

Derecho civil III

(Derecho Inmobiliario y Registral)

Asignatura **RB15 Derecho Civil III (2ª parte). Plan 2002**

PRIMERA PARTE DERECHOS REALES

TEMA 1: EL DERECHO DE COSAS	Pág.1
1.- El derecho de cosas.	
2.- La distinción entre relaciones reales y relaciones obligatorias.	
3.- Caracteres esenciales del derecho real.	
4.- Clases de derechos reales.	
5.- El problema de la libre creación de derechos reales.	
6.- Clasificación de los bienes: muebles e inmuebles.	
TEMA 2: LA POSESIÓN	Pág.11
1.- Concepto	
2.- Acepciones del término posesión.	
3.- Los elementos de la posesión	
4.- Fundamento de la protección posesoria.	
5.- Distinción entre la detentación y la posesión.	
6.- Los sujetos de la posesión.	
7.- El objeto de la posesión.	
8.- Significados de la palabra posesión en el Código civil.	
9.- Clases de posesión.	
10.- Adquisición, conservación, pérdida y recuperación de la posesión	
11.- La protección de la posesión: los interdictos.	
12.- Efectos de la posesión.	
13.- Las presunciones posesorias	
TEMA 3: LA PROPIEDAD	Pág.27
1.- Doctrina general.	
2.- Concepto y caracteres.	
3.- La propiedad y la Constitución de 1978.	
4.- Objeto y contenido del dominio.	
5.- Limitaciones del dominio.	
TEMA 4: EL SISTEMA DE ADQUISICIÓN Y TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD Y DE LOS DEMÁS DERECHOS REALES	Pág.37
1. El art. 609 del Código civil español.	
2. La ocupación. Concepto y clases.	
3. La tradición. Concepto y requisitos. Formas.	
4. La usucapión. Concepto y requisitos. Clases. Efectos	
5. La accesión concepto y clases.	
TEMA 5: LA PÉRDIDA Y PROTECCIÓN DEL DOMINIO	Pág.55
1.- Los modos de perder el dominio	
2.- Las acciones protectoras del dominio.	
TEMA 6: LA COMUNIDAD DE BIENES	Pág.62
6.1.- Comunidad de bienes en general. Concepto y clases	
6.2.- La copropiedad	
6.3.- Comunidades especiales	
TEMA 7: LA PROPIEDAD HORIZONTAL	Pág.69
1.- La Ley 49/1960, de Propiedad Horizontal. La Ley 8/1999, de Reforma de la PH	
2.- Naturaleza jurídica. Fuentes legales. Ámbito de aplicación.	
3.- Constitución de la PH: el título constitutivo.	
4.- Los elementos privativos y comunes.	
5.- Derechos y deberes de los propietarios	
6.- Los órganos de la comunidad.	
7.- Extinción de la comunidad.	
8.- Los conjuntos inmobiliarios privados.	

TEMA: 8 EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE	Pág.82
1.- Concepto. Clases. Regulación legal.	
2.- El derecho de sobreelevación y de construcción bajo la superficie.	
3.- El derecho de superficie sobre fincas rústicas.	
TEMA 9: LAS PROPIEDADES ESPECIALES	Pág.88
1.- La propiedad intelectual	
2.- La propiedad industrial	
3.- La propiedad de aguas	
4.- La propiedad minera	
5.- Propiedad rústica - urbana	
6.- La multipropiedad	
TEMA 10: USUFRUCTO, USO Y HABITACIÓN	Pág.95
1.- Concepto, caracteres y especies de usufructo.	
2.- Constitución del usufructo.	
3.- Contenido y límites.	
4.- Ejercicio. Obligaciones del usufructuario y del nudo propietario	
5.- Extinción. Causas y efectos.	
6.- Usufructos especiales.	
7.- Los derechos de uso y habitación.	
TEMA 11: EL DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE	Pág.105
1.- ConceptoFundamento. Caracteres. Elementos	
2.- Clasificación de las servidumbres.	
3.- Constitución y contenido	
4.-Modificación y extinción. Protección de las servidumbres.	
5.-Referencia a las servidumbres legales.	
TEMA: 12 LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA	Pág.124
1.- Los derechos reales de garantía.	
2.-Disposiciones comunes a los derechos reales de garantía en el Código.	
3.-La prohibición del pacto comisorio.	
4.-El derecho real de prenda.	
5.-El derecho de anticresis.	
TEMA 13: LA HIPOTECA	Pág.131
2.- Clases de hipotecas	
3.- Hipotecas especiales	
4.- Los elementos personales de la hipoteca. Capacidad.	
5.- El objeto de la hipoteca.	
6.- Constitución del derecho real de hipoteca.	
7.- Extensión del derecho de hipoteca.	
8.- El pacto de responsabilidad a los bienes hipotecados.	
9.- La compraventa de finca hipotecada.	
TEMA 15: LA HIPOTECA (II)	146
1. Las fases de la hipoteca.	
2. Derechos del acreedor antes del vencimiento de la hipoteca.	
3. La acción real y la acción personal en la ejecución hipotecaria.	
4. Los procedimientos para la ejecución de la hipoteca.	
5. Extinción del derecho real de hipoteca	
TEMA 16: HIPOTECA MOBILIARIA Y LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO	Pág. 152
1.-Concepto y antecedentes de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento.	
2.-Disposiciones comunes a ambas formas de garantía.	
3.- El derecho real de hipoteca mobiliaria	
4.- La prenda sin desplazamiento de la posesión	

Tema 17: LOS DERECHOS REALES DE ADQUISICIÓN Pág.156

- 1.- Concepto y naturaleza
- 2.- Clases.
- 3.- Los derechos de adquisición preferente en el cc
- 4.- los derechos de adquisición preferente en el las leyes especiales.
- 5.- Tanteos y retractos voluntarios.
- 6.- El retracto convencional.

Bibliografía.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil, III, Derecho de Bienes*, Barcelona, 2001.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho civil español, común y foral*. Vol.2 Derecho de cosas Madrid Reus 1987.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil, vol. III, Derecho de cosas*, Madrid, 2002.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Derechos reales* Volumen primero, Posesión y propiedad. Barcelona José Mª Bosch 1991.

LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS: *Principios de derecho civil* T. 5, Propiedad y derechos reales 2ª Madrid Trivium 1997.

MONTÉS PENADÉS, V.L.[et al.], *Derechos reales y derecho inmobiliario registral*, Valencia Tirant lo Blanch 1994.

PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, ed. Bosch 1977-1994

SEGUNDA PARTE

Derecho Registral

TEMA 1: CONCEPTOS GENERALES Pág.1

- §1. La publicidad y el Registro
- §2. El Derecho Inmobiliario Registral

TEMA 2: LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA..... Pág.6

- §1. Evolución de la publicidad inmobiliaria en el Derecho español
- §2. La Ley Hipotecaria y el Código civil
- §3. Los principios hipotecarios.

TEMA 3: ELEMENTOS DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL Pág.13

- §1. La finca en el Registro
- §2. Modificaciones en la finca y rectificaciones en su descripción
- §3. Actos y derechos que tienen acceso al Registro
- §4. El titular registral
- §5. El catastro.

Tema 4: LA INSCRIPCIÓN..... Pág.25

- §1. Concepto y naturaleza de la inscripción.
- §2. El asiento de inscripción.

- §3. Inscripciones constitutivas y declarativas.
- §4. Inscripciones obligatorias y facultativas.
- §5. Inscripción y tradición.
- §6. La inadmisibilidad de los documentos no inscritos: El art 313 LH.

TEMA 5: LOS OTROS ASIENTOS DEL REGISTRO. EXTINCIÓN Y CADUCIDADPág.34.

- § 1.-Las anotaciones preventivas
- § 2.-Las notas marginales
- § 3.-La cancelación
- § 4.-La caducidad
- § 5. -Inexactitud, nulidad y rectificación

Tema 6: LA PRIORIDAD Y EL REGISTRO.....Pág.46.

- §1.- El principio de prioridad registral.
- §2.- El cierre registral.
- §3.- El rango registral.
- §4.- La mutabilidad del rango registral.

Tema 7: LA LEGITIMACIÓN REGISTRAL.....Pág.52.

- §1.- El principio de legitimación o exactitud registral.
- §2.- Consecuencias sustantivas de la legitimación registral: La presunción de veracidad de los asientos del Registro.
- §3.- Las presunciones posesorias
- §4.- Consecuencias procesales de la legitimación registral.
- §5.- Ejercicio de acciones contradictorias del dominio y demás derechos reales inscritos.
- §6.- La usucapión y el Registro de la Propiedad.

Tema 8: LA FE PÚBLICA REGISTRAL.....Pág.62.

- §1. La fe pública registral.
- §2. Condiciones de la protección registral
- §3. El art. 32 LH y la protección del tercero.
- §4. Ámbito de la protección del Registro
- §5. Eficacia y naturaleza de la adquisición en virtud del Registro
- §6. El art. 33 LH y su relación con la Fe Pública registral

TEMA 9: ORGANISMOS DE LA PUBLICIDAD INMOBILIARIAPág.70.

- § 1.- El Registro de la propiedad. La publicidad formal
- § 2.- Los libros del Registro
- § 3.- La práctica de los asientos del Registro
- § 4.- Los medios o instrumentos de la publicidad formal
- § 5.- El Registrador de la Propiedad.
- § 6.- La Dirección General de los Registros y del Notariado.

TEMA 10: PRESUPUESTOS DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL.....Pág.75.

- § 1.- Titulación ordinaria
- § 2.- El requisito del tracto sucesivo

TEMA 11: EL PROCEDIMIENTO REGISTRALPág.79.

- § 1.- El procedimiento registral. Concepto.
- § 2.- La presentación.
- § 3.- La calificación.
- § 4.- Denegación de inscripción.
- § 5.- Faltas subsanables e insubsanables.
- § 6.- Recursos contra la decisión del Registrador

TEMA 12: INMATRICULACIÓN Y REANUDACIÓNPág.87.

- § 1.- Concepto de inmatriculación.
- § 2.- Medios de inmatriculación.
- § 3.- La reanudación del tracto sucesivo.
- § 4.- La doble inmatriculación

Bibliografía

AAVV: Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral. (Coords. López y López y Montés Penadés) , Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994.

CHICO ORTIZ, J. M.: *Estudios sobre derecho hipotecario* 2000.

CHICO ORTIZ, J. M.: *Legislación hipotecaria Comentarios*, 3ª ed 1994

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil, vol. III, Derecho de cosas*, Madrid, 2002.

GARCÍA GARCÍA, J. M: Derecho inmobiliario registral o hipotecario, Tomo I, Madrid, 1988- Derecho inmobiliario registral o hipotecario, Tomo II, El concepto de tercero. Inoponibilidad. Fe pública. Prioridad. Madrid, 1993, Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Calificación, tracto, especialidad y otros principios Tomo III, Madrid, 2003, y Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Tomo V: Urbanismo y Registro, Madrid, 1999

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Derecho inmobiliario registral* 2ª ed. 1991

ROCA I SASTRE, RAMON MARIA: *Derecho hipotecario* Tomo I a VII 1997 8ª ed. 1997.

.

.

Tema 1 EL DERECHO DE COSAS

- §1.- El derecho de cosas.**
- §2.- La distinción entre relaciones reales y relaciones obligatorias.**
- §3.- Caracteres esenciales del derecho real.**
- §4.- Clases de derechos reales.**
- §5.- El problema de la libre creación de derechos reales.**
- §6.- Clasificación de los bienes: muebles e inmuebles.**

- §1.- El derecho de cosas.**

1.- INTRODUCCIÓN.-

El Derecho de cosas o Derechos reales tiene por objeto la resolución de conflictos de intereses entre personas, intereses que recaen sobre la titularidad, utilización o disfrute de los bienes patrimoniales. El Derecho de Cosas gira alrededor del concepto de derecho real, que no aparece definido en el Código civil, aún a pesar de utilizar reiteradamente la expresión derecho real. (Ej. Arts 334, 384, 605, 606,1927...). (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La expresión «Derecho de Cosas», es mas precisa que la de «Derechos reales» ya que ésta última únicamente hace referencia a aquellas situaciones de poder sobre las cosas inherentes al derecho de propiedad en sentido estricto (dominio pleno) y a los demás derechos reales (*iura in re aliena*), pero se dejan fuera aquellas situaciones de poder sobre las cosas que, como la posesión, no implican en principio la existencia de un derecho a favor del sujeto que ostenta el poder. (LALAGUNA)

Etimológicamente Derecho Real proviene del latín *res*=cosa. La expresión **Derecho patrimonial** no puede utilizarse como sinónimo de Derecho de cosas puesto que es para la mayoría de la doctrina una categoría superior que incorpora indistintamente a derechos reales y de crédito; el término **Derecho de bienes** se utilizará como sinónimo de derecho patrimonial

El **derecho real**, es definido por ROCA SASTRE como: «el **derecho subjetivo** que atribuye a su titular un poder que entraña el **señorío, completo o menos, sobre una cosa**, de carácter directo y excluyente, protegido frente a todos, sin necesidad de intermediario alguno inmediatamente obligado, si bien, principalmente en los derechos reales limitados, impone al que en cada momento sea dueño de la misma cosa, un *pati o non facere*¹, posiblemente conectado con un *facere*.»

2.- TEORÍAS SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO REAL.

Para llegar a un concepto de derecho real se han utilizado infinidad de teorías:

A) Teoría clásica fue defendida por RUGGIERO, el cual consideraba que el derecho real supone siempre una **relación inmediata entre la persona y la cosa** o lo que es lo mismo una potestad directa sobre la cosa sin necesidad de intervención de persona alguna. De este concepto clásico se derivó el carácter fundamental del derecho real, el de la *inmediatividad*; pero habiéndose observado que determinados derechos reales, como el de la hipoteca, carecían de este carácter se intentó por la doctrina sustituir el mismo por el de la *inherencia* (tesis de GIORGIANI).

B) Teoría personalista u obligacionista que niega la existencia de relaciones entre las personas y las cosas, de modo que estima que las **relaciones jurídicas solo pueden tener lugar entre personas**, un sujeto activo y un sujeto pasivo, así pues el derecho real se contempla desde el punto de vista negativo, como de abstención u obligación pasiva que impone a todo el mundo el deber de respetarlo y que genera el carácter de derecho absoluto que puede imponerse frente a todos (*erga omnes*).

¹ Tolerar o sufrir y no actuar o no hacer.

C) Teorías eclécticas que han intentado armonizar las anteriores, atribuyéndole al derecho real caracteres de ser una **relación de un sujeto con la cosa** y de una **obligación de contenido negativo** que tienen los extraños al derecho de no invadir aquella relación directa entre sujeto y cosa.

3.- FUENTES.

La regulación de los derechos reales se halla bastante dispersa en nuestro ordenamiento jurídico, así pues podemos encontrarlos en:

a) El Código Civil.- El Código **regula los derechos reales** en el **Libro Segundo** ("De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones") y los **derechos personales, de obligación o de crédito** en el **Libro cuarto** ("De las obligaciones y contratos"); si bien algunas instituciones que pertenecen al grupo de los derechos reales, como la *ocupación* se hallan en el Libro Tercero ("De los diferentes modos de adquirir la propiedad") y otras como las figuras de los *censos* y *los derechos reales de garantía*, en el Cuarto.

El Código civil queda, en palabras de Puig Brutau, como *cuero de derecho común o general* referente a los derechos reales, pudiendo afirmarse que contiene el núcleo principal de esta parte del Derecho.

B) Las Leyes Especiales.-Fuera del código existen numerosas disposiciones sobre los derechos reales en: La Ley de Enjuiciamiento Civil (defensa de la posesión mediante los interdictos posesorios) .La Ley Hipotecaria y su Reglamento. La Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973.Ley de propiedad horizontal. Ley de propiedad intelectual. Ley de propiedad industrial. Ley de aguas

También hay que tener en cuenta una serie de normas de Derecho público como: Ley de Expropiación forzosa. Ley del Suelo. Ley de Aguas. Ley de Montes. Ley de Minas.

C) La Constitución Española.-En la C.E. la principal referencia al derecho de cosas se encuentra en el **art. 33**: «1.Se reconoce el derecho a la **propiedad privada** y a la **herencia** 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social y de conformidad con lo dispuesto por las leyes»

4.- POSICIÓN SISTEMÁTICA DEL DERECHO DE COSAS DENTRO DEL DERECHO CIVIL.

El profesor DÍEZ-PICAZO es el autor de la original construcción de un nuevo plan del Derecho civil, que unifica bajo la denominación de **Derecho Patrimonial** lo que en el plan alemán o de Savigny², constituían por separado los "Derechos reales" y el

²El **plan de Savigny o alemán**, divide al derecho civil en dos partes:

una general que incluye lo relativo a los elementos comunes a todas las figuras jurídicas civiles y, dentro de ella a la persona como sujeto de derecho.

"Derecho de obligaciones y contratos", para ello argumenta que el Derecho de Cosas y el de Obligaciones no son compartimentos estancos de la disciplina normativa de la vida económica, ni siquiera son sectores autónomos o independientes sino que son porciones o fragmentos de una unidad superior llamada Derecho Patrimonial; entendiéndose por Derecho Patrimonial aquella parte del Derecho civil que se dedica al estudio pormenorizado de cada uno de los elementos del patrimonio de la persona.

Así pues el derecho civil quedaría dividido en:

- **Instituciones civiles no patrimoniales:** derechos de la personalidad, derecho de familia
- **Instituciones civiles patrimoniales:** todas las que afectan al derecho de obligaciones, reales o sucesorios.

§ 2.- La distinción entre relaciones reales y relaciones obligatorias.

1.- DERECHOS REALES Y RELACIONES OBLIGATORIAS.

Los derechos reales y los derechos de crédito³ forman las dos grandes ramas de los derechos patrimoniales; las principales diferencias entre ambos tipos de relaciones jurídicas, son las siguientes (CASTÁN):

1.- *Por razón de los sujetos que intervienen en la relación jurídica.-*

En el *derecho real* interviene sólo un sujeto activo individual determinado y un sujeto pasivo colectivo indeterminado, mientras que en el *derecho de obligación*, además de estos mismos interviene un sujeto pasivo individualmente determinado, constituido por el deudor o deudores.

2.- *Por razón del objeto.-*

El objeto del derecho real es generalmente una cosa corporal, específica y determinada, mientras que el derecho de crédito tiene siempre por objeto una prestación o acto de deudor. (vid. art. 1088 C.c:« Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa.»)

Por su contenido. Negativo en los dr y positivo en los dp

3.-*Por razón del poder que atribuyen a su titular.*

El derecho real implica un poder sobre una cosa; el derecho de crédito, un poder o una facultad contra la persona del deudor, para exigirle una prestación de hacer o no hacer. Los derechos reales son derechos de **exclusión**, pues su función se reduce a conceder al titular el poder de no ser perturbado por nadie en el desenvolvimiento de su libre actividad con la cosa. Los derechos de crédito son derechos de **unió**n, que sirven a la cooperación social.

otra **especial**, que a su vez se subdivide en cuatro: derecho de cosas o derechos reales; dcho. de obligaciones, derecho de familia y derecho de sucesiones.

³Los derechos de crédito, de obligaciones o personales, son aquellos que atribuyen a su titular un poder que le permite dirigirse a otra persona y reclamar de ella una acción o una omisión. El paradigma de los derechos personales es el derecho del acreedor a reclamar por ejemplo una suma de dinero. (DIEZ-PICAZO).

4.- *Por su eficacia.*

El derecho real es el prototipo de los derechos absolutos porque puede ejercitarse y hacerse efectivo frente a todos (*erga omnes*). El derecho personal, de obligación o de crédito, es el típico **derecho relativo**, porque solo puede exigirse y hacerse efectivo de la persona del deudor y de sus herederos. (principio de la relatividad contractual, art. 1257 Cc.)

5.- *Por la distinta importancia que la voluntad y la ley tienen en su ordenamiento.*

Los derechos de crédito pueden nacer bajo las más variadas formas y se rigen por el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 Cc.). Los derechos reales por el contrario, toman su configuración de la Ley (dejando a salvo la polémica del *numerus apertus o clausus*).

6.- *Por los modos de originarse:*

Los **derechos de crédito** nacen simplemente del contrato o título. Los derechos reales precisan para constituirse, además del título de un acto ostensible de transmisión de la posesión que se llama *modo o tradición*. Los **derechos reales** además pueden adquirirse por prescripción adquisitiva o usucapión, cosa que no sucede a los derechos de crédito a causa de no ser susceptibles de posesión.

7.- *Por su duración y causas de extinción*

- El derecho real, tiene por lo general naturaleza perpetua, se confirma y consolida por su ejercicio, si bien por recaer sobre cosa determinada se extingue cuando desaparece esta.

- El derecho personal tiene naturaleza transitoria, su ejercicio lo extingue, porque una vez satisfecha la prestación por el deudor desaparece la finalidad del vínculo jurídico.

8.- *Por su protección registral.*

Los derechos reales están amparados por el Registro de la Propiedad, y por lo tanto son inscribibles en el mismo. Por el contrario los derechos personales no son inscribibles.

No obstante esta afirmación no es absoluta, puesto que hay *Derechos reales que no son inscribibles*, (ej. la posesión, los derechos reales sobre bienes inmuebles no susceptibles de tráfico jurídico (bienes de dominio y uso público), la servidumbres legales y el derecho de retracto legal. Y también hay *derechos no reales que son inscribibles*: los contratos de arrendamiento y de opción, las resoluciones judiciales de incapacitación, las prohibiciones de disponer, las anotaciones preventivas en sus varios tipos y las llamadas reservas autenticadas.

2.- SITUACIONES INTERMEDIAS ENTRE LOS DERECHOS REALES Y DE CRÉDITO.

El derecho real, en virtud del principio de la inmediatividad, no necesita ningún tipo de colaboración de otra personas. El sujeto pasivo del derecho real se encuentra colocado en una posición de pura sujeción (*pati*), en la cual solamente tiene que limitarse a tolerar los actos legítimos del titular del derecho. Si fuese necesario para la

efectividad del derecho la colaboración positiva, mediante la realización de una prestación, del sujeto pasivo del derecho, nos encontraríamos ante un derecho de crédito. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Esta regla general presenta una serie de excepciones, de modo que podemos encontrar los siguientes supuestos que figuran intermedias entre derechos reales y de crédito:

a) El «**ius ad rem**», que es una categoría de los derechos patrimoniales, intermedia entre los d.r y los d.c. que no implica potestad inmediata sobre la cosa, pero atribuye mayor poder sobre ella que la obligación y puede convertirse en derecho real bajo determinados presupuestos. Ej. el supuesto de un comprador que tiene preferencia en el caso de una doble venta del art. 1.473 Cc sobre el otro comprador a quien el vendedor le ha entregado la cosa..

b) La situación del comprador con reserva de dominio a favor del vendedor.

c) La protección dispensada a los llamados acreedores de dominio.(Es el supuesto del art. 1094Cc: « El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia».

d) Los llamados derechos reales «**in faciendo**», son aquellos derechos reales que otorgan a su titular el derecho de obtener una conducta positiva, -hacer o dar- del titular de la cosa gravada. El supuesto más común son las cargas reales

Ej. el caso del art. 533 Cc. La servidumbres positivas pueden imponer al dueño del predio sirviente la obligación de hacer algo por si mismo, como sería el caso de quien tiene que soportar una servidumbre de paso y al mismo tiempo tiene la obligación de reparar el camino, o en el caso de aquellos gravámenes (art. 1.604) (censos) que imponen al poseedor de la finca a pagar un canon o prestación periódica.

e) Las llamadas «**vocaciones al derecho real**»; es aquel supuesto en que para la perfecta constitución de un derecho real mobiliario - por ejemplo la hipoteca- se exige su inscripción en el Registro de la Propiedad. En el período de tiempo que media entre la realización del contrato y la inscripción, no puede hablarse todavía de un verdadero derecho real, pero si de un «derecho real» en vías de inscripción que puede ser protegido mediante un especial asiento registral (anotación preventiva), hay por lo tanto una vocación o llamada al derecho real.

F) Las obligaciones **propter rem**: consisten en una especial forma de responsabilidad que afecta al propietario o al poseedor de una cosa. La obligación está a cargo de quien en un determinado momento sea el propietario o poseedor. Dos categorías son: a) las formas de responsabilidad que se conectan con la propiedad de una cosa (art. 1906. 1907 y 1908 cc) b) las obligaciones que surgen en las situaciones de comunidad o de Propiedad Horizontal. Ej. 395 cc obligación de contribuir a los gastos de la cosa común

§ 3.- Caracteres esenciales del derecho real.

El derecho real, como todo *derecho subjetivo*, está integrado por una serie de facultades que la norma atribuye a su titular. Son características comunes a la mayoría de los derechos reales

(DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

• **El principio de la inmediatividad.** Consiste en que el poder que tiene el titular del

derecho real sobre la cosa es inmediato, por cuanto se manifiesta en un **señorío directo**, sin necesidad la mediación o colaboración de otra persona para el ejercicio del derecho. Ej. el titular de una servidumbre de paso puede pasar por la finca gravada con la servidumbre sin que tenga que recabar la colaboración del dueño cada vez que la utiliza.

- **La facultad de exclusión:** Esta facultad tiene dos aspectos, uno preventivo y otro represivo: El primero supone que el titular del derecho puede poner la cosa en tales condiciones que evite la intromisión de terceros (Ej. el propietario de un solar puede vallarlo, art. 388 Cc); en segundo lugar el ordenamiento otorga al titular del derecho una serie de medidas para poner fin, en su caso, a la perturbación del derecho real (Ej. la acción reivindicatoria para defender la propiedad y los interdictos posesorios para defender la posesión).

- **La absolutividad.** El derecho se hace efectivo no solamente frente a un único titular pasivo concreto y determinado, sino frente a cualquier persona que en un momento determinado pueda encontrarse en relación o en contacto con la cosa, por ello se dice que el derecho real es oponible «erga omnes» (frente a todos). (DIEZ-PICAZO)

- **Facultad de persecución (reipersecución):** es la posibilidad legalmente protegida que tiene el titular del derecho de perseguir o ir en busca de la cosa donde quiera que esté o quienquiera que sea la persona que la detente.

- **Facultad de disposición:** Es la posibilidad que tiene un titular de enajenar, ceder o transferir su derecho a terceros; de gravarlo a su vez con otros derechos reales (ej. propietario que grava una finca de su propiedad con un usufructo) o, de extinguirlo con una renuncia.

- **Facultad de preferencia o prioridad:** consiste en que entre varios derechos reales concedidos por un mismo titular, de la misma naturaleza e incompatibles entre si, el adquirido anteriormente prevalece y excluye al posterior (*prior tempore, potior iure*⁴). Ej. la doble venta del art. 1.473 Cc.

4§. Clases de derechos reales.

La doctrina realiza la siguiente clasificación de los derechos reales (CASTÁN):

- Sobre **bienes inmateriales** como la propiedad intelectual y la propiedad industrial y sobre bienes materiales. (el resto)

- Derechos reales de **protección provisional**, como es el caso de la *posesión* y de **protección definitiva** como el dominio o propiedad y los derechos reales en cosa ajena o limitativos del dominio.

4.1. Los derechos reales en cosa ajena

- Dentro de los **derechos reales en cosa ajena** se distinguen los siguientes grupos:

- a) **Derechos reales de goce o disposición o disfrute,-** Los derechos de goce se

⁴ Primero en el tiempo, preferido en derecho

constituyen sobre la base del dominio pleno, atribuyendo a otra persona alguna o varias de las facultades de goce o disfrute que lo integran y que permiten gozar, disfrutar, utilizar o aprovecharse de la cosa ajena .

En este grupo se incluyen los derechos de: *usufructo, uso y habitación, servidumbres, censos, enfiteusis y el derecho de superficie.*

b) **Derechos reales de garantía.**- Es el poder otorgado sobre una cosa ajena de forma que si se incumple una obligación, la cosa objeto de este derecho podrá ser vendida para cobrar la obligación insatisfecha: *prenda, hipoteca y anticresis.* Asimismo habría que incluir los derechos de *hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.*

c) **Derechos reales de adquisición preferente.** son los que atribuyen la facultad de adquirir una cosa determinada con preferencia a terceras personas: *tanteo, retracto y opción.*

§5.- El problema de la libre creación de derechos reales.

Un problema que se presenta en nuestro derecho positivo, es el de si los derechos reales reconocidos por el mismo constituyen una lista cerrada (*numerus clausus*) o si por el contrario cabe la posibilidad de que los particulares puedan crear nuevos tipos de derechos reales (*numerus apertus*)

- La teoría del *numerus clausus*, tiene su origen en el Derecho romano, donde el número de los derechos reales era cerrado: no hay más derechos que los regulados por la ley; de modo que los particulares no pueden crear, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, nuevos tipos de derechos reales. Los defensores de esta teoría alegan que el restringir el número de derechos reales evita la aglomeración de clases, lo cual sirve a los intereses de la «seguridad jurídica» y la claridad. Hay códigos civiles como el Argentino que prohíben expresamente la creación de nuevos derechos reales (art.2.502).

- Teoría del *numerus apertus*, cuyo origen está en el Derecho germánico: la voluntad de los sujetos puede crear a su arbitrio nuevos tipos de derechos reales. Alegan para ello que la actividad legislativa va siempre por detrás de la vida real y de las necesidades actuales de los sujetos. Sus partidarios argumentan a su favor:

1º.- En que es posible crear nuevos derechos reales por aplicación del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 Cc).

2º.- En lo establecido en el art. 2-2º de la Ley Hipotecaria, que establece que **son inscribibles** los derechos de: «usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y **otros cualesquiera derechos reales.**»

3º.- En el art. 7º del Reglamento Hipotecario que aclara el alcance del art. 2-2º diciendo que «...no sólo serán inscribibles los títulos en que se declare, constituya o reconozca, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier **acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho** modifique desde luego o en lo futuro alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles inherentes a derechos reales.»

La mayoría de la doctrina estima que nuestro ordenamiento acepta el sistema de

libertad en la constitución de derechos reales y modificación de la fisonomía de los establecidos en la ley; PUIG BRUTAU matiza esta afirmación y dice que si bien nuestra legislación no dispone que la relación de derechos reales sea una serie cerrada, la creación de nuevos derechos de esta clase tropieza con límites institucionales bastante rigurosos; la doctrina y la jurisprudencia por su parte han sido siempre poco proclives al criterio del «*numerus apertus*».

La doctrina de la **Dirección General de los Registros y el Notariado**, si bien autoriza el *numerus apertus*, sin embargo adopta un criterio restrictivo respecto de la elaboración de derechos reales por los particulares, su orientación se resume en que:

1º.- No se autoriza la creación de cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y los efectos de un derecho real.

2º.- La ley permite **crear otros derechos reales** de igual naturaleza a los enumerados por la ley y **modificar** a los existentes.

3º.- El nuevo derecho real o la modificación del existente deberá contar con los **requisitos de fondo y forma** que se impone a todo derecho real, para que tenga las características externas y aparentes para que:

a).- los hagan trascendentes a aquellas terceras personas que no participaron en el negocio de su creación.

b).- que puedan ser inscribibles en el Registro de la Propiedad.

§6.- Clasificación de los bienes: muebles e inmuebles.

6.1.- Los bienes.

El concepto de bien recibe en el lenguaje jurídico un significado muy amplio, como sinónimo de toda realidad corporal o ideal que puede proporcionar una utilidad o contribuir a la satisfacción de una necesidad. Los bienes pueden ser cosas corporales o incorporeales susceptibles de transacciones (ej. propiedad intelectual, industrial etc.) (MONTÉS)

En el Código civil no hay una clara distinción entre cosas y bienes. Al bien o cosa se le exigen una serie de requisitos (MONTÉS):

a) Que sea **susceptible de apropiación** (art. 333 cc):«Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles.». Esta cualidad se refiere a que la cosa o bien pueda ser sometida a la voluntad del hombre, lo que significa que la cosa o bien pueda producir alguna utilidad. Es decir que ha de ser algo susceptible de dominación patrimonial o señorío económico.

b) Que tenga una **valoración económica**, por lo que no se integrarán en el patrimonio los bienes no pueden ser objeto de valoración como los derechos de la personalidad (vida, honor, imagen, etc)

En el Código civil aparecen las siguientes categorías de bienes:

a) Bienes fuera del comercio y cosas dentro del comercio.(*res extra o intra commercium*)

Normalmente hay confusión entre **cosas fuera del comercio** y **cosas de tráfico prohibido** o **restringido**, las primeras están absolutamente fuera del tráfico patrimonial y no pueden integrar el patrimonio de ninguna persona. Las segundas, aunque su tráfico

está prohibido, sin embargo están dentro del patrimonio de alguna persona (ej. derecho de uso y habitación). Las de tráfico restringido (ej. las armas), se pueden transmitir siempre que se cumplan los requisitos exigidos por la ley. (SÁNCHEZ CALERO)

b) Bienes públicos y bienes privados.

Esta distinción aparece recogida en los arts. 338 y 339 cc, donde se incluyen los bienes destinados al *uso público*, que se integran con los que los arts. 343 y 344 califican como bienes de uso público de las provincias y de los pueblos.

Son cosas de **dominio público** las que perteneciendo al Estado o Entidades Públicas están **destinadas al uso o servicio público** y las que, a pesar de no estar destinadas al uso o servicio público pertenecen al Estado si una Ley les confiere expresamente tal carácter (art.1 Ley Patrimonio del Estado).

Los bienes que pertenecen al Estado, según el art. 340 cc, también pueden tener carácter privado (privado del Estado), estos bienes se les denomina **patrimoniales**. (Art. 343 cc).

• Son **bienes de propiedad privada**, además de los patrimoniales del Estado, de la provincia y del Municipio, los pertenecientes a los particulares, individual o colectivamente.

c) Bienes muebles e inmuebles.

En principio esta distinción no se aplica más que a las cosas corporales o materiales respecto de las que puede existir un derecho real. El criterio utilizado tradicionalmente por la doctrina ha sido el de que son **bienes muebles** aquellos que son susceptibles de desplazamiento, de traslado de un lugar a otro. Los **bienes inmuebles** son los que no pueden ser objeto de traslado puesto que se encuentran fijos al suelo. (MONTÉS)

Normalmente los bienes inmuebles son los de gran tamaño y valor, por el contrario los muebles son de pequeño tamaño y de menor valor, se incluyen dentro de este concepto el dinero y las alhajas. Esta tradicional distinción entre muebles e inmuebles ha ido modificándose de manera que determinados muebles reciben la consideración que los inmuebles (aviones y buques pueden hipotecarse), con lo que el criterio de distinción está en relación no tanto en su no movilidad como en su fácil identificación. (MONTÉS)

La diferencia entre muebles e inmuebles comporta una serie de consecuencias en relación al régimen de tenencia, disfrute, transmisión y garantías que pueden constituirse sobre tales bienes. (MONTÉS)

1.- LOS BIENES INMUEBLES

Según el art. 334 cc: «Son **bienes inmuebles**:

1. Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo.
2. Los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble.

3. Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto.

4. Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo.

5. Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma.

6. Los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella de un modo permanente.

7. Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse.

8. Las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanece unida al yacimiento y las aguas vivas o estancadas.

9. Los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa.

10. Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

La doctrina clasifica los bienes inmuebles contemplados en el anterior precepto en cuatro grupos (CLAVERÍA):

a) **Inmuebles por naturaleza:** a este grupo pertenecen el suelo, mencionado como «tierras» en los núms. 1 y 8 art. 334: las tierras, minas canteras....

b) **Inmuebles por incorporación:** a este grupo pertenecen los bienes mencionados en el resto del nº1, y en los nº2 y 3º del art. 334. Se trata de objetos **adheridos de modo fijo al suelo**, de modo que más que bienes son partes integrantes de bienes, su condición de inmuebles dura desde su incorporación efectiva y dura hasta su separación.

c) **Inmuebles por destino:** a este grupo pertenecen los objetos mencionados en los núms.4º,5º,6º,7º y 9º, se trata de muebles por naturaleza pero que por haber sido destinados por su propietario o titular al servicio de un inmueble reciben, a ciertos efectos, tratamiento jurídico de bien inmueble y siguen al inmuebles en los negocios en que éste ve afectado.

d) **Inmuebles por analogía:** a este grupo pertenecen las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, todas estas figuras aparecen contempladas en el nº 10 del art. 334 y se asimilan a los inmuebles a los efectos de aplicación de su régimen jurídico, aunque son bienes de naturaleza incorporal o derechos.

2.- LOS BIENES MUEBLES.

Según el art. 335 cc: «Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos.»

En este precepto se combinan dos criterios, el de la **movilidad** y el de su carácter **residual** en relación con al art.334 cc.(MONTÉS).Así pues son bienes muebles todos aquellos bienes apropiables que no menciona el art. 334, sean corporales o incorporales (como los fluidos y las energías, o la propiedad industrial o intelectual, acciones, participaciones en empresas, etc.).(CLAVERÍA)

Tema 2 LA POSESIÓN

- § 1.- Concepto
- § 2.- Acepciones del término posesión.
- § 3.- Los elementos de la posesión
- § 4.- Fundamento de la protección posesoria.
- § 5.- Distinción entre la detentación y la posesión.
- § 6.- Los sujetos de la posesión.
- § 7.- El objeto de la posesión.
- § 8.- Significados de la palabra posesión en el Código civil.
- § 9.- Clases de posesión.
- § 10.- Adquisición, conservación, pérdida y recuperación de la posesión
- § 11.- La protección de la posesión: los interdictos.
- § 12.- Efectos de la posesión.
- § 13.- Las presunciones posesorias

§ 1.- Concepto.

El Código civil se ocupa de la posesión en el Libro II "De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones" en los arts. 430 a 466.

El concepto de la posesión es de aquellos en torno a los cuales se ha levantado más polémica por parte de la doctrina y sobre el que mas dispares opiniones existen.

Poseer tanto en el lenguaje técnico como vulgar significa «tener»; en el lenguaje coloquial se establece un paralelismo entre la posesión y propiedad que no es exacto desde un punto de vista técnico-jurídico. (LASARTE) No es lo mismo pasear con una bicicleta que hemos encontrado en una acera (de la que no somos propietarios) que cuando lo realizamos con la nuestra. Sin embargo en ambos supuestos hay una posesión de la cosa.

JORDANO BAREA, define la posesión como: «**apariencia jurídica de titularidad jurídica real**», como un "equivalente jurídico" interino, provisional, de la misma. Es signo, imagen o visibilidad puramente exteriores de un derecho real, como su reflejo o brillo, con independencia de si se tiene o no. DíEZ-PICAZO Y GULLÓN, utilizan la metáfora de comparar la institución de la posesión con la **cara visible una moneda**. El ordenamiento jurídico al contemplar la posesión, centraría su atención en aquella visible, siéndole indiferente si la moneda en su reverso muestra un derecho o si por el contrario se halla en blanco (carece de derecho).

Esta **apariencia de poder** sobre las cosas del mundo exterior, con independencia de la existencia o no de una titularidad jurídico-real, es **provisionalmente protegida por el Derecho** en tanto no se pruebe su falta de adecuación a la realidad jurídica

La *apariencia provisional de derecho* en que la posesión consiste se **ciñe** al

campo de los **derechos de cosas** (propiedad, usufructo, uso, habitación, ciertas servidumbres, censo enfiteútico, superficie, prenda, anticresis,) y de **algunas relaciones obligatorias** (arrendamiento, transporte, comodato, depósito) que, en definitiva, recaigan sobre el mundo exterior y permitan un ejercicio de hecho con cierta estabilidad o duración semejante a la de los derechos reales.

§ 2.- Acepciones del término posesión.

La doctrina distingue **dos acepciones** de la palabra **posesión** (LALAGUNA):

A) Como parte integrante de un derecho de naturaleza real o personal. (posesión como derecho o « ius possidendi»). La posesión puede ser una de las facultades de las varias que integran el contenido de poder del derecho de propiedad como las de usar, disfruta, disponer o reivindicar. En este sentido la posesión es una **parte del dominio** (*pars dominii*).

La facultad de poseer o «ius possidendi» (derecho “DE” poseer) se pone de manifiesto en el ámbito de las titularidades jurídicas como expresión y consecuencia de un derecho que la contiene y legitima su ejercicio. La posesión puede ser la manifestación no sólo del **derecho de propiedad**, sino de otros **derechos reales** (como la del dueño o la del usufructuario), e incluso de algún **derecho personal** (como el del arrendatario o el comodatario).

B) Como relación jurídica distinta de la propiedad (o posesión como hecho o ius possessionis- derecho A poseer). Con este significado la posesión se valora y protege por el ordenamiento jurídico como una **situación de señorío o poder de hecho** sobre los bienes sin consideración de si tras esa situación hay o no un derecho que legitime el ejercicio del poder en que consiste la posesión. La posesión es un **hecho jurídico**, mero hecho de poseer que **se reconoce y protege por el ordenamiento jurídico** con independencia de la clase de titularidad o derecho que pudiera existir sobre la cosa a la que afecta esa situación de poder.

En este último sentido de la posesión, como **relación jurídica autónoma**, el derecho *a poseer* deriva del hecho, al contrario de lo que ocurre en la propiedad, en que el hecho *de poseer* lícitamente deriva del derecho del propietario.(VALLET DE GOYTISOLO). Este es el significado que domina e inspira el sistema de la posesión en el Código civil: la posesión es una **institución jurídica autónoma**.

La diferencia entre ambos tipos de posesión queda patente en la Exposición de Motivos de la reforma de la Ley Hipotecaria en 1944, cuando dice: «El **derecho a poseer**, como parte integrante del dominio, es un **derecho real** que el Registro debe reflejar y proteger. El mero **hecho de poseer**, en cambio si bien trasciende jurídicamente [ej. protección interdictal], con dificultad adquiere la trascendencia de un derecho real»

§ 3.- Los elementos de la posesión.

Dos son las grandes corrientes doctrinales que han influido en la formulación del concepto de posesión:

A).- La SUBJETIVA , con orígenes en el DERECHO ROMANO, y defendida por **Savigny**, distingue dos elementos en la posesión, el *corpus* y el *animus*, el primero es considerado como el contacto directo con la cosa o tenencia material, el contacto físico con la cosa objeto de posesión, y el *animus* , que es el elemento volitivo, considerado como la pretensión de tener la cosa como dueño y comportarse como tal. (ROCA I TRIAS).

La existencia del *animus possidendi* diferenciaba la posesión en sentido jurídico de la simple retención o detentación material (*possessio naturalis*). Sólo si existen ambos elementos nos encontramos ante la posesión, si solamente tuviéramos el primer elemento (*corpus*) habría simple detentación (no protegida por el derecho).

Así pues POSESSIO= CORPUS + ANIMUS

La posesión respondería a la fórmula $p = c + a$ (c es el *corpus* y a el *animus*), la detentación en cambio sería $d = c$

La teoría de Savigny, de base romanista, tropezó con la dificultad de que ciertos detentadores a pesar de carecer del *animus dominii* gozaban en Roma de protección interdictal como el precarista, el acreedor pignoraticio, el enfiteuta, el superficiario y el secuestrario. .

B).- La teoría OBJETIVA o GERMANISTA, defendida por **Ihering**, es contraria a los planteamientos romanistas de Savigny, y manifiesta que para poseer sólo es necesario el **corpus**, que lleva siempre implícito el *animus*, por lo que detentación y posesión se equiparan.

Su fórmula sería, $p = c$; la detentación no protegida respondería a $d = c - x$, siendo x un factor puramente negativo derivado del ordenamiento jurídico romano que por motivos prácticos negaba la protección interdictal a determinados supuestos y que por ello se convertían en simples detentadores.

C) Los elementos de la posesión en el Código civil.

El Código civil ha querido mantener la tónica de la posesión romana (*corpus + animus*); pero en el fondo sus normas acusan influencias diversas y no se llega a resultados claros y armónicos, puesto que se mezclan principios y conceptos romanos, germánicos y canónicos.(CASTÁN)

JORDANO BAREA, cita el art. 430 a título de ejemplo de intento de integración de ambas doctrinas bajo las clases o especies de «posesión natural» y «posesión civil», a las que concede igual efecto: **la protección interdictal**, derivado del art. 446 del Cc en relación con los arts. 1.651 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil; es decir que aquel precepto establece una diferencia que en verdad no tiene ninguna consecuencia jurídica.

Este mismo autor estima que **los elementos del corpus y el animus son totalmente prescindibles** puesto que son factores que pueden jugar por separado, así pues cabe:

1º.- Una «posesión natural» *corpore solo* (sin *animus*) (art. 430.1) protegida por

los interdictos. (art. 446)

2º.- Una «posesión civil» *animo solo* (sin corpore o inmaterial) 430.1), la del despojado dentro del año siguiente al despojo (art. 460.4) igualmente protegida por los interdictos.

3º.- Una posesión «civilísima», la del heredero que opera automáticamente, sin necesidad material de aprehensión de los bienes hereditarios, es decir *sine corpore*.

El verdadero factor o elemento estructural de la posesión, continua JORDANO BAREA, será *el poder o señorío de hecho sobre las cosas*, entendiendo la disponibilidad de hecho, en sentido social, según la conciencia común o general apreciación de las gentes que integran el grupo de convivencia humana.

Nuestro Código no es ajeno a ese concepto, así se ve reflejado en el art. 460.4, que contempla la posesión *incorporal* del despojado dentro del año siguiente al despojo involuntario sólo se puede explicar por la conservación de ese poder según la conciencia común del grupo social.

Otro claro ejemplo es el caso del art. 461: «la posesión de una cosa mueble - pensemos en un paraguas, una pluma estilográfica extraviados- no se entiende perdida mientras *se halle en poder del poseedor*, aunque este ignore accidentalmente su paradero» En este supuesto faltan tanto el *corpus* como el *animus*, entendido en sentido material o de contacto físico. Es preferible hablar tal como lo hace el Código del «poder del poseedor».

Ej. El mismo poder conserva quien tiene el coche aparcado en la calle, o el que se tiene sobre el chalet que solo se ocupa durante el período vacacional, o el bañista sobre la ropa en la playa, o el viajero sobre su equipaje mientras que está en el coche restaurante.

El **poder del poseedor** como factor estructural decisivo, lo encontramos en la llamada «posesión civilísima» del heredero (art. 440) en virtud del cual el heredero entra inmediatamente en la posesión de los bienes hereditarios sin necesidad de aprehenderlos materialmente.

§ 4.- Fundamento de la protección posesoria.

2.1.- Justificación de la protección posesoria.- IHERING realizó un estudio de las diversas teorías que fundamentan la protección posesoria, haciendo incapié que en dicha protección puede resultar en un principio algo extraño y contradictorio: la tutela de la posesión de quien se apodera ilícitamente de una cosa (ej. el ladrón) y, la desprotección del propietario que reacciona por las vías de hecho frente a quien está poseyendo una cosa suya en contra de su voluntad.

A pesar de ello parte de la base, de que la **posesión es una exteriorización de la propiedad**, por lo tanto un complemento de la defensa de aquella, aunque puede aprovechar lo mismo a un propietario que a un poseedor no propietario.

MESSINEO justifica la tutela de la posesión por virtud del **principio de la protección de la apariencia de los derechos** y también por virtud del **principio de respeto al orden constituido**, evitándose al mismo tiempo la violencia y tutelándose la apariencia jurídico- real.

2.2.- La posesión como hecho y como derecho.- Desde Roma se ha cuestionado la *naturaleza jurídica* de la posesión, sin que haya habido consenso sobre si la posesión es un *hecho* o un *derecho*, la doctrina según *CASTÁN* se ha dividido en los siguientes grupos:

a) *Consideración de la posesión como un simple hecho:* alegan que la posesión se basa en circunstancias materiales y se protege sin consideración a que exista o no un derecho de que es apariencia el derecho y aun en el caso de que sea injusta.

b) *Consideración de la posesión como un derecho (Ihering):* La posesión reúne las características de un derecho subjetivo (como señorío de la voluntad reconocido por la ley o como interés protegido por ella), constituyendo una relación tutelada por el Ordenamiento jurídico, aun contra el verdadero propietario de la cosa.

c) *Teoría del doble carácter de la posesión: (Savigny)*, esta es una teoría conciliadora y la que más predicamento tiene entre los civilistas, y mantiene que la posesión **originariamente** no es más que un **hecho**, pero **a la vez es un derecho** puesto que el ordenamiento jurídico vincula a la posesión una serie de consecuencias legales derivadas de ella. Se protege a todo poseedor frente a quien perturbe su posesión. Ello configura el derecho a seguir poseyendo (*iuss possessionis*) hasta que el otro le venza. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN) Ej. Quien posee una bicicleta que se encontró en la calle, tendrá derecho a poseer la misma, incluso frente al verdadero propietario hasta que sea vencido en juicio.

Este derecho (*iuss possessionis*) es provisional, transitorio puesto que cede frente al que tiene derecho a poseer (*ius possidendi*) y ejercita su derecho frente al poseedor que sólo tiene derecho a exigir poseyendo. Ej. Quien se encontró la bicicleta, y la posee como dueño (por creer que había sido abandonada) tiene derecho a defenderse frente a cualquier persona frente a la perturbación. Pero si quien reclama la bicicleta es el verdadero propietario no podrá alegar *iuss possessionis*, puesto que el derecho a poseerla del dueño (*ius possidendi*) deriva de un título de adquisición de superior categoría como lo es el derecho de propiedad.

§ 5.- Distinción entre la detentación y la posesión.

La **detentación** es un hecho material desprovisto de toda significación jurídica, si bien la detentación es la base física o material de la posesión. La diferencia entre la detentación y posesión, radica en que la **detentación** es un **hecho natural** y que la **posesión** es un **hecho jurídico**. (LALAGUNA).

En el régimen del Cc el concepto de posesión no significa que todo momento se tenga la tenencia material o efectiva. De manera que se puede conservar la condición de poseedor aunque se pierda la tenencia material. (Art. 460.4º) «El poseedor puede perder su posesión ...4º por la posesión de otro [detentación] aun contra la voluntad del antiguo poseedor si la nueva posesión hubiese durado más de un año» El dato temporal-el transcurso de un año- es lo que permite distinguir la posesión de la mera detentación, durante ese tiempo ni el verdadero poseedor pierde la posesión de la cosa ni el detentador la adquiere. (LALAGUNA).

§6.- Los sujetos de la posesión.

El poseedor de una cosa puede ser tanto una persona física como jurídica. En cuanto a estas últimas el art. 38 cc, establece que: «las personas jurídicas pueden adquirir y poseer toda clase de bienes».

En relación a las **personas físicas** el art. 443 establece que «los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas; pero necesitarán de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor» La explicación a la posibilidad de menores e incapacitados se encuentra en el art 438, puesto que la posesión puede adquirirse por «la ocupación material de la cosa o derecho poseído» (PUIG BRUTAU)

El sujeto de la posesión puede ser plural, es decir que varias personas tengan con ánimo de dueño una cosa o que disfruten de un derecho. Esta situación tiene lugar en la comunidad de bienes. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

§7.- El objeto de la posesión.

De acuerdo con el Código civil son susceptibles de posesión, tanto las cosas como los derechos. En ese sentido el art 437 establece que « Sólo pueden ser objeto de posesión las **cosas y derechos** que sean **susceptibles de apropiación.**»

1.- LA POSESIÓN DE COSAS.

Las cosas apropiables en el sentido del art. 437 son todas aquellas que pueden objeto de titularidad privada y que se encuentran *intra commercium*. En un primer sentido parece que cuando el art. 437 habla de **cosas** se refiere en principio a cosas **materiales**, consideradas individualmente; asimismo puede referirse a parte de una cosa que pueda ser tratada jurídicamente de forma autónoma (ej. un apartamento en relación a un edificio), también pueden detentarse conjuntos o pluralidades detentadas globalmente, así como las universalidades, como sucede con la herencia en relación con el art. 440 Cc.(COCA PAYERAS).

En cuanto a las **cosas inmateriales**, o bien se trata de la posesión de derechos, como sucede en los casos de propiedad intelectual e industrial o bien se trata de los productos del ejercicio de estos derechos y entonces la posesión tiene como objeto la obra producida (ROCA TRIAS)

En cuanto a las cosas no susceptibles de apropiación, no cabe la posesión sino la detentación. Las cosas inapropiables, los son por naturaleza (el aire) o por resultar fuera del comercio, como sucede con los bienes públicos.

2.- LA POSESIÓN DE DERECHOS.

Si el objeto de la posesión es una cosa, su contenido lo proporciona su detentación. Por el contrario el contenido de la posesión de los derechos lo proporciona su ejercicio (ROCA TRIAS) . La doctrina estima pueden ser objeto de posesión los **derechos patrimoniales**, y dentro de estos aquellos susceptibles **de ejercicio duradero y reiterado.** (ALBALADEJO).. Pueden ser objeto de posesión los siguientes:

- Los **derechos reales** de **goce** (propiedad, usufructo, uso y habitación, servidumbres, censos, y superficie) y **garantía**, (prenda y anticresis) salvo el caso de la hipoteca, ya que este derecho real no supone el desplazamiento de la posesión a manos del acreedor hipotecario. Tampoco es susceptible de posesión el derecho de retracto, puesto que se agota en un sólo acto.

- Algunos **derechos de crédito**, como el **arrendamiento**, el **comodato** y el **depósito**, puesto que permiten el ejercicio reiterado de un poder sobre la cosa objeto del contrato. No son susceptibles de posesión los derechos de tracto único.(LACRUZ)

§ 8.- Significados de la palabra posesión en el Código civil.

La palabra posesión tiene muy diferentes significados dentro del Cc. (LALAGUNA)

1º.- *La posesión como parte del contenido de un derecho.* En distintos lugares del Cc se hace referencia a la posesión en el sentido de facultades o poderes que implican la posesión como contenido de un derecho de carácter real o personal. (Ejs. Art. 1863 en relación a la prenda, el art. 348 incluye el derecho de gozar como equivalente a poseer dentro de la propiedad, el art 480 habla de la posibilidad de aprovechar la cosa usufructuada como equivalente de posesión de la misma, etc).

2º.- *La posesión como modo de adquirir.* La posesión es un modo de adquirir o el resultado de la adquisición de un derecho. En el art. 1462, relativo a la tradición, al hablar de la entrega de la cosa vendida, se habla de ponerla en poder y posesión del comprador. En el art. 609 se alude a la posesión cuando se menciona la tradición. En estos casos la posesión no es una relación jurídica autónoma sino una situación jurídica inserta en un fenómeno de un cambio de titularidad.

3º.- *La posesión como clave de solución de un conflicto de adquisiciones.* En el supuesto del art. 1473 cc, la posesión es tenida en cuenta como uno de los criterios de solución del conflicto entre dos adquirentes del derecho de propiedad en el supuesto de doble venta.

4º.- *La posesión como base de un proceso de adquisición a “non domino”* . En estos casos la continuación de la relación posesoria durante un cierto tiempo y con los requisitos legales exigidos, produce la prescripción adquisitiva o usucapión.

5º.- *La posesión como relación jurídica autónoma.* Dentro del Libro II del Código, en el Título V, dedicado a la posesión, se habla en algunos lugares de posesión sin ninguna clase de determinaciones ni adjetivos. Este es el sentido que importa tener en cuenta al tratar de fijar el concepto de posesión en general. A esta posesión en sentido genérico se le atribuye el efecto o consecuencia de la **protección interdictal**.

§ 9.- Clases de posesión.

El Código civil regula las siguientes **clases de posesión**, a cada una de las cuales se le atribuye determinados **efectos**.

1.- POSESIÓN NATURAL Y POSESIÓN CIVIL

Se halla contenida en el art. 430 Cc: «**Posesión natural** es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. **Posesión civil** es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho. como suyos.»

Según CASTÁN los redactores del Código al definir la posesión civil se han inspirado en la teoría de Savigny, tomando la doble exigencia del *corpus* y el *animus*; si bien esta distinción en principio carece de consecuencias prácticas, en cuanto a su **protección**, puesto que el propio Código prescinde de esta inicial distinción entre posesión civil y natural y les otorga a ambas el mismo efecto: la protección interdictal .

La posesión natural se distingue de la mera detentación, en que : es el hecho jurídico que sirve al poseedor para tener protección interdictal., para Hernández Gil , la posesión la natural es la **posesión sin adjetivos** en la que el poseedor está asistido por los interdictos de retener y recobrar. LALAGUNA nos dice que al posesión natural no es una clase de posesión, sino lo que es la posesión. La posesión natural designa lo que es posesión como puro hecho jurídico, al que se le atribuye por el ordenamiento jurídico el efecto de la defensa procesal mediante interdictos con independencia de que exista una titularidad que confiera el derecho a poseer.

GARCIA VALDECASAS, sostiene que la **posesión civil** es la posesión de una cosa en concepto de dueño, o de un derecho como titular del mismo; sin embargo la **posesión natural**, no es como del art. 430 parece deducirse, una posesión carente de elemento intencional (*animus*) pues toda posesión lo implica. Lo que ocurre es que en la posesión natural a diferencia de la civil , la intención es solamente la de poseer la cosa o el derecho reconociendo en otra persona la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho. **Posesión natural**, es por tanto, la posesión de un cosa en concepto distinto al titular del mismo. La misma distinción se produce si bien en con otras palabras en el art. 432. La diferencia entre ambos tipos de posesión es importante, porque solo posesión de la cosa en concepto de dueño-o civil- (art. 447) puede conducir a la usucapión o prescripción adquisitiva del dominio.

Según Díez-PICAZO Y GULLÓN, la diferencia entre ambos tipos de posesión carece de importancia a los efectos de su protección, puesto que todo poseedor tiene derecho a la protección interdictal. Por el contrario tiene gran importancia a los efectos de adquisición de la propiedad por medio de la *prescripción adquisitiva o usucapión*, ya que solamente el poseedor civil puede usucapir. Quien posee como dueño puede convertirse en dueño por medio del transcurso de los plazos señalados por la ley, incluso quien no es verdadero dueño, como quien compra una finca a quien no es el primitivo dueño puede llegar a convertirse en propietario por el transcurso del tiempo.

2.- POSESIÓN EN CONCEPTO DE DUEÑO Y EN CONCEPTO DISTINTO DEL DE DUEÑO.

Según el art.432 Cc: «La posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de **dueño** o en el de **tenedor de la cosa o derecho** para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona.»

La expresión en concepto de dueño es equívoca en cuanto a su literalidad, puesto que parece sólo referida al poseedor que se comporta como propietario. El equívoco se repite en el art. 447 al asociar a la posesión en concepto de dueño la cualidad de título para la adquisición del dominio que se produce por prescripción: «Sólo la posesión que

se adquiere y disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio»

La posesión en concepto de dueño sirve de base para adquirir por prescripción, no sólo el derecho de dominio sino otros derechos reales (arts. 1940 y 1941 cc), por lo que la expresión en concepto de dueño ha de entenderse como equivalente a «posesión en concepto de titular de un derecho real» (LALAGUNA). Posee en concepto distinto de dueño el arrendatario o el comodatario ya que no son titulares de un derecho real que pueda usucapirse.

La **posesión en concepto de dueño** (igual que la civil) no sólo tiene la protección interdictal sino que además **sirve de base para la adquisición del dominio y demás derechos reales** mediante la usucapión.

Art. 447 Cc: «Sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio.»

Art.1941 Cc:«La posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida.»

La distinción del art. 432 se encuadra dentro de la posesión civil , es decir que la posesión en concepto de dueño y en concepto distinto de dueño son dos clases o formas posesión civil. (LALAGUNA).

Tiene la cosa en concepto de dueño el poseedor que se comporta como propietario sin serlo, pero que tendrá que devolver la cosa al dueño reivindicante, mientras que el no pueda oponer la usucapión ganada. En concepto distinto de dueño posee el arrendatario que no se comporta como dueño ya que no pretende adquirir el dominio sino disfrutar la cosa en virtud del título que le confiere el contrato de arrendamiento.(LALAGUNA).

La posesión en concepto de dueño será también la que detente el propietario. El tener la posesión en concepto de dueño será lo que permitirá al poseedor no propietario enfrentarse al propietario no poseedor, cuando este último interponga la acción reivindicatoria , solucionandose el conflicto a favor del poseedor en concepto de dueño si la usucapión se llega a consumar.

3.- POSESIÓN EN NOMBRE PROPIO Y POSESIÓN EN NOMBRE DE OTRO . EL SERVIDOR DE LA POSESIÓN.

Esta distinción se basa en la **forma de ejercer** la posesión, y se encuentra regulada en lo arts. 431 y 432, según los cuales: «La posesión se ejerce en las cosas o en los derechos por la misma persona que los tiene y los disfruta, o por otra en su nombre.» y que "la posesión en los bienes y derechos puede tenerse en dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona».

Para algunos autores los arts. 431 y 432 dicen lo mismo aunque utilicen terminología diferente, *dueño* se equipararía a *en nombre propio* y *tenedor de la cosa* que es equivalente a no dueño, equiparándose a *por otro en su nombre*.

Para otro sector doctrinal el art. 432 coincidiría con el 430 Cc, lo que supondría que la posesión en concepto de dueño equivaldría a haber la cosa o derecho como suyos, es decir como propietarios (ROCA I TRÍAS).

Para otro sector doctrinal como GONZALEZ. Y ALGUER incluye estos artículos la teoría alemana del servidor de la posesión: que sería aquel supuesto de aquel que siendo tenedor, no reconoce que tiene derecho a poseer, sino que admite que lo tiene otro. Ej. El trabajador respecto de las herramientas del empresario que utiliza en su trabajo

El servidor de la posesión ejerce la misma en nombre de otro, que es quien la tiene. Las cosas mientras que estén en manos del servidor de la posesión se han de considerar a todos los efectos jurídicos como si estuvieran en manos de poseedor. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Ambos artículos realmente no establecen diferentes clases de posesión sino distintas situaciones en las que el poseedor puede encontrarse respecto a la cosa.

4.- POSESIÓN DE BUENA FE Y DE MALA FE

Al definir el resto de clases de posesión, se ha hecho referencia a las mismas como un señorío de hecho ejercido sobre una cosa, prescindiendo de si existe un título del que nazca el derecho a aquella posesión o que tal poseedor crea que existe. Por el contrario al hablar de posesión de buena o mala **hay que conectar la posesión** ejercida sobre una cosa **con el título del que deriva el ejercicio posesorio**. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

El Código define la **posesión de buena fe** (art.433) desde un punto de vista negativo (ignorancia de los vicios de la adquisición): «Se reputa **poseedor de buena fe** al que ignora que en su título o modo de adquirir existe vicio que lo invalide. Se reputa al **poseedor de mala fe** al que se halla en el caso contrario», al mismo tiempo el art. 1.950 lo enfoca desde el punto de vista positivo (creencia en la legitimidad de esa adquisición).

La posesión de buena fe es una especie de la posesión civil caracterizada por la concurrencia de dos requisitos: título o acto jurídico que aparente una legitimidad, e ignorancia en el poseedor de los vicios que invaliden o hagan ineficaz ésta. Ej. La compraventa es un título que legitima para ejercer sobre el objeto comprado el poder de hecho en concepto de dueño.

La buena fe se presume y por consiguiente no es necesario declararla, en cambio la mala fe es necesario probarla. . La buena fe es requerida durante todo el tiempo en que dura la posesión.(435 cc).

Efectos de la posesión de buena y de mala fe (LALAGUNA):

A) *En la liquidación de situaciones posesorias.*

Cuando se ha sustanciado en juicio un litigio sobre posesión, la situación del vencido en juicio es diferente según haya actuado de buena o mala fe. Se manifiesta ésta en los siguientes aspectos:

- Frutos percibidos: los hace suyos el poseedor de BF, él de MF ha de devolverlos. (451 cc)
- Gastos necesarios para la conservación de la cosa: se abonan a todo poseedor, pero sólo el de BF tiene el derecho de retención hasta que se le satisfagan (art. 455 cc).
- Gastos útiles: sólo se abonan al poseedor de BF que tiene derecho de retención hasta

que se le satisfagan. (Art 453.2º).

-Responsabilidad por deterioro o pérdida de la cosa poseída. Responde el poseedor de MF, no él de BF. (Art. 457 cc).

B) *En la prescripción adquisitiva del dominio y demás derechos reales.*

La BF es un requisito exigido para la prescripción ordinaria, tanto de muebles como de inmuebles.

C) *En la sucesión hereditaria en la posesión.*

El que suceda por título hereditario no sufre las consecuencias de una posesión viciosa (de mala fe) de su causante. Pero la posesión de BF del heredero solo le aprovecha desde el momento de la muerte del causante. (Art. 442 cc).

D) *En la adquisición del dominio de bienes muebles.*

La posesión de bienes muebles de buena fe equivale al título. (Art. 464 cc).

E) *En los conflictos de adquisición de dominio.*

En los supuestos del art. 1473, la propiedad de la cosa vendida a diferentes compradores se transfiere al primero que haya tomado de ella con buena fe, si fuere mueble; y si fuere inmueble la propiedad pertenecerá la primero que haya inscrito su título en el Registro con BF (art. 34 LH) o en su defecto quien de BF sea el primero en la posesión.

5.- POSESIÓN JUSTA (O NO VICIOSA) Y POSESIÓN INJUSTA (O VICIOSA)

Esta clasificación se relaciona íntimamente con el **art. 444** que establece que : «los actos [posesorios] meramente **tolerados** y los **ejecutados clandestinamente** y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con **violencia**, no afectan a la posesión».

Según DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN hay **posesión viciosa** cuando una persona ejerce el señorío

de hecho sobre una cosa, en la que otra se halla, contra la voluntad de este o sin su conformidad. La posesión viciosa supone despojo, violento o clandestino de otro poseedor. Según el art. 444 los actos (posesorios) clandestinos o violentos no afectan a la posesión , se refiere a la posesión que tenía el despojado, conservando el despojado su condición de poseedor, pudiendo de esta forma ejercitar los interdictos posesorios para recuperar la posesión.

La posesión viciosa no destruye el derecho de posesión del despojado ya que puede recobrar el poder de hecho (-la tenencia física-) sobre la cosa, ejercitando el *interdicto de recobrar* dentro del plazo de un año desde que se ha producido el despojo, y desde luego la posesión viciosa no aprovecha para la prescripción ordinaria (si bien si para la extraordinaria)

La posesión clandestina o violenta, en cierto modo se convalida por el transcurso de un año, de acuerdo con lo establecido por el art. 460.4. que menciona como motivo de pérdida de la posesión «la posesión de otro, aún en contra de la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiera durado más de un año»

6.- POSESIÓN MEDIATA Y POSESIÓN INMEDIATA

Una cosa puede ser objeto de dos clases de posesión a un mismo tiempo: la

mediata y la inmediata.

Se denomina *posesión mediata* a aquella que se tiene por medio de la posesión de otro. Un supuesto de poseedor mediato es el nudo propietario con respecto al usufructuario, o el propietario arrendador con respecto al arrendatario, fingiéndose, en estos supuestos que el poseedor mediato también está poseyendo.

Se denomina *posesión inmediata* a la que tiene la persona que tiene un contacto físico con la cosa: el usufructuario o el arrendatario.

7.- POSESIÓN CIVILÍSIMA

Este tipo de posesión aparece regulada en el art. 440 Cc que establece que: « La **posesión de los bienes hereditarios** se entiende **transmitida al heredero** sin interrupción y **desde el momento de la muerte del causante**, en el caso de que llegue a adirse la herencia.

El que válidamente repudia la herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento»

Dentro del fenómeno sucesorio se distinguen tres momentos: 1.La apertura de la sucesión por muerte del causante. 2.La aceptación del llamado a suceder. 3 La toma de posesión de los bienes hereditarios.

La particularidad del art. 440 reside en que aceptada la herencia por el heredero, los efectos de la posesión se retrotraen al momento del fallecimiento, aunque el heredero no hubiese realizado con anterioridad ningún acto de toma o apoderamiento de los bienes. (LALAGUNA). Ej. Si A fallece el 1 de 2000 y B acepta la herencia el 1 de 2001, se entiende que ha poseído desde 2001.

El art. 440 se completa por el 442: «El que suceda por título hereditario no sufrirá las consecuencias de una posesión viciosa de su causante, si no se demuestra que tenía conocimiento de los vicios que la afectaban; pero los efectos de la posesión de buena fe no le aprovecharán sino desde la fecha de la muerte del causante.»

El art. 440 contempla el supuesto de que tanto la posesión del sucesor como la del causante es de buena fe; por el contrario en el 442 contempla la mala fe del causante y la buena fe del sucesor. (LALAGUNA)

Los anteriores preceptos son completados por el art. 1934: «La prescripción produce sus efectos jurídicos a favor y en contra de la herencia antes de haber sido aceptada y durante el tiempo concedido para hacer inventario y para deliberar.»

Este precepto permite la adquisición de la posesión aunque todavía no haya sucesor, puesto que la posesión es requisito indispensable para que se pueda usucapir. De acuerdo con este precepto se puede producir el fenómeno de la usucapición en favor de la “herencia yacente”.(LALAGUNA)

§10.- Adquisición, conservación, pérdida y recuperación de la posesión.

1- ADQUISICIÓN.

Según el art. 438 se adquiere la posesión: «... por la **ocupación material** de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de **quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad**, o por los **actos propios** y **formalidades legales** para adquirir tal derecho»

La doctrina clasifica los modos de adquirir la posesión del art. 438 en originarios y derivativos.

a) Adquisición originaria⁵: Son modos originarios la "ocupación" y la "sujeción a la acción de nuestra voluntad".

1º.- La *ocupación material*, puede referirse a una cosa que no tiene dueño (*res nullius*), en este caso el ocupante adquiere la posesión y la propiedad (arts. 609 y 610); en el caso de que la cosa tenga dueño, el ocupante sólo adquiere la posesión, sin perjuicio de que el anterior poseedor y propietario puede ejercitar un interdicto contra el ocupante. (PUIG BRUTAU)

2º.- *Por el hecho de quedar éstos (las cosas o derechos) sujetos a nuestra voluntad*. Este sería el caso de la aprehensión material de la cosa. (Ej quien recoge un paraguas del suelo y se lo queda)

b)- Adquisición derivativa: "*por los actos y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho*", en este supuesto la posesión se adquiere mediante la transmisión llevada a cabo por el antiguo poseedor; el supuesto más típico de transmisión derivativa es a través de la **tradición o entrega** (vid. arts. 609 y 1.462 Cc), requisito que el art-609 exige conjuntamente con el **título** para adquirir la propiedad.

La enumeración del art. 438 no es completa, ya que fuera de su ámbito existen otros vías para adquirir la posesión, como es el caso de la posesión civilísima del art. 440, en que la posesión tiene lugar **en virtud de la ley**, o por **adquisición judicial**: cabe la obtención de la posesión por esta vía en varios supuestos:

a) Como resultado del denominado *interdicto de adquirir* (arts. 1633-1.650 L.e.c). b) En el caso regulado en el art. 2.056 y ss. L.E.C., que establecen un expediente de "*posesión judicial en que no proceda interdicto de adquirir*" en virtud de sentencia (art. 926 L.E.C.)

c) Los sup

2.- EXTINCIÓN O PÉRDIDA DE LA POSESIÓN:

Según el art..460 Cc: «El poseedor puede perder su posesión:

1.- Por abandono de la cosa. Hay abandono cuando se hace dejación voluntaria de la cosa, con la intención de dejar de ser poseedor. El abandono no se presume, hay que probarlo, por ello el ordenamiento presume en principio la pérdida y considera excepcional el abandono (arts. 615Cc)

2.- Por cesión hecha a otro por título oneroso o gratuito. Se cesa en la posesión cuando se traspa a otro la cosa mediante la tradición, bien sea a título oneroso (compraventa, permuta, arrendamiento, etc) o gratuito (donación).

3.- Por destrucción o pérdida total de la cosa, o por quedar ésta fuera del comercio. En este sentido hay que aplicar lo dispuesto en el art. 1122 Cc «La cosa se pierde cuando perece, queda fuera del comercio o desaparece de modo que se ignora su existencia o no se puede recobrar» En este sentido la pérdida no comprende el simple extravío, ya que el art. 461 Cc. no considera perdida la cosa mueble "mientras la cosa se halle bajo el

⁵La adquisición es originaria cuando se adquiere por si mismo sin la intervención de un tercero que transmita la posesión

poder del poseedor , aunque este ignore accidentalmente su paradero"

El segundo supuesto "por quedar la cosa fuera del comercio", se refiere a aquellos casos en que la cosa quedase fuera de toda comercialidad (drogas, armas...)

4.- Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año», (el plazo del que dispondrá el antiguo poseedor para ejercer los interdictos posesorios), este es el supuesto de la privación ilegal o despojo.

Hasta que no transcurra el año, el poseedor no pierde la posesión, por lo que no cabe entender que el otro, bajo cuyo poder se encuentra la cosa adquiera la posesión sobre la misma antes de ese tiempo. No obstante el detentador aparente- quien no es el verdadero poseedor- puede ejercitar el interdicto de recobrar si es despojado por un tercero.(LALAGUNA)

El Art. 460 Cc ignora el modo más habitual de perder la posesión.: el poseedor que no es propietario puede perder la posesión cuando el propietario ejercita contra él la **acción reivindicatoria**.

3.- CONSERVACIÓN Y RECUPERACIÓN DE LA POSESIÓN

La posesión. se conserva en tanto persisten los requisitos necesarios para su adquisición y hasta que no se producen los supuestos de pérdida. Pero hay cuatro supuestos en que aun faltando el supuesto de adquisición o produciéndose el de pérdida se conserva la posesión:

1.- Art. 461 Cc: La posesión de la cosa mueble no se entiende por perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero

2.- Art. 465 Cc: Los animales fieros sólo se poseen mientras se hallen en nuestro poder; los domesticados o amansados se asimilan a los mansos o domésticos si conservan la costumbre de volver a casa del poseedor.

3.- Art. 466 Cc: El que recupera, conforme a derecho, la posesión indebidamente perdida, se entiende para todos los efectos que puedan redundar en su beneficio que la ha disfrutado sin interrupción [ficción: como si no hubiera habido interrupción]

4.- Art 444 Cc: Los actos meramente tolerados, los ejecutados clandestinamente. y sin conocimiento del poseedor de una cosa o con violencia, no afectan a la posesión.

§11.- La protección de la posesión: los interdictos posesorios.

1.-LA PROTECCIÓN POSESORIA.

La protección de la **posesión** se encuentra regulada en el **art. 446 CC**, que es una disposición general y por los **arts. 1631 y ss.** de la **Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)** que regulan los interdictos.

Ese es el significado del **art. 446 Cc.**: «Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecieron».

Estos medios son los **interdictos** que son acciones destinadas a reponer en la posesión a quien se hallaba en ella y ha sido despojado sin su voluntad y fuera de las vías jurídicas oportunas. Los interdictos se conceden a quien es poseedor sin preguntarle en virtud de que título poseía la cosa (ej. no importa si la compró o la arrendó o se la encontró en la calle y la cogió); **la protección interdictal se concede al mero hecho de tener**. El poseedor por el mero hecho de tener la cosa, con derecho o sin él, está protegido por el ordenamiento en su tenencia, de modo que nadie puede arrebatarle la cosa sin su voluntad (CASTAN).

2.-LOS INTERDICTOS DE RETENER Y RECOBRAR.

Los medios judiciales de defensa posesoria están contemplados en el art. 1651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Se trata de **juicios sumarios** destinados a restaurar la situación posesoria antecedente o a prevenir el despojo: en ellos lo único que se examina es si el reclamante tenía, poseía o no la cosa: si la tenía se ordena su restitución a dicho reclamante, sin perjuicio de que luego , en un juicio ordinario, se compruebe que carecía de derecho a tener la cosa y se le prive de ella por el verdadero propietario.

El **interdicto de retener**, según el art. 1651 de la Lec, procede «cuando el que se halle en la posesión o en la tenencia de una cosa haya sido perturbado en ella por actos que manifiestan la intención de inquietarle o despojarle...» y el de **recobrar** «.. cuando haya sido despojado de dicha posesión o tenencia»

PLAZO : El plazo para la utilización de los interdictos es de un año a contar desde el acto que ocasione la perturbación o despojo, puesto que el art. 460.4CC (a contrario) , establece que durante este plazo el poseedor despojado continúa siendo poseedor, aun cuando ya no tenga la detentación, el contacto físico con la cosa.

De estos arts. se deducen las siguientes consecuencias:

1ª.- Todo poseedor o tenedor que se comporte respecto de una cosa de manera tal que ejerza un poder o señorío sobre ella, aunque en realidad carezca de un genuino derecho sobre la misma (*ius possidendi*⁶) , tiene el de ser amparado (el llamado *ius possidendi*), frente a cualquier perturbación o despojo proveniente de un tercero, sin necesidad de alegar ni probar que se es dueño o que es titular de cualquier tipo de derecho real sobre la cosa, sino que simplemente que se encontraba en posesión o tenencia de la cosa.

2ª.- El ejercicio de la acción de mantenimiento de la posesión (interdicto de retener) o de la reintegración posesoria (interdicto de recobrar) es sin perjuicio de tercero y deja sin prejuzgar la cuestión sobre la existencia de un derecho de propiedad o cualquier otro tipo de derecho real. Este extremo podrá dilucidarse con posterioridad al interdicto en un juicio declarativo. .

Ej. A propietario de un solar no ha ejercido desde más de un año ningún

⁶Para CASTAN, op. cit. pág. 655, el IUS POSSIDENDI es el derecho de poseer anejo , o facultad integrante del dominio y el IUS POSSESSIONIS es el derecho a continuar poseyendo (A posar) como poder de hecho, independientemente del derecho.

acto de posesión sobre el mismo (ni lo ha utilizado para almacenar materiales, ni ha realizado ningún tipo de obras, etc...), es propietario, que por el transcurso de un año ha perdido la condición de poseedor. Por el contrario B ha estado utilizando durante el último año el solar (p.ej. sembrando hortalizas).

Si A despoja a B de la posesión (ej. vallando el solar), B en su condición de poseedor) ejercerá un **interdicto de recobrar** contra A (propietario no poseedor). El interdicto se fallaría a favor de B, puesto que en la protección interdictal no interesa averiguar quien es el titular del derecho, solamente se plantea la cuestión de quien ha estado poseyendo durante el último año. No obstante el hecho de que B venciese en el proceso posesorio, A siempre tendría abierta la posibilidad de ejercer la acción reivindicatoria, que es la que tiene el dueño y conseguiría la devolución de la finca de su propiedad.

§12.- Efectos de la posesión.

Las funciones o efectos que despliega el fenómeno posesorio en nuestro ordenamiento jurídico son las siguientes:

A) **La tutela interdictal:** el poseedor tiene derecho a ser protegido en su posesión en base a lo establecido en los arts. 441 y 446 cc.

B) **Instrumento de publicidad.** La función de la posesión como instrumento de publicidad se manifiesta en un doble aspecto:

1º.- La posesión desarrolla una **función legitimadora**, en cuya virtud «el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la *presunción legal de que posee con justo título*, y no se le puede obligar a exhibirlo» (art. 488 del Cc).

2º.- En determinadas ocasiones o requisitos, los terceros adquirentes, pueden resultar protegidos y mantenidos en su adquisición conforme al art. 464 C.c, siguiendo la máxima que establece que «la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título», lo que supone la irrevindicabilidad de los mismos salvo los supuestos de pérdida, robo o hurto.

C) **Posibilidad de su conversión en propiedad o en el derecho real** de que sea exteriorización (Ej. usufructo, servidumbre, etc) mediante la *usucapio* o prescripción adquisitiva. (Arts. 1.940 a 1960 cc).

La usucapación o prescripción adquisitiva, es una institución jurídica que deriva del Derecho romano, consistente en que el poseedor se convierte en propietario definitivo, si ha poseído de acuerdo con las condiciones establecidas por la ley y durante el plazo marcado en ella. (ROCA I TRIAS). De este modo merced al instituto de la usucapación, la "*apariencia*" posesoria *interina o provisional*, la posesión, se transforma en realidad jurídica definitiva, la propiedad. (JORDANO BAREA).

La prescripción siempre se realizará sobre la base de una posesión en concepto de dueño o de titular del derecho. (arts. 432, 447 y 1.941 Cc)

13 §.- Las presunciones posesorias

El ordenamiento jurídico concede a la posesión una serie de ventajas jurídicas denominadas *presunciones posesorias*; que tienen el carácter de presunciones *iuris tantum*⁷.

A) Presunción de buena fe.- El art. 434 establece la presunción de la BF en todo poseedor: «La buena fe se presume siempre y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba.» Esta presunción de BF es un principio general del derecho que aparece también en los arts 464, 1950 y 1951 cc y en el art. 34 LH entre otros. (ROCA I TRÍAS)

Para probar la mala fe habrá que acreditar : 1º.- Que el poseedor conocía el vicio que invalidaba el título o modo por el que adquirió el derecho que le otorga la posesión de la cosa. (Art. 433) 2º.- Que en el caso de que la buena fe inicial desapareciese, la mala fe sobrevinida requiere que se demuestre al existencia de actos que indiquen que el poseedor no ignora que posee indebidamente (art. 435).

B) Presunción de continuidad del concepto posesorio: la interversión de la posesión.

La fijación del concepto en que se posee se produce en el momento de adquirir la posesión material sobre la cosa. El art. 436 establece que «se presume que la posesión se sigue disfrutando en el **mismo concepto en que se adquirió**, salvo prueba en contrario»

Ej. Quien adquirió la posesión de una cosa como arrendatario en 1990 se presume que en el año 1997 continua poseyendo en el mismo concepto.

El poseedor puede sin embargo cambiar el concepto en virtud del que posee.(ej, el arrendatario compra la finca arrendada y se convierte en propietario), a este cambio de concepto posesorio inicial se le denomina **interversión de la posesión**.

La interversión de la posesión, por ser una excepción al art. 436 ha de ser probada por quien la alega. Además comoquiera que el dueño de la cosa no pierde la posesión hasta que transcurra un año (art. 460.4º), puede defender su posesión mediante el ejercicio de los interdictos. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

C) Presunción de legitimidad de la posesión.

El poseedor en concepto de dueño goza de una presunción de legitimidad de su posesión, según establece el art. 448:« el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título y no se le puede obligar a exhibirlo.»

En el art.38 de Ley Hipotecaria se establece la presunción de quien tiene inscrito

⁷Las presunciones *iuris et de iure* (aunque se demuestre lo contrario) son aquellas no admiten prueba en contrario. Las presunciones *iuris tantum* (mientras no se demuestre lo contrario) que sí que la admiten: el beneficiado con esta presunción no tiene que probar nada, ha de ser la parte contraria, quien impugne la presunción mediante la prueba que contradiga el hecho que se presume.

el dominio de los inmuebles o derechos reales, tiene la posesión de los mismos.

D) Presunción de continuidad en la posesión:

El art. 459 cc establece que : «El poseedor actual que demuestre su posesión en época anterior, se presume que ha poseído también . durante el período intermedio, mientras no se pruebe lo contrario.». Según el art. 466: «el que recupera, conforme a derecho , la posesión indebidamente perdida, se entiende para todos los efectos que puedan redundar en su beneficio que la ha disfrutado sin interrupción».

El requisito para que puedan operar ambas presunciones es que el poseedor lo sea en la actualidad (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

E) Presunción de la posesión de muebles dentro del inmueble que se posee.

Finalmente en el art..449 cc. establece que: «La posesión de una cosa raíz (inmueble) supone la de los muebles y objetos que se hallen dentro de ella, mientras no conste o se acredite que deban ser excluidos.».

Tema 3: LA PROPIEDAD

- § 1.- **Doctrina general.**
- § 2.- **Concepto y caracteres.**
- § 3.- **La propiedad y la Constitución de 1978.**
- § 4.- **Objeto y contenido del dominio.**
- § 5.- **Limitaciones del dominio.**

§ 1.- **Doctrina general.**

1.- EVOLUCIÓN DE LA EXPRESIÓN PROPIEDAD

La palabra **propiedad** proviene del término latino *proprietas*, que deriva de *proprius*, que indica lo que pertenece a una persona, lo que es propio de ella. (CASTÁN).

La expresión propiedad tiene varias acepciones:

- En sentido **amplio**, es toda relación jurídica de apropiación de un bien cualquiera, corporal o incorporeal. Esta concepción admite la *propiedad de cosas y derechos*
- En sentido **más restringido**: es cualquier relación jurídica de apropiación plena o limitada sobre las cosas corporales. Todos los derechos reales están incluidos en esta concepción de propiedad.
- En una acepción todavía **más estricta**: es un derecho real que recae sobre *cosas corporales* y atribuye a su titular un poder general y pleno sobre la cosa. Quedan excluidos de esta acepción todos los derechos reales en cosa ajena. Esta es la acepción más técnica de todas y la que más aceptación tiene entre la doctrina.

La palabra **dominio** deriva de *domo,as,are* que significa sujetar o dominar, de *domus*, casa, de donde *dominus* es el señor de la casa y *dominium* es el señorío doméstico. (CASTÁN)

En Roma *dominium* y *proprietas* tenían un sentido distinto, puesto que el *dominium* era más amplio, abarcando todo aquello que pertenecía al dueño de la casa aunque se tratase de un usufructo. Hoy en día entre propiedad y dominio no hay diferencia de extensión o contenido; el Código civil utiliza ambos términos como sinónimos. (CASTÁN)

2. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Hay dos grandes grupos de teorías que han tratado de encontrar un fundamento racional a la propiedad, según CASTÁN:

A) *Teorías clásicas*: intentan justificar la propiedad por un simple acto individual o social.

Teoría de la ocupación: (GROCIO, PUFENDORF), parten de la hipótesis de que en un supuesto estado primitivo de aislamiento, todos los bienes estaban vacantes (*res nullius*) y la propiedad se adquirió por ocupación legítima.

- Teoría del trabajo: (ADAM SMITH, STUART MILL): justifican la propiedad en la transformación que las cosas de la naturaleza experimentan por el trabajo del hombre.

. Teoría de la convención o del contrato social: (ROUSSEAU, KANT): fundamentan la propiedad en que los hombres se obligan recíprocamente a respetar sus relaciones con las cosas.

- Teoría de la ley: MONTESQUIEU, BENTHAM: la propiedad es obra exclusiva de la ley, sólo ella puede sancionar la renuncia de todos y servir de título para el goce de uno sólo.

B) *Teoría modernas*: intentan una justificación en virtud de un principio de orden racional o bien un principio sociológico.

. Principio de orden racional: las teorías más generalizadas se basan en conceptos tales como personalidad, la libertad humana...

. De orden sociológico: se basan en la utilidad o servicio que la propiedad a la sociedad (Cimbali)

Según LACRUZ, la justificación más ampliamente admitida por la mayoría de la doctrina, es aquella que contempla la propiedad en un **derecho subjetivo privado**, que cumple la función de **proporcionar al individuo la posibilidad de obtener los medios económicos para desarrollar la propia personalidad humana**, es decir para vivir y posteriormente para alcanzar sus propios fines.

§ 2.- Concepto y caracteres.

1.- CONCEPTO DE DOMINIO.

A.1.- En general.

Las definiciones más antiguas de la propiedad eran más bien descripciones del **haz de facultades** reconocidas al dueño y de sus **límites**. Así la definición clásica establece que: la propiedad es el derecho de usar, consumir y disponer de la cosa dentro de lo permitido por las normas jurídicas (*dominium est ius utendi atque abutendi res sua quatenus ratio patitur*).

Los pandectistas alemanes se opusieron a aquella teoría de las diversas facultades del propietario, y desde entonces se viene considerando la propiedad como un abstracto señorío del hombre sobre una cosa o una relación de pertenencia ideal de esta a aquel. El **dominio** ya **no** se contempla como **una suma o reunión de facultades, sino un derecho unitario y abstracto, siempre igual y distinto de sus facultades**, las cuales pueden ser sustraídas al propietario, en mayor o menor medida, sin que por ello pierda la propiedad su integridad potencial y la posibilidad de recuperarlas. (CASTÁN)

En la doctrina española es de destacar la definición de ROCA SASTRE para quien el dominio es *el derecho real que atribuye a su titular el poder o señorío más amplio posible sobre una cosa corporal, dentro de los límites institucionales, con carácter*

plenamente autónomo, perpetuo (en principio), elástico y en parte de contenido discriminable.

A.2.- El concepto del dominio en el Código civil.-

Aquella definición tradicional del derecho de propiedad como una enumeración más o menos amplia de sus facultades la encontramos en los arts. 544 y 545 del **Código napoleónico**: donde se dice que «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa del modo más absoluto, sin otras limitaciones que las legales .., y que nadie puede ser privado de su propiedad más que por expropiación, fundada en causa de utilidad pública y previa la correspondiente indemnización».

La definición del *Code* de Napoleón responde a una **concepción liberal burguesa**, para la que no se concibe ninguna intromisión del Estado ni de los terceros en el dominio, este es un ámbito de inmunidad del individuo frente a cualquier tercero. (LÓPEZ Y LÓPEZ).

En la redacción del **Código civil español**, se sigue la idea de plenitud de facultades, del Code, y así en el art. 348 se establece que: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla»

La definición de propiedad del art. 348, según DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, se caracteriza por reunir tres facultades: de *goce*, de *disposición* y de *reivindicación*. Esta definición ha sido objeto de múltiples críticas puesto que el haz de facultades que corresponden al dueño es mucho más amplio. Por ello doctrinalmente se ha impuesto la definición que establece que la propiedad es el señorío más pleno que se puede tener sobre una cosa. (WOLFF)

La **propiedad** tal como se contempla en el **Código civil** presenta los siguientes **rasgos**. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN):

- *Agrarismo fundamental*.- La propiedad es la propiedad de la tierra y destinada al cultivo. Esta concepción agrarista se opone tanto a las características propias de la propiedad urbana, industrial o incluso ganadera.
- *Liberalismo individualista*: la propiedad del Código es una propiedad de tipo individual, prestándose muy poca atención a la propiedad colectiva.
- *Absolutismo de la propiedad* : la propiedad llega hasta el cielo y hasta lo más profundo de la tierra. El propietario de un terreno lo es de la superficie (art. 350) y de todo , y de todo lo que se adhiere al suelo (arts. 358 y 359).
- *Protección absoluta de ese derecho*: La defensa del *status quo* del propietario es defendida incluso frente a aquellas actividades que pueden generar riqueza y utilidad social. Así pues usufructuarios y arrendatarios, se encuentran en una situación precaria frente al propietario. .
- *Propiedad sometida a un régimen de plena libertad de comercio*: Se trata de suprimir todas aquellos obstáculos que impidan su libre tráfico. En el Código civil hay una prohibición de vinculaciones perpetuas y temporales que excedan el límite de dos generaciones señalado en las sustituciones fideicomisarias (art. 781)

2..- CARACTERES DEL DOMINIO:

Según la doctrina tradicional la propiedad presenta los siguientes caracteres (CASTÁN):

→ Generalidad o absolutividad: la propiedad es el poder más amplio que se puede tener sobre las cosas, comprende la totalidad de las facultades permitidas por la ley.

→ Abstracción: aunque falle alguna facultad, el derecho persiste porque la propiedad tiene una existencia distinta e independiente del número de sus facultades.

→ Elasticidad: las facultades de la propiedad pueden ser objeto de reducciones o ampliaciones, en *cantidad o intensidad* sin que por ello pierda el dominio su naturaleza esencial. Ej. -Cuando se constituye un usufructo o una hipoteca, el dominio se contrae, pero cuando se extingue el usufructo o se cancela la hipoteca, la propiedad vuelve, a expandirse, a restituirse automáticamente a su primitivo estado sin necesidad de un nuevo acto.

→ Exclusividad: permite excluir a cualquier persona de toda relación con la cosa

→ Perpetuidad: el derecho de propiedad está llamado a durar ilimitadamente aunque sea en manos de distintos titulares. Hay autores que matizan este carácter y dicen que el dominio es potencialmente o normalmente perpetuo, puesto que se admite la existencia de propiedad con carácter temporal, o sometido a condición resolutoria.

§ 3.- La propiedad y la Constitución de 1978.

La propiedad aparece regulada en el art. 33.1 de la C.E. que establece que: «Se reconoce el **derecho a la propiedad privada** y a la herencia

2.La **función social** de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3.Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes»

Según MONTÉS PENADÉS, en la CE el Estado reconoce un derecho a la propiedad privada, por lo que una ley que la derogara tendría carácter inconstitucional. No obstante, si bien por vía legal no se puede tocar el principio de propiedad privada, si que se puede regular su contenido, respetando siempre su «contenido esencial.»

Es decir las leyes, respetando el contenido esencial de la propiedad pueden **determinar** las *facultades* que corresponden al propietario o pueden **establecer limitaciones** a la misma o pueden fijar las cargas, deberes y obligaciones que el propietario ha de soportar en virtud de su titularidad y en virtud del bien común (función social). (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN):

Así pues por «función social» de la propiedad debe entenderse que aquella se encuentra subordinada es un concepto jurídico indeterminado, que según DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, se le identifica con al subordinación al interés general o al bien común.

Toda una serie de preceptos, según LACRUZ, enmarcan la declaración constitucional del art. 33 en un contexto social : El 31, relativo al principio de progresividad de los impuestos como medio de redistribución de la riqueza; el art. 38 relativo a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, el 128 que establece que toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada

al interés general....

El marco jurídico de la propiedad en la CE, según MONTÉS PENADÉS, se cierra con la mención a la expropiación forzosa que se realiza en el art. 33.3, donde se recogen dos causas de expropiación:

-La utilidad pública; que se refiere a las exigencias de funcionamiento de la Administración (obras públicas, servicios públicos) o de sus concesionarios..

-El interés social, que es cualquier clase de interés prevalente al individual del propietario.

§ 4.- Objeto y contenido del dominio.

1.- OBJETO DEL DOMINIO:

El objeto del dominio son siempre las **cosas materiales**. Sólo por vía de la analogía se puede hablar de propiedad sobre bienes inmateriales, que las leyes regulan como parte de las llamadas «*propiedades especiales*» (propiedad literaria, artística, científica, industrial) (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Los bienes objeto de propiedad privada habrán de ser susceptibles de posesión. La propiedad recae sobre **cosas determinadas y concretas** y no sobre cosas genéricas (no sobre el Patrimonio), las cuales pueden ser objeto de una relación obligatoria pero no de una real. (CASTÁN)

En el Código civil se distingue entre el **dominio público y propiedad privada**, (art. 338). Son bienes de dominio público los destinados al *uso público* y los que pertenecen *privativamente al Estado*, sin ser de uso común y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional.(art. 339)

La extensión del dominio:

El problema de la extensión del dominio con respecto a los **bienes muebles** no presenta problemas, a diferencia de lo que sucede con los **inmuebles**. En los **bienes muebles** el dominio se extiende sobre la cosa entera pero no sobre el espacio arriba y abajo. En los **inmuebles** la extensión está determinada en sentido vertical, se extiende por el espacio y por el subsuelo. (*Atque caelus et infernus*)

De ahí que pueda prohibirse el sobrevolar una finca o prohibir que se construya un túnel por debajo de la misma. El derecho sobre las fincas, tal como dice JERÓNIMO GONZÁLEZ, presenta su **máxima densidad** en el plano horizontal, donde la facultad de excluir a terceras personas y rechazar sus inmisiones se halla dotada de la máxima energía. Pero a medida que nos alejamos en línea vertical arriba o abajo, se debilitan el poder de hecho del propietario y la reacción jurídica contra las perturbaciones de su derecho

Según la doctrina tradicional el dominio era ilimitado y abarcaba tanto el espacio aéreo como el subsuelo. El Código civil, en su art. 350 recoge esta vieja concepción si bien de forma matizada, puesto que se refiere solamente al suelo y limitandola por determinadas normas: «El propietario de un terreno es dueño de su **superficie** y de lo que está **debajo de ella**, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que

le convenga, salvo las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los Reglamentos de policía».

No obstante, son tan numerosas las excepciones que la regla general del art. 350 queda desvirtuada (CASTÁN).

Así por ejemplo nos encontramos con **Ley de Aguas** (Ley 29/1985, de 2 de Agosto): «Todas las aguas, tanto superficiales como subterráneas, constituyen un recurso unitario subordinado al interés general que forma parte del dominio público hidráulico», o el caso, entre otros de la **Ley de Minas** (Ley 22/1973, de 21 de julio): «Todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos existentes en territorio nacional, mar territorial y plataforma continental son bienes de dominio público...».

En otros preceptos, también puede observarse como la propiedad sobre lo que se encuentra sobre la superficie también está debilitada; en el **Código civil** tenemos el caso del art 592 cc, en el que el dueño de la finca en la que se extienden ramas de árboles vecinos sólo puede reclamar que se corten pero no puede cortarlas. En la **Ley de Navegación aérea de 1961**, se establece que la soberanía del espacio aéreo es del Estado (art. 1) y que los dueños de bienes subyacentes (al espacio aéreo) soportarán la navegación aérea.(art. 4).

Otras disposiciones que inciden en la extensión del dominio son: La Ley 6/1988, de 13 de Abril, sobre **Régimen del Suelo y valoraciones**. El **Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana** (aprobado por RDLeg 1/1992, de 26 de junio.). El art. 16 del Reglamento Hipotecario (modificado por RD 1867/1998) por el que se configura el **derecho de superficie**.

2.- CONTENIDO DEL DOMINIO

El derecho de propiedad se estructura como un **haz de facultades** que envuelve todas las utilidades económicas permitidas por el Ordenamiento Jurídico. Tradicionalmente se ha considerado que dicho haz está compuesto por tres facultades: la de *libre disposición*, la de *goce o disfrute* y la de *exclusión*.

1.- **Facultades de libre disposición**: La facultades de disponer o transferir el propietario su derecho a otra persona ha sido tradicionalmente considerado como una nota distintiva del dominio, pero en realidad la transmisibilidad es una nota común a muchos derechos reales y de crédito.

Normalmente la facultad de disponer se identifica con la de *enajenar*, pero la doctrina incluye como formas del ejercicio de la libre disposición, además del derecho de enajenar, los de gravar, limitar, transformar y destruir.

➔- **ENAJENAR**: en virtud de esta facultad , el propietario tiene la posibilidad de transmitir su derecho a otra persona a *título oneroso* (ej. compra-venta) o *gratuito* (donación), *inter-vivos* o *mortis causa* (herencia), sin perjuicio de limitaciones legales o voluntarias.

→- LIMITAR o GRAVAR: el dueño puede desprenderse de alguna de las facultades que integran el dominio y transferírsela a un tercero, dando lugar a los **derechos reales limitados** o *iura in re aliena*.

→ - TRANSFORMAR: es el poder de variar la naturaleza, forma o destino de una cosa (ej. transformar un solar en una edificación).

→ - DESTRUIR: es el poder de aniquilar o inutilizar la cosa para la función específica que tiene. (*ius abutendi*) Esta facultad ha sido muy criticada por ir contra el fin racional y social que la propiedad debe cumplir y se suele considerar como un abuso de derecho

2.- Facultades de aprovechamiento (goce o disfrute o libre aprovechamiento): esta facultad permite al propietario de una cosa utilizarla directamente para la satisfacción de sus necesidades, según la naturaleza de ésta.

Se descompone en otras tres:

- USO o UTILIZACIÓN de la cosa misma. (*Ius utendi*). Ej. Utilizar un bicicleta.

- DISFRUTE o GOCE, de la cosa, que permite la obtención y apropiación de los frutos, productos y rendimientos económicos. (*Ius fruendi*)

- ABUSAR o CONSUMIR: utilizar las cosas consumibles por naturaleza. (*Ius abutendi*). Ej. Consumir un montón de leña para la calefacción..

Una consecuencia de este grupo de facultades es el **derecho de accesión** que implica la posibilidad de recibir un incremento o disminución de la cosa . Según el art 353 cc:« La propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente.»

3.- Facultades de exclusión. estas facultades son complemento y garantía de las de aprovechamiento, puesto que permiten al dueño impedir la intromisión o perturbación de terceros en la utilización o disfrute de la cosa.

Se descompone en dos:

- Facultad de cercar o cerrar las fincas: Según el art. 388 cc: «todo propietario podrá cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos, o de cualquier otro modo, sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas».

Se refiere este precepto tanto a fincas urbanas como rústicas. En caso de fincas cercadas, la intromisión está castigada por el C. Penal (falta)

- Facultad de deslindar y amojonar. De acuerdo con el art.384: « todo propietario tienen derecho a deslindar su propiedad, con citación de los dueños de los predios colindantes. La misma facultad corresponderá a los titulares de otros derechos reales.»

[Según el art. 2.062 de la LEC: para llevar a cabo el deslinde es necesario citar a los dueños colindantes y demás interesados.

AMOJONAR consiste en señalar los límites de una finca con hitos o mojones (piedra, hierro). DESLINDAR: fijar los límites materiales de una finca, que luego podrán ser señalados mediante mojones.

4.- Facultad de persecución. Esta facultad atribuye su titular la posibilidad legalmente protegida de perseguir o ir a buscar la cosa donde quiera que esté y quienquiera que sea la persona que la detente o la tenga en sus manos. (DIEZ-PICAZO)

§5.- Limitaciones del dominio.

Nuestro ordenamiento jurídico admite la existencia de **limitaciones del dominio** en los arts. 348 Cc «La propiedad.[..], **sin más limitaciones** que las establecidas en las

leyes.[...] » y C.E.- 33.2. La **función social** de estos derechos **delimitará** su contenido, de acuerdo con las leyes

Según DIEZ-PICAZO Y GULLÓN la llamada a las leyes que hace el art. 348, debe interpretarse de acuerdo con lo establecido en el art. 53 CE, que aplicado al derecho de propiedad, viene a decir que el legislador solamente puede **regular el derecho de propiedad** a través de **ley**, ésta además deberá **respetar** el «**contenido esencial**» del dominio. El contenido esencial es aquella parte del derecho subjetivo sin la cual éste pierde su peculiaridad o se desnaturaliza. Se viola este contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. (STC 8 abril 1981)

Además de las **limitaciones legales**, la propiedad, como todo derecho subjetivo, también está sujeta a unos **límites genéricos**, como son la prohibición del *abuso del derecho* y el *ejercicio de la mala fe* (art. 7 Cc). (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Las **limitaciones legales del dominio** pueden recaer sobre las **facultades de uso o aprovechamiento** del propietario bien sobre sus **facultades de disposición**.

Las **limitaciones sobre el uso o goce**→, suelen generar *derechos reales de servidumbre*, aunque no siempre. Es decir que limitaciones del dominio y servidumbres no son términos idénticos.

La **servidumbre**, nos dice CASTÁN, que es una *derogación al régimen normal de la propiedad*, (constituido por la libertad que en ese sentido tienen las fincas). Además, como manifiestan DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, en la servidumbre real siempre hay *un gravamen de un predio en beneficio de otro*, un fundo sirviente y otro dominante (art. 530). El titular del predio dominante está facultado para utilizar de cierta manera el sirviente. En la servidumbre hay un sacrificio de una propiedad en beneficio de otra.

Por el contrario, las **limitaciones** del dominio se imponen por la ley a todos los fundos o fincas que se encuentran colocados en idéntica situación. Al afectar a todas las propiedades por igual, no se puede hablar de fundo dominante ni fundo sirviente. En las limitaciones se coordinan todos los intereses en beneficio de todos los propietarios (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Un ejemplo de limitaciones legales son las mal denominadas servidumbres de luces y vistas de los arts. 581 a 583.

Clasificación de las limitaciones del dominio:

1) - Límites genéricos

Son aquellos que derivan de la naturaleza del derecho de propiedad. Dentro de este tipo de limitaciones de carácter general hay unas de **naturaleza positiva**, afectan al ejercicio del dominio y hay otros de **naturaleza negativa**, afectan a la facultad de excluir.

A) Limitaciones al ejercicio del dominio.- La propiedad se encuentra sometida a los mismos límites que el resto de los derechos subjetivos: la **prohibición del abuso del**

derecho y el ejercicio de la mala fe. (art. 7 cc).

B) Limitaciones a la facultad de excluir. Se limita la facultad de excluir, concediéndose derecho a los extraños, aun sin constituir verdadera servidumbre.

Este es el supuesto del **ius inoqui**.- Según este principio cada uno puede hacer en el fundo de otro lo que a él aprovecha y no daña al fundo. Ej. el espiguelo o facultad de recoger los sobrantes y residuos de cosechas abandonadas por el propietario sobre su suelo; el pastoreo inoquo sobre zonas baldías, etc.

2.- Límites legales o por razón del interés social:

Aunque todas las limitaciones legales obedecen en última instancia al interés social, hay que distinguir entre las que directamente se establecen en **interés público**, que entran en la esfera del *derecho administrativo* y las que se establecen en **interés de los particulares** y que se regulan por el *derecho civil*.

En este sentido el art. 549 establece que: «Las servidumbres impuestas por la ley tienen por objeto la **utilidad pública** o el **interés de los particulares**»

2.1.- LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS POR UTILIDAD PÚBLICA:

Las **limitaciones administrativas** también se conocen con el nombre de servidumbres legales de interés público . Por razón de su finalidad pueden afectar a la seguridad, salubridad, defensa nacional, a la aviación, a la vivienda, etc. El art. 550 hace una remisión a las leyes o reglamentos (de carácter administrativo) para la regulación de las, también denominadas . “servidumbres⁸ establecidas para la utilidad pública”

El prototipo de ellas es la **expropiación forzosa** que afecta a la totalidad del dominio. Si bien esta más que limitar la cosa lo que hace es sustraerla de la esfera del dueño, si bien mediante el pago de su valor. (CASTÁN)

Su enumeración es sumamente, extensa, si bien citamos a efectos ilustrativos los supuestos del art. 589 cc: límites en interés de la defensa nacional. Los supuestos contemplados en los arts. 389-390: en interés de la seguridad de personas o cosas. Los límites contemplados en la Ley de Aguas (1985): en interés de la navegación, pesca y salvamentos fluviales. Asimismo los establecidos en la Ley de Costas (1988): en interés de paso y vigilancia del litoral.

2.2.- LIMITACIONES LEGALES POR UTILIDAD PARTICULAR:

.

A) Las relaciones de vecindad. Como en las propiedades contiguas el hecho mismo de la vecindad es origen de conflictos, es una exigencia social imponer limitaciones recíprocas al ejercicio de las facultades correspondientes a cada uno de los propietarios. (CASTÁN)

⁸Esta confusión terminológica del Cc es puesta de manifiesto por la **STS de 28 Diciembre de 1981, AR. 1981/5353** cuando dice que: «...si que establece una **limitación de la propiedad** parangonable a las contempladas en el art. 550 (mal llamadas servidumbres, cuando en realidad son verdaderas limitaciones del dominio por utilidad pública o comunal)...»

El Código civil, con ocasión de las relaciones de vecindad entre los predios, en ocasiones establece **limitaciones del dominio** entre las fincas y en otras establece un **derecho real de servidumbre** que ha de ser soportado únicamente por el predio sirviente. Sin embargo es difícil saber cuando nos encontramos ante una institución u otra puesto que el Código ha regulado las limitaciones entre las servidumbres. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Son limitaciones del dominio, de acuerdo con DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, las contempladas en siguientes arts. del Cc:

Art. 569 CC→La de consentir el paso de materiales por la finca, cuando fuese indispensable para construir o reparar algún edificio, o la de soportar la colocación de andamios u otros objetos.

Art. 586 Cc→La de recoger las aguas pluviales de manera que recaigan sobre suelo propio o sobre suelo público.

Art. 552.Cc→ La de soportar la caída de las aguas que desciendan naturalmente y sin obra del hombre de los predios superiores.

Art. 581 a 583 Cc→ La de guardar las distancias prevenidas en los artículos 581 a 583 para abrir ventanas, balcones y otros voladizos sobre la finca del vecino, con vistas rectas u oblicuas.

Arts. 589 a 592→La de guardar las distancias entre plantaciones y construcciones fijadas en los arts 589 a 592.

Arts. 571 a 579→Las que pesan sobre los propietarios de una pared, muro, seto, valla, etc.

Arts 612→Las de permitir al propietario de un enjambre de abejas que lo persiga en finca ajena.

En otras ocasiones el Código constituye una **servidumbre** en favor de otra finca. Esto sucede en los siguientes casos. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

- La servidumbre de acueducto del art. 556.
- La servidumbre de parada o partidor en los cauces del art. 562.
- La servidumbre de paso a camino público del art. 564
- la servidumbre de desagüe a través de predios contiguos. Art. 558.

Dentro de las relaciones de vecindad también nos encontramos, en el art. 1908 CC con las limitaciones que hacen referencia a la responsabilidad de los propietarios por los daños causados por determinadas **inmisiones** (humos excesivos, emanaciones de cloacas, etc.)

B) Los tanteos y retractos legales. Ambas figuras constituyen limitaciones que afectan a la facultad de disponer del propietario, restringiendo su facultad para elegir a la persona

que haya de adquirir la cosa.

El tanteo es el derecho de preferencia que una persona tiene para la adquisición de una cosa determinada en el caso de que el dueño quiera transmitirla. El retracto es el derecho de preferencia para la adquisición de una cosa cuando el dueño ya la ha enajenado,, subrogándose en lugar del comprador.

3.- Limitaciones impuestas por la voluntad del transmitente:

El que transfiere la propiedad de una cosa puede imponer al adquirente limitaciones, siempre que no sean contrarias a la esencia del dominio o estén prohibidas por la ley. Entre ellas se encuentran las **prohibiciones de disponer**.

Las **prohibiciones de disponer** pueden tener un origen **legal** , que tienen un papel escaso en nuestro sistema jurídico. Por lo general se limitan a establecer un determinado plazo durante el cual el propietario no puede transmitir su bien (ej. art. 196 en el caso de la declaración de fallecimiento)

Las prohibiciones de disponer tienen carácter marginal en nuestro derecho, puesto que la propiedad vinculada (mayorazgos, vinculaciones perpetuas a favor de las *manos muertas*) había sido una de las características anteriores de nuestro derecho de propiedad, contra la que reaccionó el Código.

Las **prohibiciones voluntarias de disponer** encuentran su origen en actos jurídicos gratuitos como las donaciones, testamentos... o a título oneroso, si bien en este último caso tienen prohibido su acceso al Registro de la Propiedad (art. 26 LH)

4. Limitaciones impuestas por la voluntad del dueño que sigue siendolo de la cosa.

Sin necesidad de transmitir la cosa el dueño de la misma puede imponer limitaciones a su propiedad, creando derechos reales a favor de otra persona. Ej. El dueño de una cosa arrendada puede establecer servidumbres sobre la misma.

Tema 4

EL SISTEMA DE ADQUISICIÓN Y TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD Y DE LOS DEMÁS DERECHOS REALES

§ 1. El art. 609 del Código civil español.

§ 2. La ocupación. Concepto y clases.

§ 3. La tradición. Concepto y requisitos. Formas.

§ 4. La usucapión. Concepto y requisitos. Clases. Efectos

§ 5. La accesión concepto y clases.

1. El art. 609 del Código civil español.

ALBALADEJO entiende por **modos de adquirir** a aquellos hechos jurídicos a los que la ley atribuye el efecto de producir la adquisición de la propiedad y otros derechos reales.

Los modos de adquisición del dominio o propiedad vienen señalados en el **art. 609** del Código civil, ubicado dentro del Libro III ("*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*"), que dice literalmente:

« La propiedad se adquiere por la **ocupación**. La propiedad y los demás derechos sobre bienes se adquieren y transmiten por **la ley**, por **donación**, por **sucesión testada e intestada**, y por consecuencia de determinados contratos mediante la **tradición**. Pueden adquirirse también por medio de la **prescripción** »

Un sector doctrinal entiende que en este artículo no se hace una **clasificación de los modos adquirir** sino una mera **enumeración**, la cual no es *sistemática*, ni *perfecta* ni *congruente* con el contenido del Libro III (CASTÁN).

No es sistemática, porque no responde a ninguna clasificación, su redacción solo responde a distinguir entre dos grupos, uno de modos que sirven para adquirir la propiedad, como la ocupación y la prescripción, y modos que sirven para adquirir y transmitir la propiedad y los demás derechos reales, como la donación, sucesión y la tradición.

No es perfecta, por incluir a la donación que tiene carácter contractual, y a la sucesión, por ser un medio de creador de derechos que no se refiere solamente a relaciones jurídicas de propiedad. (ej derechos de crédito)

No es congruente con el contenido de del libro III del Código, porque éste no se ocupa de algunos modos de adquirir la propiedad enumerados en el art. 609, como sucede con la tradición y la prescripción que se regulan en el libro IV.

Es incompleta, puesto que no contempla a la **accesión** como modo de adquirir.

Con base a este mismo precepto, otro sector doctrinal (LALAGUNA, HERNÁNDEZ

GIL), suele establecer diferentes clasificaciones de los diversos modos de adquirir. MIQUEL GONZALEZ ⁹ dice que a pesar de que a este art. se le reprocha el no responder a ninguna clasificación, en realidad en él se reconocen dos clasificaciones:

1) **Según la naturaleza de los modos de adquirir:**

- a) **Modos de adquirir sólo la propiedad** (la ocupación).
- b) **Modos de adquirir la propiedad** y también **otros derechos reales**. (todos las demás).

2) Según el **ámbito de aplicación** de los modos de adquirir:

a) **modos de adquirir originarios**, son aquellos que generan la adquisición independientemente de cualquier otra persona: el derecho nace para el titular sin conexión ni dependencia con otra titularidad anterior. Se trata de adquisiciones "ex novo". (son modos originarios la ocupación y la prescripción).

b) **modos de adquirir derivativos**, producen la adquisición del derecho con base en un derecho anterior que tenía otra persona, y por lo tanto con la misma extensión y las mismas restricciones que tuviere el derecho en poder del titular anterior. (son derivativos el resto de modos de adquirir).

Los modos de adquisición del art. 609 en Tabla Sinóptica.

	Modos originarios	Modos derivativos
Adquisición «sólo» de la propiedad.	OCUPACIÓN ACCESIÓN (Art. 353 Cc)	
Adquisición de la propiedad y demás derechos reales	PRESCRIPCIÓN (adquisitiva o usucapión)	LEY SUCESIÓN (testada, intestada) DONACIÓN TRADICIÓN

4.1.2.- La **Ley**.

La ley interviene en el proceso creador de derechos reales, si bien con una extensión bastante limitada.

A través de la ley se pueden crear los siguientes derechos reales:

- a) Las **servidumbres legales**. (549 y ss.)
- b) El derecho de **usufructo del cónyuge viudo**. (834 a 840)
- c) Las **hipotecas legales**. (Art. 158 y ss. Ley Hipotecaria).

4.1.3.- La **Donación**.

La donación es un modo de adquirir independiente (por su naturaleza

⁹ MIQUEL GONZALEZ, J.M^a.: "comentario al art. 609 Cc" en *Comentario del Código Civil*, AAVV, Madrid, 1.991, Ministerio de Justicia, 1^a ed, pág. 1544.

contractual) y diferente al resto de los contenidos en el art. 609.

La doctrina mayoritaria opina que **no es necesaria la tradición** para la transmisión de la propiedad y derechos reales por donación (DIEZ-PICAZO, VALLET, LALAGUNA, LACRUZ), a diferencia de lo que ocurre con el resto de negocios jurídicos traslativos.

En la donación de inmuebles, que necesariamente debe efectuarse mediante escritura pública, la mera existencia del contrato acompañado de la aceptación de la donación por el donatario produce la transmisión sin necesidad de la tradición o entrega de la cosa.

4.1.4.- La **Sucesión testada e intestada**.

La sucesión *mortis causa*, constituye un fenómeno de transmisión por causa de muerte de todo un patrimonio, que no se aplica solamente a derechos reales, sino a derechos y obligaciones. Habida cuenta de su importancia el Derecho de sucesiones es objeto de estudio como una parte autónoma del Derecho civil.

4.2. La ocupación.

4.2.1.- Concepto.- Según CASTÁN la **ocupación** o apropiación es el acto consistente en la aprehensión o toma de posesión de una cosa que no tiene dueño, con intención de hacerla propia.

Se trata de un acto de apoderamiento o dominación física relativo a una cosa que carece de dueño, bien porque nunca lo tuvo (*res nullius*), bien porque ha sido abandonada (*res derelicta*), susceptible de apropiación, con intención de adquirirla (MONTES).

La ocupación es un **modo originario de adquirir sólo el dominio**. Los derechos reales *in re aliena* no pueden adquirirse por ocupación, puesto que debe mediar otro negocio jurídico, obra del dueño de la cosa para que se constituyan. (DIEZ-PICAZO).

4.2.2. Requisitos.-

a) *Con relación al sujeto*: para DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, los menores de edad y los incapacitados pueden adquirir por ocupación, ya que según el art. 443 pueden adquirir la posesión de las cosas y la ocupación es toma de posesión; si bien para ejercitar los derechos que de esa posesión nazcan necesitarán de sus representantes legales.

b) *Con relación a la cosa*: que se trate de cosas apropiables por naturaleza (quedan excluidas las «res extra commercium» y las de dominio público) y que carezcan de dueño conocido. (Por haber sido abandonada o por haberse perdido involuntariamente). Art. 610 Cc.

Solo podrán ocuparse los muebles puesto que los inmuebles "*que se encuentren*

¹⁰ En el art. 609 hay una referencia al título cuando dice "...y como consecuencia de ciertos contratos.... mediante la tradición"

vacantes o sin dueño conocido pertenecen al Estado". Art. 21 Ley del Patrimonio del Estado.

c) *Con relación al acto*, que medie toma de posesión con la cosa sin que sea rigurosamente necesario que la aprehensión sea corporal.

4.3.3. Clases de ocupación:

Art. 610 Cc: «Se adquieren por la **ocupación** los bienes apropiables por su naturaleza que **carecen de dueño**, como los **animales** que son objeto de **caza y pesca**, el **tesoro oculto** y las **cosas muebles abandonadas**.»

a) **Ocupación de semovientes.** El art. 611 Cc nos remite a las leyes especiales respecto a los animales que son susceptibles de caza y de pesca.

La caza: La legalidad vigente en materia de caza, a nivel estatal, la constituyen básicamente la **Ley de Caza** de 1.970 y su **Reglamento** (21-3-1971), así como la . Ley 4/1989 de 27 marzo, de **Conservación de los Espacios Naturales y de la flora y fauna silvestres**.

Según el art. 4º de la Ley de caza: "son piezas de caza los animales salvajes, los domésticos que pierdan esta condición y los salvajes domesticados cuando no mantengan tal estado"

La pesca: La pesca marítima es libre en principio en el mar, en su ribera y en las zonas de dominio público marítimo-terrestre. (art. 31 Ley de Costas 1.988), la pesca fluvial se regula por la Ley de Pesca Fluvial de 20 Febrero 1.942.

b) **Ocupación de cosas muebles.**

El código se refiere a los siguiente casos:

b.1) Objetos muebles perdidos o abandonados.

El que encuentra una *cosa mueble abandonada* por dueño, puede hacerla suya por ocupación. Por el contrario el que encuentra una cosa mueble *perdida* debe restituirla a su anterior poseedor (art. 615.1º).

Como cabe la posibilidad de que quien encuentre una cosa ignore su condición jurídica (abandona o perdida) el Cc establece las reglas que debe seguir quien encuentre una cosa mueble en los arts. 615 a 617.

" El que encontrare una cosa mueble, que no sea tesoro, deberá restituirla a su anterior poseedor. Si éste no fuere conocido, deberá consignarla inmediatamente en poder del Alcalde del pueblo donde se hubiese verificado el hallazgo.

El Alcalde hará publicar éste, en la forma acostumbrada, dos domingos consecutivos.

Si la cosa mueble no pudiere conservarse sin deterioro o sin hacer gastos que disminuyan notablemente su valor, se venderá en pública subasta..... luego que hubiesen pasado..etc.y se depositará el precio.

Pasados dos años.....sin haberse presentado el dueño, se adjudicará la cosa encontrada o su valor a su hallador"

"Si se presenta el propietario, estará obligado a abonar, a título de premio, al que hubiese realizado el hallazgo la décima parte de la suma o del precio de la cosa encontrada"

Existe un régimen especial en relación con los vehículos abandonados vid. Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, aprobado por Rdleg 339/1990, de 2 marzo, art. 71.1 a, redactado por la Ley 11/1999, de 21 abril , vehículos abandonados.

«Se presumirá racionalmente su abandono en los siguientes casos:

a) Cuando transcurran más de dos meses desde que el vehículo haya sido depositado tras su retirada de la vía pública por la autoridad competente.

b) Cuando permanezca estacionado por un período superior a un mes en el mismo lugar y presente desperfectos que hagan imposible su desplazamiento por sus propios medios o le falten las placas de matriculación.

En este caso tendrá el tratamiento de residuo sólido urbano de acuerdo con la normativa ambiental correspondiente.

En el supuesto contemplado en el apartado a), y en aquellos vehículos que, aun teniendo signos de abandono, mantengan la placa de matriculación o dispongan de cualquier signo o marca visible que permita la identificación de su titular, se requerirá a éste, una vez transcurridos los correspondientes plazos, para que en el plazo de quince días retire el vehículo del depósito, con la advertencia de que, en caso contrario, se procederá a su tratamiento como residuo sólido urbano».

b.2) El tesoro oculto.

El tesoro está sujeto a un régimen jurídico especial en el Código civil. El art. 352 da un concepto de tesoro: «Se entiende por tesoro, para los efectos de la ley, el depósito oculto e ignorado de dinero, alhajas u otros objetos preciosos, cuya pertenencia legítima no conste»

El art. 610 lo estima susceptible de ocupación, y el art. 614 dice que «el que por casualidad descubriere un tesoro oculto en propiedad ajena , tendrá el derecho que le concede el art. 351.»

Art. 351«El tesoro oculto pertenece al dueño del terreno en que se hallare.

Sin embargo, cuando fuere hecho el descubrimiento en propiedad ajena, o del Estado, y por casualidad, la mitad se aplicará al descubridor..

Si los efectos descubiertos fueren interesantes para las ciencias o las artes, podrá el estado adquirirlos por su justo precio, que se distribuirá de conformidad a lo declarado» Vid. Ley 16/1985 de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, arts. 41.3 y 44.

La normativa especial del tesoro lo aparta del hallazgo y por ello el art. 610 nos remite al art. 351, ubicado en Cap. I, Tit, II, Libro II "De la propiedad en general", (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

b.3) Objetos arrojados al mar o arrojados por las olas a las playas (productos y despojos de mar). El Código civil, en el art. 617 remite a las leyes especiales, (**Ley de 24 Diciembre 1962 sobre régimen de auxilios, salvamentos y remolques, hallazgos y extracciones marítimas** y **Ley de Costas de 1.988**) conforme a estas disposiciones los productos del mar, conchas plantas y mariscos son del primer ocupante; pero todo lo que no siendo producto del mar, y no teniendo dueño conocido, sea objeto de hallazgo en el mar o en su orillas, donde hubieren sido arrojados por las olas (pertrechos de buques naufragados, anclas perdidas, etc.) pertenecen al Estado.

c) **La ocupación de inmuebles.**

Solo son susceptibles de ocupación los bienes muebles, puesto que los inmuebles en cuanto dejan de tener dueño pasan a ser **propiedad privada del Estado**. (Arts. 21 y 22 de la Ley de Patrimonio del Estado (15 de Abril de 1.964)).

4.3. La tradición.

4.3.1. Concepto:

La tradición es un **modo derivativo de adquisición** de la **propiedad y demás derechos reales** que tiene lugar cuando concurren dos requisitos: se ha **adquirido de la posesión** en concepto de dueño (o de titular del derecho real de que se trate) y la adquisición ha tenido lugar como **consecuencia** de un **justo título** (negocio jurídico antecedente).

El Código civil no presenta una regulación adecuada de la *tradición*; no obstante se encuentra regulada en el art. 609 y en el libro IV (obligaciones y contratos) en los 1.462, 1.463 y 1.464 del Código civil .

En su **acepción gramatical**, tradición proviene del verbo **tradere** (poner en manos de otro) que equivale a la *transmisión o entrega* de la cosa *por cualquier título*.

En su **acepción jurídica**: se entiende por tradición no solo la mera entrega material de una cosa sino la **transmisión jurídica**, y no por cualquier causa, sino con estricta finalidad traslativa. (CASTAN), no hay que identificar la tradición con la simple entrega, puesto que la entrega de una cosa puede tener diversas finalidades. Por ejemplo en los contratos de depósito o comodato, la entrega que es necesaria para su constitución no es tradición.

4.3.3. Función de la tradición

La **función básica** de la tradición es proporcionar al adquirente el **control jurídico** de la **cosa** y en consecuencia privar del mismo al transmitente. Además la tradición tiene la virtualidad de situar fuera de la causa de transmisión (por ejemplo contrato) la fuerza traslativa y así facilitar la comprobación de la transmisión por datos que no dependen exclusivamente de la voluntad de las partes. (MIQUEL GONZÁLEZ)

4.3.3. Elementos:

CASTAN distingue tres elementos en la tradición:

I.-) Acuerdo voluntades de las partes en transmitir y adquirir respectivamente la propiedad (y demás derechos reales) El contrato antecedente, en el que se manifiestan las voluntades, dará lugar a la obligación de entrega (art. 1095 cc).

II.-) La justa causa de la tradición. Doctrina y jurisprudencia entienden que esta ha de basarse en un **justo título**, que consiste en uno de los “ciertos contratos” a los que alude el art. 609, y que son los denominados **contratos trasmisivos o traslativos** del dominio: la compraventa, la donación y la permuta.

III.-) La ejecución de ese acuerdo mediante la *transmisión de la posesión jurídica* que no siempre requiere la transmisión *material o corporal*. En este sentido, MONTÉS dice que si bien en su origen la tradición fue una entrega material con el tiempo se espiritualizó.

4.3.4.- La teoría del título y el modo:

Según DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, la teoría del «**título y el modo**» tiene su origen en el Derecho romano, y viene a decir que en ningún caso la **tradición** (entrega de la cosa o modo) por si sola sirve para transmitir el dominio si no va precedida de un **negocio jurídico** antecedente - contratos transmisivos- que sirva para justificar la transmisión. (*justa causa o título*).

Es necesaria la presencia de **dos elementos**, ya que es un sistema que es de formación compleja:

a) :el contrato antecedente¹¹, al que se llamará **causa remota**, *justa causa o TITULO*).

b): el traspaso posesorio, que será la **causa próxima** o el **MODO** de adquirir , tradición o *traditio*.

La **conjunción de ambos elementos** determina la **transmisión**. Si solamente ha existido título o justa causa nos encontraremos ante una mera relación obligatoria; si por el contrario sólo ha existido modo, habrá un traspaso posesorio pero no una verdadera transmisión de propiedad.

Ej. El primer supuesto se produce cuando por ejemplo, celebrado un contrato de compraventa, hemos pagado el precio de la cosa (un coche) y el vendedor no nos la ha entregado. Al faltar el MODO, no se nos ha transmitido la propiedad del coche, si bien se habrá generado una obligación de entrega a favor nuestro que nos permitirá utilizar la vía del art. 1.124 cc, ante el incumplimiento del vendedor; pero nunca podremos utilizar la acción reivindicatoria para reclamar la entrega del coche puesto que no hemos llegado a ser propietarios por faltar el requisito del *modo*.

Esta teoría sirve para explicar el mecanismo de adquisición de la propiedad y demás derechos reales de nuestro Código civil

4.3.5.-Clases de tradición.

El requisito de la entrega o tradición se ha espiritualizado, en el sentido de que no es requisito imprescindible la entrega material de la cosa. En el Código podemos encontrar las siguientes **formas de tradición**. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

1º.- Traditio real: Es la entrega real y efectiva, una **entrega material**, que puede tener varias facetas: la aprehensión u ocupación de un inmueble y el "*paso mano*"

¹¹ En el art. 609 hay una referencia al título cuando dice"...y como consecuencia de **ciertos contratos**.... mediante la tradición"

a mano" de los muebles. Lo que el Código Civil llama "puesta en poder y disposición" (art. 1.462.1º).

2º.- Traditio simbólica o "traditio ficta", cuando la transmisión del dominio no ligada al traspaso material de la cosa, sino a la *entrega de una cosa accesoria*.

a) La entrega de llaves del lugar en que se hallen guardados los muebles (art. 1463), aunque también cabría ampliar extender este supuesto a la entrega de llaves de los inmuebles;

b) La entrega de los documentos de pertenencia del art. 1464Cc.), o el supuesto del art. 1462.2 referido a los bienes incorporeales.

3) Acuerdo de las partes. Al referirse a la tradición de bienes muebles el art. 1.463 dice que la tradición se efectuará por el solo *acuerdo o conformidad de los contratantes*, si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante, o si el comprador ya la tenía en su poder por algún motivo (*brevi manu*).

4) Otorgamiento de escritura pública o tradición cartular.

Según el art. 1.462 el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa "si de la misma... no resultare o se dedujere lo contrario". El precepto es aplicable tanto a los bienes muebles como a los inmuebles.

4.3.3. Efectos de la tradición.

Según MIQUEL GONZÁLEZ, la tradición produce los siguientes efectos:

→ En el *Derecho de Cosas* La tradición tiene una **doble eficacia**: A) Puede servir como **modo de adquirir** (o transmitir) **el dominio y otros derechos** reales, (cuando el transmitente es el verdadero dueño). B) Puede funcionar como **modo de adquirir la posesión en concepto de dueño**, que luego puede servir para adquirir la propiedad por usucapión si se cumplen los requisitos exigidos por el código, (cuando el transmitente no es el verdadero dueño caso de las "adquisiciones a non domino").-

Ej. Este sería el caso de que quien transmite no es el verdadero dueño, en este caso no transmite la propiedad, pero como si que transmite la posesión en concepto de dueño, permitirá que adquirente se convierta en propietario por usucapión una vez cumplidos los requisitos exigidos por el código, en el caso de que alguien pretendiese reivindicar la cosa al cabo de unos cuantos años. .

→ En el *Derecho de Obligaciones*, la tradición tiene valor de cumplimiento de la obligación de entrega (p.ej. de la cosa comprada.)

La tradición transmitirá el dominio con las **limitaciones** y **cargas** que tuviese el transmitente.

4.3.4. Requisitos de la tradición.

- Personales:

- Que el transmitente o *tradens* esté en **posesión** de la cosa
- Que el transmitente sea **propietario** de la cosa. Si el transmitente no es propietario de la cosa no puede transmitir la propiedad de la cosa, sin embargo si que transmitirá la posesión, que será en concepto de dueño, es decir *ad usucapionem*.(que servirá para adquirir la propiedad por usucapión)
- Que transmitente y adquirente o *accipiens* tengan **capacidad** e intención para **transmitir** y recibir respectivamente.

-Reales:

Que se trate de cosas susceptibles de enajenación, que se encuentren dentro del comercio de los hombres «intra commercium».

- Formales: Que la tradición siga las formalidades exigidas por el Código civil, es decir la presencia del **título y modo**.

4.4. La usucapión.

4.4.I.- Concepto.

La **prescripción** es un **modo originario** de **adquirir la propiedad** y demás **derechos reales** por medio de la posesión civil continuada durante un determinado período de tiempo (art. 1.930.1º); al mismo tiempo también se configura como un **modo de extinción de derechos y acciones** (1.930.2º): «Art.1930: Por la prescripción se adquieren de la manera y con las condiciones determinadas por la ley, el dominio y los demás derechos reales. También se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones de cualquier clase que sean.»

A la prescripción que sirve para adquirir el dominio y demás derechos reales se la denomina **prescripción adquisitiva o usucapión**, y a la que provoca extinción de derechos y acciones , **prescripción extintiva**.

Concepto.- La prescripción adquisitiva o usucapión es un **modo originario de adquirir** y puede definirse como: «La adquisición del dominio u otro derecho real poseíble, por la posesión continuada del mismo durante el tiempo y con las condiciones que fija la ley» (ALBALADEJO)

Es decir que el usucapiente durante todo ese tiempo y con esas condiciones aparece, figura, actúa o viene comportándose como si fuera titular del derecho que se trate, bien sea como propietario o como usufructuario en su caso.

Fundamento.- la usucapión encuentra su fundamento en la idea de que en aras de la **seguridad del tráfico jurídico**, es aconsejable que quien durante un tiempo determinado y cumpliendo determinadas condiciones aparece como titular del derecho, se convierta en su verdadero titular aún cuando aquellos derechos en verdad no le pertenecieran. (ALBALADEJO)

Regulación.- La prescripción se encuentra regulada en el C.c en Libro IV, Título XVII, en tres Capítulos:

El Capítulo I , «*Disposiciones generales*» arts. 1930 a 1939, contiene normas sobre la prescripción en general, y es de aplicación común a ambos tipos de prescripción.

El Capítulo. II «*De la prescripción del dominio y demás derechos reales*» arts. 1940 a 1.960, regula la prescripción adquisitiva.

Finalmente el Capítulo III «*De la prescripción de las acciones*», arts. 1961 a 1975, regula la prescripción extintiva.

El **Código civil** al regular la prescripción adquisitiva **no utiliza** el término **usucapión** que sin embargo está perfectamente consolidado en la doctrina y en jurisprudencia. Asimismo el **CC español** , a diferencia del Code francés, **regula** separadamente la **usucapión** (Libro IV) y la **posesión** (Libro II), sin embargo para determinar los requisitos de la posesión para poder usucapir hay que utilizar la regulación de los arts. 340 y ss del CC. (ROCA I TRIAS).

El objeto de la usucapión-

Según el art. 1936 cc son susceptibles de prescripción todas las cosas que estén en el comercio de los hombres; pero habida cuenta que la usucapión se produce en virtud de la posesión, ha relacionarse el anterior precepto con el 437 cc en el que: «sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación.» (ALBALADEJO)

a) *Derechos usucapibles*: pueden ser objeto de prescripción el **dominio** y **demás derechos reales que sean susceptibles de posesión de la cosa**; el Código sólo enumera como susceptibles de usucapión el usufructo, uso, habitación y las servidumbres (arts. 468, 528, 537 y 538), excepto las no aparentes y las discontinuas aparentes o no.

Respecto de los otros derechos reales nada dice el Código, si bien DIEZ-PICAZO Y GULLÓN entienden que el *derecho de superficie, la prenda y el censo enfiteútico* puede ser usucapidos, y que por el contrario no lo puede ser la hipoteca, puesto que no entraña la posesión de cosas.

No son usucapibles aquellos derechos no reales, aunque sean poseibles como algunos derechos de crédito: el arrendamiento, la renta vitalicia, etc... puesto que la ley no admite la usucapión nada más que para los derechos reales, (arts. 609-3, 1930- 1º, 1940, 1955 y 1957). (ALBALADEJO)

b) *Cosas usucapibles*.- El art. 1.936 dice que: «son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres». Pero, igual como sucede con los derechos, tampoco se podrán usucapir las cosas no poseibles.

Se **excluyen** los bienes de **dominio público** a los que el art. 132.1 de la CE declara imprescriptibles. Por el contrario los bienes propios de Estado que no estén incluidos dentro de la categoría de bienes de domino público si que pueden ser

adquiridos por usucapión. (ROCA I TRIAS)

Los bienes muebles como son susceptibles de posesión también pueden adquirirse por prescripción.

4.4. II.-Clases de usucapión:

a) **Ordinaria y extraordinaria.**- En relación a la existencia de buena fe y justo título:

- **Ordinaria:** Es la que se da en favor del usucapiente en el que concurre la **buena fe** en su adquisición y un justo **título**.

- **Extraordinaria:** Es la que se funda exclusivamente en la posesión , y **no** requiere **buena fe ni justo título**.

b) **Mobiliaria e inmobiliaria.** En virtud de la naturaleza del bien:

El régimen jurídico de la usucapión es diferente según que se refiera a bienes muebles o inmuebles . La diferencia más acusada se refiere a los **plazos de posesión**, que son menores para la mobiliaria que para la inmobiliaria.,

4.4.III.- Requisitos de la usucapión:

El Cc regula dos tipos de usucapión que se distinguen por los requisitos que se exigen: **la ordinaria** (art. 1940 cc), que requiere además de los requisitos del art. 1941, la concurrencia de **justo título y buena fe** y en compensación los plazos son más cortos. La **extraordinaria** (art. 1959 cc) no exige ni justo título ni buena fe, pero en contrapartida los plazos para usucapir son más largos. (ROCA I TRIAS)

. 1.- Requisitos comunes a toda usucapión.

Existen una serie de **requisitos** comunes a la usucapión ordinaria y a la extraordinaria: la **posesión**, que debe cumplir unas condiciones, y el **plazo** (ROCA I TRIAS)

1º.- LA POSESIÓN.- Tanto para la prescripción ordinaria (arts. 1.940, 1.955 y 1.957) como para la posesión extraordinaria (arts. 1.955.2 y 1.959) se requiere la posesión de las cosas por el usucapiente.

Esta posesión además debe reunir los requisitos del art. 1.941, a cuyo tenor ha de ser "**en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida**".

A) En concepto de dueño: significa que para usucapir, la posesión ha de tenerse en concepto de **dueño de la cosa poseída** (si se usucape la propiedad) o de **titular del derecho** que se posea.(arts. 1941 y 447 CC) (ALBALADEJO) Ej. Sólo quien posea la cosa en concepto de dueño podrá usucapir el dominio y no podrá usucapir el dominio quien la este poseyendo como arrendatario o como usufructuario.

Faltará la posesión en concepto de dueño, según el art. 1942, si los actos de carácter posesorio, son ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño o del titular del derecho. (ALBALADEJO)

B) Pública: El poseedor ha de realizar **actos que exterioricen su condición de dueño**. Es decir que no se disfrute de manera oculta. La publicidad no se refiere solamente al hecho de la posesión sino también al concepto en que se posee. La publicidad no solamente se exige al comienzo de la posesión sino que debe acompañar a aquella durante todo el tiempo que dure. (ALBALADEJO)

C) Pacífica: Ser pacífica significa que el poder de hecho **no se mantenga por la fuerza**. La ley rechaza la adquisición violenta de la posesión(arts. 441 y 444), pero si se obtiene con violencia el poder de hecho sobre la cosa, el adquirente pasa a ser poseedor. Quien ha adquirido con violencia , es poseedor pacífico una vez que aquella cesó y puede usucapir la cosa si la posee en concepto de dueño. (ALBALADEJO)

D) Ininterrumpida: Ello significa que esta **no haya cesado** en el **tiempo** ni tampoco en ninguno de sus **caracteres**.

2º.- EL PLAZO O TIEMPO.

2.1.- La duración. La posesión tiene que durar el **plazo** que marque la **ley**, y además tendrá que tener carácter **continuado** durante la vigencia de aquel . El plazo varía según que se trate de usucapición de bienes muebles o inmuebles, y que la usucapición sea ordinaria o extraordinaria.

Los plazos para usucapir son los siguientes:

→ En la usucapición **ordinaria** (con buena fe y justo título).

Para los bienes muebles (Art.1955) : **3 años**

Para los inmuebles (Art 1957): Entre presentes, **10 años**. Entre ausentes, **20 años**. (El art. 1958 matiza los conceptos de ausente y presente.)

→En la usucapición **extraordinaria**. Para los muebles: **6 años** (1955.2)

Para los inmuebles, **30 años** (1959)

→ Otros plazos: Las **servidumbres** continuas y aparentes se adquieren por la **prescripción de 20 años** (.Art.537)

2.2.- La interrupción del tiempo.

La posesión para usucapir ha de ser «no interrumpida».(art. 1941). Es decir que durante todo el plazo que dura la posesión esta no ha de sufrir ningún tipo de interrupción.

-Efectos de la interrupción.- Si la posesión *ad usucapionem* se interrumpe, el

período de tiempo transcurrido deja de ser útil a los efectos de la usucapión y si se recupera otra vez hay que empezar a computar de nuevo. (ROCA I TRIAS).

Ej. Si A ha poseído durante 9 años con todos los requisitos de la usucapión ordinaria para inmuebles y se interrumpe la posesión, se inutiliza el período transcurrido y, en el caso de que recupere la posesión tiene que empezar a contar de nuevo para que transcurra el plazo de 10 años que necesita para poder usucapir.

-Clases de interrupción.- El art. 1.943 determina que: «la posesión se interrumpe, para los efectos de la prescripción, **natural** o **civilmente**» .

• Se interrumpe naturalmente la posesión. cuando por cualquier causa se cesa en ella por más de un año.(art. 1944). Estas serán las mismas causas que según el art. 460 provocan la extinción de la posesión (ROCA I TRIAS).

• La interrupción civil se produce:

a) por la **citación judicial** hecha al poseedor, [...] (art. 1945). Citación judicial para notificar el inicio de un proceso en el que se ejercita una acción real, aunque en verdad lo que interrumpe es la sentencia firme contra el usucapiente. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

b) por el **acto de conciliación**, siempre que dentro de dos meses de celebrado se presente ante el Juez la demanda sobre posesión o dominio de la cosa cuestionada. (Art. 1947)

c) por cualquier **reconocimiento expreso o tácito** que el poseedor hiciera del derecho del dueño. (Art. 1948)

-La sucesión en la posesión *ad usucapionem*. Los plazos para usucapir no tienen carácter personal, sino carácter objetivo y por ello se admite la **sucesión de posesiones**, de modo que es posible sumar las del actual poseedor y las de su causante (transmitente) a fin de completar el plazo legítimamente establecido. (Art. 1960.1º)

Tendrá lugar la sucesión en la posesión: por sucesión testamentaria (art. 440) o por negocio jurídico *inter vivos* (460.2)

2.- Requisitos específicos de la usucapión ordinaria

Los plazos de la usucapión ordinaria son más breves que en la ordinaria, puesto que se exigen más requisitos en la posesión del usucapiente.(ROCA I TRIAS) Los requisitos exigidos para este tipo de usucapión son (ALBALADEJO):

a) la posesión de **buena fe**, en el caso de **bienes muebles** (art. 1955). Esto es así puesto que la posesión de los bienes muebles de buena fe equivale al justo título (art. 464,1º).

b) la posesión de **buena fe** y **justo título** si se trata de **inmuebles**. (Art. 1957).

A) La **buena fe**:

La buena fe del poseedor *ad usucapionem*, consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitirle su dominio. (Art.1950). Es decir que se hace referencia al doble requisito del **conocimiento** de la

titularidad de la cosa y al **poder de disposición** del transmitente. (LUNA SERRANO)

El art. 1951 remite a la regulación de la buena fe en la posesión (art. 1951), de manera que a la posesión del usucapiente se le aplican las reglas generales de la posesión (ALBALADEJO):

a) **se presume la buena fe**, salvo prueba en contrario (art. 434)

b) se presume también salvo prueba en contrario que **se sigue poseyendo de buena fe** la posesión que se inició de buena fe.(art. 436)

La buena fe debe tenerse, no solamente al principio de la usucapición **sino durante todo el tiempo** en que ésta dure.(arts. 1940 y 1957) (ALBALADEJO)

B) El **justo título**:

El justo título para usucapir ha de cumplir los siguientes requisitos:

a) Ha de ser **legalmente bastante para transferir el dominio o derecho real** de cuya prescripción se trate. (Art..1952).

Ello significa : 1º) El título ha de tener **eficacia traslativa -iusta causa traditionis-** como la compraventa, la donación, la dación en pago, la partición de herencia, etc.

2º) Debe haber una **perfecta identidad** entre el **bien** que es **objeto del título** y del que es **objeto de posesión** (LUNA SERRANO).Así pues hay casos en que el justo título puede ser insuficiente para usucapir la finca por entero. Ej. Si el título no comprende una parte de la finca que se está poseyendo por entero.(STS 30 mayo 1958, 11-feb-1968, 7-feb-1985))

b) El **título** para la prescripción ha de ser **verdadero y válido**. (Art..1953). Según DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, el título ha de tener una existencia real y no ha de ser nulo puesto que el título nulo no transmite derecho alguno.

C) Ha de resultar **probado**.- La existencia del justo título ha de probarse por el interesado , puesto que no se presume nunca. (art. 1954)

4.4.IV.- Presupuestos necesarios de la usucapición:

a.- Elementos personales: los sujetos de la prescripción, son el poseedor que adquiere el dominio, el antiguo propietario que pierde la cosa

Art.1931: pueden adquirir bienes o derechos por medio de la prescripción las personas capaces de adquirir. por los demás modos legítimos.

Art..1932: los derechos y acciones se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas, incluso las jurídicas , en los términos prevenidos por la Ley

Art..1933: la prescripción ganada por un copropietario o comunero aprovecha a los demás.

Art..1934: la prescripción. produce sus efectos jurídicos. a favor y en contra de la herencia antes de haber sido aceptada y durante el tiempo concedido para hacer

inventario y para deliberar (Si se acepta la herencia a beneficio de inventario nos responde con el propio patrimonio sino con el de la herencia).

b.- Elementos reales:

Art.1936: son susceptibles de usucapión todas las cosas que están en el comercio de los hombres.

Art.1956: Menos las cosas hurtadas o robadas hasta que haya prescrito el delito y la responsabilidad civil dimanante del mismo

4.4.V.- Aspectos relativos a la usucapión

A.- Posibilidad de renunciar a la usucapión ganada:

Art.1935: las personas con capacidad para enajenar pueden renunciar a la prescripción ganada, pero no al derecho de prescribir para lo sucesivo...

Art.1937: Los acreedores y cualquier otra persona interesada en hacer valer la prescripción podrán utilizarla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario. con ello se trata de evitar que la renuncia a la prescripción perjudique a terceros (art. 6.2 Cc)

B.- La USUCAPIO LIBERTATIS (usucapión liberatoria).

La usucapión liberatoria o usucapión de la libertad (*usucapio libertatis*) de un gravamen consiste en que quien posee como libre una cosa que en realidad está gravada con un derecho real

de otra persona (vgr. un derecho real en cosa ajena), puede convertirse en dueño libre de la misma con el transcurso del tiempo fijado por la Ley. Es decir que consigue (usucape) la liberación del gravamen (ALBALADEJO).

El **fundamento** de esta **usucapión** es el mismo que el de la normal. Así de la misma manera que mediante la posesión se puede usucapir el dominio o un derecho real, también se puede usucapir, mediante la posesión las facultades (derecho real) que corresponden a otro en nuestra cosa (ALBALADEJO).

Se usucape lo que se posee y en la extensión en que se posee, en virtud del principio "*tantum praescriptum quantum possessum*". Por lo tanto si alguien posee un bien como libre (aún a pesar de estar gravado), no puede adquirir el dominio de ese bien (puesto que ya lo tiene) pero si que puede adquirir las facultades que integrarían el derecho en cosa ajena y al recuperar estas facultades se produciría la consiguiente extinción del derecho en cosa ajena. (ALBALADEJO)

La *usucapio libertatis* es una **prescripción adquisitiva**, puesto que se adquieren las facultades que integraban el derecho de otra persona y se integran en su dominio. (del usucapiante), Por lo tanto la usucapión liberatoria deberá reunir los requisitos y plazos de la prescripción adquisitiva (ALBALADEJO).

La *usucapio libertatis* puede ser de bienes muebles o inmuebles y ordinaria o extraordinaria (ALBALADEJO).

4.5. LA ACCESIÓN.

4.5.1.-Concepto.-

Es un modo originario de adquirir sólo el dominio. Regulada en el Código civil en el Título II, Capítulo. II: "Del Derecho de Adesión", Arts 353-383.

Según el art.353:«La propiedad de los bienes da derecho por adesión, a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente.»

El Código civil contempla bajo el epígrafe del "derecho de adesión" un concepto genérico que se manifiesta de dos formas diferentes (DOMINGUEZ PLATAS):

a) Como **derecho del propietario a hacer suyos los frutos que la cosa misma produce**. (ACCESION DISCRETA). Díez-Picazo manifiesta que la apropiación de los frutos pertenece al régimen del disfrute de la cosa misma y es consecuencia del "ius fruendi" o derecho de disfrutar

b) De otro lado como la **adquisición que el propietario realiza de todo aquello que se une o incorpora a la cosa, ya sea natural o artificialmente**. (ACCESION CONTINUA), como consecuencia de hacerse imposible o sumamente gravosa su separación.

DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, critican la yuxtaposición de ambos fenómenos tan diferentes en un mismo artículo y estiman que el término adesión debería quedar reservado para definir la adquisición de una cosa por el propietario de la principal a la cual se une o incorpora otra en las condiciones que determina el Cc.

4.5.2. Naturaleza jurídica

Pese a ser uno más de los **modos de adquirir el dominio** la adesión no aparece regulada en el art 609 Cc, DOMINGUEZ PLATAS, entiende que tal vez es debido a que si bien es cierto que con la adesión se adquiere la propiedad de una cosa, pero **sólo** en cuanto que se es titular de un derecho de propiedad preexistente que recae sobre un bien al que ahora se le incorpora una cosa de forma inseparable. Se adquiere un **nuevo derecho de propiedad** basado en el que ya se tenía sobre una cosa, como efecto de la atracción real que esta realiza sobre aquella que se le une o incorpora.

. Principios rectores de la unión o incorporación de cosas

El principio básico es que **lo accesorio sigue a lo principal** (*accessorium sequitur principale*); y este principio aplicado a la tierra da origen a la máxima "*superficies solo cedit*", el propietario del suelo hace suyo lo que se le incorpora..

Otro principio tenido en cuenta por el legislador es la buena o mala fe con la que se realiza la unión o incorporación.

4.5.3.- Accesión Discreta

Es la accesión que se produce por medio de un movimiento de dentro hacia afuera. El propietario de una cosa hace suyos los frutos que ésta produzca.(art. 354 cc)

Frutos, según CASTÁN, son todas aquellas consecuencias, rendimientos o utilidades que constituyen el aprovechamiento de una cosa conforme a su destino económico y sin alteración de su sustancia.

Clasificación de los frutos:

Según el artículo 355 «Son **frutos naturales** las producciones espontáneas de la tierra, y las crías y demás productos de los animales.

Son **frutos industriales** los que producen los predios de cualquier especie a beneficio del cultivo o del trabajo.

Son **frutos civiles** el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias u otras análogas.»

4.5.4 Accesión Continua.

Es la accesión que se produce como consecuencia de un movimiento de fuera hacia adentro. El propietario de una cosa hace suyo todo aquello que se le une o incorpora natural o artificialmente consecuencia de un hecho natural o de un acto humano.

.4.5.4.1.- Accesión de inmueble a inmueble

Se produce cuando a un bien inmueble se le incorpora algo como consecuencia de un **hecho natural**. El C.C. sólo regula la accesión fluvial , diferenciándose cinco categorías:

- **ALUVIÓN**: efecto producido sobre los predios ribereños por la sedimentación de los materiales aportados **paulatina y constantemente** por el río. Según el art. 366 el acrecimiento pertenece al predio que lo recibe (Arts. 366 y 367)

- **AVULSIÓN**: Frente al aluvión que supone un acarreo lento y paulatino, la avulsión es una **brusca mutación de tierras** por efecto de una fuerza extraordinaria. el art. 368 dice que: "*cuando la corriente de un río, arroyo o torrente segrega de una heredad de su*

ribera un porción conocida de terreno y lo transporta a otra heredad, el dueño de la finca a que pertenecía la parte segregada conserva la propiedad de esta" (A.368-369)

-CAUCE ABANDONADO: dice el art. 370 que: "Los cauces de los ríos, que quedan abandonados por variar naturalmente el curso de las aguas, pertenecen a los dueños de los terrenos ribereños en toda la longitud respectiva a cada uno. Si el cauce abandonado separaba heredades de distintos dueños, la nueva línea divisoria correrá equidistante de unas y de otras" De esta forma desaparece un cauce que de dominio público para transformarse en privado.

- MUTACIÓN DE CAUCE: efecto producido cuando un río navegable, de forma natural varía su cauce inundando un predio, en este caso el cauce entrará en dominio público, el dueño de la heredad lo recobrará siempre que las aguas vuelvan a dejarlo seco. (370 y 372)

- FORMACIÓN DE ISLA: Los arts 371, 373 y 374 regulan los supuestos en que se forman islas tanto en los mares adyacentes de España y en los ríos navegables y flotables; pertenecido en estos casos en el Estado y las que se formen en otros ríos por sucesivas acumulaciones de arrastres que pertenecerán a los propietarios de las orillas más cercanas en la forma determinada en los mencionados arts.

→ *Especial consideración de las construcciones extralimitadas.*

En este supuesto se encuadra la creación doctrinal del T.S , llamada "**accesión invertida**" de inmuebles que va en contra del principio "*superficie solo cedit*".

El supuesto de la accesión invertida se produce cuando de buena fe se **invade parcialmente** (se adentra) un **finca ajena, colindante** con la que se está construyendo. La construcción no se realiza totalmente en suelo ajeno sino que se extiende más allá del límite del suelo del propio edificante, y que la **construcción** resultante es un todo **inseparable e indivisible** (de no ser así se aplicarían las normas generales de la accesión).

El Tribunal Supremo partiendo del mayor valor e importancia de lo construido reconoce el derecho del edificante a adquirir la propiedad de esa porción de terreno ocupado, previa la correspondiente indemnización, siempre que la **invasión** haya sido **parcial** y de **buena fe** (SSTS 24 enero 85 y 23 Feb, 88)

En el caso de que se hubiese actuado de **mala fe** se aplicará el régimen normal de la accesión y el dueño podrá o vender el terreno invadido o exigir la demolición de lo construido extralimitadamente

4.5.4.2.- Accesión de mueble a inmueble

En los distintos supuestos en que se concreta este tipo de accesión aparece presidido en nuestro Código civil por el principio "*superficie solo cedit*" (el suelo accede al mueble): el dueño de una superficie hace suyo todo lo que se incorpora a ella. Se establece así el principio de que la incorporación de que se produce de algún mueble a una finca, no

sólo la convierte en algo que pasa a formar parte de ella de modo inseparable sino que además el suelo tendrá la consideración de cosa principal y el mueble de accesoria.

El código en aplicación del principio "*accessorium sequitur principale*", comienza a presuponer el valor superior del terreno respecto de todo lo que en el se edifique, plante o siembre; si bien este principio puede considerarse un anacronismo según DIEZ-PICAZO por cuanto el valor de la construcción puede ser superior al del terreno (ej. piense la diferencia de el valor entre un edificio del diez plantas y el del suelo al que está incorporado).

a) Construcción, plantación o siembra en suelo propio con materiales ajenos.

Si el propietario del suelo hiciera en él plantaciones, construcciones u obras con materiales ajenos, pudiendo éstos ser separados de la obra construida sin que esta sufra menoscabo, podrá el dueño de aquellos retirarlos; de no ser así el dueño de la finca los hace suyos abonando su valor, incluso si actúa de **mala fe**, aunque en este supuesto deberá resarcir los daños y perjuicios. (art. 360).

b) Construcción, plantación o siembra en suelo ajeno con materiales propios.

1º.- Si se actuare con **buena fe** el dueño del terreno tendrá, a su elección, (art. 361) la posibilidad de hacer suyo lo construido, sembrado o plantado, indemnizando previamente al que incorporó los materiales, o bien a obligar al que construyó o plantó a que le compre el suelo y al que sembró al pago de la renta correspondiente.

2º.- Si se actúa de **mala fe**, operará la accesión, adquiriendo de forma inmediata el dueño del terreno la propiedad de lo construido, sembrado o plantado, sin que tenga que realizar indemnización alguna al que incorporó, (362); **o** puede **optar**, por exigir al tercero que proceda a la demolición de la obra, o levantar lo plantado, para así volver al estado que el suelo tenía antes de la incorporación.(363)

3º.- Si la **mala fe** de parte del que construyó, planto y sembró, concurre con la mala fe del dueño del suelo, por haberse ejecutado a su vista, ciencia y paciencia sin que se produjera oposición por su parte, se resolverá como si ambos hubiera procedido de buena fe.

c) Incorporación hecha en suelo ajeno con materiales ajenos.

El art. 365 establece que : "*Si los materiales, plantas o semillas pertenecen a un tercero que no ha procedido de mala fe, el dueño del terreno deberá responder de su valor subsidiariamente y en el solo caso del que los empleó no tenga bienes con que pagar. No tendrá lugar esta disposición si el propietario usa del derecho que concede el art. 363 (demolición o arrancamiento de la plantación)*

4.5.4.3.- **Accesión de mueble a mueble** (Arts. 375-383)

- ADJUNCIÓN o UNIÓN:: unión de dos cosas muebles que pueden distinguirse entre sí pero no separarse. El propietario de la principal (aquella a la que se une otra por adorno, para su uso o para su perfección) adquiere la accesoria indemnizando a su dueño. Si no puede determinarse qué cosa es la principal, se reputará el objeto de más valor, y en caso de igual valor, el de mayor volumen (Arts. 375,376,377)

- CONMIXIÓN, MEZCLA o CONFUSIÓN: unión de dos cosas muebles de igual o diferente especie que no pueden distinguirse (aleación de metales) ni pueden separarse sin detrimento de cualquiera de ellas, el código ordena que se establezca una comunidad sobre ellas, en la que cada propietario tendrá una parte proporcional a la parte que le corresponde. . (Arts. 381 y 382)

- ESPECIFICACIÓN: formación de una obra de nueva especie con materiales ajenos en todo o en parte, debiendo indemnizar al dueño de la materia en su valor, siempre que no haya mala fe (Art.383). Es el supuesto clásico de transformación de un bloque de mármol en una estatua.

Tema 5 PÉRDIDA Y PROTECCIÓN DEL DOMINIO

§ 1.- Los modos de perder el dominio

§ 2.- Las acciones protectoras del dominio.

§ 1.- Los modos de perder el dominio.

En el Código civil no existe un precepto que determine de forma unitaria las causas de extinción o pérdida de los derechos reales, a diferencia de lo que sucede con el art. 1.156 al referirse a la extinción de las obligaciones . En el Código las **causas de extinción**, se encuentran reguladas de forma dispersa y se establecen en relación a cada uno de los derechos reales ; las podemos encontrar en los arts. 460 y ss. para la **posesión** ; en el art. 513 las causas y efectos relativas al **usufructo**; en el art. 529 respecto al **uso y a la habitación**, y finalmente en los arts. 546 y ss. en relación a las **SERVIDUMBRES**.(BLASCO).

La doctrina ante la dispersión de las causas de extinción del dominio y los derechos reales en cosa ajena, ha intentado dotar de cierta cohesión a las mismas, agrupandolas de acuerdo a diferentes criterios de clasificación. Parte de la doctrina distingue entre: **modos comunes** de perder el dominio y otros derechos reales, y **modos de perder sólo los derechos reales limitados**; otro sector diferencia entre modos voluntarios y modos involuntarios de perder la posesión (CASTÁN).

1) MODOS "COMUNES" DE PÉRDIDA DEL DOMINIO Y OTROS DERECHOS REALES:

A.- Por razón del objeto:

•1º.- Por destrucción o pérdida total de la cosa (vid. arts 460.3 [posesión], 513 [usufructo], 546 [servidumbres] y 1.625 [censos]).

Para que la pérdida de la cosa produzca efectos extintivos la doctrina viene exigiendo los siguientes requisitos:

- La pérdida ha de ser sobrevenida a la constitución de la relación jurídico real.
 - La pérdida o destrucción ha de ser total , si fuese parcial el derecho real sobrevivirá sobre la parte no perdida o destruida.
 - La pérdida o destrucción ha de ser definitiva, caso contrario se entenderá que el derecho ha estado suspendido temporalmente.
- 2º.- Por dejar de ser apropiable la cosa: por quedar la cosa fuera del comercio, por convertirse en un bien de dominio público o por haber sido expropiada.

B.-Por razón del contenido:

. Como consecuencia del ejercicio de las facultades integrantes del derecho: (por consumo y transmisión o enajenación)

. Como consecuencia de los límites internos del dominio:

. Por las limitaciones legales del propio dominio: expropiación forzosa

. Como consecuencia de las modificaciones singulares introducidas en el contenido

normal del dominio o de otros reales: cuando el dominio o d. real están sometidos a condición o término resolutorios (ej. usufructo vitalicio que se extingue con la muerte)

. Como consecuencia de vicisitudes en la vida de la relación jurídica básica que ha creado tal derecho , tales como la nulidad, anulabilidad o rescisión del negocio jurídico antecedente.

C.-Por razón de la adquisición de otro:

Supuestos de hallazgo, usucapión, adquisición "ad non domino" y accesión.

D.-Por renuncia o abandono (derrelicción):

Es el abandono la renuncia del derecho de propiedad o cualquier derecho real realizada voluntariamente por su titular (CASTÁN); si bien el Cc no habla del abandono como un medio de extinción de la propiedad esté puede deducirse del art. 6.2 Cc que permite la renuncia de los derechos reconocidos por la Ley, siempre que tal renuncia no sea contraria al orden o interés público, ni se haga en perjuicio de tercero.

Los **elementos** que integran el **abandono** son dos: uno de carácter subjetivo, el *animus derelinquendi* que es la voluntad de renunciar a la propiedad de la cosa, y el otro es de carácter objetivo, el *corpus derelictionis* que es el abandono de la posesión de la cosa.

La doctrina admite tanto el abandono expreso como el tácito, y construye la renuncia de los derechos reales como un acto o negocio unilateral y no sujeto a ningún requisito de forma.

El abandono o renuncia produce los siguientes **efectos**:

1º.- Si el derecho real lo es en cosa ajena su renuncia revierte en el propietario.

2º.- En los supuestos de copropiedad o cotitularidad de derechos reales la renuncia de uno de los titulares acrece el derecho del resto.

3º.- Si se renuncia a la propiedad de un bien mueble se convierte en "res nullius" y puede ser adquirido por ocupación por otra persona, si el bien es inmueble es diferido al Estado como bien vacante o mostrenco (Art. 21 Ley patrimonio del Estado)

E.- Por revocación.

La revocación de la propiedad consiste en un cambio de voluntad del que la transmitió, permitido por la ley y que hace que la cosa retorne a su patrimonio. Para que pueda haber revocación debe de haber una previa transmisión válida, por lo cual no habrá revocación si el dominio no ha llegado a desplazarse, como ocurre en los supuestos de nulidad y anulabilidad. (DIEZ-PICAZO y GULLON)

La revocación se manifiesta principalmente en sede de donaciones:

a) La revocación de donaciones por incumplimiento de condiciones o cargas (art.647)

b) La revocación de donaciones por ingratitud o por supervenencia o supervivencia de hijos. (art. 651)

2º) -- MODOS "ESPECÍFICOS" DE PÉRDIDA DE LOS DERECHOS REALES LIMITADOS

A-- Por razón del *sujeto*:

. Por consolidación, cuando concurre en una misma persona la cualidad de titular del dominio y del derecho real que lo grava (vid. arts. 513-3¹² y 546-1[servidumbres]). Según BLASCO la consolidación produce un efecto distinto según se refiera al dominio o al resto de los derechos reales. Respecto de estos últimos la consolidación actúa como causa de extinción, por el contrario con relación al dominio es produce un efecto no extintivo sino expansivo porque se reintegran al dominio , toda aquella serie de facultades que integraban los *iura in re aliena*. La consolidación extingue el derecho en cosa ajena y completa la propiedad que estaba gravada con él.

. Por muerte del titular de un derecho real con carácter vitalicio (ej.. d. de uso, de habitación, de usufructo)

B-- Por razón del **no ejercicio o uso**: los reales limitados se extinguen por:

. Prescripción

. Caducidad (en los supuestos de los derechos de tanteo y retracto)

C-- *Redención*: es una forma de extinción de **servidumbres** (vid.546.6¹³) y **censos**.(vid. art. 1.608); según O'CALLAGHAN¹⁴ es el derecho que permite al censalista o enfiteuta extinguir el censo o la enfiteusis por el abono del valor del mismo.

3).- OTROS SUPUESTOS DE EXTINCIÓN:

1.- Por disposición de la ley:

La Ley tiene algunas instituciones en virtud de las cuales puede extinguirse, principalmente por el hecho de un tercero, el derecho de propiedad (CASTÁN).

Así en mediante la *acesión* puede perderse el dominio de las cosas muebles o inmuebles; por la *prescripción adquisitiva* se produce igualmente la extinción del derecho de propiedad de quien lo tenía; la *no utilización* no puede extinguir el dominio pero tiene unas consecuencias jurídicas que pueden llegar a la privación de la titularidad (Ej. la expropiación forzosa de solares por no edificar en un determinado período de tiempo, vid. Ley del Suelo.)

2.- Por decreto judicial (transmisión judicial de la propiedad):

Se considera como un modo de perder el dominio el decreto judicial en aquellos casos en que el Juez atribuye por título de venta , para pago de derechos ejecutoriamente reconocidos o por el de adjudicación, el dominio de una cosa a distinta persona de la que hasta entonces los tenía (Ej. El procedimiento de apremio del la Ley de Enjuiciamiento Civil)

¹²Art. 513.: "El usufructo se extingue:..3. Por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona"

¹³ En materia de **servidumbres**, la redención se establece mediante **convenio** entre el dueño del predio dominante y el sirviente, salvo el supuesto del art. 603 (redención de servidumbres de pastos). Por el contrario en los **censos** la redención es una **facultad unilateral** que tiene el dueño de la finca gravada con el derecho real.

¹⁴ O'CALLAGHAN MUÑOZ,X.: "Comentario al art. 1.608 Cc" en *Comentario del Código Civil*, AA.VV., Madrid, 1.991, vol 2º, Mºde Justicia,

3.- Por actos del Estado:

- Por el comiso de los instrumentos y efectos del delito. (Art. 127 Código Penal)
- Las requisas por necesidades de la guerra (Reglamentos de campaña de 1882 y 1931 y R.D. 1 Dic 1917 regulando del Derecho de requisa).
- Por la expropiación forzosa, que es la privación del dominio y de otros derechos e intereses legítimos , llevado a cabo imperativamente por la Administración en aras de una causa de utilidad pública o simplemente de un interés social, mediante previa indemnización. (Regulada en el art. 349 Cc, art. 33.3 C.E y la Ley de Expropiación Forzosa de 1.954 y su Rgto. de 1.957).

§ 2.- Las acciones protectoras del dominio.

La propiedad, como todo derecho subjetivo, tiene a su favor una serie de *acciones* para su protección protegerla y para reprimir cualquier tipo de violación o perturbación.

La acción dominical por excelencia es la **reivindicatoria**, junto a la que encontramos una serie de *acciones menores* cuyo finalidad es distinta a la de recuperar la cosa de quien la detenta indebidamente. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

1. LA ACCIÓN REIVINDICATORIA.

Esta acción aparece contemplada en el art. 348 del Código civil:«el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla»

La acción reivindicatoria es la que compete al propietario que ha sido despojado de la cosa contra quien posee la cosa.

La acción reivindicatoria, presenta los siguientes caracteres: es una **acción real**, por lo que es ejercitable *erga omnes* (no sólo frente al despojante sino frente a cualquiera que posea la cosa); es **recuperatoria** puesto que persigue la restitución de la cosa y finalmente es una **acción de condena**,(DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Los **requisitos para el ejercicio** de esta acción, ante la vaguedad del precepto, han sido delimitados por la doctrina y la jurisprudencia y son los siguientes:

A) Dominio del actor.

De acuerdo con el art. 348 se requiere que el actor sea propietario de la cosa que se reclama. La acción corresponde tanto al dueño de bienes muebles como inmuebles, y tanto al propietario individual como al copropietario; puede ser utilizada por el propietario que carece de posesión y por quien posee mediatamente.

Al propietario en virtud del principio general de la carga de la prueba, le corresponde demostrar su derecho de propiedad. Deberá justificar la propiedad de los bienes reclamados en un **título legítimo de dominio**, válido, legal y eficaz en derecho. Ej. un contrato de compraventa, una permuta, una donación, etc...completado con la **tradicción** si la adquisición fuera derivativa. Además deberá de probarse que el transmitente, de quien adquiere, el reivindicante, era verdadero propietario por tener a su vez un legítimo **título** adquisitivo. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

La doctrina y la jurisprudencia, han suavizado este último requisito, ante la dificultad que entraña la probar la validez de toda la cadena de títulos, señalando que la

prueba del dominio del reivindicante puede fundarse en la demostración de que se han cumplido los requisitos necesarios para la usucapión. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Ej. Si Juan pretende reivindicar una finca, para justificar su derecho de propiedad tiene dos vías:

a) Demostrar que el primer propietario de quien adquirió la finca, Pedro, tenía un título legítimo de dominio (ej, una compraventa), es decir que Pedro adquirió legítimamente la finca, de Antonio, y posteriormente vendió a Juan.

b) Ante la dificultad, de demostrar la validez del título adquisitivo, del primer transmitente, el reivindicante, Juan puede probar que es propietario demostrando que se han cumplido los requisitos necesarios para la usucapión de bienes inmuebles (art. 1.957) ; para ello Juan tiene que demostrar que ha poseído ininterrumpidamente la finca reivindicada durante más de diez años, que lo ha hecho de buena fe y que tenía justo título (por haber adquirido en virtud de contrato de compraventa).

B) Posesión del demandado.

Para que prospere la acción reivindicatoria el **demandado** ha de ser en ese momento **poseedor** de la cosa reclamada, en consecuencia quien no posee no puede ser objeto de una acción reivindicatoria.

La **posesión** del demandado ha de ser **indebida**, es decir que se posea sin título que la justifique .

Si el demandado tuviera inscrita en el Registro de la Propiedad, la cosa a su favor, el reivindicante, en el momento de interponer la demanda tendrá que solicitar la declaración de **nulidad o de cancelación de las inscripciones registrales**. (Art. 38.2 LH.), de esta forma la realidad que consta en el Registro de la Propiedad, se adecuará a la realidad extrarregistral que se origine tras el ejercicio de la acción reivindicatoria. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

C) Identificación de la cosa.

La acción reivindicatoria sólo puede prosperar cuando se reclama una **cosa** concreta, **perfectamente identificada**, es decir que la cosa ha de estar perfectamente descrita . Ej. En fincas rústicas la cosa estará identificada cuando se fijen con claridad y precisión , la **situación, cabida y linderos** de la misma. Muchas acciones reivindicatorias no prosperan porque al tratarse de fincas antiguas la descripción que figura en el Registro de la Propiedad no coincide con la realidad física actual de la finca. Una solución adecuada para la reivindicación de inmuebles será completar la descripción de la finca con un plano (ej. el plano catastral).

Efectos de la acción reivindicatoria. Tras una sentencia favorable al reivindicante , el demandado será obligado a restituir la cosa reclamada.

2.- LA ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO.

En el segundo párrafo del art. 348 cc, se concede al propietario la protección de su derecho, que comprende no sólo la acción reivindicatoria, que se ejercita contra el tenedor de la cosa para reintegrarla a su dueño, sino también la acción declarativa que pretende la afirmación o reconocimiento del derecho de dominio frente a quien, en cualquier caso discute o se atribuye ese derecho.

Estos dos tipos de acciones, aunque entrelazadas, aparecen frecuentemente confundidas.

La **acción reivindicatoria** tiene un **doble objeto**, que **se reconozca el derecho de propiedad** del actor, y que tenga lugar la **restitución de la cosa**. Es decir que protege al dominio cuando ha habido una **privación o detentación** de la cosa por persona distinta al propietario. La **acción declarativa** o de constatación, tiene como **único fin**, según DIEZ-PICAZO Y GULLÓN que se declare por el tribunal que el **actor es el propietario de la cosa**, condenándose al demandado a pasar por el reconocimiento de tal derecho. En este caso no se requiere para su ejercicio que el demandado sea poseedor, puesto que la cosa puede continuar bajo el poder del actor.

Según PUIG BRUTAU, los **requisitos** para el **ejercicio de la acción declarativa** son **idénticos** a los de la **reivindicatoria**, a **excepción de la posesión** de la cosa por el demandado.

3.- LA ACCIÓN NEGATORIA.

Esta acción es la que compete al propietario de una cosa para defender la libertad de su dominio y que **se declare la ausencia o inexistencia de gravámenes**, frente a quien pretende ser titular de un “ius in re aliena” sobre la misma cosa. Por esa finalidad podría llamarse declarativa de la libertad de la propiedad (PUIG BRUTAU), y puede ejercitarla todo propietario, tanto de bienes muebles como inmuebles. Según CASTÁN el nombre de negatoria proviene del hecho de que mediante ella el dueño niega el derecho de su adversario.

4.-ACCIONES PREPARATORIAS Y CAUTELARES

4.1.- Acción «Ad exhibendum»

Es una **acción preparatoria** de las acciones reales y corresponde al dueño de las cosas muebles, contra el que se supone que las posee, para que las presente o exhiba, y poder así identificar la cosa, el estado en que esta se encuentra y el hecho de que la posee el demandado. Esta acción no es exclusiva del propietario, ya que puede ser entablada por cualquiera que se proponga demandar en relación con una cosa determinada, aún cuando la acción carezca de naturaleza real (LOPEZ Y LOPEZ).

4.2.- Interdictos de obra nueva y obra ruinosas

El **interdicto de obra nueva** tiene por objeto obtener la suspensión de una obra nueva o en construcción. (contra la obra terminada procede la acción negatoria de servidumbre o cualquier otra acción que se estime pertinente). Puede ejercitarlo el propietario o cuantas personas se crean perjudicados por la construcción de dicha obra.

Esta regulado en el art. 1.663 y ss. de la L.e.c.; tras la presentación de la demanda el juez decretará la suspensión provisional de la obra, esta paralización que

será confirmada o alzada al resolverse el interdicto.

El **interdicto de obra ruinosa** (o de obra vieja); según CASTAN puede tener dos objetos. --1º.- La adopción de medidas urgentes de precaución para evitar riesgos por el mal estado de edificios, árboles, columnas u objetos análogos, cuya caída puedan causar daño a personas o cosas.

--2º.- La demolición total o parcial de una obra ruinosa.

Regulado en el art. 1676 ss. de la Ley de Enjuiciamiento.

Sólo pueden ejercitarlo:

- Las personas que tengan una propiedad contigua o inmediata que pueda sufrir por la ruina.

Las personas que tengan necesidad de pasar por las inmediaciones del edificio, árbol o construcción que amenace ruina.

4.3.- Acción de AQUAE PLUVIAE ARCENDAE

Según Puig Brutau¹⁵, es: " *la acción real que corresponde al dueño o poseedor de una finca contra el dueño o poseedor de otra para evitar los perjuicios que aquella sufra por la variación en ésta del curso de las aguas, o para pedir que limpie o quite las aguas estancadas, o permita al demandante hacerlo por sí mismo.*"

Nuestro Código Civil no la regula expresamente, pero puede deducirse de lo establecido en los arts 420 y 552, así como de los arts. 7 y 45 y ss. de la Ley de Aguas de 1.985. Normalmente se tratará del ejercicio de una acción negatoria de servidumbre o de un interdicto de obra nueva.

Art.420: "El dueño de un predio en que existan **obras defensivas** para contener el agua, o en que por la variación de su curso sea **necesario construirlas** de nuevo, está obligado, a su elección, a hacer los reparos o construcciones necesarias o a tolerar que, en perjuicio suyo, las hagan los dueños de los predios que experimenten o estén manifiestamente expuestos a experimentar daños."

Art.552: "Los predios inferiores están sujetos a recibir las aguas que, naturalmente y sin obra del hombre, descienden de los predios superiores, así como la tierra o piedra que arrastran en su curso. Ni el dueño del predio inferior puede hacer obras que impidan esta servidumbre, ni el del superior obras que la graven."

2.6.- Acciones de individualización de la cosa.

a) Deslinde y amojonamiento

El art. 384 Cc contempla la facultad que tiene todo propietario de señalar su propiedad y fijar sus verdaderos límites, facultad que se asemeja a la acción *finium regundorum* de los romanos (DORAL GARCIA).

Aunque el Código, en el art. 384, utiliza para el amojonamiento la palabra deslindar, deslinde y amojonamiento son operaciones diferentes; la segunda presupone

¹⁵PUIG BRUTAU,J.: *Diccionario de Acciones en Derecho civil español*, Barcelona 1.984,Ed.Bosch, Casa Editorial,pág 6.

que no existe controversia sobre los límites o que esta controversia ha quedado resuelta por el deslinde, a continuación del cual se fijan sobre una línea cierta las señales, mojones o hitos que hacen perceptibles los límites de la finca, mientras que el deslinde parte del supuesto de que las líneas divisorias son inciertas. (LOPEZ Y LOPEZ). El deslinde, se puede efectuar a través de tres procedimientos diferentes: por acuerdo de los interesados; mediante procedimiento de jurisdicción ordinaria, (arts. 2061 y ss. de la Lec) y mediante juicio declarativo ordinario cuando haya controversia sobre los linderos y no se produzca acuerdo

Según el art. 1.965, no prescribe la acción para pedir el deslinde de las fincas contiguas.

b) Cercamiento

A tenor de lo establecido en el art. 388, todo propietario podrá cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos o de cualquier otro modo, sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas.

La facultad de cerrar heredades puede, en ocasiones, constituir un deber, por razones de disciplina urbanística.

Tema 6: LA COMUNIDAD DE BIENES

§6.1.- Comunidad de bienes en general. Concepto y clases

§ 6.2.- La copropiedad

§ 6.3.- Comunidades especiales

§ 6.1.- Comunidad de bienes en general

6.1.1.- Concepto:

La comunidad de bienes se encuentra regulada en el Cc en Título III, del Libro II bajo el epígrafe : "*De la comunidad de bienes.*", ocupandose de la misma los Arts 392 a 406.

El art..392 del Cc establece que: «Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece **pro indiviso** a varias personas. A falta de contratos o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título.»

CASTÁN critica, por errónea, la redacción de este artículo porque confunde los conceptos de comunidad y de copropiedad (pues supone que puede recaer la propiedad sobre derechos, cuando la propiedad solamente puede recaer sobre cosas corporales). Según advierte ESPÍN, la reglamentación legal de la comunidad de bienes en el Código civil está hecha en contemplación del caso más importante de comunidad, la copropiedad.

Aunque ambos conceptos parten de un supuesto de común de pluralidad de sujetos o titulares de un derecho subjetivo (**cotitularidad**); difieren por su diferente ámbito; la comunidad es el género y la copropiedad la especie; la comunidad puede recaer sobre toda clase de derechos y la copropiedad -que es un derecho real y más concretamente una forma de propiedad- sólo puede recaer sobre cosas corporales.

Así pues sólo podremos hablar de **comunidad de bienes y derechos** y de **copropiedad o condominio** de bienes o cosas.

Las reglas del Código relativas a la comunidad de bienes se aplican, según DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, en los siguientes casos:

- ➔ En los supuestos de cotitularidad de derechos reales, bien se trate del derecho de dominio (copropiedad) o de cualquier otro derecho real.
- ➔ En los casos de titularidad mancomunada de un derecho de crédito, cuando no sean de aplicación los preceptos del código que regulan las obligaciones mancomunadas y solidarias.(en especial los arts. 1137. 1050 y 1051).
- ➔ También se aplican cuando la cotitularidad no se refiere a un derecho subjetivo aislado, sino a todo un patrimonio o un conjunto o masa patrimonial. (DIEZ-PICAZO Y

GULLÓN) Ej. Una herencia.

Históricamente la comunidad de bienes se ha organizado de dos formas diferentes:

A.- Comunidad romana o por cuotas u ordinaria que se caracteriza:

- Por partir de una de una **concepción individualista**, en ella predomina el individuo sobre la situación de comunidad, que se considera como algo transitorio, desventajoso e incidental.
- La cosa pertenece a distintas personas (condóminos) por cuotas intelectuales o cuotas pro indiviso
- La **prevalencia del individuo** se traduce en que se le reconoce un ámbito de poder exclusivo sobre una parte o porción del derecho ostentado en común, denominada **cuota**.
- Cualquiera de los comuneros pueden solicitar, la desaparición del estado de comunidad, solicitando su división a través de la **acción de división de la cosa común** (*actio communi dividundo*).

B.- Comunidad germánica, propiedad colectiva o mano en común:

- Parte de una concepción colectivista de la comunidad a la que se subordina el derecho del individuo.
- La comunidad se considera como una situación ventajosa, permanente y estable.
- La propiedad es colectiva o en mano común; la cosa pertenece a todos sin ninguna división ideal por cuotas, sólo se puede disponer o enajenar en bloque..
- No se reconoce a los comuneros la posibilidad individual de pedir la división de la cosa común.

La **regulación** de la **comunidad de bienes** en el **Código civil** sigue las líneas básicas de la **comunidad romana**: reconocimiento de cuotas, plena propiedad de cada comunero sobre ellas y la posibilidad de ejercer libremente la acción divisoria. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN); no obstante, para cierto sector doctrinal, en el Código también podemos encontrar los caracteres de la *comunidad en mano común* (germánica) en algunas instituciones como: la comunidad hereditaria, la sociedad sin personalidad, en la sociedad de gananciales y en las comunidades vecinales y aprovechamientos comunales (de pastos, montes, leñas, etc).

6.1.2. Clases de comunidad (en sentido amplio):

La comunidad puede ser:

- *Singular*: cuando recae sobre derechos determinados (comunidad de una cosa o de un crédito)
- *Universal*: sobre un patrimonio total (la comunidad de la herencia entre los coherederos)
- *Convencional*: nace por acuerdo voluntario de los comuneros.
- *Incidental*: se constituye por un hecho o acto jurídico ajeno a la voluntad de la persona (ej. comunidad hereditaria o la comunidad de cosas muebles mezcladas por casualidad).

- *Ordinaria*: va acompañada de la posibilidad de exigir la división.
- *Forzosa*: excluye la libre división. (la doctrina extranjera incluye en este supuesto la comunidad de los muros divisorios o medianería).

6.2.- El régimen jurídico de la comunidad de bienes.

Según el art. 392.2 del CC: «A falta de contratos o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este Título». Lo cual significa que la regulación de esta institución se vertebra en torno a la **autonomía de la voluntad o libertad de pactos**, aplicándose las normas del código civil de forma supletoria. Así pues las **fuentes** que regulan la **comunidad de bienes** se aplicarán en el siguiente orden:

1º El **pacto o contrato** cuando la comunidad tenga un origen voluntario¹⁶.

2º Las **disposiciones especiales** que regulan algunos tipos de comunidades¹⁷.

Estas disposiciones pueden encontrarse:

a) En el propio Código:

La propiedad de casas por pisos o locales: (art. 396 Cc)- si bien nos remite a la LPH.

La comunidad legal de gananciales (arts. 1.344-1.410)

La que es consecuencia del contrato de sociedad (arts. 1665, 1708)

La comunidad de coherederos (art. 1.051).

B) En leyes especiales

Ej. Ley de Propiedad Horizontal 49/1960 reformada por la Ley 8/1999 . La Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico. Ley de 55/1980 de 11 de noviembre, de montes vecinales en mano común.

3º Las **disposiciones del Código civil** relativas a la Comunidad de Bienes (arts 392 a 406)

6.3.- Caracteres de la comunidad de bienes

En la copropiedad, al igual que sucede con todos los demás casos de cotitularidad, es presupuesto de la **unidad de objeto**, que implica la existencia de una misma cosa que corresponde a una **pluralidad de sujetos**.

¹⁶No obstante la claridad del precepto, la jurisprudencia ha manifestado que algunos preceptos(arts 400, 403 y 405) de los que regulan la comunidad de bienes tienen carácter imperativo y que por lo tanto se aplicarán con preferencia a los pactos. (MIQUEL GONZÁLEZ)

¹⁷En el supuesto de leyes especiales que regulen determinados tipos de comunidades, estas se regularán de acuerdo con lo establecido en ellas; lo cual generalmente supone que la autonomía de la voluntad pasa a segundo plano. Así sucede con la propiedad horizontal, ya que según el art. 369 cc, se rige en primer lugar por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados.

Según LASARTE, la coexistencia sobre una misma cosa del derecho de propiedad de varias personas, obliga a descomponer idealmente sus poderes sobre dicha cosa. Ello se consigue mediante la atribución de una **cuota parte** de la cosa a cada uno de los propietarios.

Según el art. 393 del Código civil «el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas», de acuerdo con este mismo precepto estas cuotas «se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario» con lo cual se establece la regla general que según la cual la cuota será siempre correlativa al número de comuneros, salvo prueba en contrario.

En el caso de que hubiera desigualdad en la cuota, los beneficios o las cargas dimanantes de la copropiedad serán directamente proporcionales a la cuota de cada uno de los comuneros.

6.4 Objeto de la comunidad de bienes.

Para que exista comunidad es preciso que la **titularidad** de un **mismo derecho** recaiga sobre **varias personas**, no hay comunidad cuando sobre una misma cosa recaen derechos diferentes. (MIQUEL GONZÁLEZ). No hay comunidad entre el nudo propietario y el usufructuario.

Puede ser objeto de *comunidad* cualquier cosa corporal o material que pueda ser objeto de dominio y todo aquello que tenga una existencia económica con valor pecuniario y jurídico. Ej.: la cotitularidad de un derecho de propiedad intelectual.

6.5.-Principios jurídicos rectores de la comunidad de bienes.-

El C.C. organiza la situación de comunidad de arreglo con los siguientes principios (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN) :

1º→*Principio de autonomía privada.*- Los pactos entre los comuneros constituyen el eje entorno al cual gira la regulación de la comunidad de bienes. Las normas legales que regulan la comunidad en el CC, salvo algunas excepciones, tienen carácter dispositivo y solo se aplicarán en defecto de pacto (art. 392.2) «... A falta de contrato o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título.»

2º→ *Principio de proporcionalidad.*-El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas. Se presumirán iguales, mientras no se demuestre lo contrario. (Art.393).

3º→*Principio democrático.*- Para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes. No habrá mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad.(art. 398). Así pues hay mayoría en relación a las cuotas y no a las personas.

4º→*Principio de libertad individual.*:- Cada comunero conserva, a pesar de la comunidad, su libertad individual, principio que se refleja en dos normas:

- la que permite a todo comunero solicitar la **división de la cosa común**. (Art.

400)

- y, la que permite **renunciar a su derecho**, liberandose de determinadas obligaciones que sean consecuencia de la comunidad. (Art. 395).

6.6.- El contenido de la situación de comunidad

El **contenido** de la copropiedad, tal como está regulada en el Cc. consta de **dos tipos de derechos**: los que están en relación con la cosa común y los que están en relación con las porciones o cuotas indivisas.

A.- Derechos en relación con la cosa común:

El derecho sobre la cosa común está subordinado al de todos los demás copropietarios, por ello las facultades del copropietario son:

1.- *Uso de la cosa común*:

Art.394: podrá servirse de las cosas comunes siempre que disponga de ellas conforme a su destino, de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho.

2.- *Disfrute y conservación de la cosa común*: tanto el disfrute como la conservación son proporcionales a las cuotas.

3.- *Administración de la cosa común*: todo copropietario tiene derecho a administrar la cosa con los demás respetando los acuerdos adoptados por la mayoría siempre que no resulten gravemente perjudiciales para la minoría (A.398) --> juez.

Mayoría de intereses, no de personas. Cabe pactar una formación distinta de la de intereses e incluso un sistema de administración unipersonal.

4.- *Disposición y alteración de la cosa común*:

Según el art.397, ningún copropietario puede hacer alteraciones en la cosa común (Acto de disposición) sin el consentimiento de los demás, aunque pudieran resultar ventajosas.

Si son alteraciones que afectan a la sustancia (enajenar, usufructo, servidumbre, hipoteca) se necesita el acuerdo unánime de todos los copropietarios. Pero si sólo afectan al "mejor disfrute" de la cosa basta la mayoría (Art.398)

5.- *Defensa en juicio y reivindicación de la cosa común*: cualquier copropietario puede ejercitar la acción reivindicatoria y recuperar la cosa para todos los copropietarios.

6.- *División de la cosa común*, ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO: Según el Art.400: todo copropietario puede pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común, nadie está obligado a permanecer en ella; pacto indivisibilidad, máximo 10 años prorrogable en un nuevo plazo.

A.401: no podrá exigirse la división si de ella resulta **inservible** para el uso a que se destina.

A.404: cuando es **esencialmente indivisible** y no convienen en adjudicarla a alguno de los condueños --> se venderá y repartirá su precio.

A.402: División por interesados, árbitros o componedores nombrados por los interesados

B.- Derechos en relación con la cuota:

1.- *Autonomía de cada partícipe*:

A.399: Todo copropietario tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y

utilidades que le correspondan, pudiendo en consecuencia **enajenarla, cederla o hipotecarla**, salvo si se tratare de derechos personales.

2.- Derechos sobre las cuotas de los demás: los copropietarios tienen derecho de retracto cuando otro copropietario decide enajenar a un tercero (A.1522)

6.7.- Nacimiento

La situación de cotitularidad puede producirse de forma automática (**por vía legal**) o mediante **pacto**.

Del art. 392.1º se desprende que la situación de comunidad es un **efecto legal automático**, que se produce cuando la titularidad de un derecho corresponde a varias personas, salvo que esa cotitularidad se encuentre sometida a reglas diferentes, luego siempre que la cotitularidad de un derecho sea atribuida a varias personas como cotitulares, habrá una situación de cotitularidad. (CAPILLA RONCERO) Ej. La comunidad de herederos; cuando se mezclan dos rebaños sin posibilidad de separarlos (vgr. La conmixión del art. 381 cc). Etc.

A esta situación también se puede llegar **voluntariamente**: cuando varias personas se ponen de acuerdo para efectuar una adquisición; bien porque entre varios compran una cosa, o cuando una cosa es donada a varios.

Una situación similar es la que se produce cuando hay una **transmisión parcial de la cosa**, cuando el dueño único de la misma se desprende de parte de la misma, transmitiendo a un tercero una cuota, quedando la cosa en situación de indivisión. También puede haber comunidad cuando varios **permutan cuotas de sus titularidades inicialmente unitarias** (ej. se agrupan fincas colindantes que pasan a ser una sola.. Los dueños de dos solares colindantes cuya superficie por separado no llegan a constituir solar mínimamente edificable los agrupan para poder edificar.

6.8.- Extinción

La situación de copropiedad se extingue por los siguientes motivos:

1.- Por la desaparición de la situación de cotitularidad:

- . Por renuncia de uno de los comuneros. Se extingue solamente la comunidad para él puesto que su cuota acrece a los demás que continúan en situación de comunidad.
- . Por pérdida de la propiedad a través de la prescripción
- . Por coincidencia en una misma persona de todas las cuotas (consolidación)

2.- Por pérdida o destrucción de la cosa objeto de copropiedad.

3.- Por **división** de la cosa común: de esta forma el derecho limitado y concurrente se transforma en un derecho singular y exclusivo sobre la cosa.

El Código civil contempla con recelo la situación de comunidad, por ello la considera como una situación provisional y establece un régimen favorable para la extinción, concediendo a cada condueño la posibilidad de pedir en cualquier momento la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción divisoria o ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO.

Límites al dº a pedir la división de la cosa común..

No se puede temporalmente pedir la división cuando:

Exista pacto de indivisión que no podrá superar los diez años, que serán prorrogables por una nueva convención; si bien el pacto de indivisión realizado por acuerdo de la mayoría de los comuneros, no vinculará a la minoría que en cualquier momento podrá instar la división de la cosa común.

--- **MILLORAR**---☞☞☞☞☞

- Existe **imposición por parte del donante o testador**.

- La **cosa es indivisible**:

401: ..resulte inservible

404: ..esencialmente . indivisible

1062: ..cuando se indivisible o desmerezca mucho por su división podrá adjudicarse a uno, abonando el exceso en dinero.

Efectos de la extinción de la situación de comunidad:

1º.- *Los comuneros se convierten en propietarios exclusivos.* Si se hubiere establecido una servidumbre sobre una cosa común, al ser éste un derecho real indivisible, cada antiguo comunero seguirá tolerando el ejercicio de ésta. Para proceder a la división se tendrán que liquidar todos los gastos necesarios realizados sobre la cosa.

2º.- *Se producirá la individualización registral de los bienes.* (Art. 59 Reglamento Hipotecario.): cada propietario deberá inscribir en el Registro de la Propiedad su bien de forma separada, pues antes sólo estaba inscrita la cosa común.

3º.- *Respecto de terceros: los acreedores podrán oponerse a la división de la cosa común.* Art. 403 C.c.: "Los acreedores o cesionarios de los partícipes podrán concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso...".

Art.405 C.c: "La división de una cosa común no perjudicará a tercero,..."

6.9.- Comunidades especiales

Son supuestos de comunidades especiales:

. La Sociedad de gananciales (arts.1344-1410).

- La Comunidad hereditaria (art. 1051).

-Las sociedades sin personalidad jurídica.-Según el art..1669 Cc: no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos de mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros. Se registrará por las disposiciones de la comunidad de bienes.

- La comunidad de pastos: servidumbre de pastos (voluntaria), los pastos de una finca sirven para el ganado de fincas ajenas y viceversa (A.602)

- Los Montes vecinales: "Comunidad germánica" (Ley de 1980): son aquellos montes que con independencia de su origen pertenecen a agrupaciones vecinales en calidad de grupos sociales y no como entidades administrativas.

6.10- Comunidad "pro diviso" o impropia.- Situación que se da cuando el poder pleno pertenece a varias personas y entre todas constituyen el señorío total. Se trata de propiedades separadas que concurren sobre cosas que se encuentran en estado

de conexión física. Es el supuesto en que una cosa pertenece a diferentes propietarios y cada uno tiene derecho a obtener diferentes productos. El supuesto más habitual es el que a una persona le corresponda el derecho de siembra de una cosa y a otra el derecho sobre el arbolado.

En estos caso mas que una verdadera copropiedad, existe un concurso o yuxtaposición de derechos de propiedad distintos sobre una misma cosa o una figura de propiedad dividida.

No está regulada por el Cc, pero esta figura ha sido admitida por la doctrina y la jurisprudencia.

Tema 7

LA PROPIEDAD HORIZONTAL

§ 1.- La Ley 49/1960, de Propiedad Horizontal. La Ley 8/1999, de 6 de abril de Reforma de la PH

§ 2.- Naturaleza jurídica. Fuentes legales. Ámbito de aplicación.

§ 3.- Constitución de la PH: el título constitutivo.

§ 4.- Los elementos privativos y comunes.

§ 5.- Derechos y deberes de los propietarios

§ 6.- Los órganos de la comunidad.

§ 7.- Extinción de la comunidad.

§ 8.- Los conjuntos inmobiliarios privados.

§ 1.- La Ley 21 de Julio de 1.960. La Ley 8/1999, de 6 de abril de Reforma de la PH

Ley de 26 de octubre de 1.939 constituyó la primera regulación de la propiedad horizontal. Actualmente se encuentra regulada por la **Ley 49/1.960 de 21 Julio**, que ha sufrido una importante modificación con la **Ley 8/1999, de 6 de abril**, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (BOE núm. 84, de 08-04-1999)

Hasta la Ley del año 1.939 el C.c sólo dedicaba un artículo, el 396, a la propiedad horizontal, el cual sólo se ocupaba de la *contribución* de los propietarios a las *obras necesarias*. Ante la serie de problemas que en la vida práctica se suscitaron, sobre todo en materia de normativa aplicable y el interés en promover este tipo de viviendas, se dictó la **Ley 26 de octubre de 1.939**.

Ley de 26 de octubre de 1.939. Esta ley solamente reformó el art. 396 del Cc configurando la propiedad horizontal como una **propiedad singular** sobre cada piso, unida a una **copropiedad indivisible** sobre los elementos comunes del inmueble. No obstante el impulso que se dio a la idea de propiedad singular permanecieron una serie de *residuos de la idea de copropiedad* como el reconocimiento de un derecho de adquisición preferente a favor del resto de propietarios en el caso de enajenación de alguno de los pisos; otro defecto de aquella ley era que se ocupaba solamente de regular los gastos de reparación y conservación de los elementos comunes, olvidándose del desenvolvimiento de esa propiedad individual y colectiva (límites por razón de vecindad, acuerdos de los propietarios etc.) (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Ley de Propiedad Horizontal de 1.960 extrajo del Código civil la normativa referente a la institución, para ello en su art. 1º se reformó el **art. 396¹⁸ del Cc**, que

¹⁸«Los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo,

nuevamente a sido modificado por la **Ley 8/1999** quedando reducido a una **norma de remisión**, que recoge las normas esenciales de esta clase de propiedad, remitiéndose en lo demás a la LPH. En la Exposición de Motivos el legislador manifiesta que se trata de la ordenación «ex novo» de manera completa de la propiedad por pisos; lo que supone un alejamiento del sistema de la comunidad de bienes; lo que se manifiesta en :

-la *eliminación de los derechos de tanteo y retracto*.

-la determinación del conjunto de *derechos y deberes* que integran esta propiedad, que antes se dejaban a merced de la autonomía privada, *reflejada en los Estatutos*, lo que en realidad suponía que estos los dictaba el promotor de la empresa de construcción.

-la imposibilidad del ejercicio de la *actio communi dividundo*, (sobre los elementos comunes) por estar prohibido por el art. 4 LPH.«la **acción de división no procederá** para hacer cesar la situación que regula esta ley [...]»

Otra novedad la Ley 49/1960 es el establecimiento del **concepto de coeficiente o de cuota**, a fin de precisar el nivel de participación de los propietarios en el uso y disfrute de los elementos comunes, como el levantamiento de las cargas de uso mantenimiento y conservación de los citados elementos. (PRATS ALBENTOSA)

La **Ley 49/1960** ha sido **modificada** por la **Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal**, BOE núm. 84, de 08-04-1999) que ha introducido las siguientes **novedades**:

•Mayor flexibilidad para el **régimen de mayoría** para el establecimiento de **determinados servicios** (porterías, ascensores, supresión de barreras arquitectónicas que dificulten la movilidad de personas con minusvalías, servicios de telecomunicación, aprovechamiento de la energía solar, etc.).

•Nuevas medidas dirigidas a **combatir la morosidad** de los propietarios: Creando un **fondo de reserva**, o exigiendo la **publicidad en el instrumento público de transmisión de las cantidades adeudadas por los propietarios, afcción real del inmueble** transmitido al pago de los gastos generales correspondientes a la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año inmediatamente anterior, **responsabilidad solidaria** del transmitente que no comunique el cambio de titularidad, atribución de **carácter ejecutivo a los acuerdos formalizados en el acta de la Junta de**

cimentaciones y cubiertas; elementos estructurales y entre ellos los pilares, vigas, forjados y muros de carga; las fachadas, con los revestimientos exteriores de terrazas, balcones y ventanas, incluyendo su imagen o configuración, los elementos de cierre que las conforman y sus revestimientos exteriores; el portal, las escaleras, porterías, corredores, pasos, muros, fosos, patios, pozos y los recintos destinados a ascensores, depósitos, contadores, telefonías o a otros servicios o instalaciones comunes, incluso aquéllos que fueren de uso privativo; los ascensores y las instalaciones, conducciones y canalizaciones para el desagüe y para el suministro de agua, gas o electricidad, incluso las de aprovechamiento de energía solar; las de agua caliente sanitaria, calefacción, aire acondicionado, ventilación o evacuación de humos; las de detección y prevención de incendios; las de portero electrónico y otras de seguridad del edificio, así como las de antenas colectivas y demás instalaciones para los servicios audiovisuales o de telecomunicación, todas ellas hasta la entrada al espacio privativo; las servidumbres y cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles.

Las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable.

En caso de enajenación de un piso o local, los dueños de los demás, por este solo título, no tendrán derecho de tanteo ni de retracto. Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados.»

propietarios, establecimiento de un procedimiento ágil y eficaz de ejecución judicial para el cobro de las deudas con la comunidad, etc.

•Regulación de la **formación de las actas de las Juntas**, algunos cambios en las funciones de los órganos de la comunidad, en particular del administrador, que podrá ser cualquier copropietario o persona física con cualificación profesional suficiente, **régimen de convocatorias, ejercicio del derecho de voto, renuncia al cargo del presidente**, etc.

§ 2.- Naturaleza jurídica. Fuentes legales. Ámbito de aplicación.

.1.-NATURALEZA JURÍDICA.- Respecto a la naturaleza jurídica la LPH se sitúa en la línea de la dualidad de propiedades; **singular o privativa** sobre el piso o local y **copropiedad** sobre los elementos comunes, si bien dando prevalencia a la primera sobre la segunda. No obstante, la propiedad sobre los elementos privativos no es una propiedad normal ya que si bien la propiedad sobre el piso se disfruta en exclusiva, las limitaciones son de tal índole que vienen a desvirtuar el derecho de propiedad en lo que se refiere a la nota de absolutividad, con lo que habría que aproximar el concepto de propiedad horizontal a un fenómeno asociativo o comunitario (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La **copropiedad sobre los elementos comunes** tiene características especiales, puesto que no es divisible, no cabe la *actio comuni dividundo* como sucede con la copropiedad normal. (ALBALADEJO)

2.2.- FUENTES LEGALES DE LA PH.- El actual art. 396 del Cc establece que «esta forma de propiedad [horizontal] se rige por las **disposiciones legales especiales** y, en lo que las mismas permitan por la **voluntad** de los interesados». De su contenido se deduce que la Propiedad Horizontal se regula:

1º) Por las **normas de carácter imperativo** de la L.P.H.

2º) Por la **voluntad de los interesados**, en el caso de que se manifieste en los **Estatutos y Reglamentos de régimen interior**, en aquellos supuestos en que la ley permita la intervención de la autonomía de la voluntad.

3º) Finalmente se aplicará con carácter **supletorio** el **régimen de la comunidad ordinaria** cuando la cuestión afecte a elementos comunes. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

El sistema de fuentes del art. 396 es distinto al del art. 392.2º Cc para la comunidad ordinaria, en este último, en primer lugar se da preferencia a la voluntad privada, después a las disposiciones especiales y finalmente a las disposiciones generales sobre la comunidad de bienes.

2.3.- ÁMBITO DE APLICACIÓN. Según el art. 2 LPH esta ley es de aplicación:

a) A las **comunidades de propietarios** que reuniendo los requisitos del **art. 396 cc** han otorgado el **título constitutivo** de P.H.

b) A las **comunidades** que reúnan los requisitos establecidos en el art 396 Cc Civil y **no** hubiesen **otorgado** el **título constitutivo** de la P.H.

c) A los **complejos inmobiliarios privados**, en los términos establecidos en esta Ley

§ 3.-Constitución de la PH: el título constitutivo.

1.-EL TÍTULO CONSTITUTIVO.

A.- Concepto de título constitutivo.- Para que se produzca el **nacimiento de la propiedad horizontal**, se exige el otorgamiento del llamado *título constitutivo*.y la **enajenación** de al menos **uno de los pisos o locales** terminados.

Según PUIG-BRUTAU, el Título constitutivo es un **negocio jurídico** en virtud del cual:

1º.- se somete expresamente un edificio en su totalidad¹⁹ al régimen de propiedad horizontal de la L.P.H.

2º.- se divide el edificio, en su totalidad, en pisos y locales .

3º.- se describe, tanto el edificio en su conjunto, como cada uno de los pisos y locales que lo integran y se fijan los elementos comunes de unos y de otros.

Según el art. 5.1 de la L.P.H el **título constitutivo** deberá contener la descripción del **inmueble en su conjunto**, con las **circunstancias exigidas por la legislación hipotecaria** y los servicios e instalaciones con que cuente el mismo; la descripción de **cada piso o local** expresará su extensión, linderos, planta en la que se hallare y los anejos, tales como *garaje, buhardilla o sótano*; además en el mismo título se fijará la **cuota de participación** que corresponde a cada piso o local.

La L.P.H. no exige ninguna formalidad para el **otorgamiento** del *título constitutivo*, pero se impone el otorgamiento de **escritura pública** si se pretende su inscripción en el Registro de la Propiedad.²⁰

El **otorgamiento** del título debe realizarse por el **dueño** o todos los **copropietarios** del edificio, siendo indiferente si tiene lugar antes o después de la venta de los diferentes pisos; si no han finalizado las obras del mismo e incluso si el edificio está en la fase de proyecto.

B.-Requisitos del título constitutivo. Según el art. 5 de la Ley el título constitutivo ha de reunir los siguientes requisitos (PUIG BRUTAU):

1º.- *Descripción del inmueble en su conjunto.*- que debe de hacerse de acuerdo con lo establecido en el art. 9 de la Ley Hipotecaria, describiendo la naturaleza, situación , linderos, medida superficial, nombre y número si constaren en el mismo; también se harán constar los servicios e instalaciones con que cuente, si bien no lo menciona la ley

¹⁹Antes de la Ley del 61 cabía la posibilidad de que un piso en parte estuviese dividido en propiedad horizontal y en parte no. La Disposición Adicional 1ª de la LPH, otorgó un plazo de 2 años para que las comunidades de propietarios adaptasen sus estatutos a lo preceptuado en ella.

²⁰Si bien nuestro sistema registral no impone la inscripción obligatoria de los inmuebles en el Registro de la Propiedad, hay que tener en cuenta que la hipoteca, la vía de financiación más habitual para la adquisición de viviendas, exige para su constitución el otorgamiento de **escritura pública** (art. 1875 c.c.) y su posterior **inscripción en el Registro de la Propiedad** (art. 145 L.H.)

(PRATS)

2º.- *La descripción de cada piso o local*, expresando su extensión, linderos, planta en que se halle, número correlativo y anejos (buhardilla, sótano, garaje...).

3º.- *La cuota o coeficiente de participación de cada propietario*. A tenor de lo establecido en la Exposición de Motivos de la ley: la cuota no es sólo la **participación en los elementos comunes** sino que expresa activa y pasivamente como **módulo para cargas**, el valor proporcional del piso y cuanto a él se considera unido en el conjunto del inmueble, el cual al mismo tiempo que se divide física y jurídicamente en pisos o locales, se divide así económicamente en fracciones o cuotas." (en la Exposición de motivos de la Ley); en idéntico sentido se manifiesta el art. 3.2 de la Ley al establecer que :

«A cada piso o local se le atribuirá una **cuota de participación** con relación al total del valor del inmueble y **referida a centésimas** del mismo . Dicha cuota servirá de **módulo** para determinar la **participación** en las **cargas y beneficios** por razón de la comunidad. Las mejoras o menoscabos de cada piso no alterarán la **cuota** atribuida que sólo podrá **variarse por acuerdo unánime**»

La cuota no sólo sirve para la determinación de beneficios o cargas sino que también, es tenido en cuenta para el «supuesto de destrucción del piso» (art. 23), para el caso «de construcción de nuevas plantas», (art. 12), «para las votaciones» (art. 17), y «para participar en las convocatorias de juntas» (art. 16).

La cuota podrá variarse en los siguientes supuestos:

1º.- Cuando los *pisos o locales* y sus anejos sean objeto de **división material**, para formar otros más reducidos e independientes, o sean aumentados por **agregación** de otros colindantes del mismo edificio, o sufran disminución por segregación de alguna parte. (Art. 8 LPH)

2º.- Cuando *se construyan nuevas plantas* o se introduzca cualquiera otra alteración en la estructura o fábrica del edificio o en las cosas comunes, pues todo ello como dispone el art. 12 afecta al título constitutivo. (Art. 12 LPH)

3º.- Las mejoras y menoscabos de cada piso o local no alterarán la cuota atribuida si no media acuerdo unánime (art. 3.2 LPH)

2.- LOS ESTATUTOS.- Junto al título constitutivo la LPH concede una gran importancia a los estatutos:

El título constitutivo “podrá” contenerlos **estatutos**, que aparecen regulados en el art 5 .3 L.P.H, estos tienen carácter potestativo , puesto que ningún precepto de la ley impone su otorgamiento, y deberán tener el siguiente contenido:

«El título podrá contener, además, **reglas de constitución y ejercicio del derecho**, y **disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio**, sus diferentes pisos y locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un **estatuto privativo** que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad».

Los estatutos se mueven dentro del estrecho margen que la Ley deja para la autonomía de la voluntad, la mayor parte de los mismo no son sino copia de los preceptos de la ley o a lo sumo su adaptación a las particularidades del caso.

Los estatutos pueden ser obra del propietario del edificio que lo somete previamente al régimen de propiedad horizontal, formando un estado de derecho que aceptarán los futuros adquirentes a medida que realicen sus adquisiciones o de los diferentes titulares de pisos o locales, requiriéndose en este último caso que *se otorguen por unanimidad*. Poseen eficacia frente a terceros sólo si han sido inscritos en el Registro de la Propiedad. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

3.- LOS REGLAMENTOS DE RÉGIMEN INTERIOR.- Son diferentes a los estatutos, aparecen regulados en el art.6 LPH. y tienen por objeto la regulación de «los **detalles** de la **convivencia** y la adecuada **utilización** de los **servicios y cosas comunes**, y dentro de los **límites** establecidos por la **Ley** y los **estatutos**». (ej. antenas comunes, utilización de ascensores, tendido de ropa en las terrazas, etc).

Estas normas de régimen interior obligarán, no sólo a los propietarios de los pisos y locales sino también a todos los que disfruten de los pisos por cualquier título (ej. inquilinos, precaristas, etc.). Su modificación, a diferencia de lo que sucede con los estatutos que exigen la unanimidad variación, sólo requieren la *voluntad de la mayoría*, en la misma forma prevista para tomar acuerdos sobre la administración

§ 4.- Los elementos privativos y comunes.

Sobre la propiedad horizontal confluyen dos modos distintos de ejercer el derecho de propiedad por sus titulares, colectiva o independientemente; ello es debido a los diferentes elementos que reconoce la ley: *elementos privativos y comunes*.

1.- ELEMENTOS PRIVATIVOS.

Son elementos privativos, por ser *objeto de propiedad separada*, «... los diferentes pisos o locales o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública...», tal como se desprende del art. 396 Cc.

2.- ELEMENTOS COMUNES.

Son elementos comunes, según el art. 396.2 aquellos «los **elementos comunes** del **edificio**, que son todos los **necesarios para su adecuado uso y disfrute**, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones y cubiertas; elementos estructurales y entre ellos los pilares, vigas, forjados y muros de carga; las fachadas, con los revestimientos exteriores de terrazas, balcones y ventanas, incluyendo su imagen o configuración, los elementos de cierre que las conforman y sus revestimientos exteriores; el portal, las escaleras, porterías, corredores, pasos, muros, fosos, patios, pozos y los recintos destinados a ascensores, depósitos, contadores, telefonías o a otros servicios o instalaciones comunes, incluso aquéllos que fueren de uso privativo; los ascensores y las instalaciones, conducciones y canalizaciones para el desagüe y para el suministro de agua, gas o electricidad, incluso las de aprovechamiento de energía solar; las de agua caliente sanitaria, calefacción, aire acondicionado, ventilación o evacuación de humos; las de detección y prevención de incendios; las de portero electrónico y otras de

seguridad del edificio, así como las de antenas colectivas y demás instalaciones para los servicios audiovisuales o de telecomunicación, todas ellas hasta la entrada al espacio privativo; las servidumbres y cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles.»

Esta **enumeración no es exhaustiva** y puede verse completada ya que también integran los elementos comunes todos aquellos *servicios comunes, obras, instalaciones y aparatos destinados al uso común* puedan haber quedado fuera de la enumeración realizada por el legislador (PRATS)

La doctrina viene distinguiendo dentro de los **elementos comunes** dos categorías:

- **elementos comunes por naturaleza**: son aquellos elementos que son comunes de forma objetiva por exigencias de su uso o aprovechamiento, tales como pasillos, terrazas, ascensores... Estos elementos no pueden perder nunca la condición de elementos comunes, no pueden quedar desafectados ni tan siquiera por acuerdo unánime de los propietarios.

- **elementos comunes por destino**: son aquellos elementos comunes que no siendolo por naturaleza, podrían haber sido visto “desafectada” su condición de elemento común en el título constitutivo y haberse transformado en bienes privativos; pero sin embargo no se ha realizado tal transformación. Ej. sótano dedicado a aparcamiento en el que por ser menor el número plazas disponibles que el de pisos no se ha procedido a su división. La portería también es elemento común por destino, cuando se instale un portero automático y se prescindiera del servicio de portería, esta puede desafectarse, transformándose en elemento privativo. -

§5.- Derechos y deberes de los propietarios

Como consecuencia de la existencia de **dos clases de elementos** en el sistema de la P.H. que la configuran, sobre los que recaen distintas formas de ejercicio del derecho de propiedad, el **régimen jurídico de los derechos y obligaciones** de los propietarios es de carácter **doble y diferente**, según se trate de elementos comunes o privativos.

1. DERECHOS Y OBLIGACIONES RESPECTO A LOS ELEMENTOS PRIVATIVOS.

El art. 3 LPH confiere al dueño de cada piso o local el «**derecho singular y exclusivo de propiedad** sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, así como el de los anejos que expresamente se hayan señalado en el título, aunque se hallen fuera del espacio delimitado».

A.- Obras en los elementos privativos

Según el Art.7:«El propietario de cada piso podrá **modificar** los **elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios** de aquél **cuando no** menoscabe o altere la **seguridad del edificio**, su **estructura general**, su **configuración o estado exteriores**, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo de dar **cuenta previamente** de tales **obras** previamente a quien represente a la comunidad.

En el **resto del inmueble no** podrá realizar **alteración alguna** y si advirtiere la necesidad de **reparaciones urgentes**, deberá **comunicarlo** sin dilación al **administrador**».

B.- Actividades no permitidas.

De acuerdo con el art. 7.2.: « Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble aquellas **actividades prohibidas en los estatutos**, que resulten **dañosas para la finca** o que **contravengan** las **disposiciones** generales sobre **actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.**(art. 7.2)

El presidente puede requerirá el cese de tales actividades, y ante la persistencia en la conducta podrá acudir al Juez que podrá ordenar cautelarmente la cesación inmediata de la actividad prohibida. Si la demanda fuese estimatoria, podrá disponer el cese definitivo de la actividad, la indemnización de daños y perjuicios así como la privación del derecho al uso de la vivienda o local por período no superior a tres años. (Art. 7.2.)

Si el infractor no fuese el propietario, la sentencia podrá declarar extinguidos definitivamente todos sus derechos relativos a la vivienda o local, así como su inmediato lanzamiento o desalojo. (Art. 7.2)

C.- División o agregación de los pisos o locales.

En el art. 8 se reconoce a todo propietario de un elemento privativo sometido al régimen de horizontalidad el derecho de efectuar en su finca una serie de operaciones que la modifique cuantitativamente-siempre que medie la aprobación por unanimidad²¹ de la Junta de propietarios, tales como:

- **dividir** un piso o local para formar dos o otros más reducidos e independientes.
- aumentar** un piso o local por agregación de otros colindantes que pertenezcan a la misma finca o por agregar porciones o partes de pisos o locales colindantes.
- segregar** o separar una parte de su piso para que forme parte de otro piso o local colindante.

2.- DERECHOS Y OBLIGACIONES RESPECTO A LOS ELEMENTOS COMUNES.

²¹ Se requiere la unanimidad del art.16 LPH porque al variarse la descripción del local o piso, y al producirse al aumentar el mismo una variación de la cuota, es una decisión que afecta al título constitutivo.

A. Derechos.-

Si la existencia de elementos privativos supone, según el art. 396-1 que cada uno de los propietarios de un elemento independiente del inmueble obtenga un **uso y disfrute** adecuado del mismo, para que tal fin pueda alcanzarse, los arts. 396.1 CC y 3 b LPH confieren al titular el derecho de **copropiedad** sobre los **elementos, pertenencias y servicios comunes**. Lo cual significa que la LPH prevé un régimen jurídico destinado a regular los conflictos que surjan entre los propietarios de los elementos privativos, en relación con los elementos comunes, en lo no previsto por la LPH se acudirá al régimen del Cc para la comunidad de bienes (PRATS ALBENTOSA)

B. Obligaciones.-

La obligaciones a que queda sometido el propietario de un **piso o local** o a la **partes susceptibles de aprovechamiento independiente**, como consecuencia de su condición de comunero respecto de los elementos comunes del edificio, aparecen reguladas en el **art. 9 LPH**:

- 1.- **Respetar** las **instalaciones generales** de la comunidad y demás **elementos comunes**, ya sean de uso general o de uso privativo de cualquiera de los propietarios, estén o no incluidos en su piso o local, haciendo un uso adecuado de los mismos y evitando en todo momento que se causen daños o desperfectos.
- 2.- Mantener en **buen estado de conservación** su propio **piso o local** e instalaciones privativas; la Junta podrá interponer una acción por resarcimiento de daños por el "descuido" del propietario.
- 3.- **Consentir** que se realicen en su piso o local las **reparaciones** que **exija el servicio del inmueble** y permitir en él las **servidumbres** imprescindibles requeridas para la **creación de servicios comunes de interés general**.
- 4.- Permitir al efecto la entrada a su piso o local a los efectos de los apartados anteriores.
- 5.- Contribuir según su *cuota de participación*, a los **gastos generales** para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización..

El piso estará **afecto** (será susceptible de embargo) para cubrir el importe de los gastos pendientes, correspondientes al último año anterior y la parte vencida de la anualidad corriente, con independencia de quien sea su actual titular, (art. 9.e,2º), bastando para ello la **certificación** del acuerdo de la Junta en la que se aprobase la liquidación de deuda que tendrá el carácter de título ejecutivo (art. 21). A esta figura la doctrina le denomina **hipoteca legal tácita**.

La anterior afectación alcanzará incluso a los **nuevos adquirentes de la finca**, ya que estos responderán con el inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad, en concepto de gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite descrito.

En la escritura pública en las que se transmita, la vivienda o local deberá constar que el transmitente se halla al corriente en el pago de los gastos generales de la comunidad de propietarios o expresar los que adeude, para ello se acompañará por certificación del secretario de la comunidad. (Art. 9,e,4).

6.- Contribuir a la dotación del **fondo de reserva** que existirá en la comunidad de propietarios para atender a las **obras de conservación y reparación de la finca**. (Art. 9.f)

7.- Observar la diligencia debida en el uso del inmueble y en sus relaciones con los demás titulares y responder ante éstos de las infracciones cometidas y de los daños causados. (Incluso por quien ocupe su piso o local) (art. 9.g)

7) Comunicar a quien ejerza las funciones de secretario su **domicilio** en España a **efectos de citaciones y notificaciones** de toda índole relacionadas con la comunidad.(art. 9.h)

8) Comunicar a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad el **cambio de titularidad de la vivienda o local**.(art. 9.i) Ante el incumplimiento de esta obligación el antiguo titular seguirá respondiendo solidariamente junto con el nuevo adquirente por las deudas devengadas con la comunidad posteriores a la transmisión.

§6.- Los órganos de la comunidad.

La L.P.H. estructura la comunidad de propietarios en diversos órganos, pese a que la P.H. carece de la consideración de persona jurídica. Los órganos de la comunidad son los siguientes: La Junta de propietarios, el Presidente de la comunidad, el Secretario y el Administrador.

1.- LA JUNTA DE PROPIETARIOS

A.- Concepto.

La junta de propietarios es el **órgano deliberante** de la comunidad, en ella reside la **toma de decisiones**. que con sujeción a la Ley, afectan a la vida de la comunidad; la Junta es la manifestación de la voluntad colectiva.

Cuando la Junta ha de manifestar su voluntad al exterior se sirve de otro órgano que tiene carácter representativo, el Presidente.

B.- Facultades de la Junta.- Las **facultades de la Junta** aparecen enumeradas en el art. 14 LPH.

- 1.- Nombrar y remover a los cargos,(Presidente, Administrador y Secretario)
- 2.- Aprobar el plan de gastos e ingresos y las cuentas
- 3.- Aprobar la ejecución de obras extraordinarias y de mejora, y recabar fondos para las mismas
- 4.- Aprobar y reformar los estatutos y normas régimen interior.
- 5.- Conocer y decidir demás asuntos generales

No obstante en la LPH aparecen reguladas de forma dispersa **otra serie de facultades** que corresponden a la Junta de propietarios:

- Autorizar la división o agrupamiento de apartamentos. (art. 8)
- Exigir a los titulares de apartamentos o a los meros ocupantes de éstos la

responsabilidad dimanante de las infracciones cometidas por dichos ocupantes (art. 9.g)

- Acordar nuevas instalaciones y servicios o mejoras aunque no sean necesarias para la adecuada conservación o habitabilidad del inmueble. (art. 11)

-Acordar la construcción de nuevas plantas o obras de alteración de la estructura o fábrica del edificio. (art. 12).

-Acordar la interposición de acción judicial para obtener la privación del uso del piso o local por partes de los ocupantes de apartamentos que infrinjan las disposiciones sobre el uso o destino de los mismos. (art. 7.2.5)

C.- Reuniones de la junta.

La Junta, según el art. 16 LPH, se reúne como **mínimo una vez al año** para aprobar los presupuestos y cuentas (Junta ordinaria). También en aquellas ocasiones en que lo considere conveniente el Presidente o lo pidan la cuarta parte de los propietarios, o un número de estos que representen al menos un 25% de la cuotas de participación. (*Junta extraordinaria*), y finalmente también podrá reunirse validamente sin convocatoria, siempre que concurran la totalidad de los propietarios y así lo decidan (*Junta universal*).

En la convocatoria de las Juntas, efectuada por el presidente, se tendrán que indicar los asuntos a tratar, así como el lugar, día y hora de la celebración de la Junta.

- Acuerdos de la junta de propietarios.

D.- Las mayorías exigidas para la validez de los acuerdos.

El art. 17 LPH para la validez de los acuerdos exige las siguientes mayorías:

1º.- **Unanimidad** para todo acuerdo que implique **aprobación o modificación del título constitutivo de la comunidad o de los estatutos**

Ej. La alteración de un elemento común como construir cuartos trasteros en la terraza, apertura de puertas en pasillos; instalación de nuevas chimeneas por dentro el patio de luces; cubrir un patio de luces; creación de nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridas para la adecuada conservación habitual del inmueble.

2º.- **Tres quintas partes.**- El establecimiento o supresión de los servicios de **ascensor, portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general**, incluso cuando signifiquen la modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las 3/5 partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las 3/5 de las cuotas de participación.

3º.- **Una tercera parte.**- La instalación de infraestructuras comunes para los servicios de telecomunicación regulados en el R.D. 1/1998, o la adaptación de los existentes, así como la instalación de sistemas, comunes o privativos, de aprovechamiento de la energía solar, o bien de las infraestructuras necesarias para acceder a nuevos suministros energéticos colectivos, podrá ser acordada, **por un 1/3 los integrantes de la comunidad que representen a 1/3 de las cuotas.**

Los gastos por instalación, mantenimiento y reparación de estos servicios sólo serán repercutibles sobre aquellos propietarios que los hubiesen votado.

4°.- **Mayoría simple .-** Para la validez de los **demás acuerdos** bastará el voto de la **mayoría del total de los propietarios** que, a su vez, representen la **mayoría de las cuotas** de participación. En **segunda convocatoria** serán validos los **acuerdos** adoptados por la **mayoría de los asistentes**, siempre que ésta represente, a su vez, más de la **mitad del valor** de las **cuotas** de los **presentes**.

Ej. La sustitución de una caldera de calefacción cuando es imposible continuar el servicio por su antigüedad; acordar la reparación de cañerías obstruidas, etc.

La realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes para la supresión de barreras arquitectónicas para personas requerirá el **voto** favorable de la **mayoría** de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación. (Art. 17 .2).

Los acuerdos de la junta obligarán a todos los propietarios, se considerarán votos favorables el de los propietarios ausente que debidamente citados e informados de lo acuerdos adoptados por los presentes, no manifiesten su discrepancia en el plazo de 30 días (art.17.1) Por el contrario los acuerdos en materia de infraestructuras comunes para el acceso a servicios de telecomunicaciones y las nuevas instalaciones, servicios o mejoras del art. 11 LPH. sólo serán obligatorios para quienes los hubieren votado.

E. Impugnación de los acuerdos de la Junta.

Los acuerdos de la Junta de propietarios, según el art.18 LPH, pueden ser **impugnables** ante los Tribunales cuando:

- a) Sean **contrarios** a la **Ley** o a los **estatutos**.
- b) Resulten **gravemente lesivos** para los **intereses de la comunidad** en beneficio de algunos propietarios.
- c) Supongan un grave perjuicio para algún propietario que no tenga obligación jurídica de soportarlo o se hayan adoptado con abuso de derecho.

La acción de impugnación caducará los 3 meses de adoptarse el acuerdo por la Junta de propietarios, pero si se trata de actos contrarios a la Ley o los Estatutos la acción caducará al año.,

F.- Documentación de los acuerdos de la Junta.-

Los acuerdos de la Junta se documentarán en el **libro de actas** diligenciado por el Registrador de la Propiedad en la forma en que reglamentariamente se disponga. (art. 19)

2.- EL PRESIDENTE

- Representa en juicio y fuera de él a la comunidad en los materias que la afecten.(Art.13.3) Su nombramiento se hace por un año salvo que los estatutos dispongan otra cosa.(13.7) Puede ser removido en junta extraordinaria.

-El presidente será **nombrado** mediante **elección** o, subsidiariamente, mediante **turno rotatorio o sorteo**. El nombramiento será obligatorio, si bien el propietario designado podrá solicitar su relevo ante el juez, dentro del mes siguiente a su

nombramiento, invocando las razones que le asistan. (Art. 13.2 LPH)

- Ha de ser necesariamente propietario.
- Convoca y preside las Juntas
- Actúa como Secretario y Administrador si no los hubiera. (Art. 13.5)
- Facultativamente pueden nombrarse **vicepresidentes**, estos sustituirán al presidente en el caso de ausencia, vacante o imposibilidad de éste. (Art. 13.4)

Según Díez-PICAZO Y GULLÓN, el Presidente no es un representante en sentido técnico sino que actúa como un auténtico órgano de la comunidad, personificando a la misma en sus relaciones externas, sustituyendo con su voluntad la auténtica voluntad social o común, viniendo a ser un puro instrumento físico a través del cual actúa la comunidad, ello permite considerar todo lo realizado por el presidente como realizado por la comunidad, sin perjuicio de la relación interna que medie entre dicho presidente y la comunidad.

3.- EL ADMINISTRADOR

- Constituye el llamado **órgano de gestión**.
- Su **nombramiento** tiene **carácter facultativo**, si los estatutos los determinan o los propietarios lo acuerdan se nombrará por la Junta un Administrador, en su defecto será el Presidente el que ostente sus funciones.
- El cargo de Administrador tiene **carácter anual** , salvo pacto en contrario en los Estatutos, es prorrogable tácitamente por períodos iguales.
- Podrá ser **removido** en junta extraordinaria convocada al efecto.
- No tiene que ser necesariamente propietario.
- Puede serlo **personas físicas** con cualificación profesional suficiente y legalmente reconocida.

-Al cargo de Administrador le corresponde (art. 20):

- 1.- Velar buen funcionamiento del edificio, sus instalaciones y servicios.
- 2.- Preparar y someter a la Junta el plan de gastos
- 3.- Conservación y entretenimiento de la casa, reparaciones ordinarias
- 4.- Ejecutar acuerdos en materia de obras, efectuar pagos, realizar cobros
- 5.- actuar en su caso como Secretario de la junta, y custodiar las actas y documentación
- 6.- Cualquier otra atribución conferida por la Junta

4.- EL SECRETARIO

- Su existencia queda supeditada a que no se atribuyan sus funciones al Presidente o al Administrador.(art. 13.5)
- Se regula por las mismas disposiciones que afectan al administrador.
- Según el art. (19.4) sus funciones son la de *custodiar la documentación de la comunidad*, lo que en la práctica se refiere a levantar acta de las reuniones de la Junta, expedir certificados con el Visto Bueno del Presidente , y custodiar los libros y documentación de la comunidad.

§ 7.- Extinción de la comunidad.

El art. 23 LPH. establece que el régimen de propiedad horizontal se extingue:

«1.- Por la **destrucción del edificio**, salvo pacto en contrario. Se estimará producida aquella cuando el coste de la reconstrucción exceda del 50% del valor de la finca al ocurrir el siniestro , a no ser que el exceso de dicho coste sea cubierto por un seguro.

2.- Por **conversión en propiedad o copropiedad ordinarias**» Lo cual exige que todos los pisos o locales pasen a ser de uno o varios dueños proindiviso. La extinción de este régimen exigirá la declaración de voluntad en este sentido del propietario o de todos los copropietarios.

§8.- Los conjuntos inmobiliarios privados.

El régimen de PH será aplicable a aquellos complejos inmobiliarios privados que reúnan los siguientes requisitos:

a) Estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales.

b) Participar los titulares de estos inmuebles, o de las viviendas o locales en que se encuentren divididos horizontalmente, con carácter inherente a dicho derecho, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios.

Estos complejos inmobiliarios privados podrán constituirse:

a) En una sola comunidad de propietarios.

b) constituirse en una agrupación de comunidades de propietarios. .

TEMA: 8 EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

§1) Concepto. Clases. Regulación legal.

§2) El derecho de sobreelevación y de construcción bajo la superficie.

§3) El derecho de superficie sobre fincas rústicas.

§1) Concepto. Clases. Regulación legal.

Origen histórico.

La superficie originariamente fue utilizada en Roma como medio para permitir a los particulares el goce exclusivo de bienes inmuebles de dominio público, de modo gratuito o a cambio de precio, sin que estos bienes perdiesen tal condición. Así pues, aquellos bienes no apropiables por los ciudadanos, que estaban destinados a satisfacer las necesidades públicas, por razones de utilidad pública o interés social eran dados en goce exclusivo a los particulares por tiempo indefinido o bien temporalmente, sin que ello implicase una desafectación o pérdida de condición pública del bien, puesto que éste seguía perteneciendo al dominio público. (PRATS ALBENTOSA). Posteriormente la institución se extendió al dominio privado. (CASTÁN)

En los Códigos decimonónicos se vio con prevención la propiedad dividida y apenas si tuvieron en cuenta, tal como sucede en el nuestro, el derecho de superficie. (CASTÁN)

Concepto:

Para PUIG PEÑA derecho de superficie es aquel de naturaleza real por cuya virtud una persona (*concedente*) otorga a otra (*superficiario*) el derecho a levantar en el suelo de su propiedad edificios o plantaciones de las que deviene titular el que las hace, bajo ciertas y determinadas condiciones.

Según DIEZ-PICAZO y GULLÓN, el derecho de superficie, en su **variedad urbana**, es el derecho real que confiere a su titular el poder de *edificar* en **suelo ajeno**, haciendo suya la propiedad de lo construido; pero también cabe la posibilidad de que el superficiario construya, en base a su derecho, **sobre el subsuelo o vuelo ajeno**. Por ejemplo cuando el dueño de un edificio, concede a un tercero el poder de elevar sobre él una o varias plantas o excavar un subterráneo debajo del mismo.

En su **variedad rústica**, el derecho de superficie, permite a su titular *plantar o sembrar*, teniendo la propiedad de lo plantado o sembrado.

Acabado el plazo, en todos los casos, el propietario recupera el dominio pleno del suelo y adquiere la propiedad de lo edificado o plantado.

La característica principal de este derecho real es la **separación** entre el dominio de lo construido o plantado o sembrado y el suelo en que se efectúa. El primero corresponde al titular de la superficie, y el segundo al concedente de la misma. (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN)

Viene a ser una **derogación del principio de accesión**, que establece que el dueño del suelo es dueño cuanto en él se construya, plante o siembre; por el contrario durante la vigencia del derecho de superficie el titular del derecho podrá construir, plantar o sembrar en el suelo ajeno, y se le reconocerá el dominio de lo construido, plantado o sembrado, con plenas facultades.

En el momento en que se extinga el derecho concedido, bien por transcurso del plazo o por cualquier otra circunstancia, el derecho de accesión vuelve a producir plenos efectos "*superficies solo cedit*"; revertiendo a favor del dueño todo aquello que se le haya incorporado (edificado o plantado). (PRATS ALBENTOSA)

Naturaleza jurídica del derecho de superficie:

Tradicionalmente se han enfrentado varias teorías respecto de la naturaleza de este derecho.

1º.- La **romanista**, que considera la superficie como derecho real que recae sobre un bien de pertenencia ajena (***iura in re aliena***), sujeto, en consecuencia, al régimen jurídico propio de tales derechos.

2º.- La propia del Derecho medieval, que considera este derecho como una **propiedad dividida**, es decir limitada en ciertos aspectos, pero independiente de la propiedad del suelo. Se habla así del dominio útil del derecho del que edifica sobre suelo ajeno. Nos encontraríamos con un derecho de propiedad que recae sobre construcciones o plantaciones adheridas a la superficie de un predio, perteneciendo lo que está debajo a otro dueño.

3º.- La teoría **intermedia**, descompone la relación jurídica de superficie en dos y mantiene que, respecto del suelo el superficiario ostenta un **derecho real de disfrute sobre fondo ajeno** que le autoriza a ocupar el área de este y respecto a las construcciones tiene un **propiedad limitada**.

La última corriente doctrinal tiene un fuerte apoyo legislativo en los arts. 16 y 30 del Reglamento Hipotecario, si bien en favor de la **tesis de la propiedad dividida** esta el Texto Refundido de la Ley del Suelo.

Clases de superficie:

Según la normativa que le sea aplicable nos encontraremos con tres tipos de superficie:

a) *Urbanística*, regulada por el Texto Refundido de la Ley del suelo de 1.992 (T.R.L.S.)

b) *Urbana*, a la que se le aplicarán los preceptos del Código Civil y Reglamento Hipotecario..

c) *Rústica*, regulada por el Código Civil y R.H.

Regulación legal:

El derecho de superficie se encuentra regulado de forma dispersa en tres cuerpos legales diferentes, en el Código civil, en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1.992 y en el Reglamento Hipotecario.

-La regulación en el Código civil .

La posibilidad de la existencia del derecho de superficie está fuera de toda duda en nuestro ordenamiento. Normalmente la superficie pertenece al dueño del suelo, en virtud del principio de accesión (art. 350 cc.), pero como este principio tiene carácter dispositivo, el dueño puede, en virtud de la facultad de libre disposición, transmitir a un tercero el derecho para edificar o plantar o el uso de lo edificado o plantado. (CASTÁN) .

Esta institución no se encuentra expresamente regulada por el Código civil, si bien reconoce su existencia en el art. 1.611, donde el derecho de superficie se menciona junto a los foros, subforos, y “otros gravámenes semejantes”.

Al no tener un régimen propio, el CC (art. 1.655) remite a dos regulaciones distintas:

a) si el derecho de superficie es perpetuo, se le aplicarán las normas del censo enfiteútico.

b) si es temporal las del arrendamiento. La jurisprudencia ha matizado que se tratará de un arriendo superficiario, que es un contrato complejo en el que junto a las prestaciones propias del arrendamiento se dan al arrendatario los poderes del superficiario. (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN)

El derecho de superficie en el Texto Refundido de la Ley del Suelo.

El Texto Refundido de la Ley del Suelo²² (TRLRS) de 1.992, a diferencia del Código civil, regula el derecho de **superficie** (arts. 287 a 290) si bien, dentro de un sector concreto, el urbanístico y, como dice CASTÁN, con cierto tinte administrativo.

El derecho de superficie urbanístico, se aplica cuando el suelo sobre el que se constituye el gravamen está sujeto a un Plan de Ordenación Urbana. Este derecho ha de regirse según el art. 171.1²³ T.R.L.S. : 1º.- Por las normas del T.R.L.S.; 2º por su **título constitutivo** y subsidiariamente por las normas de **derecho privado**. (arts. 1.655 Cc y art. 16 Reglamento Hipotecario)

a) *Naturaleza.-* Es un *derecho temporal* , su duración, en principio es el que hubieren pactado las partes, si bien la LTRS establece un **límite máximo** en atención a qué personas sean las constituyentes del derecho. De esta forma, si el **constituyente** es una **Entidad local u otra persona pública** el **plazo** del derecho no podrá exceder de **setenta y cinco años**, mientras que si el derecho de superficie es convenido por los **particulares** el plazo máximo de vigencia del derecho será de **noventa y nueve años**.

Es un *derecho transmisible* y gravable , con las limitaciones que se hubieren

²²La Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre **régimen del suelo y valoraciones**, deroga el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, sin embargo apenas modifica la regulación sobre el derecho de superficie, puesto que deja vigentes los arts.; 287.2 y 287.3; 288.2 y 288.3 y 289.

²³Este artículo ha sido derogado por la nueva ley sin que se ningún tipo de solución alternativo.

fijado al constituirlo (art. 287.3 TRLS 92), lo que permite afirmar su carácter de derecho real (CASTÁN)

b) *Elementos personales.*- .Son elementos personales del derecho de superficie el **concedente** y el **superficiario**, pudiendo el primero tener carácter público o privado.

c) *Elementos reales.*- La ley no estima obligatoriamente la existencia de un **canon superficiario**, por lo que el derecho de superficie podrá establecerse a título oneroso o gratuito. Si bien cuando lo otorga la Administración la gratuidad tiene carácter excepcional y solamente podrá tener lugar en los supuestos tasados por la ley.

d) *Constitución. Procedimiento y forma.* Cuando se constituye por las entidades públicas, se efectuará por subasta o adjudicación directa.

En todo caso la constitución se formalizará en *escritura pública* y se *inscribirá* en el *Registro de la Propiedad*. (Art. 288.2 T.R.L.S)

e) *Derechos del superficiario.*- Las facultades correspondientes al superficiario **resultarán del título constitutivo**. No obstante, y con carácter general el superficiario recibe la **facultad de edificar sobre el suelo del cedente**, así como el derecho a la propiedad, si bien con carácter temporal, de lo edificado. Adquiere, asimismo la **facultad de disposición del derecho** de superficie, de modo que podrá, trasmitirlo a un tercero, arrendarlo o gravarlo (hipotecarlo, darlo en usufructo, gravarlo con servidumbre) . Goza, también, de las **facultad de gozar y de disponer** de cada una de las viviendas y locales resultantes del ejercicio de la facultad de construir.

En todo caso debe tenerse presente que los actos de disposición realizados por el superficiario, así como los actos de gravamen se extinguirán en el momento en que se extinga el derecho de superficie por el transcurso del plazo (PRATS ALBENTOSA)

f) *Obligaciones del superficiario.*

Según DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, son obligaciones del superficiario, así como las del concesionario que a su sucesor por cualquier título:

1º.- La de pagar, en su caso, la contraprestación convenida.

2º.- La de edificar en el plazo previsto en el Plan o en el título constitutivo.

g) *Extinción*

El Texto Refundido contempla de modo expreso **tres causas de extinción** del derecho, a parte de las causas generales de extinción de los derechos reales.

a) No cumplir con la obligación de edificar el plazo previsto en la licencia de obras.

b) Por el transcurso del plazo de duración del derecho tal y como se hubiese pactado en el título constitutivo.

c) El derecho se extingue, según el 289.5 T.R.L.S., por reunión en una misma persona de los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario (consolidación). En este caso se extinguen todos los derechos reales o personales impuestos por el superficiario (ej. un arrendamiento)

El derecho de superficie en el Reglamento Hipotecario.

El Reglamento Hipotecario en su art. 16 (modificado por RD 1867/1998) regula el derecho de superficie; en primer lugar establece los requisitos que deben contener los **títulos** en que se constituya, a efectos de su inscripción y además incluye toda una serie de precisiones de tipo sustantivo al regular en el mismo precepto los derechos de **sobreelevación y subedificación**. El Reglamento ha sido adaptado a las últimas modificaciones legislativas en materia urbanística (TRLS de 1992) (PRATS ALBENTOSA)

El art. 16 R.H. exige los siguientes requisitos para el derecho de superficie y para los de sobreelevación y subedificación en suelo ajeno²⁴:

1) Requisitos formales del derecho de superficie: la superficie urbanística y la urbana para su **eficaz constitución** necesariamente han de constar en **escritura pública** que luego ha de **inscribirse** en el Registro de la Propiedad. (Art. 16 Reglamento hipotecario). La inscripción registral, en el caso de la superficie (así como también en el caso de los derechos de sobreelevación y construcción bajo la superficie) tiene carácter constitutivo. Por el contrario no es necesario inscribir la superficie rústica (Art. 30 R.H.).

Requisitos del título público en que se establezca el derecho

A) - Plazo de duración del derecho de superficie. El **plazo** de duración no excederá de **75 años** en el caso del derecho concedido por los **Ayuntamientos y demás personas públicas**, ni de **99** en el **convenio entre particulares**. Transcurrido el plazo, lo edificado revertirá a favor del dueño del suelo, salvo que se hubiese pactado que el superficiario habría de conservar parte de la edificación, fijándose la cuota que le corresponde y las normas de comunidad por las que se rige el inmueble una vez extinguido el derecho de superficie.

B)-Determinación del canon o precio. Si el derecho se constituye por título oneroso.

C) - Plazo para la edificación. Este no podrá exceder de 5 años y además hay que indicar sus características generales y destino de la construcción.

D) Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario.

G) Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato.

No serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso.

§2) El derecho de sobreelevación y de construcción bajo la superficie.

²⁴ La STS 24 febrero 2000 (RJA 2888), ha declarado la nulidad del art. 16.2 c) del R.H.

El derecho de sobreelevación o de vuelo o de subsuelo consiste en la facultad de elevar de una o más plantas sobre o bajo un edificio, así como la de realizar todas las obras necesarias para ese resultado, haciéndose propietario de todo lo construido su titular. Este derecho supone, igual que sucedía en la superficie, una derogación del principio de accesión. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

El art. 16 del Reglamento Hipotecario, tal como se ha visto, se contienen una serie de normas relativas al derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o realizar construcciones bajo el suelo. No obstante el R.H. no contiene normas que lo regulen, puesto que simplemente se limita a señalar los requisitos que deben concurrir en la formación del **derecho de vuelo o de subsuelo** y así sea inscribible en el Registro de la Propiedad.(DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

En el art. 16.2º se señalan las consecuencias de este derecho: el titular del mismo se hace dueño de lo edificado, asimismo se señala el modo de su constitución, que es mediante la **reserva** que en su caso realiza el propietario de finca en caso de **enajenación** o de **transmisión** del derecho a un tercero. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

En la inscripción de estos derechos se hará constar:

a) las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento.

B) Determinación concreta del número máximo de plantas a construir

c) El plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo, que no podrá exceder de 10 años.

D) Las normas de régimen de la comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción.

El R.H. contempla un derecho de vuelo o de subsuelo sobre una edificación ya existente, subsistente, en la que se creará una propiedad horizontal, si perteneciese ese edificio a un sólo dueño o se ampliará la actual si el inmueble ya estuviese sometido al régimen de L.P.H.

La L.P.H. en su art. 12 LPH (redactado conforme a la Ley 8/1999) establece que : «La construcción de nuevas plantas [...] afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo. El acuerdo que se adopte fijará la naturaleza de la modificación, las alteraciones que origine en la descripción de la finca y de los pisos o locales, la variación de cuotas y el titular o titulares de los nuevos locales o pisos.»

Estos derechos se rigen no por las normas del derecho de superficie sino por las reglas generales de los derechos reales. De manera que el que construyó sobre o debajo de otra edificación es dueño de lo edificado con carácter definitivo, puesto que **a diferencia del derecho de superficie estos derechos no tienen duración temporal**. El titular de los mismos, una vez que ha edificado tiene un derecho de condominio sobre los elementos comunes del edificio igual que sucede con la PH (ALBALADEJO)

§3)El derecho de superficie sobre fincas rústicas.

El derecho de superficie puede ser distinto a aquel exclusivamente edificatorio,

pudiendo ser concedido para que el superficiario plante o siembre sobre el suelo, e incluso construya aquellas edificaciones permitidas por la legislación urbanística pero en suelo no urbanizable o rústico.

A este tipo de superficie se refiere el art. 30 del R.H. y el art. 11 de la Ley de Montes de 1.957 (PRATS ALBENTOSA).

TEMA 9 LAS PROPIEDADES ESPECIALES

- 9.1.- La propiedad intelectual
- 9.2.- La propiedad industrial
- 9.3.- La propiedad de aguas
- 9.4.- La propiedad minera
- 9.5.- Propiedad rústica - urbana
- 9.6.- Los derechos de aprovechamiento por turno

El Código Civil dedica una normativa específica el Título IV, que gira bajo el epígrafe "*De algunas propiedades especiales*", que se encuentra ubicada al final de su regulación sobre la propiedad, referida la propiedad sobre aguas, minerales y propiedad intelectual.

Lo que distingue a estas propiedades es la **naturaleza particular** del *objeto* que en cada una de ellas sirve al derecho de propiedad, motivando reglas legales distintas o de carácter excepcional. (SANCHEZ ROMAN)

8.1.- La propiedad intelectual

El Cc regula la Propiedad Intelectual en el Capítulo III del título IV ("*De algunas propiedades especiales*") Libro II C.c, dedicándole los arts. 428 y 429.

La propiedad intelectual se refiere al conjunto de derechos que la ley confiere al autor sobre la obra producto de su inteligencia (DIEZ-PICAZO y GULLON).

Fuentes legales:

Los arts 428 CC: "El autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad."; el art. 429 establece su régimen legal , en primer lugar nos remite al Texto Refundido de la **Ley de Propiedad intelectual**, (Rdleg 1/1996) con las modificaciones introducidas por Ley 5/1988 sobre protección jurídica de bases de datos .

Características

DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, enumeran las siguientes características:

- *Es un derecho subjetivo.*
- *Es un derecho de carácter absoluto;* (poder directo e inmediato sobre el bien)
- De monopolio jurídico (señorío exclusivo)
- *Es un derecho temporalmente limitado,* frente al resto de derechos absolutos de señorío que tiene normalmente un carácter perpétuo.

No tiene *naturaleza exclusivamente patrimonial o económico*, en el derecho de dominio el ordenamiento jurídico protege y valora un interés económico, pero en el derecho de autor, además de un contenido patrimonial se observa otro derecho de naturaleza extrapatrimonial , el llamado **derecho moral**: el autor podrá dejar de ser titular de todo lo referente al aspecto patrimonial, pero no con respecto al derecho

moral.

Sujeto.: la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el sólo hecho de su creación (art. 1) considerándose autor a la persona natural que crea alguna obra artística, científica o literaria; no obstante de la protección que las ley concede al autor se podrán beneficiar las personas jurídicas en los supuestos previstos en ella (art. 5). Se presumirá autor a quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique.

Objeto:

Son objeto de propiedad intelectual todas las *creaciones originales literarias, artísticas o científicas* expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro.(art. 10 TRLPI).La Ley comprende:

- a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza.
 - b) Las composiciones musicales, con o sin letra.
 - c) Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales.
 - d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales.
 - e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas.
 - f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería.
 - g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia.
 - h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.
 - i) Los programas de ordenador.
2. El título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella.

También son objeto de propiedad intelectual , sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, las traducciones y adaptaciones; las revisiones, actualizaciones y anotaciones; los compendios, resúmenes y extractos; los arreglos musicales y cualesquiera transformación de una obra literaria, científica y artística. .

Contenido:

La propiedad intelectual está integrada por **derechos de carácter personal o moral y patrimoniales**.

1.- *Derechos morales*:Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables: (arts 14 a 16 de la Ley):

- Decidir si su obra va a ser divulgada y en que modo
- Decidir si tal divulgación va a hacerse bajo su nombre, bajo seudónimo o anónimamente
- Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.
- Exigir el respeto a la integridad de su obra, contra cualquier deformación, modificación, alteración o atentado que suponga perjuicio para sus intereses o menoscabo de su reputación.

- Derecho a modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros.
- Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.
- Acceder al ejemplar único o raro de su obra cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.

2.- *Derechos de explotación* (arts. 17 a 23):

Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizados sin su autorización, salvo en los casos previstos por la TRLPI.

La cesión de los derechos de explotación sobre sus obras no impedirá al autor publicarlas reunidas en una colección escogida o completa. .

3.- *Otros derechos*:

Además de los derechos morales y patrimoniales, en los arts 24 y 25 aparecen reconocidos otros.

Los autores de obras publicadas en forma de libro, fonograma o cualquier otro soporte sonoro o visual, juto con los editores o productores de dichas obras, y con los artistas, intérpretes o ejecutantes, tendrán derecho a participar en una remuneración compensatoria por las reproducciones de tales obras efectuadas para uso exclusivamente personal.

Límites:

Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización en los siguientes casos (art. 31):

- Como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo.
- Para para uso privado del copista .
- Para uso privado de invidentes, sin ánimo de lucro, utilizando el sistema Braille u otro específico.. -La utilización de fragmentos de obras ya publicadas, siempre que la inclusión se realice con fines docentes o de investigación, e indicando el nombre de la fuente y el autor (art. 32).
- La reproducciones realizadas sin ánimo de lucro por museos, fonotécas, filmotecas, hemerotecas o archivos, de titularidad pública o integradas en Instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se exclusivamente para fines de investigación. (art. 37)

Duración:

Los derechos de explotación de la obra durarán toda la vida del autor y sesenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento.(art. 26)

Los derechos de explotación de la obra divulgada después de la muerte del autor durarán sesenta años desde la fecha de su divulgación, siempre que ésta tenga lugar en los sesenta años siguientes a su muerte. (27.1).

La extinción de los derechos de explotación de las obras determinará su paso a dominio público, pudiendo ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la autoría y la integridad de la obra.

Transmisión de los derechos de explotación:

Los derechos de explotación de las obras son transmisibles "mortis causa". (art. 42);

Los derechos de autor pueden ser cedidos por actos "inter vivos", si bien son nulas las cesiones de derechos de explotación que el autor pueda crear en el futuro, así como las estipulaciones por las que este se comprometa a no crear obras en el futuro.

La cesión a título oneroso da derecho al autor a participar en los beneficios de la explotación, en la proporción pactada con el cesionario; la cesión también puede hacerse en exclusiva en cuyo caso el autor ya no podrá explotar la obra (arts. 48-50).

Protección judicial:

La Ley concede al titular de los derechos reconocidos por ella la posibilidad de instar el cese de toda actividad ilegítima y exigir la indemnización de los perjuicios materiales y morales causados, así como la adopción de medidas cautelares de protección urgente señalada por ley.

El registro de la Propiedad Intelectual:

El Registro de la Propiedad Intelectual, de carácter público, depende del Ministerio de Cultura y tiene carácter único para todo el territorio nacional; en él pueden inscribirse los derechos de propiedad intelectual relativos a las obras y demás producciones protegidas por la Ley.

8.2.- La propiedad industrial

La regulación fundamental de la propiedad industrial en España se contenía en el RD de 26 de Julio de 1929, conocido como Estatuto de la Propiedad Industrial de 1929, que se refiere únicamente a los modelos y dibujos industriales y artísticos.

Completado con Ley de 20 de Marzo de 1986 que regula las patentes y modelos de utilidad.

Y con la ley de 10 de Noviembre de 1988 que regula las marcas, nombre comercial, rótulo de establecimientos y competencia desleal.

Patentes: son patentables las invenciones nuevas que impliquen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. duración: 20 años improrrogables. La patente confiere a su titular el derecho a impedir a cualquier tercero que no cuente con su consentimiento: la fabricación, el comercio o la utilización de su patente o su importación o posesión con alguno de los fines mencionados.

8.3.- La propiedad de aguas

La propiedad sobre las aguas aparece regulada en el Código civil en el libro II, Título IV, Cap. 1º, "De las aguas " y comprende los arts. 407a 425.

El Cc mantuvo la vigencia de la antigua Ley de Aguas de 1.879 si bien ésta ha sido derogada por la actual Ley de Aguas de 1.98525.; bajo la ley antigua se reconocía la existencia de dos clases de aguas: de dominio público y de dominio privado

La Ley 2 Agosto 1985 representa un cambio fundamental de la caracterización de la propiedad de las, aguas, puesto que las dos clases de aguas contempladas por el Código y la anterior Ley: públicas y privadas sometidas a regulación diferente, pasan a convertirse en una sola, caen bajo lo que se denomina "*dominio público hidráulico*", lo que viene a suponer el sometimiento de su regulación al interés general. (DIEZ-PICAZO y GULLON). La propiedad privada de las aguas es meramente residual, el art. 11 de la Ley solo la atribuye respecto de las charcas, cuando dice que "las situadas en terrenos de propiedad particular se considerarán parte integrante de los mismos, siempre que se destinen al servicio exclusivo de tales predios" En lo que respecta a lagos y lagunas la Disposicional Adicional. 1ª de la Ley dispone que: " conserven el carácter dominical que tengan a la entrada de la Ley siempre que gocen de inscripciones expresas en el Registro de la Propiedad."

No obstante el dominio público hidráulico es compatible con el uso privativo de las aguas que se obtiene por disposición legal, o concesión administrativa, aunque nunca por por prescripción. (Art. 50).

La Ley de Aguas permite al propietario de una finca aprovechar las aguas pluviales que discurran por dentro de ella y las estacadas , dentro de sus linderos, así como utilizar aguas de manantiales situados en su interior , y aprovechar las subterráneas siempre que el volumen total anual no supere los .7.000 metros cúbicos.(art. 52). No obstante en el Reglamento de la ley (de 11 de Abril de 1.986) se establecen toda una serie de cortapisas al ejercicio de este derecho como es el que no podrán utilizarse las aguas en fincas diferentes a las que nacen, discurran o estén estancadas.

Para el aprovechamiento de las **aguas subterráneas** se pueden obtener autorizaciones administrativas para su prospección sin que sea necesario ser dueño del terreno en el que se van a realizar las investigaciones, a éste solamente se el reconocerá un derecho de preferencia en el supuesto de que quiera llevar a cabo esta labor, y obtener posteriormente la **concesión administrativa para su utilización.**

La Ley de 1.985 sólo reconoce, respecto de los cauces, el dominio privado por los que ocasionalmente discurran aguas pluviales, pero siempre que atraviesen desde su origen unicamente fincas de dominio particular. El dominio de estos cauces no autoriza a que se puedan realizar obras que puedan variar el curso natural de las aguas en perjuicio de interés público o de tercero., o cuya destrucción por la fuerza de las avenidas pueda ocasionar daños a las personas o a cosas.

8.4.- La propiedad minera

Los yacimientos mineros y los recursos geológicos se encuentran en el suelo o subsuelo de terrenos susceptibles de ser objeto de propiedad privada, en base a ello podría pensarse en una expansión del dominio de la superficie a todo lo que está debajo de ella. Motivos de índole económico -social justifican la consideración de tales bienes como públicos. Ya la primitiva **Ley de Minas de 1.868** distinguía entre suelo y subsuelo, el primero comprendía la superficie del mismo hasta el espesor a que hubiere llegado trabajo del propietario, el resto era *subsuelo* y era *propiedad del Estado*.

La **Ley de Minas de 1.944** estableció el principio de que los minerales eran de la nación y que competía el Estado su regulación.

La vigente **Ley de Minas de 21 Jul.1973**, (Modificada por Ley 54/ 1980, de 5 de nov.)que vino a sustituir a la anterior, extiende su ámbito de aplicación a los yacimientos minerales y demás recursos geológicos, cualesquiera que fueren su origen y estado físico; incluye también también el aprovechamiento e investigación de los minerales radioactivos, en lo no regulado por la Ley de Energía Nuclear de 29 Abril 196 y disposiciones complementarias .

La ley también regula la investigación y aprovechamiento de las aguas minerales y termales.

Los minerales son de dominio público, el cual cede a los particulares permisos de investigación y aprovechamiento de esas minas, normalmente por 30 años, prorrogables hasta 99.

Ley de 27 Jun. 1974 de Investigación y aprovechamiento de Hidrocarburos, establece el régimen aplicable a la exploración, investigación y explotación de los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos, y declara de dominio público los yacimientos existentes en el territorio nacional y en el subsuelo de los mares territoriales. El Estado puede asumir directamente su exploración, investigación y explotación o cederlos mediante concesión administrativa a personas jurídico-públicas o sociedades anónimas (art. 4º y ss.), las concesiones de explotación tendrán una duración de treinta años prorrogables por dos períodos de diez años (art. 29)

8.5.- Propiedad rústica - urbana

Por el destino y la ubicación de los bienes inmuebles se dividen las propiedades en rústicas y urbanas. Reguladas por distintas leyes, a causa de su diferente incidencia en la función social de la propiedad.

Propiedad urbana: Ley del Suelo de 1906, texto refundido en Abril de 1976, modificada en 1990 (disposición derogatoria de lo que la contradiga, si no, sigue vigente la del 76.

Prop. rústica: regulada en leyes distintas, fundamentalmente. referidas a su mejor explotación y aprovechamiento.

8.6.- Los derechos de aprovechamiento por turno

La Ley 42/1998, de 15 diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias ha venido a regular la figura a la que venía aplicádonse el término impropio de "multipropiedad".

Así se vienen denominando todas aquellas fórmulas por las que se transmite el derecho a disfrutar de un alojamiento durante un período determinado cada año.

El interés en realizar una adquisición de esta naturaleza suele estar ustificado en la utilización vacacional del inmueble: por un lado, el adquirente dispone de un lugar estable y seguro para sus vacaciones anuales; por otro, lo hace sin ener que adquirir, y pagar, la entera propiedad del inmueble, con lo que reduce considerablemente la inversión, ajustándola a sus posibilidades reales de disfrute.

Desde el punto de vista jurídico, la figura implica una división temporal del derecho a disfrutar del bien.

La Ley parte del hecho de tratarse de un sector donde el consumidor está especialmente desprotegido, de modo que lo procedente era la elaboración de una Directiva que estableciera una normativa de carácter excepcional y que limitara, en este ámbito, la autonomía de la voluntad hasta donde fuera aconsejable.

Las Ley ha establecido las siguientes medidas:

A) Un derecho de desistimiento unilateral durante los diez días siguientes a la celebración del contrato o "derecho de resolución", y añade la caracterización "ad nutum" para indicar que el mismo se ejerce sin necesidad de alegar ningún motivo o razón.

B) Además, la Ley impone al vendedor una obligación de información, que se desglosa en los siguientes aspectos:

en primer lugar, el vendedor debe disponer, a favor de cualquiera que lo solicite, de un documento informativo, en el que se recojan determinados extremos;

en segundo lugar, el contrato debe contener ciertas menciones, que tienen por objeto, en definitiva, informar al adquirente de aspectos esenciales de lo que está adquiriendo. Para hacer plenamente eficaz este deber de información, se establece que, en el caso de que el contrato no contuviera alguna de las menciones exigidas, el adquirente tendrá el derecho a resolver unilateralmente el contrato en el plazo de tres meses, a contar desde su celebración. Esta facultad conserva en el texto la denominación de "facultad de resolución porque tiene una naturaleza distinta a la del desistimiento en cuanto es necesario que exista una previa condición, como es el incumplimiento, por parte del vendedor, del deber de información que le incumbe.

Como disposición complementaria de las facultades de desistimiento y de resolución, la Ley establece que, para el caso de que la adquisición se haya financiado con un préstamo del vendedor o de un tercero, previo acuerdo celebrado entre el tercero y el

vendedor, el ejercicio de la facultad de desistimiento o de resolución implicará, igualmente, la resolución del préstamo.

El Título I se divide en tres capítulos (disposiciones generales, régimen jurídico e incumplimiento de los servicios); el capítulo II, a su vez, está dividido en dos secciones (constitución y condiciones de promoción y transmisión).

TEMA 10:

USUFRUCTO, USO Y HABITACIÓN

§1.- **Concepto, caracteres y especies de usufructo.**

§2.- **Constitución del usufructo.**

§3.- **Contenido y límites.**

§4.- **Ejercicio. Obligaciones del usufructuario y del nudo propietario**

§5.- **Extinción. Causas y efectos.**

§6.- **Usufructos especiales.**

§7.- **Los derechos de uso y habitación.**

10.1.- **Concepto, caracteres y especies de usufructo.**

10.1.1.- CONCEPTO

El usufructo es el derecho real que recae sobre cosa ajena y que supone las más amplias facultades de disfrute de la misma sin alterar su sustancia.(CLEMENTE MEORO), esta definición se basa en el art. 467 del CC: "el usufructo da derecho a disfrutar **los bienes ajenos** con la **obligación de conservar su forma y sustancia**, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa."

El anterior artículo se olvida de mencionar un elemento que es consustancial al usufructo y que es su **duración limitada** puesto que el usufructo es esencialmente temporal , así cuando el usufructo se extinga, las facultades que hasta ese momento correspondían al usufructuario se reintegrarán al propietario.

La definición del Código civil se basa en la romana formulada por Paulo, de acuerdo con la cual el usufructo es "*Ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.*"²⁶,

El concepto del Cc funciona siempre que el usufructuario esté obligado a conservar la forma y sustancia de la cosa y el bien objeto sea cosa corporal, fructífera, no fungible ni consumible. Si bien la obligación de conservar la forma y la sustancia, que es la

²⁶El usufructo es un derecho sobre cosas ajenas que permite usarlas y percibir sus frutos, dejando a salvo su sustancia.

obligación principal; excepcionalmente puede ser dispensado de ella y, en esa medida, el usufructo se aproxima al derecho de propiedad:

En ese sentido el art. 467 permite que la ley o el título de constitución autoricen al usufructuario a disponer de la cosa; el art. 482 permite el usufructo sobre bienes consumibles, llamado *cuasi usufructo* por la doctrina.

En resumen el CC permite calificar como usufructo a aquel derecho que permite al usufructuario obtener **un rendimiento económico**, aproximándose así al origen histórico del usufructo como derecho encaminado a garantizar la supervivencia de una persona sin desintegrar para ello el patrimonio familiar . (LACRUZ)

10.1.2.- CARACTERES.

Según DIEZ-PICAZO y GULLON, de esta definición se pueden extraer las notas que caracterizan esta institución:

-a) *Es un **derecho subjetivo***: tiene eficacia "*erga omnes*", puesto otorga a su titular una situación de señorío o de potestad respecto de unos bienes, y por ello engendra una situación protegida frente a terceros; al mismo tiempo que establece compleja relación jurídica entre usufructuario y propietario.

- b)*Es un **derecho real limitativo del dominio***;,es **real** puesto que en él concurren las notas de inmediatividad, absolutividad y reipersecutoriedad; es **limitativo del dominio** porque se establece sobre cosa ajena , no cabe un derecho de usufructo sin existir la propiedad en otra persona, llamada *nudo propietario* , puesto que sus facultades se han visto radicalmente reducidas y por ello se dice que tiene la propiedad desnuda, y por ello se establece la obligación de conservar la **forma y sustancia** de la cosa usufrutuada (CLEMENTE MEORO).

Aunque la posición jurídica del usufructuario viene a comprimir fuertemente las facultades del propietario, al final el derecho de propiedad recupera su contenido originario en virtud del *principio de la elasticidad del dominio*. (CASTAN)

- c) *Es un **derecho de carácter temporal***: su condición de derecho real limitado, exige establecer unos límites a las facultades de goce del usufructuario, puesto que de no existir el límite temporal se perdería el contenido del poder del nudo propietario.

-d) *Es un **derecho transmisible***: así se deduce del art. 480. Esta nota la diferencia de otros derechos de goce similares como el derecho de uso y habitación que según el art. 525 es intransmisible.

-e) *Es un **derecho de goce o disfrute*** que permite usar la cosa y percibir sus frutos. .

No es imprescindible en el usufructo que se conserve la forma y sustancia , basta con que el propietario pueda recuperar los bienes usufrutuados u otros equivalentes, o su valor, si no es posible restituir los mismos entregados. Incluso cabe la posibilidad de que el propietario no recupere nada si el consituyente concedió al usufructuario la facultad de enajenar la cosa usufrutuada.

El usufructo tiene una función económica, se constituye normalmente porque se quiere atribuir a una persona plenamente las facultades de uso y disfrute, pero con carácter vitalicio o temporal, de modo que al terminar el mismo estas facultades se reintegran a la propiedad.

Principalmente esta institución se utiliza en **situaciones de naturaleza hereditaria** o sucesoria, cuando el testador quiere favorecer a una persona con carácter vitalicio, pero no que sus bienes pasen a los herederos de ésta, sino a los suyos propios o los descendientes de éstos, por lo cual en vez de otorgarle la propiedad le otorga el usufructo.

Ej. El marido quiere favorecer a su viuda, para ello establece un usufructo, de forma que al morir ésta sus bienes pasarán a los herederos del marido, y no a los familiares de la viuda, como puedan ser los hijos de un primer matrimonio.

También suele hacerse en materia de **donaciones**, el donante quiere favorecer a alguien pero al mismo tiempo quiere conservar la fuente de ingresos mientras viva (Ej. padre que dona un campo de naranjos a sus hijos y se reserva para sí el usufructo del mismo).

10.1.3.- ESPECIES DE USUFRUCTO.

El usufructo puede clasificarse en:

● *Por razón de las personas y forma del disfrute:*

- Simple. Atribuido a una sola persona
- Múltiple: Atribuido a varias personas, pudiendo ser:

Simultáneo, con goce al mismo tiempo de todas las personas.

.Sucesivo, cuando los sujetos van entrando en el goce unos tras otros. .

● *Por las cosas objeto de su contenido:*

- Propio o normal: recae sobre cosas no consumibles e implica la obligación de conservar la forma y sustancia
- Impropio o anormal (llamado *cuasi usufructo* en Derecho romano), cuando recae sobre cosas consumibles. Esta clase de usufructo está amparado por el art. 467, que permite excepciones a la obligación de conservación de la cosa cuando dice «a no ser que el título de constitución o la ley autoricen otra cosa. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

● *Por razón de la relación misma:*

- Normal o regular, lleva consigo la limitación de conservar la forma y la sustancia de la cosa.
- De disposición, va acompañado con esta facultad.

● *Por su origen o modo de constitución:*

- Legal, constituido por la ley. Ej. El usufructo del cónyuge viudo
- Voluntario, deben su origen a la voluntad de los particulares, manifestada por actos inter vivos o *mortis causa*.
- Mixtos, son los ganados por prescripción

● *Por su constitución:*

- Puros: no sometido a condición o plazo
- Condicionales y a plazo

● *Por su duración:*

- Vitalicios, son la regla general
- A plazo cierto

● *Por su régimen jurídico:*

- Especiales: son los que se rigen en cuanto a su contenido de derechos y obligaciones, por la **ley**, si son de creación legal, o por el **título constitutivo** en el caso de los voluntarios.
- Comunes: son los que se rigen por las normas ordinarias de los arts. 471 a 512 del CC, por carecer de título constitutivo o por insuficiencia de éste o por insuficiencia de la ley.

10.2.- Constitución del usufructo.

El usufructo se constituye según el art.468: «...por **ley**, por la **voluntad** de los particulares manifestada en **actos inter vivos** [ej.contrato] **o en última voluntad** [testamento]y por **prescripción**»

a) La constitución por ley: el usufructo legal.

Actualmente el único usufructo legal que subsiste es el del cónyuge viudo (arts. 834, 837 y 838 Cc). Se trata del derecho hereditario que concede la ley, es la **legítima del cónyuge viudo**:

834. El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, **si concurre a la herencia con hijos** o descendientes tendrá derecho al **usufructo del tercio destinado a mejora**.

837. **No existiendo descendientes, pero sí ascendientes**, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la **mitad de la herencia**. Igual extensión tendrá el usufructo cuando los únicos herederos forzosos que concurren con el viudo o, viuda sean hijos sólo de su consorte concebidos constante el matrimonio de ambos. La cuota usufructuaria recaerá en este caso sobre el tercio de mejora, gravando el resto el tercio de libre disposición.

838. **No existiendo descendientes ni ascendientes** el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al **usufructo** de los **dos tercios de la herencia**

b) La constitución por negocio jurídico: el usufructo voluntario

El usufructo puede constituirse mediante **negocio jurídico** por quien sea **propietario** o tenga el **poder de disposición** sobre el derecho que va a ser afectado. El acto de constitución podrá ser por actos *inter vivos* o *mortis causa*, y tanto a título oneroso (compraventa) como gratuito (donación).

La constitución *inter vivos* de un usufructo puede realizarse de dos formas (CLEMENTE MEORO):

A) por **enajenación**: el constituyente atribuye al adquirente el derecho de usufructo y conserva la nuda propiedad.

B) por **retención , detracción o reserva**: el constituyente transmite la propiedad y se reserva el usufructo.

La constitución *mortis causa*, mediante testamento, es la forma más habitual de constitución, por ser la más acorde con la función económico- social de éste derecho subjetivo.

El usufructo puede constituirse **puramente** o bajo **condición** (suspensiva o resolutoria) o a término (inicial o final), art. 496.

c) **Constitución por prescripción:**

El cc no contiene ninguna regla al respecto, salvo la mención realizada en el art. 468 y la afirmación contenida en los arts . (1930 y ss): «Por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas por la ley, el dominio y **demás derechos reales**»

Para adquirir el usufructo por usucapión será necesaria la posesión en **concepto de usufructuario** -que es el equivalente a la expresión *en concepto de dueño* de los arts. 447 y 1941 cc.- Además se tendrán que aplicar las reglas generales del art. 1941 cc, es decir una posesión pública, pacífica y no ininterrumpida.. El supuesto más probable en que puede operar la adquisición del usufructo por prescripción es cuando se haya dado un título constitutivo por quien no es propietario, y el usufructuario se comporta como tal (en concepto de titular del derecho real) durante los plazos señalados por la ley. (CLEMENTE MEORO)

Ante el silencio del CC, para su correcta constitución, además de poseerse la cosa en concepto de usufructuario se tendrán que aplicar las reglas generales sobre la prescripción.

10.3.- Contenido y límites.

Al referirnos al contenido de un derecho, hacemos referencia al conjunto de facultades que este derecho otorga. En el caso del usufructo nos referimos en primer lugar , al ámbito de poder que tiene el usufructuario, que según el **art. 470** están limitadas por el título constitutivo y por la ley: "Los **derechos y las obligaciones** del usufructo serán los que determine el **título constitutivo** del usufructo, o por insuficiencia de éstos, se observarán las **disposiciones contenidas** en las dos **secciones siguientes.**"

En el art. 467 se permite todo el juego a la autonomía de la voluntad, al permitir que el título de constitución levante el límite legal impuesto al disfrute del usufructuario: la conservación de la forma y sustancia de la cosa. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Elementos constitutivos del derecho de usufructo

- *Elementos personales*: Sujetos del derecho de usufructo

Constituyen los elementos personales del usufructo el **usufructuario** (titular del derecho real) y. el **nudo propietario** que el dueño de la cosa sobre la que se constituye

el derecho real.. El Código no establece ningún requisito respecto a la capacidad para ser usufructuario, por lo que habrá que estar a las reglas generales sobre capacidad. Pueden ser usufructuarios tanto las personas físicas como jurídicas, según se deduce del art. 515 cc, si bien éstas últimas con un **limitación temporal de treinta años**.

El art. 469 establece que puede constituirse el usufructo a "a favor de una o varias personas, simultáneamente o sucesivamente "; en el primer casos varias personas serían instituidas como usufructuarios al mismo tiempo y sobre una misma cosa, y en el segundo varias personas son llamadas para sucederse en la misma titularidad del usufructo, pudiendo para ello basarse el constituyente en varios criterios (muerte del anterior, transcurso de un determinado lapso de tiempo, etc..

-Elementos reales: . Objeto del derecho de usufructo.- Pueden ser objeto de usufructo tanto las cosas como los derechos, e incluso las universalidades. .

a) En cuanto a las **cosas**, todas las que estén en el comercio de los hombres y sean susceptibles de producir un goce o una utilidad. Puede instituirse tanto sobre **muebles** como sobre **inmuebles**.

El usufructo. puede recaer sobre la totalidad de la cosa o sobre parte la misma (art. 469). El usufructo se extiende a las *accesiones* de la cosa usufructuada , a la *servidumbres* que tenga a su favor y, en general a todos los *aumentos de valor de la misma*. (art. 479 Cc)

b) El Cc admite la constitución del usufructo sobre **derechos** siempre que no sean personalísimos e intransmisible.(art. 469); el Cc regula los usufructo a percibir una renta o pensión periódica o los intereses de obligaciones o títulos al portador, sobre una explotación industrial , de una acción para reclamar una finca o un derecho real, o un bien mueble o créditos.

c) **Universalidades**; los arts 506 y 510 admiten que el usufructo recaiga sobre todo un patrimonio , si bien en realidad no hay un único usufructo sino tantos usufructos como elementos integren el patrimonio o herencia.

10.4.- Ejercicio. Derechos y obligaciones del usufructuario y del nudo propietario.

10.4.1.- FACULTADES INCLUIDAS EN EL CONTENIDO DEL USUFRUCTO.

Las facultades que otorga el derecho de usufructo al usufructuario son las siguientes:

A) Facultades de aprovechamiento

-- Derecho a disfrutar de la cosa:

El usufructuario tiene derecho a percibir los frutos naturales, industriales y civiles de los bienes en usufructo(No los tesoros).

Los frutos naturales o industriales pendientes al tiempo de comenzar el usufructo pertenecen al usufructuario y los pendientes al tiempo de extinguirse pertenecen al propietario (pero éste ha de pagar los gastos) (Art.472).

-- Derecho a las accesiones:

El usufructuario tendrá derecho a disfrutar del aumento que reciba por accesión la cosa usufructuada, de las servidumbres que tenga a su favor y, en general de todos los

beneficios inherentes a la misma. (Art.479).

-- *Derecho de mejorar la cosa*: el usufructuario puede hacer las mejoras útiles o de recreo que considere siempre que no altere su forma o sustancia; no tiene derecho a indemnización por ellas y sólo se le reconoce la posibilidad de retirarlas, en acabar el usufructo, si es posible sin detrimento de la cosa objeto del usufructo

-- *Derecho a las servidumbres y demás beneficios* que tuviese la cosa usufructuada
B) .- Facultad de disposición

Según el art.480, el usufructuario podrá el aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendar a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito, pero todos los contratos que realice el usufructuario con terceros, se extinguirán al finalizar su derecho de usufructo (salvo el caso de las fincas agrícolas en que se respetará el año agrícola).

10.4.2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL USUFRUCTO (SU EJERCICIO Y DURACIÓN).

El **régimen jurídico del usufructo**, tal como aparece regulado en el Código, impone al usufructuario una serie de **obligaciones** que unas veces tienen carácter positivo (acciones) y otras tienen carácter negativo (abstenciones). Estas obligaciones pueden ser previas a la constitución, simultáneas al ejercicio del derecho u obligaciones finales o liquidatorias de la situación de usufructo.

A) Obligaciones del usufructuario previas al usufructo.

El art. **491** obliga al usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes, a hacer inventario y a prestar fianza.

1.- *El inventario*, cumple la función de proteger los intereses de quien ha de recibir la cosa al extinguirse el usufructo. Se ha de practicar citando propietario, haciendo tasar los muebles y describiendo el estado de los inmuebles.

2.- *La fianza*, pretende asegurar el cumplimiento de las obligaciones que le correspondan (Arts. 491-512)

Tanto la obligación del inventario como la de prestar fianza pueden ser objeto de dispensa, (art. 493).

En algunos supuestos el Código establece una **dispensa legal**, así pues no ha de prestar fianza: el vendedor o donante que se reserva el usufructo de los bienes vendidos; el cónyuge viudo si no contrajera ulterior matrimonio. (Art.492).

En el caso de que el usufructuario **no** preste la **fianza**, el art. 494 autoriza al propietario, entre otras medidas, el exigir que los **inmuebles** se pongan en **administración** y que los **muebles** se **vendan**.

B) Obligaciones simultáneas al usufructo

El usufructuario deberá cuidar las cosas dadas en como un buen padre de familia (art. 497). Si **enajena** o **arrienda** su derecho de usufructo será responsable del menoscabo de la cosa por culpa o negligencia del que le sustituya. (Art.498)

---*Reparaciones.*

El usufructuario está obligado a realizar las **reparaciones ordinarias**, éstas son las exigidas por los deterioros producidos por el uso natural de las cosas. Si no las hace, el propietario las podrá hacer a costa del usufructuario. (Art.500)

Las **reparaciones extraordinarias** son de cuenta del propietario. El usufructuario está obligado a darle aviso cuando fuere urgente la necesidad de hacerlas. (Art.501). Si no las hace, siendo necesarias, podrá hacerlas el usufructuario que le pedirá al propietario el aumento de valor experimentado por la finca al acabar el usufructo (Si no paga, retiene la cosa hasta reintegrarse con sus productos) (art. 502)-

-- *Contribuciones y cargas:*

El pago de las cargas y contribuciones anuales y los gravámenes de los frutos, los paga el usufructuario. (Art.504)

Las contribuciones sobre el capital, las paga el propietario. (Art.505).

Si las paga el que no corresponde, tiene derecho a exigirselas al obligado, al final del usufructo con intereses.

-- *Obligaciones por razón de custodia:*

El usufructuario ha de avisar al propietario sobre cualquier acto de un tercero que lesione los derechos de propiedad, si no lo hace cargará con la culpa (daños y perjuicios).(Art.511).

-- *Gastos pleito:*

El usufructuario pagará los gastos, costas y condenas de los pleitos sostenidos sobre el usufructo. (Art.512).

C) **Derechos y obligaciones del nudo propietario**

Tradicionalmente se ha entendido que durante el usufructo la propiedad pasa a ser un derecho prácticamente *vacío de contenido* (nuda propiedad = prop. desnuda), o en *potencia* hasta que el propietario recupere las facultades ahora incluidas en el derecho real en cosa ajena. Sin embargo al nudo propietario le corresponde los siguientes:

•**Derechos:**

- Derecho a **inspeccionar** la actuación del usufructuario sin causarle molestias.
- A imponer **servidumbres** sobre la finca (sin consentimiento del usufructuario) siempre y cuando no perjudiquen el derecho de usufructo. (Art.595)
- **Hipotecar** su derecho de propiedad, la nuda propiedad. (Art.107,2 Hipotecaria: si bien entonces, al consolidarse la propiedad, vigente la hipoteca, ésta se extenderá a todo el derecho dominical, salvo que se pacte lo contrario).
- Puede realizar actos de conservación de la cosa
- Puede realizar **obras y mejoras** y **nuevas plantaciones** siempre que no se perjudique al valor del ni el derecho del usufructo (Art.503)

•**Obligaciones:**

- Entregar la cosa cuando se constituye el usufructo.
- No hacer nada que perjudique al usufructo
- Respetar la sustancia y la forma de la cosa (Arts. 467-468)
- Realizar las obras extraordinarias

10.5.- Extinción: Causas y efectos.

10.5.1.- CAUSAS DE EXTINCIÓN.-

Según el art.513, el usufructo se extingue por:

1.- Por muerte del usufructuario: el usufructo es un derecho vitalicio y, por consiguiente, no se transmite mortis causa a los herederos del usufructuario, salvo cuando así se hubiese estipulado expresamente. En el caso de instituirse varios usufructos sucesivos no pueden superar en duración los límites del 781 cc: ...siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

Ej. El testador dispone un usufructo a favor de su hijo y para cuando este fallezca dispone que pasará a su nieto.

2.- Expiración del plazo o cumplimiento de la condición resolutoria: si el usufructuario fallece antes de la finalización del plazo, prevalece el carácter vitalicio y se extingue, a menos que se haya realizado estipulación al efecto en el título constitutivo

3.- Reunión del usufructo y la nuda propiedad en una sola persona:

La "consolidación".

4.- Renuncia del usufructo El usufructuario puede renunciar a su derecho, pero si se hace en perjuicio de terceros, la renuncia es ineficaz frente a éstos. Ej. La renuncia del usufructuario que previamente a hipotecado su derecho (vid. art. 107.1 Ley Hipotecaria.)

5.- Pérdida de la cosa: Ha de ser total, si parcial, continúa en la parte restante (Art.514). Si la culpa es de uno habrá de indemnizar al otro.

6.- Resolución del derecho del constituyente: Es decir que si el derecho del propietario se resuelve, si se declara la ineficacia del mismo, el derecho de usufructo también queda resuelto

7.- Por prescripción: . El usufructo se extingue por el **no uso de las facultades que el derecho le confiere** - es decir por el no aprovechamiento material de la cosa usufructuada- (Art. 513-7 Cc), durante un plazo de seis años en el caso de los bienes muebles y de treinta años en el de los inmuebles (Arts. 1962,1963). En este caso el bien usufructuado sería usucapido como libre por parte del nudo propietario o de un tercero Si bien bastará el uso de alguna de aquellas facultades para que no se extinga el derecho.

Otra causa de extinción, contemplada en el art. 519, es la expropiación forzosa de la cosa. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

10.5.2. EFECTOS.-

Según el art.522 del cc una vez terminado el usufructo se entregará al propietario la cosa usufructuada, salvo el derecho de retención que compete al usufructuario o a sus herederos por los desembolsos que deban ser reintegrados. Verificada la entrega se cancelará la fianza o hipoteca.

10.6.- Usufructos especiales.

El usufructo, -nos dicen DIEZ-PICAZO Y GULLÓN- en principio recae sobre bienes

fructíferos, es decir que producen frutos o rentas. Son principalmente bienes inmuebles destinados a un uso agrícola. Este usufructo, que podemos denominar normal u ordinario, es un derecho real.

El usufructo puede recaer sobre cosas que se separan del tipo o modelo de “cosa fructífera”, con lo cual las consecuencias jurídicas de este tipo de usufructo pueden ser diferentes a la del usufructo ordinario. En este supuesto nos encontramos ante los denominados usufructos especiales.

De la regulación del usufructo en el Código civil puede desprenderse la existencia de los siguientes usufructos especiales (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN):

- A) Usufructos sobre cosas deteriorables.
- B) Usufructos sobre cosas consumibles.
- C) Usufructos de viñas, olivares, u otros árboles o arbustos. (Arts. 483 y 484)
- D) Usufructo de montes. (Art.485)
- E) Usufructo de vivero. (Art. 485.4º)
- F) Usufructo de ganados o usufructo de un rebaño. (Art. 355).
- G) Usufructo de minas. (Art. 476)
- H) Usufructo de derechos (art. 469)
- I) Usufructo de un patrimonio.(506)
- J) Usufructo de un patrimonio hereditario.

10.7.- Los derechos de uso y habitación.

El Código civil regula los *derechos reales de uso y habitación* en los arts 523 a 529, los cuales, según DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, han sido siempre considerados como una especie de apéndices del derecho de usufructo.

En Roma la diferencia entre el *uso* y el usufructo radica en que el primero comprendía la facultad de uso, pero no la de disfrute. Es decir que el titular del uso no tenía derecho a los frutos.

Sin embargo en la regulación del uso en el Código civil, hay una ampliación de su contenido, y se permitió que el usuario tuviera derecho a los frutos en una medida, la suya y la de su familia , aunque esta aumente.(CLEMENTE MEORO) De lo que se deduce que este limitado disfrute tiene por objeto el consumo ordinario que lleva implícito el uso de la cosa. El usuario disfruta para satisfacer una necesidad y no puede obtener beneficios más allá (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

El derecho real de habitación es una forma de derecho de uso caracterizado por el objeto sobre el que recae. De acuerdo con el art. 524, es la facultad de ocupar en casa ajena las piezas necesarias para uno y las personas de su familia. (Art. 527). Este derecho no concede a su titular un derecho a los frutos y además el uso de la casa lo ha de ser como vivienda. .

Si el usuario consume todos los frutos o el titular del derecho de habitación ocupa toda la casa , estará obligado a los gastos de cultivo, reparaciones de conservación y pago de contribuciones, lo mismo que el usufructuario. Si no fueren bastantes, aquel suplirá lo que falte. (Art. 527).

En cuanto a su *régimen jurídico*, el art. 523 dice que el contenido de estos derechos e regula por su título constitutivo, y en su defecto por los arts. 523 y 529, y subsidiariamente por las disposiciones relativas al usufructo en la medida en que sean aplicables (art. 528) .

Estos derechos sólo pueden recaer sobre cosas corporales, que estén dentro del comercio de los hombres, muebles o inmuebles, que proporcionen frutos directamente consumibles.

Estos derechos, a diferencia del usufructo, son intransmisibles e indisponibles, no pudiendo ser objeto de arrendamiento en virtud del art. 525.

Se extinguen por las mismas causas que el usufructo y además por el abuso grave de la cosa usada y de la habitación (art. 529).

Nota → el mal uso, sin embargo no da lugar a la extinción de usufructo

TEMA 11: EL DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE

§.1.- Concepto. Fundamento. Caracteres. Elementos

§.2.- Clasificación de las servidumbres.

§.3.- Constitución y contenido

§.4.-Modificación y extinción. Protección de las servidumbres.

§.5.-Referencia a las servidumbres legales.

§.1.- Concepto. Fundamento. Caracteres. Elementos

1.1.- CONCEPTO.

Etimológicamente servidumbre proviene del nombre verbo latino *servire*, servir o prestar servicio. Por su mismo nombre la servidumbre indica que es un *gravamen o servicio* que pesa sobre los bienes, limitando la libertad y el derecho de propiedad.

La legislación de Partidas define la servidumbre diciendo que es el «derecho o uso que ome ha en los edificios o en las heredades ajenas para servir de ellas en pro de las suyas» (Ley 1, Tít. XXXI, Partida 3.).

La servidumbre -según PUIG-BRUTAU -es un derecho real que concede un derecho de disfrute inmediato, pero de contenido **limitado** sobre una finca ajena; para DE DIEGO, es un derecho real que se constituye gravando una cosa con la prestación de servicios determinados en provecho exclusivo de persona que no es su dueño o de finca que es de otro propietario.

Según el artículo 530: "Es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño. El inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre se llama predio dominante y el que la sufre predio sirviente.

Este artículo contiene la definición legal de las *servidumbres reales o prediales*, según DÍEZ- PICAZO y GULLÓN, esta definición es criticable por los siguientes motivos:.

a) El que el CC, al definir la servidumbre real o predial, parece que relaciona exclusivamente inmuebles entre si. Esto no es posible puesto que no cabe relaciones jurídicas entre fincas, el inmueble es la base natural sobre la que se construye la servidumbre, pero ésta, al tratarse de un derecho subjetivo implica la intervención de personas, sin las cuales no es posible la existencia de relaciones jurídicas. Nos encontramos ante un derecho subjetivamente real porque su titularidad va unida a la cosa.

c) Que no precisa el en que consiste el contenido del gravamen, aunque como advierte CASTAN, debe tenerse en cuenta que el hecho de tener que redundar en beneficio de otro inmueble supone cierta precisión en el mínimo exigible.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 abr. 1930, declara «que la servidumbre es un **gravamen** impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño y en cuya virtud el titular del predio dominante puede **utilizar el predio sirviente para ciertas finalidades** o poner al **aprovechamiento** del mismo **limitaciones** que redundan en beneficio de su particular dominio o **privar al dueño del predio gravado** de alguna especial **facultad** contenida en el derecho de propiedad normalmente constituido»

1.2.-FUNDAMENTO.

1.3.- CARACTERES

Los caracteres de la servidumbre, según CASTÁN, pueden reducirse a los cuatro siguientes:

1.3.A. Es un derecho real.-

Como **derecho subjetivo** supone una relación entre personas, y no una relación entre fundos. Su carácter de derecho real implica las notas de *inmediatividad* y de *absolutividad*.

Si bien la servidumbre en su aspecto activo es un *derecho*, en cambio en su aspecto pasivo es un *gravamen*.

La servidumbre puede consistir en el derecho de exigir **que no se haga algo** (*non facere*) o **que se permita hacer algo** (*pati*), pero no en el derecho de exigir que el gravado haga algo.

1.3.B. Es un derecho real que recae sobre cosa ajena.

No puede existir un derecho de servidumbre que recaiga sobre cosa propia, pues las cosas sirven a su dueño por derecho de propiedad y no por derecho de servidumbre (*nemini res sua servit iure servitutis*). El art. 530 se manifiesta en ese sentido al definir la servidumbre como gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño.

1.3.C Es una derogación al régimen normal de la propiedad.

--En consecuencia, al tratarse de un derecho real limitativo, ello motiva que **las servidumbres no se presuman**, sino que se ha de probar su constitución²⁷. Las servidumbres se interpretarán por lo tanto de forma restrictiva.

-- **No puede existir servidumbre sin utilidad** (o posibilidad de ella) para un fundo o para una persona, pues no cabe admitir limitaciones en el ejercicio de la propiedad

²⁷ Expresa la sentencia de 4 de noviembre de 1897 que en los contratos en los que se constituye servidumbre o se establece algún gravamen que afecte a la libertad de las fincas ha de estar bien expresa la voluntad de las partes sobre esos extremos.

inmueble, que no reporten ventaja a nadie. La utilidad ha de ser actual o potencial, pero ha de existir en todo caso.

-- El dueño del fundo sirviente está obligado a dejar hacer (*pati*), a no dejar hacer (*non facere*), e incluso a hacer alguna cosa, si bien solamente con carácter accesorio a la servidumbre (*facere*).- Ej. Una servidumbre de paso con la obligación de efectuar las reparaciones en el camino.

-- El **ejercicio de la servidumbre** ha de **amoldarse al objeto y necesidades** para que se estableció, sin que el dueño del predio sirviente pueda oponer obstáculos, y habiendo de comportarse el del dominante *civiliter*, es decir, procurando que resulte el ejercicio de la servidumbre lo menos gravoso posible para el sirviente.

-- **La interpretación** en materia de **servidumbres, como en todo lo relativo a imposición de gravámenes** sobre la propiedad, **ha de ser estricta y favorecer**, en lo posible, el interés y condición del **predio sirviente**, puesto que la propiedad se presume libre.

-- Una vez constituida la servidumbre en provecho de una cosa o de una persona, es **inherente fundo** (en las prediales) **o a la persona** (en el caso de las servidumbres personales), y en consecuencia no es susceptible de transmisión o enajenación total ni parcial. De aquí el axioma de que una servidumbre no puede gravarse con otra.

De acuerdo con este principio de inalienabilidad de las servidumbres, establece el Código español que son éstas inseparables de la finca a que activa o pasivamente pertenecen (artículo 524), y la ley Hipotecaria, que no se pueden hipotecar las servidumbres, a menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante, y exceptuándose en todo caso la de aguas, la cual podrá ser hipotecada (art. 108, núm. 1.)

1.3 D. Es una relación entre predios:

1. La servidumbre real o predial exige la existencia de dos predios, llamados dominante y sirviente (art. 530). Los romanistas dicen que es menester sean dichos predios contiguos o, a lo menos, vecinos; pero lo cierto es que algunas servidumbres, por ejemplo, la de acueducto, pueden existir aun entre fincas muy distantes.

2. Las servidumbres son indivisibles (servitutes dividi non possunt) o, lo que es igual, no pueden adquirirse ni perderse parcialmente.

3. La servidumbre, debe tener una causa perpetua; es decir, debe satisfacer un interés permanente del predio dominante y descansar en una utilidad que pueda constantemente prestar el predio sirviente.

1.4.- ELEMENTOS.

a) Personales.-Sujeto activo o titular del derecho de servidumbre es, el dueño del predio dominante, sea quien fuere. Por excepción, en las servidumbres personales (art. 531), el titular es una persona determinada.. Sujeto pasivo de la servidumbre es toda la colectividad (como en los demás derechos reales), y especialmente, y en primer término, el dueño o poseedor de la finca gravada.

b) Reales.-Los elementos reales están constituidos por el fundo o fondos objeto de la servidumbre. En su tipo normal de servidumbre real, ésta exige dos predios: el

dominante, que

es aquel a cuyo favor está constituida la servidumbre, y el **sirviente**, que es el que la sufre (art. 530-2º).. Tales predios, ya sean rústicos o urbanos, han de ser determinados y de propiedad privada (es decir, patrimoniales del Estado, Provincia o Municipio, o pertenecientes a particulares, porque los bienes de uso público y general no pueden ser objeto de verdadera y propia servidumbre), y que estén en situación que haga posible la prestación del servicio en que consista la servidumbre.

§.2.- Clasificación de las servidumbres.

Según CASTÁN las servidumbres pueden clasificarse en :

1. *Reales o prediales y personales*: atendiendo al titular activo.

Servidumbres reales, son las que se constituyen *en beneficio de un inmueble*.

Servidumbres personales, son aquellas servidumbres que se establecen a favor de una o varias personas o una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada. (531).

Tradicionalmente en nuestro derecho tuvieron la consideración de servidumbres personales los derechos de usufructo, uso y habitación

2. *Rústicas y urbanas*: de acuerdo con la naturaleza de los predios en las servidumbres reales.

Si bien en derecho romano las servidumbres se dividían en rústicas y urbanas, el CC prescinde totalmente de esta distinción; siendo sustituida por la de *continuas y discontinuas*.

3. *Positivas y negativas*: Por razón del contenido.

Se llama **positiva**, dice el artículo 533, la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la *obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por si mismo*, (ej. servidumbre de paso) y **negativa**, la que *prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre*. Ej. La servidumbre de luces y vistas en pared propia es negativa, ello conlleva la prohibición de abrir ventanas en pared propia, lo que podría realizar el dueño de la finca de no existir la servidumbre..

Las servidumbres positivas suponen un *pati*, y por ello se llaman *servitutes in patiendo*, mientras que las negativas constituyen una omisión, son *servitutes in non faciendo*.

Una misma servidumbre puede ser positiva o negativa, según los casos.(sentencias de 8 de febrero de 1899, 9 de febrero de 1907, 8 de enero de 1908, 12 de Así, la de luces y vistas, si los huecos se abren en pared exclusivamente propia, es **negativa**, porque el dueño del predio dominante no impone al dueño del sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o hacerla por si mismo, sino únicamente la prohibición de hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre, como es el tapar los huecos, levantando pared en su terreno; pero si se abren en pared ajena o medianera, la servidumbre es **positiva**, porque no puede constituirse sin el asentimiento presunto del otro medianero o del dueño de la pared (STS de 8 de junio de 1918, 20 de abril de 1923, 15 de marzo de 1934 y 19 de junio de 1951).

4 *Continuas y discontinuas*. Por razón de su ejercicio.

_____ De acuerdo con el artículo 532, son **contínuas** aquellas cuyo uso es o puede ser incesante sin la intervención de ningún hecho del hombre (ej. servidumbre de luces y vistas), y **discontinuas**, las que se usan a intervalos más o menos largos y dependen de actos del hombre (ej. servidumbre de paso).

5 . *Aparentes o no aparentes*. Por las señales de su existencia, por su exteriorización:

Son **aparentes**, según el artículo 532: las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas, (ej. servidumbre de acueducto) y **no aparentes**, las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia.

Hay servidumbres, dice Manresa que, como las negativas, que nunca son aparentes o lo son atendiendo al predio dominante y a determinado aspecto positivo de las mismas, y otras, como las de estribo de presa, que siempre lo son. Pero, en cambio, hay muchas que pueden ser aparentes o no aparentes, según los casos. Así, la servidumbre de paso puede presentar un signo de su existencia, un pasadizo, por ejemplo, aunque ordinariamente sea no aparente. La de acueducto tiene siempre la consideración de aparente por declaración del Código (art. 561).

6 . *Legales o forzosas y voluntarias*. Según su origen.

Según el artículo 536: las servidumbre se establecen por la ley o por la voluntad de los propietarios.

Legales o forzosas: son aquellas establecidas por la ley, si bien hay que matizar que no es que la ley las imponga automáticamente, sino que permite al titular del fundo dominante que pueda exigir al del sirviente la constitución de la servidumbre; si se niega se le puede imponer por el juez (CASTÁN)

Voluntarias: Son aquellas establecidas por voluntad de los propietarios (at. 536). Según el artículo 594 todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbre que quiera y como quiera siempre que no contravengan las leyes y el orden público.

LAS SERVIDUMBRES PERSONALES:

El art. 531 establece que «También pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad, a quienes no pertenece la finca gravada»

. ANTECEDENTES

El CC niega el carácter de servidumbres personales a los derechos que tradicionalmente eran considerados como tales en nuestra legislación--el usufructo, el uso y la habitación--pero admite junto a las servidumbres reales, la existencia de otras categorías de servidumbres: las llamadas personales.

1. Concepto de servidumbre personal

Son servidumbres personales las que se constituyen no a favor del titular de un predio, sino a favor de una o varias personas o de una comunidad, intuitu personae, esto es, sin consideración a predio dominante. Combinando los arts. 530 y 531 del CC, cabe definir como un gravamen impuesto sobre un inmueble en provecho de una o más personas o de una comunidad quienes no pertenezca la finca gravada.

El legislador español ha sabido abandonar el prejuicio de que la servidumbre suponga necesariamente un predio dominante, de suerte que las servidumbres reguladas por el art. 531 del CC establecen en provecho exclusivo del titular, sin necesidad de que este sea propiedad de otro inmueble. Por consiguiente, no hay más elementos en la relación que el predio sirviente y el titular en cuyo favor se impone el gravamen, siendo ajena a esta servidumbre toda idea de beneficio para un inmueble.

Como principio general, que se aplican a las servidumbres personales las reglas relativas a la constitución, modificación, extinción y protección de las servidumbres prediales, sin más alteración que la que resulte de la diferencia de naturaleza que entre ellas existe; y así no le es de aplicación el art. 534 (inseparabilidad del fundo) ni la intransmisibilidad de que él se deriva (CASTAN).

La S.T.S 30 nov. 1908 aplicó el concepto y la denominación de servidumbre personal, a los **aprovechamientos de pastos y arbolado de un monte** en favor de persona distinta de su titular. Exactamente igual era el supuesto que motivó la S.T.S. 3 abr. 1909. La S. 30 oct. 1919, aplica el art. 531 del CC y la expresión servidumbre personal, al **derecho de labrar** cada tres años en ocho fanegas de tierra correspondientes a **una finca ajena**. Y también el derecho concedido a una persona y sus descendientes de **ocupar determinadas ventanas de una casa** para presenciar los festejos locales (S.T.S 30 nov. 1908).[servidumbre de balcón]

§.3.- Constitución y contenido

3.1. MODOS DE CONSTITUIRSE LAS SERVIDUMBRES EN GENERAL.-Según el artículo 536 del Código civil, las servidumbres se establecen: **por la ley** o por la **voluntad de los propietarios**.

Pero de otros artículos resultan algunas formas intermedias entre la constitución legal y la voluntaria, como son la **prescripción**, admitida por el artículo 537 y siguientes, y la **presunción legal**, que para el caso de la existencia de un signo aparente establece el artículo 541.

No todos estos modos son aplicables a todas las clases de servidumbres. Así, la prescripción sólo lo es a las servidumbres a la vez continuas y aparentes (art. 537), y la presunción aludida, sólo a las servidumbres aparentes (art. 541).

A . Adquisición por la ley.- La ley unas veces crea **directamente** la servidumbre (tal sucede, por ejemplo, en el caso de la **servidumbre natural de aguas**, de que se ocupa el artículo 552), y otras se contenta con conceder a los propietarios el derecho a reclamar la constitución del gravamen, mediante un acto concreto de la autoridad judicial o administrativa, (salvo acuerdo de las partes) como sucede en la **servidumbre de paso**. En estos últimos casos la servidumbre se constituye, en realidad, por

adjudicación.

B . Adquisición voluntaria .- Las servidumbres, de cualquier clase que sean, pueden adquirirse en virtud de **título** (arts. 537 y 539), entendiéndose por tal todo negocio jurídico, bien sea oneroso o gratuito, inter vivos o de última voluntad que pueda producir un efecto jurídico -real.

La creación de la servidumbre también requerirá, según DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, la tradición o puesta a disposición.

La falta de título constitutivo de las servidumbres puede suplirse, según el Código, por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente o por una sentencia firme (artículo 540).

C Constitución por signo aparente o por destino del padre de familia

Este medio de constitución de las servidumbres- dicen DIEZ-PICAZO y GULLON, que a veces ha sido denominado bien «constitución tácita», se encuentra recogido en el **artículo 541 C.C.**, según el cual «la existencia de un **signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas**, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura».

Presupuestos para la constitución por signo aparente:

-a) La existencia de una relación de servicio entre dos fincas, que podría configurarse como un derecho de servidumbre si perteneciesen a distintos propietarios. (S., de 21 de noviembre de 1985).

-b) Esta relación se revela o manifiesta a través de la existencia de un signo («signo aparente de servidumbre» le llama el art. 541) que ha de haber sido establecido por el propietario de ambas.

-c) Que se enajene cualquiera de las fincas, sin que en el título se exprese lo contrario, o sin que se haya hecho desaparecer el signo antes del otorgamiento de la escritura, para que la servidumbre sin más quede constituida, pues aunque el Código dice literalmente que continuará, no se trata de una continuación, sino de una creación ex novo (DIEZ-PICAZO y GULLON).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido ampliando el campo de aplicación del artículo 541. Así, aun cuando el precepto habla de dos fincas, se considera aplicable también al caso de finca única que tenga establecido el signo aparente entre sus diversas partes o proporciones (p.ej., un camino) y que luego se divide y vende a dos personas distintas..

D La adquisición de las servidumbres por prescripción adquisitiva o usucapión

El derecho de servidumbres, en cuanto derecho real, puede ser objeto de prescripción adquisitiva o usucapión, de acuerdo con lo establecido con carácter general para todos los derechos reales en los artículos 1.930 a 1.940 C.c., y de forma especial para las servidumbres en los artículos 537-540.

La adquisición de las servidumbres por usucapión plantea en nuestro Código dos tipos de problemas: el ámbito dentro del cual esta forma adquisitiva se produce, lo que

equivale a cuestionarse si todas las servidumbres son usucapibles; y, en segundo lugar, los relativos al modo de computar el tiempo.

A) LAS SERVIDUMBRES USUCAPIBLES

El artículo 537 Cc dice que «las servidumbres continuas y aparentes se adquieren en virtud de título o por la prescripción de veinte años» y en el artículo 539 que «las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean o no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud de título» .

Según DIEZ-PICAZO Y GULLÓN parece, por lo menos a primera vista, que el Código civil **limita la eficacia de la usucapión**, como modo de adquisición de las servidumbres, a las que presentan los caracteres de continuas y aparentes, y que, por otra parte, contiene una desviación de la disciplina general, al establecer un plazo único de veinte años, sin necesidad de ningún otro requisito (art. 537), aun cuando, naturalmente, ha de existir posesión de la servidumbre apta para la usucapión, es decir, en posesión «en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida» (art. 1.941).

La lógica consecuencia de ello es excluir la usucapibilidad de las servidumbres continuas no aparentes (ej.servidumbre de luces y vistas en pared propia) y de las discontinuas sean o no aparentes (ej.servidumbre de paso). Para tales únicamente se admite la eficacia creadora del título y la falta de éste sólo puede ser suplida por una escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente o por una sentencia firme (art. 540).

La tesis de la imposibilidad de usucapión de las servidumbres continuas no aparentes y de las discontinuas parece clara en nuestro Código civil. El artículo 540 menciona sin lugar a dudas las «servidumbres que no puedan adquirirse por prescripción».

Su fundamento se ha encontrado en la idea de que en estas servidumbres no se dan por hipótesis los presupuestos necesarios para la usucapión, puesto que si se trata de servidumbres no aparentes falta una posesión pública, y si se trata de servidumbres discontinuas falta una posesión ininterrumpida.

B) LAS REGLAS SOBRE EL COMPUTO DEL TIEMPO EN LA PRESCRIPCION DE LAS SERVIDUMBRES

El artículo 538 Cc. contiene una regla especial relativa al cómputo del tiempo, aplicable al plazo de veinte años mencionado en el artículo 537. El tiempo se computa de manera distinta según que la servidumbre sea positiva o negativa. Si la servidumbre es **positiva**, desde el día en que se haya comenzado a ejercerla sobre el predio sirviente. Si es **negativa**, no se cuenta desde el momento del comienzo del ejercicio , sino «desde el día en que el dueño del precio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre».

La regla aplicable a las servidumbres positivas es clara en sí misma, la usucapión comienza *desde el día en que empieza el aprovechamiento o el ejercicio*. Entendemos que ese comienzo del aprovechamiento o del ejercicio debe ser iure servitutis, porque la posesión hábil para la usucapión ha de ser en concepto de dueño» (cfr. art. 1941), lo que equivale a decir en concepto de titular del derecho y, además, porque no aprovechan para la posesión hábil para la usucapión los actos ejecutados en

virtud de licencia o por mera tolerancia. (ese sería el régimen aplicable a las servidumbres de luces y vistas en pared ajena o medianera, viga, vertiente de tejados, acueducto, estribo de presa, parada o partididor, etc)

La regla aplicable a las servidumbres negativas exige un *acto formal de prohibición al propietario del predio sirviente de ejecutar algo que le sería lícito*. No debe olvidarse que este tipo de servidumbre no se ejercita a través de un directo aprovechamiento, sino por el non facere que se le impone al predio sirviente. Por ello, para comenzar a prescribir, es necesario lo que el Código llama acto formal de prohibición y la doctrina «acto obstativo». Se trata de una declaración unilateral de voluntad recepticia, que contiene una intimación o un requerimiento para que el propietario del fundo sirviente se abstenga de realizar un acto que formaría parte del normal contenido de su derecho de propiedad.

11.3.2.- Contenido:

Artículos: 543-545: Derechos y obligaciones de los titulares de las fincas.

-- Dueño del predio dominante: puede hacer en el predio sirviente las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, pero sin alterarla ni hacerla más gravosa. Debe utilizar el momento menos perjudicial para el titular del predio sirviente.

-- Contribución en las cargas o en los gastos: si fueran varios los predios dominantes, estarán obligados a contribuir a los gastos en proporción al beneficio que a cada uno reporte la obra. El que no quiera contribuir podrá eximirse renunciando a la servidumbre en provecho de los demás. Si el dueño del predio sirviente utilizara de algún modo la servidumbre estará obligado a contribuir en los gastos.

-- Deberes del propietario del predio sirviente: no puede perturbar el uso del servidumbre constituida; excepción: si se da un cambio de circunstancias que la convierten en muy incómoda, o le priva de hacer obras, reparaciones o mejoras importantes, entonces se puede variar la servidumbre a costa del titular del sirviente y siempre que no cause perjuicio al del dominante. (Artículo545)

§.4.-Modificación y extinción. Protección de las servidumbres.

4.1.- LA MODIFICACIÓN DE LAS SERVIDUMBRES.

Según Diez-Picazo y Gullón , las servidumbres al estar previstas como situaciones inicialmente perpetuas o por lo menos de muy larga duración, es lógico que las servidumbres puedan modificarse.

En el Código civil aparecen algunas posibles causas de modificación de las servidumbres, que pueden sistematizarse del siguiente modo:

1. - *Convenio de los interesados*: Se trata de un posibilidad implícita en los artículos 594 y 546-6. C.c. Las servidumbres legales impuestas en interés de los particulares

pueden ser modificadas por convenio de los interesados siempre que el mismo no lo prohíba la ley ni resulte perjuicio para un tercero (cfr. art. 551, 2.). Debe entenderse que si resulta perjuicio para un tercero el convenio de modificación tendrá efectos entre los propietarios de los predios y sus causahabientes y será ineficaz en relación con el tercero.

2. El *ius variandi del dueño del predio sirviente*. El artículo 545 concede al dueño del predio sirviente la posibilidad de modificar las reglas constitutivas de la servidumbre. Supone esta facultad una aplicación del principio según el cual la servidumbre debe ejercitarse con el menor sacrificio y el menor daño posible para el predio sirviente, y se concreta en la variación unilateral del lugar de ejercicio.

Son requisitos para que pueda utilizarse esta facultad: que en su configuración originaria la servidumbre haya llegado a ser muy incómoda para el dueño del predio sirviente o le prive de hacer en él obras, reparos o mejoras importantes; que ofrezca otro lugar o forma igualmente cómodos que reemplacen a los que se trate de sustituir; que no resulte perjuicio alguno para el dueño del predio dominante o los que tengan derecho al uso de la servidumbre: que costee el repetido dueño del predio sirviente los gastos que ocasione la variación.

3. *Los efectos del tiempo y de la posesión*. El artículo 547 dispone que la forma de -prestar la servidumbre puede prescribirse como la servidumbre misma y de la misma manera. Por tanto, cabe que por prescripción extintiva disminuya el contenido de una servidumbre al usarse con menor intensidad que la permitida al constituirse.

4º *La sobrevenida modificación externa de los predios*. La doctrina admite la existencia de esta causa por aplicación analógica del artículo 546-3. Si la modificación del estado de los predios puede conducir a la extinción de la servidumbre por imposibilidad de su uso, parece justo entender que conduzca simplemente a su modificación cuando el uso sea todavía posible aunque reducido.

4.2.- LA EXTINCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES.

Los modos de extinción de las servidumbres se encuentran enumerados en el art. 546 y son los siguientes:

1. *Consolidación*. La servidumbre se extingue por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y del sirviente.

2. *No uso*. La servidumbre se extingue por el no uso durante veinte años. El plazo se cuenta desde el día en que hubiere dejado de usarse la servidumbre si fuese continua o desde que haya tenido lugar un acto contrario si fuera discontinua. La falta de uso ha de ser continua (S. de 8 de julio de 1966).

3. *Pérdida de la cosa*. El Código habla de un cambio en el estado de los predios que haga imposible el uso de la servidumbre. Esta revive si después el estado los mismos permite usar de ella, a menos que entre tanto se haya producido una prescripción conforme a lo dispuesto en el número anterior, debiendo interpretarse el acto contrario en las continuas es el cambio del estado de los predios

4.- *Vencimiento*. La servidumbre se extingue por llegar el día o realizarse la condición,

si fuera temporal o condicional.

5.- *Renuncia*. La servidumbre es renunciable por el dueño del predio dominante., esta causa debe conducir, por identidad de razón, a permitir la extinción cuando la servidumbre no reporte ya beneficio al dominante.

6.- Convenio extintivo.- Según DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, está permitido por el art. 546.61 cuando habla de la redención de la servidumbre.

§.5.-Referencia a las servidumbres legales.

1. *Concepto*.

Las servidumbres legales, o forzosas, son aquellas que son susceptibles de establecerse por imposición legal, y, por lo tanto, aunque se oponga a ello el dueño del predio destinado a sufrirlas (DE BUEN).

El Código civil regula las servidumbres legales en los arts. 549 a 593, bajo la rúbrica «De las servidumbres legales. Dentro de los casos contemplados por el Código se agrupan supuestos de diferente naturaleza:

Así algunos preceptos se refieren a auténticas **limitaciones del dominio**. Se trata de limitaciones impuestas automáticamente por la norma legal, que no necesita de ningún tipo de constitución (negocial o impuesta por la autoridad judicial o administrativa). Estas limitaciones (ej. la servidumbre de caída de aguas del art. 552) se imponen por motivos de relaciones de vecindad o por razones de utilidad pública, y no son indemnizables. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

En otros supuestos si que nos encontramos con auténticas servidumbres legales, en las que el beneficiario está facultado para exigir su constitución en base al derecho que la ley le concede, no existiendo jurídicamente hasta entonces. La constitución puede llevarse a cabo voluntariamente o ser impuesta por la autoridad judicial o administrativa.

Ej. El propietario de una finca enclavada entre otras sin salida a camino público, tiene a su favor una servidumbre de paso (art. 564), sin que ello signifique que aquel cuya finca se encuentre en la situación descrita tenga a su favor la mencionada servidumbre, para que nazca la misma es necesario, o bien que el titular llegue a un acuerdo voluntario con sus vecinos o bien, en caso contrario, que solicite su imposición judicialmente. La servidumbre sólo existirá a partir del acuerdo o de la declaración judicial.

El que la servidumbre legal se constituya voluntariamente por acuerdo de los dueños de los predios, no significa que deje de ser servidumbre legal. Tampoco cambia la naturaleza de la servidumbre si las partes, en el ejercicio de su autonomía privada, modifican el contenido típico de la misma en todo aquello no tenga carácter imperativo, según se deduce del art. 551-2. (CLEMENTE MEORO).

Las servidumbre legales, según CASTÁN, se diferencian, fundamentalmente, de

las voluntarias:

- a) En que tienen por fuente, no el hecho del hombre (título, usucapión, destino del propietario, etc.), sino la ley; aunque a veces no surgen automáticamente y es la ley sólo un título abstracto de la servidumbre, haciendo falta, además, como ya se dijo en el anterior, un título concreto, constituido por una declaración de la autoridad judicial o administrativa o incluso un acuerdo entre los propietarios.
- b) En que, lejos de ser ilimitado su número y libre su contenido, está uno y otro determinado limitativamente por la ley (*numerus clausus*, tipicidad).

3. **Clasificación de las servidumbres legales.** Nuestro Código civil distingue dos clases de ellas, según tengan por objeto la **utilidad pública** o el **interés de los particulares** (artículo 549).

Regulación legal. las de **interés público** se rigen: 1. Por las Leyes y Reglamentos especiales que las determinen. 2. Por las disposiciones sobre servidumbres contenidas en el título VII del libro II del Código civil (art. 550). En cambio, las de **utilidad privada** se regulan: 1. Por los convenios de los interesados en todo aquello que no prohíba la ley ni cause perjuicio a tercero.

2º. Por las disposiciones del citado título del Código civil, sin perjuicio de lo que dispongan las Leyes, Reglamentos y Ordenanzas generales y locales sobre policía urbana o rural (art. 551).

Las **servidumbres públicas** se refieren, como dice Manresa, a las materias siguientes: 1. Aguas. 2º Minas. 3º Montes. 4º Pecuarias. 5º Vías de comunicación (carreteras, ferrocarriles, vías telegráficas y telefónicas). 6º Obras públicas. 7º Marítimas. 8º Defensa nacional y militares. A ellas habría que añadir hoy algunas otras, como las servidumbres aéreas (reguladas por la ley de Aeropuertos de 2 de noviembre de 1940, arts. 11 y sigs., que modificó el Decreto-ley de 19 de julio de 1927, sobre aeropuertos, y últimamente por la ley de 21 de julio de 1960, en sus artículos 51 a 54, y el Decreto de 17 de julio de 1968, sobre servidumbres aeronáuticas).

Las servidumbres por utilidad pública tienen carácter administrativo, y sólo algunas del grupo de las relativas a las aguas (por ejemplo, las establecidas en interés de la navegación, flotación, pesca y salvamento, la de camino de sirga y las de abrevadero o saca de agua) y las pecuarias (art. 570) están incluidas en el Código civil .

Las **servidumbres de utilidad privada** son (siguiendo el orden con que las expone el Código): 1. Las establecidas para el uso de las aguas, que tengan este carácter privado. 2º Las de paso. 3. Las de medianería. 4º Las de luces y vistas. 5. La de desagüe de los edificios. 6. La de distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones.

I.- Servidumbres en materia de aguas

El Código civil regula en los arts. 552 a 563 una serie de servidumbres en materia de aguas: *servidumbre natural de caída de aguas, uso público de riberas, estribo de*

presa, parada o partidor, abrevadero y acueducto. El art. 563 dispone que «el establecimiento, extensión, forma y condiciones de las servidumbres de aguas, de que se trata en esta Sección, se regirán por la Ley especial de la materia, en cuanto no se halle previsto en este Código».

Se invierte, por tanto, el orden de prelación establecido en los arts. 550 y 551 C.C.

La vigente Ley de Aguas sólo dedica a las servidumbres en materia de aguas cuatro artículos (6º y 45º a 47º), de manera que la regulación del Código es más completa que la de la Ley. (CLEMENTE MEORO)

A) Servidumbre natural de aguas

Según el art. 552 C.C., recogido íntegramente en el art. 45-1 L.A. de 1985, «los predios inferiores están sujetos a recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre descienden de los predios superiores, así como la tierra y piedra que arrastren en su curso.

Ni el dueño del predio inferior puede hacer obras que impidan esta servidumbre, ni el del superior obras que la agraven».

A pesar de la denominación que le da el Código, no se trata de una verdadera servidumbre de las llamadas legales o forzosas, sino de una **limitación del dominio** impuesta **por la relación de vecindad de los predios**. Según DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, lo que hace la ley es reconocer las consecuencias que se derivan de la situación física en la que se encuentran las fincas e imponen unas conductas de abstención de los respectivos propietarios: *el del superior no podrá agravar la caída de las aguas y el del inferior no podrá hacer obras que la impidan*.

Las aguas que ha de soportar el dueño del predio inferior las aguas tienen que descender naturalmente, sin intervención del hombre en ningún momento, como es el caso de las aguas procedentes de deshielos, lluvia, filtraciones, fuentes, etc. (CASTÁN). El dueño del predio inferior no está obligado a soportar el descenso de las aguas que hayan sufrido una modificación en su «calidad espontánea» por obra del hombre. Así lo dispone el art. 45-2 Ley de Aguas de 1985: «Si las aguas fueran producto de alumbramiento, sobrantes de otros aprovechamientos, o se hubiese alterado de modo artificial su calidad espontánea, el dueño del predio inferior podrá oponerse a su recepción, con derecho a exigir resarcimiento de daños y perjuicios, de no existir la correspondiente servidumbre».

B) Uso público de riberas

Regulada en el art. 533 C.C, que establece que: «las **riberas de los ríos**, aun cuando sean de dominio privado, están **sujetas** en toda su extensión y sus márgenes, **en una zona de tres metros**, a la **servidumbre de uso público en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento**». La Ley de Aguas, en su art. 6 ha ampliado esta zona a 5 metros.

El párrafo segundo del art. 533 establece la **servidumbre de camino de sirga**: «Los predios contiguos a las riberas de los ríos navegables o flotables están además sujetos a la servidumbre de camino de sirga para el servicio exclusivo de la navegación y flotación fluvial. Si fuere necesario ocupar para ello terrenos de propiedad particular,

precederá la correspondiente indemnización».

C) Estribo de presa.-

El art. art. 554 C.C. que «cuando para la derivación o toma de aguas de un río o arroyo, o para el aprovechamiento de otras corrientes continuas o discontinuas, fuere necesario **establecer una presa**, y el que haya de hacerlo no sea dueño de las riberas, o terrenos en que necesite apoyarla, podrá establecer la **servidumbre de estribo de presa, previa la indemnización** correspondiente».

D) Parada o partidor

La establece el art. 562 C.C.: «El que para dar riego a la heredad o mejorarla, necesite construir parada o partidor en el cauce por donde haya de recibir el agua, podrá exigir que los dueños de las márgenes permitan su construcción, previo abono de daños y perjuicios, incluso los que se originen de la nueva servidumbre a dichos dueños y a los demás regantes» .

E) Saca de agua y abrevadero

Reguladas en los arts. 555 y 556 C.C. Según el primero «las servidumbres de **saca de agua y abrevadero** solamente podrán imponerse por causa de utilidad pública en favor de alguna población o caserío, **previa** la correspondiente **indemnización**».

El art. 556 establece una servidumbre de paso conexa a las de saca de agua y abrevadero: «Las **servidumbres de saca de agua y abrevadero** llevan consigo la obligación en los predios sirvientes de dar paso a personas y ganados hasta el punto donde hayan de utilizarse aquéllas, debiendo ser extensiva a este servicio la indemnización».

F) Acueducto

Contemplada en el art. 557 C.C. Ia llamada servidumbre de acueducto: «Todo el quiera servirse del agua de que pueda disponer para una finca suya, tiene **derecho a hacerla pasar por los predios intermedios**, con obligación de indemnizar a sus dueños, como también a los de los predios inferiores sobre los que se filtren o caigan las aguas».

Dice el art. 558, que el que pretenda beneficiarse de esta servidumbre está obligado:

- 1.- «A justificar que puede disponer del agua y que esta es suficiente para el uso a que destina». Con ello se intenta evitar el establecimiento de servidumbres sin causa.
2. «A demostrar que el paso que solicita es el más conveniente y menos oneroso para el tercero».
- 3.«A indemnizar al dueño del predio sirviente en la forma en que se determine por las leyes y reglamentos».

El art. 559 establece una limitación a la posibilidad de exigir esta servidumbre

forzosa: «No puede imponerse la servidumbre de acueducto para objeto de interés privado, sobre edificios, ni sus patios o dependencias, ni sobre jardines o huertas ya existentes».

Y el art. 560 priva al dueño del predio dominante del espacio superior e inferior a fin de hacer menos onerosa la servidumbre para el dueño del predio sirviente: «La servidumbre de acueducto no obsta para que el dueño del predio sirviente pueda cerrarlo y cercarlo, así como edificar sobre el mismo acueducto de manera que éste no experimente perjuicio, ni se imposibiliten las reparaciones y limpiezas necesarias».

El art. 47 Ley de Aguas vigente establece que «en toda acequia o acueducto, el cauce, los cajeros y las márgenes serán considerados como parte integrante de la heredad o edificio a que vayan destinadas las aguas, o en caso de evacuación, de los que procedan».

Según DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, y en virtud de lo dispuesto en el art. 561 C.C., la servidumbre de acueducto tiene carácter de **continua y aparente**, «aun cuando no sea constante el paso del agua, o su uso dependa de las necesidades del predio dominante, o de un turno establecido por días o por horas».

II.- Servidumbre de paso

El Código civil, según Castán, regula tres variedades de servidumbre de paso la *servidumbre de paso con carácter permanente* (arts. 564 a 568) y la *servidumbre de paso transitorio* (art. 569) y las *servidumbres de paso para ganados* (art. 570)

a) Paso con carácter permanente

Según establece el art. 564 1 C.C., «el propietario de una **finca o heredad, enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público**, tiene derecho a exigir paso por la heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización».

Si existe salida a camino público pero ésta es peligrosa, difícil o insuficiente para los fines a que se destina la finca puede exigirse la constitución de la servidumbre de paso; mas la salida ha de ser necesaria para la explotación normal del predio, no caprichosa o arbitraria (cfr. SS. 9 junio 1975, 29 marzo 1977 y 13 junio 1989).

». Por tanto, se concede paso sin indemnización al adquirente si la finca adquirida queda enclavada entre otras del enajenante.

La servidumbre de paso debe darse por el punto menos perjudicial al predio sirviente,

y, en cuanto fuere conciliable con esta regla, por donde sea menor la distancia del predio

dominante al camino público (art. 565 C.C.).

La anchura de la servidumbre de paso será la que baste a las necesidades del predio dominante (art. 566).

El art. 568 establece una causa de extinción de la servidumbre de paso no recogida entre las generales de las servidumbres, pero - según dice CLEMENTE MEORO aplicable a todas las legales: *la sobrevenida desaparición de la necesidad de la servidumbre*. Según establece el mencionado precepto «si el paso concedido a una finca enclavada deja de ser necesario por haberla reunido su dueño a otra que esté contigua a camino público, el dueño del predio sirviente podrá pedir que se extinga la servidumbre, devolviendo lo que hubiera recibido por indemnización. Lo mismo se entenderá en el caso de abrirse un nuevo camino que dé acceso a la finca enclavada».

b) Paso con carácter transitorio

Establece el art. 569 que «si fuere indispensable para construir o reparar algún edificio pasar materiales por predio ajeno, o colocar en él andamios u otros objetos para la obra, el dueño de este predio está obligado a consentirlo, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que le irroga».

C) Paso para ganados.

Se refiere a las vías pecuarias el art. 570 C.C., distinguiendo entre las ya existentes y las que puedan constituirse. El primer párrafo dispone que «las servidumbres existentes de paso, para ganados, conocidas con los nombres de cañada, cordel, vereda o cualquier otro, y las de abrevadero, descansadero y majada, se regirán por las ordenanzas y reglamentos del ramo, y, en su defecto, por el uso y costumbre del lugar».

Si bien el Código habla de servidumbres, estas vías pecuarias constituyen bienes de dominio público (CASTÁN). «Sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos, la cañada no podrá exceder en todo caso de la anchura de 75 metros, el cordel de 37 metros 50 centímetros, y la vereda de 20 metros» (art. 570-2).

III.- Servidumbre de medianería.

A) En el Código Civil

IV- SERVIDUMBRE DE MEDIANERIA

1. Concepto y acepciones de la medianería

Se designa con la denominación --quizá poco exacta-- de servidumbre de medianería aquel conjunto de derechos y obligaciones que dimanen de la existencia y disfrute en común de una pared, cerca, vallado, etcétera, por parte de los dueños de edificios o predios contiguos, separados por dichas divisiones (CASTÁN)

Para que exista la medianería, según Castán, se exige, la **contigüidad material de las fincas** y que el **elemento de separación sea común**. Tratándose de edificaciones que, sin duda, constituyen el supuesto más frecuente e importante de medianería, se requiere, para que dicha situación exista, que se encuentren unidas, y que la pared o muro de separación sea uno y común a ambas.

2. Origen y fuentes legales actuales.-

Regulación legal.- La medianería se regula por las normas que el Código le dedica bajo la rúbrica «De la servidumbre de medianería», (arts. 571 a 579), y subsidiariamente por las ordenanzas y usos locales en cuanto no se opongan a él, o no esté prevenido en el mismo (art. 571).

En nuestro código la medianería no es forzosa, es decir que al dueño de una pared, el propietario del predio contiguo no puede obligarle a convertir ese elemento en medianero o común. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Sin embargo, cabe la posibilidad que las ordenanzas y usos locales impongan

forzosamente la medianería (art. 571)

La medianería tiene carácter de presunción (*iuris tantum*) , en el art. 572 se establece una serie de signos (en virtud de los cuales se presume la existencia de la medianería, en el 573 por el contrario se establecen presunciones contrarias la existencia de medianería.

3.- Contenido.-

De acuerdo con lo establecido en el Código los medianeros son copropietarios del elemento divisorio de sus propiedades, existe una comunidad que recae sobre ellos (pared, seto, zanja) .

Los medianeros están obligados al mantenimiento, reparación y construcción del elemento común en proporción al derecho de cada uno. Sin embargo pueden liberarse de estas obligaciones renunciando a la medianería, salvo que la pared medianera sostenga un edificio del renunciante (art. 575). Cabe igualmente la renuncia a la medianería derribando el edificio , siempre que el renunciante cargue con las reparaciones y obras necesarias para evitar, por aquella vez solamente, los daños que el derribo pueda ocasionar a la pared medianera (art. 576)

Todo propietario tiene la facultad de levantar la pared medianera, haciéndolo a sus expensas e indemnizando los perjuicios que se ocasionen con la obra. Si la pared medianera no pudiese resistir la mayor elevación, el propietario que quiera levantarla tendrá obligación de reconstruirla a su costa; y, si para ello fuere necesario darle mayor espesor, deberá darlo de su propio suelo. (Art. 577)

De la regulación del CC se deduce que quien eleva la pared es titular exclusivo de lo alzado, si bien se faculta al otro medianero para que adquiera los derechos de medianería pagando proporcionalmente el importe de la obra. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

4.- Uso y disfrute de la medianería:

El Art. 579 del CC establece que cada medianero podrá usar de la pared en proporción al derecho que tenga en la mancomunidad; podrá, por lo tanto, **edificar apoyando** su obra en la **pared medianera**, o **introduciendo vigas** hasta la **mitad de su espesor**, pero sin impedir el uso común y respectivo de los demás medianeros.

Para **usar el medianero** de este derecho ha de obtener **previamente el consentimiento** de los demás interesados en la medianería; y, **si no** lo obtuviere, **se fijarán por peritos las condiciones** necesarias para que la nueva obra no perjudique a los derechos de aquéllos.

5.- Naturaleza jurídica:

Según Díez-Picazo y Gullón, la medianería no es una servidumbre legal, aun a pesar de que el Código la califique así, puesto que en realidad se trata de una comunidad especial con una regulación propia, lo que hace que se aparte del sistema de la comunidad de bienes.

V.- Luces y vistas

En los arts. 580 a 585 C.C. se regulan una serie de supuestos, que en verdad no son verdaderas servidumbres, sino limitaciones del dominio por razones de vecindad. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

En principio, puede pensarse que corresponde al propietario la facultad de obtener la luz que considere necesaria y de tener vistas mediante la apertura de ventanas y balcones. Sin embargo, las relaciones de vecindad y, más concretamente, el respeto de la intimidad de las personas suponen limitaciones del derecho de propiedad. (CLEMENTE MEORO)

a) La **servidumbre de luces**, (*ius lumium*) es el derecho de abrir huecos en ciertas condiciones para tomar la luz del predio ajeno. (CASTÁN) el recibirlas mediante la apertura de ventanas o huecos. Los huecos de luces se caracterizan por la altura a la que se construyen y tener vidriera fija que impida sacar la cabeza.

El Código, según CLEMENTE MEORO, establece un régimen diferente según que la **pared** sea **medianera** o no. Con respecto a la pared medianera el art. 580 C.C. establece que : «Ningún medianero puede sin consentimiento del otro abrir en pared medianera ventana hueco alguno». Respecto de **pared no medianera** el art. 581 establece que: « el dueño de una, pared contigua a finca ajena, puede abrir en ella ventanas o huecos para recibir luces a la altura de las carreras o inmediatas a los techos, y de las dimensiones de 30 centímetros en cuadro; y, en todo caso, por reja de hierro remetida en la pared y con red de alambre».

Estos **huecos**, llamados **de ordenanza**, se establecen para permitir simplemente recibir luces, sin que puedan dar lugar a vistas; de ahí los requisitos de tamaño, reja y red de alambre. Se trata de huecos de mera tolerancia, y por ello el dueño de la finca o propiedad contigua a la pared en que estuvieren abiertos podrá cerrarlos si adquiere la medianería, y no se hubiere pactado lo contrario. También podrá cubrirlos edificando en su terreno o levantando pared contigua a la que tenga dicho hueco o ventana (art. 581-2 y 3).

b) La servidumbre de vistas (*ius prospectus*) es el derecho de abrir huecos o ventanas para gozar de vistas a través de un fundo ajeno, y de poder impedir toda obra que las dificulte. Los huecos de vistas tienen vidrieras móviles que permiten asomarse y mirar hacia afuera. El contenido de la servidumbre de vistas es más amplio que el de luces, estando siempre la segunda incluida en la primera. (CASTÁN)

El Código establece, respecto del **derecho a tener vistas** sobre fundo ajeno e impedir actos que las obstaculicen, una serie de limitaciones, distinguiendo entre:.

Restricciones a la facultad de abrir huecos en pared medianera, en la que es necesario, lo mismo que con las luces, el consentimiento del otro medianero (cfr. art. 580).

Respecto de **pared no medianera** contigua a finca ajena, el dueño de la misma no puede abrir en ella ventanas o huecos, balcones y otros voladizos o semejantes como quiera. Esto, que en principio supondría un ejercicio de su derecho de propiedad, de no existir la servidumbre constituiría un sometimiento del fundo vecino a fiscalizaciones y otras molestias.

El art. 582 dispone que «no se puede abrir ventanas **con vistas rectas**, ni balcones u otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, si no hay **2 metros de distancia** entre la pared en que se construyan y dicha propiedad. Tampoco pueden tenerse **vistas de costado u oblicuas** sobre la misma propiedad, si no hay **60 centímetros** de distancia». En consecuencia, se pueden abrir ventanas con vistas rectas si existe una distancia superior a dos metros entre la pared en que se construyan y la propiedad última, y con vistas oblicuas si la distancia es superior a 60 centímetros.

Son **vistas rectas**, según CLEMENTE MEORO, las que usa el hombre teniendo la cabeza en su posición natural, lo que implica que se abren las ventanas o balcones en pared paralela a la línea que divide los dos predios o que forme con ésta un ángulo muy agudo. Son **oblicuas** las que obligan al hombre a girar su cabeza, es decir, las que corresponden a ventana abierta en pared que forma un ángulo recto, o muy próximo a 90 grados, con el límite de los dos fundos.

También pueden abrirse ventanas si, aunque existan menos de dos metros en las vistas rectas y menos de 60 centímetros en las oblicuas, los edificios se encuentran separados por una vía pública (cfr. art. 584).

Por último, el art. 585 dispone: «Cuando por cualquier título se hubiere adquirido derecho a tener vistas directas, balcones o miradores sobre la propiedad colindante, el dueño del predio sirviente no podrá edificar a menos de tres metros de distancia, tomándose la medida de la manera indicada en el artículo 583».

La jurisprudencia ha considerado de manera reiterada que la servidumbre de vistas en pared medianera es positiva, siendo negativa la de vistas en pared no medianera. la jurisprudencia, al considerarla negativa, y en aplicación del art.538, entiende que servidumbre de luces y vistas en pared propia se adquirirá desde el día en que el dueño del predio sirviente prohíba por un acto formal la apertura de los huecos.

Ej. Unas ventanas abiertas en 1.950 en pared propia contigua a finca ajena todavía no han generado servidumbre de luces y vistas, si no ha existido un acto de oposición del dueño del fundo sirviente. Si por ej. el dueño en el año 1.970 se opuso formalmente a la apertura de las ventanas pero luego no interpuso la pertinente acción, si que se ha adquirido el derecho por prescripción adquisitiva por haber transcurrido ya más de 20 años desde la oposición.

VI.-Servidumbre de desagüe.

En los arts. 586 a 588 se regula el desagüe de los edificios.

En el art. 586 se contempla una **limitación del dominio** y no una servidumbre, por razón de la recogida de aguas pluviales, limitación establecida con carácter de reciprocidad. (DEL ARCO TORRES) . Sería una restricción del derecho de propiedad por razón de recogida de aguas (CASTÁN), al ordenar que : «El propietario de un edificio está obligado a construir sus tejados o cubierta de manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo o sobre la calle o sitio público, y no sobre el suelo vecino. Aun

cayendo sobre el propio suelo, el propietario está obligado a recoger las aguas de modo que no causen perjuicio al predio contiguo».

Ej. En el caso de que un vecino vertiese las aguas pluviales provenientes de su edificio sobre su colindante, este podría interponer una acción negatoria de servidumbre.

Sin embargo, nada se opone a que los dueños de fundos vecinos establezcan voluntariamente un derecho de servidumbre de verter las aguas de sus tejados.

En el art. 587 se establece el supuesto de que existiendo previamente una **servidumbre voluntaria** de desagüe: «El dueño del predio que sufra la servidumbre de vertiente de los tejados, podrá edificar recibiendo las aguas sobre su propio tejado o dándoles otra salida conforme a las ordenanzas o costumbres locales, y de modo que no resulte gravamen ni perjuicio alguno para el predio dominante».

En el art. 588, como dice SÁNCHEZ ROMAN, se encuentra el único supuesto de servidumbre legal de desagüe. Se trata ésta de una auténtica **servidumbre forzosa o legal**, que se impone por motivos similares a los de la servidumbre de paso: «Cuando el corral o patio de una casa se halle enclavado entre otras, y no sea posible dar salida por la misma casa a las aguas pluviales que en él se recojan, podrá exigirse el establecimiento de la servidumbre de desagüe, dando paso a las aguas por el punto de los predios contiguos en que sea más fácil la salida, y estableciéndose el conducto de desagüe en la forma que menos perjuicio ocasione al predio sirviente, **previa la indemnización** que corresponda» (art. 588 C.C.).

VII.- Distancias y obras intermedias

No se trata de servidumbres legales, sino de verdaderas **limitaciones del derecho de propiedad** recogidas, **derivadas de las relaciones de vecindad**, en los arts. 589 a 593 C.C.

A) El art. 589 C.C. establece limitaciones que tienen por fundamento la defensa nacional: «No se podrá edificar ni hacer plantaciones cerca de las plazas fuertes o fortalezas sin sujetarse a las condiciones exigidas por las leyes, ordenanzas y reglamentos particulares de la materia»

El art. 590 C.C. se refiere a las inmisiones típicas, y presenta relaciones con el art. 1.908 C.C. en cuanto la vulneración de esas prohibiciones puede dar lugar a responsabilidad

extracontractual: «Nadie podrá construir cerca de una pared ajena o medianera pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos~ depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor, o fábricas que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, a las condiciones que los mismos reglamentos prescriban. A falta de reglamento se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos».

Es importante la remisión a los reglamentos sobre la materia, pues la legislación administrativa regula con precisión el régimen de las actividades peligrosas, nocivas, incómodas e insalubres.

Respecto a las distancias que han de observarse en las plantaciones el art. 591 establece que «**no se podrá plantar árboles** cerca de una heredad ajena sino a la distancia autorizada por las ordenanzas o la costumbre del lugar, y en su defecto, a la de **dos metros de la línea divisoria** de las heredades si la **plantación se hace de árboles altos**, y a la de **50 centímetros** si la plantación es de **arbustos o árboles bajos**. Todo propietario tiene derecho a pedir que se arranquen los árboles que en adelante se plantaren a menor distancia de su heredad».

Por su parte, el art. 592 C.C. dispone que «si las **ramas** de algunos árboles se extendieren sobre una heredad, jardines o patios vecinos, tendrá el dueño de éstos **derecho a reclamar que se corten** en cuanto se extiendan sobre su propiedad, y si fueren las **raíces de los árboles vecinos** las que se extendiesen en suelo de otro, el dueño del suelo en que se introduzcan podrá cortarlas por si mismo dentro de su heredad».

Finalmente, en lo que respecta al C.C., según su art. 593 «los árboles existentes en un seto vivo medianero se presumen también medianeros, y cualquiera de los dueños tiene derecho a exigir su derribo. Exceptúanse los árboles que sirvan de mojones, los cuales no podrán arrancarse sino de común acuerdo entre los colindantes».

TEMA: 12

LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA

§1.- Los derechos reales de garantía.

§2.- Disposiciones comunes a los derechos reales de garantía en el Código.

§3.- La prohibición del pacto comisorio.

§4.- El derecho real de prenda.

§5.- El derecho de anticresis.

§1.- Los derechos reales de garantía.

Concepto:

Por *garantía* se entiende toda medida de refuerzo que se añade a un derecho de crédito para asegurar su satisfacción, atribuyendo al acreedor un nuevo derecho subjetivo o unas nuevas facultades (p. ej., la simple retención de la cosa que debe entregar). Las *garantías reales* son las que recaen sobre cosas determinadas y tienen como uno de sus efectos la oponibilidad *erga omnes*. Su esencia se hace radicar tradicionalmente en que permiten al acreedor dirigirse contra la cosa gravada a fin de realizar su valor y de esta manera satisfacer su interés. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

En el Código las garantías reales se concretan en función de la naturaleza de los bienes afectados. La **prenda** es el derecho real de garantía apto para los bienes muebles, y lleva implícita la pérdida de posesión por el deudor; la **hipoteca** lo es para los inmuebles, y en ella el desplazamiento de la posesión se sustituye por la publicidad registral de su constitución,, finalmente la **anticresis**, se configura como derecho que otorga al acreedor la facultad de percepción de los frutos de un inmueble para imputarlos a los intereses y al principal debidos. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

El sistema de la Codificación se ha visto superado desde finales del siglo pasado, cuando las necesidades de fomentar el desarrollo del crédito dejó patentes los inconvenientes de la prenda que al basarse en la desposesión del deudor, privándole de instrumentos útiles de producción con los que obtener dinero para pagar sus deudas.

Por ello, el elemento a tener en cuenta en las garantías ya no es el carácter mueble o inmueble del objeto, sino su **posibilidad de identificación**, de forma que el acreedor los pueda perseguir aunque hayan salido del patrimonio del constituyente de dichas garantías. Al mismo tiempo, y en paralelo con la hipoteca sobre inmuebles, la identificación hace posible una publicidad registral de la constitución de las garantías. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Surgen así las nuevas figuras de la **hipoteca mobiliaria**, para los bienes muebles identificables, y la **prenda sin desplazamiento** para los que presentan inconvenientes de identificación. En ambas situaciones la publicidad registral es un complemento indispensable. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Naturaleza jurídica de las garantías reales

Este es un tema discutido por la doctrina, para un sector de la misma las garantías reales son verdaderos derechos reales. Para DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, las garantías reales son verdaderos derechos reales aún cuando falten en ellas algunas de las notas propias de todo derecho real:

- **falta la nota de la inmediatividad**, en la *prenda* y en la *hipoteca* falta un poder directo e inmediato del titular sobre el bien. Sólo se da en la anticresis en la que el acreedor entra en posesión del inmueble y goza del mismo, aplicando los frutos y productos a la amortización de los intereses y capital debido, habría un derecho real.

- **si que presentan las notas de preferencia y la oponibilidad *erga omnes***, siendo suficiente la existencia de estas dos características para afirmar la naturaleza real de las garantías, puesto que el derecho real no tiene porqué siempre atribuir un poder directo e inmediato sobre la cosa.

§2.- Disposiciones comunes a los derechos reales de garantía en el Código.

El Código civil regula los derechos reales de garantía en el Libro IV, «De las obligaciones y contratos», estableciendo una serie de disposiciones comunes para la prenda y la hipoteca, de las que destacan las siguientes características:

1.- **ACCESORIEDAD.**- Que se constituyan para asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Lo que significa que las garantías reales son **accesorias de una obligación principal**, sin ella no pueden existir, y no garantizan más que a ella. No se puede transmitir aisladamente la garantía para garantizar otro crédito distinto, la garantía y la cosa se han de transmitir simultáneamente.

La obligación garantizada puede ser pura o sujeta a condición suspensiva o resolutoria (art. 1.861). La Ley Hipotecaria admite incluso las obligaciones futuras que no hay inconveniente para extenderlo a la prenda pese al silencio legal.

La cosa pignorada o hipotecada ha pertenecer en propiedad al que la empeña o hipoteca. La palabra «cosa» es comprensiva de «derechos», puesto que legalmente se admite la prenda e hipoteca de determinados derechos.

Las personas que constituyan prenda o hipoteca han de tener la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto. Se exige la capacidad general de disposición, pues estamos ante gravámenes que llevan consigo la posibilidad de una enajenación del objeto en caso de impago la obligación garantizada.

2) **INDIVISIBILIDAD.** El art. 1860 señala la indivisibilidad de la prenda y de la hipoteca, lo que significa que se mantiene tal y como fue constituida la garantía hasta la extinción total de la obligación garantizada, con independencia de las vicisitudes que sufra el crédito o la deuda.

Ej. En el caso de que una hipoteca garantice una deuda de tres millones de pesetas, el hecho de por sucesivos pagos se vaya rebajando el débito, no significa que la hipoteca se tenga que modificar conforme lo vaya haciendo la deuda, la hipoteca se mantendrá en toda su extensión hasta la satisfacción completa de la deuda.

3) FACULTAD DE REALIZACIÓN DEL VALOR.-

Varios principios se derivan de la finalidad de garantía de la prenda y la hipoteca. (CASTÁN)

1º.- **Derecho de realización del valor.** (*Ius distrahendi*).-Que en ambos casos, una vez vencida e incumplida la obligación principal, pueden ser enajenadas las cosas en que consisten la prenda o hipoteca para pagar al acreedor pignoraticio o hipotecario. (Art. 1.858 cc)

2º.- **Exclusión del pacto comisorio.**- El acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca. (Art. 1.859 cc). De acuerdo con este principio no será válido el pacto en virtud del cual se autorice al acreedor para hacerse dueño de la cosa dada en garantía, en el supuesto de incumplimiento por el deudor.

3º.- **Derecho de preferencia** (*ius prelationis*).- El crédito garantizado con prenda o hipoteca otorga a su titular la facultad de cobrar antes que otros acreedores en relación con el precio obtenido, en subasta pública, de la cosa pignorada o hipotecada. (LASARTE)

§3.-La prohibición del pacto comisorio.

Vencida la obligación garantizada y no satisfecha hay que proceder a la **realización** de la garantía a través de los procedimientos legalmente establecidos. El artículo 1. 859 prohíbe que el acreedor se apropie de las cosas dadas en prenda o hipoteca o que disponga de ellas; el art. 1.884 establece la misma regla para la anticresis.

En ambas normas se recoge la tradicional prohibición del **pacto comisorio**, puesto que puede da lugar a abusos en perjuicio del deudor y de los demás acreedores. El objeto gravado puede tener un valor superior al importe de la deuda, y es inmoral que el acreedor se se lo apropie en su totalidad en pago de la misma, y que se estime válido tal pacto aceptado por el deudor cuando se halla en la necesidad de pedir un crédito. Además, se perjudican los restantes acreedores, que tienen derecho a cobrar sobre lo que reste de su valor una vez que ha sido satisfecha la deuda garantizada.

Es por ello que en los procesos sobre garantías reales sea trámite obligatorio la **publicidad** de la subasta, para que puedan enterarse los interesados (ej. los otros acreedores no cuyos débitos no estén garantizados) en la ejecución del bien y tomar las medidas oportunas.

La doctrina y la jurisprudencia estiman que el pacto comisorio ha de reputarse nulo.

El fiador real.

En el art. 1.857 se establece la figura del **fiador real** que consiste en la posibilidad de que terceras personas extrañas a la obligación principal puedan asegurar ésta, pignorando o hipotecando sus propios bienes. El fiador real es un hipotecante por deuda ajena. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Ej. el padre que hipoteca una casa para garantizar un préstamo solicitado por su hijo a un banco .

§4.-El derecho real de prenda.

1. CONCEPTO

Es la prenda un derecho real de garantía mobiliaria, cuya característica específica es el desplazamiento en la posesión de la cosa. La cosa objeto de prenda se ha de poner en posesión del acreedor, o de un tercero de común acuerdo. Pero el deudor sigue siendo dueño de ella hasta que no se adjudique a alguien como consecuencia de la ejecución, es decir, de la actuación del derecho de realización del valor (arts. 1.863 y 1.869).

2. CARACTERES

a) *El desplazamiento posesorio*, la cosa queda sustraída a la disponibilidad del deudor, lo que le impide destruirla, deteriorarla, etc. La posesión puede ponerse en manos de un tercero, pero de forma que ni el acreedor pueda usar o utilizar la cosa, ni el deudor pedir su restitución sin haber satisfecho la obligación garantizada o sin permiso del acreedor.

b) *Accesoriedad*, deriva de la misma naturaleza de la garantía, pues ésta nace para la seguridad de un crédito, para garantizar su cumplimiento. De ahí que siga las vicisitudes del crédito. Su transmisión o extinción implicará la transmisión o extinción de la prenda.

c) *Indivisibilidad*; la prenda es indivisible, subsistiendo hasta la completa extinción del crédito garantizado (art. 1.860, p. 1.). Aunque el acreedor acepte un pago parcial, el deudor no tiene derecho a una cancelación parcial de la garantía.

d) *Carácter mobiliario*. Puesto que recae siempre sobre bienes muebles.

3. OBJETO Y CONSTITUCIÓN.

1.- SU CONSTITUCIÓN.- La forma más frecuente de constituirse es mediante contrato.

2.- OBJETO.- Según CASTÁN está integrado por :

A) *Elementos personales*.- Son elementos personales de la prenda: **el acreedor pignoraticio** que es el titular del derecho, el acreedor en garantía de cuyo derecho se establece la prenda; **el constituyente de la prenda**, que puede ser el deudor o un tercero, que grava su cosa con prenda para asegurar la efectividad de ese crédito.

B) *Elementos reales*.- constituyen los elementos reales de la prenda:

1.- Obligación garantizada con la prenda .- En cuanto a la obligación se estará a lo dispuesto en el art. 1.861 cc según el cual puede asegurarse toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria.

2.- Las cosas dadas en prenda.- Según el art. 1.864 se requiere que la cosa dada en prenda sea **mueble**, que esté en el **comercio de los hombres**, y que sea **susceptible de posesión**.

Según CASTÁN no hay impedimento en que sean objeto de prenda el dinero y las cosas

fungibles, así como los derechos reales y de crédito.

C) *Elementos formales.*-

1.- entrega de la cosa.- Para que nazca la garantía real de prenda se exige, como regla general, que se ponga en posesión de la prenda al acreedor o a un tercero designado de común acuerdo (art. 1.863 cc). Una excepción a la misma es la *prenda sin desplazamiento*.

2.- formalidades.- La prenda puede constituirse de cualquier forma, pero para que surta efecto frente a tercero es preciso que conste en documento público la certeza de su fecha (art. 1.865).

4.-CONTENIDO.-

Derechos del acreedor pignoraticio.

El acreedor pignoraticio tiene los siguientes derechos (LASARTE):

A) **Derecho de retención** de la cosa .- Es el derecho a seguir conservando la cosa mientras que el deudor no cumpla con la obligación garantizada.

B) **Derecho al reembolso de gastos** que hubiera realizado para conservar la cosa (art. 1.867).

C) **Derecho a ejercitar acciones** para reclamar o defender la cosa.

D) **Derecho a enajenar** la cosa pignorada (*ius distrahendi*) en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

E) **Derecho de preferencia** en el cobro con respecto de otros acreedores y en relación al precio obtenido en la subasta. (Arts. 1.922.2 y 1926 .1) .

Obligaciones del acreedor pignoraticio.

El acreedor pignoraticio, si bien tiene la posesión de la cosa, la tiene únicamente en función de garantía del cumplimiento de la obligación principal, por lo que queda obligado a:

A) **No usar** la cosa salvo autorización del propietario (art. 1.870)

B) **Conservarla** con la diligencia de un padre de familia.(art. 1.867)

C) **Restituirla** una vez que el deudor haya cumplido totalmente la obligación garantizada (art. 1.871)

Derechos y obligaciones del dueño de la cosa pignorada.-El deudor o constituyente de la prenda sigue siendo el dueño de la cosa (art. 1.869 cc), y conserva todas las facultades dominicales, salvo la posesión. Una vez pagada la deuda, tiene el derecho a la restitución de la prenda.

5.- EXTINCIÓN DE LA PRENDA.

La prenda se extingue: 1.- Por extinción de la deuda, puesto que siendo la prenda una garantía, faltando la deuda desaparece su razón de ser. 2°.- Por pérdida de la cosa. 3°Por renuncia del acreedor y en general por todas las formas de extinguirse las obligaciones.

La devolución de la prenda al deudor antes del vencimiento de la deuda se presume **condonación tácita** de la deuda. (Art. 1.191).

6.- PRENDAS ESPECIALES.-

1.- PRENDA IRREGULAR.

La prenda irregular es aquella que recae sobre *dinero* u otra *cosa fungible*. En ella hay una verdadera especialidad por razón de su objeto.

En ella una vez llegado el momento de ejecución de la garantía, el acreedor imputa a la deuda el importe del dinero o la cosa fungible recibida sin necesidad de acudir a los procedimientos legales de ejecución.

2.-PRENDA SOBRE DERECHOS.

Aunque los derechos no son bienes muebles susceptibles de posesión, la doctrina viene admitiendo la posibilidad de pignorar los derechos reales que recaigan sobre bienes muebles susceptibles de posesión, principalmente la prenda del derecho de usufructo. Asimismo en el Código hay referencia a la *prenda que produce intereses*, que es la prenda de un crédito o a la *prenda de valores*, que normalmente se incorporan a derechos de crédito.

Los derechos que tengan la calificación de bienes muebles son susceptibles de ser objeto de un derecho de prenda. El artículo 1.868 implícitamente la admite al contemplar una prenda que produce intereses.

§5.-El derecho de anticresis.

1. CONCEPTO Y CARACTERES

La anticresis es un derecho real, constituido en garantía de una obligación y que autoriza a su titular para percibir los frutos de un bien inmueble del deudor, con el fin determinado de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieran, y después cuando no fueran debidos, a la satisfacción del capital de su crédito. (CASTÁN)

Dice el artículo 1.881: «Por la anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito».

Sin embargo, se admite que por un tercero se constituya anticresis para garantizar una deuda ajena, o sea, el inmueble sobre el que recae tal derecho no tiene que ser en todo caso del deudor (art. 1.866 en relación con el art. 1.857, párrafo último).

La anticresis concede al acreedor un derecho de disfrute, que el Código civil simboliza en la percepción de los frutos de un inmueble, para la satisfacción de su crédito; por esto debe imputarlos al pago de intereses y capital.

La anticresis, según CASTÁN, presenta las siguientes semejanzas con la prenda y la hipoteca:

1º.- Los principios de *indivisibilidad* y *accesoriedad* (art. 1.886 en relación con los arts. 1.860 y 1.861), que no se conciben sin la existencia de una obligación principal. .

2º.- La posibilidad de constituirse sobre cosas propias del deudor o de un tercero extraño a la obligación principal. (Art. 1.857 por remisión del 1.886).

3º.- Posibilidad de asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras o condicionales o a término. (Art. 1.861)

Se diferencia de la prenda en que recae sobre bienes inmuebles, y de la hipoteca en que otorga el derecho a percibir los frutos.

2. CONSTITUCIÓN DE LA ANTICRESIS.

El *constituyente* de la anticresis ha de ser propietario del inmueble y debe tener poder de disposición sobre el mismo. El constituyente puede ser el deudor principal o un tercero ajeno a la deuda. (1857.3)

La anticresis recae sobre *bienes inmuebles*. Se añade por la doctrina sobre «inmuebles fructíferos», pero es necesario considerar que el poder del acreedor no está limitado a percibir únicamente los frutos naturales o industriales, sino todos. De ahí que debe conceptuarse como fructífero el inmueble aunque este, por ejemplo, arrendado. Las rentas son frutos civiles, y el acreedor anticrético los hará suyos como si en lugar de esos frutos produjera otros naturales o industriales. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

El Código civil no establece ningún *requisito de forma*. Tampoco se requiere la inscripción en el Registro de la Propiedad para el nacimiento de la anticresis, es decir, no es constitutiva como en la hipoteca. No obstante sin inscripción el gravamen no podrá ser opuesto frente a terceros.

3.- CONTENIDO DE LA ANTICRESIS

1.- *Derechos del acreedor anticrético*

A) POSESIÓN DEL INMUEBLE.- El Código civil no exige expresamente que el inmueble se ponga a disposición del acreedor (derecho de retención), para la constitución de la anticresis como lo hace en cambio, para el derecho real de prenda. No existiendo prohibición expresa puede pactarse en el contrato, en ese caso la retención se regirá por las mismas normas que la prenda.(art. 1.866,2º por remisión del art. 1.886). (CASTÁN)

Las partes pueden acordar que la *posesión del inmueble* se desplace a un tercero por aplicación analógica de lo que se preceptúa en el artículo 1.863 para la prenda. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN.)

B) FRUTOS

El acreedor anticrético hace suyos los frutos con la obligación de aplicarlos primero al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital del crédito.(art. 1881)

La adquisición de los frutos es el resultado de una determinada explotación del inmueble. Si está poseído por el acreedor, deben aplicarse analógicamente los criterios en cuanto al disfrute de un usufructuario. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

C) REALIZACIÓN DEL VALOR

La anticresis, como derecho real de garantía, comporta siempre el derecho de realización (*ius distrahendi*), el inmueble podrá ser vendido, si la deuda no es satisfecha dentro del plazo pactado. El acreedor anticrético tiene este poder de realización como el acreedor pignoraticio o el hipotecario. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

El derecho de realización aparece implícito en el art. 1.884, si bien con expresiones confusas. En este mismo precepto, en primer lugar se afirma para la anticresis nulidad del pacto comisorio y, finalmente se establece la posibilidad de obtener el pago de la deuda o de realizar el valor del inmueble a través de los procedimientos legalmente establecidos. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN) .

La **venta** en el caso de la anticresis, nos dice CASTÁN, tendrá **carácter judicial** a diferencia de la prenda que puede utilizar la vía extrajudicial del art. 1.872.

D) DERECHO DE PREFERENCIA SOBRE EL PRECIO OBTENIDO.

Si bien el Código civil otorga al acreedor anticrético el poder de realizar el valor del inmueble gravado, equiparándolo al resto de acreedores con garantía real, sin embargo no dice nada sobre si tendrá un derecho de preferencia frente al resto de acreedores de su deudor.

El art. 1.923 , en el que se establecen las normas de prelación de créditos, nada dice al respecto, por lo que la doctrina intenta salvar este obstáculo aplicando analógicamente el derecho de preferencia establecido en el art. 1.922.3 para el acreedor hipotecario. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

2.- Obligaciones del acreedor anticrético.

El l acreedor está obligado salvo pacto en contrario, a pagar las **contribuciones y cargas** que pesan sobre la finca. Asimismo está obligado a hacer los **gastos necesarios de conservación y de reparación**. Se han de deducir de los frutos las cantidades empleadas para estos pagos.(Art. 1.882, 2 y 3).

Si el acreedor anticrético tiene además la posesión de la finca ha de **cuidar de ella** con la diligencia propia de un padre de familia y restituirla una vez que la deuda principal haya sido satisfecha. (CASTÁN)

3.-Derechos del deudor o dueño de la finca.-

- Quedan a este todos los derechos sobre la finca que sean compatibles con el derecho del acreedor anticrético.

-No puede readquirir el goce de la finca sin haber satisfecho totalmente su deuda. (1.883)

E) EXTINCIÓN.-La anticresis como todo derecho real de garantía, se extingue al desaparecer la obligación garantizada. También se extingue por renuncia del titular y por la realización del valor del inmueble. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

TEMA 13: LA HIPOTECA

- §1.- **Concepto, fuentes y caracteres.**
- §2.- **Clases de hipotecas**
- §3.- **Hipotecas especiales**
- §4.- **Los elementos personales de la hipoteca. Capacidad.**
- §5.- **El objeto de la hipoteca.**
- §6.- **Constitución del derecho real de hipoteca.**
- §7.- **Extensión del derecho de hipoteca.**
- §8.- **El pacto de responsabilidad a los bienes hipotecados.**
- §9.- **La compraventa de finca hipotecada.**

§1. **Concepto, fuentes y caracteres.**

1.- CONCEPTO.

Según los arts. 1876 Cc. y 104 L.H, cuyo contenido es coincidente. «La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida»

Estos **preceptos no definen la hipoteca**, la doctrina critica que éstos solamente destaquen su **aspecto negativo**, como son la **afección de bienes** y la **accesoriedad** a la obligación principal de la que depende, olvidándose de los **aspectos positivos** como su cualidad de **derecho real**, y su función de asegurar una percepción dineraria a través de la ejecución de la cosa hipotecada. (CHICO Y ORTÍZ)

El **concepto tradicional de hipoteca** aceptado por la doctrina, según ROCA SASTRE, es el siguiente:

«La hipoteca es un **derecho real de realización del valor**, en función de **garantía** de una **obligación pecuniaria**, de carácter **accesorio e indivisible**, de **constitución registral**, que grava **bienes inmuebles, ajenos y enajenables**, que permanecen en la posesión de su propietario o titular»

La **función económica del derecho real de hipoteca**, consiste en por su condición de derecho de garantía, se encuentra al servicio del denominado **crédito territorial o inmobiliario**. Puede decirse que la hipoteca es la reina de las garantías, porque es la que otorga al acreedor una protección más eficaz y vigorosa, por la naturaleza de los bienes dados en garantía (inmuebles, de casi imposible desaparición y en los que el valor se preserva) y por el vigor de los procedimientos para su realización. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN). Normalmente con hipoteca se garantizan créditos a medio y largo plazo, además frecuentemente estos créditos se conciertan en relación con el inmueble hipotecado (ej. para pagar el piso comprado, para edificar o construir una casa, para transformar en regadío una finca, etc) (LACRUZ)

2.- FUENTES.

La hipoteca es regulada por el Código civil, en los arts. 1874 a 1880 y en los arts. 1857 a 1862, si bien aquí de forma conjunta con la prenda. El art. 1880 del Cc, en relación a la **forma, extensión y efectos de la hipoteca**, actúa como **norma de remisión** a la vigente **Ley Hipotecaria** (se entiende que a la actual de 1946 y no a la de 1861, vigente al publicarse el CC). La LH a su vez se encuentra complementada por el **Reglamento Hipotecario** de 14 de febrero de 1947, que ha sufrido varias reformas de cierta entidad. Extraordinaria importancia doctrinal y científica, en materia de hipoteca tienen las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que a pesar de todo, carecen de valor fuente y además no constituyen jurisprudencia. (LACRUZ)

3.- CARACTERES.

La hipoteca se caracteriza por las siguientes notas:

A) Es un derecho real inmobiliario.- En la definición legal (arts. 1876 cc y 104 LH) , nos dice LACRUZ, aparecen los caracteres de inmediatividad («directa e inmediatamente») y de reipersecutoridad («cualquiera que sea su poseedor»). Además en el art. 2.2º LH se hace referencia a su carácter de derecho real.

La hipoteca un derecho real puesto que, según CASTÁN, atribuye a su titular una inmediata potestad sobre una cosa determinada (principio de la inmediatividad), es ejercitable erga omnes, originando una acción que puede ser hecha efectiva contra cualquier tercer adquirente de los bienes hipotecados. La naturaleza de derecho real de la hipoteca es doctrina pacífica en la doctrina jurisprudencial y de la DGRN.

No obstante en la doctrina moderna se discute que la hipoteca sea pura y exclusivamente un derecho real, de ahí que hayan surgido teorías que ponen en tela de juicio su carácter real: la *obligacionista*, la *procesalista de la hipoteca o la abolicionista de la distinción entre derechos reales y de obligación, entre otras*. (CHICO Y ORTÍZ)

B) Es un derecho real limitado en cosa ajena.- Es un derecho limitativo del dominio ajeno en relación con el *ius disponendi*: no porque el dueño no pueda disponer de la cosa gravada con la hipoteca, sino porque tiene que soportar que se disponga de ella, por el titular de la hipoteca en la fase de realización de valor la misma. (LACRUZ)

C) Es un derecho de garantía del cumplimiento de una obligación dineraria. -

•Su carácter **accesorio o de garantía** se manifiesta en los arts. 1857 y 1858 cc comunes a la prenda y a la hipoteca, así como en el 104 LH.. Es inseparable de la obligación que garantiza y en consecuencia, produce la sujeción del inmueble hipotecado y la posibilidad de realización de su valor, mediante su **venta judicial o extrajudicial**.

Según ROCA SASTRE, la hipoteca no es un derecho independiente, con existencia propia sino que viene al servicio de un crédito; por ello no es concebible que la hipoteca pueda corresponder a persona distinta de la del crédito garantizado y, por tanto que pueda transmitirse independientemente del crédito. Está íntimamente ligada y subordinada, en su existencia, extensión y extinción, con el crédito.

•El que garantice **obligaciones dinerarias** parece estar contradicho por la legislación hipotecaria, puesto conforme a los arts. 1861Cc y 105 LH « La hipoteca podrá constituirse en garantía de **toda clase de obligaciones...**» En verdad, esto significa que la hipoteca garantiza cualquier tipo de obligaciones reconocidas en el Código civil. Lo que si que es indispensable, es que se traduzca en dinero la obligación o lo que representa el incumplimiento de la obligación, de ahí que los arts. **12 y 153 LH** establezcan la necesidad de que se fije «el **importe de la obligación garantizada** o que se determine la cantidad máxima que corresponda a la finca» (CHICO Y ORTÍZ)

D) Es eficaz cualquiera que sea el poseedor de los bienes. La hipoteca no coarta la **facultad de disposición** del dueño de la cosa. El hipotecante puede **enajenar** la cosa hipotecada, si bien el adquirente recibe el transmitido con la carga o gravamen en que consiste la hipoteca y deberá soportar, en caso de impago por el hipotecante, la realización del valor por parte del acreedor hipotecario. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

E) Es de constitución registral.- Para su nacimiento se exige que su inscripción en el Registro de la Propiedad (arts. 1875 cc y 145 y 149 LH). La inscripción tiene carácter constitutivo en el supuesto de la hipoteca. Según el art. 1875 cc: «Además de los requisitos exigidos en el art. 1857, es indispensable, para que la hipoteca quede validamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad» .

Su carácter constitutivo tiene su razón de ser en que la hipoteca inmobiliaria, a diferencia de la prenda, **no exige un desplazamiento posesorio** del bien gravado al acreedor garantizado, de manera que el deudor sigue disfrutando y explotando el inmueble. La ausencia de este desplazamiento de la posesión, y por lo tanto, de un signo exterior que manifieste la constitución del gravamen, tal como sucede en la prenda, conlleva un alto grado de inseguridad y riesgo para el sistema de crédito inmobiliario. De ahí que la hipoteca sea un **derecho real de constitución registral** (BLASCO GASCÓ).

F) La indivisibilidad de la hipoteca.- La hipoteca subsistirá íntegra mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada (art. 1.860 y 122 LH), y sobre cualquier parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido, sin perjuicio de lo establecido en los arts. 123 y 124 LH. (BLASCO GASCÓ).

La nota de la **indivisibilidad** es una **consecuencia de la inseparabilidad** de la **hipoteca** con el **crédito** y consiste en que la garantía hipotecaria, mientras no se cancele, subsiste íntegra, afectando a todas y a cada una de sus partes.(CASTÁN).

La indivisibilidad se manifiesta en un triple aspecto (CHICO Y ORTIZ):

A) **del lado del crédito:** ya que mientras subsiste parte de él queda íntegra la hipoteca, aunque el crédito se divida entre los herederos del acreedor. (Art. 1870 cc)

B) **del lado de la deuda:** puesto que aunque esta se divida entre varios herederos, ninguno de ellos puede pedir la liberación de la finca mientras el total de la deuda no esté pagada.

C) **del lado de los bienes:** ya que la garantía mientras no sea cancelada, subsiste íntegra sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada y sobre cualquier parte de los bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido, (art. 122 LH) .

No obstante el principio de indivisibilidad tiene sus excepciones en los arts 123 y 124 LH, cuando la finca se divide en dos o más , siempre que medie acuerdo entre acreedor y deudor.

G.- La especialidad de la hipoteca.- La nota de la **especialidad**, se refiere tanto a los *bienes hipotecados* como al *crédito garantizado* y en su virtud se establece que la hipoteca solamente puede recaer sobre *bienes* especialmente determinados y por suma o cantidad asimismo indicada. (CASTÁN)

La razón de ser de este principio se encuentra en la protección de los adquirentes que al adquirir un bien hipotecado deben conocer la responsabilidad que asumen, y en interés de las instituciones financieras, que al otorgar nuevos créditos con nuevas hipotecas, deben conocer el alcance de las responsabilidades anteriores y preferentes. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

A) En relación al crédito garantizado , la ley establece que las inscripciones hipotecarias habrán de expresar el importe de la obligación garantizada y el de los intereses, si se hubiesen estipulado (art. 12 LH). Lo anterior no es impedimento para la admisión en nuestro sistema registral de la hipoteca de máximo, en la que es suficiente establecer la cantidad máxima con la que responde la finca hipotecada . (CASTÁN).

B) En cuanto a los bienes hipotecados, la LH en su art. 119 y concordantes viene a establecer que cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un sólo crédito, se determinará la cantidad o parte del gravamen del que deba responder cada una.

H) Grava bienes inmuebles o derechos reales sobre inmuebles ajenos y enajenables . (art. 1874 y 106 a 108 LH). En nuestro sistema no se admite la llamada hipoteca de propietario, si bien pueden conseguirse efectos similares con otras figuras similares como la reserva de rango (BLASCO GASCÓ)

I) Es un derecho de realización de valor.

El acreedor hipotecario, en base a este derecho, puede perseguir los bienes y ejercitar su derecho de realización del valor, aunque éstos hayan pasado a manos de terceras personas. Así se desprende de los arts 1858 cc y 129 LH, donde se establece que la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados. (LACRUZ)

La LH establece las debidas garantías para poder extraer de la cosa hipotecada el valor correspondiente, evitando que por el simple hecho de la enajenación del deudor hipotecario o bien por la falta de conservación diligente de la cosa pueda disminuir o desaparecer el valor de la cosa asegurada por la hipoteca (CHICO Y ORTIZ). Esta protección se obtiene a través de los **arts 104 LH** que establece que «la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida» y el **117 LH** que regula la **acción de devastación**, estableciendo una serie de medidas que

velan por el mantenimiento del valor en cambio de la cosa hipotecada, para evitar que éste se mantenga sin ser disminuido por la conducta del hipotecante.

§2. Clases de hipotecas

1) POR SU ORIGEN: HIPOTECAS VOLUNTARIAS Y LEGALES.

Se habla de hipotecas **voluntarias** y **legales** para diferenciarlas según vengan establecidas **voluntariamente** o se impongan directamente **por la Ley**. El **art 137 LH**. dispone que : «Las hipotecas son voluntarias o legales.» A continuación, los **arts 138 a 157** regulan específicamente las **hipotecas voluntarias** y los artículos **158 a 197** las legales.

•El art. 138 LH **define** las **hipotecas voluntarias** diciendo: «Son **hipotecas voluntarias** las **convenidas entre partes** o **impuestas por disposición del dueño** de los bienes sobre los que se establezcan, y sólo podrán constituir las quienes tengan la libre disposición de sus bienes, o en caso de no tenerla, se hallen autorizadas para ello con arreglo a las leyes».

Por tanto, caben dos vías negociales distintas para constituir hipotecas voluntarias: el **convenio entre las partes**, que es el contrato bilateral de hipoteca regulado en el Código civil, y la **disposición del dueño de los bienes**, en cuyo caso se trata de una constitución unilateral.

•A las **hipotecas legales** se refiere el **art 158** de la siguiente forma: «Sólo serán **hipotecas legales** las admitidas expresamente por las leyes con tal carácter. Las personas a cuyo favor concede la Ley hipoteca legal no tendrán otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para la garantía de su derecho».

El término de **hipoteca legal** no significa que la hipoteca la cree la ley automáticamente. Lo que se concede es un derecho a exigir su constitución cuando se está ante el supuesto de hecho que la ley previene al efecto. Señala el artículo 158 L. H.: «Sólo serán hipotecas legales las admitidas expresamente con tal carácter». (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Pueden distinguirse dos supuestos, según que el propietario acceda o no. En el primer caso, la hipoteca legal se constituirá a través de un contrato de cumplimiento de la obligación legal; En el otro caso, por **mandato judicial** una vez seguidos los procedimientos que establece o a los que se remite la Ley Hipotecaria y su Reglamento.

La hipoteca voluntaria **recae sobre bienes concretos y determinados**, no sobre todos los que forman el patrimonio de la persona obligada a constituir la. En la **legal** se tendrá que efectuar una **especificación** de que bien en concreto va a ser afectado por la misma. En ese sentido se manifiesta el art 160 L. H.: «las personas a cuyo favor reconoce la Ley hipoteca legal podrán exigir dicha hipoteca sobre cualesquiera bienes inmuebles o derechos reales de que pueda disponer el obligado a prestarla». (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

La hipotecas legales también necesitan inscripción del título en cuya virtud se constituyan para su válida constitución (art. 159 LH) si bien a diferencia de las voluntarias no se exige el requisito de escritura (del art. 1875 cc). El art. 165 LH establece el procedimiento para constituir la hipoteca legal. Todas las hipotecas legales, una vez constituidas e inscritas, surten los **mismos efectos que las voluntarias**, sin más especialidades que las expresamente determinadas por la Ley Hipotecaria (art. 161 L. H.).

Según el art 168 LH: «Tendrán **derecho a exigir hipoteca legal**:

1.º Las mujeres casadas sobre los bienes de sus maridos:

a) Por las dotes que les hayan sido entregadas solemnemente bajo fe de Notario. b) Por los parafernales que con la solemnidad anteriormente dicha hayan entregado a sus maridos. c) Por las donaciones que los mismos maridos les hayan prometido dentro de los límites de la ley. d) Por cualesquiera otros bienes que las mujeres hayan aportado al matrimonio y entregado a sus maridos con la misma solemnidad.

2.º Los reservatarios sobre los bienes de los reservistas en los casos señalados por los artículos 811, 968 y 980 del Código Civil y en cualesquiera otros comprendidos en leyes o fueros especiales.

3.º Los hijos sometidos a la patria potestad por los bienes de su propiedad usufructuados o administrados por el padre o madre que hubieran contraído segundo matrimonio, y sobre los bienes de los mismos padres.

4.º Los menores o incapacitados sobre los bienes de sus tutores, por los que éstos administren y por la responsabilidad en que incurrieren, a no ser que presten en lugar de la fianza hipotecaria otra garantía establecida y autorizada por el Código Civil.

5.º El Estado, las provincias y los pueblos, sobre los bienes de los que contraten con ellos y administren sus intereses, por las responsabilidades que contrajeran éstos, de conformidad con lo establecido en las leyes y reglamentos.

6.º El Estado, sobre los bienes de los contribuyentes en los casos establecidos en esta Ley, además de la preferencia que a su favor se reconoce en el artículo 194,

y **7.º Los aseguradores, sobre los bienes de los asegurados**, también en los casos establecidos en esta Ley, además de la preferencia que a su favor reconoce el artículo 196.»

2) POR SU FORMA: EXPRESAS Y TACITAS

Son **hipotecas expresas** las que han de ser inscritas en el Registro, sin este requisito no se consideran válidamente constituidas. En cambio, las **hipotecas tácitas** son las que no exigen para su validez y eficacia, ni su constitución voluntaria ni su inscripción registral

Las hipotecas tácitas son obviamente los mayores enemigos la publicidad registral, por ello Ley Hipotecaria de 1861 desterró el gran número de estas hipotecas que existían entonces, que no sólo eran tácitas sino muchas de ellas generales, pues gravaban cualquier bien del deudor. En la actualidad la hipotecas son expresas por norma general, si bien se reconocen **hipotecas tácitas** aunque sobre bienes individualizados:

La **única excepción** que puede señalarse es la que resulta del **art.194 LH.**, aunque en **realidad** se trata de un **privilegio general** a favor del Estado, las provincias y los pueblos. Igualmente cabe incluir dentro de la figura a la que se constituye a favor de los aseguradores sobre los bienes asegurados, por los premios del seguro de dos años y si fuere el seguro mutuo, por los dos últimos dividendos (art. 195 LH).-- este último

precepto ha quedado como una cláusula de estilo, es inoperante, pues se prefiere aplicar el 15 LCS. (LACRUZ)

3) POR SU OBJETO: GENERALES Y ESPECIALES

En el Derecho actual y en consonancia con uno de los caracteres esenciales de la hipoteca, ésta ha de ser **especial**; esto es, ha de recaer sobre bienes concretos y determinados. En el derecho anterior a la LH eran llamadas «**hipotecas generales**» las que afectaban a todos los bienes del deudor, como la del fisco y la que correspondía a la mujer casada por su dote. Especiales eran, como son ahora, las establecidas sobre bienes determinados. En la **actualidad** puede decirse que **solamente existen «hipotecas especiales»** en base del **principio de especialidad** que rige en esta materia y que lleva el nombre de determinación cuando a la hipoteca se refiere. (CHICO Y ORTIZ)

4) POR SU CONTENIDO: HIPOTECAS ORDINARIAS O DE TRÁFICO Y DE SEGURIDAD.

A) *Hipotecas ordinarias y de seguridad.*

Hipoteca «ordinaria o de tráfico» es la que **asegura una obligación existente y determinada**, de modo que la **fe pública** del Registro de la Propiedad ampara tanto la **existencia** del derecho real de garantía, como la existencia de la **cuantía** de la obligación asegurada. (LACRUZ)

Hipoteca «de seguridad» es la que garantiza una **obligación de existencia dudosa o de garantía indeterminada**, aunque determinable por encontrarse dentro de unos límites determinados. En este caso la fe pública registral sólo cubre la existencia de la garantía real, mientras que la existencia y particularidades del crédito deberá probarse, en el momento oportuno, por medios extrarregistrales. (LACRUZ)

Esta hipoteca carece de una regulación general en la Ley Hipoteca que sólo se ocupa de los siguientes tipos que pueden incluirse en la categoría: **hipoteca en garantía de obligaciones futuras o condicionales; la hipoteca en garantía de títulos a la orden o al portador; la hipoteca que sirve de caución o de fianza del buen desempeño de determinadas obligaciones** (p. ej., la gestión del tutor respecto al patrimonio del tutelado, o la de los padres que ejercen la patria potestad y tienen ello la administración de los bienes de los menores), y la **hipoteca de máximo**, como modalidad más importante es la hipoteca que garantiza el saldo final de una cuenta de crédito. (BLASCO GASCÓ).

En la actualidad las hipotecas suelen ser de seguridad y, en concreto, de máximo, con el fin de garantizar no sólo el capital debido o principal sino también los intereses moratorios y remuneratorios (variables) y los demás gastos producidos por la constitución de la hipoteca o su ejecución (costas procesales). (BLASCO GASCÓ).

b) *Hipotecas de capital y de renta.* Las **hipotecas de capital** garantizan el cumplimiento de una obligación de cumplimiento unitario o global. Las **hipotecas de renta** aseguran la obligación de hacer pagos periódicos o, como dice el artículo 157 de la Ley, son las que pueden constituirse «en garantía de rentas o prestaciones periódicas».

5) POR LOS EFECTOS: COMUNES Y PRIVILEGIADAS

Son **hipotecas comunes** las que aseguran el pago de la obligación, guardando la

prioridad que les corresponde según el Registro; privilegiadas, las que se anteponen a todas las demás. Las **hipotecas tácitas**, antes aludidas, tienen carácter privilegiado. Las demás son comunes, rigiéndose por el principio *prior tempore potior iure*.(CHICO Y ORTIZ)

6) POR SU RÉGIMEN Y NORMAS LEGALES: NORMALES Y EXCEPCIONALES

Son **hipotecas normales** las que se adaptan a las condiciones típicas de la Ley hipotecaria y del Código civil (se constituyen mediante escritura pública, en favor de persona determinada, por cantidad precisa, con duración limitada, transmisibles por instrumento, etc .(CHICO Y ORTIZ)

Son **excepcionales o extraordinarias**, aquellas en las que se modifican estas normas, en parte o totalmente. Las más importantes de ellas son la hipoteca en **garantía de títulos endosables** o al **portador**, la constituida en **garantía de cuentas corrientes de crédito** y las que regula la Ley del Mercado Hipotecario de 28 de Marzo de 1981.(CHICO Y ORTIZ)

§3. Hipotecas especiales

En el art. 107 de la LH se regulan una serie de hipotecas que podríamos denominar especiales en virtud de su objeto (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN):

A) HIPOTECA DEL DERECHO DE USUFRUCTO. Puede hipotecarse el derecho de usufructo, pero quedará extinguida la hipoteca cuando concluya el usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario (107.1 LH)

B) HIPOTECA DE LA NUDA PROPIEDAD. En la subasta se venderá la nuda propiedad, por la que se obtendrá un valor inferior al que tendría la plena propiedad, pero lo que en hay que partir del hecho que el adquirente en subasta, en verdad ha adquirido la expectativa de la reconstitución de la plena propiedad una vez que se extinga el usufructo. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

C)HIPOTECA DE BIENES HIPOTECADOS. Los bienes que anteriormente han sido hipotecados pueden volver a ser hipotecados (107.3). El número de hipotecas que puede soportar una finca solamente estará condicionado por la capacidad económica que tenga la misma.

D) LA HIPOTECA DE LA HIPOTECA. El art. 107.4 considera hipotecable el derecho de hipoteca voluntaria.

E) HIPOTECA DEL DERECHO DE SUPERFICIE Y OTROS DERECHOS. En el art. 107.5 se contempla la posibilidad de hipoteca del derecho de superficie y otros derechos como el aguas, pastos, leñas y otros semejantes de naturaleza real. La hipoteca de la superficie estará sujeta a las limitaciones propias del derecho superficiario.

F) HIPOTECA DE CONCESIONES ADMINISTRATIVAS. La concesión administrativa de obra pública es posible si la misma tiene la consideración de bien inmueble, lo que sucederá si recae sobre un bien de esta naturaleza (art. 334.10 cc). Es necesario contar con la autorización administrativa para poder constituir gravámenes sobre la concesión. (DIEZ-

PICAZO Y GULLÓN)

G) HIPOTECA DE BIENES VENDIDOS CON PACTO DE RETRO O CON CARTA DE GRACIA. Se trata de supuestos en los que el vendedor de estos bienes tiene un derecho de recuperación durante un plazo de tiempo, restituyendo el precio de la venta. En el supuesto contemplado por la ley, se parte de que la hipoteca la constituye el comprador, por lo que la hipoteca estará condicionada al derecho de recuperación del primitivo comprador .

H) HIPOTECA DEL RETRACTO. En este supuesto el constituyente de la hipoteca es un vendedor que se ha reservado un derecho de recuperación en virtud del derecho de retracto. (Art. 107.8 LH). El valor económico de retracto estriba en que, mediante la devolución del precio, se recupera la cosa.

I) HIPOTECA SOBRE BIENES LITIGIOSOS.- Los bienes litigiosos son inscribibles, si la demanda origen del pleito se ha anotado preventivamente o si se hace constar que el acreedor hipotecario tiene conocimiento del litigio, pero en ambos supuestos la hipoteca quedará pendiente del fallo del litigio.

J) HIPOTECA DE BIENES SUJETOS A CONDICIONES RESOLUTORIAS EXPRESAS. Este tipo de hipoteca admitido en el art. 107.10 LH se extinguirá cuando se resuelva el derecho del hipotecante.

K) HIPOTECA DE PISOS O LOCALES EN PROPIEDAD HORIZONTAL. El hecho de estar contemplado este supuesto en el art, 107 no le añade ninguna particularidad en especial.

L) HIPOTECA DE CENSOS.- Se refiere al derecho a percibir la pensión causal transmisible del art, 1617 cc. Este tipo de hipoteca se encuentra reconocido en el art. 148 LH.

§4. Elementos personales del derecho de hipoteca.-

Los elementos personales de la relación jurídica hipotecaria son: el **acreedor titular del derecho real de hipoteca**, y el **dueño** de la **finca hipotecada** (que puede ser el deudor o un tercero) como sujeto pasivo de la hipoteca (CASTÁN).

La capacidad para **constituir hipoteca** se extrae de los arts 138 LH y 1857 del Cc, con carácter general y dos son los requisitos exigidos: 1º.- que la cosa hipotecada pertenezca en propiedad al que hipoteca. 2º que las personas que constituyan la hipoteca tengan capacidad de obrar y la libre disposición de sus bienes, o en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizados al efecto. (CHICO Y ORTIZ). Con respecto al acreedor hipotecario sólo se le exige la capacidad general para contratar (BLASCO).

1) EL ACREEDOR Y EL DEUDOR HIPOTECARIO.

El titular del derecho real de hipoteca es el **acreedor hipotecario**, en garantía de cuyo crédito se constituye la hipoteca. Si la hipoteca es voluntaria se le exige capacidad general de obrar. El deudor hipotecario o constituyente ha de tener la misma capacidad de obrar y además la libre disposición de la cosa (art. 138 L.H).

2) EL HIPOTECANTE NO DEUDOR.-

Así como la posición de **acreedor hipotecario** siempre coincide con la de **acreedor de la obligación personal** garantizada con la hipoteca, no es necesaria la coincidencia entre el deudor o sujeto pasivo de la obligación garantizada y el deudor hipotecario. De modo que cabe la figura del hipotecante no deudor, también conocido como «fiador real» que aquella persona que sin ser deudor personal del acreedor hipotecario, hipoteca voluntariamente un bien de su propiedad en garantía de una deuda ajena; su responsabilidad tiene carácter real por lo que se limita al bien hipotecado.

La hipoteca constituida por un hipotecante no deudor es una hipoteca voluntaria, convenida con el acreedor o constituida unilateralmente por el dueño del bien y puede hacerse a título oneroso o gratuito. (BLASCO GASCÓ).

3) EL TERCER POSEEDOR DE LA FINCA HIPOTECADA.

Ni el Código civil ni la Ley Hipotecaria definen al *tercer poseedor*, si bien el art. 38.4 y 5 LH utiliza esta expresión: «Cuando se persigan bienes hipotecados que hayan pasado a ser propiedad de un tercer poseedor...». En la doctrina es de destacar la definición proporcionada por ROCA SASTRE para quien el tercer poseedor es: el adquirente, ya a título oneroso ya a título gratuito, de todo o parte de la finca o derecho real inmobiliario hipotecado, que reúne la condición de tercero porque no está personalmente sujeto al cumplimiento de la obligación garantizada, ni directa ni indirectamente, ni participó en la constitución de la hipoteca. Su afección respecto del gravamen de hipoteca es una afección real, consecuencia del carácter real de la hipoteca.

Según la doctrina más generalizada el tercer poseedor responde de la deuda garantizada, aunque no debe. (BLASCO GASCÓ).

A la figura del tercer poseedor, además del mencionado art. 38, se refieren otros preceptos, como el 112 Lh al referirse a la extensión de la hipoteca, el 114 y 115 al referirse a los intereses asegurados; finalmente el art. 126 Lh se refiere a su situación procesal.

§ 5.- El objeto de la hipoteca.

Son **elementos reales** del derecho de hipoteca la **obligación** que se garantiza con la hipoteca y la **cosa gravada** como garantía de la obligación. (CASTÁN).

1.- OBLIGACIONES GARANTIZADAS CON HIPOTECA.-

De acuerdo con lo establecido en los arts. 1.861 cc y el 105 LH, la hipoteca puede «...asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria».

En los arts 142 y 143 LH , se prevé incluso las constitución de hipotecas sobre **obligaciones futuras**. el art. Por tanto, en relación con el art. 1088 C.C., la hipoteca puede garantizar tanto obligaciones de dar cuanto obligaciones de hacer o de no hacer. Pero por tratarse la hipoteca un derecho de **realización de valor** (art. 1858 cc) exige que el crédito asegurado consista en una **obligación pecuniaria** o que sea reducible a ella, puesto que la finca hipotecada sólo puede proporcionar dinero con su venta, sólo indirectamente puede asegurar el incumplimiento de una prestación no dineraria, al asegurar la responsabilidad derivada del incumplimiento. (ROCA SASTRE). Si se trata de una obligación no pecuniaria (v.gr. hacer algo, entregar alguna cosa distinta de una

cantidad de dinero, etc.) la hipoteca asegura la responsabilidad deriva de su incumplimiento, pero no la deuda en sí (ALBALADEJO).

Es indispensable que se fije el **importe** de la prestación garantizada así como sus **intereses** si se hubiesen pactado (art. 12 LH) o en el caso de la denominada hipoteca de seguridad, en concreto la denominada de máximo, que se determine la **cantidad máxima** de que responda la finca y el **plazo de duración** (art 153 LH).

En cuanto a los intereses estos puede en una cantidad porcentual o relativa anual o en una cantidad absoluta y fija, pero aplazada. Si el **interés es variable**, puede asegurarse mediante hipoteca determinando el porcentaje máximo o una cantidad máxima asegurada, como derivación del principio de especialidad (RR. 26 octubre 1984 y 31 octubre 1984). Según el art. 114 y sigs. L.H., salvo pacto en contrario la hipoteca constituida en favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años (vid. art. 220 R.H.).

En cuanto a los **intereses moratorios** la R. 20 mayo 1987 ha establecido que, en virtud del principio de especialidad, no cabe entender incluidas bajo la genérica cobertura real por intereses a los devengados en caso de mora; si se pretende la protección hipotecaria de éstos, deberá establecerse de forma diferenciada, con señalamiento de un tope máximo de garantía y con respeto de las demás exigencias de las hipotecas de seguridad. En cualquier caso, constituida hipoteca sobre intereses moratorias, regirá el límite temporal del art. 114 L.H.: tres y cinco años, según los casos.

En cuanto a las costas y demás gastos, según el 131-5 L.H., la extensión de la hipoteca a las costas de un proceso judicial sólo se produce cuando se haya pactado expresamente Respecto de dicho crédito, se trata de una hipoteca de máximo, del género de las de seguridad, ya que en la inscripción registral de la hipoteca consta el importe máximo a que puede ascender la cantidad garantizada hipoteca. (BLASCO GASCÓ)

La deuda garantizada por la hipoteca ha de ser «**de capital**» o de «**renta**» y la cantidad asegurada con la hipoteca, según el art. 219 RH, ha de ser determinada en **moneda nacional**, o señalando la equivalencia de las monedas extranjeras en signo monetario de curso legal en España, asimismo se permite la incorporación de **cláusulas de estabilización** . (CHICO Y ORTÍZ)

Desde el 1 de enero de 1999 es obligatorio establecer su valor en pesetas y además determinar su equivalente en **euros** en virtud de lo establecido en los arts. 31 y 32 de la Ley 46/1998, sobre introducción del euro.

2.-COSAS Y DERECHOS HIPOTECABLES.-

2.1.- Generalidades. Por su naturaleza, el **objeto de la hipoteca** tiene que ser un **bien inmueble**, que además reúna la condición de ser **enajenable**. El artículo 106 L. H dispone que: «**podrán ser hipotecados:** 1. Los **bienes inmuebles** susceptibles de inscripción. 2. Los **derechos reales enajenables**, con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos bienes».

2.2- Bienes hipotecables.- Con respecto a la posibilidad de hipotecar los derechos reales

inmobiliarios el art. 107 Lh matiza que derechos pueden ser objeto de hipoteca, mientras que el 108 determina cuales no:

El **art. 107** señala que **pueden hipotecarse**:

1.º El *derecho de usufructo* 2.º La *mera propiedad*, 3º Los *bienes anteriormente hipotecados*,

4.º El *derecho de hipoteca voluntaria*. 5.º Los *derechos de superficie*, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real. 6.º Las *concesiones administrativas* de minas, ferrocarriles canales, 7.º Los *bienes vendidos con pacto de retro o a carta de gracia* 8.º El *derecho de retracto convencional*.

9.º Los *bienes litigiosos*. 10. Los *bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas* 11. Los *pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal*

El artículo 108 L. H. establece que **no podrán hipotecarse**:

1 . Las *servidumbres*, a menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante, exceptuándose, en todo caso, la de aguas, la cual podrá ser hipotecada (puesto que según el art. 66 RH puede formar finca independiente)

En realidad, el gravamen de la servidumbre sera consecuencia siempre del gravamen del predio, por su cualidad de inseparable del mismo.

2. Los *usufructos legales*, con excepción del concedido al cónyuge viudo por el Código civil. Es el único que hoy subsiste en este cuerpo legal, después de las reformas operadas en el Derecho de familia por las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981

3. El *uso y la habitación*. El carácter de no hipotecables, se debe a que son derechos personalísimos e intransmisibles.

El art.108 LH no tiene carácter exhaustivo, de manera que tampoco son hipotecables los derechos sucesorios de carácter personal ni las hipotecas legales. (BLASCO GASCÓ)

2.3.- *La pluralidad de objetos en el derecho real de hipoteca* Nuestro ordenamiento jurídico permite que, en garantía de un solo crédito, se hipotequen varias fincas a la vez. En nuestro Derecho positivo se exige la **distribución del gravamen**, es decir, la fijación de la parte de responsabilidad que deba soportar cada uno de los bienes hipotecados. Se excluye de esta manera lo que podría llamarse, aunque inexactamente, una hipoteca objetivamente solidaria, en virtud de la cual todas y cada una de las fincas fueran indistintamente responsables de la totalidad del crédito. El principio de especialidad registral impone la distribución. El artículo 119 L. H. dice que «cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito se determinara la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder» (BLASCO GASCÓ)

§6.- Constitución del derecho real de hipoteca.

1.- LA CONSTITUCIÓN DE LAS HIPOTECAS VOLUNTARIAS.

Las **hipotecas voluntarias** pueden **constituirse por convenio entre las partes** o por **disposición unilateral del dueño** de los bienes sobre los que se establezca. (Art. 138 LH) . Para que las **hipotecas voluntarias** sean válidas, deben cumplir dos requisitos de forma: deben constituirse mediante **escritura pública** y que se **inscriban el Registro de la Propiedad**. (Art. 145 L.H.).

La **inscripción** de la hipoteca en el Registro de la Propiedad tiene **naturaleza constitutiva**, es decir que el derecho real de hipoteca, para nacer, debe de inscribirse en el Registro de la Propiedad (art. 1.875, C.c.).

5.1.- LA CONSTITUCIÓN DE LAS HIPOTECAS LEGALES.

La constitución de **hipoteca legal expresa** exige para quedar **válidamente constituida**, la **inscripción del título** en cuya virtud se constituya (art. 159 LH) y desde entonces produce los **mismos efectos** que la **voluntaria**. (161 LH).

Las personas facultadas para exigir la constitución de la hipoteca legal podrán exigir dicha hipoteca sobre cualesquiera inmuebles o derechos reales de que pueda disponer el obligado a prestarla (160 LH) , si bien deberá de concretarse sobre uno o varios bienes en concreto, con distribución de responsabilidades. (art. 162 LH *in fine*).

La **hipotecas legales tácitas**, no precisan acto alguno de constitución ni de inscripción en el Registro de la Propiedad, puesto que se constituyen automáticamente. (BLASCO GASCÓ)

5.3.- LA CONSTITUCIÓN UNILATERAL DE LA HIPOTECA.

El art. 138 Lh permite la constitución unilateral de la hipoteca por el dueño de los bienes, si bien el art. 141 Lh exige la aceptación de la persona a cuyo favor se establezca. La aceptación se hará constar en el Registro mediante nota marginal y cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de la constitución de la hipoteca. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Según la doctrina de la DGRN este tipo de hipoteca existe desde su inscripción, sin perjuicio de que para su eficacia sea indispensable su inscripción (R.22-abril-1996)

De acuerdo con ALBALADEJO, nos encontramos ante una expectativa de hipoteca, de modo que la voluntad del dueño crea una situación jurídica, inscrita registralmente, que puede convertirse en hipoteca si hay posterior aceptación.

Según DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, la inscripción de la hipoteca unilateral produce los siguientes efectos: 1º.- La hipoteca unilateral goza de rango registral a los efectos del principio de prioridad desde el momento en que es inscrita. 2º. Permite la actuación del principio de legitimación en el sentido de presumir su existencia como gravamen.

§7.- Extensión objetiva del derecho de hipoteca.-

La hipoteca por ser un derecho real de carácter inmobiliario y tener por objeto un bien de naturaleza inmueble, parece en principio que sólo comprende dentro de la misma todo lo que sea inmueble o forme parte del mismo. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). La denominada **extensión de la hipoteca**

trata de determinar como afecta a la hipoteca ya constituida las vicisitudes del bien hipotecado (acciones, mejoras, intereses, etc)

La doctrina distingue tres supuestos de extensión de la hipoteca:

A) **Extensión natural de la hipoteca.-** (arts. 109 y 110 LH) La hipoteca se extiende naturalmente, en virtud de el art. 109 a : «... a las accesiones naturales, a las mejoras y al

importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados. En el 110 se desarrolla el contenido del precepto anterior; dentro del mismo hay que destacar que quedan excluidos del concepto de mejora las obras que consistan en la nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere así como la agregación de terrenos.

Señalan DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, que la LH se refiere a la construcción de edificios después de la constitución de la hipoteca, por lo que si existieren antes, aunque no estuviesen inscritos, podrán declararse como obra nueva e hipotecarlos a continuación en la misma escritura pública (R. 6 febrero de 1986) .

B) Extensión convencional de la hipoteca. De acuerdo con el art. 111 LH la hipoteca no se extiende a los bienes muebles, frutos y rentas del bien hipotecado. No obstante la ley permite el pacto en contrario, siendo habitual en las hipotecas la inclusión de cláusulas en este sentido.

C) Extensión de la hipoteca frente al tercer poseedor (arts. 112 y 113 LH).-Cuando la finca pasa a manos de un tercero que la ha adquirido del constituyente de la hipoteca, y no asuma la obligación garantizada, las reglas sobre la extensión de la hipoteca experimentan las siguientes modificaciones en su favor:

1º.- La denominada «extensión natural» de la hipoteca, en el caso de transmisión de la finca a un tercer poseedor, no será extensiva a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación, siempre que se hayan costado por el nuevo dueño (art. 112 LH).

2º.- La extensión pactada de la hipoteca no alcanza a los muebles permanentemente colocados en los edificios costados por el nuevo dueño, ni a los frutos pendientes y rentas vencidas que sean de la pertenencia del mismo (art. 112 LH).

Si la hipoteca se ejecuta, es evidente que todo aquello a lo cual no se extiende no debe entrar en la ejecución, permaneciendo en propiedad del tercer poseedor. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

§8. La ampliación de la hipoteca.

Ante el impago de los intereses vencidos no prescritos, la LH permite al acreedor hipotecario, además del ejercicio de la acción real hipotecaria y de la acción personal, la llamada **ampliación de la hipoteca** en los siguientes términos:

a) Para asegurar los **intereses vencidos** y no **satisfechos**, dice el art. 115 L.H., (y tampoco prescritos) no garantizados conforme al art. 114 L.H., el acreedor puede exigir del deudor una ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados, la cual no perjudicará en ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad. (BLASCO GASCÓ)

b) Si la finca hipotecada no pertenece al deudor el acreedor no puede exigir la citada ampliación de la hipoteca sino que podrá ejercitar igual derecho respecto de

cualesquiera otros bienes inmuebles del deudor que puedan ser hipotecados (art. 115 L.H.).

La **ampliación de la hipoteca** también procede, si bien únicamente dentro del ámbito de las hipotecas legales, en el supuesto del art. 163 LH: «En cualquier tiempo en que llegaren a ser insuficientes las hipotecas legales inscritas podrán reclamar su ampliación o deberán pedirla los que, con arreglo a esta Ley, tengan respectivamente el derecho o la obligación de exigir las y de calificar su suficiencia.»

§9 El pacto de responsabilidad a los bienes hipotecados.

En el art. 1911 cc se establece el principio de responsabilidad patrimonial universal, según el cual el deudor responde sus obligaciones con todos sus bienes **presentes y futuros**.

En la hipoteca nos encontramos ante **dos tipos de responsabilidades**; en primer lugar ante una *responsabilidad real*, que es la que recae sobre los bienes singulares y determinados en el contrato de hipoteca y la *responsabilidad personal* (ex. art. 1911 Cc) nacida de la deuda garantizada con la hipoteca y cuyas características son la de recaer sobre todo el patrimonio del deudor.

Ambos tipos de responsabilidad son perfectamente compatibles, a tenor de lo establecido en el art. 105 LH. El acreedor hipotecario para hacer efectivo el importe de su deuda tiene dos posibilidades, ejercitar la *acción personal* contra todo el patrimonio del deudor o ejercitar la *acción hipotecaria* sobre los bienes hipotecados, aunque estos hayan pasado a manos de un tercero.

En el art. 140 LH se contiene una excepción a lo dispuesto en el art. 105, se admite la posibilidad de que en la escritura de constitución de hipoteca voluntaria se pacte que la obligación garantizada se haga efectiva únicamente sobre los bienes hipotecados. En este supuesto la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor en virtud del préstamo hipotecario quedan limitadas al importe de los bienes hipotecados y no alcanzará a los demás bienes del patrimonio del deudor. (CASTÁN)

Este tipo de hipoteca se denomina *hipoteca de responsabilidad limitada*.

§ 10. La compraventa de finca hipotecada.

La hipoteca no impide al hipotecante el ejercicio del *ius disponendi*, de manera que este puede enajenar la finca a un **tercero**, que tendra que soportar la afección real que aquella representa, pese a que el deudor sigue siendo el enajenante. Si este deudor no paga, el acreedor hipotecario podrá ejercitar la acción real hipotecaria, y con ella el derecho de realización de valor sobre el inmueble aunque éste haya cambiado de propietario. Surge así la figura del **tercer poseedor de finca hipotecada** que es la persona que responde aunque no deba, pues ella solo ha adquirido el objeto hipotecado, sin asumir la obligación garantizada, su responsabilidad es una consecuencia del carácter real del derecho de hipoteca, de su oponibilidad *erga omnes*, contra quien sea el titular de la misma . (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Ahora bien, ese tercer poseedor carece de responsabilidad universal (personal) frente al acreedor hipotecario (ex. Art. 1911) , por lo que su responsabilidad llega sólo hasta la

finca hipotecada, (responsabilidad real) por lo que si el acreedor no obtiene satisfacción total con la realización de su valor, no podrá perseguir con otros procedimiento bienes suyos con los que cobrarse el resto.

La figura del tercer poseedor adquiere su relieve cuando se insta la **acción hipotecaria** contra los bienes, no la **acción personal** contra el deudor. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

El tercer poseedor puede evitar la ejecución pagando el importe de lo adeudado, con derecho de repetición a cargo del obligado. Por ello el tercer poseedor ha de ser requerido de pago en cualquier procedimiento bien en el **procedimiento ejecutivo ordinario**, para el **extrajudicial** (art. 235. R.H) ; o en el **judicial sumario** (art. 131 L.H.).

TEMA 15 LA HIPOTECA (II)

§1. Las fases de la hipoteca.

§2. Derechos del acreedor antes del vencimiento de la hipoteca.

§3. La acción real y la acción personal en la ejecución hipotecaria.

§4. Los procedimientos para la ejecución de la hipoteca.

§5. Extinción del derecho real de hipoteca

§1. Las fases de la hipoteca

Dentro de la relación jurídica hipotecaria hay que distinguir dos fases (ROCA SASTRE):

• **La primera fase o período de seguridad o cautela:** comienza al quedar constituida la hipoteca. Dentro de esta fase la hipoteca únicamente o entraña un gravamen o carga real, que provoca un estado de vinculación actual, con su rango, en la finca o derecho real inmobiliario hipotecado, con plena eficacia *erga omnes*. (ROCA SASTRE)

En esta situación de garantía inmediata la hipoteca produce ciertos efectos reflejos o derivados como son:

A) La concesión de la **acción de deterioro o devastación** a favor del acreedor hipotecario para la conservación del valor en cambio del bien hipotecado (art. 117 LH).

B) La **ampliación** de las **hipotecas legales** cuando en cualquier tiempo llegaren a ser insuficientes. (163 LH)

C) La **extensión de la hipoteca** a los incrementos, elementos accesorios y subrogados de la cosa gravada. (Arts. 109 y ss LH)

D) El **derecho** del acreedor hipotecario a consentir la **distribución de la responsabilidad hipotecaria** cuando la finca se divida en dos o más. (Arts. 123 y 125 LH)

E) El derecho del acreedor hipotecario a solicitar, dentro del procedimiento judicial sumario, la **administración o posesión interina de la finca gravada**, si así se pactó en escritura. (131-6ª y 133 LH).

F) El derecho de abstención y ejecución separada en los procedimientos concursales.

G) La posibilidad de que al acreedor hipotecario se le reconozca judicialmente la existencia de su hipoteca mediante el ejercicio de la acción declaratoria o de constatación de la misma (*actio confesoria utilis*).

H) Finalmente el derecho de hipoteca es susceptible de enajenación y gravamen, y también de posposición y renuncia

• **Segunda fase o período de ejecución de la hipoteca.** Dentro de la misma tiene efectividad ejecutiva el derecho real de hipoteca, por vencimiento, anticipado o no del crédito garantizado por ésta, seguido del impago de la deuda asegurada. Entonces cuando entra en funcionamiento la denominada **acción hipotecaria** para lograr el importe del débito asegurado, a través de la realización de valor de la finca o derecho hipotecado. En el caso de existir sobrante, éste se repartirá entre los acreedores hipotecarios posteriores y en el caso de quedar todavía algún residuo, se indemnizará a los titulares de derechos, cargas o gravámenes constituidos sobre la finca afectada, entregando el último remanente al propietario ejecutado. (ROCA SASTRE)

§2. Derechos del acreedor antes del vencimiento de la hipoteca.

El acreedor hipotecario es titular de un derecho subjetivo de naturaleza real que le confiere las siguientes facultades:

1º.- FACULTADES DE CONSERVACIÓN DEL VALOR DE LOS BIENES HIPOTECADOS.

La hipoteca es un derecho de realización en el que no se produce desplazamiento posesorio del bien hipotecado a favor del acreedor hipotecario. Para el caso de incumplimiento del derecho de crédito, la garantía inmobiliaria desplegará su eficacia provocando, la realización del valor de la finca dada en garantía. El acreedor, habida cuenta de que el bien permanece hasta el momento de la realización en poder del hipotecante, corre el riesgo de que éste disminuya al valor del bien mediante una conducta perjudicial, de forma que llegado el momento de la realización del bien gravado se verían disminuidas las posibilidades de cobro. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

El acreedor hipotecario dispone de los siguientes medios para evitar que se produzca ninguna merma en el valor del bien hipotecado:

A) La acción de devastación.

El **art. 117 LH** concede al acreedor hipotecario, la denominada **acción de devastación**, en el caso de que la **finca se deteriore** disminuyendo de valor, por **dolo, culpa o voluntad del dueño**, la facultad de solicitar al juez que ordene a aquel a hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño. Si el propietario insiste en su conducta perjudicial, el juez puede poner el inmueble bajo **administración judicial**. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

En el art. 219, 2º RH se realiza una aplicación concreta del art. 117 LH, al proteger al acreedor hipotecario frente a los **arrendamientos** concertados por el propietario **en daño de la hipoteca**, es decir cuando después de la constitución de la hipoteca se arrienda el inmueble con ocasión o en circunstancias que revelen que la finalidad del arriendo es causar daño a la hipoteca. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

B) El vencimiento anticipado del crédito.

Otra vía de protección de la garantía hipotecaria es el **vencimiento anticipado del crédito**, que aparece regulado en el **art. 1.129-3º CC** según el cual el deudor perderá el derecho a utilizar el plazo, es decir que la deuda vencerá anticipadamente, si el deudor no sustituye inmediatamente las garantías disminuidas o desaparecidas por otras nuevas e igualmente seguras (MONTÉS PENADÉS).

C) Otras vías de protección de la garantía.

El acreedor hipotecario también dispone de las siguientes medidas (MONTÉS)

- 1) La posibilidad de solicitar, dentro del procedimiento judicial sumario, que se le conceda la **administración o posesión interina**, de la **finca** si así se pactó en la escritura de constitución de hipoteca, (art. 131 LH, 6ª)
- 2) El principio de **indivisibilidad de la hipoteca** (art. 122 LH).
- 3) La posibilidad del acreedor hipotecario de solicitar la **ampliación de la hipoteca legal** (art. 163 LH).

Dentro de los procedimientos concursales al acreedor hipotecario le asiste un doble derecho: el de **abstención** y el de **ejecución separada**.(arts 1917 cc, 900 CdC, 9, 15 y 22 de Ley de Suspensiones de Pagos), este derecho consiste en la posibilidad de desvincular su crédito de la masa y, sin sujeción a lo que se acuerde en los diferentes convenios, ejecutar separadamente su crédito en relación con el bien o bienes hipotecados. (MONTÉS)

2º.- LOS DERECHOS DE PREFERENCIA Y DE PRIORIDAD DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: EL RANGO DE LAS HIPOTECAS.

A) La preferencia del crédito hipotecario.- Privilegio o créditos privilegiado es la **facultad** que tienen determinados acreedores **para cobrar con preferencia** a otros sobre un bien o bienes del deudor común, y, en consecuencia, una derogación del principio de igualdad de los acreedores (*par conductio creditorum*) que tiene su razón de ser en la naturaleza de o causa del crédito.

Según DE BUEN el derecho de preferencia es el que tienen ciertos créditos de ser pagados antes que otros con el producto de la venta de alguno o de todos los bienes del deudor.

Cuando el privilegio es cualidad inherente a un crédito garantizado con un derecho de prenda o hipoteca se le denomina *crédito singularmente privilegiado*.(vid. Art. 1923 cc)

B) La prioridad y el rango hipotecario.

Un problema diferente al de la preferencia o privilegio es el de la relación que exista entre los diferentes acreedores hipotecarios , puesto que el propietario de un inmueble puede constituir varias hipotecas sobre el mismo. Para establecer el **orden** entre las diferentes hipotecas se acude a la regla *prior tempore potior iure*, que viene a decir que el primero en el tiempo tiene un derecho más fuerte. Así pues la prioridad la determina la fecha de inscripción de la hipoteca en el Registro y no la de la escritura de constitución. La prioridad afecta a las hipotecas en el sentido de que las más antiguas tienen preferencia sobre las más modernas(DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

El criterio de prioridad determina el **rango**, que consiste en el puesto o lugar que ocupa cada una de las diversas hipotecas que concurren sobre un determinado bien. El rango tiene gran importancia, puesto que ejecutada la primera hipoteca las estantes se extinguen. Si bien teóricamente sobre el remanente del precio obtenido en la ejecución deben cobrarse los acreedores posteriores al ejecutante, la realidad es completamente distinta (MONTÉS).

Los acreedores hipotecarios, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden pactar alterar entre ellos la alteración del rango de sus hipotecas sin que para ello sea necesario el consentimiento del propietario del bien hipotecado. (MONTÉS). Los pactos más habituales en relación al rango son:

La **permuta de rango**: dos acreedores hipotecarios intercambian los rangos hipotecarios de sus respectivas hipotecas ya inscritas. En el supuesto de que los rangos no sean correlativos (ej. hipoteca 1º y 3ª) habrá que contar con el acuerdo de la hipoteca intermedia.

La **posición de rango**: Es un acuerdo en virtud del cual el titular de una hipoteca ya inscrita cede el rango a una posterior que se constituirá, es decir todavía no inscrita, la

cual gozaría de un rango posterior de no existir la posposición. (Art. 241 RH)

La **reserva de rango**: es una especie de posposición de rango formulada en la propia escritura de hipoteca (antes de la inscripción de la hipoteca que se pospondrá). Es una especie de hipoteca de propietario habida cuenta que se reserva un determinado rango en favor de una hipoteca futura, es decir aún no constituida.

3º.- EL PODER DE DISPOSICIÓN DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: LA CESIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS.

El acreedor hipotecario dispone como cualquier otro deudor, de la posibilidad de ceder y enajenar de su crédito, en virtud de lo dispuesto con carácter general por el art. 1112 de Cc, que autoriza la transmisión de los derechos adquiridos en virtud de una obligación, de acuerdo con lo establecido en las leyes, salvo que se hubiese pactado lo contrario. (MONTÉS)

La cesión de hipoteca ha de realizarse en escritura pública, ha de darse conocimiento al deudor y debe inscribirse en el Registro de la Propiedad. La cesión podrá ser total o parcial (Art. 149 LH).

En el polo opuesto a la cesión del crédito hipotecario se encuentra la **subrogación** que consiste en la posibilidad de sustituir al antiguo acreedor hipotecario por otro nuevo, sin que sea necesario por el consentimiento del primero. La subrogación se encuentra regulada en la Ley 2/1994, cuya finalidad es que el deudor pueda beneficiarse de las bajadas de interés en el mercado hipotecario. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Ej. Quien haya pactado una hipoteca con un banco con tipo de interés del 6%, en virtud de esta ley podrá mediante la subrogación sustituir al primer banco por otro que le ofrezca un interés del 4,5 %.

§3. La acción real y la acción personal en la ejecución hipotecaria.

Una vez vencido el crédito, si el deudor no lo satisface, el acreedor hipotecario puede **ejercitar el derecho de realización del valor** a través de la enajenación del objeto gravado, para obtener con su importe la cantidad que le es debida (art. 1858 cc) . Según ROCA SASTRE, en la relación jurídica crédito-hipotecaria, hay que distinguir dos elementos: el **crédito** y la **hipoteca** con carácter accesorio respecto del otro. En el aspecto de la efectividad, el elemento crédito origina la correspondiente **acción personal**, que conduce a la realización dineraria sobre los bienes del patrimonio del deudor (art. 1911). Del elemento garantizador de la hipoteca deriva la correspondiente **responsabilidad real**, cuya efectuación , siempre también a base de contemplar el crédito asegurado, se consigue por el ejercicio de la **acción hipotecaria**, de carácter real y hecha valer a través de una variedad de **procedimientos de ejecución**.

Las principales diferencias entre ambos tipos de acciones son (ROCA SASTRE):

A) La **acción personal** se dirige contra el **deudor u obligado personalmente**; la **acción real** hipotecaria se dirige contra los bienes, aunque por no poder prescindirse de un elemento personal procesalmente pasivo será necesario ejercitarla contra el **hipotecante o tercer poseedor**.

B) La **acción personal** se dirigirá contra **cualquiera de los bienes del patrimonio** del

deudor u obligado (art. 1911 cc) , aunque haya de cumplirse el orden marcado por el art. 1447 de la Ley de Enjuiciamiento civil; la **acción real hipotecaria** se desenvuelve, única y exclusivamente sobre los bienes especialmente hipotecados.

C) Mediante la **acción personal** se solicita al Juez que dicte una sentencia de condena al cumplimiento de una obligación dineraria, o de dar otra cosa de hacer, cuyo cumplimiento forzoso tendrá lugar en los trámites de ejecución de la sentencia de condena; la **acción real hipotecaria** persigue una actividad procesal para la obtención de una suma de dinero mediante la enajenación por precio de la cosa hipotecada.

D) La **acción real hipotecaria** prescribe a los veinte años (art. 1.964 Cc y 128 LH) y la acción personal prescribe a los quince años (1964 cc).

§4. Los procedimientos para la ejecución de la hipoteca.

El ejercicio de la acción hipotecaria se desenvuelve a través del correspondiente procedimiento de ejecución. En nuestro ordenamiento jurídico se han previsto cuatro procedimientos:

A) Procedimiento judicial sumario. Este procedimiento se encuentra regulado en los arts. 131 a 133 LH y concordantes del Reglamento Hipotecario. Este es un procedimiento rápido puesto que se pasa casi directamente a la subasta del bien hipotecado. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Este procedimiento debe pactarse en la escritura de constitución, en la que deberá figurar el precio en que se tasa la finca para el supuesto de que fuese subastada.

B) Juicio ejecutivo ordinario. El título constitutivo de la hipoteca es un título ejecutivo en virtud de lo dispuesto en el art, 1.429 L.E.C. El acreedor hipotecario tendrá la posibilidad de instar contra el acreedor hipotecario un juicio ejecutivo ordinario regulado en los arts. 1.429 y ss de la L.E.C.

C) Procedimiento ejecutivo extrajudicial. La legislación hipotecaria concede al acreedor hipotecario la posibilidad de realización de su garantía mediante un procedimiento ajeno a la vía judicial, de ahí su nombre de procedimiento extrajudicial. Este procedimiento se encuentra regulado en los arts. 234 a 236 del RH, y en esencia consiste en una adaptación del procedimiento judicial sumario. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Este procedimiento solo puede ser utilizado cuando así se haya convenido en la escritura de contitución de la hipoteca, en la que también deberá figurar el precio en que se tasa el bien para el caso de subasta. Este procedimiento sólo puede seguirse ante notario hábil.

D) Juicio declarativo ordinario. En el que el acreedor hipotecario se limita a interponer una pretensión contra el deudor sin que esta vía procesal le reporte ningún tipo de ventaja, como sucede en las siguientes.

El acreedor hipotecario puede escoger a su arbitrio cualquiera de los cuatro procedimientos, siempre que tratándose del judicial sumario o del extrajudicial, se hayan cumplido en la escritura de constitución los requisitos exigidos por la ley como necesarios , y que en general , la hipoteca no sea de seguridad (ROCA SASTRE).

§5. Extinción del derecho real de hipoteca

La hipoteca puede extinguirse por varios motivos (MONTÉS).

- a) **Por la extinción del crédito cuyo cumplimiento o satisfacción garantiza** ; éste, a su vez se extingue por *causas de extinción de las obligaciones* (art. 1.156 Cc y ss.). Aquí, pues, manifiesta la hipoteca su carácter accesorio ya que no puede subsistir sin la subsistencia del crédito.
- b) **Por la extinción del derecho real en que consiste la propia hipoteca**; así pues se extinguirá por las *mismas causas de extinción de los derechos reales*: destrucción del bien dado en garantía inmobiliaria, expropiación forzosa, consolidación, condonación o remisión de la hipoteca, resolución o extinción del derecho del constituyente, ineficacia e invalidez del contrato constitutivo de la hipoteca, etc.

La cancelación.- La hipoteca es un derecho real de constitución registral, por lo que su extinción deberá de ser acompañada por el preceptivo **asiento de cancelación** en el Registro de la Propiedad (Art. 144 Lh). Por cabe la posibilidad de que se haya extinguido la hipoteca en la realidad extrarregistral y, sin embargo, permanezca la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, es decir, permanezca la constancia registral de la hipoteca porque no se ha practicado (solicitado) el correspondiente **asiento de cancelación**, en el este supuesto la cancelación no surtirá efecto frente a terceros. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

El artículo 76 LH dice con carácter general que las inscripciones, en cuanto a terceros, no se extinguen sino por su cancelación o por la inscripción de la transferencia del dominio o derecho real inscrito en favor de otra persona.

TEMA 16:
Hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento.

§1.-Concepto y antecedentes de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento.

§2.-Disposiciones comunes a ambas formas de garantía.

§3.- El derecho real de hipoteca mobiliaria

§4.- La prenda sin desplazamiento de la posesión.

§1. Concepto y antecedentes de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento.

La configuración de los derechos reales de garantía tal como aparece en el Código civil, basada principalmente en la división entre bienes muebles e inmuebles, se ha visto superada en el presente siglo, según LASARTE, como consecuencia de dos fenómenos:

1º.- La prenda es una institución antieconómica, un procedimiento empleado sólo para el pequeño crédito, a todas luces insuficiente en la actual coyuntura económica.

2º.- La modificación de la importancia económica de los bienes con independencia se su carácter de bien mueble o inmueble. Tradicionalmente sólo fueron valiosos los inmuebles y por lo tanto los únicos tenidos en cuenta para dinamizar el denominado crédito *territorial*. En la actualidad es frecuente que la maquinaria industrial o agrícola superen con creces el valor del inmueble en el que se hallen afectos. (Ej. Pensemos en un pequeño bajo comercial en el que hay un moderno taller de imprenta, cuyo maquinaria puede superar con creces el valor del inmueble)

El anterior proceso ha tenido como consecuencia la **Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión**, de 16 de diciembre de 1954, que ha permitido la creación de prendas sobre bienes que no requerían el desplazamiento posesorio e hipotecas sobre bienes muebles. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La Ley de 16 de diciembre de 1954, después de dedicar una serie de normas comunes a la Hipoteca Mobiliaria (H.M) y a la Prenda sin desplazamiento (P.S.D.), regula específicamente cada una de las hipotecas mobiliarias sobre los bienes que enumera como aptos para soportar tal gravamen. Pero antes fija unos principios generales para todas, a los cuales han de sujetarse.

Concepto.- La **hipoteca mobiliaria** es un derecho real de garantía, de realización de valor que, sin desplazamiento posesorio y mediante inscripción registral, sujeta directa e inmediatamente los bienes muebles sobre los que se impone al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida. (LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA)

La **prenda sin desplazamiento**, según CASTÁN, es una figura jurídica por la cual, mediante inscripción en el Registro correspondiente, se confiere al acreedor una facultad a modo de derecho real de garantía, para el cobro de un crédito pecuniario, sobre ciertos muebles ajenos que, situados en un lugar determinado, continúan en poder de su dueño en concepto de depósito.

§2.Disposiciones comunes a ambas formas de garantía.

En el título primero de la Ley de la Hipoteca Mobiliaria se encuentran una serie de preceptos comunes a la HM y a la PSD, que son los siguientes:

- 1) Sólo puede constituirse HM o PSD sobre los bienes taxativamente enumerados en la ley.
- 2) Los bienes objetos de garantía han de ser enajenables y sólo puede hipotecarse o pignorar la plena propiedad de los mismos, no cuotas indivisas ni derechos de usufructo sobre las mismas (art. 1.2)
- 3) El precio de los bienes hipotecados o pignorados ha de estar totalmente satisfecho.
- 4) La HM o PSD han de constituirse mediante *escritura pública* e inscribirse en el Registro de hipoteca mobiliaria y de prenda sin desplazamiento de la posesión creado por la propia ley. La inscripción tiene carácter constitutivo.
El Registro especial de gravámenes, está regulado en los arts 67 a 80 de la Ley, depende del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado y está a cargo de los Registradores de la Propiedad.
- 5) Los bienes gravados con HM o PSD no pueden enajenarse sin el consentimiento del acreedor (art. 4).
- 6) El acreedor hipotecario o pignoraticio, según el art. 10 de la Ley de 1954 tiene para el cobro de sus créditos el mismo derecho de preferencia que el acreedor prendario.
- 7) Las acciones derivadas de las garantías reales mobiliarias prescribirán a los tres años (art. 11)

Sin perjuicio de los procedimientos establecidos en la LEC, la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento regula dos procedimientos especiales: el judicial sumario (art. 92 y 93) y el extrajudicial ante Notario. (art. 94 y 95)

§3. El derecho real de hipoteca mobiliaria

A) BIENES SUSCEPTIBLES DE H. M.

En el artículo 12 de la Ley se enumeran taxativamente aquellos bienes que pueden ser objeto de hipoteca mobiliaria. Este precepto está presidido por el criterio de que esos bienes son fácilmente identificables. Según el artículo citado, **podrán ser hipotecados:**

1. Los establecimientos mercantiles
2. Los automóviles y otros vehículos de motor, así como los tranvías y vagones de ferrocarril de propiedad particular.
3. Las aeronaves.
4. La maquinaria industrial.
5. La propiedad intelectual y la industrial.

B) CIRCUNSTANCIAS DE LA ESCRITURA DE CONSTITUCION DE LA

HIPOTECA

Las determina el artículo 13 de la Ley. Hay que resaltar la exigencia de la mas perfecta descripción de los bienes que se hipotecuen, a los fines de identificarlos o individualizarlos, y la constancia en la propia escritura del título de adquisición de los mismos, junto con la declaración del hipotecante de que no están hipotecados, pignorados ni embargados. Ello es una consecuencia de la prohibición que sienta el artículo 2. de la Ley, que prohíbe, que sean objeto de H. M. o P. S. D. los bienes hipotecados, pignorados o embargados, o cuyo precio de adquisición no esté íntegramente satisfecho.

Al igual que en la Ley Hipotecaria, la Ley de 1954 admite la **H. M. de varios objetos** pero también impone la obligación de distribuir entre todos ellos la responsabilidad real

C) LA CONSERVACION DE LOS BIENES HIPOTECADOS

El hipotecante ha de conservar los bienes hipotecados con la diligencia de un buen padre de familia, haciendo con ellos cuantas reparaciones y reposiciones fueren menester (art. 17).

§4. La prenda sin desplazamiento de la posesión.

La prenda sin desplazamiento de la posesión, es una garantía que recae sobre las **cosas muebles no susceptibles de hipoteca mobiliaria**, por su **imperfecta identificación registral**, que han de permanecer situadas en un lugar determinado, en poder de su dueño y en concepto de depósito, de tal forma que incumplida la obligación asegurada, el acreedor pueda proceder a su venta y cobrarse con su precio.

La falta de desplazamiento posesorio, esencial en la P. S. D., se sustituye por la consideración del pignorante como depositario, aunque lo sea de cosa de su propiedad, con todos los efectos legales que ello implica, tanto civiles como criminales. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

La ley de 1954 no sólo establece la ficción del **depósito de cosa propia** como garantía de los derechos del acreedor, sino que **se obliga al constituyente** de la P. S. D. **a una serie de comportamientos** con la misma finalidad, y se dan unas facultades al acreedor para la comprobación de su cumplimiento. Por eso el constituyente de la P. S. D. está obligado:

1. A usar los bienes sin menoscabo de su valor (art. 59-1).
2. A **no trasladar** los bienes del lugar en que se encuentran, según la **escritura o póliza de constitución** de la P. S. D. (art. 60).
3. A realizar las expensas o **gastos necesarios para la debida conservación**, reparación, administración y recolección de los bienes pignorados (art. 61 Ley).
4. A no hacer mal uso de los bienes pignorados. Su pérdida o deterioro dará derecho a la indemnización correspondiente, exigible a los responsables del daño y, en su caso, a la entidad aseguradora (art. 62).
5. A dejar que el acreedor compruebe la existencia de los bienes pignorados y el estado de los mismos.

6. A no abandonar los bienes pignorados.

II. BIENES SUSCEPTIBLES DE P. S. D.

Únicamente lo son aquellos **enumerados taxativamente** en los artículos 52 a 54 de la Ley de 1954.(y que no se encuentren descritos en el art. 12- relación de bienes objeto de hipoteca mobiliaria)

a) **P. S. D. agrícola.** Los titulares legítimos de explotaciones agrícolas, forestales y pecuarias (no tienen porqué ser los propietarios) podrán constituirla sobre los siguientes bienes:

1. Los **frutos pendientes** y las cosechas esperadas dentro del año agrícola en que se celebre el contrato.
2. Los **frutos separados o productos de dichas explotaciones.** Si no estuvieren almacenados (al constituirse la garantía), se determinara el lugar en que hubieren de depositarse. Con ello se autoriza al deudor pignorante para el traslado de los frutos o productos a este ultimo lugar.
3. Los **animales**, así como sus crías y productos..
4. Las **maquinas** y aperos de las referidas explotaciones.

b) **P.S.D. sobre maquinaria y demás bienes muebles identificables** (art. 53.1. L.H.M por características propias, como marca y número de fabricación , modelo y otras análogas, que **no reúnan** los requisitos exigidos por el art. 42 - es decir que no concurren directamente a las necesidades de explotación de una industria.

c) **P.S.D. sobre objetos de valor histórico y artístico**, bien individualmente o en colección (art. 54 L.H.M)

La escritura o póliza de prenda sin desplazamiento de la posesión , además de las circunstancias generales habrá de contener (LASARTE):

- 1) La descripción de los bienes sobre los que se constituye la PSD, con expresión de su naturaleza, cantidad, calidad, estado y demás circunstancias que contribuyan a su identificación .
- 2) Determinación del inmueble, en su caso, en que se sitúen estos bienes por su origen, aplicación almacenamiento o depósito (art. 57 LHM).

Tema 17

LOS DERECHOS REALES DE ADQUISICIÓN

§1.- Concepto y naturaleza

§2.- Clases.

§3.- Los derechos de adquisición preferente en el cc.

§4.- los derechos de adquisición preferente en el las leyes especiales.

§5.- Tanteos y retractos voluntarios.

§6.- El retracto convencional.

§1.- Concepto y naturaleza

1.- Concepto

Los derechos de adquisición confieren a la persona que se encuentra en una determinada situación jurídica (arrendatario, colindante, etc.) **la facultad de adquirir una cosa determinada cuando su propietario ha decidido venderla, o cuando ya la ha enajenado a un tercero**, respectivamente . (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La doctrina engloba estos derechos dentro la categoría (discutida) de **derechos subjetivos potestativos**, que consiste en que queda en manos del interesado el provocar la adquisición de la cosa (ALBALADEJO). Ej. El titular de un derecho de opción, únicamente adquirirá la cosa, si esa es su voluntad, dentro del período de vigencia de ese derecho y en caso contrario, si no quiere no la adquirirá.

El titular de estos derechos puede hacerlos **efectivos**, no sólo contra el propietario o la persona a quien ésta la ha enajenado, sino también **frente a los sucesivos adquirentes**. Esta eficacia frente a terceros (*erga omnes*) ha hecho que un sector de la doctrina -entre ellos Albaladejo- piense que nos hallamos frente a auténticos derechos reales; para otro sector, no se consideran derechos reales puesto que **no** otorgan a su titular un **poder directo e inmediato** sobre la cosa. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

2.- Naturaleza jurídica.

La doctrina científica y jurisprudencial discrepan a la hora de determinar la naturaleza personal o real de estos derechos.

→ En contra de su carácter real, se dice que: a) **carecen** de las **notas de absolutividad e immediatividad** propias de todo derecho real. B) que el tanteo y el retracto están regulados en el Libro IV del Cc (Obligaciones y contratos).

→ A favor, de su carácter real -según BLASCO GASCÓ- se puede alegar la remisión a las normas que hacen los arts.1510 (para el retracto convencional) y 1537 Cc, (para el tanteo y el retracto) así como la posibilidad de inscribir la opción de compra (art. 14

RH). Esta es la postura seguida por la jurisprudencia (Vid. STS 3 abril y 5 dic 1981) y dentro de la doctrina por CAMY, PEÑA, ALBALADEJO, ROCA SASTRE.

No obstante su naturaleza dependerá del concepto que se tenga de derecho real, si este concepto descansa sobre las idea de señorío inmediato y directo (absolutividad e inmediatividad,) no se trata de un derecho real, sin embargo si esta idea descansa en sobre la nota de *oponibilidad* y eficacia *erga omnes*, si que son conceptuales como derechos reales. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

§2.- Clases.

Los principales derechos de adquisición son: la **opción**, el **tanteo** y el **retracto**. Los dos últimos son objeto de una doble regulación: A) En el CC, arts. 1.507 y ss; 1067, 1.636 y ss y 1656. B) En las leyes especiales, de Arrendamientos Rústicos y Urbanos, en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y en la Ley de Patrimonio del Estado entre otras.

El derecho de opción, carece de regulación legal en el CC, puesto que su relevancia es relativamente reciente ya que la primera referencia legal se introduce aparece en el RH de 1947. La posibilidad de su inscripción en el Registro de la Propiedad, es necesaria para otorgarle eficacia real. (BLASCO GASCÓ)

2.A) OPCIÓN.

2.A.1.- Concepto.-

La opción es un **derecho potestativo de origen convencional** en cuya virtud uno de los sujetos (optante) se reserva, durante un determinado **plazo**, la **facultad de adquirir** un determinado **bien perteneciente** al **otro** (promitente o concedente) por el precio y las condiciones estipulados. El concedente o promitente queda obligado, para el caso de ejercicio positivo de la opción en tiempo y forma a la venta y entrega de la cosa a cambio de precio. Asimismo queda obligado a no enajenar a otro la cosa mientras no transcurra el plazo de la opción. (PEÑA).

En la opción, a diferencia del tanteo y del retracto, no es necesario que se haya realizado o esté en proyecto una enajenación a favor de un tercero. (ALBALADEJO)

El derecho de opción puede **derivar**, de **un contrato** (llamado contrato de opción) o de **una cláusula o estipulación** contenida en otro contrato, por ejemplo, de arrendamiento (llamada pacto de opción).

La opción carece de regulación en el Código civil y solamente encontramos referencia a la misma en art. 14 del R.H.

2.A.2.- Inscripción y ejercicio del derecho de opción.

En el caso de que el concedente no haya respetado su obligación y ha transmitido a un tercero el bien sobre el que recaía el derecho de opción, el optante solamente tendrá derecho a exigir del transmitente la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual.

Sin embargo si la opción se inscribe en el Registro de la Propiedad, el concedente podrá dirigirse contra el tercero adquirente y poder hacer efectivo su derecho de opción.

(DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Algún sector dice que la inscripción de la opción otorga eficacia real a la opción y por ello que es oponible frente a terceros.

Los **requisitos**, para poder proceder a la **inscripción** del contrato o pacto de opción (art. 14 R.H.), son los siguientes:

1. **Convenio expreso** de las partes para que se inscriba.
2. **Precio estipulado** para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción.
3. **Plazo para el ejercicio de la opción**, que no podrá exceder de cuatro años.

Si se trata de un arrendamiento con opción de compra, la duración de la opción podrá alcanzar la **totalidad del plazo del arrendamiento**, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, legal o tácita, del contrato de arrendamiento.

En principio, la opción es **intransmisible** sin consentimiento del promitente pues supone la transmisión de una posición contractual y ello no es posible sin el consentimiento del otro contratante. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

El ejercicio de la opción lo constituye la declaración del optante, que es unilateral y recepticia y desde ese momento el contrato de compraventa queda perfeccionado y obliga al promitente vendedor sin que sea preciso su consentimiento.

2.B) EL TANTEO.

1.- El **tanteo** es el derecho o la facultad que atribuye a su titular la posibilidad de adquirir una cosa “**antes**” de ser enajenada a otro, pagando el precio (-por el *tanto*. de ahí el nombre de esta figura-) que éste daría .

El **tanteo** opera **antes** de la enajenación proyectada y el titular del mismo puede adquirir el bien con las mismas condiciones proyectadas por el titular del bien cuando éste ha decidido enajenarlo (BLASCO GASCÓ). Limita el *ius disponedi* del propietario, pues ya no es libre de vender a quien quiera. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Ej. A propietario proyecta vender su finca a B, en unas determinadas condiciones, pero C titular del derecho de tanteo sobre la misma tiene la facultad de exigir a A que se la venda en las mismas condiciones en que iba a ofrecersela a B.

Si el propietario, haciendo caso omiso del derecho de tanteo enajena la cosa **sin notificarlo** al tanteante, éste puede hacer que la misma se le transmita todavía a él privando de la misma a su nuevo adquirente (ALBALADEJO)

2.C) EL RETRACTO.

2.C.1.- Concepto .

El **retracto** faculta para adquirir la cosa “**después**” de enajenada a otro, y de manos del adquirente.

Según DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, en el retracto (en el legal) la ley le concede al retrayente

una facultad de opción para que adquiriera un bien en las mismas condiciones en que se transmitió a un tercer adquirente (el retraído).

Dice el artículo 1.521 que «el retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago».

2.C.2.- La conversión del tanteo en retracto.

En el caso de que violando el derecho de tanteo, el dueño vende la cosa a un tercero sin notificarlo previamente al titular del tanteo, se dice que el tanteo se convierte en retracto. Así el titular del primitivo derecho de tanteo puede hacer que se le transmita la cosa que ahora está en poder del tercer adquirente. (ALBALADEJO).

2.C.3.- La concesión cumulativa del tanteo y retracto.

La razón de ser del retracto es la de actuar como complemento del tanteo violado. La ley en determinadas ocasiones ofrece a la misma persona un **derecho de tanteo y otro de retracto** de forma **cumulativa**, como sucede en el caso de la enfiteusis (art. 1.637 y 1.638 cc). (ALBALADEJO) Es decir que el interesado una vez notificado de la enajenación proyectada puede tantear o si lo prefiere puede esperarse a que se consume la enajenación y luego puede retraer.

En otros casos, tiene lugar una concesión de ambas figuras con carácter excluyente, se concede un **derecho de tanteo y subsidiariamente un derecho de retracto** en el caso de que no se haya notificado la enajenación. (Art. 25 Lau 1994)

No es indispensable que el titular del retracto tenga también el tanteo de forma cumulativa o subsidiaria; así pues en numerosos supuestos legales se concede exclusivamente un derecho de retracto y no de tanteo. En cambio, el titular del tanteo es siempre titular del retracto, cuando el primer derecho ha sido violado (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

D) Otros clases de derechos de adquisición preferente.

Además del tanteo y retracto, en la **Ley de Arrendamientos Rústicos** se regula un «**derecho de adquisición preferente**» para cuando el arrendador done, aporte a sociedad, permute, dé en pago, o realice cualquier contrato (transmisivo) distinto de la compraventa sobre la finca arrendada (art. 89). La articulación de este derecho se realiza sobre las normas del tanteo y retracto de la propia Ley, y su consideración independiente se debe al ensanchamiento del presupuesto que habilita para ejercitar estos últimos derechos (enajenación inter vivos).(DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

También en la LAR se concede al arrendatario que reúna unas características determinadas un **derecho de adquisición de la finca** (arts. 98 y 99), pero nada tiene que ver con los de adquisición preferente. Se trata de imponer al propietario una venta al arrendatario si éste quiere. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

§3.- Los derechos de adquisición preferente en el cc.

La única regulación que con carácter general se hace en el **Código civil** de un **derecho de adquisición preferente** es la del **retracto legal**. Esa regulación sin embargo, reviste diversos matices en las leyes especiales creadoras de retractos, que tanto proliferan.

A) SUPUESTOS Y PLAZO DE EJERCICIO

El **retracto legal** en el Código civil está condicionado a la *venta o dación en pago de un bien*, y de acuerdo con esta especificación que hace el **artículo 1.521** debe interpretarse el término «enajenación» todas las veces que aparezca en el Código .

En cuanto al **plazo de ejercicio**, el artículo 1.524 preceptúa que «no podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de **nueve días** contados desde la inscripción en el Registro, y, en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta»

El **plazo** de ejercicio del retracto **es de caducidad**, no de prescripción, y en el cómputo de los días no se descuentan los inhábiles.

B) FORMAS Y CONDICIONES DE EJERCICIO

Si el retraído no cumple verdaderamente la obligación de transmitirle el objeto que adquirió al retrayente una vez que éste le inste a ello demostrando su derecho y cumpliendo a su vez las cargas que le impone la ley a él, puede acudir al **juicio de retracto** regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 1.618 y siguientes)

C) EFECTOS

El retracto legal posee eficacia *erga omnes*, por lo que la acción puede dirigirse no sólo contra el primer adquirente sino también contra los sucesivos (si han mediado varias transmisiones durante el plazo legal para retraer).

LOS RETRACTOS LEGALES EN EL CC.

En el **Código civil** se reconocen los siguientes **retractos legales**:

A) RETRACTO DE COMUNEROS Y COLINDANTES

Retracto de comuneros: Con el fin de acabar con la situación jurídica de comunidad, se faculta al *comunero* para usar del retracto cuando se enajena a un extraño la parte de todos los demás o de alguno de ellos (art. 1.522-1.). El término «enajenación» abarca exclusivamente la venta o dación en pago (art. 1.521).

El retrayente ha de obligarse, en el caso del de comuneros, a no vender durante cuatro años la parte que retraiga (art. 1.618-5. L. E. C.).

Retracto de colindantes: Para terminar con la excesiva fragmentación de la propiedad rústica, se concede el derecho de retracto a los *propietarios de tierras colindantes* cuando se trata de la venta (o dación en pago) de una finca rústica cuya cabida no

exceda de una hectárea. El derecho en cuestión no es aplicable a las tierras colindantes que estuvieren separadas por arroyos, acequías, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas (art. 1.523, 1. y 2.).

Es imprescindible que la venta o dación en pago se haga a otra persona distinta de alguno de los propietarios colindantes; en el supuesto contrario , el retracto no se aplicará por no cumplirse con su ejercicio el fin perseguido por la Ley; ya, mediante aquel negocio, se ha adquirido por un colindante. (DIEZ-PICAZO y GULLON)

B) RETRACTO DE COHEREDEROS

Fundado en el mismo principio que el retracto de comuneros, el artículo 1.067 dispone que «si alguno de los **herederos vendiere a un extraño** su derecho hereditario **antes de la partición**, podrán todos o cualesquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reemholándole el precio de la compra, con tal fin que lo verifiquen en término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber».

Presupuesto del retracto de coherederos es la venta o dación en pago de la cuota hereditaria a un extraño por parte de algunos de ellos, y el **ejercicio** en el **plazo de un mes** (plazo de caducidad) desde que lo sepa el retrayente, sin que sea necesario que se le notifique el negocio originador del retracto

C) TANTEO Y RETRACTO EN LA ENFITEUSIS

En la enfiteusis, tanto el dueño directo como el del dominio útil, tienen derecho de tanteo y retracto cuando vendan o den en pago su derecho (art. 1.636, p. 1.) con el fin de reconstruir la unidad del dominio.

§4.- Los derechos de adquisición preferente en el las leyes especiales.

A) LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

Esta figura está reconocida en los artículos 86 a 97 de la Ley de Arrendamientos Rústicos

(L. A.R) de 31 de diciembre de 1980 : se concede al **arrendatario de finca rústica** el derecho de acceder a la propiedad de la que cultivaba mediante el tanteo y el retracto .

Notas:

1. El **tanteo** es el primer derecho de adquisición preferente que tiene el arrendatario; el propietario tendrá que *notificarle fehacientemente* (generalmente a través de escritura pública) la *enajenación proyectada* con sus condiciones, precio y nombre y circunstancias del adquirente.
2. El **retracto** opera subsidiariamente para el supuesto de que falte aquella notificación o cuando las circunstancias de la enajenación no coincidan de un modo exacto con las de notificación.

3. El **plazo** para ejercitar el **tanteo** es el de **sesenta días hábiles** desde la notificación; el del **retracto** es también el mismo, contado desde que el arrendatario tiene conocimiento de la transmisión.

4º.- Adquirida la propiedad de la finca arrendada por el arrendatario (retrayente), queda sujeto a una **prohibición legal de disponer**: no puede enajenar, arrendarla o cederla en aparcería **hasta** que transcurran **seis años** desde la fecha de adquisición.

El **incumplimiento por el arrendatario** (retrayente) de la prohibición facultará al arrendador (frente al cual utilizó el tanteo, retracto o derecho de adquisición preferente) para solicitar la resolución del contrato por el que aquél adquirió la propiedad, lo que llevará consigo la resolución, de la transmisión, arrendamiento o cesión en aparcería. y posterior **recuperación de la finca**.

La Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 otorga también el tanteo, retracto, y derechos de adquisición preferente al **aparcero** de fincas rústicas.

B) TANTEO Y RETRACTO DEL ARRENDATARIO URBANO.

En la LAU de 1994 el derecho de tanteo y retracto aparece contemplado en los arts. 25 para el **arrendamiento de vivienda** y en el art. 31 para el caso de los **arrendamientos distintos al de vivienda**.

Según el art. 25: «1. En caso de venta de la vivienda arrendada, tendrá el arrendatario derecho de **adquisición preferente** sobre la misma, en las condiciones previstas en los apartados siguientes.

2. El arrendatario podrá ejercitar un **derecho de tanteo** sobre la finca arrendada en un plazo de treinta días naturales, a contar desde el siguiente en que se le **notifique en forma fehaciente** la decisión de vender la finca arrendada, el precio y las demás condiciones esenciales de la transmisión.

Los efectos de la notificación prevenida en el párrafo anterior caducarán a los ciento ochenta días naturales siguientes a la misma.

3. En el caso a que se refiere el apartado anterior, podrá el arrendatario ejercitar el **derecho de retracto**, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1.518 del Código Civil, **cuando no se le hubiese hecho la notificación** prevenida o se hubiese omitido en ella cualquiera de los requisitos exigidos, así como cuando resultase inferior el precio efectivo de la compraventa o menos onerosas sus restantes condiciones esenciales. El derecho de retracto caducará a los treinta días naturales, contados desde el siguiente a la notificación que en forma fehaciente deberá hacer el adquirente al arrendatario de las condiciones esenciales en que se efectuó la compraventa, mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizada.

4. El derecho de tanteo o retracto del arrendatario tendrá preferencia sobre cualquier otro derecho similar, excepto el retracto reconocido al condueño de la vivienda o el convencional que figurase inscrito en el Registro de la Propiedad al tiempo de celebrarse el contrato de arrendamiento.

5. Para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de viviendas arrendadas deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas en los apartados anteriores, con los requisitos en ellos exigidos. Cuando la vivienda vendida no estuviese arrendada, para que sea inscribible la adquisición, deberá el vendedor declararlo así en la escritura, bajo la pena de falsedad en documento público.

6. Cuando la venta recaiga, además de sobre la vivienda arrendada, sobre los demás objetos alquilados como accesorios de la vivienda por el mismo arrendador a que se refiere el artículo 3, no podrá el arrendatario ejercitar los derechos de adquisición preferente sólo sobre la vivienda.

7. No habrá lugar a los derechos de tanteo o retracto cuando la vivienda arrendada se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble ni tampoco cuando se vendan de forma conjunta por distintos propietarios a un mismo comprador la totalidad de los pisos y locales del inmueble.

Si en el inmueble sólo existiera una vivienda, el arrendatario tendrá los derechos de tanteo y retracto previstos en este artículo.

8. El pacto por el cual el arrendatario renuncia a los derechos de tanteo y retracto será válido en contratos de duración pactada superior a cinco años. »

En el art. 31 se establece que : «Lo dispuesto en el artículo 25 de la presente ley será de aplicación a los arrendamientos que regula este Título.»

Según la LAU de 1964, todavía vigente para los arrendamientos concertados antes de la vigencia de la LAU de 1994, en los casos de ventas por pisos, aunque se transmitan por plantas o agrupados a otros, podrá el inquilino o arrendatario de local de negocio utilizar el derecho de tanteo sobre el piso o locales que ocupare, en el plazo de sesenta días naturales, a contar del siguiente al que se le notifique en forma fehaciente la decisión de vender o ceder solutoriamente la vivienda o local de negocio, el precio ofrecido por cada piso o local de negocio, las condiciones esenciales de la transmisión y el nombre, domicilio y circunstancias del comprador.

Si al inquilino o arrendatario no se le hubiere hecho la notificación anterior, o se omitieren en ella cualquiera de los requisitos exigidos, resultare inferior el precio efectivo de la transmisión, menos onerosas las restantes condiciones de ésta o se realizare a persona distinta de la consignada en la notificación, tendrá **derecho de retracto.**, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1.518 del Código civil. Este derecho (tanteo) **caducará** a los **sesenta días** naturales, contados desde el siguiente a la **notificación fehaciente, a falta de notificación**, el plazo de caducidad correrá **desde que** el inquilino o arrendatario **conoce** detalladamente aquella **transmisión** (Ss. de 22 de junio de 1962 Y 19 de enero de 1971, entre otra).

El **retrayente** o el que hubiere adquirido por **derecho de tanteo, no podrá transmitir** por actos inter vivos el **piso adquirido hasta** que transcurran **dos años** desde la adquisición, salvo si hubiere venido a peor fortuna. El incumplimiento de esta prohibición producirá la resolución del contrato originario y el de la segunda transmisión, a instancia de parte perjudicada (art. 51 L. A. U.). Por tanto, la limitación

no es operante en locales de negocios, ni la resolución es automática.

Para inscribir en el Registro de la Propiedad los documentos de adquisición de fincas urbanas donde puede originarse el tanteo o retracto a favor del inquilino o arrendatario de local de negocio, deberá justificarse que se han hecho las preceptivas notificaciones para el tanteo y para el retracto, en su caso. Cuando el piso transmitido no estuviese arrendado, hay que declararlo así en la escritura, bajo pena de falsedad en documento público (art. 55).

C) TANTEO Y RETRACTO DEL ARRENDADOR DE LOCAL DE NEGOCIO

Entre los requisitos que la L. A. U. impone en el artículo 32 para la existencia legal del **traspaso** se halla el de notificar fehacientemente por el arrendatario del local de negocio al arrendador (propietario) su decisión de traspasarlo y el precio convenido.

Plazo.- El arrendador podrá ejercitar el derecho de tanteo en el **plazo de treinta días**, a partir del siguiente a la notificación, y hasta que transcurra este plazo (de caducidad) no se concertará el traspaso (art. 35). Si no lo ejercita, el arrendatario debe notificar, también de forma fehaciente, al arrendador, la realización del traspaso, el precio percibido, nombre y domicilio del adquirente y que éste ha contraído la obligación de no traspasarlo en el plazo mínimo de un año, y destinarlo como mínimo durante este tiempo a negocio de la misma clase al que venía ejerciendo el arrendatario (art. 32-6.).

El arrendador tendrá derecho de retracto cuando el arrendatario no le hubiese hecho la preceptiva oferta para tantear o hubiese realizado el traspaso por precio inferior al que lo notificó o bien cuando el arrendatario no realizase la notificación del traspaso efectuado (art. 36-1, 2 y 4). Este mismo derecho lo tendrá cuando el traspaso del local se hiciera por dación o adjudicación en pago de deuda.

La acción habrá de ejercitarla el arrendador precisamente (plazo de caducidad) dentro de los treinta días siguientes a contar de aquel en que le fuera hecha la notificación del traspaso, y caso de que faltase ésta, así como en los de dación o adjudicación de pago, desde que tenga conocimiento de la transmisión y sus condiciones esenciales (art. 36-4).

En la escritura pública (requisito necesario para que el arrendador reconozca el traspaso) ha de consignarse, bajo responsabilidad del arrendatario, que se hizo la preceptiva notificación fehaciente al arrendador (a efectos del tanteo) (art. 32-5.).

Si el traspaso del local pretende efectuarse con existencias, mercaderías, instalaciones o enseres que en él hubiera, en la preceptiva notificación para el tanteo al arrendador, así como en la escritura que solemnice la cesión, habrá de consignarse separadamente el precio del traspaso del local y el que corresponda a los restantes bienes transmitidos. El arrendador puede optar por recuperar el local únicamente, o por adquirir también los otros elementos (art. 41).

El arrendador que recupere el local sin existencias no viene obligado a continuar ejerciendo industria o comercio en él (art. 38).

VI. COLISION ENTRE TITULARES DE IDÉNTICO DERECHO DE RETRACTO

1. Cuando dos o más **comuneros** quieran hacer uso del retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común (art. 1.522, p. 2.),
2. Si dos o más **colindantes** usan del retracto al mismo tiempo, será **preferido** el que de ellos sea **dueño de la tierra colindante de menor cabida**; y si las dos tuvieran igual, el que primero lo solicite (art. 1.523, p. 2.).
3. En el retracto de coherederos se siguen las mismas reglas que en el de comuneros cuando varios quieren retraer la porción que se enajena o da en pago a un extraño.

VII. COLISION ENTRE TITULARES DE DERECHOS DE RETRACTO DISTINTOS

1. El retracto **enfiteúutico prevalece** sobre el **retracto de comuneros** (art. 1.642). Por tanto, si el dominio útil pertenece a varios proindiviso, enajenándose una porción indivisa de este dominio, los demás comuneros han de posponer su derecho al de retracto del dueño directo sobre tal porción, cuando éste lo ejercita. Lo mismo para el supuesto de dominio directo en comunidad.
2. El **retracto de comuneros excluye** al del **colindante** (art. 1.524, p. 2.). Es decir, si la finca menor de una hectárea pertenece a varios, enajenándose una cuota de la comunidad por un comunero, poseen los demás derecho a adquirirla con preferencia al colindante. Implícitamente se sostiene, pues, que el retracto de colindantes es operante no sólo si se vende la finca por entero, sino también al enajenarse una cuota de la comunidad que al efecto se monte sobre ella.
3. El **derecho de tanteo o retracto del inquilino o arrendatario** tendrá **preferencia** sobre cualquier otro derecho similar, con **excepción** del de retracto de comuneros reconocido al condeño de la vivienda o local de negocio transmitido (art. 50 L. A. U.). En el **traspaso de local de negocio**, el tanteo y retracto correspondiente al arrendador serán preferentes sobre cualquier otro derecho similar, a excepción del de condeño del negocio (art. 40 L. A. U.).

VIII. COLISION ENTRE DERECHOS DE ADQUISICION PREFERENTE Y LOS REGULADOS EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

La L. A. R. de 1980 concede una preferencia absoluta a los distintos derechos de adquisición preferente (incluso el de acceso a la propiedad) frente a cualquier otro (por tanto, no sólo frente a los regulados en el Código civil), salvo respecto del de colindantes del artículo 1.523 C.c., que prevalecerá cuando no excedan de una hectárea tanto la finca objeto de retracto como la colindante que lo fundamente (art. 94).

§5.- Los tanteos y retractos voluntarios.

Al amparo del principio de libertad contractua, l ex art. 1255 cc, es lícito al propietario la **concesión voluntaria** de un derecho de tanteo o de retracto a otra persona.

La cuestión principal que ello suscita es el de su **eficacia frente a terceros** y la posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad. Este último problema se liga con el del *numerus apertus* o *numerus clausus* de los derechos reales a efectos registrales. Si el tanteo o el retracto convencional se acoplan, en su estructuración, a cualquiera de los tanteos y retractos legales, es decir que se señala el tiempo de duración de los derechos de tanteo y retracto , forma de su desenvolvimiento o ejercicio, y el

precio que haya de pagar el que tantea o retracta en función siempre del que ofrezca el tercero, no hay inconveniente para su inscripción. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

§6.- El retracto convencional.

Junto a los casos analizados de tanteos o retractos voluntarios, está el llamado por el Código retracto **convencional**, también conocido como **pacto de retro, retroventa, o venta a carta de gracia** que según el art. 1.507 es el pacto mediante el cual el vendedor se reserva el derecho a recuperar la cosa, con obligación de cumplir lo expresado en el art. 1518 y todo lo expresado en el contrato. (BLASCO GASCÓ)

El pacto de retroventa faculta al titular para obtener su retransmisión, el titular del retracto convencional recupera la cosa que vendió. (ALBALADEJO)

El retracto convencional se configura como un derecho real habida cuenta que el art. 107-8º de la L.H. permite su hipotecabilidad y el art. 1.510 establece su oponibilidad *erga omnes*. (BLASCO GASCÓ)

II PARTE

DERECHO REGISTRAL

jueves, 22 de febrero de 2007

TEMA 1

CONCEPTOS GENERALES

§1. La publicidad y el Registro

§2. El Derecho Inmobiliario Registral

§1. LA PUBLICIDAD Y EL REGISTRO

1.- FINES QUE PERSIGUE LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA REGISTRAL.

La finalidad primaria perseguida por la publicidad registral es la **protección del tráfico jurídico** y la **agilización** de las **transacciones inmobiliarias**, al suplir, con la garantía que supone la consulta al Registro público las complicadas indagaciones sobre la publicidad de los derechos que en otro caso sería preciso practicar. (LACRUZ Y SANCHO)

La publicidad protege el tráfico jurídico al **agilizar la transmisión de los inmuebles** puesto que garantiza que el adquirente ha realizado una adquisición perfectamente segura, y puede contar con que **nadie** le va a **perturbar** en su propiedad **por motivos anteriores a su adquisición**, mediante la misma puede saber con certeza que quien transmite la cosa es el verdadero propietario y puede transmitirla. Además proporciona la **seguridad de que no existen gravámenes** (prohibiciones de disponer, hipotecas...) sobre la cosa diferentes a los que el vendedor le ha manifestado. De no existir la publicidad registral el tráfico jurídico se tornaría lento e inseguro y por tanto la transmisión de riqueza se produciría con gran dificultad (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La publicidad registral se desarrolló de forma paralela a la revolución burguesa y al capitalismo, para favorecer el tráfico, cada vez más creciente, de los bienes inmuebles, que en aquella época representaban el mayor valor económico de los bienes en circulación.

Los **primeros Registros públicos** se constituyeron, en un primer momento, como una **respuesta a la inseguridad** que significaba, para los adquirentes de bienes inmuebles y demás acreedores hipotecarios, el **desconocimiento de la existencia de cargas ocultas** sobre los mismos, principalmente debido a la constitución de hipotecas tácitas y generales. La inseguridad dificultaba la extensión del mercado de los **créditos hipotecarios**. Este objetivo inicial, de mera averiguación de las cargas ocultas de los inmuebles, se amplió, por las necesidades del tráfico jurídico, a la investigación de la **titularidad dominical y demás derechos reales** limitados.(VALPUESTA)

La persona que está dispuesta a conceder un crédito con la garantía de un

bien inmueble , necesita que se le proporcione una garantía eficaz. Para ello necesita saber si el constituyente de la garantía es el verdadero dueño de la cosa, si goza de un pleno poder de disposición sobre la misma y si existen o no gravámenes constituidos con anterioridad sobre la cosa que puedan disminuir o incluso hacer desaparecer su garantía. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

2.- NATURALEZA DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL.

La publicidad registral inmobiliaria está destinada a dar a conocer la **situación jurídica de los bienes inmuebles**, mediante su **descripción en libros oficiales** practicada siguiendo el procedimiento determinado en la ley. No se trata de procurar que las situaciones jurídicas inmobiliarias lleguen a conocimiento de todos, sino de que todos tengan el medio de conocerlas.

La expresión "*publicidad*" no tiene el significado de propaganda o difusión sino de la *posibilidad de conocer*: por ello se consignan las titularidades que se quieren hacer públicas en libros que pueden consultar cuantos interesados lo soliciten y que al mismo tiempo permanece desconocido para el resto de los ciudadanos.

La publicidad registral es una heteropublicación, es decir que es una publicación por parte de un sujeto extraño -el Registrador- a la verificación del suceso publicado. De forma más exacta consiste en una publicación de acontecimientos que interesa a situaciones de Derecho Privado realizada por la Administración. (LACRUZ Y SANCHO).

La publicidad inmobiliaria registral puede definirse -según VALPUESTA- como una **publicidad libraria**, organizada a través del Registro de la Propiedad, que tiene por objeto las situaciones jurídicas reales constituidas sobre bienes inmuebles, de las que se publica su cognoscibilidad legal, y que produce efectos jurídicos sustantivos para el que accede al mismo.

3.- OBJETO DE LA PUBLICIDAD.

El **Derecho patrimonial** se asienta en la distinción entre el derecho de obligaciones y los derechos reales. La diferencia entre ambas categorías no es una cuestión pacífica en la doctrina, pero para la denominada *doctrina clásica* (VALPUESTA).

El **derecho real** se identifica por los caracteres de:

- ***inmediación sobre la cosa o principio de la inmediatividad***, que consiste en que el titular puede utilizar directamente su derecho sin necesidad de la colaboración del gravado con el mismo-
y su ***eficacia erga omnes***, o principio de la absolutividad, que significa que el derecho tiene eficacia frente a cualquier tercero.

El **derecho de crédito** cuyo poder reside en la prestación (de dar, hacer o no hacer) que debe realizar el deudor frente al acreedor y cuya ***eficacia es relativa***, es decir que se circunscribe únicamente a las partes de la relación jurídica obligatoria (*vid.* art. 1257 Cc).

En consecuencia la lesión del derecho real puede provenir de cualquier persona, mientras que en el derecho de crédito, el supuesto más normal de lesión lo constituye el

incumplimiento por un único sujeto, el deudor.

Esta eficacia *erga omnes* de los derechos reales exige que se instrumente un sistema de publicidad que proteja, en primer lugar, **a los titulares** de los mismos frente a los ataques que puedan sufrir por parte de terceros, así como también debe protegerse **a los terceros** que al adquirir una cosa o derecho cuya titularidad pertenece a otra persona pueden ver defraudados sus intereses, como cuando compran un bien y resulta que el vendedor no es su verdadero dueño, o está gravado como una carga, servidumbre o hipoteca, que desconocían. (VALPUESTA)

Para LACRUZ Y SANCHO también está justificada la publicidad por que a diferencia de la relación de crédito creada entre dos personas que se agota normalmente entre ellas, con el cumplimiento de la prestación, el **Derecho real**, sobre todo el de propiedad, se caracteriza por la nota de la permanencia, que es la que le permite estar **destinado a transmitirse y a ser objeto de tráfico**.

En resumen, nos encontramos con unos derechos que por su **mayor vulnerabilidad** reclaman más urgente que los demás la publicidad, y además por concurrir en esos mismos derechos la **nota de permanencia** hace que sean los que más fácilmente pueden publicarse.

El aparato oficial destinado a anunciar las titularidades reales sólo tendrá verdadera utilidad cuando verse sobre objetos fácilmente reconocibles en el tráfico; lo son en primer lugar los **inmuebles**, que como su nombre indica no pueden desplazarse de donde están. El inmueble es el bien reconocible por excelencia y sólo en relación a él puede despegar el Registro toda su efectividad. Originariamente los registros lo han sido de fincas pero la revolución de la técnica ha producido una serie de bienes muebles que reúnen la doble cualidad de ser muy valiosos y fácilmente identificables tales como **aeronaves o buques** (Vid. Ley de Hipoteca naval, de 21 de Agosto de 1893). Asimismo, también pueden ser inscritos en registro los bienes inmateriales como por ejemplo la propiedad industrial. (LACRUZ Y SANCHO)

4.- INSTRUMENTO DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL: EL REGISTRO.

Para desarrollar la actividad estatal de toma de razón y manifestación de las situaciones jurídicas inmobiliarias, es decir, para **fijar en libros oficiales** quien es el **dueño** de cada **finca** o qué **gravámenes** pesan sobre ella, la ley ha creado un organismo llamado **Registro de la Propiedad**.

El **sistema español de Registro de la propiedad** presenta los siguientes **caracteres**:

1º) Es un Registro **de documentos o títulos**, pues a él se llevan documentos otorgados fuera de dicha oficina, como escrituras notariales, sentencias o mandamientos judiciales como por ejemplo los mandamientos de embargo.

2º) Es un Registro **de inscripción**, puesto que el documento presentado, en principio no se queda en la Oficina del Registro. Así pues, por ejemplo, de una escritura de compraventa se extraen los datos esenciales para que quede constancia en el folio de la finca, tanto del contrato celebrado como de todas las condiciones del mismo que afecten a la titularidad del inmueble, devolviéndose posteriormente el documento a quien lo ha presentado.

3º) Es un sistema **de folio real**, puesto que los asientos referentes a cada finca se practican consecutivamente en un mismo «**folio**» o conjunto de hojas, lo que permite ver consultando únicamente ese folio, la entera situación de la finca de acuerdo con el Registro.

4º) Es una *sistema de publicidad libraria*, pues se opera a través de unos **libros**, que no sólo pueden ser llevados por unos funcionarios públicos, los Registradores de la Propiedad (art. 274 L.H.), sino que además están bajo la salvaguarda de los tribunales (art. 1.3 L.H.). En los libros a través de los correspondientes asientos, se reflejan las situaciones jurídicas objeto de la publicidad. En este sentido también se habla de **publicidad tabular**.

5º) Se **organiza de forma unitaria y centralizada** para todo el Estado español a través de una institución administrativa, que es el Registro de la Propiedad, dependiente de la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia, (arts. 259 ss. L.H.). La Constitución recoge en su art. 149.1.8 entre las competencias exclusivas del Estado, la «ordenación de los registros e instrumentos públicos».

6º) Tiene por objeto la **publicidad de las situaciones jurídicas reales sobre bienes inmuebles**, arts. 605 C.C., 2 L.H. y 7 R.H.

5.- EFICACIA DE LA PUBLICIDAD EN EL REGISTRO.

De acuerdo con LACRUZ Y SANCHO, el Registro no solamente está destinado a la publicidad sino que esta publicidad excede a la mera información, hasta el punto de que en determinados supuestos se garantizan las titularidades que aparecen inscritas en él.

La **eficacia del Registro** consiste en **publicar y garantizar titularidades**; el Registro designa quien es el titular de cada derecho y tales designaciones se hallan garantizadas, de modo que el adquirente puede tenerlas por seguras sin necesidad de ulterior examen.

P.ej. Si alguien que figura en el Registro como propietario de una finca, aun cuando en realidad no lo es, vende esa finca un tercer adquirente que ignoraba que aquel no era el verdadero dueño, este tercero quedará inmunizado frente a la reclamación que interpusiera contra él el verdadero dueño, puesto que estaría protegido por la Buena Fe registral ya que adquirió con la confianza de que lo que afirmaban los libros se correspondía con la realidad.

§ 2. EL DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

1.- CONCEPTO

El Derecho Inmobiliario Registral también es conocido por la doctrina bajo el título de **Derecho Hipotecario**. Esta denominación obedece a la circunstancia de que la ley que regula la materia es la Ley Hipotecaria. Se da la paradoja, de que el nombre de la ley tampoco se corresponde con su contenido, puesto que en ella se regula además de la hipoteca todo lo referente a Registro de la propiedad. Parece ser que los autores de

esta ley adoptaron tal denominación por la circunstancia de ser ésta popular y ante la imposibilidad de hallar una que llenase por completo su objeto a lo que se acompaña la circunstancia de que en 1851 se publicó la ley hipotecaria.

El estudio de la hipoteca en cuanto a tal no pertenece al Derecho Registral Inmobiliario, siendo el lugar adecuado para el estudio de la misma el tratado de los derechos reales de garantía. (LACRUZ Y SANCHO)

La mayoría de la doctrina prefiere utilizar la expresión **Derecho Inmobiliario Registral**; si bien éste no se va a referir al estudio de todos los bienes inmuebles sino solamente a los bienes inmuebles por naturaleza, es decir, las *fincas* (art. 334.1 y 334.8 CC) y de algunos bienes inmuebles por analogía como las *concesiones administrativas de obras públicas* (art. 334.10º CC). (LACRUZ Y SANCHO)

Por otra parte, el Derecho Inmobiliario Registral **no estudia** los **diversos registros** existentes como el mercantil o el civil sino única y exclusivamente el Registro de la Propiedad y su influencia en la dinámica y conservación de los derechos reales sobre predios y de algunos derechos personales cualificados por su accesibilidad al registro, por ejemplo: los arrendamientos urbanos. (LACRUZ Y SANCHO)

2.- NATURALEZA Y CARACTERES

El Derecho Inmobiliario Registral está integrado tres clases de normas de distinta naturaleza:

- normas civiles**, que se refieren al *objeto* de la publicidad registral y los *efectos* de la misma;
- normas administrativas**, que tienen por finalidad *organizar el Registro* y *regular la actividad* del Registrador.
- normas procesales**, que establecen unos *procedimientos específicos* para la *defensa de los derechos inscritos*. Por ejemplo el procedimiento del art. 41 de la L.H. o el procedimiento judicial sumario del art. 131 de la L.H. (VALPUESTA)

No obstante todas estas normas son coincidentes sobre un mismo objeto. Esta **unidad de objeto** proporciona a esta disciplina una autonomía expositiva que imprime a estas normas un carácter específico que las distancia tanto del Derecho civil propiamente dicho como del procedimiento civil: así las referentes a las inscripciones, sus efectos, su práctica y rectificación..

El carácter específico de esta disciplina se manifiesta asimismo en la peculiaridad de los funcionarios y de los órganos de la publicidad, que están dotados de una suerte de jurisdicción, ajena al orden judicial.(LACRUZ Y SANCHO)

3.- CONTENIDO

El Derecho Inmobiliario se divide en dos partes:

•**Derecho inmobiliario formal, adjetivo o procesal** que es el referido a los **aspectos técnicos** del Registro, como la **organización, libros, y procedimiento**. Es así, el que describe el aparato oficial de la publicidad, que es materia fundamentalmente de derecho administrativo y el que estudia el proceso de adquisición de la posición *libraria*.

•El ***Derecho hipotecario material, sustantivo de fondo*** es el que, supuesta la inclusión de los derechos en el Registro, explica su valor; se refiere a los efectos sustantivos que alcanzan a la titularidad y ejercicio de los derechos. Estos efectos, entre otros, pueden consistir en una presunción de titularidad de los mismos o, bien en facilitar su defensa a través de acciones específicas que se fundan exclusivamente en la publicidad creada en base a las inscripciones registrales. El derecho inmobiliario material está integrado principalmente por normas de carácter civil. (LACRUZ Y SANCHO)

TEMA 2

LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA

§1. Evolución de la publicidad inmobiliaria en el Derecho español

§2. La Ley Hipotecaria y el Código civil

§3. Los principios hipotecarios.

§1. Evolución de la publicidad inmobiliaria en el derecho español.

En la **Baja Edad Media** el sistema general de transmisión de la propiedad y creación de gravámenes es en Castilla el de contrato antecedente (título) y subsiguiente tradición (modo), que aparece recogido en las Leyes de Partidas. Este sistema, que no está sujeto a ningún requisito de forma, no facilita el conocimiento por los terceros de las modificaciones en los derechos sobre muebles y en particular de aquellos derechos que no entrañan la posesión de la finca, como por ejemplo las servidumbres no aparentes.

Los primeros intentos de establecer en España un Registro se limitan a la posibilidad de establecer un gravamen y en particular de aquellos que no se manifiestan a simple vista por la posesión. De ahí que tradicionalmente, los principales inconvenientes de la falta de publicidad de los cambios reales se haya hecho notar en el terreno de la hipoteca y el censo consignativo cuya existencia no puede manifestarse por un cambio de poseedor de la finca o mediante cualquier influencia externa y visible de terceros sobre el inmueble.

La publicidad de los gravámenes se inicia en España con las **Reales Pragmáticas de 1539 y 1.539** que creaban un libro que recogía en determinados núcleos urbanos los contratos de **censo y de hipoteca**, los cuales en el supuesto de no registrarse no podían oponerse al posterior adquirente de la finca ni tampoco podían alegarse en juicio.

Esta disposición y otras posteriores quedaban totalmente incumplidas hasta que en 1768 se estableció un **Registro de Gravámenes** que posteriormente se llamó **Contadurías de Hipoteca**. Estas fueron un Instituto más orgánico y organizado que los libros de 1539, pero no de mayor eficacia, puesto que seguían publicando sustancialmente **hipotecas** y **censo**s mientras que las transferencias de dominio o los derechos reales de goce continuaban permaneciendo hasta bien entrado el S. XIX fuera del registro. Las Contadurías son el antecedente inmediato del actual Registro de la Propiedad. (VALPUESTA)

El precedente inmediato de la Ley Hipotecaria de 1861 es el **proyecto de Código de 1851**. Como éste no llegó a ser ley se pensó en una ley especial que permitiese plantear en España un sistema hipotecario moderno.

El 8 de Febrero de 1861 se promulgó la Ley Hipotecaria y en junio de ese mismo año el Reglamento Hipotecario. Mediante esta ley se pretendió solucionar el problema de las hipotecas ocultas y generales, vigentes bajo el sistema anterior y que dificultaban la expansión del denominado **crédito territorial**. La Ley de 1861 asienta con firmeza las

bases de un Registro jurídico, técnico y moderno, que impulsado y adaptado a la realidad social por sucesivas reformas, ha llegado hasta la actualidad como garante de la seguridad jurídica inmobiliaria.

Tanto la ley como el Reglamento han sufrido varias reformas importantes: *la de 1869, la de 1909 y la de 1944-46*. La más importante de todas ellas fue la de 1944 que trató de suplir las lagunas y perfeccionar la técnica de las anteriores. También se ocupó de regular una serie de instituciones jurídicas de las cuales no se había ocupado la legislación anterior tales como las **prohibiciones de disponer**, la usucapión en relación con el Registro, algún tipo de legítima, algunas nuevas formas de hipoteca, etc.

La ley de 1944 autorizó al gobierno para publicar una nueva edición de la LH armonizada y sistematizada. Así, el 8 de Febrero de 1946 se aprobó el Texto Refundido de la LH que actualmente se encuentra en vigor. El Reglamento Hipotecario ha seguido las reformas de la ley, y así fue modificado en el año 1870, en 1915, en 1947 y finalmente mediante el RD 1867/1998, que ha afectado a numerosos preceptos.

§ 2. La ley Hipotecaria y el Código civil

1.- UBICACIÓN DE LAS NORMAS HIPOTECARIAS

En un principio se tuvo la idea de incluir la materia del Registro de la propiedad en el Código Civil, en este sentido los primeros proyectos de Código civil, como el de 1851 incluían el régimen jurídico de la publicidad registral. Si finalmente se reguló ésta mediante ley especial fue debido al retraso en la publicación del Código civil y con la idea de poder acomodarla al futuro código.

No obstante, en la ley de Bases de 1882 ya se pensó en conservar las leyes especiales limitándose a llevar al Código lo principal de sus preceptos sustantivos.

El Derecho Registral propiamente dicho, en el CC, se redujo a tres normas de principio que son los artículos **605 a 607** y al mandato del artículo **608** que consiste en una remisión genérica a la ley hipotecaria, y a esos efectos establece «para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de las mismas, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la ley hipotecaria».

2.-ALCANCE DE LA DUALIDAD DE TEXTOS

La existencia simultánea de dos textos, el CC y la ley, ha hecho que se plantee el problema de la primacía de uno o de otro. Para LACRUZ Y SANCHO el problema se planteó de la siguiente forma: cuando se promulga la Ley de 1861, los preceptos civiles de la misma modificaron el conjunto de leyes civiles que entonces regían. Una vez aprobada aquella ley, el cuerpo de Derecho Civil comprendía todas las normas antiguas no derogadas más las nuevas. La llegada del Código de 1889, sus autores, optaron por conservar las leyes especiales de forma aislada del CC introduciendo por otra parte una serie de modificaciones, si bien al mismo tiempo se mantuvieron las directrices fundamentales de la LH.

Así, de esta forma, los codificadores no quisieron ni derogar el contenido civil de la Ley de 1861 ni hacerla supletoria del Código, sino que al promulgarse éste y en virtud de su **art. 608** la LH debía seguir rigiéndose juntamente con él, salvo en aquellos extremos en que venían expresamente derogados.

Hoy en día, la LH en su **parte sustantiva** sigue siendo un **trozo de CC**, de modo que la reforma de la ley equivaldría a una reforma parcial del CC. No se plantea así el problema de la prevalencia del CC sobre la LH por cuanto ambos cuerpos son una misma cosa y la colisión de normas ha de resolverse como si se tratase de preceptos que se hallan en un mismo cuerpo legal.

Cuestión distinta es que el **derecho de propiedad** se halla sometido a una **dualidad de regímenes**, uno para la propiedad inmatriculada o inscrita en el Registro de la Propiedad y otro para la que no está inscrita. A la última se aplicará en Código Civil y a la otra el Código y además la LH, con preferencia de esta última por tratarse de una ley especial.

§ 3. Los principios hipotecarios.

1.- CONCEPTO.

Los «principios hipotecarios» son aquellas reglas más generales de la legislación hipotecaria española formuladas directamente en ella u obtenidas por inducción de sus preceptos que da a conocer las líneas esenciales de lo que se podría llamar *ideas fuerza* del Ordenamiento Inmobiliario Registral. (LACRUZ Y SANCHO)

El concepto de los principios hipotecarios, así como su formación y desarrollo se deben a la aportación de JERÓNIMO GONZÁLEZ. Para este autor se trata de «orientaciones generales o direcciones fundamentales que, jugando a modo de principios, informan la disciplina estudiada y sirven para resolver los problemas concretos»

2. ENUMERACIÓN.

Si bien la doctrina no es unánime en torno a su número la gran mayoría da por válida la siguiente enumeración. (CHICO Y ORTIZ)

2.1.- Principios previos a la inscripción: El principio de **rogación** y de **legalidad**.

- **PRINCIPIO DE ROGACIÓN:** significa que los *cambios registrales* se producen exclusivamente *a instancia de parte*, es decir, que el Registrador no puede realizar asientos en los libros si no es solicitado por quien tenga derecho al asiento o resulte perjudicado por él. La petición o instancia puede surgir voluntariamente del sujeto o venir impuesta por la ley. Este principio viene recogido en el art. 6 de la L.H.

- **PRINCIPIO DE LEGALIDAD.** El principio de legalidad impone que los títulos que pretendan su inscripción en el Registro sean sometidos a un previo examen, verificación o calificación, con el fin de que en los libros hipotecarios únicamente tengan acceso los títulos válidos y perfectos. (ROCA SASTRE)

Se manifiesta en un doble sentido: en el sometimiento del Registrador a la legalidad

vigente y el control de los títulos presentados para su inscripción. (CHICO Y ORTÍZ)

En un sistema como el español en que los asientos registrados se presumen exactos y concordantes con la realidad jurídica, es lógico que se exija un trámite depurador o de filtro,

de lo contrario los asientos sólo servirían para engañar al público. La **calificación registral** es el medio o instrumento para hacer válido el principio de legalidad, puesto que mediante ella los títulos defectuosos son rechazados definitiva o provisionalmente del Registro y los válidos son admitidos y registrados. (ROCA SASTRE).

El **principio de legalidad** y la función calificadora del Registrador, están **regulados** en el ordenamiento inmobiliario registral en toda una serie de preceptos dispersos, principalmente los 18, 19, 65, 66, 99 a 103 de la LH y los arts. 98 a 136 y otros del RH. (ROCA SASTRE)

2.2.- **Principios simultáneos a la inscripción:** Los principio de **prioridad, especialidad y tracto sucesivo.**

•**PRINCIPIO DE PRIORIDAD:** Por prioridad se ha de entender aquella preferencia que concede el tiempo a la diligencia del que primero llega al Registro. Se basa en la máxima romana «prior tempore, potior iure» que significa que el primero que acude al Registro tiene un derecho preferente sobre el que llega con posterioridad. (CHICO Y ORTIZ).

El principio de prioridad - según LACRUZ Y SANCHO - atiende al problema que se plantea cuando hay que inscribir dos derechos de la misma intensidad e incompatibles entre si (p.ej. dos derechos de propiedad) sobre una misma finca. Tratándose de **derechos de igual contenido**, la Ley protegerá siempre a quien inscriba el primero. La regla de la prioridad se aplica en un sentido muy especial. El primero es siempre quien acude antes al Registro, no es quien presente un título de fecha más antigua. La prioridad en inscribir es la que proporciona en principio la protección registral.

Ej. En el caso de que se hayan planteado dos embargos de diferente fecha sobre una misma finca, tendrá preferencia no el más antiguo sino el primero que haya accedido al Registro.

Este principio está recogido entre otros en el **art. 17 L.H.** « Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, **no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible**, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real.

Si sólo se hubiera extendido el asiento de presentación, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de 60 días, contados desde el siguiente al de la fecha del mismo asiento»

El significado de la regla de la prioridad se traduce en las siguientes normas fundamentales (LACRUZ Y SANCHO):

1ª) En el supuesto de **derechos compatibles entre si** (ej. las hipotecas y los embargos)

El derechos que primero llega al Registro obtiene la protección registral si reúne las debidas condiciones ,con preferencia a los que lleguen después.

2ª) En el caso de **derechos incompatibles entre si** (ej. el derecho de propiedad)Un documento llegado después que otro no puede ser inscrito mientras los Tribunales no declaren la preferencia del derecho que contiene y anulen la anterior inscripción. Un ejemplo de este supuesto aparece en el **art. 1473 CC** (la doble venta).

•PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.- La especialidad en sentido general es sinónimo de afán de concreción o especificación. Aplicado a la publicidad inmobiliaria registral, el **principio de especialidad o determinación** significa que ésta ha de organizarse con toda claridad a fin de eliminar toda sombra de confusionismos. (ROCA SASTRE). Según la doctrina de la DGRN el principio de especialidad impone la **delimitación precisa y completa** de los **derechos** que pretenden su **acceso al Registro** tanto en sus **elementos subjetivos** [titulares]y **objetivos** [derecho inscrito y la finca], como en su **contenido y alcance**. (R.6-11-1996).

El principio de especialidad se manifiesta sobre la **finca inmatriculada**, sobre el **derecho inscrito**, y sobre su **titular**, ya que ambos son los elementos primarios de la publicidad registral. (ROCA SASTRE)

a) **En cuanto a la finca.-** La especialidad está relacionada con el sistema de organizar el Registro por fincas, y significa que a cada una de las fincas se le abrirá un único folio u hoja **registral**, de modo que todo el historial jurídico de la finca debe ser comprendido dentro del folio real (ROCA SASTRE).

El principio de especialidad exige que la **finca** sea **descrita** con arreglo a las **prescripciones legales**, a fin de que pueda ser identificada con toda precisión, y por ello los artículos 9 de la LH y 51 RH, establecen que las inscripciones se practicarán expresando la situación, linderos, medida superficial y demás circunstancias que contribuyan a la identificación el inmueble. (R.25-1-1999)

b) **En cuanto al derecho real.-** la especialidad significa que el derecho real debe constar en el Registro con determinación de su naturaleza jurídica, extensión, cargas y limitaciones, su denominación si la tuviere y su valor si constare en el título, con fijación total por la que respondiere cada finca en materia de hipotecas

c) Asimismo debe constar en el Registro, el **titular del derecho real inscrito**, designado por su denominación y circunstancias, y con expresión de la cuota o participación que en el mismo tuviere cada titular del mismo si fueren varios. (ROCA SASTRE).

Este principio se manifiesta en los arts 9 LH y 51 RH, así como en el art. 13.1 LH: «Los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efectos contra terceros, deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan[...]

•EL TRACTO SUCESIVO.- Según LACRUZ Y SANCHO, este principio significa que cada titularidad registral, a excepción de la que consta en el asiento de inmatriculación o primer asiento de la finca, debe apoyarse sobre otra anterior vigente y

suficiente para servirle de base. Es decir que debe haber un encadenamiento o secuencia de transmisiones.

El tracto sucesivo es la exigencia de la conexión de titulares registrales, de forma que el adquirente de hoy sea el transmitente de mañana y así sucesivamente (ROCA SASTRE)

Ej: si se trata de transmisiones de propiedad, esta regla quiere decir que cada adquirente sólo puede inscribir su derecho si lo ha recibido del último titular según el Registro.

La iniciación del proceso de inscripción requiere que en el título formal o documento que se presente, el transmitente sea el último y vigente titular registral del derecho según el folio en el que esté asentada la finca enajenada, de tal forma que los sucesivos titulares del derecho inscrito se sigan los unos a los otros perfectamente escalonados. El tracto sucesivo permite que en todo momento esté completa la sucesión de titulares y comprobar sin lagunas la historia registral de la finca.

El tracto sucesivo se manifiesta en el art. 20 LH. « Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos [...]».

2.3.- Principios posteriores a la inscripción: el principio de **publicidad** y la **buena fe registral**.

• **EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.**- Dentro de este principio - nos dicen LACRUZ Y SANCHO - se distinguen dos aspectos distintos correspondientes a una publicidad material y a otra formal.

La **publicidad formal**, consiste en que el **contenido del Registro es accesible** a la consulta de **todos los interesados**. La Regla de la Publicidad formal se encuentra en el **art. 221** de la ley que dice textualmente «Los Registros serán públicos para quien tenga interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos»

La publicidad formal se hace efectiva por medio de la **manifestación de libros** o por la **certificación** expedida por el Registrador. (VALPUESTA)

La **publicidad material** se refiere a los **efectos sustantivos** que se derivan **de la inscripción** para su titular. El principio de publicidad material su vez se descompone en otros dos: **el principio de legitimación registral** que afirma en beneficio del titular escrito la exactitud del Registro salvo prueba en contrario; y el **principio de la fe pública registral** en favor del adquirente de buena fe.

1º.- Principio de legitimación o presunción de exactitud del registro y de lo que publica: El Registro al publicar unos derechos se le inviste de la presunción de que *los mismo existen y pertenecen a su titular en la forma determina el asiento respectivo*. Este principio se encuentra formulado en los **arts. 38 y 97 de la LH**. Dicha presunción alcanza también a la posesión (art. 38 de la Ley hipotecaria). (CHICO Y ORTIZ)

En el **38 LH** se dice « a todos los efectos legales se presumirá que los Derechos

Reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presume, que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales, tiene la posesión de los mismos».

En el **art. 97** nos encontramos con una presunción de desaparición de los derechos cuya desaparición declara el Registro y así dice «cancelado un asiento, se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiera».

Finalmente, el artículo **1.3 LH** establece que «Los asientos del Registro en cuanto se refieren a los derechos inscribibles están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare por inexactitud en los términos establecidos en esta ley».

Por ejemplo: si el verdadero propietario de una finca pretende reivindicarla de quien aparece inscrito en el Registro como dueño tendrá que solicitar en su demanda que se anule el asiento registral.

TEMA 3

ELEMENTOS DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL

§1. La finca en el Registro

§2. Modificaciones en la finca y rectificaciones en su descripción

§3. Actos y derechos que tienen acceso al Registro

§4. El titular registral

§5. El catastro.

§ 1. LA FINCA EN EL REGISTRO

1. EL SISTEMA DE FOLIO REGISTRAL.

El principio de especialidad se manifiesta principalmente en orden a la perfecta determinación de la **finca** y del **derecho real** (aunque también respecto del titular). La **finca** constituye la **base física** del Registro mientras que el **derecho real** (dominio o derecho real limitado) constituye la **base jurídica** del mismo (ROCA SASTRE).

La finca es el soporte físico o material del dominio y derechos reales limitados inscritos. Esto se manifiesta tanto en la finca **normal**, por consistir en un trozo de terreno, con independencia de que esté edificado o no, pero este carácter físico también se manifiesta en las **fincas especiales** (ROCA SASTRE).

Una de las manifestaciones del *principio de especialidad* es la que se resume en la frase "**una finca, un derecho**"; de esta forma se superó a la práctica de constituir garantías generales, es decir aquellas que afectaban a patrimonios enteros.

La unidad básica del sistema registral es la finca, el Registro es un registro de fincas (DÍEZ -PICAZO). La finca constituye la base del **modo de llevar los Registros** y de los **efectos sustantivos** del mismo (ROCA SASTRE):

A) **La finca como modo de llevar el Registro.**- La LH adopta el sistema de llevar el Registro por fincas, abriendo un registro particular u hoja o folio especialmente destinado a recoger el historial jurídico de cada finca inmatriculada. Este es el denominado sistema del **folio real**. (ROCA SASTRE)

En este sentido el **art. 243 LH** establece que : «El Registro de la Propiedad se llevará abriendo uno particular a cada finca en el libro correspondiente. Todas las inscripciones, anotaciones, y cancelaciones posteriores relativas a la misma finca, se practicarán a continuación sin dejar claros (espacios) entre los asientos.»

El **art. 7 LH** dice que: «la primera inscripción de cada finca en el Registro de la propiedad será de dominio» y el **art 8º.1** preceptúa que «cada finca tendrá desde que se inscriba por primera vez un número diferente y correlativo»

En un principio los Registradores han de destinar a cada finca un determinado número

de hojas, en relación al tráfico de su Registro (art. 378 RH), pero cabe que estas se llenen o inutilicen, en este caso se **trasladará** el **número** de aquella a **otro folio** del tomo correspondiente del mismo Ayuntamiento o Sección, o a la primera hoja libre y sobrante de las que hubieran sido dedicadas en tomos sucesivos del Ayuntamiento tomo o sección de que se trate. (Art. 379 RH)

En el folio real no se reflejan de forma separada los **datos físicos y jurídicos** de cada finca, sino que estos se superponen sucesivamente, en la medida que van accediendo con los distintos títulos que se inscriben. No obstante en la primera inmatriculación o inscripción de la finca, se deberán recoger las circunstancias de los arts. 9 LH y 51 del RH. (VALPUESTA)

B) Efectos sustantivos de la finca en el ámbito de la fe pública. El tercer adquirente únicamente ha de atenerse, para su protección por el principio de fe pública registr, al contenido de la hoja, folio o registro particular de la finca inmatriculada en relación a la cual contrata. (ROCA SASTRE).

Así se deduce de lo dispuesto en el art. 13.1 LH, que establece que: «Los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general, cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efectos contra terceros, deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan.»

El anterior precepto es una aplicación del sistema del folio real, en el sentido de que la única inscripción eficaz es la que se haga en el folio abierto a la finca gravada y no la que se haga indebidamente o de pasada en el folio de otra finca.(NUÑEZ LAGOS)

2.- EL CONCEPTO DE FINCA.

Ni la LH ni el CC proporcionan un concepto de finca, y este último incluso utiliza preferentemente otros términos, como “inmuebles”, “heredades”, “suelo”, etc, (vid. Arts. 334 a 370 cc).

Desde un **punto de vista registral**, es finca todo lo que abre hoja o folio real en los libros de inscripciones para su inmatriculación. En un principio ésta coincide sustancialmente con el **significado material** de la misma que se identifica con la extensión de terreno continuo cerrado por una línea poligonal que pertenece a una sola persona en propiedad o a varias en pro-indiviso. (VALPUESTA). No obstante ser aquel el prototipo de finca registral por excelencia, en nuestra legislación ese han admitido numerosos tipos de fincas registrales.

3.- CLASES DE FINCAS.-

Las fincas pueden agruparse, desde varios puntos de vista. Según ROCA SASTRE podemos encontrar las siguientes clases:

A) Fincas por naturaleza.- Finca por naturaleza es la porción de terreno cerrada con una línea poligonal, edificado o no, cuya propiedad corresponda a una sola persona o a varias en común, o en dominio dividido enfeiteútico así como las fincas urbanas edificadas que pertenezcan a diferentes dueños, sujetas o no al régimen de propiedad horizontal. (ROCA SASTRE)

Dentro de este grupo de fincas hay que destacar cuatro tipos de fincas. Un tipo básico y tres variantes:

1º.- El **tipo básico de finca** por naturaleza es la **porción de terreno cerrado por una línea poligonal**, edificado o no cuya propiedad pertenezca a una sólo persona o a varias en común o indivisión. Esta es la finca normal ordinaria o corriente, que tiene que inmatricularse con expresión de las circunstancias del art. 9.1 LH y el art.51 del RH. :

Establece el art. 9.1, como **requisito** de toda inscripción: «La naturaleza, situación y linderos de los inmuebles objeto de la inscripción, o a los cuales afecte el derecho que deba inscribirse, y su medida superficial, nombre y número, si constaren del título. »

2º.- La **finca** que pertenece en **dominio enfitéutico, con separación del dominio directo y útil**, a dos personas distintas o a varias en común indistintamente. (Art. 377 RH) .

3º.- Las **fincas urbanas y edificios en general**, aunque pertenezcan a diferentes dueños en dominio pleno o menos pleno. (Art. 8.3 LH) . Se refiere aquí a un supuesto de finca urbana edificada perteneciente a varias personas en común, pero sin estar constituida en régimen de Propiedad Horizontal.

4º.- Las **fincas** por pisos o locales en régimen de **propiedad horizontal**.

B) **Fincas especiales** .- Junto con la finca, aparecen otros bienes que también merecen folio aparte pero que se separan de las características antes señaladas. A estos bienes se les ha llamado como «**fincas anormales o especiales**», en contraposición a la primera a la que se califica de «**normal**». (VALPUESTA) Estas fincas se diferencian de las fincas por naturaleza, por no consistir en una porción de terreno cerrada por un línea poligonal, ya que comprenden varias parcelas no colindantes o por otras circunstancias.

Son fincas especiales las siguientes:

1) **Finca Funcional**.- Bajo este concepto se integran una serie de supuestos en los que varias **fincas no colindantes** forman una **unidad orgánica** con un mismo destino económico. A la misma se refieren la Ley y el R.H en varios de sus arts., en los que se recogen las distintas modalidades que pueden presentar. Así, el art. 8.2 L.H habla de explotación agrícola constituida por predios no colindantes, y de explotación industrial integrada por un cuerpo de bienes unidos o dependientes entre sí. En la misma línea el art. 44.2-3 y 4 R.H. (VALPUESTA)

A tal fin se requiere que los bienes que forman esa unidad se integren en una explotación económica organizada en forma de empresa, y que se delimiten las parcelas, terrenos, heredades que forman la finca registral.

2) **Pisos y locales en régimen de propiedad horizontal**

También pueden ser fincas independientes los distintos pisos y locales de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal. Para ello se exige:

1.- Que **previamente** haya sido **objeto de inmatriculación**, como una única

finca, **el edificio en su totalidad**, como finca registral, en cuyo asiento deberán constar el título de constitución de la propiedad horizontal que refleje la cuota de participación de cada uno en la comunidad, así como sus estatutos, (art. 8.4 L.H.)

2.- Los diferentes pisos y locales del edificio de propiedad horizontal, que previamente ha sido inscrito, podrán ser objeto de inscripción como fincas independientes. (art. 8.5L.H.)

La inscripción de una **cuota indivisa** de finca destinada a **garaje o estacionamiento de vehículos**, y los locales destinados a **trasteros**, también podrá inscribirse en folio independiente que se abrirá con el número de la finca matriz, y el correlativo de cada cuota.(Art. 68 RH).

También podrá hacerse constar la adscripción del uso y disfrute exclusivo de los mismos.

En cuanto a las urbanizaciones privadas, ahora denominadas **complejos inmobiliarios privados**, ya se encuentran regulados en el 24 de la LPH, precepto introducido por la Ley 8/1999 de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal, sin embargo todavía carecen de regulación en el ordenamiento hipotecario. La D.G.R.N. les aplica analógicamente lo dispuesto para los pisos en régimen de propiedad horizontal (RR de 2 de abril de 1980 y 20 de julio de 1988). En virtud de ello se deberá abrir un primer folio para toda la urbanización, del que se extraerán los distintos edificios a los que se le asignará un folio independiente, hasta llegar al folio correspondiente a cada uno de los pisos.

3) El agua

Según lo dispuesto en el art. 66 R.H. las aguas de dominio privado que, conforme lo dispuesto en el número 8º del art. 334C.C., tengan la consideración de bien inmueble, podrán constituir una finca independiente, e inscribirse con separación de aquella que ocuparen o en que nacieren. Ello, sin perjuicio, de que se pueda hacer constar la existencia de las aguas en la inscripción de las fincas de la que formen parte, como una cualidad de las mismas.

En este punto se debe tener en cuenta la Ley de Aguas de 1985, que modificó sustancialmente el régimen anteriormente vigente, al excluir prácticamente la posibilidad de titularidad privada de las mismas (art. 5). La Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley de Aguas, no ha variado prácticamente la situación.

Distinto del anterior es el supuesto de las **servidumbres** en materia de aguas, que deberán inscribirse en el folio correspondiente a la finca sobre las que recaen; y las **concesiones administrativas** para la explotación de las aguas públicas, que se regirán por lo dispuesto para las mismas, art. 30 R.H.

4) Las concesiones administrativas

La concesión administrativa de obras públicas, que según el art. 334.10 C.C., tienen naturaleza de bien inmueble, constituyen finca independiente (art. 44.6 RH) En la inscripción de tal derecho como finca se expresarán las circunstancias exigidas en los

arts. 60 y 61 RH., que hacen referencia, entre otras circunstancias, al **pliego de condiciones generales de tal concesión**, a la naturaleza y denominación de la misma, al plazo de duración etc. También comprenderá los terrenos afectos a su explotación.

En el RH se regula expresamente la concesión para la explotación de aguas públicas, en el arts. 31 y 64; las concesiones mineras, art. 62; y las concesiones para explotaciones industriales destinadas a la producción y distribución de energía eléctrica, art. 68.

5) Fincas tradicionalmente excluidas del Registro

Tradicionalmente quedaban **exceptuadas de inscripción** (art. 5 R.H.): los bienes de dominio público pertenecientes al Estado; los bienes municipales y provinciales de dominio y uso público; las servidumbres legales, que son aquellas que tienen eficacia inmediata, sin necesidad de acto de constitución, como se requiere para las denominadas servidumbre forzosas reguladas en el C.C.; y los templos destinados al culto católico. A esta enumeración debían añadirse los bienes de dominio y uso público de las Comunidades Autónomas.

Con la nueva modificación de este precepto por RD 1867/1998, se establece que: «Los bienes inmuebles de dominio público también podrán ser objeto de inscripción conforme a su legislación especial». Con ello se ha eliminado la exclusión que, con respecto a los bienes demaniales se establecía en este precepto.

§2. Modificaciones en la finca y rectificaciones en su descripción

2.1.- El exceso de cabida.

A veces puede ser que la extensión de la finca reflejada en el Registro no se corresponda con la que realmente tiene, porque en el mismo se exprese mayor o menor cabida que la que le corresponde en la realidad extrarregistral.

En principio puede parecer que ello no tiene gran relevancia desde punto de vista registral ya que la **identificación de la finca** objeto del derecho inscrito, que es la cuestión que más preocupa al Registro, **se determina por sus linderos**, y, a tal fin, puede ser indiferente la extensión o cabida que en el mismo se refleje. A esta impresión contribuye también el hecho de que los datos fácticos (datos físicos de la finca) no estén amparados plenamente por los efectos sustantivos de la publicidad. (VALPUESTA)

Sin embargo, no se puede mantener esta opinión, pues con la misma se frustraría una de las finalidades asignadas al Registro, cual es la de reflejar la realidad de la propiedad inmobiliaria para información de los terceros interesados en adquirir una finca que ya está inmatriculada, a cuya consecución tienden las últimas reformas del Registro y del Catastro. También, porque para el contenido del derecho de que se trate no es totalmente indiferente la extensión asignada a la finca sobre la que recae.

Por todas estas razones se deben establecer procedimientos adecuados para que pueda modificarse el Registro cuando no coincida con la realidad extrarregistral.

La **modificación de la cabida de la finca** tiene una relevancia completamente diferente según que se quiera reflejar una **menor extensión** de la que figura en el Registro o, por el contrario, una **mayor extensión**, pues los intereses de los titulares de fincas colindantes se pueden ver afectados de muy distinta forma. En efecto, respecto a este último supuesto puede ocurrir que, so pretexto, de un cambio de cabida se pretenda realmente alterar los linderos de la finca, en perjuicio de estos titulares colindantes, que pueden ver reducido el objeto de su derecho.

Por todo ello, cuando el Registro expresa **mayor extensión** que la que tiene la finca, la modificación de ese dato no plantea ningún problema, y por ello no se prevé ningún procedimiento específico, sino que se puede utilizar cualquier título inscribible para reflejar esta variación.

El supuesto de que el Registro **exprese menor extensión** puede provocar, sin embargo, algunos problemas, porque se puedan ver afectados los intereses de los titulares colindantes. Por esta razón, en la **legislación hipotecaria** se prevén distintos **procedimientos** para que se pueda **modificar el Registro** en relación a la menor cabida:

En el art. 200 L.H. se establece que para hacer constar el **exceso de cabida** [si bien referido solamente a la menor extensión] se podrá utilizar: el **expediente de dominio**, el **acta de notoriedad**, y el **título público** al que se refiere el **art. 205 L.H.**

Los regulación del RH con respecto a los procedimientos para hacer constar los excesos de cabida ha sido objeto de reforma por el RD 1867/1998, sobre todo en lo que se refiere a las exigencias de expresar la referencia catastral y a la incorporación de certificación catastral, descriptiva y gráfica que permita la perfecta identificación de la finca y de su exceso de cabida.

2.2.- Declaración de obra nueva

La obra nueva consiste en cualquier alteración de la estructura y contenido de una finca, que consista en la construcción de un edificio sobre un solar, o en la transformación de una explotación agraria, o en la realización de otro tipo de mejora. Estas modificaciones en la finca pueden acceder al Registro por tres medios, regulados en los arts 208 L.H. y 308 R.H.

1º) Mediante la **descripción de la obra nueva** en el **título** en el que se transmita, modifique o extinga un derecho inscribible. (Art. 208-1, LH y 308 RH)

2º) Mediante **escritura pública** en la que el **contratista de la obra** manifieste estar reintegrado de su importe por el propietario, o en la que éste describa la edificación, acompañando certificado del Arquitecto Director de la obra o del Arquitecto Municipal. (Art. 208-2, LH y 308 RH).

3º) También puede acceder de forma separada, mediante declaración del titular registral, que deberá reflejarse en escritura pública (R. 18 de abril de 1988 manifiesta estar reintegrado de su importe por el propietario, o se acompañe certificado del arquitecto director de la obra, o del arquitecto municipal.

2.3.- Modificaciones registrales de las fincas.

Existen una serie de supuestos en los que las alteraciones que se producen en la

finca trascienden al folio real, en el que la misma figura, provocando, en su caso, la apertura de un nuevo folio, o el cierre de un folio. Son los casos de agrupación, agregación, segregación y división de fincas registrales.

a) Agrupación.- Por la agrupación, dos o más fincas, continuas o discontinuas, se reúnen para formar una sola. Esta finca pasa a un nuevo folio registral, con lo que se le otorga nuevo número de finca y se produce el cierre registral de aquellos folios en los que constaban las antiguas fincas. Este supuesto se regula en el art. 45 R.H., que prevé la necesaria constancia de tal modificación en los respectivos folios, mediante nota marginal.

b) Agregación.- Mediante la agregación se incorpora a una finca registral, una o varias fincas inscritas o una a o varias partes que se segregan de otra. Para esta operación registral se requiere que el trozo o finca que se incorpora no supere la quinta parte de la extensión de aquella a la que se une, art. 48 R.H. Este supuesto, a diferencia del anterior, no supone la apertura de un nuevo folio, ni tampoco del cierre de otro, cuando el objeto de la incorporación sea sólo una parte de otra finca ya registrada. Si lo que se añade es la totalidad de una finca, la operación registral provocará necesariamente el cierre del folio perteneciente a esta última, circunstancia que se expresará mediante la oportunas notas marginales de referencias.

Con la agregación deberán reflejarse las cargas que afectan a la parte o finca que se agrega, dado que este tipo de modificación no puede afectar a los derechos de terceros.

c) Segregación .- Esta operación registral supone un fenómeno inverso a los anteriormente descritos, en cuanto que está contemplando la separación de parte de finca registral para formar una nueva, a la que se abre un nuevo folio, art. 47 R.H. En la nueva inscripción se deberán reflejar, igualmente, las cargas y derechos vigentes sobre la parte segregada. Ambos folios, el del resto de la finca que permanece y el nuevo, se ponen en relación mediante las pertinentes notas marginales.

Este tipo de modificación sólo se podrá realizar si es posible desde un punto de vista material y jurídico, en el sentido de que lo que reste de la finca cuya segregación se pretende pueda ser considerado finca registral, (R. 18 de abril de 1988), y no exista disposición normativa que lo impida, como las que regulan las unidades mínimas de cultivo, para la propiedad agraria, o la parcela indivisible, en la propiedad urbana.

d) División.- Se refiere este último supuesto, como indica su nombre, a la división de una finca en dos o más suertes o porciones, que pasan a formar fincas independientes, con nueva numeración (art. 46 RH). En las nuevas inscripciones se expresará la procedencia de la finca, así como la de los gravámenes que le afecten. Mediante esta operación se cierra un folio real y se abren tantos como nuevas fincas se forman, circunstancia que se expresará mediante nota marginal en cada uno de estos folios.

Procedimiento en las modificaciones en la finca

Las operaciones anteriormente descritas podrán acceder al Registro, según el art. 50 R.H., mediante **escritura pública**, en la que conste la declaración del propietario de tales fincas, cuando se hagan unilateralmente por éste; o por el negocio que ha

provocado dicha modificación de la finca, que deberá asimismo reflejarse en escritura pública. En el documento público deberá describir constar una serie de datos de las fincas afectadas por cada una de estas operaciones, y que consisten sustancialmente en la descripción de las mismas, con fijación de su extensión y linderos, si quedan afectados por la operación practicada.

Asimismo estas modificaciones podrán realizarse mediante sentencia firme o acto administrativo (LACRUZ).

§3. Actos y derechos que tienen acceso al Registro.

El objeto del Derecho inmobiliario registral lo constituye aquello que es susceptible de acceder a los Libros del Registro (CHICO Y ORTIZ). La Ley Hipotecaria que utiliza una variada terminología a la hora de declarar que es susceptible de inscripción, haciendo referencia a **actos y contratos, títulos y derechos**. Así el **art.1 LH** establece que: « el Registro de la propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los **actos y contratos** relativos al **dominio y demás derechos reales** sobre bienes inmuebles»; el **art. 2LH** menciona que «se inscribirán los **títulos** traslativos o declarativos..los títulos en que se constituyan» y finalmente el **art. 9.3 LH** hace referencia a **derechos objeto de inscripción**.

Nuestro **Registro de la Propiedad** es un **registro de títulos**. La expresión título es empleada en la legislación hipotecaria en un doble sentido, en sentido material y formal. En **sentido material** o sustantivo, título inscribible es el objeto mismo de la inscripción (el acto, o negocio jurídico que, según Roca Sastre, produce la mutación jurídico- real), mientras que en el **formal o instrumental** se entiende el documento en el está consignado el título inscribible en sentido material.(R.19-1-1994). Los **títulos en sentido formal** son los mencionados en el art. 3 LH «...escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma en que prescriban los reglamentos»

Según ROCA SASTRE lo que es **objeto directo de inscripción** es el **acto o negocio jurídico** que produce una mutación jurídico-real (es decir que constituye, declara, crea, transmite, modifica o extingue derechos reales). Así pues los derechos reales son un resultado o reflejo de la inscripción de los actos de mutación jurídico-real. No obstante, como licencia y para mayor claridad expositiva se puede hablar de derechos reales inscribibles, pero sólo en el sentido de quedar reflejados en el Registro.

1.-DERECHOS INSCRIBIBLES.

A.- Derechos reales inscribibles.

En el art 2 LH, que es una manifestación del *título en sentido material*, aparece una relación de los **derechos reales inscribibles**:

1º. Los títulos traslativos o declarativos del **dominio** de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos.

2º Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de **usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales**.

En la legislación hipotecaria, se recogen de forma dispersa otros supuestos de derechos inscribibles: el **derecho de superficie** (art. 16.1 RH) **el derecho a elevar o profundizar nuevas plantas** (16.2RH); **el derecho real de vuelo**, art. 30.3 RH, el **derecho real de anticresis** (art. 216 RH.)

La enumeración de derechos reales inscribibles no se circunscribe al art. 2 LH, y al resto de preceptos mencionados. Puesto que nuestro sistema hipotecario sigue la teoría del «*numerus apertus*» de los derechos reales (R.7-1-1994) y en consecuencia, en principio se inscriben todos aquellos que tienen trascendencia real. Es decir los que afectan a la finca con independencia de quien sea su titular o propietario.

El fundamento al «*numerus apertus*» se encuentra en el art. 7 RH, que amplía el número de derechos reales inscribibles al declarar establecer que : «cualesquiera otros [títulos] relativos a derechos de la misma naturaleza [de dominio o derechos reales], así como **cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho**, modifique, desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del domino sobre inmuebles o inherentes a los derechos reales»

Es decir que la Ley Hipotecaria, al aceptar la teoría del *numerus apertus* (R.7-1-1994) en materia de derechos reales inscribibles; permite la **inscripción** tanto los **derechos reales típicos** como aquellos **atípicos** creados por las partes en virtud de la autonomía de la voluntad. Sin embargo a pesar de la declaración del art. 7 RH, no se establece por la legislación hipotecaria los requisitos exigibles a los derechos reales creados por los particulares. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La tarea de determinar que derechos reales atípicos son inscribibles corresponderá al Registrador a través de su función calificadora. Éste además, incluso a la hora de inscribir los derechos reales típicos tendrá que someter los mismos a una criba o selección puesto que el art. 51.6º RH se prohíbe la inscripción de «...estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real»

Se puede concluir que los derechos reales inscribibles son el **dominio** y todos los **derechos reales limitados** sobre inmuebles **susceptibles de tráfico jurídico** o como establece la resolución de la DGRN de 25-4-1996 «...el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción de los actos y contratos de trascendencia jurídico-real inmobiliaria»

B.- Los derechos personales.-

El sistema registral español niega como principio general el acceso al Registro civil de los derechos personales, en virtud de lo establecido en el art. 9 RH; sin perjuicio de que se inscriba la garantía real para asegurar su cumplimiento, o puedan ser anotados preventivamente de conformidad con lo establecido en el art. 42 de la LH. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

En la legislación hipotecaria, sin embargo podemos encontrarnos con varias excepciones, al principio de la no inscripción de derechos personales:

1º.- Los **contratos de arrendamiento** de bienes inmuebles, y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos (2.5 LH)

2º.-El **derecho de retorno** al piso o local arrendado. (15 RH)

3º.-El **contrato de opción de compra** o el pacto o cláusula que lo determine en otro contrato inscribible (art. 14 RH)

4º.- Las **cesiones de suelo por obra futura** (art. 13 RH)

5º.- Los **estatutos de los edificios** sometidos al régimen de **propiedad horizontal**. (Art. 8.4 LH)

A estos supuestos hay que añadir todos aquellos contemplados por la legislación urbanística que tienen acceso al Registro. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

La circunstancia de que se permita expresamente la inscripción de algunos derechos personales no los transforma en derechos de naturaleza real, sino que únicamente

Los demás derechos personales no podrán acceder al Registro de la Propiedad tal como expresamente dispone el art. 9 RH, sin perjuicio de que se inscriba la garantía real para asegurar su cumplimiento, o puedan ser anotados preventivamente de conformidad con lo establecido en el art. 42 de la LH. (VALPUESTA)

C.- Inscripción de titularidades fiduciarias.

Según el art. 2º.3 LH serán inscribibles: «Los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado.»

De acuerdo con LACRUZ este apartado del art. 3 hace referencia a los denominados negocios fiduciarios; en el supuesto contemplado en el este precepto encaja perfectamente un negocio muy frecuente en la realidad como es la adjudicación de bienes de una herencia a uno de los herederos, a fin de que con el importe de su venta atienda al pago de las deudas hereditarias.

D.- Inscripción de resoluciones judiciales.

Según el art. 2º,4 LH son inscribibles en el Registro de la propiedad: Las **resoluciones judiciales** en que se declare la **incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento** y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes. Este precepto se desarrolla reglamentariamente por el art. 10 RH.

La resoluciones judiciales mencionadas tradicionalmente se inscribían en el Libro de Incapacitados, que ha sido suprimido por el RD 1867/1998, pasando a denominarse «Libro de alteraciones de las facultades de administración y disposición»

E.- Anotaciones preventivas.

En virtud del art. 42 LH también son inscribibles las anotaciones de demanda, de embargo, de concurso, de suspensión de pagos o quiebra.

2.- DERECHOS EXCLUIDOS DEL REGISTRO.

En principio deben considerarse excluidos del Registro todos aquellos derechos que no tengan carácter real y todos aquellos que no recaigan sobre bienes inmuebles. Igualmente están excluidos todos aquellos que se encuentren fuera del tráfico jurídico. Así pues, según CHICO Y ORTIZ, se consideran excluidos los siguientes derechos:

A) Los derechos personales, con las excepciones anteriormente señaladas.

B) Los meros hechos. La posesión, como mero hecho (ius possessionis) no es susceptible de inscripción por prohibirlo expresamente el art. 5 LH: «Los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles.»

C) Los derechos reales sobre bienes muebles. Si bien estos derechos reales serán inscribibles de acuerdo con lo establecido en la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.

D) Los bienes inmuebles no susceptibles de tráfico jurídico. Tradicionalmente quedaban exentos de inscripción los bienes de dominio público, los bienes municipales y provinciales, las servidumbres legales y los templos destinados al culto católico. Tras la reforma efectuada por el RD 1867/1998 aquella exclusión al establecer el art. 5 RH que : «Los **bienes de dominio público** también podrán ser **objeto de inscripción** conforme a su legislación especial»

§4. El titular registral.

El titular registral es aquella persona física o jurídica, pública o privada, a la que pertenece , con carácter exclusivo o en régimen de comunidad y según el Registro, el derecho, la facultad o expectativa inscrita o anotada. El titular será quien se beneficie de los efectos sustantivos que se deriven de la publicidad registral. (VALPUESTA)

El titular registral accede al Registro en virtud del título inscrito y será mantenido en su condición de titular hasta que no se practique una inscripción contradictoria de su situación registral, o se cancele o caduque el asiento practicado a su favor. (VALPUESTA)

El titular ha de existir al tiempo de la inscripción salvo los supuestos de los concebidos pero no nacidos, cuando sean beneficiarios de disposiciones a su favor. En todo caso el titular ha de estar determinado o ser susceptible de determinación según los datos que consten en el Registro (LACRUZ Y SANCHO).

En el art. 51.9 RH se establece como deben ser identificados los titulares registrales.

-En el caso de **personas físicas**, se harán constar todas las circunstancias relativas a su estado civil, así como su DNI, nacionalidad, vecindad civil y domicilio, asimismo la identificación de su cónyuge y régimen económico-matrimonial, en su caso.

-En el supuesto de **personas jurídicas**, deberá constar su clase, denominación, el número de identificación fiscal, la inscripción en el Registro correspondiente, su nacionalidad y su domicilio.

- En el caso de que el título se haya inscrito por un **representante legal o voluntario**, deberán constar las circunstancias que identifiquen al representante y las de la representación.

-si las circunstancias del titular ya constasen en otro asiento del mismo folio registral, podrá consignarse en el nuevo asiento sólo el nombre y apellidos, si es persona física o la clase y denominación si es persona jurídica.

-En el caso de tratarse de titulares de fincas o derechos inscritos en régimen de comunidad , deberán constar la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos. (Art. 54 RH).

Una vez que se han inscrito los datos exigidos para la identificación del titular registral, las alteraciones que se produzcan con posterioridad sólo podrán acceder al Registro mediante la inscripción de un nuevo título. Únicamente el cambio de domicilio puede hacerse constar a través de nota marginal.

§5.- El catastro.

5.1. Concepto y funciones.

La descripción de la finca en el Registro se hace para determinar quién es su propietario y quiénes los titulares de derechos reales limitados sobre la misma. Pero muchas veces la Administración necesita saber, casi siempre con fines fiscales, descripciones más detalladas, completas, gráficas, y ceñidas a la consistencia física del inmueble. Esta descripción, que no la proporciona el Registro, corresponde al Catastro.

Según ROCA SASTRE, el **catastro** «es un registro, censo, padrón, catálogo o inventario de la riqueza territorial de un país en el que se determinan las fincas, rústicas o urbanas, del mismo mediante su descripción o expresión gráfica, así como su evaluación estimación económica, al fin primordial de tipo fiscal o tributario y a los fines auxiliares de orden económico, administrativo, social y civil»

Así pues, en teoría, Registro y Catastro son absolutamente distintos, siendo **finalidad del Catastro** la *representación gráfica* de los inmuebles individualizándolos; y la **finalidad del Registro** es la *representación jurídica* de los bienes inmuebles y derechos reales limitados, y tiene por objeto la toma de razón de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre inmuebles.

La Ley que regula el Catastro es de **23 de Marzo de 1906**, complementada por otras disposiciones de rango inferior.

En nuestro país la legislación hipotecaria ha funcionado tradicionalmente sin el apoyo del Catastro, puesto que se pensaba que al adoptarse el sistema del *folio real*, en el que el Registro se llevaba por fincas y por personas, bastaba con una buena descripción de la finca, con los datos exigidos por la Ley, para identificar la finca. (CHICO Y ORTIZ).

En España el acercamiento entre Catastro y Registro se ha producido en virtud de dos leyes:

a) la **LEY 13/96**, de 30 de diciembre, de **Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social**: Sección 4.^a De La Referencia Catastral (Arts. 50 a 57), que ha regulado la necesidad de la constancia registral de la referencia catastral.

B) El RD 1867/1998, de 4 de septiembre por el que **se modifican determinados artículos del R.H.**, que al modificar el art. 51 del RH, admite la posibilidad de la aportación de planos de identificación, considerando la descripción perimetral de la finca como el medio preferente de identificación.

Asimismo en lo relativo a las declaraciones de obra nueva, hay que tener en cuenta lo establecido en el art. 22 de la Ley 6/1998 sobre **régimen del suelo y valoraciones**, que establece los requisitos que Notarios y Registradores deben de exigir para autorizar e inscribir las escrituras de obra nueva.

5.2.- La base cartográfica en los registros de la propiedad.

Mediante Instrucción de 2 de marzo de 2000 de la D.G.R.N., se implantó la **base cartográfica** en los Registros de la Propiedad.

Este ambicioso proyecto, tratará de **identificar gráficamente todas las fincas situadas en territorio nacional**, entendiendo por tales las superficies de suelo delimitadas poligonalmente cuya propiedad pertenezca a una o a varias personas pro indiviso. **La referencia catastral será el elemento principal utilizado para la localización e identificación gráfica.** Se definen los casos en los que se produce la identificación de las fincas catastral y registral, admitiendo una diferencia de superficie de hasta el 10%. Se prevé un deslinde mediante instancia dirigida al Registrador o mediante acta notarial de deslinde, para adecuar la finca registral a la descripción gráfica. En los títulos en los que no haya coincidencia con la representación gráfica de la finca, los otorgantes han de manifestarlo así, aunque ello no representará por sí sólo un defecto que impida la inscripción. Cuando el Registro de la Propiedad cuente con base gráfica a las notas simples y certificaciones se les incorporará una representación gráfica correspondiente a la zona. Se determina el procedimiento a seguir para el mantenimiento de la base gráfica que se realizará por el propio Registrador.

Tema 4 LA INSCRIPCIÓN

- §1. Concepto y naturaleza de la inscripción.
- §2. El asiento de inscripción.
- §3. Inscripciones constitutivas y declarativas.
- §4. Inscripciones obligatorias y facultativas.
- §5. Inscripción y tradición.
- §6. La inadmisibilidad de los documentos no inscritos: El art 313 LH.

§1. - Concepto y naturaleza de la inscripción.

En nuestro sistema registral la **inscripción** cierra el ciclo de la constitución del derecho real sobre la propiedad inscrita, si bien tiene carácter **complementario del título** y de la **tradición**, puesto que las mutaciones jurídico-reales se producen al margen del Registro. La inscripción no tiene carácter constitutivo, no hace nacer derechos, salvo el caso de las hipotecas y otros supuestos. (CHICO Y ORTIZ).

Con relación a los efectos de la inscripción, el **art. 32 LH** establece que : «Los **títulos** de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que **no estén debidamente inscritos** o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero.»

Es decir que el derecho real constituido sobre bienes inmuebles que no esté debidamente inscrito o anotado puede ser siempre ignorado por el tercero que adquiera la finca e inscriba su título. El derecho real no inscrito carece de eficacia *erga omnes* cuando recaiga sobre la finca inscrita y no se inscribe.(CHICO Y ORTIZ)

1.-INSCRIPCIÓN Y ASIENTO.

El art. 41 del RH. dice: «En los libros del Registro de la Propiedad se practicarán las siguientes clases de **asientos o inscripciones**: Asientos de presentación; **inscripciones propiamente dichas**, extensas o concisas, principales y de referencia; anotaciones preventivas, cancelaciones y notas marginales».

En el mencionado precepto se incluye la palabra «inscripciones» en una doble acepción en *sentido amplio*, como sinónimo de **asiento** y en *sentido estricto*, como «asiento de inscripción propiamente dicho».

Asiento en general, es la anotación o apunte de algo, extendido en un libro, documento o papel; en igual sentido se manifiesta el Diccionario de la Real Academia Española para la que asentar es «anotar o poner por escrito algo para que conste. Para JERÓNIMO GONZÁLEZ, los asientos son «consignación manuscrita de una declaración formal en los libros del Registro». Ahora bien, ni la LH ni su Reglamento dan un concepto de lo que debe entenderse por asiento, pese a su extraordinaria importancia.

Señala Díez-PICAZO, que si **la publicidad** relativa a la situación jurídico-real de

los bienes inmuebles, que constituyen la médula del Derecho registral, tanto en su sentido material como en su sentido formal, **se realiza almacenando informaciones en libros**, resulta claro que la **operación fundamental** que en el Registro se practica es la **realización de los asientos** en libros.

En un sentido amplio podemos decir que la expresión **inscripción** se utiliza sinónimo de asiento registral (apunte o anotación) con lo cual el citado artículo nos refleja cinco clases de asientos: el de *presentación*, *la inscripción*, *la anotación preventiva*, *la cancelación* y *la nota marginal*.

2.-CLASES DE ASIENTOS

Los asientos enumerados en el art. 41 del R.H., según ROCA SASTRE, a su vez pueden clasificarse según sus caracteres en:

1. **Asientos principales y accesorios**, según tengan virtualidad y contenido propios o se refieran a otros asientos, a cuyo servicio estén: es principal la *inscripción propiamente dicha* y es accesoria la *nota marginal*.
2. **Asientos definitivos y provisionales**, según tengan una duración indefinida, como los *asientos de inscripción y de cancelación*, o tengan una duración temporal o previamente limitada por la Ley, estando destinados a ser convertidos en otros asientos o a extinguirse por caducidad, como ocurre con el *asiento de presentación* y las *anotaciones preventivas*.
3. **Asientos preparatorios y definitivos**, según que tengan por fin preparar otro asiento posterior, como el asiento de presentación y algunas anotaciones preventivas, o constituyan desde el principio un asiento duradero, como la inscripción en general.
4. **Asientos de carácter positivo y negativo**, según que hagan constar la existencia de un derecho, como las *inscripciones en sentido propio*, o constaten la extinción de un derecho o asiento, como la *cancelación*.

§2. El asiento de inscripción.

1.- CONCEPTO.

El **asiento de inscripción en sentido estricto**, es una clase de asiento más, dentro de los enumerados en el art. 41, que se diferencia del resto de asientos por una serie de características. ROCA SASTRE lo define como un « asiento principal, definitivo y de carácter positivo, que se practica en los libros de inscripciones y en el que se hace constar de un modo completo la constitución, transmisión o modificación de un derecho real inmobiliario»

De acuerdo con ROCA SASTRE, presenta las siguientes características:

1º.- Es un asiento **principal**, con subsistencia propia, lo que lo diferencia de las anotaciones preventivas que tienen carácter accesorio. El asiento de inscripción, dice ALBALADEJO, es el más importante de los que se practican en el Registro, es el centro del sistema registral, los demás giran en torno a él.

2º- Es un asiento **definitivo**, lo que lo diferencia de las anotaciones preventivas que son asientos provisionales o transitorios; destinados a veces a convertirse en inscripciones o a caducar.

3º.- Es un asiento de **carácter positivo**, a diferencia de las cancelaciones.

4º.- Es un asiento que se extiende en el **Libros de Inscripciones**. Este libro se llama así por practicarse en él los asientos de inscripción, si bien este libro no sólo recibe este tipo de asientos sino todos los demás a excepción del de presentación que se practica en el Libro Diario de operaciones.(ALBALADEJO). Dentro del folio real correspondiente a cada finca, los sucesivos asientos de inscripción pertenecientes a la misma van numerados de forma correlativa con numeración ordinal (art. 8 LH)

5º.- Es un asiento en el que se hace constar la **constitución, transmisión o modificación de un derecho real inmobiliario**, así como los demás actos objeto de inscripción exigidos por art. 9 LH, formando todo ello su contenido típico.

2.-CLASES DE ASIENTOS DE INSCRIPCIÓN

Siguiendo a ROCA SASTRE las inscripciones o asientos de inscripción se pueden clasificar en:

A) Inscripciones extensas y concisas. Las inscripciones **extensas** son las de contenido corriente.

En determinados supuestos y a los efectos de evitar repeticiones de datos que constan en el historial de la finca admite que se practique inscripciones más breves, llamadas **concisas** que a su vez se remiten a las extensas.

Cuando se trata de «inscripciones extensas» ha de contener todas las circunstancias expresadas en el art 9 de la L.H. y 51 R.H» porque las llamadas «inscripciones concisas» sólomente deben contener las circunstancias indicadas en los arts. 245 a 247 de la L.H. y 52 del R.H.

B) Inscripciones comunes y especiales. Las primeras son las inscripciones ordinarias, por no estar sujetas a ninguna regla especial importante. Las segundas son aquellas que han sido objeto de alguna excepción legal o reglamentaria. Son inscripciones especiales las de aguas, minas, ferrocarriles, concesiones administrativas, etc. La descripción de estas fincas ya no puede hacerse con arreglo al art. 9 LH sino con los requisitos exigidos por el art. 60 y ss del RH.

C) Inscripciones principales y de referencia. En muchos supuestos de inscripciones especiales (minas, ferrocarriles, etc) la finca, en su unidad, se extiende al territorio de varios Registros, o Ayuntamientos o Secciones de un mismo Registro. En este casos en el punto de arranque de la concesión o cabecera de la mina se practicará un inscripción principal comprensiva de la totalidad de la finca y en los Libros de otros Ayuntamientos se practicará, bajo hoja especial, un breve asiento de referencia a la inscripción principal.

D) Inscripciones primera y posteriores. Aquellas son las inscripciones que abren hoja o folio registral. Las fincas ingresan en el Registro mediante un primer asiento de

inscripción, al ser inmatriculadas, es por ello que la inscripción primera ha de ser siempre de dominio. Las otras son las que se extienden posteriormente. Ambas presentan una serie de diferencias:

En el **aspecto sustantivo o material** las segundas inscripciones producen los efectos hipotecarios normales, mientras que en las primeras son más limitados.

En el **aspecto formal** las segundas o posteriores no tienen que repetir la descripción registral de la finca, salvo la necesidad de expresar las diferencias entre lo ya inscrito y el título presentado a inscripción. (Vid. 51.4 RH)

E) Inscripciones de inmatriculación e hipotecarias. Salvo el caso de la formación de nueva finca por agrupación o segregación, las inscripciones primeras son asientos de inmatriculación, puesto que introducen la finca en el Registro. Las inscripciones posteriores, por no tener esta particularidad se denominan inscripciones hipotecarias. Si bien también son inscripciones inmatriculadoras las de exceso de cabida u obra nueva (ROCA SASTRE).

F) Inscripciones constitutivas y declarativas. Las primeras son aquellas que son requisito indispensable, junto con el acto jurídico (título y modo) para que se produzca el nacimiento del derecho. Ej. La hipoteca. El resto de inscripciones son declarativas, puesto que sólo publican la constitución o modificación del derecho, que ya se ha producido al margen del Registro.

G) Inscripciones relativas a derechos y a hechos Las primeras constatan la constitución, transmisión o modificación de un derecho real. Las segundas solo la realización de un hecho, como por ejemplo las inscripciones de obra nueva.

3.- REQUISITOS DEL ASIENTO DE INSCRIPCIÓN.

En la legislación hipotecaria española, en la que se inscribe un extracto del contenido del título inscribible, es requisito imprescindible el precisar los datos o circunstancias que deben expresarse en los asientos de inscripción. (ROCA SASTRE)

La legislación hipotecaria determina los requisitos que deben expresar los asientos de inscripción en los arts. 9H y 51 RH.

En las **inscripciones extensas** deben consignarse los siguientes datos (art. 9LH):

«Toda inscripción que se haga en el Registro expresará las circunstancias siguientes:

1º. La naturaleza, situación y linderos de los **inmuebles** objeto de la inscripción, o a los cuales afecte el derecho que deba inscribirse, y su medida superficial, nombre y número, si constaren del título.

2º. La naturaleza, extensión y condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del **derecho** que se inscriba, y su valor, cuando constare en el título.

3º. El derecho sobre el cual se constituya el que sea objeto de la inscripción.

4º. La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción.

5º. La persona de quien procedan inmediatamente los bienes o derechos que deban inscribirse.

6º. El título que se inscriba, su fecha, y el Tribunal, Juzgado, Notario o funcionario que lo autorice.

7º. La fecha de presentación del título en el Registro y la de la inscripción.

8º. La firma del Registrador, que implicará la conformidad de la inscripción, con la copia del título de donde se hubiere tomado.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo especialmente establecido para determinadas inscripciones [inscripciones especiales].»

Los datos relativos a las inscripciones concisas aparecen reflejados en los arts 245 a 247 Lh y 52 RH.

§3. Inscripciones constitutivas y declarativas.

Según la incidencia que tenga la inscripción de un derecho real en el Registro de la Propiedad para su nacimiento, modificación o extinción, nos encontraremos frente a un sistema de inscripción facultativa o constitutiva. La **inscripción es constitutiva** cuando la efectiva transmisión o constitución de un derecho real no se produce hasta que éste accede al Registro. La **inscripción es declarativa** cuando mediante la misma únicamente se da publicidad a la mutación jurídico-real que se ha producido antes de ingresar en el Registro.

En nuestro Ordenamiento jurídico, el nacimiento, modificación y extinción de los derechos reales se produce válidamente con la conurrencia del título y el modo, con independencia de su ingreso o no en el Registro de la Propiedad, es decir, que las mutaciones jurídico-reales sobre bienes inmuebles se realizan fuera del ámbito del Registro. Como consecuencia de ello, la regla general es que la **inscripción** en nuestro sistema es **declarativa**.

En el Derecho español, el dominio puede adquirirse y los derechos pueden constituirse, llevando una vida plenamente eficaz fuera del Registro e incluso, en ocasiones en contradicción con el mismo (CHICO Y ORTIZ)

Como excepción a esta regla de la inscripción declarativa, puede suceder que, en algunos supuestos, la **inscripción sea constitutiva**, es decir que cuando se produzca la inscripción junto a otros requisitos previos de carácter necesario, se dará vida al derecho real.

Como supuestos de inscripción constitutiva se reconoce básicamente:

1º.- La inscripción de la **hipoteca inmobiliaria**, de acuerdo con lo dispuesto en los arts.1875 del C.C. y 145 de la L.H.; según este último, para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas se requiere: 1º.- Que se hayan constituido en *escritura pública* 2º Que la escritura se haya *inscrito en el Registro de la Propiedad*.

2º.- La **anotación preventiva de embargo** (art. 43.3 L.H.) -según ROCA SASTRE

3º.- La inscripción del **derecho de superficie**, que conforme a lo dispuesto en el art. 16 R.H. para su eficaz constitución deberá verificarse en el Registro de la Propiedad. En el mismo sentido se manifiesta el art.287 de la Ley del Suelo de 1992.

4º.- También es constitutiva la inscripción en el **derecho de superficie sobre montes vecinales en mano común**, arts.3 a 7 de la Ley de 11 de noviembre de 1980.

5º.- Las **inscripciones hechas por extranjeros de inmuebles rústicos** de cierta extensión, como se expresa en el art. 3 del DL. de 22 de marzo de 1962. Así en los actos y contratos de trascendencia real a favor de extranjeros sobre inmuebles situados en zonas de interés militar, Ley de 12 de marzo de 1960, art. 1; etc.

6º.- Las inscripciones procedentes de **concentración parcelaria**

§4. Inscripciones obligatorias y facultativas.

Las inscripciones constitutivas no deben confundirse con las **obligatorias**: en estas últimas, el proceso jurídico-real se realiza fuera del Registro, si bien la ley impone la inscripción de una manera forzosa o coactiva. Es decir: existe un imperativo legal ordenando que se lleve a cabo una determinada inscripción, pero su omisión no altera aquella mutación jurídico-real ya operada, puesto que el derecho real nace, se modifica o se extingue al margen de su inscripción o no en el Registro de la Propiedad.

La **norma general** en nuestro sistema registral es la **inscripción facultativa** y la excepción la obligatoria.

No existe gran unanimidad a la hora de calificar a las inscripciones como obligatorias pero se pueden enumerar, entre otras:

-La obligación que tienen las **Corporaciones locales** de inscribir en el Registro de la Propiedad sus **bienes inmuebles y derechos reales**, según el art. 36.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 junio 1986.

-Las fincas y derechos reales resultantes de la **concentración parcelaria**, (art. 33 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973).

-La inscripción de **montes catalogados** que prescribe la Ley de Montes de 8 de junio de 1957.

-La que se practica a instancia del titular de un derecho real limitado sobre finca no inscrita en el Registro, con arreglo a lo dispuesto en el art. 32.1 del R.H.

§5. Inscripción y tradición.

Nuestro C.C. mantiene en el art. 609.2 que «la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten por ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y **por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición..»**. Esta es la llamada teoría del **título** (contrato de finalidad traslativa) y del **modo** (*traditio o entrega de la cosa vendida*).

En el Derecho español la mayoría de la doctrina opina que :

1º.- *La inscripción no sustituye a la tradición*. ROCA SASTRE. CASTÁN, LACRUZ, etc..; puesto que en nuestro Ordenamiento jurídico las transmisiones *inter vivos* se rigen por la teoría del título y del modo, es decir que se requiere la existencia de un **título** (o contrato antecedente) y un modo que requiere la tradición, entrega o puesta a disposición de la cosa. (Arts. 609, 1095 y 1.462 a 1.464 cc).

La tradición y la inscripción son dos elementos de distinta naturaleza : el

primero está destinado a perfeccionar el proceso adquisitivo y el segundo está destinado a dar publicidad a la titularidad que es consecuencia de la transmisión.

La propiedad y los demás derechos reales se adquieren y se transmiten en nuestro ordenamiento jurídico por medio de actos y contratos seguidos de la tradición: el Registro recibe la mutación jurídico-real cuando ya se ha producido de conformidad con los propios principios rectores del Ordenamiento en esta materia. De ahí que el acceso al Registro presupone la concurrencia del título y del modo.

2) *La inscripción sustituye a la tradición en un sólo caso en concreto.* Esta es la postura de NÚÑEZ LAGOS y SÁNCHEZ ROMÁN, referida al tema de la doble venta (art. 1.473 cc). Este art. Establece que : «Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores la propiedad se transferirá la persona que primero haya tomada posesión de ella con buena fe, si fuera mueble.

Si fuere inmueble, la **propiedad** pertenecerá al **adquirente** que **antes la haya inscrito en el Registro.**

Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y faltando ésta , a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe.»

§6.- La inadmisibilidad de los documentos no inscritos: El art. 313 LH.

En nuestro sistema registral la regla general es la de la **inscripción voluntaria** o **facultativa**, y excepcionalmente es **obligatoria** o **coercitiva**. Sin embargo, a estas precisiones debe añadirse que en nuestro Ordenamiento hipotecario la **inscripción** está **fuertemente estimulada**; ya en forma positiva, atribuyendo al ingreso en el Registro un creciente número de ventajas, ya de forma negativa e indirecta, limitando la eficacia de los derechos no inscritos, como medio de impulsar a los particulares a inscribirlos.

La finalidad del art. 313 LH no es otra que la de fomentar la inscripción de los derechos, , estableciendo para ello la inadmisibilidad de los documentos o escrituras que pudiendo haber sido inscritas no lo han sido. (VALPUESTA)

Este precepto, introducido en la reforma de 1944, alteró el sistema de la legislación anterior introduciendo la denominada normativa de la **ineficacia procesal absoluta de los documentos no inscritos**, que venía a establecer que si bien la inscripción continuaba siendo potestativa y de efectos declarativos, será premisa ineludible para el ejercicio de los derechos sobre los inmuebles. De esta forma , si bien no se le da a la inscripción carácter constitutivo, se le da tan singular sustantividad que solamente las relaciones inscritas producirán plena eficacia legal. (CHICO Y ORTIZ)

Consecuentemente con aquella doctrina el art.313 LH estableció que: «Los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales, los Consejos y las Oficinas del Estado, **no admitirán ningún documento o escritura que no se haya tomado razón en el Registro** por los cuales se constituyan, reconozcan, transmitan o modifiquen, o extingan derechos reales sujetos a inscripción, si el objeto de la inscripción fuere hacer efectivo, en perjuicio de tercero, un derecho que debió ser inscrito. Si tales derechos hubieran tenido ya acceso al Registro, la inadmisión procederá cualquiera que sea la persona contra quien se pretenda hacerles valer ante los Tribunales, Consejos y Oficinas expresados»

En este artículo, según ROCA SASTRE, se sigue el criterio de la inadmisibilidad, por parte de los organismos oficiales, de los títulos en los que conste algún acto registrable no registrado y que les fueren presentados para hacerlos valer **contra cualquier persona** si se refieren a finca inmatriculada, o **contra tercero** si se refieren a finca no inmatriculada.

Ej. Quien compró una casa mediante escritura pública y no inscribió dicha compraventa en el Registro no podrá utilizar ante el Juzgado la mencionada escritura, si bien el contrato que contiene dicho documento continuará siendo válido, pero para demostrar su validez el comprador tendrá que utilizar cualquier otro medio de prueba.

La doctrina al interpretar el art. 313 LH distingue dos supuestos (VALPUESTA):

a) Que la finca sobre la que recae el derecho reflejado en el documento o escritura no esté inmatriculada. En tal caso la inadmisibilidad del documento únicamente procederá cuando se quiera hacer valer tal derecho contra un tercero.

B) Que la finca esté inmatriculada. En este caso la inadmisión procederá contra cualquier persona contra la que se quiera hacer valer aquel derecho.

La **eficacia del art 313 LH** es **limitada** y además de **carácter meramente procesal**, y se complementa con el art. 585 y 586 RH que establecen, que en el caso del art. 313 se suspenderá el curso de la demanda, reclamación o expediente hasta que vuelva a presentarse con nota de haberse tomado razón del documento en el Registro.

El art. 313 Lh se desenvuelve en la órbita del art. 32 LH según el cual «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero»

2º.- Principio de fe pública registral: Este principio, según LACRUZ Y SANCHO, constituye la clave de todo el planteamiento registral, puesto que la consecuencia más importante de la publicidad registral; el mismo aparece recogido en el art. 34 L.H. y según el mismo la adquisición realizada por persona que reúna los cuatro requisitos de este artículo²⁸ Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral de la que tuviere su causante o transferente. deberá ser mantenida en su adquisición aunque luego se anule o resuelva el derecho del otorgante por causas que no consten en el Registro.

Este principio también se manifiesta en los arts. 32, , 37, 40 y 76 LH. Al beneficiario de la fe pública registral se le denomina **tercero hipotecario** y debe reunir los requisitos exigidos por el art. 34 LH. (VALPUESTA)

²⁸Art. 34 L.H. El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o se resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro,

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

TEMA 5

LOS OTROS ASIENTOS DEL REGISTRO. EXTINCIÓN Y CADUCIDAD.

§ 1.-Las anotaciones preventivas

§ 2.-Las notas marginales

§ 3.-La cancelación

§ 4.-La caducidad

§ 5.-Inexactitud, nulidad y rectificación

§1. Las anotaciones preventivas

Junto al asiento de inscripción la Ley Hipotecaria regula otros asientos más simples y de menor solemnidad que la inscripción, uno de estos asientos es la *anotación preventiva*. La legislación hipotecaria no define la anotación preventiva, limitándose a enumerar sus clases en el art. 42 de la LH; según ROCA SASTRE, es la variedad de clases de anotaciones preventivas es un obstáculo tanto para encontrar un concepto de anotación preventiva como para establecer su naturaleza jurídica.

Concepto.- La anotación preventiva, según VALPUESTA, es un asiento de vigencia limitada, que **viene a completar la información que suministra el asiento de inscripción**, publicando situaciones jurídicas que pueden provocar una modificación jurídico real. La misma tiende a coordinar realidad y Registro, dando entrada a este último a una serie de situaciones que no pueden ser objeto de un asiento de inscripción, pero que, sin embargo, inciden en su contenido. Sirve para **avisar** al que consulta el Registro **de que la realidad** que el mismo publica **se puede ver alterada**, con una importante consecuencia, que este asiento también se beneficiará de la publicidad registral.

Caracteres.- Señala CAMPUZANO, como caracteres comunes y formales de toda clase de anotación preventiva:

A.)- La **temporalidad**, en cuanto la anotación preventiva es, por su propia indole, un asiento de duración limitada. (**art. 86 LH**: «las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, **caducarán a los cuatro años** de su fecha salvo que aquellas que tengan señalado en la Ley un plazo de caducidad más breve»)

B.)- La **eventualidad**, en cuanto es propio de ella, el que la relación jurídica a que se refiere, puede resolverse en un determinado sentido o en su contrario.

C.)- La **medialidad**.-El que la anotación preventiva **no pone término al procedimiento hipotecario**, sino que es, simplemente, un trámite del mismo, ya que tras ella ha de venir de otro asiento posterior, que será una inscripción, si el derecho anotado se consolida, o una cancelación, si pierde su virtualidad.

Efectos: Estos dependen de cada una de las anotaciones, pero tienen un efecto común, la de **avisar** que se puede producir una modificación en la situación jurídica real publicada en el asiento de inscripción, a fin de que los terceros adquirentes tengan conocimiento de la misma y no puedan oponer, en caso de que se produzca, la condición de tercero hipotecario del art. 34 LH. El tercero nunca podrá alegar la buena fe. (VALPUESTA)

Clases: En el artículo 42 de la L.H. se establecen las siguientes clases de anotaciones preventivas:

«Podrán pedir **anotación preventiva** de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente:

- 1.- El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real.
- 2.- El que obtuviere a su favor mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo en bienes inmuebles del deudor.
- 3.- El que en cualquier juicio obtuviese sentencia ejecutoria condenando al demandado, la cual deba llevarse a efecto por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- 4.- El que, demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquiera obligación, obtuviere, con arreglo a las leyes, providencia ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles.
- 5.- El que propusiere demanda con objeto de obtener alguna de las resoluciones judiciales expresadas en el número cuarto del artículo 2 de esta Ley.
- 6.- Los herederos respecto de su derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación entre ellos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos.
- 7.- El legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaría.
- 8.- El acreedor refaccionario, mientras duren las obras que sean objeto de la refacción.
- 9.- El que presentare en el Registro algún título cuya inscripción no pueda hacerse por falta de algún requisito subsanable o por imposibilidad del Registrador.
- 10.- El que en cualquiera otro caso tuviese derecho a exigir anotación preventiva, conforme a lo dispuesto en ésta o en otra Ley.

La enumeración de las anotaciones preventivas no se cierra con el art. 42 LH, puesto que podemos encontrar otros supuestos en la LH y en el RH.

Clasificación de las anotaciones preventivas:

A. Por su función.

•**Anotaciones de mera publicidad registral.** Según ROCA SASTRE, son aquellas que sólo constatan en el Registro la existencia de demanda judicial presentada frente a lo inscrito, o aquellas otras en las que se solicita una incapacidad, o una prohibición judicial o administrativa de disponer o enajenar, o de un secuestro judicial o de un título por defectos subsanables o imposibilidad del Registrador no puede ser objeto de asiento de inscripción.

Su función es de servir de mero **instrumento de publicidad negativa** de aquellas situaciones jurídicas que no pueden inscribirse. Ej. Las demandas no pueden inscribirse, de acuerdo con lo establecido en el art. 9 LH, por lo que únicamente puede hacerse publicidad de su existencia a través de la anotación preventiva. La función de estas anotaciones es impedir su inoperancia por efectos de la fe pública del registro. Ej. De este modo existiendo una anotación preventiva de una demanda de acción reivindicatoria, quien adquiere una finca en la que conste esa anotación preventiva, ya no podrá alegar la BF en su adquisición.

- Son **constitutivas**: Las restantes anotaciones son, en general, constitutivas, y se caracterizan por la constitución registral, provisional y subordinada de un derecho accesorio que viene a reforzar la relación básica. No sólo publican la existencia de una relación, sino que además constituyen una especial garantía del registro, en cuanto que garantizan la realización dineraria de la finca o derecho real anotado al modo de una hipoteca. Ej. Las anotaciones de embargo judicial

B. *Anotaciones que no cierran el Registro y otras que provocan el cierre del mismo.* Las primeras son la regla general en nuestro sistema, ya que la extensión de una anotación no impide que el inmueble sea objeto de nuevas anotaciones. Las segundas, en cambio, impiden la práctica de ningún asiento posterior: por ejemplo, las de prohibición de disponer.

C.-Por el modo de acceder las anotaciones en el Registro:

- **Legales o de oficio.**- son aquellas que debe practicar el Registrador por mandato legal.
- **Voluntarias** son las que se practican a solicitud de los interesados (del legatario que no puede promover juicio de testamentaria, acreedor refaccionario, por defecto subsanable etc.).
- **Judiciales**, las ordenadas por la Autoridad (como son las de los cinco primeros números del art. 42 de la LH).
- **Administrativas**, son las ordenadas por las autoridades Administrativas.

D) Por su objeto o finalidad especial:

- Anotaciones preventivas de **situaciones inmobiliarias de contención judicial** en las que se anota la existencia de la instancia judicial correspondiente. Entran en este grupo las anotaciones de demanda en sus diversas manifestaciones (son las comprendidas en el art 42.1.º y 5º de la L.H. con sus variantes).
- Anotaciones preventivas de secuestro de bienes inmuebles o de prohibición judicial o administrativa de disponer o enajenar (las comprendidas en los arts. 42.4º y 26.2.º de la L.H.)
- Anotaciones preventivas de títulos que por razón de defectos subsanables o por otras circunstancias no pueden ser objeto del asiento de inscripción o de cualquier otro asiento al que tiendan (son las previstas principalmente en el art.42.6º y 9º de la L.H. y art.161 del R.H.)
- Anotaciones preventivas que tengan por objeto constituir una especial garantía registral (previstas en los arts. 42.2º, 3º, 7º,8º y 45 de la L.H.)

LA EXTINCIÓN DE LAS ANOTACIONES: SU CADUCIDAD Y CONVERSIÓN.

Según el art. 77 LH las anotaciones preventivas se extinguen por cancelación, caducidad, y su conversión en inscripciones.

Como regla general las anotaciones preventivas **caducarán** a los cuatro años. (Art. 86) prorrogables por otros cuatro años que deberá hacerse mediante otra anotación.

§2. LAS NOTAS MARGINALES

1.-CONCEPTO

Es un asiento registral, de carácter secundario o **acesorio, definitivo y positivo**, que se extienden **al margen** de otros asientos, y que tiene una triple finalidad: a) consignar hechos o circunstancias que modifiquen derechos inscritos. b) hacer las veces de otros asientos (de inscripción, anotación preventiva o cancelación) c) facilitar la mecánica de la **oficina** del Registro. (ROCA SASTRE)

Se les denomina **notas** porque se extienden siempre al **margen izquierdo de los libros** correspondientes, que queda en blanco para la extensión de las mismas, y expresan en forma simple el hecho que quiere reflejar. (Vid. arts. 365, 366 y 386 RH)

2.- CARACTERES:

De acuerdo con ROCA SASTRE:

-Es un **asiento acesorio** por cuanto que la nota marginal carece de existencia propia (salvo cuando hace las veces de una inscripción o anotación preventiva o cancelación, o facilitar la mecánica del Registro)

-Es un **asiento definitivo** ya que no tiene el carácter provisional de las anotaciones, no obstante hay que exceptuar el caso en que sea sucedánea de una anotación o implique por sí una anotación preventiva.

-Tiene carácter **positivo** puesto que, a excepción de las de tipo cancelatorio, no tiene la nota marginal, el carácter provisional de las anotaciones.

3.- CLASES

Se distinguen tres clases de notas marginales en relación a su finalidad o cometido:

a) **Notas marginales de modificación jurídica.**

Son las que **consignan registralmente hechos o circunstancias que alteran la situación jurídica registrada**. Son aquellas que -como dice LACRUZ- dan fe de un acontecimiento, sea un hecho, sea la celebración de un negocio jurídico, sea la emisión de una declaración de voluntad, que implican o determinan un cambio jurídico-real, pero que, por sí, no tiene envergadura suficiente para provocar una inscripción. Publican, por tanto, dicho hecho, negocio o declaración relacionándolo con el asiento a que se refieren. Son en su consecuencia, **acesorias de una inscripción, a la que complementan**. Se practican a instancia de parte.

Ej. las notas marginales que consignan las condiciones bajo las cuales pueden aparecer inscritos los derechos (art. 23, LH); las que indican el cambio de domicilio del deudor hipotecario (art. 130 LH); las que acreditan haberse incoado el procedimiento de ejecución hipotecaria (art. 131, LH); las que prueban la aceptación por el deudor de la hipoteca constituida unilateralmente (art. 141 LH); las que hacen constar el cambio de propiedad privada en pública (art. 6, RH), etc. .

b) Notas marginales sucedáneas o con función equivalente a la de asientos de inscripción, anotación preventiva o cancelación.(ROCA SASTRE)

Son, pues, aquellas notas que están destinadas a recoger contenidos que, si bien habrían de revestir normalmente la figura de una inscripción, sin embargo, por disposición expresa de la Ley pueden adoptar esta forma más simple de la nota marginal. La eficacia de estas notas es la propia del asiento al que sustituye.

Ej.- La nota que señala un embargo ordenado en causa criminal o por débitos a la Hacienda pública (art. 170, RH); la de prórroga concedida por el Registrador tratándose de una anotación por falta de previa inscripción (art. 205, RH), etc.

c) Notas marginales de oficina.

No tienen otra finalidad que la de **relacionar y coordinar** con brevedad los **distintos asientos, folios y Libros del Registro con otros**, facilitando así el manejo de los libros del Registro y coordinando las operaciones registrales, estas notas carecen de consecuencias jurídicas puesto que tienen una misión meramente mecánica o material. (ROCA SASTRE). Las notas de marginales de oficina las practica de oficio el Registrador.

Ej. Las extendidas en los supuestos de agrupación o segregación (arts 45 y ss. R.H); la puesta al margen de un asiento cancelado de referencia al asiento cancelador. (Art. 195 R.H.), o las notas que debe extender el Registrador al margen de los asientos de presentación, indicando el tomo y folio en que se haya de practicado la inscripción, anotación preventiva, cancelación o nota marginal a que haya dado lugar el título presentado (art. 250 LH).

4.- EFECTOS.

Las **notas marginales de oficina** no producen otros efectos que el de coordinar, conectar o relacionar unos asientos con otros.

Las **notas marginales de modificación jurídica** producen los efectos de publicar registralmente el hecho o circunstancias que da lugar o produce la modificación del acto o derecho inscrito.

Las **notas marginales sucedáneas de otros asientos** producen los efectos propios de los asientos a los que sustituye.

Salvo las notas marginales de oficina, las demás vienen a integrar el contenido del Registro y pueden servir de *base a los principios de legitimación y de fe pública* en cuanto que el hecho de aparecer consignadas en el Registro les dota de eficacia *erga omnes*.

§3. LA CANCELACIÓN

1.- CONCEPTO.- La cancelación es la **operación de extinguir algún asiento practicado en el Registro.**

La cancelación es -según DÍAZ-PICAZO-la operación registral que conduce a la práctica de un **asiento** que tiene por exclusivo objeto dejar sin efecto y publicar la pérdida de vigencia de otro anterior.

Para DE LA RICA el asiento de cancelación es «un **asiento principal** extendido en los mismos libros, folios y lugar de éstos que los asientos de inscripción y de anotación, por cuya virtud se deja sin efecto registralmente, en todo o en parte, otro asiento principal, bien por extinción total o parcial del derecho inscrito o anotado, bien

por otra cualquier causa que determina legalmente la extinción del asiento que deba cancelarse».

2.- CARACTERÍSTICAS.

- La cancelación como asiento registral tiene por función **extinguir formalmente otro asiento** concreto y determinado del Registro. No obstante pueden existir cancelaciones que más que extinguir un asiento anterior, constatan registralmente su extinción por caducidad, ya operada con anterioridad.

- Por virtud del asiento de cancelación queda desregistrado, en palabras de ROCA SASTRE, el contenido del asiento cancelado lo que significa que a todos los efectos hipotecarios y en especial a los derivados de la fe pública registral y de la legitimación del Registro, la cancelación hace que el asiento afectado por ella deje de integrar el contenido del Registro, originando su pérdida de eficacia como medio de publicidad registral. El asiento de cancelación actúa a modo de certificado de la extinción o muerte de un asiento.

- El asiento de cancelación es de tipo **accesorio** y **negativo** por presuponer que hay un asiento anterior a cancelar.

- Por último, es un asiento **definitivo** y **final**. Definitivo por repeler toda provisionalidad o caducidad; final por poner término a un proceso registral definido, imposibilitando cualquier otra operación registral relativa al derecho cancelado.

3.- CLASES DE CANCELACIONES.

A) Cancelación **total o parcial**, según se deje sin efecto la totalidad del asiento anterior o sólo una parte del mismo. A esta clasificación se refiere el art. 78 de la LH cuando dice: «La cancelación de las inscripciones o anotaciones preventivas podrá ser total o parcial»

B) En atención al título en virtud del cual se realizan, se pueden distinguir las cancelaciones operadas **a instancia de parte, por orden de Autoridad y de oficio por el Registrador**.

C) Según la intervención que en ellas tenga el titular del asiento registral a cancelar, se puede diferenciar entre cancelaciones practicadas con, contra o sin el consentimiento del mismo, o lo que es lo mismo, **cancelatorias voluntarias y obligatorias**.

D) En atención al asiento a cancelar, la cancelación puede ser **de asientos de inscripción, de anotación preventiva, de cancelación y de nota marginal**.

E) Finalmente, por su forma, pueden ser **extensas o concisas**, según que hayan de constar la integridad o sólo parte de las circunstancias formales determinadas por la ley hipotecaria y su reglamento.

4.- CAUSAS DE CANCELACIÓN TOTAL Y PARCIAL.

Las causas de cancelación dependen de que la cancelación sea total o parcial.

a) **Cancelación total**.-En el **art. 79** de la L.H. se establecen cuatro causas por las que puede pedirse y deberá ordenarse la cancelación total de las inscripciones y anotaciones:

- 1) Cuando **se extinga** por completo **el inmueble** objeto de las mismas.
- 2) Cuando **se extinga** por completo **el derecho inscrito o anotado**.
- 3) Cuando se declare la **nulidad del título** en cuya virtud se hayan hecho.
- 4) Cuando se declare la **nulidad de la inscripción o anotación** por falta de alguno de sus requisitos esenciales.

b) **Cancelación parcial.**- En el **art. 80 L.H.** se establecen dos causas por las que puede pedirse y deberá declararse la cancelación parcial:

- 1) Cuando se reduzca el inmueble objeto de la inscripción o anotación preventiva.

P.ej. por accidentes naturales o por voluntad del propietario, como cuando se produce la demolición de uno o más pisos de una finca.

- 2) Cuando se reduzca el derecho inscrito o anotado.

Ej. cuando el derecho sufre una disminución de grado, extensión, cuantía o de cualquier otra índole.

5.- FORMA DE LA CANCELACIÓN.-

La ley distingue, a estos efectos, según los asientos a cancelar sean los que se practicaron en virtud de escritura pública o bien mediante mandamiento judicial o documento equivalente. Con respecto de los primeros, determina como principales títulos para la cancelación la voluntad de las partes y la sentencia.

A) Cancelación de las inscripciones que se practicaron en virtud de escritura pública

Caben dos posibilidades:

a.1) La cancelación (voluntaria) de la inscripciones con el consentimiento del perjudicado: art. 82 LH «Las inscripciones o anotaciones preventivas se cancelarán en el caso de que preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiera hecho la inscripción o anotación».

Ej: Se inscribe un derecho de servidumbre, pero más tarde se extingue por acuerdo dicho derecho y lo que se hace es cancelar ese derecho mediante otra escritura pública en la que se manifiesta el consentimiento del perjudicado.

a.2) La cancelación de esa inscripción en virtud de la sentencia: el evento contemplado es el de un derecho inscrito en virtud de escritura, que se ha extinguido. Para poner el Registro en concordancia con la realidad hay que rectificarlo, mediante la correspondiente cancelación. Pero si ésta no se consigue porque no consiente en ella aquel a quien perjudique, podrá el interesado exigirla en juicio ordinario.

a.3) La cancelación sin la voluntad del perjudicado. Las inscripciones o anotaciones preventivas tomadas en virtud de escritura pública podrán cancelarse sin consultar al perjudicado cuando: «el derecho inscrito quede extinguido por declaración de la ley o así resulte del mismo título en cuya virtud se practicaron» **art. 82.2 LH**

B) Cancelación de las inscripciones que se practicaron en virtud de sentencia.

Cuando las inscripciones o anotaciones se hayan practicado en en virtud de

mandamiento judicial no se cancelarán sino mediante otra sentencia judicial. **Art. 83 LH.**

C) Cancelación de las inscripciones por acto administrativo.

Solo se cancelarán mediante resolución administrativa determinados derechos contemplados expresamente que se refieren a actuaciones derivadas del procedimiento de apremio por deudas a la Hacienda pública, como el del art. 27 R.H.

D) Cancelación de oficio.

Son aquellas cancelaciones que debe practicar el Registrador sin que le sea solicitada por la parte interesada, ni proceda resolución judicial en ese sentido.

Los supuestos mas habituales son: la cancelación de las anotaciones preventivas caducadas, art. (206-13R.H.), la del asiento de inmatriculación cuando no se haya justificado la publicación de edictos en el plazo señalado, (art. 198 R.H.) y la cancelación del asiento de presentación una vez transcurrido el plazo de vigencia, sin haberse despachado el documento, tomado anotación preventiva o interpuesto recurso gubernativo. (art. 436 R.H)

Cancelación de las anotaciones preventivas:

La cancelación de las anotaciones se rige por las normas de las inscripciones, con las particularidades regladas en los arts. 206 a 210 RH. Según ellos la cancelación procede cuando la anotación se ha convertido en inscripción definitiva, cuando ha renunciado a ella el titular, o bien la anotación ha caducado.

Cancelación de las notas marginales:

Según el **art. 189 RH** «Las notas marginales que consignen circunstancias o hechos que impliquen modificación o extinción de los derechos inscritos, se cancelarán por medio de otra nota marginal.»

Eficacia de la cancelación:

La cancelación, según LACRUZ Y SANCHO, no equivale a la operación material de privar de existencia física a la documentación de una precedente publicidad . El asiento cancelado no se destruye, tacha o borra, al contrario continua sin variación material en el folio en que fue escrito. Lo que hace la cancelación es eliminar la vigencia jurídica actual del asiento, es decir, dejarlo sin valor como si dejara de estar inscrito.

§ 4. LA CADUCIDAD

Junto a la cancelación existe en Derecho español otros medios para dejar sin vigencia un asiento, que son su **sustitución por un nuevo asiento** y la **caducidad** del mismo.

La *caducidad* significa que por mandato de la ley, un asiento deja de tener vigencia transcurrido el plazo de duración del mismo. La misma sólo rige para los asientos de duración temporalmente limitada, como la anotación preventiva y determinadas notas marginales.

2.-CARACTERES

. -Su efecto es automático: no precisa solicitud por parte de los interesados, ni mandato del juez, etc. Transcurrido el plazo de vigencia, el asiento deja de producir efectos.

-La caducidad del asiento es independiente del derecho que ese asiento pueda tener. Son dos entes distintos y autónomos.

Hemos de señalar en este punto que las inscripciones tienen un valor indefinido.

Mientras que la Anotación Preventiva, es hoy, por naturaleza, un asiento de duración limitado ya que de acuerdo con el **Art. 86 LH** caducarán a los cuatro años de su fecha, salvo que tengan otro plazo de caducidad más breve señalado por Ley..

Hay que hacer constar en la caducidad que en principio el asiento pierde el valor por si mismo y habrá que hacer constar que el asiento ha caducado mediante una **nota marginal**.

§ 6. INEXACTITUD, NULIDAD Y RECTIFICACIÓN

1.- LA INEXACTITUD.

Los asientos del Registro pueden estar en contradicción con la situación real (extrarregistral), bien por anunciar titularidades que nunca han existido válidamente, bien por hacerlos constar en forma diversa de la verdadera, anunciando como vigente una situación jurídica anterior que ya ha cambiado; ésta última inexactitud en un sistema como el nuestro es inevitable. (LACRUZ Y SANCHO).- Ej: el propietario inscrito de una finca otorga la escritura pública de venta, en el Registro se anuncia como propietario al vendedor, pero ya no lo es.

Será inexactitud **sobrevenida**, normal, aquella que se produce desde que tiene lugar el cambio real- vgr. la constitución, transmisión,...de un derecho sobre la finca hasta que se inscribe. Puesto que entre ambos momentos siempre hay un lapso de tiempo.

Hay una inexactitud anormal, **originaria** cuando la inscripción que se practica en el Registro anuncia un cambio real que no se ha producido , o titularidades sobre una finca que no existe o derechos que no pertenecen al titular registral o le pertenecen en proporción distinta, o deja de anunciar cambios efectivamente producidos o derechos vigentes.

A ambos tipos de inexactitud, originaria y sobrevenida se refiere el **Art. 39 LH** cuando establece que : «Por inexactitud del Registro se entiende todo desacuerdo que en orden a los derechos inscribibles exista entre el Registro y la realidad jurídico extra-registral.»

Diferente de la inexactitud es la **irregularidad de los asientos** (aunque relacionada con ella). No es éste un concepto legal, sino doctrinal y significa que en el en el asiento practicado, existe algún **fallo o defecto**, que puede referirse tanto al título irregular que sirvió para practicarlo como a los fallos cometidos en el acto de su Práctica. (LACRUZ Y SANCHO).

. La ley para designarlos no habla genéricamente de irregularidades o defectos , sino más específicamente de nulidad o error.

Clases de irregularidades:

-a) *Irregularidades que no afectan a la validez del asiento ni del título:* son aquellas faltas de menor entidad, que tan sólo dan lugar a su corrección o enmienda.

-b) *Invalidez o deficiencia del título inscrito:* (nulidad material)

Caben aquí todos aquellos supuestos en los que el título recogido en los libros es falso, nulo o anulable, etc.

Aquí la doctrina habla de nulidad material del asiento.

-c) *Nulidad del asiento* (nulidad formal):

Cuando en la extensión de un asiento no se han guardado las reglas esenciales o su contenido es inadmisibles, incompleto o deficientemente formulado o bien no se corresponde a lo que manifiesta el título inscribible o no corresponde absolutamente a ningún título. (art. 40 L.H)

La doctrina habla aquí de nulidad formal---> cuando falta alguna de las circunstancias del **art. 9 LH**.

- ELIMINACION DE LA INEXACTITUD SOBREVENIDA

La inexactitud sobrevenida a consecuencia de un cambio real que no se ha inscrito, se elimina haciéndolo constar en el Registro.

- ELIMINACION VOLUNTARIA DE INEXACTITUD ORIGINARIA O NULIDAD

El registrador no puede proceder de oficio a rectificar una inexactitud originaria, es preciso el consentimiento del titular inscrito o una sentencia judicial.

- ELIMINACION NO VOLUNTARIA DE LA INEXACTITUD O NULIDAD

En los mismos supuestos ahora indicados, de nulidad o mera inexactitud con asiento válidamente practicado (es decir, no siendo éste formalmente nulo), a falta de rectificación voluntaria del Registro puede ésta exigirse por vía jurisdiccional. Para ello disponemos de la "**acción de rectificación**" (art. 40 L.H.) que faculta al titular real para dirigirse contra el titular registral, en demanda de la posición registral en el sentido de que se declare que el Registro ha de ser rectificado haciendo constar, en lugar de la titularidad del demandado, la del demandante.

- ELIMINACION DE LA NULIDAD FORMAL (Los errores)

La nulidad formal supone un defecto de forma del asiento que lo invalida. Pero los conceptos de nulidad y de error en tema de asientos son, desde luego, distintos.

El error puede ser por ejemplo la falta de firma del Registrador, la extensión del asiento en folio de otra finca, etc.

El error puede darse cuando los datos del título se han tomado defectuosamente, o se han omitido y la nulidad formal es consecuencia de la falta de requisitos esenciales.

La ley Hipotecaria distingue y define el "error material" y el "de concepto", facilitando la rectificación del primero y planteando mayores exigencias para la del

segundo.

-error material: el asiento dice lo que el registrador no quiso decir. (211 L.H)

-error de concepto: cuando al expresar en la inscripción algunos de los contenidos de los títulos se altere o varíe su contenido. (216 L.H)

- EFECTOS DE LA RECTIFICACIÓN

Cualquier variación en el contenido del asiento es inoperante frente al tercer adquirente protegido por la fe pública registral, arts 40 y 34 L.H.

§ 6. INEXACTITUD, NULIDAD Y RECTIFICACIÓN

La inexactitud.

Los asientos del Registro pueden estar en contradicción con la situación real (extrarregistral), bien por anunciar titularidades que nunca han existido válidamente, bien por hacerlos constar en forma diversa de la verdadera, anunciando como vigente una situación jurídica anterior que ya ha cambiado; ésta última inexactitud en un sistema como el nuestro es inevitable. (Lacruz y Sancho)

Ej: el propietario inscrito de una finca otorga la escritura pública de venta, en el Registro se anuncia como propietario al vendedor, pero ya no lo es.

Será inexactitud **sobrevenida**, normal, aquella que se produce desde que tiene lugar el cambio real- vgr. la constitución, transmisión,...de un derecho sobre la finca hasta que se inscribe. Puesto que entre ambos momentos siempre hay un lapso de tiempo.

Hay una inexactitud anormal, **originaria** cuando la inscripción que se practica en el Registro anuncia un cambio real que no se ha producido, o titularidades sobre una finca que no existe o derechos que no pertenecen al titular registral o le pertenecen en proporción distinta, o deja de anunciar cambios efectivamente producidos o derechos vigentes.

A ambos tipos de inexactitud, originaria y sobrevenida se refiere el **Art. 39 LH** cuando establece que: «Por inexactitud del Registro se entiende todo desacuerdo que en orden a los derechos inscribibles exista entre el Registro y la realidad jurídico extra-registral.»

Diferente de la inexactitud es la **irregularidad de los asientos** (aunque relacionada con ella). No es éste un concepto legal, sino doctrinal y significa que en el asiento practicado, existe algún **fallo o defecto**, que puede referirse tanto al título irregular que sirvió para practicarlos como a los fallos cometidos en el acto de su Práctica. (Lacruz y Sancho).

La ley para designarlos no habla genericamente de irregularidades o defectos, sino más específicamente de nulidad o error.

Tales irregularidades podemos clasificarlas en tres grupos:

-a) Irregularidades que no afectan a la validez del asiento ni del título: son aquellas faltas de menor entidad, que tan sólo dan lugar a su corrección o enmienda.

-b) Invalidez o deficiencia del título inscrito: (nulidad material)

Caben aquí todos aquellos supuestos en los que el título recogido en los libros es falso, nulo o anulable, etc.

Aquí la doctrina habla de nulidad material del asiento.

-c) Nulidad del asiento (nulidad formal):

Cuando en la extensión de un asiento no se han guardado las reglas esenciales o su contenido es inadmisibile, incompleto o deficientemente formulado o bien no se corresponde a lo que manifiesta el título inscribible o no corresponde absolutamente a ningún título. (art. 40 L.H)

La doctrina habla aquí de nulidad formal--> cuando falta alguna de las circunstancias del **art. 9 LH**.

ELIMINACION DE LA INEXACTITUD SOBREVENIDA

La inexactitud sobrevenida a consecuencia de un cambio real que no se ha inscrito, se elimina haciéndolo constar en el Registro.

ELIMINACION VOLUNTARIA DE INEXACTITUD ORIGINARIA O NULIDAD

El registrador no puede proceder de oficio a rectificar una inexactitud originaria, es preciso el consentimiento del titular inscrito o una sentencia judicial.

ELIMINACION NO VOLUNTARIA DE LA INEXACTITUD O NULIDAD

En los mismos supuestos ahora indicados, de nulidad o mera inexactitud con asiento válidamente practicado (es decir, no siendo éste formalmente nulo), a falta de rectificación voluntaria del Registro puede ésta exigirse por vía jurisdiccional. Para ello disponemos de la "**acción de rectificación**" (art. 40 L.H.) que faculta al titular real para dirigirse contra el titular registral, en demanda de la posición registral en el sentido de que se declare que el Registro ha de ser rectificado haciendo constar, en lugar de la titularidad del demandado, la del demandante.

ELIMINACION DE LA NULIDAD FORMAL (Los errores)

La nulidad formal supone un defecto de forma del asiento que lo invalida. Pero los conceptos de nulidad y de error en tema de asientos son, desde luego, distintos.

El error puede ser por ejemplo la falta de firma del Registrador, la extensión del asiento en folio de otra finca, etc.

El error puede darse cuando los datos del título se han tomado defectuosamente, o se han omitido y la nulidad formal es consecuencia de la falta de requisitos esenciales.

La ley Hipotecaria distingue y define el "error material" y el "de concepto", facilitando la rectificación del primero y planteando mayores exigencias para la del segundo.

-error material: el asiento dice lo que el registrador no quiso decir. (211 L.H)

-error de concepto: cuando al expresar en la inscripción algunos de los contenidos de

los títulos se altere o varíe su contenido. (216 L.H)

EFFECTOS DE LA RECTIFICACION

Cualquier variación en el contenido del asiento es inoperante frente al tercer adquirente protegido por la fe pública registral , arts 40 y 34 L.H.

Tema 6: LA PRIORIDAD Y EL REGISTRO

§1.- El principio de prioridad registral.

§2.- El cierre registral.

§3.- El rango registral.

§4.- La mutabilidad del rango registral.

§1.- El principio de prioridad registral.

A.- INTRODUCCIÓN.

Las **relaciones obligatorias o de crédito**, en cuanto que suponen la sujeción del patrimonio del deudor a una determinada responsabilidad (art. 1911 cc) son siempre compatibles unas con otras en cuanto a su exigencia, todas las obligaciones tienen el mismo **rango**, es decir que todas pueden ser hechas efectivas a la vez. Este principio, propio de los derechos de crédito es el denominado principio de **igualdad de los acreedores** o de la *par conditio creditorum*. (Arts. 1925 y 1.929.3 cc) (LACRUZ Y SANCHO)

Por el contrario, los **derechos reales**, por su carácter de relación jurídica inmediata y excluyente con la cosa son poco propicios a su coexistencia en pie de igualdad; no es habitual la coexistencia de varios derechos reales, todos ellos con la misma categoría y eficacia. Esto es completamente imposible en materia de propiedad, salvo los supuestos de cotitularidad, y muy difícil en los derechos en cosa ajena, en los cuales la regla general es que cada uno tenga su propio puesto u orden con relación a los demás. (LACRUZ Y SANCHO)

Habida cuenta esa dificultad para coexistir en el mismo plano de derechos reales cuando coinciden sobre una misma cosa, se precisa de un criterio, que lo proporciona el principio de prioridad. Aquel principio determina, cual de entre varios **derechos incompatibles prevalece** sobre otro, (por ejemplo, cuando varias personas pretenden ser los únicos propietarios del mismo inmueble) y, por otra parte, cuando varios **derechos sean compatibles** (ej. hipotecas y embargos) entre sí, establece cómo han de **coexistir** y qué **preferencias de orden** tienen cada uno en relación a los demás.

B.- CONCEPTO.

Este principio de la **prioridad registral**, según ROCA SASTRE, es «aquel en cuya virtud el *acto registrable* que *primero ingresa en el Registro* de la propiedad se *antepone* con **carácter excluyente** (cuando los derechos son incompatibles) o con **carácter prelativo** o de **superioridad de rango** (en el caso de derechos compatibles) a cualquier *otro acto registrable* que, siéndole *incompatible o perjudicial*, no hubiese sido aún ingresado en el Registro o lo hubiera sido con posterioridad, aunque, dicho acto fuese de *fecha anterior*»

Este principio es una manifestación de la vieja máxima *prior tempore potior*

iure (el primero en el tiempo tiene un derecho más fuerte). La razón de ser de este principio estriba en que al concebirse la publicidad registral como un medio de protección de los titulares que acceden al Registro, es razonable que se premie su diligencia en la pronta inscripción de sus derechos, y que se produzcan los efectos propios del cierre registral. La cuestión de la prioridad registral tiene importancia trascendental en un ordenamiento como el nuestro en el que los derechos reales pueden constituirse y transmitirse al margen del Registro, siempre que se cumplan los requisitos relativos al título y al modo. (VALPUESTA)

C.- LA PRIORIDAD Y EL REGISTRO.

La **prioridad** no se determina atendiendo a la antigüedad que tenga el título fuera del Registro, sino al **momento de su presentación**, que es cuando el derecho empieza a tener constancia registral. Este principio de prioridad registral no viene expresamente formulado como tal en ningún precepto específico, pero puede deducirse de los arts.17, 24, 25, 32 y 248 L.H, así como de los arts.1473 y 1927 C.c.

La antigüedad en la constancia registral se determina atendiendo a la *fecha del asiento de presentación*, la cual se hará constar en la *inscripción*; si hay coincidencia de fechas de presentación en los títulos presentados por dos personas distintas sobre un mismo inmueble, la prioridad se determinará por la *hora* y en su caso minutos, de presentación en el Registro de los títulos respectivos (Art.24 y 25 L.H). Es decir que la preferencia de las inscripciones en general se determina por el riguroso orden cronológico de los títulos al Registro. (ROCA SASTRE)

El **asiento de presentación** está regulado en el art. 248 LH. que establece que: «Los Registradores llevarán además un **libro llamado Diario**, donde en el momento de presentarse cada título extenderán un breve asiento de su contenido». Este asiento de presentación **sirve** para dar constancia del día, el mes, el año y la hora en que se verifica la presentación de cualquier título en el Registro.

Este asiento, según ROCA SASTRE, en relación al principio de prioridad, sirve para indicar al Registrador que ha de **mantener cerrados provisionalmente** los libros de inscripciones del Registro a los títulos presentados, para su inscripción que se opongan o sean incompatibles con otros títulos ya presentados también para su inscripción (vid. Art. 17.2 LH)

D.- CONDICIONAMIENTOS DEL PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL.

El principio de prioridad registral no es absoluto y está sometido a una serie de condicionamientos (ROCA SASTRE):

1.- La efectividad de este principio se halla supeditado al principio de la **fe pública** del Registro, de modo que el favorecido por la prioridad ha de reunir la condición de tercero hipotecario.

Ej. No está protegido por este principio quien, en el caso de una doble venta de una finca, inscribe el primero su título adquisitivo, pero carece de buena fe por ser conocedor de la primera venta.

2.- También está condicionado por el principio de **legalidad** y el de **tracto sucesivo**. Para ganar la prioridad no es suficiente la presentación registral, sino que es necesario que haya superado el trámite de la *calificación registral*. Además, para que pueda inscribirse el derecho es necesario que éste haya sido transmitido por quien aparezca como titular inscrito en el Registro, es decir que se cumpla el requisito del *tracto sucesivo*.

3.- Otro condicionante lo constituye los supuestos de permuta, posposición y reserva de rango hipotecario.

§2.- El cierre registral.

La preferencia del título que ha ingresado en el Registro tiene un doble juego según que tal preferencia sea **excluyente** de otro derecho o que tan sólo sea de **prelación o de mejor rango**; de ahí que desde la perspectiva de la publicidad registral el principio de prioridad tiene dos consecuencias importantes: el *cierre registral* y el *rango*. (VALPUESTA)

La primera consecuencia de la regla de la prioridad es el denominado **cierre registral**, que hace referencia únicamente a *derechos reales que son incompatibles entre si*, como sucede con la **propiedad** y algunos **derechos reales limitados**.

La propiedad o dominio es un derecho incompatible para ser reconocido en dos o más personas en bloque o por entero, únicamente una cosa podrá pertenecer a varias personas en los supuestos de comunidad. En el caso de los **derechos reales limitados**, son incompatibles entre si los derechos de **superficie**, **enfiteusis** y el **usufructo**. (ROCA SASTRE)

El cierre registral produce el efecto de cerrar los libros del Registro a todos aquellos derechos que son incompatibles con un derecho que ya se halla registrado. (LACRUZ Y SANCHO)

Por ej. es incompatible la inscripción de dos títulos de Propiedad en un supuesto de la doble venta un inmueble.

Al cierre registral se refiere el art. 17 LH que establece: «**Inscrito o anotado preventivamente** en el Registro cualquier **título traslativo o declarativo** del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, **no** podrá **inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha** que se le **oponga o sea incompatible**, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real»

La **fecha** que se tiene en cuenta para que se produzca el **cierre registral** es la del **asiento de inscripción**, a diferencia del principio de prioridad que se rige por la del asiento de presentación. Esto es así puesto que cuando tiene lugar la inscripción, ya se tiene constancia de la idoneidad del derecho para ser protegido por el Registro, por haber superado la preceptiva calificación registral. (VALPUESTA). Es decir que si sólo se ha producido el asiento de presentación habrá que esperar hasta la inscripción para que se produzca el cierre registral, del mismo modo, los otros derechos incompatibles que ingresen con posterioridad, si bien podrán ser objeto de asiento de presentación, tendrán que estar a resultas de lo que suceda con la inscripción del anterior.

En este sentido el art. 17.2 LH establece que: «Si **solo** se hubiese extendido **asiento de presentación**, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de sesenta días, contados desde el siguiente a la fecha del mismo asiento»

El título incompatible -según LACRUZ Y SANCHO- que pretenda su inscripción en el Registro puede ser de fecha anterior o posterior al ya inscrito.

A) Si es *de fecha posterior*, como sería el caso del segundo comprador de una finca cuya primera venta ya ha sido inscrita, su no admisión en el Registro, no obedece a la regla del cierre registral, sino a la del *tracto sucesivo* del **art. 20 L.H.** , que impide la inscripción de los títulos incompatibles de fecha posterior a los ya inscritos. En este supuesto además se está haciendo referencia a títulos provenientes de un titular no registral y que presuntamente eran ya ineficaces desde el mismo momento de su otorgamiento.

B) En el caso de que la *fecha* del título que se pretende inscribir sean *anterior o de igual fecha* al que ya está inscrito es cuando se aplicará el principio del cierre registral. (**art. 17 L.H**)

En este caso se trataría de derechos anteriores en fecha a los inscritos y por ello eficaces al tiempo de otorgarse. Sería por ejemplo el caso de una doble venta: A vende una casa a B, el 1 de Mayo, y el 1 de Junio vuelve a venderla a C, comoquiera que C ha sido más diligente que A y ha inscrito antes su derecho, será protegido por el art. 17, se aplicará el **cierre registral** y B, aun teniendo un derecho más antiguo no podrá inscribir.

La **finalidad** del art. 17 LH no es la de dar o quitar derechos , sino la de mantener un Registro limpio de contradicciones , en el cual no consten a la vez, titularidades incompatibles y opuestas.

El efecto de cierre es una **operación formal**, el título que primero llega al Registro lo clausura para posteriores incompatibles. El hecho de que se produzca el cierre del Registro no significa que este título sea ineficaz ni que no pueda ingresar en el Registro en un futuro, puesto que el titular rechazado por el Registrador al realizar la *calificación*, siempre tendrá abierta la posibilidad de acreditar su mejor derecho ante los Tribunales y, una vez obtenida la anulación del derecho que opone su ingreso en el Registro si que podrá inscribir su derecho.

§ 3.- El rango registral.

El rango hace únicamente referencia a los *derechos reales limitados*, cuando son *compatibles entre si*, es decir si admiten su concurrencia o convivencia con respecto de una misma finca. El rango se puede definir como el puesto, jerarquía u orden que le corresponde a un derecho en relación a los demás derechos que gravan una misma finca. El principio de prioridad es el que permite que a cada derecho compatible se le atribuya un rango, y en consecuencia, en principio sea de superior eficacia a los que ingresen en el Registro con posterioridad. (LACRUZ Y SANCHO)

La trascendencia del rango sobre el derecho es de naturaleza económica , el **valor del derecho**, disminuye a medida que es inferior el rango que ocupa. La

importancia del rango es muy débil en relación a los derechos reales de goce o disfrute, aunque muy importante en relación con los derechos de garantía, es especial las hipotecas (CHICO Y ORTÍZ)

El rango puede referirse a cualquier derecho real limitado, pero donde realmente se pone de manifiesto su operatividad es en relación con la **hipoteca**, (el establecimiento de varias hipotecas sobre un mismo inmueble es perfectamente compatible). Así pues la primera hipoteca inscrita, tiene preferencia sobre las demás para hacer efectivo su derechos, la segunda tiene preferencia sobre la tercera y así sucesivamente. (LACRUZ Y SANCHO). La hipoteca de una hipoteca **purga** a las siguientes.

Asimismo el caso tiene gran importancia en tema de **embargos**.

La **fecha del rango registral** de cualquier título que pretenda su acceso al Registro, sea de carácter constitutivo o modificativo de un derecho real preexistente, viene dado exclusivamente por la fecha del asiento de presentación respectivo (arts. 24 y 25 de la Ley Hipotecaria).

El rango produce las siguientes **consecuencias** (VALPUESTA):

a) -**Formalmente** este principio se traduce en la adjudicación de un **número** para las **inscripciones**, según su orden de ingreso en el Registro, y en la asignación de una **letra** para las **anotaciones preventivas**.

b) -**Sustantivamente**, el **derecho no** queda **afectado** por aquellos que **accedieron al Registro con posterioridad** al mismo. Asimismo los efectos que despliega la publicidad registral se aplican a cada derecho en función de su rango. Ej. Si una finca está gravada con tres hipotecas, cuando se realice la primera hipoteca, el dinero sobrante se destinará a la segunda y si todavía quedase un remanente se destinaría a la satisfacción de la garantía cubierta con la tercera.

§4.- La mutabilidad del rango registral.

El **rango hipotecario** tiene carácter **permanente**, y dura hasta que se cancela el derecho, o caduca el asiento. La cancelación de los asientos tiene una gran trascendencia para los posteriores, puesto que se produce un **corrimento de puestos o rangos**, de modo que el derecho posterior viene a ocupar el lugar dejado vacante. (VALPUESTA). No obstante el rango registral es susceptible de alteración por medio de negocio jurídico, de manera que es posible sustraerse del orden de prioridad o de rango y sustituirlo por otro. (ROCA SASTRE).

Ej. Dos bancos con hipotecas sobre una misma finca puede pactar entre si la alteración del rango de aquellas.

La posibilidad de alteración del rango hipotecario tiene los siguientes fundamentos (ROCA SASTRE):

- 1.- No hay una norma expresa que lo prohíba.
- 2.- Que ello es posible en base al principio de autonomía de la voluntad ex art. 1255 cc.
- 3.- Que la prioridad a la que responden los arts 24 y 25 LH no tiene una coactividad que excluya a los interesados para que pueda proceder a la alteración del

rango de sus hipotecas.

La permuta, la posposición y la reserva de rango son las tres manifestaciones de la alteración o modificación del mismo. Generalmente las mutaciones de rango tienen lugar con ocasión de las hipotecas.

A) La **permuta** es la inversión o trueque de dos rangos hipotecarios ya existentes o adquiridos correspondientes a derechos inscritos, tanto el que avanza como el que retrocede en rango.

Para que sea posible la permuta se exige:

1.- que ambas hipotecas objeto de permuta consten inscritas en el Registro.

2.- que la permuta esté convenida entre los titulares respectivos de ambas hipotecas y conste en escritura pública e inscrita. El propietario de la finca no ha de intervenir.

3.- cuando las hipotecas a permutar no sean consecutivas, por existir hipotecas de rango intermedio que pudieran resultar perjudicadas por la permuta, será necesario que conste el consentimiento de éstas.

4. La permuta deberá hacerse constar mediante asiento de inscripción, del que se hará referencia por medio de nota al margen de cada una de las inscripciones de las dos hipotecas permutadas.

B) La **posposición** de rango hipotecario, consiste en la postergación del rango de una hipoteca ya constituida e inscrita, en beneficio de una hipoteca futura, no inscrita, de manera que la escritura pública para su constitución es otorgada al mismo tiempo o después de que se consienta la posposición.

La utilidad de la posposición de hipoteca es evidente en los casos en que se quiera hipotecar en entidades en que sólo prestan dinero en primera hipoteca, cuando la finca en cuestión ya cuenta con una primera hipoteca. (Roca Sastre)

La figura de la **posposición** de hipotecas, si bien no aparece en la LH, si que aparece contemplada en el art. 241 del RH donde aparecen los requisitos para su constitución:

1.- Que conste inscrita la hipoteca objeto de posposición.

2.- Que la posposición de la hipoteca sea consentida por su titular, no siendo necesario el consentimiento de quien constituya la hipoteca futura ni de su titular.

3.- Que en la escritura de posposición se hagan constar las **circunstancias esenciales** de la hipoteca futura (responsabilidad máxima por capital, intereses, costas y otros conceptos, así como su duración máxima) y la fijación del **plazo** dentro del cual la hipoteca ha de inscribirse.

4.- Que la posposición se otorgue mediante escritura pública.

C) La **reserva de rango hipotecario** es una variante de la posposición de hipoteca y consiste en que una hipoteca (todavía no inscrita) en el momento de inscribirse, lo hace con la calidad de postergable en su rango, en beneficio de una hipoteca futura, a la que le deja vacante un rango registral. De manera que los otros derechos que acceden al Registro lo hacen en la posición siguiente al puesto reservado.

Los efectos de la reserva de hipoteca y sus requisitos, son los mismos que los de la posposición de hipoteca y se regula por el art. 241 RH (ROCA SASTRE)

Tema 7

LA LEGITIMACIÓN REGISTRAL

- §1.- El principio de legitimación o exactitud registral.
- §2.- Consecuencias sustantivas de la legitimación registral: La presunción de veracidad de los asientos del Registro.
- §3.- Las presunciones posesorias
- §4.- Consecuencias procesales de la legitimación registral.
- §5.- Ejercicio de acciones contradictorias del dominio y demás derechos reales inscritos.
- §6.- La usucapión y el Registro de la Propiedad.

§1. La legitimación registral.

El **principio de legitimación registral**, constituye junto con el **principio de la fe pública registral**, la aplicación de la norma general que se pronuncia a favor de la **exactitud del contenido del Registro** (ROCA SASTRE).

El Registro de la Propiedad no sólo tiene un valor de publicidad o informativo, sino que además establece la *presunción* de que el *contenido de la inscripción es exacto y coincide con la realidad extrarregistral*, mientras no se demuestre lo contrario. El derecho inscrito se presume que existe y pertenece al titular inscrito aún en el caso de que sea un titular aparente. Asimismo se presume que no existe el derecho cuyo asiento registral ha sido cancelado (ROCA SASTRE).

Este principio de exactitud opera a dos niveles: en primer lugar, **manteniendo**, aunque sea **provisionalmente**, la **titularidad** de cualquiera que tenga inscrito a su favor un derecho real inmobiliario, y finalmente **protegiendo a los terceros adquirentes** que reúnan los requisitos exigidos por el art 34LH, en relación a éstos la inexactitud registral devendrá inoperante de modo definitivo. (ROCA SASTRE).

El principio de legitimación registral, se encuentra formulado en los arts. 38 y 97 LH, ambos en relación con el art. 1.3 LH.:

El **Art.38.1 L.H** establece que «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro **existen y pertenecen** a su titular **en la forma determinada** por el asiento respectivo. De igual modo **se presumirá** que quien tenga **inscrito el dominio** de los inmuebles o derechos reales tiene la **posesión** de los mismos»

El **97 L.H.** dice que: «Cancelado un asiento se presume extinguido el derecho al que el asiento se refiera»

En el **Art.1.3 L.H** se declara que:«Los **asientos del Registro** practicados en los libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están **bajo la salvaguardia de los Tribunales** y producen todos

sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley.»

Según ROCA SASTRE con la combinación de aquellos tres preceptos queda formulado el **principio de legitimación registral** que establece que: “se presume que el dominio o los derechos reales inmobiliarios inscritos en el Registro **existen y pertenecen** al titular registral, en la forma determinada en el asiento respectivo, presumiéndose también que tiene la **posesión** de los mismos, así como igualmente se presume **extinguido** el derecho a que se refiere un asiento cancelado, cuyas presunciones actúan **mientras** los Tribunales no declaren la inexactitud del correspondiente asiento”

§2.- Consecuencias sustantivas de la legitimación registral: La presunción de veracidad de los asientos del Registro

Las consecuencias de la legitimación registral pueden ser de carácter sustantivo o de carácter procesal (CHICO Y ORTIZ). Las **consecuencias de carácter sustantivo** son: a) la presunción de veracidad de los asientos del Registro y b) las presunciones posesorias (vid. §5 las presunciones posesorias)

1.- LA PRESUNCIÓN DE VERACIDAD DE LOS ASIENTOS DEL REGISTRO

A).- ÁMBITO DE LA LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

1.- *La legitimación registral opera respecto de los **derechos reales inmobiliarios**.* En consecuencia todo lo que no sea derecho real inmobiliario queda excluido de la legitimación registral, ya que ésta no cubre a los **derechos personales**, ni a los **derechos reales sobre bienes muebles**, ni a los datos registrales sobre **capacidad y estado civil** de las personas, ni a las **circunstancias de mero hecho** no íntimamente vinculadas con el derecho.

2.- *Los derechos reales inmobiliarios para que puedan ser amparados por la legitimación registral han de figurar **debidamente registrados**.* Esto significa que ha de constar en el Registro mediante el asiento correspondiente a su naturaleza: de inscripción, anotación preventiva o nota marginal. Además el derecho ha de constar en la hoja o folio abierto a la finca.

3.- *Para que opere la legitimación registral se requiere que no **conste en el Registro contradicción alguna*** que pueda temporal o definitivamente enervar el vigor del asiento del derecho real inscrito. Ej. El caso de que conste inscrita anotación preventiva de demanda.

4.- La legitimación registral **hace exacto**, provisionalmente ya que cabe la prueba en contrario, el **contenido del Registro** en cuanto a la **existencia, extensión, titularidad, causa jurídica de la mutación y ejercicio** de los derechos registrados debidamente y sin contradicción alguna registral. (Vid la amplitud de la exactitud registral)

B) LA AMPLITUD DE LA EXACTITUD REGISTRAL.

1) **Existencia del derecho.**- Se reputa como existente el derecho que figura debidamente inscrito y sin contradicción en el Registro. La existencia del derecho tiene un doble contenido:.

a.- **contenido positivo**, según el art.38.1 L.H «a todos los efectos legales, se presumirá que los derechos reales inscritos **existen y pertenecen** a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo»

Quien en un pleito alegue la existencia de un derecho real podrá probar que es titular del mismo aportando al mismo tiempo un certificado de la existencia y permanencia de la inscripción quedando dispensado de presentar los títulos que acreditan su derechos, en tanto que la prueba de la parte contraria no desvirtúe la presunción registral.

b.- Por lo que se refiere al **contenido negativo** hay que atenerse a lo preceptuado en el Art.97 L.H: «cancelado el asiento se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiere».

2) **Extensión del derecho.**-Lo que el Registro exprese acerca de la **extensión del derecho real** inscrito se presume exacto. Así se deduce del art. 38.1 cuando presume que los derechos reales inscritos **existen** «en la forma determinada por el asiento respectivo».

En cuanto a los lo datos relativos a **superficie, linderos y demás circunstancias descriptivas** de las fincas inmatriculadas, según Roca Sastre, la jurisprudencia presume exactos los datos relativos a la extensión superficial y linderos de las fincas inmatriculadas, siempre a los **efectos de la legitimación registral** y **no** en cuanto a la **fe pública**.

En ese sentido las STS de 7 marzo 1998 (RJA 704) y 6 marzo 2-1998, (RJA 408) que establecen que : «El ámbito protector de la fe pública registral no se extiende a los datos o circunstancias de mero hecho (extensión o cabida de las fincas, linderos de las mismas, etc.), sino sólo a los datos jurídicos (existencia del derecho real, titularidad y contenido del mismo)..»

3) **Exactitud del derecho.**- Lo que el Registro expresa acerca de la titularidad del dominio y otro derecho real inmobiliario inscrito a de considerarse exacto, así lo establece el art. 38,1 LH: «los derechos reales inscritos existen y **pertenecen** a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo». De modo que la persona que aparece como titular del derecho inscrito se presume que lo es realmente.

4) **Exactitud de la causa.**- También ha de considerarse exacto lo que el Registro expresa acerca de la razón de adquirir o causa de la mutación jurídica inscrita, porque así se deduce del art. 38.1 cuando dice que: «los derechos inscritos pertenecen a su titular en la **forma determinada** por el asiento respectivo»

5) **Ejercicio del derecho.**- La legitimación registral se extiende al ejercicio del derecho inscrito por parte del titular registral, aunque el art. 38,1LH exprese que tiene la

posesión.

6) **A todos los efectos legales.-** La presunción, en todos los extremos que se han mencionado, tiene aplicación a todos los efectos legales, conforme expresa el art. 38.1 LH. Es decir no solo en el ámbito civil e hipotecario, sino fiscal, procesal, administrativo, etc.

C) EL VIGOR DE LA LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

El principio de legitimación registral, por ser una de las manifestaciones de la norma de exactitud del contenido del Registro, se caracteriza por ser **más extensa o de mayor alcance** que el de la **fe pública**, pero menos intensa o de inferior vigor que ésta, ya que se trata de una presunción legal *iuris tantum*, es decir que admite prueba en contrario. (ROCA SASTRE)

a) *Presunción iuris tantum del art. 38 LH.-* La presunción del art. 38.1, según la doctrina y la jurisprudencia, tiene el carácter de *iuris tantum* y por lo tanto admite prueba en contrario de que el Registro está equivocado por no concordar con la realidad extrarregistral. En este sentido, y ante el silencio del art. 38 LH, que no dice a que tipo de presunción en concreto se refiere el mismo, hay que acudir al contenido del art. 1.3 LH, para deducir la condición de aquella presunción, establece que «los asientos del Registro [...] están bajo la salvaguardia de los tribunales y **producen** todos sus **efectos mientras no se declare su inexactitud** en los términos establecidos en ésta ley.»

B) El titular registral podrá hacer valer la presunción del art. 38.1 con tan solo acreditar su carácter de tal mediante la correspondiente **certificación** del Registro,

C) Por ser *iuris tantum* la presunción del art. 38,1 LH, la persona o personas interesadas en que no prevalega el resultado de esta presunción deberán probar que el Registro es inexacto por discordar de la realidad extrarregistral.

§3. Las presunciones posesorias

El art.38.1 LH establece que: «de igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos» Como consecuencia de esta presunción posesoria se puede establecer las siguientes afirmaciones (ROCA SASTRE):

a) **El titular registral puede ejercitar las acciones interdictales sin más que acreditar su condición de titular registral.**

Si bien el art. 38.1 presupone la posesión efectiva o de hecho, esta posesión no cabe contemplarla como si fuese una aislada de la presunción del correspondiente derecho, de modo que esta posesión equivale al **ejercicio efectivo de ese derecho**. Así pues este precepto sienta la presunción a favor del titular registral de que este tiene, a todos los efectos legales, la posesión inherente al dominio o derecho real inscrito a su nombre.

De modo que cuando en la realidad extrarregistral no sea el poseedor real del derecho inscrito, se establecerá la ficción de que posee tal derecho. Esto impone a

quien pretenda desvirtuar la presunción posesoria, a que ataque simultáneamente la presunción de existencia y de pertenencia del derecho real inscrito.

La presunción posesoria que el art. 38 establece es una consecuencia del principio de legitimación registral, en cuanto, a base de la presunción de existencia y titularidad del derecho inscrito y mientras ella subsista, se reputa o considera, a todos los efectos, como poseedor del mismo al respectivo titular registral al objeto de que este sea tratado como poseedor en el tráfico jurídico (ROCA SASTRE)

La presunción posesoria del art. 38.1 es una presunción de **posesión civilísima** (STS 23 febrero 1951).

b) Presunción posesoria a los efectos de la usucapión según el Registro.

El art. 35 LH establece que: «A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción, y se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa.»

El titular inscrito puede *consumar la prescripción adquisitiva* si dicha posesión continúa durante los plazos establecidos por el Cc. En el art. 35 LH se establece un sistema de usucapión **secundum tabulas**, es decir que se presume que el titular registral está poseyendo de hecho, en la realidad extrarregistral, el dominio o derecho real inscrito a su favor, durante todo el tiempo de vigencia del asiento respectivo, con efectos de presunción *iuris tantum*. A la inscripción se le atribuirá la condición de **título hábil** para la **usucapión ordinaria**. (ROCA SASTRE).

§ 4.- Consecuencias procesales de la legitimación registral.

A) En los procedimientos judiciales en general.

Siempre que en juicio, el titular registral, pretenda hacer valer la presunción que establece el art. 38.1 LH, para probar que el derecho real inscrito existe o no, o que le pertenece o no, etc.; será prueba suficiente aportar al proceso **certificación** del correspondiente contenido del Registro, sin necesidad de aportar a los autos los títulos o demás pruebas previstos en las leyes.. (ROCA SASTRE)

B) En el desahucio por precario.

El titular registral, según la doctrina y jurisprudencia, en virtud de la presunción posesoria del art. 38.1 LH, está *legitimado para ejercitar la acción de desahucio por precario* que conforme al art.1564 LEC, puede interponer frente a aquél que ocupa la finca en concepto de precarista.

C) Sobreseimiento de procedimientos de apremio opuestos a las titularidades registradas: La Tercera Registral.

De acuerdo con el **Art.38.3 L.H:** «En caso de **embargo preventivo, juicio ejecutivo o vía de apremio** contra bienes o derechos reales determinados, **se sobreseerá todo procedimiento de apremio** respecto de los mismos o de sus frutos, productos o rentas en el instante en que consten en autos, por **certificación del**

Registro de la Propiedad que dichos bienes o derechos **constan inscritos a favor de persona distinta** de aquella contra la cual se **decretó el embargo** o se sigue **procedimiento**, a no ser que hubiere contra ella la acción en concepto de heredero del que aparece como dueño en el Registro [...]»

El supuesto contemplado en este artículo es que se haya trabado embargo contra los bienes inmuebles o derechos reales de una persona distinta de aquella a cuyo favor se hallara inscritos dichos bienes. En el momento en que tal hecho se acredite con la correspondiente certificación del Registro se sobreseerá el procedimiento.

Ej. En un procedimiento de embargo contra una casa de A, se comprueba que en realidad dicho inmueble en el Registro aparece inscrito a nombre de B, éste podrá obtener del Juez el archivo del procedimiento, previa presentación de certificación del Registro.

La norma comentada es un supuesto de aplicación del principio de legitimación, puesto que en los procedimientos ejecutivos o de apremio, se sustituye a la **tercería de dominio** por el recurso al contenido del Registro de la Propiedad, de ahí que algún autor (MORELL) haya denominado a esta figura como **tercería registral**, por fundarse exclusivamente en el contenido del Registro en relación a la pertenencia de los bienes apremiados, sin admitirse prueba en contrario que demuestre la inexactitud del Registro, sino después de haber sido apartados los bienes de la ejecución y en un juicio ordinario ulterior. (ROCA SASTRE).

En circunstancias normales, es difícil que llegue a aplicarse el art. 38.3 puesto que lo lógico es que decretada la anotación preventiva de embargo ésta no llegue a practicarse por denegarla el Registrador en virtud de lo dispuesto en el art. 20 LH (tracto sucesivo) (ROCA SASTRE).

D) Procedimientos sumarios de ejecución hipotecaria.

Los arts. 129 y ss de la LH relativos al procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, constituyen una aplicación procesal del principio de legitimación registral, habida cuenta que el ese procedimiento ejecutivo se apoya básicamente en el contenido del Registro por lo que hace a su existencia, titularidad y extensión del Derecho real de hipoteca en función de garantía de un depósito vencido. Sólo excepcionalmente se toma en cuenta, dentro del proceso ejecutivo, la realidad extrarregistral discordante del Registro, en los supuestos señalados en el art. 132 LH. Todo ello sin perjuicio de promoverse el correspondiente juicio declarativo ordinario, dentro del cual puede atacarse a fondo el contenido registral. (ROCA SASTRE).

Lo mismo se puede alegar con respecto del **proceso extrajudicial de ejecución hipotecaria**, admitido por el art. 129,2 LH.

E) Procedimiento especial para el ejercicio de acciones reales derivadas de derechos inscritos que implique posesión: La acción real registral del art. 41 LH.

El art. 41 de la L.H. establece que: «Las **acciones reales** procedentes de los **derechos inscritos** podrán ejercitarse por el procedimiento que señalan los párrafos

siguientes, contra quienes **sin título inscrito** se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio, siempre que por **certificación del Registro** se acredite sin contradicción alguna la vigencia del asiento correspondiente».

Las acciones reales a las que hace referencia este precepto son aquellas como la reivindicatoria, la confesoria, la negatoria del dominio o de derechos reales sobre inmuebles que entrañe posesión. Esta acción es intermedia entre la *acciones posesorias*, los **interdictos de retener o de recobrar** y el ejercicio de la *acción reivindicatoria* que corresponde al propietario.

Esta acción es una manifestación del **principio de legitimación registral**, puesto que se apoya fundamentalmente en el contenido del Registro, de modo que el titular no tiene que demostrar la existencia del derecho, del que ejercita la acción real que lo protege, puesto que la demostración del derecho ya la proporciona el Registro. (ROCA SASTRE)

Los resultados del procedimiento sumario del art. 41 LH, no tiene efecto de cosa juzgada y pueden ser objeto del correspondiente procedimiento declarativo ordinario. El procedimiento del art. 41 LH se diferencia de los **procedimientos sumarios de ejecución hipotecaria**, en que en aquel se ejercitan acciones reales derivadas de derechos inscritos que implican posesión, mientras que en los segundos aunque también se ejecutan acciones derivadas de derechos inscritos, estos no entrañan posesión (ej. la hipoteca).(ROCA SASTRE)

§5.- Ejercicio de acciones contradictorias del dominio y demás derechos reales inscritos.

En el **art. 38.2** se dispone que: «Como consecuencia de lo dispuesto anteriormente, no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de los inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que, previamente a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. La demanda de nulidad habrá de fundarse en las causas que taxativamente expresa esta Ley cuando haya de perjudicar a tercero»

El supuesto contemplado en este artículo se refiere a que si alguien pretende entablar una acción que esté en contradicción con un derecho de propiedad o derecho real inscrito en el Registro de la Propiedad, tendrá que entablar al mismo tiempo o previamente una demanda solicitando que se **anule o cancele la inscripción del Registro** en la que consten aquellos derechos que se pretenden anular o cancelar. En el supuesto de que en una demanda no se observase lo dispuesto en este artículo se desestimaría aquella demanda.

Ej. Si hay que interponer una acción reivindicatoria contra una persona que tiene inscrita a su nombre el inmueble que se reclama, en la demanda habrá que solicitar que al mismo tiempo que se cancele o anule el asiento en el que conste el derecho de propiedad del actual titular.

No obstante, la jurisprudencia más reciente ha mitigado la dureza de esta norma y permite que, aun no pidiéndose, se admita y estime la demanda y en ejecución de

sentencia, se ponga en consonancia el Registro con lo declarado en la sentencia: así, Sentencias de 23 enero 1989 (([RJA 1989\115](#)), 26 enero 1989 ([RJ_1989\128](#)), 24 abril 1989 ([RJ_1989\3253](#)), 3 junio 1989 ([RJ_1989\4290](#)), 18 octubre 1991 ([RJ_1991\7227](#)), 1 diciembre 1995 ([RJ_1995\9154](#)), 18 marzo 1997 ([RJ_1997\1982](#)),16 julio 1997 ([Rj_1997\5610](#)) y 1-Abril 1998 (RJ 1998, 1912)

§ 6.- La usucapión y el Registro de la Propiedad.

El instituto de la usucapión o prescripción adquisitiva puede entrar en conflicto con los derechos reales inscritos. Por lo que habrá que determinar que si los derechos reales inscritos pueden ser usucapidos, y en caso afirmativo habrá que establecer su alcance y límites. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La Ley Hipotecaria dedica los arts. 35 y 36 a resolver las cuestiones relativas a la usucapión de derechos inscritos. La idea fundamental que preside estos preceptos, según ROCA SASTRE, consiste en preservar los intereses del tercer adquirente a quien se le ha transferido un derecho que ya ha perdido valor por efecto de una usucapión que ya ha producido sus efectos, esto responde al juego de la fe pública registral (ex art. 34 LH) dirigido a mantener una adquisición derivada de un titular no real

La LH distingue varios supuestos:

A) USUCAPIÓN CONFORME AL REGISTRO O «SECUNDUM TABULAS»

Se encuentra regulado este supuesto en el art. 35 LH que establece que: «A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será **justo título la inscripción**, y se **presumirá** que aquél ha **poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe** durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa.»

La razón de ser de este precepto es la de posibilitar al titular registral que ha adquirido de un *non dominus* (de quien no es el verdadero dueño), sin estar protegido por el art. 34 LH, que pueda consolidar su adquisición por la vía rápida de la prescripción ordinaria, es decir que gracias a la inscripción se ha conseguido convertir una usucapión en ordinaria, que de otra forma hubiera sido extraordinaria.

Para ello el art. 35 se vale de dos medidas: En primer lugar otorga a la **inscripción** el valor de **justo título** que es el requisito que separa ala usucapión ordinaria de la extraordinaria; y finalmente adopta la presunción *iuris tantum* de que el titular registral ha **poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe** durante el tiempo de vigencia del asiento (estos son los requisitos comunes a toda usucapión ordinaria o extraordinaria según el art. 1941 cc). (ROCA SASTRE)

Requisitos de aplicación del art. 35 LH:

A) Deben confluír en una misma persona la cualidad de titular registral y de poseedor real o efectivo de la misma finca o derecho real limitado.

B) La inscripción registral ha de ser de dominio o de algún derecho real susceptible de posesión, puesto que en caso contrario no sería posible la usucapión.

C) El titular registral ha de ser un poseedor *ad usucapionem*, pero que por haber

adquirido de quien no es el verdadero dueño (*non dominus*) no está protegido por la BF registral y por ello tiene que acudir a la usucapión. En caso de haber concurrido las circunstancias del art. 34 Lh no hubiese sido necesario acudir a la usucapión.

B) PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA CONFORME AL REGISTRO O “SECUNDUM TABULAS”.

De este tipo de prescripción no se ocupa la LH, esta es una prescripción que se apoye en el Registro, sino que es una prescripción que se produce extrarregistralmente, pero cuyo resultado extintivo viene a coincidir con el contenido registral, consistente generalmente en una cancelación indebida o equivocada de un derecho real en cosa ajena que vuelve a ser reinscrito (ROCA SASTRE).

Otro ejemplo sería la cancelación de hipotecas, cargas, gravámenes y derechos reales constituidos sobre cosa ajena que hayan prescrito conforme a la legislación civil según la fecha que conste en el Registro, como consecuencia de la conclusión del denominado **expediente de liberación de cargas y gravámenes** (art. 198,209 y 210 LH)

En este sentido el art. 209 LH establece que: «el **procedimiento de liberación de gravámenes** se aplicará para cancelar hipotecas, cargas, gravámenes y derechos reales constituidos sobre cosa ajena que hayan prescrito con arreglo a la legislación civil, según fecha que conste en el Registro.»

C) USUCAPIÓN CONTRARIA AL REGISTRO O «CONTRA TABULAS»

El art. 36 LH dedica a la usucapión *contra tabulas* sus tres primeros párrafos que contienen una regla general y dos reglas especiales. El párrafo 3 constituye la regla general, el primero la regla primera especial y el segundo la segunda regla especial. (ROCA SASTRE)

a) **Regla general.**- Los bienes inmatriculados o inscritos en el Registro son susceptibles de ser adquiridos por usucapión por otra persona distinta del titular registral. Ninguna norma hipotecaria impide como regla la usucapión *contra tabulas*, es decir en contra del Registro. Esta usucapión se regirá por la normas de derecho civil puro. (ROCA SASTRE)

El usucapiente tendrá en este caso acción para obtener mediante el asiento que corresponda la rectificación del Registro, procediéndose en consecuencia a la inscripción del dominio o del derecho real adquirido.

Esta regla general se desprende del art. 36.3LH que establece que: «En cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que **se esté prescribiendo** y a sus sucesores que no tengan la consideración de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil.»

B) **Regla primera especial.**- esta regla constituye una excepción muy condicionada a la regla general anterior y está dispuesta en favor del tercero hipotecario en los supuestos de usucapión consumada o cuasi consumada. (ROCA SASTRE)

La regla general del art. 36.3 LH no se aplica en términos absolutos, puesto que preserva de la actuación de la anterior regla general a quienes tengan la consideración de terceros.

El art. 36.1 desarrolla esta excepción a la regla general , que se produce cuando en el proceso de la usucapión se interfiere quien tenga la condición de tercero hipotecario protegido por el art. 34 LH.

El supuesto del art. 36.1 LH debe estudiarse de forma separada, distinguiéndose entre el caso de la **usucapión consumada** y la **cuasi consumada**.

1) Usucapión consumada.- Cuando la usucapión de un inmueble o de un derecho real inscrito, ya esté consumada, la misma no perjudicará al tercero que posteriormente adquiera el inmueble o derecho real si concurren los tres requisitos exigidos en el art. 36.1:

a) que sea un **tercero hipotecario**, es decir que sea un tercer adquirente que reúna la circunstancias necesarias para gozar de la protección de la fe pública registral. En este caso sería la **ignorancia de la existencia de la usucapión**.

b) que no se demuestre que el tercer adquirente **conoció o tuvo medios** racionales y suficientes **para conocer**, al tiempo de perfeccionarse la adquisición, que la **finca o derecho adquirido estaba poseída de hecho** y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.

c) que el tercer adquirente **no consienta expresa o tácitamente**, la antes aludida posesión de hecho y a título de dueño **durante todo el año siguiente** a la adquisición.

2) Usucapión cuasiconsumada.- El párrafo primero del art. 36 asimila a la usucapión consumada, la usucapión que pueda consumarse dentro del año siguiente a la adquisición efectuada por el tercer adquirente. No obstante, entre ambas usucapiones existe una sustancial diferencia, puesto que la cuasiconsumada puede interrumpirse por cualquiera de los medios previstos por el Código civil (art. 1945 y 1948) o en el art. 41 LH. .

C) Regla segunda especial. Esta regla aparece recogida en art. 36.2 y se refiere a la denominada usucapión comenzada o en curso: «La prescripción comenzada perjudicará igualmente al titular inscrito, si éste no la interrumpiere en la forma y plazo antes indicados, y sin perjuicio de que pueda también interrumpirla antes de su consumación total.»

Nos dice ROCA SASTRE que este la redacción de este párrafo es desafortunada, puesto que no cabe hablar de **prescripción comenzada**, sino de posesión *ad usucapionem* y además porque se olvida de matizar que este titular inscrito tiene la **condición de tercero hipotecario**, puesto que en caso contrario se aplicaría la regla general, es decir las normas de la prescripción del derecho civil puro y duro.

El perjuicio a que se refiere este párrafo se refiere a la no posibilidad de utilizar la vía del art. 41 LH, pero comoquiera que la usucapión no ha sido todavía consumada podrá interrumpirse por cualquiera de las vías civiles. Es decir que hasta antes de transcurrir el año puede interrumpirse a través del art. 41 y las vías civiles, pero a partir del año sólo por la última vía. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

D) PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA CONTRARIA AL REGISTRO O «CONTRA TABULAS»

El último párrafo del art. 36 LH establece que : «La prescripción extintiva de derechos reales sobre cosa ajena, susceptibles de posesión o de protección posesoria, perjudicará siempre al titular según el Registro, aunque tenga la condición de tercero.»

Esta prescripción es la que tiene lugar por el no uso del correspondiente derecho durante el tiempo fijado por la ley (ej. 20 años para el usufructo).

Es decir que quien adquiere un derecho de usufructo que a pesar de figurar inscrito como subsistente ya no existe en la realidad extrarregistral, por causa de prescripción extintiva, no adquiere nada, aunque el tercero reúna los caracteres de tercero hipotecario (ROCA SASTRE).

E) LA USUCAPIÓN LIBERATORIA O *USUCAPIO LIBERTATIS*.

La usucapión liberatoria es la que tiene lugar cuando se extingue un derecho real en cosa ajena, cuando el usucapiente a poseído la cosa -que en verdad estaba gravada- como libre de toda carga o gravamen. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

El art . 36.4 se preocupa de determinar en que medida afectará la usucapión a los titulares de derechos reales sobre el inmueble que otro ha ganado para si mediante la usucapión: « Los derechos adquiridos a título oneroso y de buena fe que no lleven aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho sobre el cual se hubieren constituido, no se extinguirán por usucapión de éste. Tampoco se extinguirán los que impliquen aquella facultad cuando el disfrute de los mismos no fuere incompatible con la posesión causa de la prescripción adquisitiva, o cuando, siéndolo, reúnan sus titulares las circunstancias y procedan en la forma y plazos que determina el párrafo b) de este artículo»

Tema 8

LA FE PÚBLICA REGISTRAL

§1. La fe pública registral.

§2. Condiciones de la protección registral

§3. El art. 32 LH y la protección del tercero.

§4. Ámbito de la protección del Registro

§5. Eficacia y naturaleza de la adquisición en virtud del Registro

§6. El art. 33 LH y su relación con la Fe Pública registral

§1. La fe pública registral.

1.- INTRODUCCIÓN.

La **eficacia** de la inscripción tiene su **máximo exponente** en el principio de la **fe pública** registral, éste es el elemento básico de todo el sistema hipotecario. Se conoce por *fe pública registral* aquel principio en virtud del cual el tercero que lleva a cabo un negocio adquisitivo confiándose y amparándose en lo que el Registro publica ve convertida por él la situación registral en inatacable.

La ley, en beneficio de los terceros adquirentes de buena fe, reputa exacto el contenido de los libros hipotecarios, aunque su contenido no coincida con la realidad jurídica extrarregistral. Este principio halla su justificación en la necesidad de proteger la seguridad jurídica en la contratación inmobiliaria. (ROCA SASTRE); la misión del Registro de la Propiedad no es otra que la de dotar de seguridad jurídica al que realiza una adquisición inmobiliaria (LACRUZ).

Ej.- Quien adquiere el derecho de propiedad, (o una servidumbre o una hipoteca) confiado en la exactitud del Registro se convierte en propietario (titular de la servidumbre o hipoteca) aunque la persona inscrita en el Registro como propietario no lo fuese en realidad, por haber vendido esa finca mediante contrato privado a otra persona que se ha convertido en propietario por haber concurrido en la compraventa los requisitos del título y modo.

El principio de fe pública es una manifestación del principio de exactitud (ROCA SASTRE)

B) LA FORMULACIÓN LEGAL DE FE PÚBLICA.

El **principio de fe pública** se incorpora a un conjunto de normas que tienen como objetivo la protección de la confianza creada por la apariencia de un derecho. Este principio se encuentra recogido principalmente en los arts. 32 y 34 LH.

El contenido del art. 32 LH es coincidente con el del art. 606 cc: «Los **títulos de dominio** o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que **no** estén debidamente **anotados** en el Registro de la Propiedad, **no perjudican a tercero**»

En este precepto, según DIEZ-PICAZO, se encuentra formulado el **principio** de la

inoponibilidad de lo no inscrito frente a terceros, de modo que quien ostente derechos en virtud de un título que no haya sido inscrito en el Registro, no puede ejercitar tales derechos frente a al tercero protegido, ni formular en base a tales derechos una pretensión que pueda resultar perjudicial para el tercero.

En relación a este precepto se habla se **eficacia negativa de la publicidad**, puesto que aquellos títulos por su condición de derechos reales deberían producir eficacia *erga omnes*, es decir frente a terceros, pero, en virtud del art 32 LH, esta eficacia se ve limitada por la no publicación del título. (DIEZ-PICAZO)

Al lado de la eficacia negativa o inoponibilidad de lo inscrito, que es la línea más tradicional en nuestro derecho, se ha consagrado, en el **art. 34 LH**, el principio de la **eficacia positiva de la publicidad** o plena protección de la eficacia registral. El art.34 LH que establece que:

« El **tercero** que de **buena fe** adquiriera a **título oneroso** algún derecho **de persona** que en el **Registro** aparezca con **facultades para transmitirlo**, será **mantenido** en su **adquisición** una vez ya ha **inscrito** su derecho aunque después se **anule o resuelva** al del otorgante por virtud de **causas** que **no consten** en el mismo **Registro**.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente».

El precepto central o básico de la fe pública registral es en verdad el 34 LH, que encuentra su aplicación en otros preceptos como el mencionado artículo **32 LH** y sus concordantes (arts 13,15, 69, 76 y 144 LH) ; el **art. 40 LH**; así como los arts 31, 220 y **37 LH**. En todos estos preceptos se prevén varios supuestos de inexactitud registral. (ROCA SASTRE)

El art. 34 hace **inatacable la adquisición** llevada a cabo por los “**terceros**” que han celebrado un **negocio jurídico adquisitivo** de carácter **oneroso**, confiando en la veracidad del Registro, los cuales son protegidos convirtiendo para ellos su expectativa en una situación jurídica absolutamente firme y transformando para ellos la presunción de exactitud registral en una presunción *iuris et de iure*.

§2. Condiciones de la protección registral

2.1.-LA CONDICIÓN DE TERCERO HIPOTECARIO.

En Derecho Civil el concepto de tercero se opone al de parte. Esta es una noción de tipo negativo , de modo que tercero es aquel que no es parte. En materia contractual, es **tercero** en relación a una determinado negocio jurídico, aquel que resulta extraño al mismo, aquel que no ha participado en su creación ni le alcanzan sus directamente sus efectos; al tercero civil no le alcanzará el principio de relatividad contractual del Art.1257.1 C.c: «Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos.».

Según ROCA SASTRE, puede concluirse que **tercero civil**: « es el que **no** es **sujeto** de la **relación jurídica** que se contempla, por estar fuera de ella y no haber participado como parte en su formación y desenvolvimiento.»

El concepto de **tercero hipotecario**, como destinatario de la protección de la fe pública registral, según ROCA-SASTRE, es el siguiente: «Es el tercer **adquirente por negocio jurídico**, de un **derecho real** inmobiliario **inscrito**, que **en función del Registro inexacto** es mantenido en su adquisición por la fe pública registral, siempre que concurren las demás circunstancias exigidas por la ley para tal protección».

La nota más característica del tercero es la de ser adquirente en **función del registro inexacto**, puesto que si el contenido del Registro es exacto por se concordante con la realidad extrarregistral, el tercero hipotecario es un tercer adquirente civil al que la fe pública no puede proteger en su adquisición puesto que esta no corre ningún peligro. (ROCA SASTRE)

2.2.- LA CONSTANCIA DE LA TITULARIDAD REGISTRAL Y DE LAS FACULTADES DEL DISPONENTE.

Una consecuencia derivada del art. 34 LH es que no puede ser nunca un tercero hipotecario, protegido por la buena fe registral, el **inmatriculante**, es decir aquella persona que con su título provoca la primera inscripción de una finca en el Registro de la Propiedad, puesto que no puede adquirir de un titular anterior inscrito, por lo tanto no gozará, en consecuencia, de la protección de la buena fe registral. Esto es así ya que el Registro no puede dar noticia alguna de dicha finca porque registralmente no existe hasta que se inmatricule. (DÍEZ-PICAZO) .

Cuando el tercero es quien adquiere del inmatriculante, solamente podrá ser tercero hipotecario cuando haya transcurrido el período de vacación de dos años que señala el art. 207 LH.: «Las inscripciones de inmatriculación practicadas de acuerdo con los dos artículos anteriores [205 y 206] **no surtirán efectos** respecto de **tercero** hasta transcurridos **dos años** desde su fecha».

Las posteriores transmisiones, si que se encontrarán protegidas por el art. 34 LH.

2.3.- REQUISITOS LEGALES PARA SER TERCERO HIPOTECARIO

Los **requisitos** para ser **tercero** protegido por la **fe pública registral** aparecen formulados en el art. 34 en forma muy clara (DÍEZ-PICAZO) y son los siguientes:

- 1) Que el tercero protegido sea **adquirente del dominio de un inmueble** o de un derecho real limitativo del dominio
- 2) Que la adquisición del tercero se haya realizado de **buena fe**, es decir confiando en lo que el Registro publica . La doctrina y jurisprudencia coinciden al exigir un doble aspecto a la buena fe del tercero adquirente:

En un **sentido positivo** la buena fe consiste de la creencia por parte de quien pretende ampararse en la protección registral de que la persona que constituye el derecho real era dueña del inmueble gravado y que tenía facultades de disposición para constituirlo, tal como señala el art. 1950 cc. En **sentido negativo** , consiste en la ignorancia o desconocimiento de los vicios invalidatorios que pudieran afectar a la titularidad del transmitente, (STS 28 nov 1996, RJA 8590).

La concurrencia de la buena fe debe exigirse, de acuerdo con la mayoría de la doctrina, en el momento en que el tercer adquirente perfeccione su adquisición a tenor de lo dispuesto en el Art.609 C.c. (teoría del título y del modo)

3) El negocio jurídico adquisitivo del tercero ha de basarse en un **negocio jurídico a título oneroso**. De modo que las adquisiciones a título gratuito no están amparadas por lo dispuesto en el art. 34 LH.

4) El tercero tiene que haber adquirido el derecho de persona que en el Registro aparezca con **facultades para transmitirlo**. Las facultades y poderes dispositivos tienen que resultar del propio Registro.

5) Finalmente se exige que el tercero a su vez haya **inscrito su propia adquisición**, es decir que no es suficiente el hecho de que el tercero haya contratado confiando en el Registro.

El **requerimiento** quedará **cumplido** tan pronto como se hubiera practicado el asiento de presentación o igualmente cuando se hubiera llevado a cabo la anotación preventiva del Art.42.9 L.H.

A esta serie de requisitos hay que añadir otro que no ha sido exigido por el art. 34, pero que según ROCA SASTRE, debería de haberlo hecho: Que el **negocio jurídico adquisitivo** del tercero sea **válido** como negocio, por consiguiente la fe pública registral no operará si falta este requisito, aunque se den todos los demás. No puede invocar en su favor la protección de la fe pública del Registro el tercer adquirente en virtud de negocio jurídico nulo.

En este sentido la STS 24 Octubre 1994, (RJ 1994\7680) establece que : «si el acto adquisitivo del tercero es inexistente, nulo o anulable, la fe pública registral no desempeñará la menor función convalidante o sanatoria...para que el artículo 34 sea aplicable debe ser válido el acto adquisitivo del tercero protegido. Si fuera nulo, se aplicaría el artículo 33 de la propia Ley Hipotecaria, y la declaración de nulidad afectaría al adquirente como parte que es en el acto inválido. El artículo 34 sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio. El artículo 34 es una excepción al anterior artículo 33, tal como resulta de su propia finalidad»

§3. El art. 32 LH y la protección del tercero.

El **art. 32 LH** establece que «Los **títulos de dominio** o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que **no** estén debidamente **anotados** en el Registro de la Propiedad, **no perjudican a tercero**».

El tercero al que se refiere este precepto debe ser, igual que el tercero del art 34LH, un tercero hipotecario, (y no un tercero civil) es decir un adquirente del dominio o un derecho real limitativo. Esta idea tiene su fundamento en la finalidad misma del Registro, puesto que su finalidad es la de proteger a los adquirentes y evitar que sean defraudados. El Registro no protege a los acreedores o los titulares de derechos personales más que en el momento en que se han **transformado** en titulares de una situación jurídico-real. (DÍEZ-PICAZO) Ej. Un acreedor que pretende embargar no es un tercero.

El **requisito** de la **buena** fe también le será exigible al tercero ex art. 32 LH, aún a pesar del silencio legal, así lo entiende la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia. (DÍEZ-PICAZO) En el caso de la doble venta del art. 1473 la protección del segundo comprador inscrito sólo tiene lugar si aquel lo es de buena fe.

La exigencia de la **onerosidad en la adquisición**, tiene partidarios y detractores entre la doctrina; según DÍEZ-PICAZO, aquel requisito no es necesario, puesto que cuando **la ley ha considerado** necesario introducir la nota de la onerosidad como presupuesto de la protección registral, la ha **exigido expresamente**. (Vid arts 31, 34, 36 y 40 LH).

La **consecuencia jurídica** de este precepto es la de una falta de perjuicio del derecho del tercero por la omisión de la inscripción. De manera que los títulos no inscritos no son inoponibles a terceros, es decir que no es posible fundar en el título no inscrito una pretensión dirigida contra el tercero inscrito. En consecuencia el título no inscrito deviene ineficaz. (DÍEZ-PICAZO)

La **relación existente** entre el art. 34 y el 32 LH es la siguiente: la norma básica de la fe pública registral se encuentra en el art 34 LH, de modo que el art. 32 y todos los demás preceptos concordantes, no son sino aplicaciones concretas de aquel principio general. De ahí que el art. 34 y 32 sean complementarios.(DÍEZ-PICAZO)

El art. 34 contiene el **aspecto positivo** de la **fe pública**, de modo que lo inscrito constituye para el tercero la base de una confianza que resulta protegida. En la medida en que algo está protegido por el Registro, determina para el tercero una presunción *iuris et de iure* de veracidad. La falta de exactitud o la rectificación no afectan al tercero. (DÍEZ-PICAZO)

El art. 32 contiene el **aspecto negativo** de la **fe pública**, de manera que lo no inscrito es como si fuera inexistente para el tercero, a quien le es inoponible. Lo anterior no es sino una aplicación particular del principio general contenido en el art. 34; de modo que el éste precepto es de superior jerarquía al art. 32 que debe quedar integrado o completado por el aquel primero. (DÍEZ-PICAZO)

§4. **Ámbito de la protección del Registro**

Cumplidos los **requisitos** exigidos para la aplicación de la fe pública registral al tercero hipotecario, el **efecto jurídico principal** es hacer **inatacable su adquisición**, en este sentido el art. 34LH dice que «el tercero será mantenido en su adquisición». Aquella adquisición estará dotada de una presunción *iuris et de iure*, es decir, que no admite prueba en contrario. La fe pública, registral hace **inmune al tercero** de la consecuencia que podía tener para su adquisición una **acción de nulidad o de resolución** que pretendía atacar el derecho del transmitente siempre y cuando las causas en que fundase aquella acción no constasen en el Registro.

El tercero no sólo es mantenido en su adquisición, sino que lo es en los **términos resultantes del Registro**, ya que al tercero la discordancia el Registro y la realidad jurídica extrarregistral no le afecta, puesto que el tercero puede atenerse en su adquisición a lo que el contenido registral expresa. (ROCA SASTRE).

Según la índole de la **inexactitud registral**, cabe que el tercero hipotecario haya

realizado tres tipos diferentes de adquisición (ROCA SASTRE):

a) Adquisición “*a non domino*”.- Es cuando el tercero ha adquirido de un titular registral que carece totalmente de derecho sobre la finca. Ej. Porque la anterior transmisión se inscribió por error, por haberse anulado, revocado, rescindido, caducado, etc.

b) Adquisición en parte “*a non domino*” y en parte “*a domino*”.- Es el caso en que la adquisición se efectúa a un titular que en realidad sólo lo sea en la realidad extrarregistral de una cuota de la finca.

c) Adquisición “*a domino*”.- Es el supuesto en que la adquisición proceda de un titular registral que lo sea en realidad, si bien su derecho en la realidad extratabular está configurado de manera diferente a tal como figura en el Registro.

Es decir que el derecho se ha expresado con error en el asiento, (arts. 31 y 220 LH) ; no ha sido inscrito (arts 32 y 144 LH); se inscribió y su asiento consta cancelado (art. 40,d)

La Ley hipotecaria en el Art.34-2 establece una presunción *iuris tantum* en relación con la preexistencia de la buena fe del tercero, esta se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

El art.37 L.H **completa** el **ámbito de protección** del **art.34 L.H** al señalar que las *acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias* no se darán contra el tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo previsto en la ley. Esta regla no obstante se acompaña de una serie de excepciones que constan en el mismo precepto.

§5. Eficacia y naturaleza de la adquisición en virtud del Registro

Según el **art. 33 L.H** los actos y contratos que dieron lugar a la adquisición no resultan convalidados por la inscripción que se practique al amparo del **art 34 L.H**. No obstante, el titular inscrito gozará de las presunciones del **art.38 LH**.

Por su parte, el **art.32** señala que los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad. no perjudicarán a terceros.

4.1.-LOS LIMITES DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL.

Ésta no desenvuelve o despliega de forma automática y plena sus efectos protectores. En algunos supuestos el tercero hipotecario, aún a pesar de reunir los requisitos para ser tercero hipotecario no está amparado por la fe pública, se produce una suspensión en el tiempo de dichas consecuencias jurídicas (VALPUESTA).:

1º) .- La **inscripción de derechos reales y del dominio** de inmuebles adquiridos por **título de herencia o de legado** no surtirán efecto frente a tercero hasta transcurrido **dos años** desde la muerte del causante. Exceptúanse las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos. (Art.28 L.H).

Este precepto pretende salvaguardar durante el período de dos años el derecho del heredero real no inscrito y de sus derechohabientes tampoco inscritos y en perjuicio del adquirente y subadquirente del heredero aparente inscrito, aunque tengan la condición de terceros hipotecarios, respecto de las adquisiciones realizadas durante el mencionado plazo. (ROCA SASTRE)

2).- La **inmatriculación de fincas** practicadas en virtud de los procedimientos establecidos en los **arts. 205 y 206 L.H** quedarán **suspendidas durante el plazo de dos años** en cuanto a los efectos de los asientos de inmatriculación. (Art.207 LH).

El sentido de este precepto consiste en que el art. 34 dejará de actuar durante dos años en salvaguarda de los derechos del posible dueño real no inscrito y de sus derechohabientes tampoco inscritos y en perjuicio del adquirente y subadquirentes del que figura como titular inmatriculante de la finca, aunque tengan la condición de terceros hipotecarios, respecto de las adquisiciones efectuadas en aquel plazo.

La razón de la suspensión de la fe pública registral estriba en la excesiva facilidad que la ley otorga para la inscripción mediante títulos públicos de adquisición (art. 205 LH) y certificaciones administrativas de dominio (art. 206 LH) . Este precepto no será de aplicación cuando la inmatriculación haya tenido lugar mediante el expediente de dominio, habida cuenta de las garantías que este procedimiento ofrece. (ROCA SASTRE).

3).- En el supuesto de **doble inmatriculación** de una finca a favor de personas distintas al valor de cada inscripción queda neutralizada por lo que no será de aplicación el Art.34 L.H.

En este caso la jurisprudencia ha establecido que el valor de ambas inscripciones se neutraliza y hay que resolver el conflicto suscitado mediante las normas del derecho civil puro, quedando en consecuencia apartado en su actuación el art. 34 y concordantes de la ley Hipotecaria (ROCA SASTRE)

§6. El art. 33 LH y su relación con la Fe Pública registral

El **art. 33 LH** establece que: «La inscripción **no convalida** los actos o contratos que sean **nulos** con arreglo a las leyes»

Este precepto según la mayoría de la doctrina es inútil y superfluo, puesto que un “**sistema de exactitud del contenido del Registro**” como el español, puesto que la nulidad o anulabilidad de un acto inscribible inscrito es tratado como uno de los varios supuestos de inexactitud registral y por lo tanto puede ser objeto posterior de rectificación registral . (ROCA SASTRE).

En ese sentido se manifiesta el **art. 40.d.LH** cuando autoriza la rectificación del Registro inexacto “cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad, o defecto del título que hubiere motivado el asiento”, y en el último párrafo del mismo establece que “en ningún caso la rectificación del Registro perjudicará a los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto”

En conclusión se puede afirmar que en nuestro sistema la inscripción de un título no tiene **eficacia sanante** y por lo tanto el acto inscrito puede ser declarado nulo en cualquier instante. Por ello se puede afirmar que el artículo 40 Lh es prevalente al art. 33 LH al que se le puede calificar como prescindible. (ROCA SASTRE)

No obstante este art. 33 LH presupone como posible que en el Registro hayan tenido acceso actos y contratos nulos aún a pesar del filtro que supone la calificación registral, bien sea por error o por imposibilidad de detectar la nulidad. Ej. Un título falso. (ROCA SASTRE)

El TS en las SS de 16-5-1994 (RJA 3585) y de 16-5-1994 (RJA 3083) ha establecido que entre ambos preceptos existe la siguiente relación: « en terrenos de la fe pública registral ... a favor del tercero hipotecario...tipificado en el art. 34, se prescribe que la tutela inmersa en su verdad formal no quedará afectada «aunque después se anule o resuelva el del otorgante...», sanción, cuyo exacto alcance conduce a la siguiente dualidad en su directa relación con precedente art. 33:

1.-**Si la nulidad afecta al título del tercero**, esto es, el acto o contrato verificado entre el anterior titular registral y este subadquirente, el mandato de repetido **art. 33, impide el juego de la fe pública registral**, y, por ende, aquel tercero no estará protegido, a causa, es obvio, de que en rigor ya no es el tercero hipotecario pues su título o acceso registral fue declarado nulo con arreglo a las Leyes.

2.-Si la nulidad no afecta al título adquisitivo de este tercero, y sí sólo al de su «otorgante» o transmitente registral, entonces la indemnidad de la tutela «ex art. 34 deviene inconcusa, porque frente a la general prescripción de ese art. 33 prevalece la regla del 34», y por ello también la doctrina más conocida, habla de que «este art. 33 tiene como excepción el art. 34 respecto al subadquirente» y en esos términos ha de entenderse la doctrina sentada por la Sentencia citada de 17 octubre 1989 («El art. 34 sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio»).

TEMA 9

ORGANISMOS DE LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA

- § 1.- El Registro de la propiedad. La publicidad formal
- § 2.- Los libros del Registro
- § 3.- La práctica de los asientos del Registro
- § 4.- Los medios o instrumentos de la publicidad formal
- § 5.- El Registrador de la Propiedad.
- § 6.- La Dirección General de los Registros y del Notariado.

§ 1. El Registro de la propiedad. La publicidad formal

El Registro de la propiedad es una oficina destinada a la constancia de las titularidades inmobiliarias y a su consiguiente publicidad. La **LH de 1861** dispuso en su **artículo 1º** que se estableciera "un Registro en todos los pueblos cabeza de partido judicial".

El territorio nacional está dividido en demarcaciones registrales adscritas, cada una, a un Registro de la propiedad. La Oficina del Registro es un local que contiene el archivo ordenado de los libros registrales y el despacho donde el Registrador desempeña sus funciones.

§2.- Los libros del Registro

El Registro de la Propiedad es una oficina administrativa constituida fundamentalmente por un archivo formado por libros en los que se almacena la información relativa a la propiedad inmobiliaria y a los derechos reales que pesan sobre ella. El art. 238 LH establece que el Registro de la Propiedad ha de llevarse en **libros foliados y visados judicialmente**. Los libros son volúmenes encuadernados, donde, una vez cumplidas las formalidades de apertura, se extienden los asientos. Estos libros son uniformes para todos los Registros y han de llevarse con las precauciones para imposibilitar cualquier fraude o falsedad. Sólo hacen fe los libros que se llevan cumpliendo las disposiciones legales. Los libros nunca pueden sacarse de la oficina, por lo que todas las diligencias, judiciales o extrajudiciales han de practicarse en la oficina del Registro. (DÍEZ-PICAZO)

Los libros del Registro son los siguientes (**art. 362 RH**):

- Libro de **inscripciones**, en el que se practican este tipo de asientos.
- Diario** de las **operaciones del Registro**, en el que se practica el *asiento de inscripción*
- Libro de **incapacitados** (ahora denominado «Libro de alteraciones en las facultades de administración y disposición» art. **386 a 391 RH**)
- Índice de fincas** (rústicas y urbanas) e **índice de personas**, siempre que éstos no se lleven mediante sistema de fichas u otros medios de archivo y ordenación autorizados por la Dirección General.
- Libro de **estadística**

-Libro especial de **anotaciones de suspensión** de mandamientos judiciales, laborales o administrativos.

-**Inventario**; y

-Los libros y **cuadernos auxiliares** que los Registradores juzguen convenientes para sus servicios.

El RD de 5 Mayo de 1983 , considerando la conveniencia de agilizar el despacho de documentos en los Registros de la Propiedad así como la de proporcionar al Registrador un **medio de control** sobre la **documentación existente en el Registro**, ha dispuesto que en todos los Registros de la Propiedad (...) se llevará un **libro-registro de entrada**. Este libro carece de efectos sustantivos, de modo que los asientos del libro-registro de entrada no se presumirán exactos a efectos registrales ni determinarán la fecha de las inscripciones.

§ 3.- La práctica de los asientos del Registro

La LH y el RH dictan reglas particulares para la práctica de cada asiento.

A) INSCRIPCIONES. Estos asientos se consignan en el libro de inscripciones, salvo las de incapacitación, con número consecutivo al del asiento anterior. Las **inscripciones** llamadas **extensas** deben contener los siguientes requisitos (**art. 9 LH**):

1-La naturaleza, situación y linderos, así como la extensión de los inmuebles objeto de la inscripción.

2-El derecho que se inscribe

3-El derecho sobre el cual se constituye el que es objeto de inscripción.

4-El nuevo titular

5-La persona de quien procedan directamente los bienes o derechos que deban inscribirse.

6-El título que se inscribe, su fecha y el Tribunal, Juzgado, Notario o funcionario que lo autorice.

7-La fecha de la presentación del título en el Registro.

8-La firma del Registrador

Junto a las extensas hay también “**inscripciones concisas**”, simplificadas con relación a la normal, que se practican cuando un título comprende inmuebles situados dentro de un mismo término municipal.

B).- ANOTACIONES PREVENTIVAS. Según el **art. 72 LH**, contendrán las circunstancias que se exigen para las inscripciones. La anotación se practica en el mismo libro que las inscripciones, y en igual lugar, con la sola diferencia de que los **asientos de la anotación** van **ordenados** por **letras**, en lugar de por números, y **manifiestan** que **son anotaciones**.

C).- CANCELACIONES. Se practican de igual forma que las inscripciones, y se numeran conjuntamente con ellas. De toda cancelación que se verifique pondrá el Registrador nota fechada y firmada al margen de la inscripción o anotación cancelada, en la cual se haga constar el tomo, folio y número o letra del asiento cancelatorio (**art. 195 RH**).

D).- NOTAS MARGINALES: No se numeran.

§4.- Los medios o instrumentos de la publicidad formal

La Publicidad del Registro se hace efectiva, también, de otra parte, a través del sistema de **manifestaciones** y de **certificaciones** que la Ley y el Reglamento hipotecarios regulan.

A.1) La manifestación de los libros del Registro.. (ART. 222 LH) Tienen lugar en la misma oficina del Registro, en virtud de petición verbal o escrita de la persona que tenga interés en consultarlo, siempre que indique claramente las fincas o derechos cuyo estado pretende averiguar. La **exhibición de los libros** sólo se hará durante el tiempo que el Registrador no los necesite para el servicio de la oficina; el consultante cuidará, bajo su responsabilidad, de la conservación e integridad del libro que examine, y podrá tomar de él las notas que juzgue necesarias para su uso.

A.2) La nota simple informativa Se trata prácticamente de una certificación sin garantía. Es una nota emitida sin ninguna formalidad, extendida en papel común y no sirve para acreditar auténticamente el contenido del Registro, sólo sirve para conocerlo. No produce efectos jurídicos. Se emite a petición verbal o escrita del interesado que indique con precisión las fincas o derechos cuyo estado pretende averiguar.(DÍEZ-PICAZO) (Ej. Esta es la forma mediante la cual el comprador podrá conocer la situación de la finca que piensa adquirir)

B) LAS CERTIFICACIONES. Las certificaciones son copias o traslados, literales o en relación, de los asientos del Registro bajo la fe del Registrador.(ROCA-SASTRE) Las certificaciones tienen valor de **documento público**. La certificación es el único medio de acreditarse, en perjuicio de tercero, la libertad o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos en el Registro.(DÍEZ-PICAZO)

Las certificaciones deben ser solicitadas por escrito, mediante instancia -si se trata de particulares-, mandamiento -si de Jueces, Tribunales o Agentes ejecutivos-, u oficio -si de otras autoridades o funcionarios-.

LEGITIMADOS.

Están legitimados para instar la publicidad formal en el Registro (352 RH) -aparte de las autoridades, tribunales y funcionarios que se encuentren tramitando expedientes, juicios o actuaciones-, los particulares que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos.

Por consiguiente, puede el Registrador denegar la manifestación o certificación solicitada, cuando estime que el particular solicitante carece de "interés conocido". Además, si la solicitud no se formula con suficiente claridad y precisión, el Registrador la devolverá indicando verbalmente el motivo por el cual deniega la certificación, si se trata de particulares, o con un oficio especificando los antecedentes que se necesiten, cuando se trate de un Juez, Tribunal o funcionario.

COMPETENCIA

Según el **art. 335 RH** "los Registradores de la propiedad son los únicos funcionarios que tienen facultad de certificar lo que resulte de los libros del Registro".

4§.- El Registrador de la Propiedad.

1.- EL REGISTRADOR COMO FUNCIONARIO PUBLICO.

Cada Registro estará a cargo de un Registrador de la propiedad, con carácter de funcionario público para todos los efectos legales. El ingreso en el Cuerpo se efectúa mediante oposición. Los opositores aprobados constituyen el Cuerpo de Aspirantes, y son nombrados efectivos, conforme van quedando vacantes.

El cargo de Registrador es incompatible con el de Juez o Fiscal, Notario y, en general, con todo empleo o cargo público, aunque no sea retribuido.

2.-DEBERES Y ATRIBUCIONES. Como obligación previa a la toma de posesión, impone al registrador constituir fianza, afecta a las responsabilidades en que pueda incurrir por razón del cargo. Deben residir en el lugar donde desempeñen su función, observar la buena conducta pública y privada, ejerciendo con diligencia las funciones de su cargo.

Tienen derecho a desempeñar el cargo en el Registro que hayan solicitado y les haya correspondido por antigüedad y sus destinos son inamovibles, salvo caso de sanción.

El Registrador percibe una retribución por el ejercicio de sus funciones. Pero, a diferencia de casi todos los funcionarios públicos, ésta no es fija, sino que consiste en la obligación impuesta por la ley a los particulares que utilizan los servicios del Registro, de abonarle los honorarios devengados según arancel.

3.-RESPONSABILIDAD. Aparte de la responsabilidad penal en que pueden incurrir los Registradores por la comisión de algún hecho previsto y penado en el Código Penal como delito, se hallan afectos, en este ejercicio, a responsabilidad civil y a responsabilidad disciplinaria.

-Responsabilidad Civil: Los Registradores responden civilmente, en primer lugar con su fianza y, en segundo, con sus demás bienes, de los daños y perjuicios que causen por omisión o por error. No se trata de una responsabilidad contractual; pues la obligación del Registrador de desarrollar su actividad a instancia del interesado y de hacerlo con diligencia, es de Dº Público, en cuanto ejercicio de una función pública.

-Responsabilidad Disciplinaria: Conlleva sanción de tipo administrativo.

5§.- La Dirección General de los Registros y del Notariado.

1.- ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES.

A) Administrativa: Aun cuando el Registrador se desenvuelve en su actuación con amplia autonomía, equiparable a la del Juez, no obstante, está sometido a la alta dirección y a la inspección que dimana del orden jerárquico peculiar a la organización estatal. Efectivamente, el **art. 259 LH** dispone que los Registros de la Propiedad dependerán del Ministerio de Justicia. Todos los asuntos a ellos referentes están encomendados a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

2) Jurídica: Las Resoluciones de la D.G.RN no pueden considerarse, ni directa ni indirectamente, como fuente del Derecho Civil, y no pueden ser invocadas como doctrina legal a los efectos de mantener un recurso de casación.

En suma, la doctrina de la D.G.R.N., vertida en sus Resoluciones, no constituye jurisprudencia en el sentido judicial de la palabra, ni sirve por tanto como fundamento de casación; pero sí que constituye un cuerpo de doctrina, en materia civil e hipotecaria, que orienta, aunque no vincule, en el procedimiento relativo a la inscripción, suspensión o denegación de los asientos solicitados.

TEMA 10

PRESUPUESTOS DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL

§ 1. Titulación ordinaria

§ 2. El requisito del tracto sucesivo

§ 1. Titulación ordinaria

El término título tiene dos acepciones: la de título en sentido material y la de título en sentido formal.

En **sentido material** es el acto o negocio jurídico causal de la transmisión, constitución, modificación o extinción de un derecho, o, en otras palabras, el fundamento de la atribución patrimonial (en el mismo sentido que en la doctrina del **título** y el modo).. En **sentido formal** es el instrumento escrito que lo documenta.

Según ROCA SASTRE la palabra título tiene doble significado: **sustantivo o material**, o sea, causa o razón jurídica de la adquisición, modificación o extinción de un derecho (negocio jurídico, disposición legal o decisión judicial o administrativa) y **formal o instrumental**, o sea, prueba gráfica o documental que constata o autentiza aquella causa o razón de adquisición

Ej. Desde un **punto de vista material** : La causa por la que se constituye un D. Real es por que existe un contrato. La causa por la que un heredero se convierte en propietario : por el testamento. Desde un **punto de vista formal** ni el contrato ni el testamento (títulos materiales) se pueden inscribir directamente, ya que necesitan de un vehículo formal- como la escritura pública-

El concepto legal del *título formal*, como presupuesto del procedimiento registral, se encuentra :

a) definido en el **art. 33 RH** «se entenderá por título, para los efectos de la inscripción, el documento público en que funde su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquélla.»

B) descrito en el **art. 3 L.H.**:«Para que puedan ser inscritos los títulos descritos en el apartado anterior, deberán estar consignados en **escritura pública, ejecutoria o documento auténtico** expedido por la Autoridad judicial o por el gobierno y sus agentes...»

El **art. 2 LH** se refiere al título en sentido material: «En el Registro Público se inscribirán los títulos traslativos o declarativos de dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos».

De acuerdo con LACRUZ Y SANCHO para llegar al resultado final, a la inscripción, se

requiere un procedimiento del que su principal presupuesto es el título formal, ya que es el que posibilita el acceso del título material al Registral. No es que se inscriba el documento, puesto que se inscribe el título material (ej. contrato de compraventa) pero para instarla es necesario el documento.

Ej: cuando A (propietario) quiere inscribir ese derecho, tiene que ir al notario y decirle que ha adquirido dicha finca mediante un contrato de compraventa; éste se hace consta en escritura pública (título formal), esto es lo que se lleva al Registro y es lo que examina el Registrador.

En fórmula gráfica diríase que en el Registro de la Propiedad se presentan *títulos formales*, se inscriben *títulos materiales* y se publican *derechos o mejor titularidades*. (LACRUZ Y SANCHO).

En principio, sólo son inscribibles, los documentos públicos: bastaría recordar el art. 3 LH; es decir, que para que el título material pueda ser inscrito se precisa que esté vertido en un título formal y éste ha de consistir en un documento público.

1.2.-Requisitos del documento publico

1) Exigencia de que el título inscribible sea un documento público auténtico,(notarial, judicial o administrativo) es decir, expedido por la autoridad o funcionario competente y con las solemnidades requeridas por la ley tal como consta en el art. **34 RH** «se considerarán documentos auténticos para los efectos de la ley los que, sirviendo de títulos al dominio o al derecho real o al asiento practicado, estén expedidos por el gobierno o la autoridad o funcionario competente para darlos y deban hacer fe por si solos»

2) El documento ha de hacer fe por sí solo de su contenido, así pues, el documento dice oficialmente que el contenido es verdad. (Art. 34 Rh in fine)

Consecuencia de ello es que hay que presentar el documentos originales y la no admisibilidad de documentos privados que no dan fe de su contenido. de ese documento).

3) Que los documentos que integren el título inscribible han de reunir los requisitos exigibles para practicar una inscripción y sean relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos (Art. 21 L.H.). Las mencionadas circunstancias vienen recogidas en el art. 9 LH, desarrollado por el art. 51 RH.

1.3.- Los documentos privados

Como norma general únicamente tienen acceso al Registro los actos documentados públicamente. Esta exigencia hace que no se admitan ni las fotocopias autenticadas ni, salvo excepciones, los documentos privados. La razón de ser de esta exigencia no es otra que la de facilitar la labor del Registrador.

En supuestos excepcionales, no obstante, pueden admitirse a registración documentos privados, así, por ejemplo, entre otros:

- La instancia privada (que es un documento privado) en caso de heredero único sirve por sí sola para que el Registrador practique la inscripción correspondiente (art. 14.3 en relación con el art. 16, ambos de la Ley Hipotecaria).
- La anotación preventiva del crédito refaccionario que conste en documento privado (59 LH y 155 RH)

§ 2. El requisito del tracto sucesivo

El primer presupuesto de la inscripción es la presentación de un título inscribible. El segundo está constituido por la exigencia de que se halle previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre se otorgue el acto a inscribir. Este es el llamado «principio de tracto sucesivo», que exige que en el folio registral aparezca el historial de la finca de forma ininterrumpida, es decir, que en cada acto modificativo esté constatado en asiento propio. De forma que pueda establecerse sin dificultad la cadena de sucesivos adquirentes y transmitentes. Esta regla tiene algunas excepciones denominadas «tracto abreviado» (LACRUZ Y SANCHO).

Este principio, también llamado de previa inscripción aparece recogido en el art. 20 L.H. en los párrafos 1º y 2º, a cuyo tenor:

Art. 20 LH «Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos.

En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada».

El principio de tracto sucesivo es una exigencia de Derecho registral, procedimentalmente formal y no de derecho sustantivo. Quiere decir ello que la previa inscripción no es requisito necesario para la validez de un acto de disposición, sino para su constancia registral.

E.j. Una compraventa realizada sin observar el requisito de previa inscripción tendrá plena validez, transmitirá la propiedad se cumplen con los requisitos de título y modo, si bien no tendrá acceso al Registro de la Propiedad.

La falta de previa inscripción exigida por el **art. 20 LH** puede responder a que:

- a) el derecho figure inscrito a favor de persona distinta del otorgante.
- b) por falta de inmatriculación de la finca.
- c) han habido muchos otorgantes intermedios que no han inscrito.

En el supuesto **A** la falta es insubsanable. En los supuestos **B** y **C** es subsanable. La subsanación consiste en inmatricular la finca o en inscribir el derecho o derechos intermedios; o ambas cosas a un mismo tiempo; y siempre reconstruir el escalonamiento en que el tracto constituye. (LACRUZ Y SANCHO)

Modalidades del tracto sucesivo:

En el art. 20 de L.H. se contienen una serie de reglas que especifican la contenida en el párrafo primero, unas constituyen modalidades del tracto sucesivo y otras son excepciones a a la exigencia de la previa inscripción, admitiéndose con carácter excepcional el «tracto sucesivo abreviado» (Lacruz y Sancho)

1) **Art. 20.4** "No será necesaria la previa inscripción a favor de los mandatarios, representantes y demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación".

2) **Art. 20.5** "Tampoco será precisa dicha inscripción previa para inscribir los documentos otorgados por los herederos cuando ratifiquen contratos privados realizados por su causante, siempre que consten por escrito y firmados por éste".

Ej: El comprador quiere inscribir su derecho de propiedad, pero necesita un documento público (ante notario), pero el vendedor va camino del notario y muere. El comprador exige y los herederos cumplen su obligación otorgando la escritura pública, pero ellos nada transmiten, el transmitente sigue siendo el causante. Luego los adquirentes, subsanado el defecto del título, pueden inscribir su adquisición sin vulnerar el tracto sucesivo.

El tracto abreviado

Es el mecanismo registral que excepciona el principio de tracto sucesivo; es decir, es la autorización prevista legalmente para que en un mismo asiento registral se concentren varias transmisiones; es decir en un mismo asiento figuran dos o mas actos dispositivos..

De esta forma, y en determinados casos supuestos admitidos por la ley, no es necesario que cada transmisión esté recogida en un asiento distinto; así pues se permite en algunos supuestos que la inscripción del otorgante como la inscripción del nuevo propietario estén en un mismo asiento.

Los principales supuestos de tracto abreviado son los siguientes: (**art.20**)

-No se requiere un asiento especial y separado que refleje el paso del dominio indiviso del transmitente inscrito a los coherederos, pero sí constancia de esta transmisión en el asiento en que se inscriba el derecho a favor del coheredero comprador.

-Cuando en una partición de herencia, hecha después del fallecimiento de algún coheredero, si se adjudican a los herederos del coheredero fallecido los bienes que a éste le correspondían. En estos casos no será preciso inscripción previa independiente.

La reanudación del *tracto sucesivo* (vid. Tema 12)

TEMA 11 EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL

- § 1.- El procedimiento registral. Concepto.
- § 2.- La presentación.
- § 3.- La calificación.
- § 4. - Denegación de inscripción.
- § 5.- Faltas subsanables e insubsanables.
- § 6.- Recursos contra la decisión del Registrador

§ 1. El procedimiento registral. Concepto.

1.-CONCEPTO.

Se denomina *procedimiento registral* a la sucesión reglada de actos, desde que una persona solicita la **inscripción de un título o práctica de un asiento**, hasta que el Registrador resuelve sobre su pretensión, inscribiéndolo o suspendiendo o denegando la inscripción. Dentro del procedimiento se incluirán también los recursos impuestos contra la decisión del Registrador (LACRUZ Y SANCHO).

Por medio de estos actos regulados por el Derecho, el Registrador realiza su función y los particulares obtienen o tratan de obtener la constancia registral de sus titularidades inmobiliarias. (LACRUZ Y SANCHO).

2.- EL PRINCIPIO DE ROGACIÓN

Nuestro procedimiento registral sigue el llamado **principio de rogación** que significa que el procedimiento registral *se inicia a ruego o instancia de parte interesada o por mandato judicial o administrativo*, de manera que el Registrador, salvo raras hipótesis, no puede proceder a la extensión de los asientos de oficio ni en contra de la voluntad de los interesados.

Del principio de rogación también se extrae la exigencia de que la decisión del Registrador sea congruente con lo solicitado por la persona interesada; de forma que su resolución se ajuste al asiento que se le solicita y a los documentos que se le presentan para tal finalidad.

3.-FASES DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL.-

El procedimiento Registral consta de las siguientes fases:

- A) -iniciación del mismo mediante la **petición de la inscripción** por el interesado y **presentación de documentos** para la práctica del asiento correspondiente
- B)-**calificación** del Registrador
- C)-**extensión del asiento** (en su caso)

§ 2.- La presentación.

1.- LA PETICIÓN DE LA INSCRIPCIÓN.-

El procedimiento registral se inicia mediante dos actos íntimamente ligados:

a) Petición de la inscripción: Se trata de un procedimiento de carácter dispositivo, se inicia a instancia de la parte interesada. Excepcionalmente puede iniciarse de oficio en los casos del art. 171 LH,(hipoteca dotal a favor de la mujer) y 161, 164 , 422 entre otros del RH. .

La petición es una declaración de voluntad dirigida al Registrador en súplica de que ejercite sus funciones y practique la inscripción. Se realiza de forma escrita u oral.

Según el **art. 6 L H:** «La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente:

- a) Por el que adquiera el derecho
- b) Por el que lo transmita
- c) Por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir.
- d) Por quien tenga la representación de cualquiera de ellos»

b) Presentación del título

La petición de inscripción por sí sola no es suficiente para poner en marcha el procedimiento registral, puesto que debe ir acompañada de la **presentación** y puesta a disposición del Registrador **de los títulos** o documentos en base a los cuales se va a realizar el asiento, porque si no se hace así existe una imposibilidad material de continuar el proceso de registración. Es por ello por lo que algún autor, como JERÓNIMO GONZÁLEZ, ha sostenido que el acto en cuya virtud se incoa el procedimiento hipotecario no es la declaración formal sino la presentación de la documentación en el Registro.

Tradicionalmente la presentación de documentos debía de hacerse personalmente, pero actualmente se permite la presentación de títulos por correo. Es frecuente, hoy día, que los títulos sean remitidos por Notarías, Gestorías, etc., discutiéndose en este caso quién es el presentante.

Hablamos de título en sentido formal (generalmente es una escritura pública). Acompañando a la **solicitud**, es necesaria la **presentación de los títulos** a la oficina del Registro. Sin ella no se pone en marcha el procedimiento registral.

Existe una diferencia conceptual entre petición y presentación: la petición es una declaración de voluntad dirigida a poner en marcha el procedimiento registral y la presentación es un hecho material. (LACRUZ Y SANCHO).

Los documentos deberán presentarse personalmente, si bien el art. 418 R. H. autoriza a extender asientos de presentación a los documentos remitidos por **correo** o **telefax**. El fax se autoriza únicamente para las comunicaciones de autorizaciones de las escrituras públicas por los Notarios y para la resoluciones judiciales; estas se asentarán en el libro Diario, pero el asiento de presentación que se extiende caducará a los diez días hábiles siguientes si no se presenta en el Registro copia auténtica de la escritura que lo motivó.

2.- EL ASIENTO DE PRESENTACIÓN.-

Según el art. 416 RH al ingresar cualquier título que pueda producir en el Registro alguna inscripción, anotación preventiva, cancelación o nota marginal, se extenderá en el **libro Diario asiento de presentación**.

La necesidad este asiento se encuentra en el **principio de prioridad registral** que supone la preferencia por el primero que accede al Registro, que será el que se beneficie de los efectos sustantivos que se derivan de la publicidad. Para la aplicación de esta regla se atiende exclusivamente a la fecha y hora en la que se presentan los documentos en el Registro de la Propiedad, y no al tiempo en el que se celebró el contrato, o se realizó el acto cuya inscripción se pretende. Mediante el **asiento de presentación** también se salva el inconveniente de que el Registrador no puede practicar la inscripción solicitada en el mismo momento de la presentación del título formal, pues, por aplicación del **principio de legalidad**, debe **previamente calificar el título** y apreciar la procedencia de su inscripción.

- **El libro registro de entrada de documentos.**- Con la finalidad de facilitar el control de los documentos presentados, el **art. 417 RH** autoriza que en todos los Registros se lleve un "**libro-registro de entrada**" en el que se practique asiento de todos los documentos que se reciban, cuando por su elevado número no pueda el Registrador extender inmediatamente el asiento de presentación en el Libro Diario. La importancia de este asiento es limitada ya que no se presume exacto y la fecha relevante a efectos de la inscripción u otro asiento cuya práctica se pretenda no será la del asiento de entrada sino la del asiento de presentación.

-**Caracteres del asiento de presentación:** carácter **provisional**, destinado a dejar constancia de la solicitud de inscripción y de la presentación del título formal, durante el tiempo fijado por la ley para que el Registrador resuelva sobre la pretensión formulada. Es por lo tanto el asiento de presentación un asiento **preliminar o preparatorio** del que en realidad se solicita, con el que mantiene cierta unidad, ya que la fecha del mismo será determinante para medir la prioridad del derecho, en el supuesto de que éste haya causado el asiento que se solicita.

En el caso de entregarse varios títulos por una misma persona, será ésta la que determine el orden en el que se deban extender los correspondientes asientos de presentación. En el supuesto de que se presentaran por dos o más personas, se deberá estar al orden fijado convencionalmente, en su defecto, resolverán los Tribunales sobre la preferencia de uno u otro título. Entretanto se podrá practicar anotación preventiva de los mismos, art. 422 R.H.

- **Negativa a extender el asiento de presentación.**- El Registrador puede **denegar la práctica del asiento de presentación**, con la devolución de los documentos, en los siguientes casos (art. 420 RH)

1.- cuando se presentaren documentos privados, salvo que las disposiciones legales le atribuyan eficacia registral.

2.- cuando el título se refiera a fincas radicantes en otros distritos hipotecarios;

3.- cuando el título presentado, por su naturaleza, contenido o finalidad, no pueda provocar operación registral alguna

Contra la **denegación del Registrador** se podrá interponer **recurso de queja** al

Juez de primera instancia y, en su defecto, a la Autoridad judicial de la localidad, quienes oyendo al Registrador resolverán lo procedente, art. 416 R.H.

- Requisitos del asiento de presentación.- En el asiento de presentación se deberán reflejar los datos y circunstancias a las que hace referencia el art. 249 L.H., (desarrollado por el art. 423 RH) : «Los asientos del Diario **se extenderán por el orden con que se presenten los títulos**, sin dejar claros ni huecos entre ellos, se numerarán correlativamente en el acto de extenderlos, y expresarán necesariamente:

1°.- El nombre y apellidos del que presenta el título

2°.- La **hora** de su presentación

3°.- La especie de título presentado, fecha y Autoridad o Notario que lo suscriba

4°.- El **derecho** que se constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga por el título que se pretende inscribir.

5°.- La naturaleza de la finca o derecho real objeto del título presentado, expresión de su situación y de su nombre y número, si lo tuviere.

6°.-El nombre de la persona a cuyo favor se pretende hacer la inscripción o asiento de que se trate.

7°.- La firma del Registrador en todo caso y la de la persona que presente el título. »

- Vigencia del asiento de presentación.- Este asiento de presentación tiene un **plazo de vigencia de sesenta días** (art . 17 L.H.), dentro de los cuales, el Registrador debe practicar el asiento solicitado en los **quince** primeros días. No obstante este plazo puede prorrogarse en los supuestos previstos en el art. 432 del R.H.

- Desistimiento.- Durante la vigencia del asiento de presentación el presentante o los interesados podrán desistir, total o parcialmente, de su solicitud de inscripción.(art. 433 R.H.) En el caso de ser total el desestimiento deberá hacerse en documento público, o privado con firmas legitimadas notarialmente. Si es parcial, se podrá hacer verbalmente.

Se podrá **denegar** tal **desistimiento** cuando del mismo se derive la imposibilidad de despachar otro documento presentado, salvo que la petición se refiera también a este último y se trate del mismo interesado, o siendo distinto, lo solicite también éste. También se denegará el desistimiento cuando, a juicio del Registrador, perjudique a tercero.

Contra la resolución del Registrador se podrá interponer **recurso gubernativo**.

Cuando el desistimiento se refiera a documentos judiciales o administrativos, deberá ser decretado por la autoridad, funcionario y órgano que hubiese expedido el mandamiento o documento presentado.

Aceptado el desistimiento, se **cancelará** el asiento o asientos de presentación afectados por el mismo, mediante una nota marginal.

- Cancelación del asiento de presentación.- El asiento de presentación se cancela por medio de nota marginal.

§ 3. - La calificación.

Iniciado el procedimiento Registral mediante la solicitud de inscripción y la presentación del título y extendido el asiento de presentación en el libro Diario, la última fase del procedimiento es la **calificación del Registrador**.

1.- CONCEPTO.-

Para MORELL Y TERRY, la **calificación registral** es la facultad de examinar, censurar, admitir o rechazar el título sujeto a inscripción, el acto por el cual el Registrador examina los títulos inscribibles y decide sobre su admisión o no en el Registro.

La calificación es una **consecuencia del principio de legalidad** que informa nuestro sistema registral, que requiere que los títulos, en su significado material y formal, que acceden al Registro sean válidos, eficaces y susceptibles de publicidad registral

Para SANZ FERNANDEZ la función de calificación le está atribuida al Registrador con **carácter exclusivo**. Únicamente se puede desempeñar la función calificadora por Registradores de la Propiedad y no por cualquiera, sino precisamente por el titular del Registro en el cual haya de practicarse la inscripción. La **función del Registrador** como órgano de calificación es **personalísima** y, por tanto, debe actuar en ella por sí mismo y bajo su única y exclusiva responsabilidad.

La calificación se lleva a efecto en base de lo que resulte de los documentos presentados para su inscripción y de lo que conste en los asientos vigentes del Registro

2. RÉGIMEN.

-La función calificadora del Registrador de la Propiedad, está regulada en nuestra LH por multitud de preceptos desperdigados, y como afirma ROCA SASTRE, con plena ausencia de un normal criterio sistematizador.

Estos preceptos son principalmente, los arts. 18, 19, 65, 66, 99 a 102 y otros, de la LH y los arts. 98 al 136 y otros de su Reglamento.

3. SU NATURALEZA JURÍDICA.-

En el campo doctrinal la naturaleza de la calificación registral ha tenido dos criterios seleccionadores:

El de la **función judicial del tipo de jurisdicción voluntaria** y el de la **función administrativa del tipo de protección estatal de derechos subjetivos privados**. Predomina, no obstante, el criterio de considerar que la función calificadora del Registrador asume la naturaleza propia de los llamados actos de jurisdicción voluntaria (Res. 10 abr. 1934).

La calificación tiene eficacia *erga omnes*, **sin efecto de cosa juzgada**, ya que los interesados podrán presentar una nueva solicitud sobre el mismo título. Tampoco impide el procedimiento que se pueda seguir ante los Tribunales de justicia sobre cuestiones que afecten a la validez del título, ni prejuzga su resultado. (art. 101 R.H.)

4. EXTENSIÓN.-

La extensión de la calificación registral aparece recogida en el **Art. 18 LH** «Los

registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las de las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro».

5. PLAZO PARA CALIFICAR.

No aparece señalado expresamente en la ley, sin embargo nunca podrá ser superior al que el art. 97 RH, establece para que se practique la inscripción, que será dentro de los 15 días siguientes al asiento de presentación, o 30 con justa causa.

La practicada después de transcurridos, tras los sesenta de vigencia del asiento, es válida sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria.

Si transcurren los indicados plazos sin efectuar la inscripción, podrá el interesado acudir en queja al Juez de 1ª instancia, el cual si el Registrador no justifica algún impedimento, podrá imponer a éste la sanción correspondiente.

§ 3. Denegación de inscripción. Faltas subsanables e insubsanables. Recursos.

1.- DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN.-

La Resolución del Registrador.- Tras la calificación, el Registrador puede acordar la práctica del asiento solicitado, la suspensión del mismo, por estimar que existe en el título presentado una falta subsanable, o su denegación, por falta insubsanable, art. 65 L.H. En estos dos últimos supuestos se podrá interponer recurso gubernativo contra la calificación del Registrador, además del que proceda ante los Tribunales de justicia, por el defecto del título, art. 66 L.H.

a) Práctica del asiento solicitado. Cuando el Registrador estime la procedencia de la inscripción, devolverá al interesado los documentos presentados, con nota en la que se expresará el tipo de asiento practicado, con el número que le corresponde, si es una inscripción, o letra, si es una anotación preventiva; asimismo, reflejará el tomo, folio y número de la finca, art. 434.2 R.H.

b) Suspensión de la inscripción por falta subsanable. En el caso de que estime que el título adolece de una falta subsanable, el Registrador suspenderá la práctica del asiento solicitado y devolverá los documentos al presentante para su subsanación, con nota suficiente que indique la causa o motivo de la suspensión o denegación, art. 434 R.H.

c) Denegación de la inscripción por falta insubsanable. Frente a la calificación registral de falta insubsanable el interesado sólo podrá interponer recurso gubernativo, que producirá la suspensión del asiento hasta su resolución. O demanda judicial sobre la validez del título, pudiendo en tal supuesto pedir anotación preventiva de dicha demanda.

d) Suspensión o denegación parcial. Si la suspensión o denegación afectare únicamente a algún pacto o estipulación, o a algunas de las fincas o derechos comprendidos en el título, los interesados podrán mostrar su conformidad en que se prescinda de la parte afectada por la calificación, art. 434.4 R.H. En caso contrario, deberán proceder conforme a los apartados anteriores, según la naturaleza de la falta.

2.- FALTAS SUBSANABLES E INSUBSANABLES

La legislación vigente prescinde de formular el concepto de cada una de las dos clases de faltas, en el **art. 65 LH** se limita a mencionarlas sin definir lo que son: «...para distinguir las faltas subsanables de las insubsanables y extender o no, en su consecuencia, la anotación preventiva»

La doctrina y la jurisprudencia registral han distinguido los siguientes tipos de faltas:

-- **Atendiendo al título formal**, se ha entendido que son **faltas subsanables** los meros defectos de redacción y contenido que no requieren la celebración de un nuevo acto; son **insubsanables**, por el contrario, los documentos privados, salvo los admitidos expresamente, y los que su subsanación exija que se realice de nuevo el acto al que se refieren, como sería el caso en el que se hubiese otorgado ante notario incompetente.-- **Respecto al título material**, se califican de faltas **subsanables** los supuestos de anulabilidad, que pueden ser convalidados, y de faltas **insubsanables**, las que están provocadas por la nulidad radical o inexistencia del título.

En cuanto a los derechos, se ha estimado como insubsanable la naturaleza personal del mismo. Finalmente, desde un punto de vista registral, son insubsanables los obstáculos que para la inscripción se derivan del principio de tracto sucesivo, o de determinadas estipulaciones publicadas, como las prohibiciones de disponer que afectan al transmitente del derecho, cuya inscripción se pretende.

§ 6.- Recursos contra la decisión del Registrador

1.- EL RECURSO GUBERNATIVO.-

El **art. 66 LH** dispone que: «Los interesados podrán reclamar gubernativamente contra la calificación del título hecho por el Registrador, en el cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado». El objeto del mismo es hacer una reclamación contra la resolución del registrador. En la suspensión provisional también cabe la posibilidad acudir a este recurso, aunque no es lo habitual pues lo fácil es subsanarlo.

Legitimación para el Recurso Gubernativo (112 RH).- Están legitimados para su interposición:

-La persona individual o jurídica cuyo favor se hubiere de practicar la inscripción, por quien tuviera interés conocido en asegurar los efectos de ésta y quien ostente la representación legal o voluntaria de unos u otros.

-El fiscal de la respectiva Audiencia, cuando se trate de suspensiones o negativas a inscribir documentos expedidos por las autoridades judiciales, en asuntos civiles o criminales en los que debe ser parte.

-El notario autorizante del título.

Órgano ante el que se interpone.- Según el art.113 RH se interpone en un plazo de **tres meses** desde la fecha de la **nota de calificación** contra la cual se recurra, por medio de escrito dirigido al Presidente del Tribunal Superior de Justicia que corresponda a la demarcación del Registro.

Tramitación.- El escrito se interpone ante el propio Registrador, lo cual tiene la ventaja de permitir que éste, o bien reforme su nota de calificación o bien que emita informe en defensa de la misma.

El Presidente resolverá el recurso en el término de 30 días, mediante "auto". El plazo empieza a contar desde que hayan sido unidos al expediente los documentos en que hubiera de fundar su decisión. (Art. 119 RH)

Recursos.- Esta decisión será apelable, excepto cuando el Recurso Gubernativo se ha fundado en el Derecho Civil propio de esa Comunidad Autónoma ya que en ese caso el auto será firme.

El Auto presidencial pueden ser apelado, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado por los Registradores y los que hubieren entablado el recurso (**121 y 122 RH**).

La decisión de la D.G.R.N , denominada «Resolución de la DGRN», deberá dictarse en una plazo de tres meses y se publicará en el BOE (art. 123 RH).

-Si la **Resolución** declarase **insubsanable el defecto**, el Registrador deberá cancelar las anotaciones o notas marginales previas extendidas, y hará constar mediante nota marginal al lado del asiento de presentación. (Art, 126 RH)

-Si la **Resolución** declara **subsanable el defecto**, podrá ser subsanado dentro de los 15 días siguientes a la recepción de aquella en el Registro.

-Se resuelve que se practique la inscripción con la fecha del asiento de presentación.

2.- EL RECURSO JUDICIAL CONTRA LA CALIFICACIÓN.

En el **art. 66 LH** además de conceder a los particulares el **recurso gubernativo** contra la decisión del Registrador también les permite acudir, si quieren, a los **Tribunales de Justicia** para solventar todas las cuestiones que afecten a la validez y eficacia de los títulos.

El recurso judicial, a diferencia del gubernativo, sólo pueden promoverlo los interesados, pero no el Registrador.

Se tramita conforme al procedimiento declarativo que corresponde. La posibilidad de acudir a la **vía judicial** es **compatible** con el **recurso gubernativo**, ya que ambos pueden interponerse al mismo tiempo. Pero en el supuesto de que se dicte por un lado la Resolución de la D.G.R.N , y por otro la sentencia del juez; ésta última es la que prevalece.

La interposición de la demanda judicial no suspende la vigencia del asiento de presentación. Para preservar la prioridad registral, se deberá solicitar anotación preventiva de la demanda, que retrotraerá su fecha a la del asiento de presentación.

Tema 12

INMATRICULACIÓN Y REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO

§ 1.- Concepto de inmatriculación.

§ 2.- Medios de inmatriculación.

§ 3.- La reanudación del tracto sucesivo.

§ 4.- La doble inmatriculación

§ 1.- Concepto de inmatriculación.

Disiente la doctrina hipotecarista sobre la relación que existe entre los conceptos de inmatriculación y de primera inscripción.

A) Inmatriculación como acceso de la finca al Registro por primera vez.- En su sentido estricto, se entiende por inmatriculación -dice DIAZ GONZALEZ- «la apertura de un folio registral, con la inscripción de dominio provocada por el ingreso de una finca en el Registro, que ni en todo ni en parte procede de otra inscrita con anterioridad»

La inmatriculación o intabulación de finca en el Registro es, señala ROCA, «el ingreso o acceso de una finca en la vida registral de los libros del Registro, efectuado por una primera inscripción del dominio de la misma a favor del inmatriculante mediante la presentación de los títulos o medios inmatriculadores legalmente admitidos, por la cual se abre folio, hoja o registro particular a la finca correspondiente a los efectos jurídicos procedentes»

Así, pues, la inmatriculación registral es el acto solemne de ingreso de una finca en el régimen del Registro de la Propiedad. Entiende ROCA que el término primera inscripción es más amplio que el de inmatriculación, porque en los supuestos de agregación, segregación o división de fincas hay primera inscripción (la que encabeza el folio registral) y no inmatriculación.

B) Inmatriculación como sinónimo de ingreso de una finca en el Registro en sentido registral.- Esta es la postura mantenida por LACRUZ, según el cual la inmatriculación es el ingreso de una finca en el Registro, pero de una finca en **sentido registral** de la palabra. Por eso, y en contra de lo que mantiene ROCA cree dicho autor que en los supuestos de agrupación, segregación y división de fincas, también se da verdadera y propia inmatriculación. Puesto que se crean registralmente nuevas fincas, con el correspondiente nuevo folio registral y nuevo número .

El **asiento inmatriculador** debe ser una **inscripción de dominio**, por exigirlo así el art. 7 de la LH al disponer que «la primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio...». Además, ha de ser, en todo caso, de inscripción, no una anotación o cancelación.

Al estudiar dicha distinción -entre inmatriculación y primera inscripción- diferencia LACRUZ entre:

a) **Primera inscripción en sentido ordinal:** se trata del primer asiento de inscripción que se practica en el folio registral destinado a una finca. En nuestro sistema registral esta primera inscripción es de dominio. Así lo preceptúa la LH en su art. 7. «La primera inscripción de cada finca en el Registro de la propiedad será de dominio..»

Cabe la posibilidad de que provisionalmente se abra folio registral mediante una anotación preventiva; en aquellos supuestos en que el documento que se tiene en cuenta para la inmatriculación contenga algún defecto subsanable; aquí la anotación preventiva será el primer asiento. Si el defecto no se subsana el asiento caducará, en tanto que si es subsanado dentro del plazo legal de vigencia de la anotación, se convertirá en asiento de inscripción

b) **Primera inscripción en sentido registral:** es el asiento que carece de soporte causal en otro anterior; es decir que es el supuesto en que una finca ingresa por primera vez en el Registro. En esta inscripción se dispensa del tracto sucesivo. El art. 205 L.H. recoge esta posibilidad de poder inscribirse sin que se necesite una previa inscripción..

Pero, incluso en los supuestos—los más frecuentes, por otra parte— en que coincide la inmatriculación con una primera inscripción que, además de serlo en sentido ordinal lo es registralmente, los conceptos de inmatriculación y primera inscripción, así como su respectivo tratamiento jurídico, siguen siendo separables: la *inmatriculación* se refiere a la incorporación ex novo de fincas al Registro, la *primera inscripción registral* se refiere a la dispensa de previa inscripción del dominio; la primera supone una cuestión de hecho, la segunda de Derecho; por ello, mientras la primera no está sujeta a control ni—correlativamente— ofrece protección alguna, la segunda está controlada antes de admitirla, suspendida su eficacia normal durante el tiempo inmediato posterior a su práctica, y dotada por último de la correspondiente y característica eficacia defensiva y ofensiva . En suma, el objeto de la inmatriculación es la finca, y de la primera inscripción su titularidad dominical: aunque ambos conceptos estén subsumidos en una misma operación y asiento registral.

La inmatriculación hace referencia al acercamiento del Registro a la realidad (a su concordancia, como dice impropiaemente la Ley); la primera inscripción es un problema referente al tracto sucesivo

Poniendo en relación los mencionados conceptos, pueden darse las siguientes situaciones, teniendo en cuenta que necesariamente la **inmatriculación y la primera inscripción deben coincidir**

a) **Inmatriculación que es primera inscripción ordinal, pero no registral**, en supuestos como el de *agrupación, segregación y división*, se realiza a través de una primera inscripción ordinal que no lo es en sentido registral puesto que tiene su razón causal en el último asiento de la finca de procedencia, existiendo por tanto tracto sucesivo.

b) **Inmatriculación que suponga primera inscripción ordinal y primera inscripción registral:** por vez primera se abre folio registral de una finca en el registro,

inscribiéndose el dominio y sin que dicha inscripción traiga causa de otra anterior ya inscrita en el registro Sería el caso de la inscripción de concesiones.

c) Primera inscripción registral, que no lo sea ordinalmente, y consecuentemente tampoco tenga carácter inmatriculador: es el supuesto de la inscripción del dominio útil de una finca cuando ya está inscrito el directo o viceversa (art. 377 R.H.).

§ 2.- LOS MEDIOS DE INMATRICULACIÓN.

Son los medios a través de los cuales las fincas tienen acceso al Registro de la Propiedad, lográndose la inmatriculación y la primera inscripción que ha de ser siempre de dominio (Art. 7 L.H.): «La **primera inscripción** de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio y **se practicará** con arreglo a los **procedimientos regulados en el título VI de esta Ley**. El titular de cualquier derecho real impuesto sobre finca cuyo dueño no hubiere inscrito su dominio, podrá solicitar la inscripción de su derecho con sujeción a las normas prescritas en el Reglamento..»

Puede ocurrir, sin embargo, que la inmatriculación no coincida con la primera inscripción de la finca, cuando lo que se pretenda reflejar en el Registro sea un exceso de cabida

Los distintos procedimientos inmatriculadores, del Título VI de la LH, se encuentran enumerados en el **art. 199** que establece que: «La inmatriculación de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna se practicará:

a) Mediante **expediente de dominio**.

b) Mediante el **título público de su adquisición**, complementado por **acta de notoriedad** cuando no se acredite de modo fehaciente el título adquisitivo del transmitente o enajenante.

c) Mediante el **certificado** a que se refiere el **art. 206**, sólo en los casos que en el mismo se indican.»

A la enumeración del art.199 LH, hay que añadir el supuesto contemplado por el art. 299 RH, según el cual «también podrán **inscribirse** sin el requisito de la previa inscripción los **títulos**, cualquiera que sea su fecha, que fueren **inscribibles directamente** con arreglo a **leyes o disposiciones especiales**».

Ej.- El art. 39 de la Ley 6/1998, sobre régimen del Suelo y Valoraciones, que establece la posibilidad de inscribir fincas expropiadas que no se encontraban previamente inmatriculadas.

2.1.- El Expediente de Dominio

A).- CONCEPTO

Es el primer medio inmatriculador recogido en el art. 199 LH; se encuentra **regulado** en los arts.201 y 202 LH y 272 a 287 del RH. Tiene una **triple finalidad**:

a) Inmatricular fincas que no están inscritas a favor de persona alguna (art. 199 L.H.)

b) Reanudar el tracto sucesivo interrumpido (art. 200.1. L.H.)

c) Constatar en el Registro la mayor de cabida de las fincas ya inscritas (Art. 200.2 L.H)

Es un procedimiento judicial asimilado a los de jurisdicción voluntaria, que tiene por objeto inmediato la **declaración judicial de haberse acreditado la adquisición del dominio de una finca** (cuando se dirija a inmatricular o reanudar un tracto sucesivo) o **del exceso de cabida** (cuando de registrar dicho exceso de cabida se trate) por parte de la persona que lo promueve. Se trata, por tanto, de una *auténtica declaración sumaria de propiedad*; si bien como sucede en los casos de resoluciones adoptadas en juicios sumarios, no se produce el efecto de cosa juzgada y por lo tanto, posteriormente puede interponerse un juicio declarativo sobre aquella misma declaración de propiedad.

Este procedimiento constituye un remedio a la ausencia de **titulación suficiente** para acceder al Registro (art. 272 R.H.).

B).-EL EXPEDIENTE DE DOMINIO EN SU FUNCIÓN DE INMATRICULACIÓN DE FINCAS.

Regulado en los arts.201 de la LH. y 273 y ss. del RH.; sin embargo cuando el objeto del expediente de dominio es el de la reanudación del tracto sucesivo o el exceso de cabida, está sujeto a otras normas. En el caso de emplearse con finalidad inmatriculadora, está sujeto a las siguientes reglas:

a) Será competente el **juez de Primera Instancia** donde esté situada la parte principal de la finca.(art. 201.L.H.).

b) Se inicia el expediente mediante la presentación al juzgado de un escrito de los interesados o sus representantes, que contendrá las circunstancias del **art. 274 RH**:

« 1º.- La **descripción del inmueble** o inmuebles de que se trate, con expresión de los derechos reales constituidos sobre los mismos.

2.º **Reseña del título** o manifestación de carecer del mismo y, en todo caso, fecha y causa de la adquisición de los bienes.

3.º Determinación de la **persona de quien procedan** éstos y su domicilio, si fuere conocido.

4.º Relación de las **pruebas** con que pueda acreditarse la referida adquisición y expresión de los nombres, apellidos y domicilio de los testigos, si se ofreciere la testifical.

5.º- Nombres, apellidos y domicilio de las personas a cuyo favor estén **catastrados** o amillarados los bienes.

6.º Nombre, apellidos y domicilio de los **dueños de las fincas colindantes** de los titulares de cualquier derecho real constituido sobre las que se pretenda inscribir, del poseedor de hecho de la finca, si fuere rústica, y del portero o, en su defecto, de los inquilinos, si fuere urbana.»

c) El citado escrito deberá ir acompañado de los siguientes **documentos (art. 201 LH)**:

1. **Certificación** del estado actual de la finca en el **Catastro Topográfico Parcelario** o en su defecto en el Registro Fiscal o Amillaramiento.

2. **Certificación del Registro de la Propiedad**, en la que se expresa:

A) la falta de inscripción de la finca.

B) la descripción actual de la misma según el Registro

C) los documentos acreditativos del derecho del solicitante, si los tuviere.

d) El **periodo de prueba**, se inicia con la propuesta de pruebas por todos los interesados en un plazo de seis días, seguida de la práctica de las mismas en el término, en este caso, de diez días, (art. 201.5 LH.)

e) En la **fase de alegaciones**, el Juez oír, por escrito, cuantas alegaciones le presenten el Ministerio Fiscal y los demás interesados que hubiesen concurrido al expediente, (art. 201.5 LH).

f) **Resolución mediante auto**, que se deberá dictar al quinto día, en el se declarará si se han justificado los hechos relatados en el escrito inicial. Dicho auto será apelable en ambos efectos, sustanciándose el recurso por los trámites establecidos en la L.E.C. para los incidentes.

El auto estimatorio será título suficiente para la inmatriculación de la finca, art. 201.6 y 202 L.H.

C) EXPEDIENTE DE DOMINIO SOBRE FINCA YA INSCRITA.

Los **expedientes de dominio**, con finalidad inmatriculadora, recaen sobre fincas no inscritas; no se recogen algunas excepciones en el art. 202 LH, que establece que serán **inscribibles**, aunque en el **Registro** apareciesen **inscripciones contradictorias**, si éstas tienen **más de 30 años de antigüedad** y el titular de las mismas haya sido citado en debida forma y no hubiere formulado oposición.

También serán inscribibles, aunque las inscripciones contradictorias sean **de menos de 30 años**: a) cuando el titular de las mismas o sus causahabientes hubieren sido oídos en el expediente. b) cuando el titular habiendo sido citados tres veces no compareciese en el expediente, se les tendrá por renunciados a sus derechos.

2.2 El título público de adquisición

Este es el medio más generalizado de inmatriculación de **fincas no inscritas**; se encuentra regulado en el **art.205 L.H.** y desarrollado por el art.298 R.H. La finalidad de este procedimiento no fue otra que la de propiciar la inmatriculación de las fincas, para ello los requisitos exigidos en el art.205 L.H son con mucho, menos rigurosos que los exigidos para el expediente de dominio. La vía del art. 205 presenta el riesgo de que mediante este procedimiento accedan al Registro de la Propiedad fincas o derechos de cuya existencia no se tenga la certeza o que se pretendan legimitar usurpaciones de fincas.

Establece el art. 205 LH que: « Serán **inscribibles**, sin necesidad de la previa inscripción, los **títulos públicos** otorgados por personas que acrediten de modo fehaciente haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de dichos títulos, siempre que no estuviere inscrito el mismo derecho a favor de otra persona y se publiquen **edictos** en el tablón de anuncios del Ayuntamiento donde radica la finca, expedidos por el Registrador con vista de documentos presentados.»

Los requisitos para el procedimiento inmatriculador ex art.205 LH son:

- 1.- **Título público de adquisición** a favor del que pretenda inscribir.
- 2.- **Demostración fehaciente del título de adquisición** del transmitente o, en su defecto, **Acta de Notoriedad**.
- 3.- **Publicación** de los correspondientes **edictos**. Como presupuesto de ello se requiere, que la finca no esté inmatriculada en el Registro a favor de otra persona. (En el expediente de dominio en determinados supuestos si que se pueden inmatricular fincas previamente inmatriculadas. Art.200 LH)

Estos **requisitos** se deben **aplicar** conforme a lo exigido por el art. 298 R.H, (modificado por RD 1867/1988) que desarrolla reglamentariamente al art. 205 LH:

1.- Que el transmitente o causante acredite la **previa adquisición de la finca** que se pretende inscribir mediante **documento fehaciente** (por lo general escritura pública).

2.- En defecto de documento fehaciente que se complemente el título público de adquisición con un **acta de notoriedad** acreditativa de que el transmitente es tenido por dueño.

En ambos casos el título público de adquisición deberá de expresar necesariamente la **referencia catastral** de la finca que se trate de inmatricular, y se incorporará al mismo **certificación catastral descriptiva y gráfica**, que coincida con la descripción de la finca en el título y de la que resulte que además la finca está catastrada a favor del transmitente o del adquirente. (Art. 298-1 RH)

El acta de notoriedad, es un documento notarial, que tiene por objeto comprobar y declarar la notoriedad de que el transmitente de la finca es tenido como dueño de la misma, a juicio del notario autorizante. (Art. 298 RH).

Práctica de la inscripción.- la inscripción que se practique en el Registro contendrá además de las generales, las esenciales del título del transmitente o del acta de notoriedad complementaria.

Notificación mediante Edictos.- Las inscripciones practicadas conforme al art. 205 LH se notificarán a los interesados mediante edictos que se fijarán en el tablón de anuncios del Ayuntamiento donde radica la finca, que serán expedidos por el Registrador con vista a los documentos presentados.

La inmatriculación practicada con arreglo al art. 205 LH no produce efectos frente a terceros hasta transcurridos dos años desde su fecha. Es decir que se suspende el principio de la buena fe registral durante este período de tiempo.

2.3.- Certificado de dominio

El art. 206 L.H. permite la inmatriculación de fincas por la presentación de un certificado expedido por el funcionario a cuyo cargo esté la administración de la finca, cuando concurren las siguientes circunstancias:

En primer lugar, que la inmatriculación se pretenda hacer a favor del Estado, la Provincia, el Municipio, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones de Derecho público o servicios organizados que forman parte de la estructura pública de aquel, o a favor de la Iglesia Católica.

En segundo lugar, que se carezca de título escrito de dominio.

La certificación deberá ser librada por el funcionario jefe de la dependencia a cuyo cargo esté la administración del inmueble, que ejerza autoridad pública y pueda certificar, o por el inmediato jerárquico que pueda hacerlo. Para los bienes de la Iglesia, la certificación la expedirá el Diocesano respectivo, arts. 303 y 304 R.H.

En la certificación se deberá expresar el título de adquisición, o el modo en que fue adquirida la finca en cuestión. Se deberán recoger, además, las circunstancias exigidas por el art. 303 R.H.

Si el Registrador advirtiera la falta de un requisito indispensable, devolverá la certificación, después de extender el asiento de presentación, art. 305 R.H.

La inmatriculación practicada con arreglo al art. 206 LH, no produce efectos frente a terceros hasta transcurridos dos años desde su fecha igual como sucedía con el art. 205 Lh (vid. Art. 207 LH).

§ 3.- La Reanudación del tracto sucesivo.

Cuando el tracto se ha interrumpido, porque en el Registro no se hayan asentado las sucesivas transmisiones de un derecho, para que el titular actual pueda inscribir el suyo, se requiere, en principio, que previamente acceda toda la cadena de transmisiones hasta llegar al derecho del disponente. Puede ocurrir, sin embargo, que no sea posible que los distintos titulares que lo han sido del derecho en cuestión puedan inscribir sus derechos. En tal caso se prevén unos **procedimientos especiales de reanudación del tracto interrumpido**.

Ej.- El tracto queda interrumpido cuando A titular de la finca registral la vende a B, (que no inscribe), este la transmite a C, y este a su vez a D; este último para poder inscribir la finca ha de reanudar el tracto sucesivo interrumpido.

Los **procedimientos utilizados para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido** son: el **expediente de dominio** y el **acta de notoriedad** (art. 200 LH).

Según ALBALADEJO, ninguno de estos dos medios es de verdad un medio para reanudar el tracto, puesto que para ello habría que realizar la inscripción de todas las transmisiones intermedias, lo cual podría ser extremadamente caro y dificultoso. Mediante estos dos procedimientos lo que se hace es inscribir el derecho a favor de quien se demuestra que es ahora su titular extrarregistral, sin que para ello se enlace registralmente, a través de la cadena de transmisiones, con el último titular inscrito. Mediante esta nueva inscripción no inmatriculadora (puesto que la finca ya lo estaba), se reanuda el tracto, haciéndose ingresar en el Registro la titularidad actual de un derecho sobre finca ya inmatriculada, derecho que había dejado de pertenecer en la

realidad a quien el Registro recogía aún como su titular.

Otra posibilidad para reanudar el tracto, consiste en acudir a la vía del **procedimiento declarativo ordinario** con el objeto de que se declare el derecho de propiedad quien es el actual titular extrarregistral para luego inscribir a su nombre la finca. (ALBALADEJO)

A) Expediente de dominio (para la reanudación del tracto sucesivo).

La **finalidad del expediente de dominio**, tanto cuando se utiliza con finalidad inmatriculadora como cuando lo es para la reanudación del tracto sucesivo persigue **acreditar la propiedad**. En el primer caso para que la **finca ingrese por primera vez en el Registro** y en el segundo, para que **se rectifique la titularidad de la finca**, que ya se encuentra inmatriculada si bien a nombre de quien no es su actual titular, de manera que se practique una **nueva inscripción** a favor de la persona cuyo derecho de propiedad ha quedado demostrado en el expediente de dominio (ALBALADEJO).

El expediente de dominio para reanudar el tracto presenta algunas peculiaridades, que aparecen recogidas en los arts. 285 y 286 del RH:

En la solicitud inicial, además de contener los requisitos exigidos en el art. 274 RH para el expediente de dominio inmatriculador, se deberá **identificar a la persona** a cuyo nombre figure inscrita la finca o el derecho real (art. 285 R.H.)

La **certificación del Registro de la Propiedad**, continua diciendo el art. 285 RH, deberá reflejar, igualmente (como exige a su vez el art. 201.2 LH), la **última inscripción de dominio** y todas las demás que estuvieren vigentes, cualquiera que sea su clase y si se observasen algunas diferencias entre lo expresado en la instancia y el contenido de aquella certificación, se suspenderá el expediente hasta que queden aclaradas a satisfacción del juez.

Finalmente, deberán ser citados el titular inscrito y sus causahabientes, si son conocidos, arts. 278 y 279 R.H.

El auto que ponga fin al expediente de dominio será inscribible cuando la inscripción contradictoria tenga más de treinta años de antigüedad, y también cuando se hubiere citado en debida forma a su titular, sin que haya formulado oposición.

Si la inscripción a la que se ha hecho referencia tiene menos de treinta años, se podrá inscribir el expediente cuando el titular de dicha inscripción o sus causahabientes hubieren sido oídos en el expediente.

En el caso de que no comparecieren, después de haber sido citados tres veces, una de las cuales debe haber sido personal, se le tendrá por renunciante, pudiéndose inscribir en tal caso el derecho. (Art. 202 LH)

B) Acta de notoriedad (para la reanudación del tracto sucesivo).

Mediante el acta de notoriedad el Notario recoge de forma solemne el hecho de que la persona de que se trate es **notoriamente** reputado como propietario. Y quedando demostrado que es éste el propietario y no quien aparece como tal en el Registro, la ley autoriza para que se practique inscripción a su favor (ALBALADEJO).

El procedimiento del **acta de notoriedad** solamente se autoriza cuando **los asientos que ya existan en el Registro tengan más de 30 años de antigüedad** sin haber sufrido alteración y el Notario hubiese notificado personalmente la tramitación del acta a los titulares registrales o a sus causahabientes (art. 204 LH); o cuando sin cumplirse lo anterior el titular registral y sus causahabientes consientan expresa o tácitamente ante el Notario, la inscripción del acta (art. 295 RH)

El procedimiento para la **tramitación del acta de notoriedad** está regulado en los arts. 203 L.H.y 288 a 297 RH y los arts 209 y 210 del Reglamento Notarial.

Procedimiento.- Según el art. 203 LH, estas actas sea autorizarán por Notario hábil, al que se le dirigirá un escrito en el que el interesado deberá aseverar bajo juramento, y bajo pena de falsedad en documento público, la certeza del hecho alegado, acompañándolo de una certificación del Catastro y otra del Registro de la propiedad.

Iniciada el acta, el notario lo notificará, personalmente, por cédula o mediante edictos, a las personas que tengan algún derecho sobre la finca, a los titulares de los predios colindantes, al poseedor de hecho, si la finca fuere rústica, o al portero, si fuere urbana.

Los notificados podrán en los veinte días siguientes comparecer ante el notario, exponiendo y justificando su derecho.

Practicadas estas diligencias y las pruebas oportunas, el notario dará por terminada el acta, haciendo constar si, a su juicio, está suficientemente acreditado el hecho.

En caso afirmativo, remitirá copia literal y total de dicha acta al Juzgado de primera instancia del partido en el que radique la finca.

El Juez, oyendo al Ministerio Fiscal, apreciará las diligencias y pruebas practicadas, que podrá, en su caso ampliar, y si estuviere conforme lo notificará al Notario, al que remitirá testimonio de su resolución para que lo protocolice.

Si el Juez no estuviere conforme, su resolución se podrá apelar en ambos efectos, sustanciándose el recurso por los trámites de los incidentes.

En el supuesto de que se hubiese formulado oposición a la tramitación del acta, el notario remitirá el expediente al Juzgado competente, para que resuelva, a instancia de parte, lo que proceda

Estas actas de notoriedad **sólo** podrán inscribirse cuando las **inscripciones contradictorias del derecho tengan más de 30 años de antigüedad, sin haber sufrido alteración**, y el notario hubiese notificado personalmente su tramitación a los titulares de las mismas, o a sus causahabientes (art.204 L.H).

§ 4.- La doble inmatriculación

Puede ocurrir que por una simple adulteración de los linderos de las fincas o por manipulaciones de otro tipo **una misma finca geográfica**, una misma superficie real **haya provocado un doble reflejo registral**, dando lugar a la **apertura de dos folios diferentes**, como si se tratara de dos inmuebles distintos, cuando en la realidad física se trata de un solo predio. Surge así una discordancia entre el registro y la realidad jurídica extrarregistral. Y siempre (salvo que se demuestre la nulidad de la transmisión más pretérita) deberá prevalecer el asiento más antiguo, tanto si la disparidad tabular viene provocada por una doble venta, como por cualquier otra causa. Si la duplicidad registral fue producida por una doble venta, porque así lo impone, sin contemplaciones, el art. 1473 del CC. Si la dualidad tabular se originó en diferentes momentos transmisivos, porque así lo impone el juego de los principios hipotecarios básicos.

La jurisprudencia del TS, (vid. STS de 19-7-1999, RJA 1999\5052) ha venido estableciendo, de forma reiterada que en los supuestos de doble inmatriculación **se neutralizan los efectos registrales de las inscripciones contradictorias**. Ello es lógico: mientras no se decida cuál de los registros particulares de las fincas (aparentemente diferentes) debe prevalecer, ambos deben beneficiarse de la cobertura de los principios hipotecarios y por ello, estando todos los asientos en pugna protegidos por el principio de veracidad registral es por lo que se anulan, se enervan, se neutralizan los resortes protectores del sistema y debe replegarse de la controversia el derecho hipotecario, reservando la resolución del contencioso al derecho civil puro y en concreto al **art. 1473 del Código Civil**.

La doble inmatriculación puede surgir por enajenaciones cronológicamente dispares aunque no provengan de una doble venta provocada por un mismo vendedor fraudulento.

El art. 313 RH ([RCL_1946\886](#) y NDL 18732) es amplio y comprensivo y abarca en su regulación cualquier tipo de supuestos: basta para que entre en juego este precepto con que un titular inscrito crea que otra inscripción de finca señalada bajo número diferente se refiere al **mismo inmueble**.

El art. 313 RH dispone que se neutralicen los efectos hipotecarios imponiendo una nota marginal, lo que significa que tales inscripciones quedan vacías de contenido hipotecario, quedan provisionalmente desprovistas de la eficacísima protección de los principios registrales, pero no significa que se borren, que desaparezcan tabularmente. Los asientos contrapuestos (aunque vacíos desde el punto jurídico-registral) continúan vivos, entre otras razones porque el litigante al que, en el juicio declarativo correspondiente, se declare que ostenta mejor derecho a la propiedad del inmueble continuará apoyándose en ese mismo asiento a cuyo margen se ha extendido la nota expresiva de la doble inmatriculación y porque, por el contrario, el que sea vencido en el juicio contemplará como su inscripción será cancelada.

Pero será cancelada en ese momento y no anticipadamente en el momento en que se

detecta la doble inscripción.

Las inscripciones sólo se extinguen (extinción jurídica) por su cancelación. La cancelación es la muerte registral de los asientos. Pero para lograrla es precisa una sentencia que lo ordene (los asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales) o una escritura en que la consienta el titular del asiento cancelable, salvo los casos de cancelación automática, generalmente derivados de preceptos legales.

Pero el art. 313 no ordena practicar ninguna cancelación (porque eso sería imprudente, ya que de alguna forma estaría prejuzgando el resultado del pleito) sino simplemente una nota marginal, expresiva de la doble inmatriculación. Y si un asiento no se cancela está vivo y por tanto no puede prescindirse de su existencia. Al neutralizarse los efectos hipotecarios de las inscripciones en pugna, la más antigua no puede refugiarse en el «prior in tempore» registral ni en los otros principios hipotecarios, pues la resolución del problema hay que deferirla al Derecho civil puro.

Sin embargo la a solución civil conecta perfectamente con las exigencias del principio de prioridad. El art. 1473 declara, que la propiedad pertenecerá al que antes **la haya inscrito** en el Registro de la Propiedad. (El precepto se refiere a la finca).