticipado, debe reinvertirse la cantidad según los criterios del art. 561-34-4 CCC o bien se nova el objeto del derecho que se convierte en usufructo de dinero (se limita la posibilidad de reembolso de los fondos garantizados para no disminuir los derechos del usufructuario). En los fondos de carácter acumulativo los rendimientos positivos resultan de la diferencia entre el valor liquidativo de las participaciones en el día en que se solicita el reembolso (o el de extinción del usufructo) y su valor en la constitución del fondo (art. 561-36.1CCC y art. 7.2 LIIC). El usufructuario sólo puede percibir las eventuales plusvalías cuando se manifiestan, es decir, al reembolso de las participaciones (art. 561-36.1CCC), mientras que corresponden al nudo propietario los rendimientos generados después de la extinción o antes de la constitución del usufructo (tal como apuntaban los art. 31.2 i 3 de la ley 22/2001). Sin embargo, si el reembolso se produce después de la extinción del usufructo, la posición del usufructuario deviene incierta en la medida en que no puede ejercer su derecho inmediatamente (art. 561.36.2CCC). Por este motivo, en los usufructos *mortis causa* testamentarios o legales, el usufructuario puede optar entre esperar para percibir los rendimientos o bien pedir al nudo propietario que le garantice un rendimiento equivalente al de un usufructo de dinero por un capital igual al valor del fondo en el momento de ejercer la opción, en un intento parra no desvirtuar el contenido de estos usufructos, pero diseñando un cálculo más acorde con el rendimiento actual de estos productos financieros²⁶. El derogado art. 30.5 ley 22/2001 interpretaba esta opción como una renuncia a los rendimientos a cambio de un rendimiento calculado de forma presunta, pero el art. 561-36.5 CCC no aclara si la “garantía” permite obtener la cantidad inmediatamente, tal como se desprende de la fijación temporal para calcular el rendimiento, o de forma menos inmediata y no acorde a la disponibilidad que el nudo propietario extrae de la situación. La acción para exigir el pago de los rendimientos prescribe a los diez años del reembolso (art. 561-36.3CCC, a diferencia de los cinco años que fijaba el art. 30.3 ley 22/2001).

24 Véase DE LA PUENTE ALFARO, F.: *Comentarios de Derecho patrimonial catalán*, cit., pág. 327.

25 Véase ESPINA, op. cit., pág. 40. Indica este autor que, si bien la expresión “comisión” se reconduce fácilmente a “gasto”, estos desembolsos son inherentes a la cosa y no guardan relación con el usufructuario, a menos que la constitución del fondo coincida con la constitución del usufructo, en cuyo caso, debe aplicarse la proporción que marca el actual art. 561-37.1 CCC.

26 Véase ESPINA, op. cit., pág. 48.

3. LOS DERECHOS DE USO Y HABITACIÓN

El capítulo II del Título VI del Libro quinto regula los derechos de uso y habitación de forma bastante parecida a la ley 13/2000. No prevé explícitamente su constitución (cfr art. 33 LUUH que contemplaba los títulos constitutivos) pero la resuelve por remisión al usufructo (art. 562-1CCC). Puede constituirse el uso voluntariamente *inter vivos* o *mortis causa*, o por disposición legal (beneficio viudal ex art. 36 CF que atribuye al superviviente el uso de la vivienda conyugal durante un año, o arts. 18.2 y 33.b ley 19/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja)²⁷. Por otra parte, es discutida la naturaleza de la atribución del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis (uso atribuido en convenio regulador o por decisión judicial, arts. 77 y 79 CF, en relación con el 76.3.a CF), que puede entenderse como un derecho real de uso, un derecho personal o como simple legitimación posesoria que confiere la posesión al cónyuge no titular de la vivienda, sin perjuicio del título que ostente el otro cónyuge²⁸. En cualquier caso, la jurisprudencia se remite a la legislación relativa al derecho de uso para dilucidar el régimen de los gastos sobre la vivienda.

Los derechos de uso y habitación tienen carácter presumiblemente vitalicio (art. 562-2CCC), de forma que es recomendable introducir en el título los límites temporales que se consideren oportunos. Son derechos indisponibles salvo consentimiento de los propietarios. Admiten una diversidad de titulares simultáneos o sucesivos (en este caso, personas vivas al constituirse) y, como en el derecho de usufructo, se incrementa el derecho de los titulares que restan y sólo se extingue con la muerte del último.

Vista la remisión al usufructo, el art. 562-5 CCC se ve en la necesidad de precisar que el uso gravemente contrario a la naturaleza de la cosa constituye una causa de extinción sin perjuicio de la posibilidad de pedir garantías (cfr arte 561-8.1CCC).

El derecho de uso es el derecho de poseer y utilizar una cosa ajena de acuerdo con su naturaleza pero de forma limitada a las necesidades del titular del derecho y de quien conviva con él. Pueden ser objeto del derecho de uso las cosas no fructíferas (vivienda, en uso exclusivo a diferencia del derecho de habitación, art. 562-7CCC) o fructíferas (finca, ganado, bosques, en cuyo caso atribuye el derecho a percibir las rentas o productos en la cantidad necesaria para atender las necesidades del titular del derecho y de las personas que con él convivan, art. 562-8CCC). Las obligaciones son las del usufructuario y no se regulan los gastos tal y como lo hacía el art. 42 LUUH²⁹.

El derecho de habitación aparece como un derecho de uso especial (ocupar las dependencias y anexos de una vivienda) que recae sobre una parte señalada en el título constitutivo (art. 562-9CCC). Faltando esta indicación, las necesidades se determinan *ad hoc*, en función de las precisas para atender la necesidad de vivienda de los titulares y de las personas que conviven él, aunque su número aumente tras la constitución. La dicción del art. 562-9 CCC indica que, si el uso se fija en el título, no cabe modificar unilateralmente su extensión (a demanda de nuevas necesidades), cosa que sí es posible si la determinación es legal. No obstante, el límite se encontraría siempre en la no exclu-

27 Véase MALUQUER DE MOTES, C.J.: "Los efectos del matrimonio", *Derecho de familia* (coord. C.J. Maluquer), Bosch, Barcelona, 2ª edición 2005, pág. 108.

28 Véase ESPIAU ESPIAU, S.: *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*, PPU, Barcelona, 1992, pág. 201-203.

29 La jurisprudencia utiliza la ley 13/2000 para fijar los gastos derivados de la atribución del uso de vivienda subsiguiente a un proceso de nulidad separación o divorcio. Véase la SAP de Barcelona de 20 de diciembre de 2005; SAP de Barcelona de 27 de octubre de 2004, SAP de Barcelona de 13 de marzo de 2003; SAP de Barcelona de 20 de enero de 2003.

sividad del derecho³⁰, que debe compatibilizarse con el que corresponde al propietario (se ha suprimido la mención a la convivencia sujeta a normas de corrección, cfr art. 45 LUUH, cuya utilidad se limitaba a poner el acento sobre este dato diferenciador)³¹.

En consideración a su finalidad, se limita la titularidad del derecho de habitación a las personas físicas y se concretan los gastos que debe sufragar el habitacionista o los que sean individualizables y respondan a un uso efectivo y los que provengan de servicios que él mismo haya instalado o contratado (art. 562-12CCC).

4. LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO PARCIAL

El Código desarrolla definitivamente los derechos de aprovechamiento parcial. La Disposición adicional de la ley 22/2001 los mencionaba para “certificar” su existencia y dotarlos de un marco normativo que hiciera operativa la institución, marco que también fija el art. 563-1 *in fine* CCC. Los arts. 563-1 CCC y siguientes definen y describen las denominadas “servidumbres personales” del art. 531 CC. Son derechos reales constituidos a favor de una persona sobre una finca ajena con independencia de toda relación entre fincas. El art. 563-1 CCC ejemplifica e incluye el derecho de aprovechamiento forestal o de ganado a cambio de mantener el bosque o el campo, el derecho de utilizar la azotea de un edificio para instalar publicidad, el clásico de ocupar un balcón en ocasión de fiestas populares sin perjuicio de otros posibles como el derecho a pasar conducciones por una finca en beneficio de una comunidad de regantes.

Se trata pues de un derecho que permite obtener un aprovechamiento concreto sobre una finca, luego más reducido que el usufructo, pero para satisfacer un interés personal (no predial)³². La noción de predialidad se limita pues a la utilidad que debe proporcionar la finca gravada, aunque no satisfaga una necesidad predial, sino personal, aproximándose así a un usufructo parcial con una utilidad potencialmente más larga. No obstante, cabe añadir

30 Véase la SAP de Barcelona de 17 de septiembre de 2003 (P.: Pérez de Lazarraga Villanueva), FD 3º: “De igual manera la posibilidad de esa convivencia no es absurda ni ilógica ya que trae causa de un derecho muy especial y limitado que no pretende, como ya se ha expuesto, atribuir el derecho a una utilización exclusiva y excluyente de una vivienda semejante a la analizada, sino el de su utilización parcial, siempre que con ella se consiga cubrir las necesidades básicas de vivienda, existiendo otra figura jurídica distinta que sí cubre esa utilización o uso exclusivo, como es la del usufructo o el derecho de uso. Por tanto, si se quiere otorgar ese derecho a la utilización total e impedir la posibilidad de convivencia y de utilización conjunta de elementos comunes, se tiene que constituir un usufructo o un derecho de uso con ese alcance pero lo que no se puede pretender es que habiéndose constituido un derecho más limitado se obtengan unas facultades que exceden del mismo y se corresponden con otro derecho que no se ha establecido”.

31 De nuevo, la SAP de Barcelona de 17 de septiembre de 2003, FD 3º: “Por tanto la posibilidad de convivencia no contradice ni desnaturaliza el derecho de habitación y hay que considerarla como una lógica consecuencia del mismo, estando incluso prevista en las nuevas disposiciones legales que al efecto se han promulgado, como, por ejemplo, la antes mencionada Ley catalana de 20 de noviembre de 2000, Ley que en su exposición de motivos indica que tal derecho «se configura como el de utilización parcial de una vivienda», estableciendo en su art. 45 (...)”. Destacando el elemento de la convivencia, véase ESPIAU ESPIAU, S. y HERRERO OLIVER, M.E., *Comentarios de Derecho patrimonial catalán*, cit., pág. 432 y VILLAGRASA ALCAIDE, C.: *Comentarios a la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación*; A. Hernández-Moreno (dir.); C. Villagrasa Alcaide y M. Anderson (coord.), *Difusión Jurídica y Temas de Actualidad*, 2003, Barcelona, pág. 340.

32 Véanse los comentarios a la derogada Disposición Transitoria en OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE CATALUNYA, SECCIÓ DRET PRATRIMONIAL: *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya “Els drets reals”*, pág. 228. Se destaca que no pueden constituir aprovechamientos los derechos que no se basen en una utilidad clara y demostrada de la finca gravada: “Per exemple, no es pot qualificar com a dret real l’obligació de mantenir un determinat estil en l’edificació, de no dur a terme determinades activitats en un local, etc., impositat per l’antic propietari de les finques”.

que el derecho será real si se configura con esta naturaleza, aunque nada impide canalizar los mismos intereses mediante un vínculo personal, de forma similar a un arrendamiento.

La forma escrita se configura como un requisito de constitución (art. 563-2.2CCC), no así la inscripción en el Registro de la Propiedad, que es requisito de oponibilidad a terceros. Su duración es de treinta años salvo pacto en contrario que, en cualquier caso no puede superar los noventa y nueve años, y son redimibles en las condiciones del art. 563-3 CCC. Los propietarios ostentan un derecho de adquisición preferente en iguales condiciones que el nudo propietario en la transmisión del usufructo (art. 563-4CCC).

5. EL DERECHO DE SUPERFICIE

5.1. La definición sustantiva del derecho de superficie. Marco normativo

El Código perfila y perfecciona una institución, ya regulada por la ley 22/2001 (y anteriormente implícita en la tradicional figura de la *rabassa morta*), útil para optimizar el rendimiento de la propiedad independientemente del valor del suelo, y que, como es sabido, permite desarrollar la construcción sin afrontar coste del terreno, potenciando la vivienda o el aparcamiento a precio reducido (promociones públicas) o la explotación de negocios (locales, gasolineras).

El derecho de superficie es un derecho real limitado sobre finca ajena que sustenta y atribuye temporalmente una propiedad separada sobre las construcciones o plantaciones que incluya. Permite mantener temporalmente separadas la propiedad de lo edificado o plantado y la propiedad del suelo (art. 564-1 CCC). Así podemos distinguir entre el derecho real de superficie (derecho sobre suelo ajeno que grava la propiedad del suelo y legitima al superficiario por edificar o plantar y mantener aquello edificado o plantado) y la propiedad superficiaria o propiedad temporal sobre la construcción o plantación existentes o creadas³³. El derecho real permite suspender los efectos de la accesión, crear una finca-apoyo y atribuir una nueva propiedad sobre aquello que el suelo sustenta o sustentará o también sobre las construcciones subterráneas que se incluyan³⁴. En cualquier caso, el derecho de superficie rompe con los principios de la accesión, que atribuyen aquello plantado o edificado al titular de la cosa más importante. En efecto, el propietario del suelo cede al superficiario el derecho de edificar o plantar sin hacer suyos estos elementos y el superficiario tampoco puede adquirir el suelo aunque éstos tengan un valor superior.

La ley mantiene la distinción entre superficie urbana (construcciones) y rústica (plantaciones), pero hace pocas matizaciones en su régimen (art. 564-4.3.CCC). Hoy en día las dos son temporales. También diferencia entre el derecho de superficie sobre elementos ya preexistentes y sobre elementos a construir o plantar, es decir, anteriores o posteriores a la constitución del derecho (art. 564-2 CCC). Así el contenido del derecho no es necesariamente una *facultas aedificandi*, que sólo se admite en el segundo caso³⁵.

33 Véase BADOSA COLL, quien distingue entre la “finca incluyente” sobre la cual pesa el derecho limitado de superficie, que paraliza la accesión y sirve de base a la finca superficiaria o “inclusión”, que constituye un nuevo objeto de derecho, la propiedad temporal o superficiaria (*Comentarios de Derecho patrimonial catalán*, cit., pág. 461 y 468).

34 Véanse los comentarios al concepto de derecho de superficie en OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE CATALUNYA, SECCIÓ DRET PRATRIMONIAL: *Treballs preparatoris...* cit., pág. 198

35 Véase MOLL DE ALBA LACUVE, C.: *La Edificación en suelo ajeno : la posible disociación jurídica de la propiedad inmobiliaria*, Grupo Difusión, Barcelona, 2004.

La ley 22/2001 ya dio regulación sustantiva al derecho de superficie, anteriormente disperso y presente en la regulación adjetiva. El Código conserva y mejora su regulación aunque, a falta de competencias en materia registral (cfr art. 564-3.2.c), no se podrán evitar problemas relativos a la inscripción del derecho de superficie, en particular, la dudosa inscripción de la propiedad superficiaria independiente de la inscripción del derecho real de superficie. En cualquier caso, debe entenderse que la regulación civil o sustantiva se halla en el Libro quinto del Código, de forma que las faltas de correspondencia con los requisitos reglamentarios no debe representar un impedimento en orden al acceso registral. Asimismo, la naturaleza sustantiva de la norma civil debe afirmarse en relación con la superficie urbanística, cuya naturaleza o sustrato es civil, sin perjuicio de los requisitos que puedan derivar de las normas urbanísticas (art. 162.4 Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, que aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo)³⁶.

El Código regula de forma separada los derechos de superficie y de vuelo (art. 567-1 CCC). Son figuras que han ido ganando proximidad ya que el derecho de vuelo se puede ostentar directamente sobre el suelo y es aplicable al subsuelo. No obstante, el derecho de superficie siempre es temporal frente al carácter perpetuo del vuelo y se caracteriza por un elemento tipificador ausente en el vuelo: la propiedad superficiaria o propiedad separada sobre la finca gravada que permite ser titular de una construcción separada de la propiedad del suelo y temporal (el art. 564-3.2.a CCC debe interpretarse de forma amplia, es decir, tomando el plazo por edificar como límite de la duración del derecho). En cambio, el derecho de vuelo se predica directamente sobre una finca ajena construida o con una construcción en proyecto y genera, pues, una propiedad indefinida una vez se ha ejercitado la *facultas aedificandi* necesariamente unida al derecho. Así, el vuelo constituye una situación de prehorizontaldad y conduce a la constitución o modificación del régimen de propiedad horizontal.

5.2. Régimen jurídico y eficacia

Están legitimados para constituir el derecho de superficie los propietarios y otros titulares de derechos reales posesorios que tengan la libre disposición de la finca (art. 564-3.1.CCC). En consideración a la importancia económica y a la duración que puede revestir el derecho de superficie, la ley establece dos mecanismos de control: la escritura pública y el contenido mínimo contractual (art. 564-3.2.CCC). Se establece el requisito de forma solemne, sin restringir la necesidad de escritura pública al derecho de superficie sobre construcciones futuras (tal como lo hacía el art. 3.1 ley 22/2001), aunque las características del derecho, desprovisto de apariencia, hacen recomendable su inscripción.

Cómo es sabido, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6^a) de 31 de enero de 2001 (RJ 2001\1083) anuló el apartado primero del art. 16.1 RH que establecía la inscripción constitutiva, junto con otros requisitos del título, a la vez que recuerda

³⁶ Véase BADOSA COLL, F.: *Comentarios de Derecho patrimonial catalán*, cit., pág. 453. Téngase en cuenta que el Tribunal Constitucional reconoció el derecho de superficie como materia civil (STC 31/1997, de 20 de marzo), lo que justifica la competencia de la Generalitat de acuerdo con el art. 9.2 EAC. El art. 162.4 LU establece: “Els aspectes substantius del dret de superfície no regulats per aquest article, inclosa l’extinció, i també els aspectes procedimentals d’aquest dret, són regulats per la legislació que els sigui aplicable”. La STS núm. 1110/2002, de 26 de noviembre (RJ 2002/9935, FD 3^o), aunque establece una distinción entre superficie particular y superficie urbanística, destaca la unidad sustantiva de este derecho, sin perjuicio de los requisitos que puedan establecer la normativa civil u urbanística en su ámbito de aplicación, para descartar la aplicación de la Ley del Suelo en el caso en cuestión (cfr art. 288.2 LS 1992, que requiere la inscripción constitutiva), para estar a la ley civil, que no la exige.

el carácter necesariamente civil de toda norma que defina el derecho de propiedad³⁷. El art. 564-3.3 CCC opta por contemplar la inscripción desde los parámetros de la oponibilidad aunque de forma compleja, al establecer que la constitución y las modificaciones del derecho de superficie son oponibles a terceros de buena fe desde su inscripción en el Registro de la Propiedad (de la manera y con los efectos establecidos por la legislación hipotecaria -art. 32 y 34 LH-³⁸) o desde que estos terceros tienen conocimiento de la existencia del derecho. Esta previsión confirma el carácter no constitutivo de la inscripción, pero plantea un supuesto de oponibilidad que puede resultar difícil de promover.

El contenido mínimo del contrato de superficie permite fijar los elementos básicos del derecho. Alcanza la duración del derecho, que no puede superar los noventa y nueve años, ya que la temporalidad es esencial al derecho de superficie. Sólo puede prorrogarse el derecho constituido por tiempo inferior y con el límite máximo citado, transcurrido el cual sólo cabe evitar la reversión pactando un nuevo derecho³⁹. El contrato que sobrepase este plazo debería considerarse nulo especialmente si el negocio constitutivo es oneroso, pues traduce una determinada valoración de intereses; pero si fuera gratuito se podría plantear la reducción del contrato al plazo máximo legal. Asimismo, es preciso establecer las características de la construcción o de la plantación, existente o futura, y en su caso el plazo para realizarla. Estos referentes permiten articular el incumplimiento como causa de reversión e incluso aplicar las normas de saneamiento si la constitución de la superficie fue onerosa. El art. 564-3CCC también prevé el pacto del precio (entrada) y, en su caso, el canon a satisfacer por los superficiarios a los propietarios. Esta previsión no excluye la constitución gratuita o la posibilidad de pactar una contraprestación única inicial. No se mencionan las cláusulas de estabilización, aunque, evidentemente, siempre es interesante preverlas. Finalmente, en caso de superficie parcial, es decir, si la construcción o plantación objeto del derecho de superficie no abarcan toda la finca gravada, es preciso delimitar, medir y especificar la situación del suelo afectado que debe describirse de acuerdo con la legislación hipotecaria y atendiendo a las limitaciones urbanísticas. En este caso, no coincidirán la finca gravada y la propiedad superficiaria.

El Código organiza en un régimen voluntario general (art. 564-4.2CCC) y dos especialidades referentes a la superficie sobre construcciones o plantaciones preexistentes (art. 564-4.4CCC) o futuras (art. 564-4.3CCC). Con carácter general, cabe limitar la dispo-

37 Con carácter general, indica el FD 8º de la STS de 31-1-2001: "Aun cuando la reforma del Reglamento Hipotecario pretenda dar respuesta a las necesidades del tráfico inmobiliario actual y a otras realidades extrarregistrales, lo cierto es que no puede efectuarse en contra o al margen de la Ley Hipotecaria, el Código Civil o cualquier otra disposición con rango de ley, pues el cometido de desarrollo y colaboración propio del Reglamento no puede alcanzarse a costa de aquellos principios, a pesar de que la Ley pueda contener elementos alógicos insalvables mediante la interpretación, lo que, en tal caso, justificaría su sustitución por vía parlamentaria y no reglamentaria". Su FD 13º concreta en relación con el art. 16.1 RH: "Con la exigencia de que en el título concurren tales circunstancias el Reglamento fija condiciones no exigibles para la inscripción, al establecer que, además de las circunstancias necesarias para la inscripción, deberá aquél contener el plazo de duración, que no excederá de setenta y cinco o noventa y nueve años según los sujetos, la determinación del canon o precio si fuese a título oneroso, el plazo para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años, los pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario y la garantía de trascendencia real con la que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato, cuestiones todas que afectan a la definición del derecho de propiedad, que al Reglamento no le es dado regular debido a la tradicional reserva de Ley en materia de propiedad y otros derechos civiles, mantenida en la vigente Constitución al exigir que su contenido se delimite de acuerdo con las Leyes (artículo 33) e incluir entre las competencias del Estado la legislación civil (con las salvedades forales) al igual que la mercantil o la procesal (artículo 149.6ª y 8ª)".

38 Inscripción especialmente recomendable al tratarse de un derecho que no se revela por especiales signos aparentes.

39 Véase MIRABELL I ABANCÓ, A. y LAUROBA LACASA, M.E.: "El dret de superfície", *Manual de Dret civil català* (dir. F. Badosa Coll), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pág. 361.

bilidad del derecho por el superficiario, sometiéndola a la autorización del propietario de la finca como requisito de eficacia. También cabe pactar el pago de una pensión aunque no se permite garantizarla con el valor del derecho de superficie (cosa que lo aproximaría a un derecho de censo) y un régimen de liquidación posesoria alternativo (cfr arts. 522-2 a 5 CCC). El art. 564-5 prevé el establecimiento de derechos de adquisición preferente, recíprocos o no, con aplicación supletoria del régimen de la fadiga (art. 565 y ss CCC).

Si la superficie legitima para emprender nuevas construcciones o plantaciones, el art. 564-4-3 CCC permite establecer un plazo resolutorio para realizarlas, atribuir al propietario un derecho de uso por cualquier concepto sobre las viviendas o locales (pacto de usufructo, uso, arrendamiento) y a los superficiarios la facultad de establecer el régimen de propiedad horizontal que, salvo pacto en contrario, se entiende por el tiempo de duración del derecho y con los límites del título constitutivo del derecho de superficie. Si la superficie recae sobre construcciones o plantaciones preexistentes, cabe pactar la extinción del derecho y la resolución del contrato en caso de que el superficiario no satisfaga la pensión, de que haga un mal uso de las mismas o que les de un destino distinto al pactado que ponga en peligro su existencia.

Bajo la expresión “régimen legal”, el art. 564-5CCC prohíbe el comiso por impago de la pensión cuando el derecho se establece sobre nuevas construcciones o plantaciones realizadas por el superficiario, el cual es nulo y se tiene por no puesto. Se pretende pues salvar la aplicación del sistema liquidatorio y evitar el enriquecimiento injusto.

El derecho de superficie se extingue por las causas generales de los derechos reales y, en particular, por el cumplimiento del plazo. Se extingue también por consolidación al no contar con ninguna excepción a su efecto extintivo (cfr art. 532-3.2 CCC). La extinción del derecho conlleva siempre la reversión, activándose el funcionamiento de la accesión, aunque el propietario del suelo hace suya la obra sin indemnización (art. 564-6.2 CCC). La pérdida material no determina la extinción cuando el titular del derecho realizó la construcción o plantación y le confiere la posibilidad de rehacer la propiedad superficiaria (art. 564-6.4CCC; en cambio, sí se extingue por destrucción de lo preexistente, art. 564-6.3CCC *in fine*).

Las causas de extinción voluntarias no perjudican a tercero (art. 564-6.3CCC; cfr art. 107.1 *in fine* LH)⁴⁰, de forma que los titulares de derechos reales limitados impuestos por el superficiario quedan inmunes a la extinción voluntaria anticipada al plazo fijado en el título constitutivo, que no los es oponible⁴¹.

40 La contradicción entre la ley sustantiva catalana (art. 564-6.3CCC) y la ley especial estatal (art. 13.2 LAU) debería solventarse interpretando la ley especial a la luz de la general, es decir, defendiendo la conservación del contrato de arrendamiento que el adquirente debe soportar al menos durante el plazo de duración mínima del mismo. Véase RAVELLAT BALLESTÉ, I.: Comentario al art. 13: *Comentarios a la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación*; A. Hernández-Moreno (dir.); C. Villagrasa Alcaide y M. Anderson (coord.), Barcelona: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2003, pág. 166.

Para un examen exhaustivo del párrafo 2 del art. 13 LAU, véase por todos: RUBIO GIMENO, G., comentario al art. 13 LAU: *La ley de arrendamientos urbanos diez años después*, Madrid, La Ley, en prensa. Señala esta autora que la eficacia extintiva automática es criticable si atendemos al espíritu tuitivo de la ley de arrendamientos urbanos y a la naturaleza temporal del derecho del concedente que también existe en supuestos respetuosos con la titularidad arrendaticia (así la concedida por el heredero fiduciario). Ello justifica, explica esta autora, la tendencia restrictiva de los Tribunales a la hora de reconocer automaticidad a la extinción del arrendamiento, que pierde fuerza en la práctica, gracias a la interpretación de conductas vinculantes con efectos subrogatorios para el propietario-adquirente.

41 Véanse los comentarios del OBSERVATORI DE DRET PRIVAT, cit., pág. 209 donde se defiende la no extensión del derecho real sobre la totalidad de la finca, una vez que la propiedad superficiaria accede al

6. LAS SERVIDUMBRES

6.1. Perspectiva e innovaciones

La ley 13/1990, parcialmente derogada por la ley 22/2001, no regulaba completamente el derecho de servidumbre. Por el contrario, la ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente, abordó la institución con voluntad de regularla completamente, derivando incluso las “servidumbres personales” o derechos reales de utilización parcial hacia el régimen supletorio del usufructo. Sin embargo, esta disposición dejó parcialmente vigente la ley 13/1990 en lo referente a la configuración del derecho de propiedad, en particular, las relaciones de vecindad (también mantuvo el art. 26 que, en el contexto de las servidumbres de luces y vistas, se refería a las relaciones de vecindad) y la regulación de la acción negatoria. La redacción actual del Código representa una mejora sistemática de conjunto al contemplar el derecho de propiedad y la constitución y extinción general de los derechos reales sobre cosa ajena y, por lo que respecta al derecho de servidumbre, mejora algunas expresiones y, sobre todo, mejora la sistematización de las servidumbres forzosas⁴².

6.2. Concepto de servidumbre

El art. 566-1 CCC no introduce novedades en el concepto de servidumbre. Distingue entre finca dominante (recibe la utilidad) y sirviente (presta la utilidad o sufre la servidumbre) y permite ordenar las características del derecho de servidumbre sobre los parámetros habituales (inherencia, inseparabilidad, indivisibilidad y utilidad siempre parcial). La gran diferencia con el concepto romano (y del Código civil, cfr art. 530 CC *-nemini res sua servit-*) continúa siendo la desaparición de la ajenidad de las fincas, que no deben pertenecer necesariamente a diferentes propietarios, requisito que las leyes 13/1990 y 22/2001 ya habían omitido intencionadamente, para acoger la servidumbre de propietario.

Las leyes catalanas posteriores a la Compilación no encierran ninguna clasificación sistemática de las servidumbres, a diferencia del Código civil, dada la simplificación de su régimen constitutivo. Sólo podemos extraer una distinción entre las servidumbres positivas y negativas (566-1.1CCC) y las servidumbres forzosas y voluntarias (566-2.1CCC). Carece de sentido hablar de servidumbres prediales y personales, de servidumbres aparentes y no aparentes o de servidumbres continuas y discontinuas. Las servidumbre positivas conllevan un uso sobre la finca sirviente (por ejemplo, el paso) y las negativas una reducción de las facultades del titular de la finca sirviente, por cuanto impone una abstención al propietario, que no puede hacer aquello que lícitamente podría (así, no edificar más allá de una altura determinada). Esta distinción conceptual ha perdido su principal función que se daba en materia de usucapión (las negativas requerían un acto inicial obstativo), pero la mantienen para valorar la extinción de la servidumbre por no-uso.

propietario del suelo, que se mantendría con el fin impropio de impedir la extensión del gravamen a toda la propiedad.

⁴² Destacábamos esta necesidad en “Régimen legal de las servidumbres y la vecindad en el Derecho civil catalán”, en *Tratado de Servidumbres*, coord. Por A. Rebolledo Varela, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pág. 937.

6.2. El título constitutivo: la voluntad. La servidumbre de propietario. La no usucapibilidad

6.2.1. El título voluntario en general

El art. 566-2 indica que las servidumbres solamente se constituyen por título otorgado de manera voluntaria o forzosa. Se ha suprimido la mención a su constitución “por disposición de la ley” que era incorrecta porque designaba los límites de la propiedad en interés público que se confunden con la servidumbre en el Código civil⁴³. No obstante, en régimen de propiedad horizontal, el art. 553-39CCC legitima a la comunidad y a los propietarios de elementos privativos para imponer servidumbres “legales” en régimen similar a los forzosos.

Ya a partir de la ley 22/2001, las servidumbres en Catalunya sólo se constituyen por título, voluntario o forzoso. El primero puede ser *inter vivos*⁴⁴ (oneroso o gratuito) o *mortis causa* (cfr art. 303 CS; el legado de servidumbre tiene eficacia real cuando el legatario es titular de una finca vecina del testador, art. 253.2 CS). También se puede constituir por partición hereditaria (título voluntario que emana del testador, art. 55.1 CS, de un tercero designado, art. 56.1 y 57.1 CS o por común acuerdo de los herederos, art. 57 CS; a falta de pacto los coherederos pueden instar la partición judicial).

Es posible aponer condiciones al negocio constitutivo, aunque en determinados casos, es preciso constituir la servidumbre bajo este mecanismo. Así, el art. 566-2.3 establece que se someten a condición suspensiva las servidumbres cuyo contenido consiste en una utilidad futura y debe considerarse que nacen cuando se cumple el hecho en que consisten (así, sobre inmuebles en construcción o sobre derribos futuros; art. 9.2 y 23 LH).

Están legitimados para constituir servidumbres el propietario y los titulares de derechos reales posesorios sobre las fincas dominante y sirviente. En este último caso, la servidumbre, si es voluntaria, tiene el alcance y duración de sus derechos. El art. 566-2.2CCC *in fine* contiene una mejora sistemática al precisar que las referencias al propietario de la finca en la sección primera (“disposiciones generales”) deben entenderse realizadas también al titular de derecho real posesorio. En cambio, el establecimiento de las servidumbres forzosas, contempladas en la sección siguiente, corresponde al propietario. En caso de copropiedad hará falta el consentimiento de todos los comuneros (art. 552-6.6 CCC, art. 5 LPH) pero, a imagen del 597.2 y 3 CC, el consentimiento dado por unos cuantos los obliga por actos propios (cfr art. 111-8 CCC)⁴⁵. Si sobre la finca existen otros derechos reales, el propietario sólo puede constituir una servidumbre respetando su ejercicio. En el Código catalán no existe un artículo similar al art. 595 CC, aunque su contenido es un resultado necesario en todo derecho real, que cuenta con una acción en defensa, y requiere el consentimiento del usufructuario o del titular de una servidumbre primitiva si se quiere constituir otra (cfr art. 566-13CCC).

43 No ha prosperado la enmienda de modificación núm. 60, presentada por el G.P. del Partido Popular de Catalunya según la cual “1. Les servituds només es constitueixen per títol, per usucapí i per disposició de la llei” (BOPC de 31 de marzo de 2006, núm. 314, pág. 70). Obsérvese que se recuperaba la usucapición, sin especificar sus términos, y que se asimilaban las forzosas con las legales.

44 La tradición es dificultosa en la servidumbre de propietario, debe interpretarse como quasitradición documental, instrumental o por el uso que hagan los adquirentes con el consentimiento de los transmitentes (art. 531-5 CCC). DEL POZO CARRASCOSA, P. y GINER GARGALLO, A. se decantan por prescindir de “conceptos ficticios” y de difícil aplicación (véase *Comentarios de derecho patrimonial catalán*, cit., pág. 244)

45 En cuanto a la naturaleza personal y no real del derecho concedido por alguno de los copropietarios, véase ZAHÍÑO RUIZ, M.L. *La constitución de servidumbre voluntaria sobre fundo indiviso en el Código Civil español*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 2002, pág. 231-232. Destaca esta autora que el fundamento de esta opción legal se halla en la teoría de los actos propios (pág. 223-224).

6.2.2. La servidumbre de propietario

Como ya hemos comentado, el art. 566-1 CCC omite toda referencia a la ajenidad de las fincas, requisito fundamental para construir la servidumbre sobre finca propia. A diferencia de la ley 13/1990 (que sólo negaba eficacia extintiva a la consolidación), la ley 22/2001 y también el art. 566-3.1 CCC admiten directamente la constitución de una servidumbre sobre finca propia. Se trata de un título unilateral del que nace el derecho (y no un negocio sometido a condición pendiente de la alienación y separación de las fincas, tal y como se acaba salvando la situación en derecho estatal⁴⁶). La confusión no es una forma de extinción automática pues, reunida la titularidad de dos fincas en una misma persona, debe extinguirse expresamente la servidumbre y proceder a su cancelación registral (art. 566-3.3CCC).

La servidumbre de propietario, cuya utilidad ha sido discutida⁴⁷, permite distinguir entre la constitución y el ejercicio⁴⁸. Este último se realiza necesariamente en concepto de propietario, que no puede ejercer el derecho contra sí mismo y disfruta de las fincas en calidad de tal, sin necesidad de otra legitimación. No obstante, la figura (derivada de su constitución unilateral o del resultado no extintivo de la situación de consolidación), permite revalorizar la finca beneficiada por la relación de servicio, conservar la servidumbre constituida previamente sobre una finca hipotecada o diseñar las relaciones de servicio necesarias por el funcionamiento de complejos de pisos o parcelas, evitando la situación incierta de tener que constituir la servidumbre de forma condicionada o en el momento de cada venta.

El art. 566-3.2 CCC indica que la servidumbre sobre una finca propia publicada únicamente por la existencia de un signo aparente, si se enajena la finca dominante o la sirviente, solamente subsiste si se establece expresamente en el acto de enajenación. De la misma forma que el art. 8.2 de la ley 22/2001, el artículo plantea la insuficiencia del signo aparente o del título tácito basado en el mismo para constituir el derecho, que exige en todo caso la imposición expresa. Se descarta pues el título basado en el signo aparente, a diferencia de lo que prevé el art. 541 CC. La doctrina catalana y una reducida jurisprudencia habían descartado la aplicación del art. 541 CC en Catalunya, por entenderlo contrario al derecho histórico y a la tradición jurídica catalana⁴⁹. Pero lo cierto es que hasta hace muy poco los tribunales y las Audiencias todavía lo aplicaban supletoriamente, en particular tras la STS de 31 de enero de 1990 (RJ 1990\108)⁵⁰.

46 Véase la Resolución de la DGRN de 21 de octubre de 1980 (5º Cdo.) que considera posible la constitución “bajo la condición suspensiva de que nazcan cuando un tercero adquiera alguna de las fincas registrales que van a ir surgiendo de la principal” (vegeu *RGLJ*, 1981, pág. 221).

47 ALONSO PÉREZ, M.: «El derecho real de servidumbre y su contenido (desde la perspectiva de la legislación de Cataluña)», *La Notaría*, número monográfico (I): 1r. Congrés de Dret Civil català: El Dret patrimonial en el futur Codi Civil de Catalunya, septiembre-octubre 2001, pág. 246.

48 MATEO BORGE, Iván: *La servidumbre de propietario*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000, pág. 152-153.

49 Véase PUIG FERRIOL, L.: «Comentario a la STS de 21 de noviembre de 1985», *CCJC*, 1985; AMAT LLARI, E.: «Comentario a la STS de 31 de enero de 1990», *CCJC*, enero-marzo 1990, núm. 22, pág. 294; y «Aplicabilidad del artículo 541 del Código Civil y otras cuestiones. Comentario a TSJ Catalunya (civil) S 2/1990 de 5 de febrero», *La Llei* (T. 1991-1), pág. 56. Sobre la cuestión, me remito a mi trabajo “Régimen legal de las servidumbres y la vecindad en el Derecho civil catalán”, en *Tratado de servidumbres* cit., pág. 897 ss.

50 Véase FD 2º: «Ha de tènense en cuenta que por no existir oposició a las disposiciones contenidas en el Título III Libro III y Capítulo I, Título II Libro IV de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña aprobado por Ley 40/1960, de 21 de julio, es aplicable en dicho territorio foral el mandato del art. 541 del Código Civil según puede seguirse de la lectura del art. 1.º de dicha Compilación en su redacción originaria y en la dada por Ley de 20 de marzo de 1984, en relación con la Disposición final cuarta, de este último Texto legal”.

Recientemente el Tribunal Superior de Justicia ha declarado, en dos sentencias que crean jurisprudencia, que el art. 541 CC es ajeno a la tradición jurídica catalana y que la inexistencia de toda previsión favorable a la constitución de servidumbres por signo aparente no debe interpretarse como una laguna, sino como una institución no regulada⁵¹. Se evita, así, una situación que puede resultar frecuente en la práctica y provocar la constitución inesperada de servidumbres.

6.2.3. En torno a la usucapión

El art. 566-2.4CCC indica taxativamente que ninguna servidumbre puede adquirirse por usucapión, del mismo modo que el art. 7.4 de la ley 22/2001 ya había modificado el art. 342 CDCC. La evolución de la usucapibilidad de las servidumbres en los últimos años ha sido convulsa en Catalunya. A contracorriente de la perspectiva restrictiva en el derecho anterior, el art. 11 de la ley 13/1990 había permitido la usucapión de toda servidumbre sometida a posesión pública, pacífica e ininterrumpida, en concepto de titular del derecho de servidumbre, por un periodo de treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe. La ley 22/2001 optó por la solución radicalmente contraria, en la línea del régimen histórico (que también modifica pues las servidumbre podían usucapirse en los términos restrictivos del art. 283 CDCC), introduciendo una gran diferencia entre los derechos catalán y estatal (art. 537 CC)⁵². Aunque el preámbulo de la ley alude a la tradición catalana, creemos que también se ha querido simplificar una cuestión muy litigiosa dónde es difícil que prospere el reconocimiento de una servidumbre, dada la dificultad de acreditar el acto obstativo o el carácter no tolerado de la actividad posesoria.

De momento la jurisprudencia ha resuelto las situaciones transitorias con base en el art. 1939 CC que permite finalizar la usucapión de servidumbres iniciada de acuerdo con la legislación aplicable en aquel momento. Aunque el art. 11 de la ley 13/1990 incrementó considerablemente las alegaciones de usucapión, el Tribunal Superior de Justicia aclaró que las servidumbres usucapibles según la Compilación debían completar el plazo de treinta años, mientras que las otras sólo empezaban a computar desde la entrada en vigor de la ley 13/1990⁵³.

51 STSJC núm. 29/2003, de 18 de septiembre y STSJC núm. 35/2003, de 2 de octubre. Para un comentario más extenso me remito a lo indicado en otro lugar (LLÁCER MATACÁS, M.R.: “La inaplicabilitat transitoria de l’article 541 del Codi civil a Catalunya (comentari a la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 29/2003, de 18 de setembre”, *Revista Catalana de Dret Privat*, volum5, 2005, pág. 209). Las Audiencias ya se han sumado a este criterio: véanse las SAP de Barcelona 1/2005 (55408) 273/2005 (179003), SAP de Lleida núm. 322/2004 (295505).

52 El art. 538 CC parece limitar la usucapión a las servidumbres continuas y aparentes sometiéndolas a un régimen *ad hoc* y en concreto a un plazo posesorio de veinte años en concepto de titular de la servidumbre, ejercido de forma pacífica, pública e ininterrumpida, independientemente de título o buena fe. En cambio, las discontinuas o no aparentes no serían usucapibles y sólo admitirían título voluntario (art. 537 y 539 CC). No obstante, de es preciso tener en cuenta la discusión doctrinal en torno a estas restricciones, y la corriente favorable a la usucapión ordinaria o extraordinaria de toda servidumbre: véase LACRUZ BERDEJO, José Luis: «La usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes», *RGLJ*, 1954, págs. 560-562; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: *Usucapión de servidumbres*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, págs. 114-115

53 Véase la STSJC núm 17/1994, de 17 de octubre (RJ 1994\10570), FD 3º: “La antigüedad de la ventana en relación con las vicisitudes del derecho catalán de servidumbres plantea el problema de establecer cuál sea la disposición aplicable al caso; cuestión que debe ser resuelta, como acertadamente razona la sentencia recurrida, de acuerdo con las normas de derecho transitorio. En defecto de preceptos específicos -la Llei 13/1990 sólo contiene disposiciones transitorias referentes a paredes de carga y plantaciones- debemos acudir a las Disposiciones transitorias del Código Civil y no sólo a las reglas establecidas bajo esa rúbrica sino también al artículo 1939 que, como ha dicho la jurisprudencia, debe ser considerado «como derecho transitorio común, pudiendo aplicarse también a las Leyes que no posean propias y específicas normas especiales de transición» (...). Si admitimos que la Llei 13/1990 permite adquirir por usucapión la servidumbre de vistas y el derecho civil catalán anterior no, hemos de llegar a la conclusión de que el lapso para la prescripción

Como las leyes 13/1990 y 22/2001 no contenían normas transitorias sobre la materia, es preciso plantear hasta qué punto cabe recurrir a una norma ajena al ordenamiento catalán. La Disposición transitoria 9ª CDCC dice que las relaciones de derecho intertemporal surgidas por la entrada en vigor de las leyes 40/1960 y 13/1984 deben resolverse según los principios que informan el ordenamiento jurídico catalán. En efecto, el derecho catalán suele resolver el tema aplicando la ley derogada a las relaciones surgidas al amparo de la misma. Pero cuando el hecho todavía no se ha convertido en derecho y sólo es una expectativa, hace falta una norma especial que sustente su relevancia jurídica y no parece que los planteamientos del futuro código civil catalán permitan pensar en lagunas al respecto.

La Disposición transitoria única de la ley 29/2002 (primera ley del Código civil catalán), que contiene el régimen general transitorio relativo a la prescripción extintiva y a la caducidad, permite completar el cómputo de la prescripción iniciada antes de su entrada en vigor por las normas vigentes hasta aquel momento. Pero lo predica de las “pretensiones, las acciones y los poderes de configuración nacidos” y no de las situaciones de hecho que, como la posesión, generan simples expectativas y no poderes ejercitables. Por otra parte, la Disposición transitoria 16ª de la ley 5/2006 indica que “las servidumbres constituidas antes de la entrada en vigor de este libro se rigen por las normas de este libro a partir del día en que entra en vigor”. Pero el hecho posesorio no es una servidumbre constituida. En cambio, su Disposición transitoria 2ª contempla específicamente la usucapión para establecer que la usucapión iniciada antes de la entrada en vigor del Libro quinto, “se rige por las normas de este libro, salvo en lo relativo a los plazos, que son los que establecía el artículo 342 de la Compilación del derecho civil de Catalunya”. Debemos interpretar que la retroactividad sólo se predica de los plazos (con matizaces en beneficio del plazo más corto), pero que en cambio deben analizarse bajo la nueva ley tanto el concepto y dinámica de la usucapión (art. 531-23 a 29CCC, salvo el art. 531-27CCC) así como a la usucapibilidad de los derechos (art. 566-2.4CCC). Así pues, teniendo en cuenta esta norma y que el Ordenamiento catalán carece de un artículo paralelo al art. 1939 CC, desaparece este fundamento legal dudoso para consolidar la usucapión iniciada antes de la entrada en vigor de la ley 22/2001.

6.3. Contenido del derecho de servidumbre

El título determina el alcance de las facultades del titular del derecho de servidumbre⁵⁴. El art. 8 ley 13/1990 contenía un criterio supletorio al indicar que la servidumbre no se extiende más allá de lo necesario para materializarla. Actualmente es preciso interpretar el título constitutivo y, después, aplicar un sentido restrictivo de acuerdo con el principio de libertad del dominio. El art. 566-5 CCC contempla el contenido

treintenal sólo empieza a correr desde que entró en vigor la nueva Ley, y no es lícito sumarle el período transcurrido con anterioridad, cuando el transcurso del tiempo no tenía eficacia para la adquisición de la servidumbre de vistas. Así se infiere de la regla general de irretroactividad de las Leyes (artículo 2.3 del Código Civil) y de las Leyes que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior (primer párrafo de las Disposiciones transitorias del Código Civil). Específicamente, es de aplicación la Regla tercera de las repetidas transitorias (...). Aún más específico es el artículo 1939 del CC cuya primera cláusula nos dice que la prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las Leyes anteriores al mismo. De tal norma se infiere que si la Ley nueva declara prescriptible un derecho que por la antigua no lo era, no puede computarse el tiempo de inactividad transcurrido bajo el imperio de la Ley antigua (argumento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 junio 1906). En definitiva, como ha dicho la doctrina, el artículo 1939 del Código Civil conduce a sostener que quien desee prescribir por la Ley nueva no pueden aprovecharse del tiempo transcurrido bajo la antigua normativa” (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis María Díaz Valcárcel).

54 BIONDI, B.: *Las servidumbres*, con extensas anotaciones de derecho español común y foral, por José Manuel González Porras, Madrid, Edersa, 1978, pág. 763-764.

específico de la servidumbre de luces y vistas que debe coordinarse con el art. 546-10 CCC, relativo a las relaciones de vecindad atinentes a luces, vistas y ventanas.

La servidumbre tiene un *modus* o detalle en su ejercicio (se hará de forma determinada, por el lugar designado...). En relación con la intensidad del uso, el art. 566-4.2 CCC indica que se ejerce de la forma más adecuada para obtener la utilidad de la finca dominante y, a la vez, menos incómoda y lesiva para la finca sirviente. Estos criterios de racionalidad determinan que si el ejercicio deviene excesivo o incómodo para la finca sirviente, el propietario o el titular del derecho real posesorio pueden exigir, a su cargo, las modificaciones convenientes en la forma y el lugar de prestar la servidumbre, sin disminuir su valor y utilidad (art. 566-4.3CCC).

La servidumbre tiene también un contenido accesorio, implícito o necesario para satisfacer su contenido general. Conlleva legitimación por establecerla y hacer obras de conservación (art. 566-6.1CCC), así pues, para acceder a la finca sirviente con esta finalidad. Pero los gastos de establecimiento y conservación de la servidumbre, son a cargo de quien percibe la utilidad, es decir, del propietario y el titular de derechos posesorios sobre la finca dominante (art. 566-6.1 y 2CCC, admitiéndose que el beneficio y su coste puedan compartirse con el titular de la finca sirviente)⁵⁵. Se consideran obligaciones *propter rem*, que nacen en consideración a la titularidad o al derecho real posesorio sobre la cosa⁵⁶.

6.4. La extinción de las servidumbres

El art. 566-11 CCC contiene las causas extintivas de las servidumbres. Ha reducido las causas que recogía el art. 15 de la ley 22/2001. Pero estas causas se pueden incluir en las generales de extinción de los derechos reales o derivar del negocio constitutivo (cumplimiento de plazo o condición, renuncia de la servidumbre y redención convenida entre ambos titulares). No se trata, pues, de una lista cerrada (por ejemplo, expropiación forzosa de un predio sirviente, adquiriendo la Administración libre de cargas). El art. 566-12 CC todavía añade una causa resultante de la inutilidad de la servidumbre derivada de modificaciones formales de las fincas.

El plazo de la extinción por no-uso se ha reducido de treinta a diez años (nótese que no el supuesto de extinción no es operativo en la servidumbre sobre finca propia). Representa una ausencia de actividad y la servidumbre sólo se justifica si satisface una utilidad (o *causa servitutis*). Además, se mencionan la pérdida total de la finca sirviente o dominante, la imposibilidad de uso (la servidumbre no se restablece si posteriormente el ejercicio vuelve a ser útil o posible, art. 566-11.2CCC) y la transmisión sin declaración expresa de la existencia de la servidumbre cuando entre dos fincas hay un signo aparente sin que se haya constituido aquélla.

El art. 566-12CCC considera la extinción de servidumbres derivada de la modificación de las fincas. La división, segregación, agrupación o agregación de fincas pueden afectar la subsistencia de la servidumbre (así como otras modificaciones formales, como por ejemplo la rectificación de límites). Si la servidumbre deja de tener utilidad para la finca o fincas dominantes, el titular de la finca sirviente puede pedir su extinción. Si la finca sirviente se divide o segrega, el titular de las fincas resultantes también pueden pedir la extinción si no la servidumbre no reporta utilidad a la finca dominante.

⁵⁵ Según el art. 9.3 de la ley 22/2001, si se causan daños al establecer la servidumbre, el propietario de la finca sirviente tiene derecho a resarcirse. El art. 566-4CCC ha suprimido esta obligación, inapropiada en las servidumbres voluntarias.

⁵⁶ BIONDI, B.: «Oneri reali ed obbligazioni “propter rem”», *Scritti di Diritto Moderno*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1967, pág. 194.

6.5. Las servidumbres forzosas

Los arts. 12 a 14 y 16 de la ley 22/2001 regulaban las servidumbres forzosas de forma bastante reiterativa cuando en realidad responden a una misma dinámica: la ley tipifica una necesidad predial y legítima para imponer la servidumbre al propietario de la finca sirviente, concretando en cada caso su contenido y las pautas para fijar la indemnización correspondiente. Las servidumbres forzosas son pues limitaciones de la propiedad en voluntarias (art. 545-4CCC). El Código introduce una mejora sistemática al diferenciar los tres supuestos (identifica la necesidad y la forma de prestar el servicio en cada caso) pero regula la indemnización por razón del establecimiento de forma unitaria.

La ley prioriza tres necesidades: el acceso a la vía pública (art. 566-7CCC), la conexión a redes generales de saneamiento o suministro de servicios (art. 566-8CCC) y el acceso a recursos hídricos situados fuera de la finca (art. 566-9CCC). El art. 566-2.1 CCC habla de título otorgado de forma voluntaria o forzosa, supuesto éste en que la persona titular de la finca dominante puede exigir la constitución de la servidumbre en los supuestos y condiciones establecidas por la ley. Destaca así su rasgo diferenciador de las voluntarias: la tutela coactiva o legitimación legal para exigir las e imponerlas, ya que sirven un interés privado amparado por la ley. Sin embargo, la particularidad se limita al régimen constitutivo (posibilidad de imponerla, alcance del contenido que se puede imponer e indemnización). A partir de ahí su régimen es el general del derecho de servidumbre.

La servidumbre forzosa no se impone por simple utilidad, sino por criterios de necesidad, por paliar la necesidad tutelada de un servicio. Por este motivo la necesidad se mide con parámetros técnicos y su contenido se determina imponiendo el menor perjuicio a la finca sirviente. Prima pues el criterio técnico y el punto menos incómodo para la finca gravada y, en segundo lugar, si es compatible, se tiene en cuenta el punto más beneficioso para la finca dominante⁵⁷

El art. 566-2.2 CCC, que legitima activamente al propietario o titular de derechos reales posesorios de la finca necesitada, matiza que la ambivalencia se limita a la sección primera. Así, en relación con la constitución de las servidumbres forzosas, la ley no hace mención del titular de derechos posesorios y debe entenderse que en este caso corresponde al propietario solicitar la constitución, dada la naturaleza tendencialmente perpetua de la servidumbre y de la delimitación del contenido del derecho posesorio en un título, que no permite generalizar sus posibilidades de uso.

Sólo puede constituirse la servidumbre forzosa previo pago de la indemnización (art. 566-10CCC)⁵⁸. La sentencia será constitutiva y, si se limita a declarar la existencia del supuesto de hecho que legitima para exigir la constitución de la servidumbre forzosa, corresponde ejecutar la sentencia a quien instó este reconocimiento, pues siempre debe justificar el lugar por dónde transcurre que, a su vez, es imprescindible para fijar la cuantía de la indemnización⁵⁹. No se trata de una contraprestación sino de compensar el

57 Existen matices entre los arts. 566-7.2, 566-8.3 y 566-9.3 CCC. Los criterios técnicos se dejan de lado en la servidumbre forzosa de paso, de forma que la imposición se realiza atendiendo a los referentes clásicos (punto menos perjudicial para la finca sirviente y si es compatible, por el más beneficioso para la dominante). La servidumbre de acceso a una red general combina el criterio técnico y el menor perjuicio de la finca sirviente por igual, dejando en segundo término la necesidad de compatibilizarlo con el beneficio de la finca dominante. La servidumbre de acueducto es la que se ajusta de forma más estricta a los criterios objetivos o técnicos, escogiendo el lugar menos perjudicial para la finca sirviente si es compatible.

58 Véase la SAP de Girona núm. 340/2005, de 26 de septiembre (JUR 2006\51251).

59 Véase el AAP de Barcelona núm.259/2005, de 17 de noviembre (JUR 2006\4251): "La estimación de la demanda reconventional solicitando que se constituya no implica sin más la constitución efectiva de la servidumbre ya que tal solicitud no es sino la reclamación judicial del derecho a que se constituya una

perjuicio material causado por la existencia del derecho⁶⁰. El Código diferencia dos conceptos que se solapaban en la ley anterior: el valor del terreno afectado por el paso o conducto y la reparación de los perjuicios que el derecho puede ocasionar (art.566-10.1 y 2CCC), prestaciones previas al establecimiento, que carecen de las particularidades de la carga real. Se diferencia a su vez del pago de las obras para establecer y conservar la servidumbre (art. 566-6.1CCC), obligación ambulatoria que recae en la persona que se beneficia de la servidumbre. Se exime de indemnizar si la necesidad de una finca proviene de un acto de disposición del propietario (por ejemplo, segrega; art. 566-10.4CCC). La ley 22/2001 consideraba que el servicio debía prestarse por la finca originaria que, de esta forma, quedaba vulnerable en cualquier momento, gravada por una especie de carga real de pasar por la constitución de la servidumbre. Actualmente no se precisa esta solución, quedando las opciones más abiertas en función de los criterios técnicos más adecuados.

6.6. La acción confesoria. Relación con la defensa del dominio

6.6.1. Objeto y dinámica

El art. 566-13CCC regula la acción confesoria, acción real nominada concebida para defender la servidumbre, es decir, mantener y restituir su ejercicio. Es una acción de condena, aunque la declaración del derecho queda implícita en ella. Permite defender la servidumbre frente a los actos lesivos (oposición, perturbación o contradicción) o la simple amenaza. La agresión puede ser material o jurídica (pretender el otro propietario la libertad del dominio a través de la negatòria).

Bajo la ley 22/2001 el plazo de prescripción de la acción confesoria era de treinta años contados a partir del acto obstativo. Se planteaba una descoordinación con el art. 2.5 de la ley 13/1990 que fijaba el plazo de prescripción de la acción negatoria en cinco años, contados desde el momento en que el propietario tiene conocimiento de la perturbación ilegítima. Antes de que el Código abriera una nueva vía, el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya había tenido que salvar la situación limitando el plazo de cinco años a la defensa contra las inmisiones, pero extendiendo a treinta años el plazo de la negatoria si constituía el reverso de una acción confesoria⁶¹.

servidumbre que legalmente viene reconocida y lo que reconoce la sentencia es ese derecho, que le es negado de contrario, a fin de que los propietarios puedan establecer esa servidumbre de paso”.

60 AAP de Barcelona núm.259/2005, de 17 de noviembre (JUR 2006\4251), FD 2º: “ En segundo lugar, y por lo que se refiere a la indemnización, no se puede apreciar que la sentencia reconozca sin más a la parte actora la condición de acreedora porque esta sentencia no establece una condena independiente y susceptible de ser exigida al margen de la constitución de la servidumbre. En este sentido debe rechazarse la alegación de que, al declarar la sentencia la existencia de la servidumbre le está reconociendo el derecho a la indemnización, indemnización que procede por haberse declarado esa afectación, porque, por un lado, lo que determina la obligación de satisfacer la indemnización, y el correlativo derecho a su percepción, no es aquella declaración sino la efectiva constitución de la servidumbre. Y de este precepto se desprende que la indemnización tiene por objeto compensar los perjuicios que el establecimiento de la servidumbre constituida va a producir, perjuicios que se concretan en el valor del terreno que va a quedar afectado por el determinado paso y que, por tanto, no derivan del reconocimiento judicial del derecho a exigir y obtener ese paso o de la mera declaración genérica de existir una servidumbre legal forzosa, existencia que por otra parte viene determinada por la ley. De igual manera, y conforme al precepto transcrito, será cuando se constituya efectivamente la servidumbre, esto es, cuando se determinen las características y el lugar por el que ha de transcurrir ese paso, cuando podrá fijarse la indemnización ya que es en este momento cuando se conoce cual es el exacto y concreto terreno afectado y se puede calcular su precio” (Ponente: Ilma. Sra. D^a. Laura Pérez de Lazarraga Villanueva).

61 Véanse las STSJC núm. 24/2002, de 16 de septiembre (RJ 2002\9541) y STSJC núm. 31/2002, de 14 de octubre (RJ 2003\651). El FD 6º de la primera se inclina por la interpretación sistemática de la ley para salvar el vacío derivado de la descoordinación entre los mencionados plazos: “Si ens atenem a una interpretació sistemàtica de la Llei 13/1990, s’observa inicialment que es regula l’acció negatòria en el seu capítol 2, que s’intitula «De l’acció negatòria i les immissions», mentre que el dret real de servitud es regula en

Actualmente, el art. 544-7.1 CCC admite el ejercicio de la acción negatoria mientras dure la perturbación (salvo que se haya consumado la usucapión, cosa inviable en las servidumbres). En aras a la seguridad jurídica sólo se somete a plazo de prescripción de tres años, la pretensión de indemnización por daños y perjuicios (art. 544-7.2 CCC). En relación con las situaciones nacidas al amparo de la ley anterior, la Disposición transitoria 4ª de la ley 5/2006 establece que la negatoria nacida y no ejercitada antes de su entrada en vigor subsiste si se mantienen las perturbaciones con el alcance y en los términos de la ley 13/1990, pero sujeta al Código lo relativo al ejercicio, duración y procedimiento de la misma. Así, toda acción negatoria deberá ejercitarse en las condiciones temporales del Código y se supera la necesidad de la anterior doctrina interpretativa del Tribunal Superior de Justicia sobre el plazo de la negatoria. En cambio, el plazo de la confesoria se reduce a diez años, correlativo con la extinción por no-uso (art. 561-11.aCCC). Corresponde pues velar por las consecuencias derivadas del transcurso del tiempo a quien pretenda ser titular de la servidumbre, pues transcurridos 10 años no puede defender judicialmente su posición, mientras que el titular pretendidamente sirviente sí puede hacerlo.

El art. 566-13.1CCC indica que el objeto de la confesoria es mantener y restituir el ejercicio de la servidumbre. Habría sido conveniente contemplar claramente la abstención junto con la posibilidad de hacer cesar las amenazas y la caución de lesiones futuras. En cualquier caso, la restitución comprende las conductas positivas o negativas necesarias: la abstención (poner fin a la conducta impeditiva, si perdura el riesgo) o la reposición del estado de cosas, si los actos han concluido pero se mantiene el estado que impide el ejercicio (personalmente o a expensas del demandado). Tampoco se contempla la indemnización de los daños derivados de la lesión, aunque son consecuencia del interés lesionado sobre la finca⁶². El art. 18.1 de la ley 22/2001 sólo legitimaba activamente al titular de la finca dominante (hacía falta extenderla al titular de derechos reales posesorios). Actualmente, la expresión alcanza a todo titular de la servidumbre, siendo legitimado pasivo cualquier persona que se oponga, perturbe o amenace el derecho (propietario o titular de derecho real posesorio de la finca dominante).

el capítol 2 de la mateixa llei, que porta per rúbrica «Servituds». D'aquesta sistemàtica se'n pot deduir que quan el seu article 2.5 estableix la prescripció de l'acció negatòria al cap de cinc anys, ho fa perquè contempla la categoria jurídica que regula el capítol 2 de la Llei, és a dir, les immissions, respecte a les quals es pot considerar correcta la posició que adopta el legislador per la via de la prescripció quinquennal. Es cert que l'article 2.1 de la Llei esmentada permet exercir l'acció negatòria no sols quan el propietari sofreix una perturbació material del seu dret, cas de les immissions, sinó també quan sofreix una perturbació jurídica, com succeeix si un tercer s'irroga en dret real de servitud sobre la seva finca; però en aquest darrer cas l'aplicació de la prescripció dels cinc anys no té cap justificació, (...) especialment si no es perd de vista que l'acció confessoria i l'acció negatòria de servitud són la cara i el revers de la mateixa institució i que, per tant, la manca d'una posició concreta, segons la sistemàtica de la llei sobre la prescripció de l'acció negatòria en relació amb el dret real de servitud, aconsella omplir el buit legislatiu en base a una aplicació analògica de la norma més afí, que no és altra que el termini de prescripció que estableix la llei per a l'exercici de l'acció confessoria, avalada també pels precedents, especialment si no oblidem la importància fonamental que l'article 1,II de la Compilació atribueix a l'element històric a l'hora d'interpretar i d'integrar el dret civil vigent" (Ponente: Ilmo. Sr. D. Lluís Puig i Ferriol).

62 GARRIDO MELERO, M.: «Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña. Comentario a la Ley 13/1990, de 9 de julio de la acción negatoria, las inmisiones, las servidumbres y las relaciones de vecindad», *RCDI*, 1992, pág. 1572; LAUROBA LACASA, M. E.: «Les servituds», *Manual de Dret civil català* (dir. F. Badosa Coll), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pág. 397. Manifiesta opinión contraria, SOLÉ RESINA, J.: *La acción confesoria de servidumbre*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pág. 107.