

# ELS DRETS REALS D'APROFITAMENT PARCIAL<sup>1</sup>

Concha Iborra Grau  
*Registradora de la propietat*

## 1. INTRODUCCIÓ

El llibre cinquè del Codi civil de Catalunya (CCCat), relatiu als drets reals, va ser aprovat per la Llei 5/2006, de 19 de maig, i en el seu articulat es troben els anomenats *drets d'aprofitament parcial* —art. 563-1 a 563-4. Amb aquesta denominació, que és de nou encuny en dret català, es regulen les antigues servituds personals i, en definitiva, els drets reals constituïts sobre una finca aliena en virtut dels quals el titular d'aquests té dret a servir-se de certa utilitat.

La realitat social subjacent és la cessió que realitza el propietari d'una finca d'un aprofitament sobre aquesta a favor d'un tercer. Aquesta cessió pot fer-se mitjançant un negoci jurídic que generi un dret personal o bé que constitueixi un dret real. La diferència, com és sabut, és que els drets reals atorguen un poder immediat i directe sobre la cosa i que són oposables *erga omnes*, en el sentit que el successor del concedent del dret real, ja sigui a títol oneros o gratuït, ja sigui *inter vivos* o *mortis causa*, quedarà vinculat per aquesta concessió, excepte pel que fa a la publicitat registral.

Aquest dret real ha estat configurat de diferent manera en els distints ordenaments jurídics, històricament i en l'actualitat. Fonamentalment, cal distingir entre aquells que l'inclouen dins dels drets reals de gaudi —usdefruit, ús i

1. Aquest text és un capítol del treball presentat a la Universitat Rovira i Virgili per a l'obtenció de la suficiència investigadora i ha estat dirigit pel doctor Pere del Pozo Carras-cosa.

habitació—<sup>2</sup> i els que l'acosten a les servituds,<sup>3</sup> ja que posen la nota central en el gravamen que imposa a la finca sobre la qual recau, sens perjudici que, en aquest cas, es constitueixi a favor d'una persona sense consideració a la seva qualitat de propietari. Per acabar, alguns ordenaments<sup>4</sup> simplement no regulen un dret real autònom amb aquestes característiques i, per tant, aquesta cessió comporta un dret personal.

El sistema anglès mereix una menció a part. En efecte, en el dret anglès l'ús (*easement*) no pot constituir-se a favor d'una persona amb independència de la seva qualitat de propietari d'un predi; aquest dret s'hauria d'atorgar com una *license*. No es pot considerar el dret anglès amb els mateixos paràmetres que el dret civil continental, però es podria dir que la concessió d'un ús a favor d'una persona sense considerar la seva qualitat de propietari d'una finca ha de constituir-se com un dret personal, si bé l'aprofitament pot constituir-se com un dret real, entenent que es considera real, no perquè existeixi aquesta categoria en el dret anglosaxó, sinó perquè la concessió vincula tercers. La causa d'aquest diferent tractament, segons apunta Harpum,<sup>5</sup> es fonamenta en raons de política legal per a evitar la propietat gravada.

Però els aprofitaments (*profits*) —entenent com a tals el dret a collir alguna cosa d'una possessió aliena sempre que sigui apropiable, com la caça o els minerals, però no l'aigua, perquè aquesta no és susceptible de domini privat— reben un tractament diferent, perquè pretenen un aprofitament complet de les finques. I poden constituir-se a favor d'una persona sense consideració a la seva qualitat de propietari d'una finca.

2. Aquest és el cas de la Compilació de Navarra, que es refereix, en les lleis 394, 423 i següents, als anomenats *drets d'aprofitament parcial*. Després de determinar que no són servituds, es regulen en matèria d'usdefruit, però quant a la redimibilitat es remet a les normes sobre *corralizas*, que són semblants a les servituds de pastures que regula el Codi civil espanyol. Encara que aparentment puguin semblar institucions semblants, són notables les diferències entre les regulacions catalana i navarresa.

3. El Codi civil alemany regula aquests drets dins de les servituds (paràgrafs 1090 a 1093), però amb algunes regles que pren de l'usdefruit, com ara el límit de durada, i limita l'ús a les necessitats del titular de la servitud personal. El Codi civil suís de 1907, no obstant això, les defineix com a servituds i estableix com a règim supletori el de les servituds predials de l'article 781 del Codi civil suís.

4. El Codi civil francès no regula aquesta figura, sens perjudici que la doctrina hagi construït l'*usage irregulier* per a donar cabuda a drets tradicionals com els drets de *vaine pâture*, de *parcours*, de *chauffage*, de *glandés*, de *faine*. Tampoc no les recull ni el Codi civil italià de 1865 ni el de 1942, si bé aquest darrer accepta els aprofitaments parcials, però desvia la construcció jurídica, que manca de regulació i d'autonomia, a l'àmbit dels drets d'usdefruit i ús, perquè el contingut legal dels drets pot ser modificat per l'autonomia privada.

5. R. MEGARRY i W. WADE, *The Law of Real Property*, 6a ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2003, p. 1079.

En el dret nord-americà, l'*easement* és un concepte netament distint de l'*easement* anglès: és més ampli i inclou no només usos i aprofitament, sinó fins i tot restriccions d'usar o de dividir.<sup>6</sup>

S'ha de fer referència, que inexcusablement ha de ser més àmplia, a la regulació del Codi civil espanyol (CC), no només perquè ha estat vigent a Catalunya fins a l'entrada en vigor del llibre cinquè del Codi civil català<sup>7</sup> —ja que les lleis 13/1990 i 22/2001, sobre servituds, van regular exclusivament les servituds predials—, sinó també perquè els supòsits que ha declarat la jurisprudència del Tribunal Suprem (TS) com a servituds personals en aplicació de l'article 531 CC i que s'analitzen quan s'estudia l'apartat de contingut, són cridats pel legislador català en l'exposició de motius de la Llei 5/2006 i en l'enumeració que es fa en l'article 563-1 *in fine* CCCat a formar part d'aquesta nova regulació.

En el Projecte de Codi civil espanyol de 1851 no es regulava la matèria objecte d'anàlisi, probablement per influència del Codi civil francès. És en el Projecte de 1882 on apareix per primera vegada l'article 533, amb un contingut idèntic al de l'actual 531. Seria interessant saber quines van ser les raons que van portar els redactors del Codi civil a incloure les anomenades *servituds personals*, en el sentit d'aprofitaments parcials de què siguin susceptibles les finques, separadament dels drets d'usdefruit, ús i habitació i apartant-se de les influències francesa i italiana. Potser podria apuntar-se la necessitat de regular tots els drets històrics de pasturatge de gran arrelament que existien en les distintes legislacions, encara que només sigui per a establir la redimibilitat d'aquells.

El legislador de 1889 porta a terme allò que ordena la base 12 de la Llei de bases de 1888 sobre els drets d'usdefruit, ús i habitació, i els regula de manera autònoma i com a «forma de su división», però, a més, apartant-se del Codi civil francès, recull les servituds a favor de les persones. S'avança a la regulació de les servituds irregulars que posteriorment es va fer en les codificacions alemanya i suïssa.<sup>8</sup>

6. Que són utilitzades principalment en la conservació de la naturalesa i que tenen una gran influència en el moviment de «custòdia del territori». Els drets reals d'aprofitament parcial estan destinats a servir de mitjà jurídic en molts casos per a complir les finalitats que busquen les entitats que gestionen la custòdia del territori.

7. Algun sector doctrinal ha entès, no obstant això, que havia estat derogat amb la Llei de servituds. Discrepem d'aquesta opinió, perquè les servituds personals i predials són drets distintes. I el fet d'estar exclosos per la regulació de les lleis de 1990 i 2001 no significava, com s'ha vist, la supressió de la figura, sinó una remodelació molt profunda del seu règim jurídic.

8. J. OSSORIO MORALES, *Las servidumbres personales*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1936, p. 69 i seg.

En qualsevol cas, no es pot dir que la doctrina hagi considerat positivament aquesta novetat, perquè entorpeix la regulació de les servituds predials, matèria per si mateixa complicada, i sembla que es refereix a drets d'una altra índole, no a servituds o a obligacions personals.<sup>9</sup>

La definició legal de *servitud personal*, segons el que resulta de l'article 531 CC en relació amb el 530 CC és la següent:

La servidumbre personal es un gravamen impuesto sobre un inmueble en provecho de una o más personas, o de una comunidad, a quienes no pertenezca la fina gravada.

En la doctrina s'observen posicions diferents a l'entorn de l'estudi de la naturalesa jurídica de la servitud personal. Assenyalarem les posicions fonamentals. Albaladejo<sup>10</sup> considera que és una servitud idèntica a la predial, amb el mateix contingut i el mateix règim però a favor d'una persona. Peña<sup>11</sup> afirma que són drets reals completament diferents de les servituds. Fins i tot sobre la conveniència de la configuració de la institució com a dret real. Ossorio Morales,<sup>12</sup> que és un dels autors que ha estudiat amb més profunditat la institució, reconeix que el Codi espanyol es va apartar del model francès, però la servitud personal està indiscutiblement admesa *ius quo est*, tot i que hi ha objeccions quant a les restriccions a la propietat per interessos particulars, no justificades des de la perspectiva de l'interès general. Álvarez Caperochipi<sup>13</sup> critica de manera contundent la institució. Per a ell, la cessió d'aprofitaments parcials es configura normalment com una relació de naturalesa personal i només es constitueix com a dret real per mitjà de l'usdefruit o de l'ús. Segons aquest autor, el Tribunal Suprem tendeix a caracteritzar els gravàmens sobre una finca a favor d'una persona com a relacions personals i no reals.<sup>14</sup> Igualment, Lacruz Berdejo<sup>15</sup> qualifica les servituds personals d'impediment injustificat per a l'aprofitament de les heretats i limita-

9. C. VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de derecho civil español*, vol. II, Valladolid, Talleres Tipográficos Cuesta, 1920, p. 334.

10. M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, vol. III, *Derecho de bienes*, Madrid, Edisofer, 2004, p. 629 i seg.

11. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales: Derecho hipotecario*, vol. I, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1999, p. 647.

12. J. OSSORIO MORALES, *Las servidumbres personales*, p. 91.

13. J. A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, «El derecho de pastos y las servidumbres personales como categorías jurídicas», *Revista de Derecho Privado* (1980), p. 483.

14. Sentències del Tribunal Suprem [STS] de 5 de juny de 1976 (RJ 1976/2876) i 4 de juny de 1964 (RJ 1964/3097).

15. J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil*, tom 2, vol. III, Barcelona, Bosch, 1991, p. 221 i 222.

ció potser anacrònica i poc utilitzada en l'actualitat. I afegeix que les servituds personals responen a formes de vida tradicionals, i no a les exigències de l'economia moderna.

Si analitzem la qüestió des de la perspectiva històrica i del dret comparat, el legislador català ha regulat aquesta institució apartant-se dels codis espanyol, alemany i suís, que la conceptuen com a servitud. Considera la institució més propera a l'usdefruit i l'ús, a les normes dels quals es remet per a integrar la regulació (cfr. art. 563-1 *in fine* CCCat). En això es pot dir que s'acosta als drets francès i italià, però, a diferència d'aquests, regula expressament la institució, com un dret real independent. Des del punt de vista de la tècnica jurídica, aborda el problema més important que s'havia evidenciat en el desenvolupament d'aquesta institució, que és el de la seva durada, i estableix una durada determinada temporalment i fins i tot amb la possibilitat de redempció. En definitiva, és una regulació nova per a un moment històric distint. Com s'ha observat, cada legislació ha de ser entesa en el seu moment, i el moment present és el que es pretén atendre amb aquesta nova regulació del llibre cinquè. El canvi més important que fa el legislador català es produeix sobre dos vèrtexs: un d'indole tècnica, que configura el dret d'aprofitament parcial com un dret autònom, si bé en el grup dels drets de gaudi, i l'altre, més important, és de política legislativa i estableix el termini de durada i la possibilitat de redempció. Amb aquesta nova orientació, la majoria de les crítiques que la doctrina ha fet a les servituds personals de l'article 531 CC queden sense sentit.

L'exposició de motius de la Llei qualifica la figura objecte d'estudi d'«auténtic calaix de sastre d'aprofitaments diversos que poden ésser útils per a promoure la conservació dels boscos i dels espais naturals mitjançant una explotació racional, agrupa les antigues servituds personals». Per tant, el legislador considera compreses en la institució tots aquells supòsits que constitueixen les servituds personals de l'article 531 CC, amb les quals entronca, i, en general, totes aquelles que permetin treure tot el profit que produeixi la finca, en benefici, no del titular del dret d'aprofitament, sinó de la societat<sup>16</sup> en general. D'altra banda, pot servir de vehicle per a determinats corrents innovadors, com ara la custòdia del territori, i convertir-se en una eina que emprin les entitats públiques i privades per a, dins de l'àmbit del dret privat, gestionar amb criteris de conservació els recursos de propietat privada naturals, històrics i paisatgístics, en el mateix sentit dels *easements* americans.

16. Modernament s'ha entès que, dels béns, que són recursos escassos, s'ha d'extreure'n el màxim rendiment i profit de què siguin susceptibles, i això comporta un benefici per a la societat, no només per al propietari.

## 2. DENOMINACIÓ

Cal recordar les paraules de Biondi,<sup>17</sup> que, si bé les refereix a les servituds reals, són predicables de gairebé totes les institucions de dret civil i segons les quals aquestes són el resultat d'una secular estratificació històrica en la qual cada època elabora un concepte i fa unes aportacions que no poden ser enteses ni explicades sense el coneixement de les exigències pràctiques socials a les quals responen. Aquesta és la raó per la qual s'imposa fer una mica d'història d'aquesta institució.

Amb caràcter previ, examinarem els noms que han rebut històricament els drets reals d'aprofitament parcial, perquè, com es deia en l'antiga Roma, «nomina sunt omina».<sup>18</sup>

En el cas dels aprofitaments parcials, la denominació és un aspecte que ha influït notablement, fins i tot en la regulació. Així, gairebé tota la doctrina fonamenta el rebuig a les servituds personals en la codificació francesa en la confrontació del nom amb les idees de la Revolució, perquè «no debía de haver siervos». Venezian qualifica de *pueril* aquesta interpretació i afirma que els codificadors tenien en la ment la sistematització dels *iura in re aliena*.<sup>19</sup>

Són diversos els termes que s'han empleat per a designar aquesta institució: *servituds personals*, *servituds irregulars*, *servituds anòmales* o *dret d'aprofitament parcial*. Cadascuna d'aquestes correspon a una perspectiva legislativa distinta.

El terme *servitud personal* s'utilitzava en el dret romà, si bé per a referir-se a l'usdefruit, l'ús i l'habitació. No obstant això, com diu Biondi,<sup>20</sup> el dret justinianeu admetia la possibilitat de la servitud *strictu sensu*, com a utilitat particular d'una heretat que es constitueix en benefici d'una persona, i no d'una heretat, i les va denominar *servitus personae*, a diferència de les *servitus personarum*, que eren l'usdefruit, l'ús i l'habitació.

En les doctrines italiana i francesa s'utilitza el terme *servitud irregular* o *ús irregular (usage irregulier)*, que entronca amb les *servitus personae*.

El terme *servitud personal* és el que ha estat utilitzat tradicionalment per la doctrina i la jurisprudència espanyoles. El Codi civil no utilitza aquesta terminologia expressament i només parla de *servituds a favor de persones*. Algun

17. B. BIONDI, *Las servidumbres*, Granada, Comares, 2002, p. 17.

18. «Els noms són presagis.»

19. G. VENEZIAN, *Usufructo, uso y habitación*, Madrid, Librería General Victoriano Suárez, 1928.

20. B. BIONDI, *Las servidumbres*, p. 283.

autor ha proposat referir-se a les *servituds personals*, com a irregulars o anòmales, però, com diu Ossorio Morales,<sup>21</sup> no és adequat utilitzar aquest terme perquè «presupone la admisió de otras servidumbres personales que constituyan el tipo normal».

Per acabar, Sánchez Román utilitza el terme *servitud anòmala* en un sentit distint per a referir-se a la servitud *oneris ferendi*, l'anomalia de la qual consisteix que contravé el principi *servitus in faciendo consistere nequit*,<sup>22</sup> i anomena *irregulars* les que són innominades.

En realitat, l'anomalia, segons diu Roca Juan, és en la utilització del terme *servitud*, denominació que s'utilitzava per a les servituds predials i, a més, per a referir-se a l'usdefruit, l'ús i l'habitació.<sup>23</sup>

Wieland<sup>24</sup> qualifica d'*excel·lent* la denominació del BGB *servituds personals restringides* (*beschränkte persönliche Dienstbarkeiten*), que entronca la terminologia amb el concepte romà de *servituds personals*.

En el Codi civil suís es regulen sota l'epígraf «Altres servituds».

Finalment, el llibre cinquè del Codi civil català, com la Compilació navarresa, utilitza la denominació *aprofitaments parcials*. Aquest terme abandona els precedents històrics i és descriptiu del concepte, cosa que es considera positivament. No utilitza la paraula *servitud*, perquè aquesta s'allunya d'aquella institució, i, a pesar que acosta el concepte a l'usdefruit, no en pren el nom.

### 3. EVOLUCIÓ LEGISLATIVA RECENT DE LA REGULACIÓ DE LES SERVITUDS PERSONALS O DRETS D'APROFITAMENT PARCIAL A CATALUNYA

No farem un estudi històric d'aquesta institució, perquè és difícil a causa que sempre és necessari referir-se a les servituds predials per a distingir-les de les personals i, al mateix temps, a l'usdefruit, l'ús i l'habitació, malgrat reconèixer que es tracta d'institucions distintes. Però sí que farem unes breus pinzellades sobre els seus precedents més propers en el temps.

21. J. OSSORIO MORALES, *Las servidumbres personales*.

22. F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de derecho civil*, vol. III, Madrid, Sucesores de Rivadeneira, 1900, p. 472.

23. J. ROCA JUAN, «Artículos 530 a 608 del Código civil», a M. ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Madrid, Edersa, 1990, p. 26.

24. C. WIELAND, *Les droits réels dans le Code civil suisse*, vol. I, París, M. Girard & E. Brière, p. 638.

No farem cap referència a les *Ordinacions d'En Sanctacilia*, en relació amb la regulació de les servituds i a pesar del seu extraordinari interès històric, perquè es refereixen gairebé exclusivament a les predials. Però s'han d'esmentar els *emprius*, perquè són l'antecedent històric dels drets reals d'aprofitament parcial i són institucions que encara formen part del patrimoni jurídic popular. També s'ha de fer una mínima referència a Pella i Forgas, que va estudiar aquesta institució i fins i tot va arribar a afirmar que l'article 531 del Codi civil espanyol, que regula les servituds personals, va ser introduït fonamentalment per a donar cobertura a la servitud coneguda com a *empriu*, que consisteix en una servitud general de pastures, llenyes i rompuda, concedida a favor d'una persona o, fonamentalment, una comunitat.<sup>25</sup> La raó de l'existència d'aquesta institució es troba en la posada en relació del concepte romà de *propietat individual* que es rep i una realitat qualificada com de concepció comunista de la propietat, que en la societat feudal va produir, segons el seu parer, la divisió d'usos o dominis, i cita una obra clàssica del segle XVII, de Joannes Baptista de Luca, cardenal de Luca (1614-1683), que ja va considerar en el tractat de servituds de la seva obra *Theatrum veritatis et iustitiae* que els drets de pastura no eren pròpiament servituds, sinó drets d'ús fonamentat en la necessitat de subsistir dels pobles.

La diferent naturalesa de les servituds personals i les servituds reals va ser assenyalada en la doctrina catalana per Borrell,<sup>26</sup> que va estudiar el dret anterior a la Compilació, després de definir de manera conjunta les servituds predials i les servituds personals, i va qualificar de *típiques* les predials i va afirmar que, modernament, les servituds personals solen considerar-se «como derechos reales que forman clase aparte». Al seu torn, quan parlava de les servituds de pastura, llenyes i altres d'irregulars, les qualificava de «transición entre las prediales y el usufructo o el uso». Si s'estableixen a favor d'una comunitat, donen lloc a un *empriu*. Respecte de les que s'estableixen a favor de persones individuals, no són transmissibles als successors perquè són personalíssimes.

La Compilació de dret civil de Catalunya de 21 de juny de 1960 dedicava el llibre III als drets reals —articles 277 a 320—, i el títol tercer d'aquest, a les servituds —articles 283 a 295—, que es van ajustar amb força fidelitat a la tradició, en un conjunt de normes que fonamentalment es referien a les relacions de veïnatge, a la no-usucapibilitat i a l'extinció d'algunes servituds, però sense cap

25. J. PELLA Y FORGAS, *Tratado de las relaciones y servidumbres entre las fincas*, 2a ed., Barcelona, Bosch, 1969, p. 98.

26. A. M. BORRELL Y SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña*, vol. II, Barcelona, Bosch, 1944, p. 156.



norma que interressi des de la perspectiva de les servituds personals. És comuna la crítica a aquesta regulació que, si bé recollia de manera fidel la tradició en aquesta matèria, ho feia de manera fragmentària. En aquest període regien l'article 531 CC i la regulació de les servituds de pastura i llenyes dels articles 600 a 603 CC, que reconeixia les servituds personals i, si bé no contenia una regulació específica de la figura, de manera que eren d'aplicació les normes sobre servituds personals en allò que no fossin contradictòries amb la institució, servia de base perquè el Tribunal Suprem establís unes normes generals i, sobretot, un repertori casuístic d'aplicacions pràctiques de la institució. Cal ressenyar que la doctrina científica, com s'ha dit anteriorment, es troba dividida, perquè, juntament amb autors com Albaladejo, que consideren que es tracta d'una vertadera servitud, altres, com Peña, sostenen que és un dret real autònom distint de la servitud predial, i, finalment, hi ha un tercer corrent, que inclou insignes autors, com Lacruz Berdejo i Álvarez Caperochipi, que neguen el caràcter real de la institució i mantenen que les mateixes finalitats i objectius s'aconsegueixen amb drets personals i contractes, i de manera més avantatjosa i conforme a l'ordenament jurídic.

La Llei 13/1990, de 9 de juliol, de l'acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge, va derogar aquests preceptes de la Compilació. Aquesta llei va ser el primer text en el qual es va abordar la regulació de les servituds, amb la finalitat de superar «la regulación fragmentaria y pensada para una sociedad básicamente rural».<sup>27</sup> Però no ho va aconseguir, ja que continuava sent incompleta.<sup>28</sup> No va regular *stricto sensu* la servitud personal, si bé la menciona de manera «involuntària» en l'article 21, quan la inclou en una enumeració de servituds:

1. La servitud de pas és accessòria de les servituds principals d'aqüeducte, de sèquia, de pastures, de llenyes i de la de xarxes aèries i conduccions superficials i subterrànies a què es refereix l'article 22.

Però es va fer un canvi en el plantejament general de les servituds predials voluntàries i forçoses (aquestes últimes, com a limitacions de la propietat), les relacions de veïnatge, que configurava com el contingut normal del dret de propietat, i la mitgeria, que configurava com a forma particular de propietat.

27. Així s'expressa el preàmbul de la Llei.

28. M. E. LAUROBA LACASA, «Les servituds», a F. BADOSA COLL, *Manual de dret civil català*, Madrid i Barcelona, Marcial Pons, 2003, p. 387-401, esp. p. 387.

Interessa destacar que va regular, *ex novo* en el dret català, l'adquisició d'una servitud per usucapió, ja que va establir un sistema molt permissiu que va produir un augment considerable dels plets sobre aquesta matèria.

Va quedar pendent la qüestió de les servituds personals, que s'abordava puntualment en aquesta referència a les servituds de pastura i llenyes i sense integrar-les en una regulació sistemàtica en la forma de les pastures i les llenyes. Algun sector doctrinal<sup>29</sup> va considerar que era d'aplicació l'article 531 CC. Però, en general, la doctrina rebutjava aquesta aplicació, si bé, tal com va apuntar Garrido Melero,<sup>30</sup> podia constituir-se un dret real similar a les servituds personals a l'empara del sistema de *numerus apertus* que es reconeix en el nostre ordenament.

La Llei 22/2001, de 31 de desembre, de regulació dels drets de superfície, de servitud i d'adquisició voluntària o preferent, no va derogar totalment la llei anterior de 1990, que ha perviscut fins al llibre cinquè en tot allò relatiu al dret de propietat: acció negatòria, mitgeria de càrrega, immissions. Però sí que va considerar la primera regulació sistemàtica de les servituds. Va suprimir l'adquisició de les servituds per usucapió i va regular detalladament la servitud de propietari.

L'article 6 de la Llei va definir la servitud referint-se a dues finques, dominant i servent.

En matèria de servituds personals, el preàmbul de la Llei va dir que s'exclouen de la consideració de servitud els drets d'aprofitament establerts a favor d'una persona física sobre una finca aliena, amb independència de tota relació entre finques. En segon lloc, la disposició addicional de la Llei 22/2001 prescribia que «[e]ls drets reals d'aprofitament establerts a favor d'una persona sobre una finca aliena, amb independència de tota relació entre finques, es regeixen, en allò que no determini el seu títol constitutiu, pel costum i per la Llei 13/2000, de 20 de novembre, de regulació dels drets d'usdefruit, ús i habitació, en allò que hi sigui compatible».

Segons Llácer Matacás,<sup>31</sup> aquest era l'únic objecte d'aquesta disposició addicional: es tancava el recurs al Codi civil, no es dotava aquestes servituds d'un

29. J. SOLÉ RESINA, «La nueva regulación del derecho de servidumbre en Cataluña», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 533 (25 maig 2002), p. 7.

30. M. GARRIDO MELERO, «Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña (Comentario a la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 611 (1992), p. 1551-1617, esp. p. 1572, nota al peu.

31. M. R. LLÁCER MATACÁS, «La evolución de las servidumbres y de la vecindad en derecho catalán», a Á. L. REBOLLEDO VARELA (coord.), *Tratado de servidumbres*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, p. 787 i seg.

règim propi i es limitava a remetre's, en allò no previst en el títol, al costum i a la Llei 13/2000, de 20 de novembre, de regulació dels drets d'usdefruit, ús i habitació.

Lauroba Lacasa<sup>32</sup> comenta aquesta regulació i afirma que del fet que el dret de servitud s'hagués configurat com una relació entre finques, i del mateix text del preàmbul, no resulta exclosa la possibilitat de constitució de servituds personals pel sistema de *numerus apertus*, i perquè n' existeixen precedents en el dret català, i cita com a tals els emprius, als quals ja s'ha fet referència més amunt, i l'*Usatge 72, Stratae*, que regula els béns comunals, els camins, les aigües, les pastures, etcètera.

Cobacho Gómez<sup>33</sup> també comenta aquesta llei i sosté que el legislador català es posiciona en la mateixa línia que els drets francès i italià en excloure la categoria de les servituds personals.

Aquesta és la situació doctrinal en la qual es produeix la publicació del llibre cinquè i la regulació *ex novo* dels drets reals d'aprofitament parcial.

#### 4. ESTUDI DELS DRETS REALS D'APROFITAMENT PARCIAL. EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

##### 4.1. SISTEMÀTICA DE LA REGULACIÓ

El llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals, consta de tres-cents vuitanta-dos articles. Està dividit en sis títols, dels quals el darrer, el VI, s'ocupa dels drets reals limitats. És el títol més extens del llibre, perquè comprèn la regulació de tots els drets reals limitats i, encara que no ho diu, sembla que els agrupa en blocs. En primer lloc es refereix als de gaudi (usdefruit, ús i habitació, aprofitament parcial, superfície, cens emfitèutic i vitalici, servitud), el vol, de difícil caracterització, els d'adquisició (opció, tempteig i retracte) i garantia (retenció de penyora, anticresi i especialitats sobre la hipoteca), i el capítol III, que comprèn els articles 563-1 a 563-4, es dedica als drets d'aprofitament parcial. La ubicació del precepte ja té un significat, ja que els capítols I i II es refereixen als drets d'usdefruit, ús i habitació. Se segueix, doncs, el criteri del dret romà.

32. M. E. LAUROBA LACASA, «Les servituds», p. 388.

33. J. A. COBACHO GÓMEZ, «Reflexiones sobre la nueva regulación de las servidumbres en el derecho civil de Cataluña», a A. CABANILLAS SÁNCHEZ *et al.*, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tom III, Madrid, Civitas, 2003.

#### 4.2. APLICACIÓ TEMPORAL

La disposició transitòria desena de la Llei 5/2006, per la qual s'aprova el llibre cinquè, s'ocupa de la qüestió i estableix:

Els drets d'aprofitament parcial existents en el moment de l'entrada en vigor d'aquest llibre es regeixen per les normes d'aquest. No obstant això, el termini de redempció que estableix l'article 563-3 es compta a partir de la dita entrada en vigor.

Aquest termini de redempció és de vint anys des de la constitució i a voluntat del propietari de la finca gravada, i es pot establir per mitjà d'un pacte la irredimibilitat per un termini de seixanta anys o durant la vida del titular de l'aprofitament i una generació més. Aquest termini haurà de comptar-se des de l'entrada en vigor de la Llei, és a dir, l'1 de juliol de 2006 (cfr. disposició final de la Llei 5/2006).

La disposició transitòria estableix l'aplicació de la regulació aprovada retroactivament. És a dir, les servituds personals existents en el moment de l'entrada en vigor del llibre cinquè s'han de regir per les normes dels articles 563-1 a 563-4 CCCat, i, en allò en què no s'oposin a aquestes, per allò pactat. La qüestió més delicada és la relativa a la durada, perquè les normes que la regulen són de dret imperatiu i s'han de seguir malgrat l'existència de pactes.

Fonamentalment, és necessari interpretar la norma amb relació a aquelles servituds personals existents en el moment de l'entrada en vigor de la Llei 5/2006. Poden donar-se les hipòtesis següents:

- que no tinguin pactat cap termini,
- que tinguin pactat un termini i aquest sigui indefinit,
- que el termini sigui superior als noranta-nou anys comptats des de l'entrada en vigor de la Llei.

a) Els drets existents en el moment de l'entrada en vigor de la Llei, amb un termini superior a noranta-nou anys o amb un termini indefinit, han d'estar subjectes a la limitació temporal de noranta-nou anys. Tenen termini en ambdós casos i aquest no pot ser superior als noranta-nou anys. El *dies a quo* des del qual es compta el termini màxim pot ser el de la constitució del dret o el dia de l'entrada en vigor del llibre cinquè, és a dir, l'1 de juliol de 2006. Aquesta segona interpretació sembla més conforme amb el criteri del mateix legislador en la Llei 29/2002, de 30 de desembre, d'aprovació del llibre primer del Codi civil de Catalunya, en l'exposició de motius de la qual es diu que en el règim transitori el legislador ha adoptat una retroactivitat de grau mitjà, i si aquest és el criteri

en el règim transitori de la prescripció i la caducitat, també sembla que és el més oportú per a interpretar aquesta disposició transitòria. També acredita aquesta interpretació el fet que és la que assenyala el legislador per a l'inici del còmput del termini de redempció. A més, concedeix un termini ampli que impedeix que els titulars de servituds personals puguin considerar-se lesionats en els seus interessos. En cas que s'entengui que el termini és des de la constitució del dret, hi hauria drets que ja haurien caducat, cosa que no sembla una interpretació raonable.

Una altra interpretació possible seria considerar aquells casos de termini indefinit com a casos sense termini, però no sembla ajustada a la voluntat de les parts, que han volgut establir una durada per al dret, encara que aquest sigui indefinit.

b) Si no s'ha pactat cap termini, supòsit molt corrent en la regulació de les servituds, hi ha també dues interpretacions. O bé aplicar-hi el termini de trenta anys de l'article 563-2 CCCat, o bé entendre que era voluntat de les parts que el termini fos indefinit i aplicar-hi el de noranta-nou anys que s'ha esmentat anteriorment, ja que, si no, tindria pitjor condició el que no diu res sobre el termini que el que el pacta indefinit. La primera solució és més ajustada al text de la Llei i la segona sembla més benèvola amb els interessos dels titulars de drets d'aprofitament parcial i, en tot cas, està corregida per la possibilitat de la redempció que té el propietari de la finca i que pot exercitar si han transcorregut vint anys.

Els altres supòsits en els quals el termini sigui inferior a noranta-nou anys o, si és superior, faltin menys de noranta-nou anys per al seu venciment i no plantegin problemes, vencerà el termini i s'extingirà el dret d'aprofitament parcial.

Una interpretació cenyida al text de la Llei, aplicant una retroactivitat de grau màxim, portaria a solucions extremes amb perjudici de drets. Però és evident que el legislador no desitja que aquests drets siguin indefinits o de molt llarga durada. Això es demostra, en primer lloc, amb el fet d'haver establert com a regulació supletòria la dels drets reals de gaudi, que són sempre temporals, a diferència de les servituds, que tenen una naturalesa perpètua. També amb el fet d'haver previst la redempció perquè el propietari del predi pugui alliberar-se de l'aprofitament, institut, el de la redempció, que no existeix en el cas de l'usdefruit. Finalment, també es demostra amb la concessió, en el cas de la redempció, d'un *dies a quo*, que s'estableix com a regla expressa en la disposició transitòria, que consisteix que el termini per a redimir es compta a partir de l'entrada en vigor del llibre cinquè.

#### 4.3. APLICACIÓ TERRITORIAL

Aquesta legislació s'aplica a tots els drets reals que es constitueixin sobre béns immobles situats a Catalunya per aplicació de l'article 111-3 CCCat:

Article 111-3. *Territorialitat*

1. El dret civil de Catalunya té eficàcia territorial, sens perjudici de les excepcions que es puguin establir en cada matèria i de les situacions que s'hagin de regir per l'estatut personal o altres normes d'extraterritorialitat.

En idèntic sentit, vegeu la regla de conflicte *rex rei sitae* que recull el Codi civil espanyol en l'article 10.1, aplicable als conflictes interregionals, segons l'article 16.1 CC.

#### 4.4. CONCEPTE

Article 563-1 CCCat:

Els drets d'aprofitament parcial establerts amb caràcter real a favor d'una persona sobre una finca aliena amb independència de tota relació entre finques [...].

Es pot dir que el legislador català ha optat per una denominació definitiva, i és cert que el nom ja dóna una idea força ajustada del contingut del dret.

Els *Treballs preparatoris*<sup>34</sup> contenen bàsicament la mateixa definició, si bé el terme *real* es trobava en el nom de la institució, mentre que en el text definitiu es troba en la definició, cosa que pot portar-nos a pensar que el legislador vol deixar la porta oberta a l'existència d'un dret d'aprofitament parcial de caràcter personal. També s'observa que en el text aprovat s'inclou la paraula *parcial* per a matisar l'aprofitament, paraula que no figurava en els *Treballs*.

Per a rematar aquest article, es fa una enumeració de casos d'aprofitament parcial que no figuraven en els textos d'estudi preliminars —aquests *Treballs*— i que s'analitzen en l'epígraf dedicat al contingut. Sens perjudici del que allí es

34. DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA, OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE CATALUNYA, *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 2003, p. 196.

digui, la intenció del legislador sembla que és portar a aquesta institució totes les figures configurades com a servituds personals per la jurisprudència, així com obrir noves vies per a dur a terme la *custòdia del territori*.

Analitzarem els diferents elements de la definició legal:

a) La primera qüestió que es planteja és què ha d'entendre's comprès en la paraula *aprofitament*. En el cas de l'usdefruit, la Llei ho determina, «és el dret real d'usar i gaudir», diu l'article 561-2 CCCat. Per a l'ús, l'article 562-6 CCCat estableix que «[e]ls usuaris poden posseir i utilitzar». En tots aquests casos es fa referència a facultats incloses en l'enumeració romana clàssica: *ius utendi, fruendi, possidendi, abutendi, vindicandi et disponendi*. En el cas de la servitud —que és la predial—, l'article 566-1 explica que «[...] pot consistir en l'atorgament a aquesta [finca dominant] d'un determinat ús de la finca servent o en una reducció de les facultats del titular o la titular de la finca servent».

En els aprofitaments parcials es fa una enumeració casuística, però sembla que el legislador estima que s'autodefineix: és un aprofitament. Des d'un punt de vista lingüístic, s'analitza la paraula *aprofitament* i es defineix<sup>35</sup> com a «acció d'aprofitar o d'aprofitar-se». *Aprofitar*, al seu torn, pot ser un verb intransitiu i significa «fer profit», portar profit, a algú, servir de profit»; o pot ser transitiu i significa «emprar útilment, utilitzar». *Profit* és «avantatge que es treu d'alguna cosa». Totes aquests paraules, així com les castellaneres *aprovechar* i *aprovechamiento*, i fins i tot el terme *profit* que s'utilitza en anglès, provenen del llatí *proficere*,<sup>36</sup> que significa «fer un progrés, beneficiar-se». I, al seu torn, el verb llatí, etimològicament, procedeix de *pro* ('endavant') i *facere* ('fer').

Jurídicament, es poden donar, no obstant això, diverses interpretacions:

a) Pot considerar-se, tenint en compte els conceptes romans de *uti* i *frui* i integrant la seva regulació amb la de l'usdefruit (cfr. art. 563-1 *in fine* CCCat), que l'ús i la percepció dels fruits de què sigui susceptible la finca, sempre que siguin limitats quantitativament o qualitativa, són l'objecte d'aquest dret.

b) Pot entendre's, atès que l'article 563-1 CCCat conté una enumeració en la qual es recullen tots aquells drets que la jurisprudència espanyola ha anat integrant dins del concepte de *servitud personal*, a l'empara de l'article 531 CC —fins i tot els més pintorescs, com el dret de balcó—, que els drets d'aquesta enumeració estan inclosos en el concepte, que seria qualsevol gravamen sobre un immoble en benefici d'una persona, a la qual significarà un profit.

35. P. FABRA, *Diccionari general de la llengua catalana*, 17a ed., Barcelona, Edhasa, 1983.

36. En castellà existeix la paraula *aprovecer* com a cultisme.

La interpretació que es considera més correcta resulta de la definició semàntica i etimològica del terme i significa considerar que l'aprofitament implica l'ús de la cosa amb benefici o utilitat. Aquest aprofitament està més unit al concepte econòmic de *explotació* i, per tant, és més ampli que l'enumeració romana del *ius utendi* i *fruendi*. Però, al mateix temps, significa una activitat positiva.

b) Es considera que ha de ser parcial, i això és essencial de la institució. És a dir, el propietari ha de conservar algunes facultats de gaudi més enllà de només el *ius disponendi*, perquè, si no, ens trobaríem davant de l'usdefruit. Ara bé, el caràcter parcial pot referir-se a la limitació del nombre de facultats incloses, o del temps en què es concedeix l'aprofitament, o de la part de la finca en la qual s'exerceix. Així, s'estima que pot consistir en la cessió del dret a recollir els pi-nyons d'un bosc, a utilitzar una finca d'esbarjo una setmana a l'any o a utilitzar tot l'any només la casa dels masovers d'una finca rústica.

c) L'exigència que han d'estar establerts amb caràcter real porta a col·lació la qüestió que la cessió d'aprofitament pot constituir-se amb caràcter personal dins de l'òrbita dels arrendaments en les seves múltiples modalitats o, en general, dels contractes de cessió de l'ús. Caldrà seguir la voluntat de les parts manifestada de manera expressa per a entendre què és un dret real. I això per dues raons: la primera, d'índole jurídica, és que el dret real d'aprofitament suposa un límit al dret de propietat i, com a tal, és objecte d'una interpretació estricta; la segona és que, si la finalitat que es pretén obtenir es compleix amb l'establiment d'un dret personal, l'establiment de drets reals implica un fraccionament inadequat que dificulta el tràfic dels béns, té reminiscències vinculadores i impedeix o dificulta la utilització de la propietat amb altres fins legítims, com és el de crèdit territorial.

d) S'estableixen a favor d'una persona, que pot ser una de sola o bé una pluralitat, física o jurídica i pública o privada. Però la relació jurídica que es constitueix amb l'entitat pública serà una relació jurídica de dret privat.

e) S'estableixen sobre una finca aliena. S'exclou la possibilitat d'establir-los sobre una finca pròpia, com en el cas de les servituds personals. Però això sí que podria succeir si la finca que suporta el dret d'aprofitament pertanyés al subjecte però parcialment o de manera distinta, és a dir, per exemple, si la finca pertanyés a una comunitat de la qual formés part el titular de l'aprofitament parcial. Tanmateix, com s'ha estudiat en l'extinció, és possible que, si la propietat i el dret real d'aprofitament parcial es reuneixen en el mateix subjecte, el dret real no s'extingeixi per consolidació. En aquest cas, seria possible que el dret no existís sobre una finca aliena, sinó sobre una finca pròpia. No obstant això, és una qüestió dubtosa. I no s'entén quina raó econòmica pot haver-hi per a justi-



ficar modificar el caràcter de dret elàstic que la doctrina atribueix a la propietat, que faria que la propietat recuperés la facultat que era objecte de l'aprofitament parcial.

f) Per acabar, a pesar de la intenció de separar els drets d'aprofitament parcial de les servituds, la reminiscència queda en la referència que en la definició es fa a la «independència de tota relació entre finques», que té per objecte excloure el concepte de *servitudo predial*, però que també exclou una modalitat d'establiment de servitud en la qual la finca aliena serveix de referent, de causa per a l'establiment de la servitud. I és aquella en la qual, si bé s'estableix a favor d'una persona, aquesta es determina per la seva relació amb una finca. Aquesta servitud és personal, perquè, si la finca que serveix de referent passa a ser d'una altra persona, aquest no adquirirà per aquest motiu el dret d'aprofitament parcial, encara que el més lògic seria que en aquest cas s'extingís.

## 5. DIFERÈNCIES ENTRE ELS APROFITAMENTS PARCIALS I LES FIGURES AFINS

### 5.1. USDEFRUIT

Pot ser difícil la distinció, per tal com l'article 561-3 CCCat estableix en el número primer que «[l]usdefruit es pot [...] sobre un o més béns determinats o sobre la totalitat o una part de llurs utilitats». És a dir, és perfectament possible l'usdefruit sobre només un aprofitament o utilitat de les que sigui susceptible la finca. Però, a més, els articles 561-25 a 561-31 CCCat es refereixen expressament a l'usdefruit de boscos i plantes. Aquest usdefruit està regulat minuciosament. La Llei distingeix entre els boscos productors de fusta, el conjunt d'arbres que no són bosc, els arbres per a la producció de resina, els arbres morts o danyats, els arbres i arbustos que rebroten i els que no es renoven, i, finalment, els matolls, i estableix en cada cas com ha d'exercir-se l'usdefruit. Aquestes normes seran aplicables a l'aprofitament amb caràcter supletori, per la remissió que a aquestes fa l'article 563-1 *in fine* CCCat.

El contingut pot ser idèntic quant a la utilitat en què consisteixen. Difereixen ambdues institucions quant al seu règim jurídic, és a dir, quant al dret real que hagin volgut establir les parts: usdefruit o aprofitament parcial. Pel que fa a la durada, si bé l'usdefruit pot estipular-se per un cert nombre d'anys, el que és normal, atès que no és un dret real que s'estableix en consideració a la persona de l'usufructuari, és que s'estipuli, amb caràcter vitalici sobre la vida de l'usu-

fructuari, amb caràcter successiu a favor de diverses persones, però amb la limitació de l'article 294 del Codi de successions (CS) (cfr. art. 561-15 CCCat).

Difereixen de la mateixa manera en el fet que, respecte de l'usdefruit, no es regula la redempció, sens perjudici que és possible incloure-la en virtut d'un pacte (cfr. art. 561-1 i 561-2 CCCat), si s'estima necessària.

Però la diferència fonamental és que en el cas dels drets d'aprofitament hi ha subjacent la idea de *explotació*, de *utilitat*, un punt de vista econòmic del dret. En l'aprofitament parcial, el dret real consisteix en una determinada utilitat, mentre que l'usdefruit, tot i que és parcial, és més ampli en el seu contingut, ja que es refereix a totes les facultats d'ús i gaudi, fins al punt que la propietat gravada s'anomena *nua propietat*. Propietat nua que justifica que doctrinalment s'hagi parlat de *desmembració del domini*. La Llei estableix una clàusula residual segons la qual corresponen a l'usufructuari totes les utilitats que no hagin estat expressament excloses de l'usdefruit (cfr. art. 561-1 i 561-2 CCCat), i, per tant, tots els impostos i les contribucions anuals corresponen a l'usufructuari (cfr. art. 561-12.1 CCCat).

Tanmateix, en els drets reals d'aprofitament parcial, el titular no té res més que la facultat en què consisteixi el dret, amb allò estrictament necessari per a exercitar-la, de manera que el propietari conserva totes les altres.

## 5.2. EL DRET D'ÚS CONSTITUÏT SOBRE UN BOSC O SOBRE PLANTES

Aquest dret està regulat en l'article 562-8.3 CCCat, que diu literalment: «El dret d'ús constituït sobre un bosc o sobre plantes dona dret a talar els arbres i a tallar les mates que calgui per a atendre les necessitats a què fa referència l'apartat 1, i fins i tot a vendre el producte, d'acord amb el que estableix la secció tercera del capítol I.» D'acord amb les normes que s'estableixen en els articles 561-21 a 561-24 CCCat, relatius a l'usdefruit de disposició.

Difereixen en el fet que l'ús està essencialment limitat per les necessitats de l'usuari; en canvi, en els drets reals d'aprofitament parcial el límit és objectiu, en el sentit que es determina per la utilitat cedida sense que intervingui la necessitat del subjecte titular. L'ús com a dret real específic —no l'ús que impliquen altres drets reals—, tant el que prové de l'*usus* romà regulat en els apartats 1 al 8 de l'article 562 CCCat com l'ús de l'habitatge familiar dels articles 90 i 96 CC en els casos de ruptura matrimonial, és un dret que sempre es constitueix en consideració al subjecte i té una causa final que no és de contingut estrictament patrimonial, com els drets reals d'aprofitament parcial.

### 5.3. CONTRACTES DE CESSIÓ D'APROFITAMENT PARCIAL

En aquest apartat farem referència a tots aquells contractes que produeixen la cessió d'un d'aprofitament parcial mitjançant la creació d'un dret personal. Formen part d'aquests no només els anomenats *contractes agraris*, ja sigui la parceria, ja siguin els arrendaments rústics, sinó també altres com el terratge, la boïga, les eixermares,<sup>37</sup> o, de caràcter parcial, la masoveria i la sòcita.

No definirem ni estudiarem la durada de la parceria o l'arrendament. Ens referirem als altres contractes tradicionals, regulats en l'article 338 de la Compilació de dret civil de Catalunya.

El terratge és un contracte en virtut del qual el propietari d'un terreny cedeix aquest per a la plantació i el conreu d'arbres. Té una durada de vint anys i pot donar lloc a la constitució d'un dret real.

La boïga consisteix a cedir una finca destinada a bosc per a transformar-la en terra de cultiu amb caràcter transitori i utilitzant amb aquesta finalitat únicament els boïcs, és a dir, petits feixos de llenya, fets de branques d'arbres, que es recobreixen de trossos de terra i es cremen.

Les eixermares consisteixen a transformar una terra erma de bosc per a destinar-la al conreu durant la vigència del contracte i deixar-la en aquest estat un cop aquest acabi. La durada d'aquest contracte i del precedent és de cinc anys.

En tots aquests casos, ens trobem davant de contractes que donen lloc a drets personals que compleixen les finalitats de cessió d'ús que es pretenen d'una manera que de vegades serà més convenient per als interessos dels propietaris que no pas el dret real d'aprofitament, des d'una doble perspectiva. En primer lloc, els permetran obtenir d'una manera periòdica una rendibilitat per a l'ús cedit. D'altra banda, eviten que la propietat perdi el valor a l'hora de la venda si és el cas que el propietari es veu obligat a desprendre's'n, ja que el contracte pactat s'extingeix (cfr. art. 1257 CC). Des d'un punt de vista econòmic, es pot complir la mateixa finalitat sense que això repercuteixi en el tràfic immobiliari, ja que la propietat no està subjecte a vinculacions.

Cal dir el mateix quant als contractes que tenen per objecte l'aprofitament forestal, que manquen de tipicitat legal.

37. L. PUIG I FERRIOL i E. ROCA I TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*, vol I, 5a ed., València, Tirant lo Blanch, 1998, p. 194 i seg.

## 6. RÈGIM JURÍDIC

L'article 563-1 *in fine* CCCat estableix: «Els drets d'aprofitament parcial [...] es regeixen per les normes d'aquest capítol i, en allò que no s'hi oposin, pel seu títol de constitució, pel costum i per les normes que regulen el dret d'usdefruit, en allò que hi sigui compatible.» Per tant, es regeixen: en primer lloc, pels preceptes legals inclosos en el capítol III del títol VI del llibre cinquè, articles 563-1 a 563-4 CCCat, que són els que regulen els aprofitaments parcials. Cal preguntar-se si la regulació específica dels drets reals d'aprofitament parcial té caràcter de dret imperatiu o de dret dispositiu. De les escasses normes que es recullen en el capítol III, algunes són de dret imperatiu, com la durada màxima de norantanou anys, el termini màxim del pacte de no-redimibilitat. Altres són normes que no es poden modificar per la seva pròpia naturalesa, com per exemple el fet que l'aprofitament no pugui tenir una durada superior a la del dret real possessori del constituent; però la major part de la regulació admet un pacte en sentit contrari. Resulta clar que el legislador desitja marcar de manera clara els límits de la institució, fonamentalment a l'entorn de la durada màxima i la redimibilitat, per a evitar que per mitjà d'un pacte es pugui desvirtuar aquesta institució, amb la qual cosa estableix drets reals de durada indefinida i irredimible que siguin veritables vinculacions.

No obstant això, el precepte afegeix que, en segon lloc, es regeixen «en allò que no s'hi oposin» —a l'article 563— pel seu títol de constitució; per tant, es consideren preferents a la voluntat de les parts, excepte en aquelles qüestions en les quals la mateixa norma salvi el pacte en sentit contrari. En tercer lloc, es regeixen pel costum, que, quant a les pastures i les llenyes, és freqüent,<sup>38</sup> i, per acabar, es remet a les normes que regulen el dret d'usdefruit, en allò que siguin compatibles. No és possible aplicar les normes relatives a les servituds.

## 7. CONSTITUCIÓ

Badosa Coll<sup>39</sup> estima que els títols adquisitius, elements principals de l'adquisició, respecte dels drets reals limitats són la donació, la successió, el contracte i la usucapció. Aquests títols són insuficients per si mateixos per a portar

38. Article 111-1 del Codi de dret civil de Catalunya: «1. El dret civil de Catalunya és constituït per les disposicions d'aquest Codi, les altres lleis del Parlament en matèria de dret civil, els costums i els principis generals del dret propi. 2. El costum només regeix si no hi ha llei aplicable.»

39. «Els sistemes adquisitius a Catalunya», ponència a les XIV Jornades de Dret Català a Tossa. <http://civil.udg.es/tossa/2006/textos/pon/2/fbc.htm>.

a terme el fenomen translatiu. És necessari que vagin seguits de la tradició, si escau, o dels actes o les formalitats establertes per les lleis (cfr. art. 531-1 CCCat).

L'article 563-2.2 CCCat, quant als drets reals d'aprofitament parcial, es refereix a «[l]a constitució per mitjà d'un negoci jurídic dels drets d'aprofitament parcial [...]». És l'única indicació sobre els modes d'adquirir aquests drets.

Aquesta norma s'introdueix *ex novo*, ja que no constava en els *Treballs preparatoris*. Dins del concepte de *negoci jurídic* hi ha els contractes, la donació i la successió, tant la testada com la que té lloc per heretament. Seguint Badosa, els contractes requereixen tradició, d'acord amb el que s'exposa en el segon apartat del preàmbul, paràgraf cinquè, i atès que el dret d'aprofitament és un dret susceptible de possessió.

En el cas de la donació i en la majoria de les atribucions successòries —no en els llegats d'efectes reals ni en els títols fideïcomissaris, ja siguin per herència, ja siguin donació—, serà necessari el compliment d'un acte, no extern al fenomen adqisitiu i que serà l'acceptació.

Fora del precepte, hi ha més títols d'adquisició que no són negocials, en concret la usucapió. L'article 531-23 CCCat regula el mode d'adquirir per usucapió, respecte a la qual estableix que és un títol adqisitiu de la propietat o d'un dret real possessori basat en la possessió durant el temps fixat per les lleis. I afegeix que l'efecte adqisitiu es produeix sense necessitat que la persona que adquireix per usucapió faci cap actuació. El dret real d'aprofitament parcial és un dret possessori, per la qual cosa és usucapible (cfr. art. 531-23.1 CCCat). Quan el precepte diu que l'adquisició es produeix sense necessitat de cap actuació, significa que els efectes són automàtics, que s'exclouen les actuacions i formalitats del fenomen adqisitiu de l'article 531-1 CCCat, però no que la usucapió hagi de ser invocada per qui usucapeix, com a regla general judicialment, ja sigui per la via de l'acció, ja sigui per la via de l'excepció, encara que Díez-Picazo<sup>40</sup> admet també l'exercici extrajudicial.

Serà suficient la possessió del dret pública i pacíficament, sense que calgui un just títol ni bona fe de manera ininterrompuda durant un termini de vint anys, ja que es tracta d'un bé immoble (cfr. art. 531-27.1 CCCat en relació amb l'art. 511.2.2d CCCat).

Per acabar, fora del fenomen adqisitiu hi ha les formalitats del negoci, que s'analitzaran en els elements formals, però que es troben fora de la previsió de l'article 531-1 CCCat, ja que es refereixen a la formació del títol adqisitiu, i no a la formació de l'adquisició.

40. L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Madrid, Civitas, 1995, p. 742.

No es pot parlar en principi de la constitució per mitjà d'una resolució judicial, ja que, igual que la doctrina manté que no existeixen les servituds personals forçoses,<sup>41</sup> *mutatis mutandis* pot dir-se el mateix dels drets reals d'aprofitament parcial.

## 7.1. ELEMENTS PERSONALS

L'aprofitament pot constituir-se a favor d'una persona física o jurídica o de diverses, i en aquest últim cas, simultàniament o successivament.

Si es constitueix a favor d'una persona física, en principi no es plantegen problemes. És necessari que sigui a favor d'una persona diferent del propietari.<sup>42</sup>

Quan es constitueix a favor d'una persona jurídica, pot ser qualsevol persona privada, o bé civil, o bé mercantil, o una persona jurídica de dret públic. El Tribunal Suprem va reconèixer la servitud establerta a favor d'un ajuntament i a favor d'un poble —sentències del Tribunal Suprem (STS) de 14 de novembre de 1924 (*Colecció Legislativa*, 1924, tom IV, núm. 83) i 27 de novembre de 1923 (*Colecció Legislativa*, 1923, tom III, núm. 136). En el cas del poble, pertany al municipi, i no a tots i cadascun dels seus habitants considerats individualment. L'exercici de l'aprofitament s'haurà de fer d'acord amb el que disposin les regles estatutàries.

En el cas que es constitueixi simultàniament, pot definir-se com s'exercirà el dret, encara que no és imprescindible, perquè la necessitat de determinació es refereix als contorns del dret, no a les regles de l'exercici.

En el cas que es constitueixi successivament, caldrà tenir en compte el límit temporal que s'estableix a aquests drets.

### 7.1.1. Capacitat dels subjectes

Es requerirà la que exigeixi el negoci jurídic mitjançant el qual es constitueixi, ja sigui *inter vivos* o *mortis causa*, oneros o gratuït.

En principi, si és un negoci *inter vivos*, és un negoci patrimonial dispositiu que requereix la capacitat per a disposar, amb la qual cosa comporta la necessitat de representació o complement de capacitat o intervenció conjunta en relació amb els menors, incapacitats, concursats, emancipats, cònjuge o convivent

41. M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, p. 604.

42. Art. 563-1 CCCat: «[...] a favor d'una persona sobre una finca aliena [...]»

i persones jurídiques. El que s'ha dit sobre la capacitat, és d'aplicació a ambdues parts, tant al propietari de la finca que constitueix el dret d'aprofitament parcial com a l'adquirent. Però és evident que l'acte dispositiu té *prima facie* conseqüències més oneroses en el patrimoni del propietari de la finca que en l'adquirent, sens perjudici de la possible contraprestació que hi hagi en el negoci constitutiu o del contingut secundari obligacional que pugui existir.

En el cas de la donació, l'article 531-10.1 CCCat exigeix capacitat d'obrar suficient al donant, i l'article 531-21.1 CCCat, capacitat natural en el donatari.

Si es constitueix per mitjà de testament, caldrà seguir el que es disposa en l'article 104 del Codi de successions i podrà atorgar-lo el major de catorze anys. Si es tracta d'heretaments, serà suficient ser major d'edat o fins i tot tenir l'edat per a contraure matrimoni, si és heretament preventiu (cfr. art. 67 CS).

Per acabar, per a adquirir per usucapió, l'article 531-24.1 CCCat exigeix que la possessió de qui usucapeix sigui en concepte de titular del dret, sense necessitat de títol, de la mateixa manera que per a adquirir la possessió és suficient tenir capacitat natural (cfr. art. 521-3.1 CCCat).

### 7.1.2. *Legitimació*

La legitimació, en el camp de la teoria general del dret, pot ser definida com la possibilitat reconeguda a un subjecte per l'ordenament jurídic de dur a terme amb eficàcia un determinat acte, possibilitat que deriva de la posició que ocupa el subjecte agent en relació amb l'objecte de l'acte.

Poden constituir el dret d'aprofitament parcial els propietaris de la finca gravada i els titulars de drets reals possessoris constituïts sobre aquesta (cfr. art. 563-2.1 CCCat). Es manté, segons els *Treballs preparatoris*,<sup>43</sup> el mateix criteri que en la Llei 22/2001, de 31 de desembre, de superfície, servitud i drets d'adquisició voluntària o preferent, avui derogada.

Per a constituir-lo sobre una finca en comunitat, ja es refereixi la comunitat a la propietat o bé al dret real possessor, es requereix el consentiment de tots, ja que cada comuner pot disposar lliurement del seu dret en la comunitat, alienar-lo i gravar-lo (cfr. art. 552-3.1 CCCat), però els actes de disposició sobre l'objecte de la comunitat s'han d'acordar per unanimitat (cfr. art. 552-7.6 CCCat).

Poden constituir aprofitaments parcials el censatari que és propietari (art. 565-1.2 CCCat), l'usufructuari, l'usuari, l'habitacionista i el superficiari. No

43. DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA, OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE CATALUNYA, *Treballs preparatoris*, p. 196.

pot el censalista, ja que no té la possessió de la finca. I el titular del predi dominant en una servitud predial? Es tracta del cas de laboratori: el titular d'una servitud predial que sobre el seu dret de servitud constitueix un dret d'aprofitament parcial a favor d'un tercer. Naturalment, no pot agreujar la servitud predial, ampliant-ne el contingut, però sí que pot repartir-se la utilitat amb el titular de l'aprofitament parcial. Es troba en el supòsit legal —perquè el propietari del predi dominant és titular d'un dret real que implica possessió— la servitud predial, que implica possessió encara que no pertanyi al grup dels drets reals possessoris, i seria possible que s'establís, si bé és un cas rar i complicat. El que és essencial és que la facultat que es concedeixi, la que és objecte de l'aprofitament, estigui en el patrimoni de qui la concedeixi<sup>44</sup> i que el termini pel qual es transmet estigui delimitat pel mateix termini de durada del dret real del constituent (art. 563-2.1, últim incís, CCCat).

No té, no obstant això, dret a establir-lo l'arrendatari, encara que ho sigui en virtut d'un arrendament inscrit, perquè és un dret personal.<sup>45</sup>

## 7.2. ELEMENTS REALS

El dret d'aprofitament parcial ha de recaure sobre finques, que és un concepte més limitat que el de béns immobles (art. 511-2 CCCat).

Poden ser finques rústiques o solars, edificis, pisos o elements comuns d'un edifici. La finca ha de ser susceptible d'aprofitament o explotació. Encara que no ho digui el precepte.

L'article 563-1 CCCat, quan defineix els drets d'aprofitament parcial, es refereix als que recauen sobre finques. Però també és cert que en el mateix precepte *in fine* s'estableix l'aplicació dels preceptes de l'usdefruit en allò que hi sigui compatible. No considerem essencial al concepte de *aprofitament parcial* que aquest recaigui sobre una finca. No es desvirtua la naturalesa del dret real pel fet que recaigui sobre un bé moble. L'usdefruit sobre béns mobles està admès en l'article 561 CCCat. La raó de la no-admissió de les servituds personals sobre béns mobles es troba precisament en la seva assimilació a les servituds. No són possibles les servituds sobre mobles. Un dels elements diferenciadors més clars entre usdefruit i servitud és precisament aquest. Però, havent assimilat l'aprofitament

44. «Nemo plus iure traferre quod ipse haberet.»

45. I això, a pesar que A. M. BORRELL Y SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña*, p. 154, considera que l'arrendament inscrit és un dret real que classifica dins dels de cessió d'utilitats de domini.



parcial a l'usdefruit, és lògic que sigui admissible. Per exemple, seria possible constituir-lo sobre un objecte d'art o una imatge religiosa que un poble o una parròquia determinada tingués dret a exhibir en un temps determinat, o bé sobre una col·lecció de quadres per a cedir-la a un museu.

Pot recaure sobre una part de la finca, no només quan ho exigeixi la seva naturalesa, com en el dret de pas, que haurà de determinar-se per on es dona aquest, sinó també en el cas que sigui un altre tipus d'aprofitament. És considerable possible que la definició de l'aprofitament es faci referint-lo a una part determinada del predi servent, per exemple utilitzar les pastures de la part oest d'una muntanya, sense que sigui un obstacle el principi d'especialitat registral, com s'aclarirà més endavant.

La *utilitas*, que és un element essencial de la servitud predial, que és particular per a cadascuna d'aquestes i que determina la seva existència, manca d'aquest sentit en el cas de les servituds personals, i més en els drets d'aprofitament parcial. En efecte, la utilitat és el fonament econòmic concret de cada servitud predial, fins al punt que la seva existència determina la de la servitud. En els aprofitaments parcials, la utilitat fa referència al benefici que experimenta el titular d'aquesta, i aquesta utilitat és genèrica de tots els drets reals sobre una cosa aliena.

### 7.3. ELEMENTS FORMALS

#### 7.3.1. *Forma escrita*

Cal distingir la forma que exigeix el dret d'aprofitament de la forma exigida pel títol adquisitiu.

Quant a la primera, la Llei preveu que haurà de ser necessàriament per escrit. Per tant, la constitució per mitjà d'un acord verbal manca d'eficàcia per a constituir el dret d'aprofitament parcial, ja que es diu que ha de ser «necessàriament per escrit». Si les parts haguessin arribat a un acord verbal sobre un aprofitament, s'entendria que existeix una cessió constitutiva d'un dret personal. El negoci constitutiu seria vàlid, però no eficaç per a constituir un dret real, encara que les parts poden compel·lir-se per a complir la forma escrita, però el simple acord verbal no produeix els efectes desitjats, és a dir, la constitució del dret real. Per tant, des de la perspectiva de la constitució del dret real, el requisit de forma escrita és estructural. Si només hi ha un acord verbal, hi haurà un dret obligacional, però no haurà nascut el dret real.

Quant a la segona, haurà de complir-se la forma imposada pel negoci jurídic que s'utilitzi. Així, per exemple, en el cas de la constitució per donació, es

requerirà l'escriptura pública com a requisit per a la seva validesa (cfr. art. 531-12 CCCat).

Si es posen en relació l'article 563-2.2 CCCat i els articles 531-3 i 531-4 CCCat, resulta que, per a adquirir o transmetre la propietat i els drets reals possessoris —dintre dels quals es troba el dret d'aprofitament parcial—, serà necessària la tradició. Per tant, caldrà o bé atorgar una escriptura pública, o bé entregar la possessió de l'aprofitament parcial.

L'atorgament de l'escriptura pública té una triple virtualitat: omplir l'exigència de la forma escrita per a la validesa de la constitució del dret real d'aprofitament parcial, produir la tradició per a completar el fenomen adquisitiu o translatiu, llevat que en la mateixa escriptura es manifesti el contrari, i, per acabar, complir l'exigència de titulació autèntica que imposa l'article 3 de la Llei hipotecària (LH) per als documents que es presenten a la inscripció i obtenir així l'oposabilitat enfront d'un tercer que atorga la publicitat registral.

### 7.3.2. *Inscripció en el Registre de la Propietat*

#### 7.3.2.1. Significat de l'oposabilitat

Coviello justifica, entre altres raons, la no-admissió de les servituds personals en el dret italià per l'imperfecte sistema de publicitat registral de transcripció que existeix en l'ordenament jurídic italià, i troba lògic que, tanmateix, hagin estat admeses aquestes figures en legislacions com l'alemanya, la suïssa o l'espanyola, acompanyades d'un sistema registral més perfecte i elaborat.

L'article 563-2.2 CCCat diu: «[...] i només es pot oposar davant de terceres persones si consta en una escriptura pública i s'inscriu en el Registre de la Propietat.»

El dret real comporta un poder jurídic immediat i absolut. El caràcter immediat es plasma en la inherència que no necessita intermediació. És absolut perquè no s'exercita enfront d'un subjecte determinat, com en les relacions obligacionals, sinó enfront de tots *erga omnes*.

L'article 563-2.2 CCCat, en fer referència que l'oposabilitat només s'obté mitjançant la inscripció en el Registre de la Propietat, recull legalment en aquesta matèria, com en altres, les orientacions de la doctrina moderna. En efecte, avui dia la majoria dels hipotecaristes fan un pas més i prefereixen, a la distinció clàssica entre drets personals i drets reals, la de drets oposables i drets no oposables, formulada entre altres per Amorós Guardiola i Pau Pedrón, que consideren oposables els drets que produeixen efectes enfront de tercers, pel fet

d'estar dotats de publicitat perquè la Llei admet que siguin susceptibles de publicitat. Amorós<sup>46</sup> diu que, de la mateixa manera que els béns són mobles o immobles perquè la Llei els conceptua com a tals i atenent la seva configuració física, en el cas dels drets oposables o no, ha de ser la Llei la que estableixi si són o no susceptibles d'oposabilitat per mitjà de la publicitat registral.

Pau<sup>47</sup> afirma que les lleis més modernes, a diferència de la hipotecària, acullen l'oposabilitat. Així, cita el Codi de comerç després de la reforma de 25 de juny de 1989, la Llei de patents, la Llei de marques, la Llei del mercat de valors i la Llei de venda a terminis de béns mobles. Només pot inscriure's i, per tant, ser oposable enfront de tercers, allò que la Llei estableixi, depenent al mateix temps de la voluntat del titular de publicar la situació jurídica que afecta el bé gravat, ja que no és un cas d'inscripció constitutiva.

La inscripció de la servitud no és un requisit per a la constitució de la servitud personal, ni per a la seva validesa ni per a la seva eficàcia. Però la publicitat registral, i en concret el principi d'oposabilitat, es posa al servei de qui inscriu. L'eficàcia de la inscripció com a condició d'oposabilitat es recull en els articles 606 CC i 32 LH: «Los títulos de dominio, o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero.»

Tampoc no l'afecten les causes de nul·litat o resolució del dret de l'atorgant.

En aquest sentit, és possible interpretar aquesta norma. Per tant, respecte de les servituds personals constituïdes abans de l'entrada en vigor del llibre cinquè, el seu règim de publicitat és exactament el mateix. L'oposabilitat d'aquestes dependrà de la seva publicitat registral, com la de qualsevol dret real o personal d'accés registral. La norma sobre oposabilitat no implica un canvi respecte al sistema d'oposabilitat existent, sinó una tècnica jurídica més moderna i depurada. Si seguim aquest criteri, en el futur trobarem alguns drets personals, com ara ocorre amb l'arrendament o l'opció per a alguns autors, que, tanmateix, puguin ser inscrits i ser oposables.

### 7.3.2.2. La inscripció en el Registre de la Propietat

L'article 2.2 LH declara «inscribibles los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso,

46. M. AMORÓS GUARDIOLA, J. M. CHICO ORTIZ i J. ROCA JUAN, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales: artículos 530 a 608*, tom VII, vol. 2, Madrid, Edersa, 1990, p. 328.

47. A. PAU PEDRÓN, *La publicidad registral: Esbozo de una teoría general de la oponibilidad*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2001.

habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales».

Els drets d'aprofitament parcial són clarament susceptibles d'inscripció. Per a analitzar les característiques d'aquesta, farem referència a les servituds personals, supòsit existent en l'actualitat i estudiat per la doctrina hipotecària, i assenyalarem les diferències entre els uns i les altres.

La Rica<sup>48</sup> analitza, dins de les servituds, les que poden inscriure's. Quant a les servituds personals, com a nascudes de declaracions de voluntat, diu que són sempre inscriptibles i que, sense la seva inscripció, encara que puguin inscriure's vàlidament, no poden perjudicar un tercer. El mateix pot predicar-se dels drets reals d'aprofitament parcial.

Això significa que, a l'adquirent a títol onerós i de bona fe d'una finca que, segons el Registre, no està subjecta a cap servitud, no l'afecten les servituds que puguin existir constituïdes pel propietari anterior i que no haguessin estat inscrites. Aquesta afirmació ha de fer-se des de la perspectiva del dret hipotecari, perquè si la servitud és usucapible, l'autor esmentat afegeix que «puede adquirirse por prescripción, y como el propietario no se reputa tercero para que el que por la posesión gana la prescripción, tratándose de estos derechos reales sobre cosa ajena, podría obligársele a sufrir la servidumbre, aun careciendo de inscripción, si declaraban los Tribunales que se había adquirido por ministerio de la prescripción».

L'article 13 LH es refereix a la inscripció de les servituds. Aquest precepte estableix, segons La Rica, una regla que és d'aplicació a tots els *iura in re aliena*, a saber: «Los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general, cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efecto contra terceros deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan.»

Aquesta regla és aplicable íntegrament a les servituds personals i als drets reals d'aprofitament parcial. La inscripció es practica en el foli de la finca sobre la qual recauen les servituds. En el cas de les servituds predials, es fa un altre assentament, que és una nota marginal, en el foli del predi dominant. En el cas dels aprofitaments parcials, llevat que siguin drets subjectivament reals, no hi ha d'haver inscripció en el predi dominant. Només s'ha de practicar un assentament en el foli obert a la finca sobre la qual recaigui la servitud personal.

Cal recordar que, per aplicació del principi d'especialitat dels articles 9 LH i 51.6 del Reglament hipotecari (RH), és necessari expressar la naturalesa i l'extensió del dret que s'inscriu, «con expresión circunstanciada de todo lo que, se-

48. R. de la RICA ARENAL, «Las servidumbres en el Registro de la Propiedad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 521 (1977), p. 749-771, esp. p. 757.

gún el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente [...]».<sup>49</sup> Aquesta norma és especialment important en aquells drets que són regulats per la voluntat dels particulars. Si el títol no conté aquests requisits, ha de ser completat amb tot allò necessari per a la determinació perfecta del dret.

Sobre aquesta qüestió, hi ha moltes resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat que ho exigeixen. Així, la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat (RDGRN) de 18 d'octubre de 1991 afirma que la inscripció de la servitud ha d'expressar clarament la seva extensió, els seus límits i les altres característiques configuradores, i no són admissibles les indeterminacions sobre dades essencials que afectin les facultats d'ús material immediat que les servituds confereixen. Per això, en el cas resolt per aquesta resolució, es rebutja la inscripció de determinades servituds per indeterminació d'aspectes essencials, com, segons els casos, l'amplada i la ubicació concreta de les conduccions. Aquesta determinació s'ha d'establir d'acord amb criteris que siguin tan objectius com sigui possible, ja que, en el cas de la RDGRN de 27 d'agost de 1982, si bé aquests criteris són objectius —es tractava d'una finestra oberta a l'altura del tercer pis de l'edifici confrontant, i no amb referència al sistema mètric decimal—, la Direcció General dels Registres i del Notariat adverteix que la servitud es podria veure agreujada en cas d'enderrocament de l'edifici i pisos de més alçària.

La RDGRN de 24 d'octubre de 1998 qualifica de «convenios constitutivos, de carácter genérico, necesitados de ulterior desenvolvimiento que profile de modo definitivo los gravámenes previstos» aquells casos en què falta la determinació de les dades essencials de la servitud: extensió, límits i altres característiques configuradores, per la qual cosa nega la inscripció. D'aquestes paraules es dedueix que considera que existeix un estadi previ a la constitució del dret real, un conveni obligacional per a la constitució d'un dret real.

Des de la perspectiva registral es poden suscitar dues qüestions més. La primera és si és possible la inscripció de l'aprofitament constituït sobre una finca en *pro indiviso* quan només ha estat concedida per un dels comuners. La qüestió, la plantejava en el cas de la servitud l'article 597.3 CC. No obstant això, no afecta el dret real d'aprofitament parcial, perquè, en la regulació de la comunitat, l'article 552.7 CCCat exigeix la unanimitat per als actes de disposició. En cas de concessió per un comuner, no existeix aprofitament sobre la quota indivisa. En el cas de l'article 597.3 CC, gran part de la doctrina civil considera que no ha nascut el dret real, sinó l'obligació *propter rem* de l'article 597.3 CC, i la

49. La RDGRN de 18 d'octubre de 1991 exigeix delimitar amb claredat i precisió les servituds en aspectes com l'amplada, la ubicació, etc.

seva inscripció s'ha de qüestionar des d'aquesta perspectiva. La Rica<sup>50</sup> afirma que «el que quede su efectividad en suspenso no es razón bastante para que no se inscriba», perquè la concessió i l'obligació *propter rem* no només es transmeten als successors, sinó també als successius adquirents de la finca. I, per això, interessa que el dret real sigui conegut per aquests i ha d'inscriure's.

Aquesta interpretació no és possible per al dret real d'aprofitament parcial, perquè no existeix el pertorbador article 597.3 CC i perquè l'article 552.7 CCCat estableix sobre la regulació de la comunitat que l'acte de disposició requereix unanimitat. Si no es produeix aquesta, no existeix l'acte de disposició. D'altra banda, l'article 552-3.1 CCCat estableix: «Cada cotitular pot disponer lliurement del seu dret en la comunitat, alienar-lo i gravar-lo.» Però es refereix al dret en la comunitat, no a la finca sobre la qual recau aquest dret.

El segon tema que s'ha de plantejar fa referència al fet que, per la seva naturalesa, el dret d'aprofitament parcial pot recaure no només sobre part dels aprofitaments de la finca considerada, sinó també sobre una part de la finca, i no sobre tota la finca. Una aplicació errònia del principi d'especialitat podria portar a veure dificultats per a la inscripció on no n'hi ha, de dificultats. Encara que el dret real recaigui sobre part de la finca, i no sobre tota la finca, això no és cap raó perquè no s'inscrigui. L'objecte del dret és per definició parcial; una altra cosa és quan l'objecte del dret és necessàriament la totalitat d'una finca, com la propietat. En aquest cas, sí que es fa necessària la seva individualització registral. Però no serà necessari que es determini suficientment la part de la finca sobre la qual recau el dret.

En els casos de divisió material de la finca sobre la qual recau el dret, la càrrega s'ha d'arrossegar sobre totes i cadascuna de les finques resultants de la divisió. Si el dret real d'aprofitament parcial estigués concretat en el seu exercici en una part de la finca, seria possible la cancel·lació en efectuar la divisió o segregació en la finca no afectada. Però, en tot cas, és convenient la intervenció del titular de l'aprofitament per a garantir la realitat d'aquestes circumstàncies.

Quant a la cancel·lació de la inscripció dels drets reals d'aprofitament parcial, s'ha de practicar sempre amb el consentiment del titular d'aquesta, manifestada en una escriptura pública de cancel·lació, o bé el consentiment ha de ser suplert per una resolució judicial.

Les cancel·lacions per compliment del termini o de la condició no requereixen aquest consentiment —ja expressat en pactar-se aquestes modalitats accidentals—, sinó només que es justifiqui autènticament que el termini ha vençut o

50. R. de la RICA ARENAL, «Las servidumbres en el Registro», p. 763.

que la condició s'ha complert. També és necessària la intervenció del titular del predi servent en el cas de la redempció convencional.

En el cas de la prescripció extintiva o adquisitiva, és necessari que aquesta sigui declarada per mitjà d'una sentència, sense que pugui ser apreciada pel registrador.

Quant al cas d'extinció per consolidació de drets per a procedir a la cancel·lació registral, d'acord amb el que es disposa en l'article 190 RH, és necessari que en el títol inscripció, del qual resulta la confusió, constin les circumstàncies següents: en primer lloc, l'expressió que ha quedat extingida la servitud per dita causa; en segon lloc, la constància de la inscripció de la servitud personal i del predi servent a favor dels seus titulars respectius, i, en tercer lloc, la sol·licitud expressa de la cancel·lació.

## 8. DURADA (ARTICLES 563-2, 563-3 I 563-4 CCCAT)

La durada és una de les matèries que estan regulades de manera més detallada, perquè el legislador és conscient que pot implicar una rèmora en la transmissibilitat de la propietat de la finca gravada. La regulació és de dret necessari i els seus preceptes no poden ser modificats per la voluntat de les parts.

És lògic que el legislador hagi establert un termini com a conseqüència de l'assimilació dels drets d'aprofitament als drets d'usdefruit, ús i habitació.<sup>51</sup>

Els *Treballs preparatoris* van establir un termini de trenta anys, igual que en l'usdefruit, a favor d'una persona jurídica (art. 515 CC i el que s'estableix en els mateixos *Treballs* per a l'usdefruit), i es qualifica de *prudent* en el comentari, amb la qual cosa es deixa oberta la possibilitat de pactar un termini més llarg, ja que aquests drets «se establecen a perpetuidad». No obstant això, posteriorment, es devia valorar negativament la perpetuïtat —i això mereix una crítica favorable— i es va establir un temps màxim de noranta-nou anys que es va introduir *a posteriori*.

En primer lloc, el dret d'aprofitament ha de tenir la durada pactada. Es concedeix a la llibertat de les parts la configuració del dret real. Però s'estableix un límit: no pot superar els noranta-nou anys. Amb això es tanca el pas, fins i tot en el cas que sigui la voluntat de les parts, que el dret sigui indefinit.

S'estableix, si no hi ha pacte, una durada de trenta anys.

Els terminis són idèntics als que determina l'article 561-3.4 CCCat per a

51. També apliquen el límit temporal de l'usdefruit, la legislació navarresa, Llei 427, i el BGB, paràgraf 1092. No s'estableix límit temporal en el Codi civil suís.

l'usdefruit constituït a favor d'una persona jurídica. Tanmateix, mentre que l'usdefruit constituït a favor d'una persona física es configura com a vitalici, llevat que hi hagi un pacte en sentit contrari, i la determinació d'un nombre d'anys s'utilitza només per a les persones jurídiques, no passa el mateix en el cas de l'aprofitament parcial, ja que, encara que es tracti d'una persona física, no s'estableix la durada en relació amb la seva vida.

Si el constitueix el titular d'un dret real possessori, la durada ha de ser com a màxim la durada del dret del constituent.

És lògic i defensable, per la seva naturalesa, que la servitud predial sigui indefinida, ja que suposa una relació entre finques que facilita la seva utilització econòmicament més rendible. No obstant això, no ho és que es privi un propietari d'un aprofitament sobre una finca que és propietat seva. I s'utilitza el terme *privar* perquè, amb el pas del temps, aquell que va constituir el dret d'aprofitament parcial pot ser molt lluny i el propietari actual pot no obtenir cap benefici de l'existència de l'aprofitament parcial.

Enfront de l'opinió que un dret d'aprofitament indefinit, a la manera de les servituds personals, pot constituir-se a l'empara d'un pretès *numerus apertus* en matèria de drets reals, existeix una altra causa, més profunda, que es troba en els límits de la voluntat i de la llibertat individual, per a crear nous drets reals o per a modificar trets essencials dels tipificats. Díez-Picazo, després d'examinar detalladament la jurisprudència registral a l'entorn de la qüestió del *numerus apertus* dels drets reals, reflexiona sobre els límits, abstrau els que resulten de les resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat i conclou amb la consideració que són límits dels drets reals, entre altres, el respecte dels preceptes que impedeixen l'amortització de la propietat i l'existència d'un interès seriós i legítim. No pot admetre's l'existència d'un dret d'aprofitament indefinit perquè això implica l'amortització de la propietat, i significa una rèmora. Sens perjudici que també mitjançant la prescripció extintiva, que s'analitza més endavant, puguin limitar-se aquests efectes, encara que hagi de ser a costa d'acudir als tribunals.

I encara hi ha una última raó, que resulta de l'article 111-2.1 CCCat: «En la seva aplicació, el dret civil de Catalunya s'ha d'interpretar i s'ha d'integrar d'acord amb els principis generals que l'informen, prenent en consideració la tradició jurídica catalana.»

Dins d'aquests principis que informen el dret civil de Catalunya hi ha el criteri del legislador del llibre cinquè que els drets reals de gaudi no poden ser indefinits, i aquesta és una de les conseqüències per les quals es considera encertada l'assimilació d'aquests a l'usdefruit.



## 9. CONTINGUT

### 9.1. AMPLITUD DE POSSIBLES CONTINGUTS I ELECCIÓ ENTRE DRET REAL I DRET PERSONAL

Analitzar quin és el contingut d'aquests drets d'aprofitament parcial és molt interessant, perquè resulta sorprenent la quantitat de situacions en les quals es pot donar cabuda a aquesta institució. El legislador té raó quan diu en l'exposició de motius que és un calaix de sastre.

Només s'ha d'advertir que aquesta facilitat, de la qual no gaudeixen alguns contractes de cessió d'ús generadors de drets personals, pot portar a pactar aquest dret real. A pesar de la correcció que implica l'establiment d'un termini màxim i, sobretot, la redimibilitat a voluntat del propietari un cop transcorregut un termini de vint anys, només s'ha de constituir un dret real quan això sigui necessari, però sense oblidar que algunes vegades pot dificultar el lliure tràfic i el crèdit territorial. És essencial l'adequació de la institució, el dret real o el dret personal, a la finalitat perseguida.

Així, per exemple, per a la instal·lació d'antenes de telefonia mòbil seria més adequat un contracte de cessió generador d'un dret personal, per l'entramat de relacions obligatòries que pot comportar per a la propietat i el titular del dret d'aprofitament, pels canvis que es produeixen en els integrants de la comunitat de propietaris d'un edifici, que potser tinguin una opinió diversa sobre la instal·lació, per la modificació de les circumstàncies en aquest mercat i de la legislació, que fa preferibles els terminis més breus.

L'exposició de motius diu expressament que els drets d'aprofitament parcial són «un autèntic calaix de sastre d'aprofitaments diversos». Això no pot ni, sobretot, ha de modificar, com ha anat dient algun sector doctrinal, que qualsevol dret personal, qualsevol prestació que hagi de verificar-se sobre un immoble,<sup>52</sup> es pacti com un dret real.

Puig Ferriol<sup>53</sup> caracteritza el dret real per la inherència, en el sentit que el titular pot obtenir la satisfacció del seu interès amb independència de les relacions fàctiques o jurídiques que puguin afectar la cosa. Tanmateix, això és donar poques pistes per a saber quines qualitats s'exigeixen a un dret per tal que es pugui qualificar de *real*. El sistema de *numerus apertus* que sembla que con-

52. Álvarez Caperochipi menciona que l'obligació d'entregar un bé immoble pugui constituir-se com a dret personal. J. A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, «El derecho de pastos», p. 482.

53. L. PUIG FERRIOL i E. ROCA TRIAS, *Instituciones del dret civil de Catalunya*, vol. 1, 5a ed., p. 249.

sagra l'article 563-1 CCCat, «i altres de semblants», unit al concepte tan ampli de *dret real* que es dona en l'article 545-4.2 CCCat, que defineix el dret real com una limitació voluntària de l'exercici de les facultats que comporta el domini, sense altres límits que els establerts per les lleis, fa témer que es constitueixin drets reals sense criteri. Fa la sensació que qualsevol propietari pot establir els drets reals que vulgui i, sobretot, pot configurar qualsevol facultat, o fins i tot prestació, com a dret real, amb la condició que no estigui prohibida per les lleis, i això pot comportar complicacions en la propietat, en el seu tràfic i en el desenvolupament econòmic que es fonamenta en aquesta. I aquestes complicacions, a més, són innecessàries, perquè les mateixes finalitats econòmiques poden obtenir-se mitjançant l'establiment de relacions contractuals.

Es torna a propiciar l'establiment de situacions que recorden les que es van extingir amb les lleis desvinculadores. I, no obstant això, en els països del nostre entorn no s'admeten drets reals amb aquestes característiques, i aquells en els quals es mantenen aquests drets és amb l'assimilació a l'usdefruit o dins de l'àmbit dels drets personals. És interessant en aquest punt recordar el que diu Díez-Picazo sobre la matèria.<sup>54</sup> Després de considerar que no és una qüestió merament acadèmica, afirma que aquesta posseeix evidents reflexos d'ordre públic, intenta caracteritzar l'àmbit d'actuació del negoci jurídic en matèria de drets reals i, dins d'aquests límits, es refereix a la utilització parcial de béns aliens, que poden donar origen a una servitud o poden romandre en la categoria de simples obligacions.

La RDGRN de 25 d'abril de 2005 (RJ 2005/5173) rebutja la inscripció com a dret real sobre una cosa aliena de «el derecho de arrendar y percibir la renta con carácter privativo por plazo de treinta años» sobre dues finques urbanes inscrites «como derecho real similar al usufructo», en paraules del constituent —bé podria pretendre's com a servitud personal o aprofitament parcial. La raó que argumenta és que no constitueix una novetat el dret consistent a atribuir a una altra persona diferent del propietari, amb caràcter real, la facultat de cobrar rendes d'un arrendament. «No es sino desgajar del dominio lo que no es un derecho real ni personal, sino unas facultades concretas (la de arrendar y, vinculada a ella, la de cobrar la renta) que constituyen parte del contenido de los derechos reales típicos: el del pleno propietario y del usufructuario. Es decir, no se constituye derecho actual alguno, sino que se independiza de la propiedad una de sus facultades, cual es percibir los frutos civiles de la cosa mediante su cesión a terceros en régimen de arrendamiento. Y desde el punto de vista práctico no se persigue una utilidad que no pueda satisfacerse con un derecho real típico ya

54. L. Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho*, p. 126 i seg.

existente, cual es el usufructo.» Però —continua el Centre Directiu—, constituït com a dret autònom, se substrau del règim jurídic de l'usdefruit, per la qual cosa «carece de suficiente claridad y certeza para dotarle de efectos *erga omnes*».

Aquesta resolució és un exemple dels possibles continguts d'un concepte de *dret real d'aprofitament parcial* excessivament obert, probablement per raons fiscals —la tributació de l'usdefruit és considerablement més costosa que la d'altres drets reals limitats. Però, en qualsevol cas, si el propietari d'una finca vol cedir la facultat d'arrendar —que no ha d'entendre's simplement que comprèn la percepció dels fruits civils derivats del contracte d'arrendament, com diu la Direcció General, sinó que, com a conseqüència del contracte, se cedeix temporalment l'ús de la finca, i aleshores el propietari gravat amb aquest dret real ha d'anomenar-se *nu propietari*—, ha de fer-ho mitjançant la constitució d'un dret personal, sense un dret «dotado de efectos *erga omnes*».

Per acabar, es pot argumentar, enfront de l'opinió d'aquells que consideren que l'aprofitament òptim dels recursos escassos, que són els béns, comporta la necessitat que siguin utilitzats en totes les seves possibilitats, que el que afirmen és cert, però que no pot ser predicable de tota classe de finques i que és necessari valorar els perjudicis que poden ocasionar-se a altres funcions d'aquestes, com el crèdit territorial, com a conseqüència dels gravàmens excessius.

Abordarem l'estudi de què s'entén per *aprofitament* en general: els diferents casos que enumera l'article 563-1 CCCat, els supòsits que han estat configurats per la jurisprudència del Tribunal Suprem, com les servituds personals i altres que puguin incloure's, i, finalment, considerarem la possibilitat de la configuració d'aprofitaments parcials de contingut negatiu.

## 9.2. APROFITAMENTS EN GENERAL

La qüestió de quins aprofitaments poden conferir-se s'ha de respondre reiterant el mateix dilema que s'ha plantejat pel que fa al concepte. La Llei es refereix a aprofitaments i són possibles dues interpretacions d'aquest terme, una de més clàssica, que entronca amb les facultats integrants del domini i amb el *ius utendi* i el *ius fruendi*, com en el cas de l'usdefruit, i una altra des d'una perspectiva més actual, que posa en connexió el concepte de *aprofitament* amb el de *profit econòmic, explotació o benefici*, i que defineix l'aprofitament com el dret d'exercir una utilitat de la finca o d'explotar-la i percebre un benefici d'això.

Com s'ha expressat a l'entorn del concepte, sembla més ajustada als temps moderns aquesta última interpretació. La idea central és, doncs, la idea de *benefici* o *profit*. Són molts els possibles continguts d'aquest dret real.

### 9.3. SUPÒSITS LEGALS

L'article 563-1 CCCat enumera uns quants supòsits legals, que són els següents: «[...] que inclouen el de gestionar-ne i obtenir-ne els aprofitaments forestals a canvi de refer i conservar els recursos naturals i paisatgístics o de conservar-ne la fauna i l'ecosistema, el de pasturar bestiar i ramats, el de podar arbres i tallar mates, el d'instal·lar-hi cartells publicitaris, el de llotja, el de balcó i altres de semblants [...]».

En primer lloc, cal dir que aquest paràgraf no figura en els *Treballs preparatoris* ni en l'Avantprojecte de llei de la segona llei del Codi civil,<sup>55</sup> d'on es dedueix que potser ha estat introduït en la discussió parlamentària.

a) Si analitzem el precepte podrem distingir un primer grup de supòsits legals, que són de nou encuny i que tenen per objecte la conservació dels recursos naturals i paisatgístics que estan en relació amb un concepte que no és jurídic i que és el de la custòdia del territori. La custòdia del territori és un concepte que va néixer als Estats Units, i que permet gestionar els recursos naturals i paisatgístics segons els criteris de conservació i protecció de la naturalesa i els recursos paisatgístics i històrics, que continuen sent de propietat privada. Els propietaris cedeixen lliurement determinats recursos que han de ser protegits a una entitat de custòdia que pot ser pública o privada, i fins i tot a vegades cedeixen determinades facultats dominicals que no són d'aprofitament, com la facultat de dividir. És cert que el concepte de *propietat privada* i, en general, l'ordenament jurídic dels Estats Units, són molt diferents dels nostres, i que algunes finalitats d'aquestes institucions, com per exemple la relativa a la facultat de dividir, es compleixen en el nostre ordenament per mitjà d'altres mitjans de control. El concepte de *propietat* com un dret els contorns del qual estan definits per les lleis fa que aquesta estigui subjecta a restriccions i limitacions que no són conegudes per les lleis americanes. No obstant això, és molt interessant utilitzar l'eina del dret real d'aprofitament parcial perquè entitats privades o ens públics gestionin els recursos naturals, paisatgístics o històrics, ja que permet que romanguin en mans privades i fa que no calgui acudir a l'expropiació o a una altra actuació d'aquest tipus.

b) El segon grup de supòsits legals està constituït per una enumeració de supòsits que van ser qualificats per la jurisprudència del Tribunal Suprem, en aplicació de l'article 531 CC, com a servitud personal. El legislador català entronca l'article 563-1 CCCat, per tant, amb l'article 531 CC. Aquests supòsits són: el

55. DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA, OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE CATALUNYA, *Treballs preparatoris*, p. 196 i 318.

de pasturar el bestiar i els ramats, el de podar els arbres i tallar mates, el d'instal·lar cartells publicitaris, el de llotja i el de balcó.

— Els dos primers que s'esmenten són rústics o forestals: el de pasturar el bestiar i els ramats, que té com a precedent els emprius, i el de podar arbres i tallar mates. Són els que es configuren com a aprofitaments d'arbrats i pastures.<sup>56</sup>

— La instal·lació de cartells publicitaris:<sup>57</sup> la Direcció General dels Registres i del Notariat en una resolució va donar carta de naturalesa, en qualificar de *servitud personal*, a un supòsit d'instal·lació de cartells publicitaris o altres facultats que és molt freqüent en la pràctica de les propietats horitzontals, encara que no s'hagi denominat així. En efecte, dels fets resulta que el registrador ja havia inscrit una propietat horitzontal amb un element privatiu, que era un local destinat a oficina, i, com a annex a aquest, s'establia que els propietaris «serían los usuarios y usufructuarios de la terraza del ático, pudiendo instalar en la misma carteles publicitarios, luminosos o de cualquier otro tipo, y podrán usar de este derecho por sí, o concediéndolo a tercera persona en usufructo o arrendamiento». Posteriorment, es va pactar l'arrendament del dret i el registrador va denegar la seva inscripció perquè només s'arrendava l'annex, i no el local, i perquè l'annex no és un dret real. Per tant, el registrador ja havia inscrit el dret a instal·lar cartells com una facultat separada, si bé configurada com un annex inseparable.

La Direcció General dels Registres i del Notariat defineix el contingut d'aquestes servituds personals: «Aquellos derechos sobre servicios singulares del inmueble, como el de instalar en la terraza carteles publicitarios, luminosos o de cualquier otro tipo, que con el consentimiento unánime de los propietarios podrían haber sido establecidos en favor de cualquier sujeto como derecho real de servidumbre personal.»

Qualifica el dret real de *immoble* i insisteix en una qüestió que no fa al cas, i és que ha de ser establert amb el consentiment unànim dels propietaris. Això exclou que el promotor pugui reservar-se en els estatuts, a fi d'obtenir un lucre econòmic en el futur, la facultat de constituir un dret d'aprofitament parcial sense el concurs de la comunitat de propietaris, que és qui ha de patir l'aprofitament. La RDGRN de 19 de setembre de 1994<sup>58</sup> afirma que «no es legal, en términos generales, la reserva de facultades en favor del constructor y enajenante de los pisos y locales en régimen de Propiedad Horizontal, a fin de que él solo

56. STS de 3 d'abril de 1909 (*Colección Legislativa*, 1909, tom II, núm. 47) i 14 de novembre de 1924 (*Colección Legislativa*, 1924, tom IV, núm. 83).

57. RDGRN de 25 de novembre de 1992 (BOE de 15 de gener de 1993).

58. RDGRN de 19 de setembre de 1994 (BOE de 19 d'octubre de 1994).

en el futuro pueda por sí decidir lo que ha de ser competencia de la Junta de Propietarios o de la unanimidad de éstos».

I, posteriorment, la RDGRN de 24 de novembre de 2003<sup>59</sup> admet aquesta reserva perquè no contraria la Llei de la propietat horitzontal ni és abusiva des de la perspectiva de la legislació de consumidors, però la rebutja perquè peca d'imprecisió en extrems tan importants com si els propietaris poden fer instal·lacions semblants a les concedides al promotor, la ubicació d'aquestes darreres, el nombre d'aquestes, el termini de durada del dret, etcètera.

— Dret de llotja: aquest dret no ha estat reconegut per cap sentència del Tribunal Suprem. És, però, una figura estudiada fonamentalment per la doctrina italiana. La seva naturalesa jurídica és controvertida: dret *sui generis*, copropietat.<sup>60</sup> Aquesta tesi de la propietat també ha estat sostinguda entre la nostra doctrina per Córdova del Olmo,<sup>61</sup> autor d'una de les poques publicacions sobre aquesta matèria, que considera que la llotja és una propietat sobre la llotja o la butaca amb una servitud de pas fins a aquesta mateixa.

Ossorio Morales rebutja la tesi de la propietat per dificultats tècniques importants, ja que la llotja no recau sobre una cosa material, atès que la butaca pot ser materialment substituïda. I la propietat només pot recaure sobre béns corporals. «El derecho recae sobre el inmueble donde está instalado el teatro y constituye un gravamen sobre el mismo, consistente en la obligación por parte del dueño del teatro de permitir al titular o titulares ocupar determinadas localidades para presenciar todas las representaciones que en aquel se celebran.»<sup>62</sup>

— Dret de balcó: aquest dret va ser admès per la cèlebre Sentència del Tribunal Suprem de 30 de novembre de 1908 (*Colección Legislativa*, 1908, tom III, núm. 102),<sup>63</sup> que el configurava com un dret real indefinit, però no deia res sobre la seva redimibilitat.<sup>64</sup>

59. RDGRN de 24 de novembre de 2003 (BOE, núm. 311, de 29 de desembre de 2003).

60. Aquesta última posició és mantinguda per G. VENEZIAN, *Usufructo*, p. 125, i fins i tot per jurisprudència molt recent, per exemple la Sentència de la Corte Suprema di Cassazione de 4 de febrer de 2004 (Cas. Sez., II, 2100), que la qualifica com a propietat superficiària o propietat superficiària separada.

61. S'esmenta com a referència A. CORDOVA DEL OLMO, «El derecho de balcón», *Revista de los Tribunales*, tom LXIV (1930), p. 39 i seg.

62. J. OSSORIO MORALES, *Las servidumbres personales*, p. 136 i 137.

63. En l'escriptura atorgada el 1603 es va vendre una casa situada a Medina del Campo, i en la descripció es diu que queda «sin balcón y ventanas del suelo primero, que queda para mí Martín Peralta (el vendedor) y los demás sucesores en mi casa y mayorazgo para ver las fiestas en la plaza».

64. La jurisprudència manté aquest criteri. Les sentències de l'Audiència Provincial de Valladolid de 13 de febrer de 2001 (AC 2001/818) i de Càceres de 20 de setembre de 2004 (JUR 2004/274255) admeten també amb caràcter perpetu les servituds de balcó o finestra per a contemplar festeigs.

#### 9.4. ALTRES CASOS ADMESOS PER LA JURISPRUDÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM I LA DOCTRINA CIENTÍFICA

- a) De la doctrina del Tribunal Suprem s'extreuen els criteris generals:
- Han de concedir-se determinats aprofitaments, però amb l'expressa i terminant declaració que el concedent es reserva la propietat de les terres, de les quals cedeix la utilització parcial i limita l'aprofitament a determinades èpoques de l'any.<sup>65</sup>
  - L'aprofitament pot consistir en l'atribució de qualsevol utilitat parcial i determinada que un predi sigui susceptible de proporcionar, i s'ha de regir pel títol constitutiu, que és el que determina la seva extensió.<sup>66</sup>
  - L'atribució ha de ser expressa.<sup>67</sup>
  - Les servituds personals són una figura excepcional en el Codi civil.<sup>68</sup>
  - En la doctrina del Tribunal Suprem hi ha una tendència a qualificar la cessió d'aprofitaments parcials a favor d'una persona com a relació personal.<sup>69</sup>

b) Altres servituds personals reconegudes pel Tribunal Suprem: existeixen altres servituds admeses per la jurisprudència sota el concepte de *servitudo personal* de l'article 531 CC, però són subsumibles en els drets reals d'aprofitament parcial:

- la de llaurar una extensió determinada,<sup>70</sup>
- l'aprofitament de llenyes, pedreres, pedra tosca, guixeres i fruits,<sup>71</sup>
- la de l'herbatge lliure.<sup>72</sup>

Però, a més d'aquestes, són possibles qualssevol altres servituds personals que impliquin un ús d'un immoble i que es poden exigir per l'evolució de la societat. La jurisprudència de principis del segle XX va emmarcar-ne algunes en les servituds personals forçoses; devien ser les de telèfon o pas del corrent elèctric a favor de les companyies de telèfon<sup>73</sup> o elèctriques. Aquestes, avui dia són

65. STS de 12 de novembre de 1959 (*Colección Legislativa*, 1959, novembre, núm. 612).

66. STS de 18 de desembre de 1933 (*Colección Legislativa*, 1933, tom IV, núm. 123).

67. STS de 23 de febrer de 1900 (*Colección Legislativa*, 1900, tom I, núm. 53).

68. STS de 4 de novembre de 1963 (*Colección Legislativa*, 1963, novembre, núm. 831).

69. STS de 5 de juny de 1976 (RJ 1976/2876) i STS de 4 de juny de 1964 (RJ 1964/3097).

70. STS de 20 d'octubre de 1919 (*Colección Legislativa*, 1919, tom III, núm. 74).

71. STS de 30 de gener de 1964 (*Colección Legislativa*, 1964, gener, núm. 74).

72. STS de 12 de març de 1968 (RJ 1968/1574).

73. La STS de 29 de desembre de 1899 (*Colección Legislativa*, 1899, tom III, núm. 125) qualifica de *servitudo personal* la col·locació en un edifici de suports o pals destinats a l'enllumenat.

en realitat els límits dels dominis establerts per la llei.<sup>74</sup> N'hi ha d'altres en la mateixa línia però de caràcter voluntari. És el cas de l'establiment de servituds d'antenes i altres instal·lacions a favor de les empreses de telefonia mòbil o d'altres de similars. Esperem que amb el temps segueixin el mateix camí.

Mereix una menció a part el dret de caça, en el qual no ens detindrem, però cal recordar que un sector de la doctrina científica el configura com a servitud personal.

c) Podrien esmentar-se altres possibilitats:

— Aprofitaments concedits a favor d'entitats públiques o privades per a gestionar béns i recursos amb valor per a la conservació de la naturalesa o amb valor històric. Si un titular de la propietat d'una finca on s'ubica un recurs que té interès cultural, paisatgístic o turístic no desitja dedicar-se a la seva explotació, pot cedir-la a un organisme públic, com ara un ajuntament, o a un organisme privat mitjançant la constitució d'un dret real d'aprofitament parcial.

— Aprofitaments forestals. Es consideren aprofitaments forestals tots aquells aprofitaments de què són susceptibles les forests: fusta, resina, suro, pastures, bolets, caça, pesca, etcètera.

A Catalunya, aquesta matèria està regulada des de la perspectiva administrativa per la Llei 6/1988, de 30 de març, forestal. L'article 16 d'aquesta llei estableix que la gestió dels terrenys forestals de propietat privada ha de correspondre als seus titulars en les condicions establertes per la Llei. Corresponen al Departament d'Agricultura, Ramaderia i Pesca totes les competències en aquesta matèria, amb un control més ampli en el cas de fustes, llenyes i suros, i més baix en el cas de les pastures. Algunes activitats poden estar subjectes a llicència. En el cas de les fustes, depenent de si existeix o no pla d'ordenació, s'exigeix una mera comunicació o autorització de l'aprofitament. Aquestes autoritzacions caduquen al cap d'un any del seu atorgament. Si existeix alguna característica singular, poden subjectar-se a limitacions.

— Aprofitaments urbans: són tots aquells de què són susceptibles les finques urbanes, sobre autoritzacions i permisos per a instal·lar aparells, des d'antenes de televisió o de telefonia mòbil, fins a aparells elèctrics, de gas, etcètera.

Dins d'aquestes instal·lacions, algunes són limitacions legals de domini, encara que s'hagin tipificat com a servituds inicialment, com s'ha dit. Aquest és el cas de les que s'estableixen per a les instal·lacions elèctriques —de pas de conduccions— d'acord amb la Llei 54/1997, de 27 de novembre, i la Llei de 18 de març de 1966, de la cessió d'ús d'un local en els edificis a favor de la companyia subministradora d'energia elèctrica que estableix l'article 47.5 del Reial de-

74. Vegeu, *infra*, el subapartat 8.12.4.3.



cret 1955/2000, d'1 de desembre, i de les de pas de conduccions en el cas del gas, l'aigua, etcètera.

Aquestes instal·lacions no estan compreses dins dels drets reals d'aprofitament parcial perquè són limitacions o restriccions del domini, i els drets reals d'aprofitament són voluntaris.

Seria el cas de la instal·lació de cartells publicitaris i certs supòsits d'antenes de telefonia mòbil.

Però, sigui com vulgui, no sembla que la constitució d'un dret real sigui la millor solució per a emparar jurídicament aquesta relació. Creiem més oportú i ajustat a la seva naturalesa un dret personal constituït per un contracte amb una durada àmplia. A més, és just que els terminis de durada siguin més curts que els que estableix la Llei, trenta anys, i que el que ha de patir-los obtingui el benefici econòmic de la molèstia o el perill que impliquen.

El contracte, un cop ha estat acceptat per la comunitat de propietaris i ha estat firmat pel president d'aquesta, vincula a tots els veïns i els successius adquirents dels pisos, per la mateixa raó que no es canvien els proveïdors dels subministraments cada vegada que es ven un pis. La raó d'això és la que s'ha al·ludit més amunt: la personificació sense personalitat de la comunitat de propietaris. En aquest sentit, la STS de 8 de març de 1991, en el seu considerant cinquè (RJ 1991/2201), afirma que la comunitat de propietaris de la Llei de la propietat horitzontal és un pas intermedi entre la comunitat de béns i els ens amb personalitat jurídica, i que pot ser subjecte d'obligacions i contractes.

També es podria configurar com a dret real d'aprofitament parcial la cessió d'ús de part d'una edificació que no pugui funcionar en el tràfic de manera individualitzada però que sí que és suficientment definible, com una cabanya que formi part d'un grup que no estigui constituït en propietat horitzontal, perquè no es vol o no es pot fer. En excloure's la possibilitat de ser una propietat separada, o una quota amb assignació d'ús, es pot optar per un arrendament de llarga durada o un dret real d'aprofitament parcial. El dret real seria hipotecable, cosa que beneficiaria el finançament de l'operació.

#### 9.5. POT TENIR UN CONTINGUT NEGATIU?

Aquesta qüestió planteja veritables problemes. Fins a quin punt pot reputar-se aprofitament, una abstenció? En el cas de les servituds negatives, la seva admissió és natural, perquè la servitud predial negativa està regulada. En el dret alemany, estan admeses les servituds personals negatives lligades a la competència i la concurrència industrials i a la prohibició d'oficis sorollosos, i les servituds

a favor d'entitats públiques, l'Estat o municipis, consistents a no dedicar a certes finalitats les edificacions sobre les quals recauen les servituds o a no permetre realitzar determinades activitats.<sup>75</sup>

Alguns dels supòsits que s'engloben dins d'aquest concepte en el dret alemany, es resolen per mitjà de les lleis o ordenances municipals que estableixen aquestes restriccions i que delimiten el contingut del dret de propietat i de l'exercici de les competències urbanístiques pels ajuntaments.

D'altra banda i sempre que puguin afectar la competència i la concurrència industrial, cal tenir en compte que els drets reals d'aprofitament parcial no poden vulnerar aquestes lleis i ordenances municipals.

No es pot dubtar que, de vegades, pot servir de profit per a una persona que el titular d'una finca s'abstingui de realitzar una acció que està emparada pel dret de propietat. Però aquest profit s'uneix necessàriament a la propietat d'una altra finca en la qual s'estableixi una explotació que sigui beneficiada per la no-concurrència. Per tant, es considera que la servitud, com a relació entre finques negativa, és plausible, però és de més difícil construcció com a dret d'aprofitament parcial, com a dret real. D'altra banda, topa amb la legislació en matèria de lliure concurrència.

La RDGRN de 5 de desembre de 2002 va admetre, no obstant això, la inscripció del que s'ha qualificat com a *servitud personal de contingut negatiu* a favor de l'arrendatari d'un dels locals, que era el titular de la servitud personal; la servitud consistia en: 1) l'abstenció que s'imposa al predi servent d'exercir sobre aquest les activitats d'exhibició de pel·lícules o altres representacions audiovisuals o teatrals i/o destinades a espectacles d'entreteniment, i 2) l'abstenció d'exercir en el predi servent la venda de crispetes i dolços o llaminadures.

La Resolució argumenta, per a justificar la inscriptibilitat com a servitud, que no qualifica com a personal, sinó que recull només la denominació que de la figura s'estableix en l'escriptura, l'admissió del sistema de *numerus apertus* en el nostre ordenament jurídic, de manera més palpable en el cas de les servituds (art. 536 i 594 CC). Reconeix que el contingut de la servitud podria ser objecte d'una relació obligacional, però justifica la constitució com a dret real per mitjà de la voluntat d'oposabilitat *erga omnes*, sense que, d'altra banda, contravinquin aquest contingut els límits que posa l'ordenament jurídic per a aquesta autonomia de la voluntat que són la llei i l'ordre públic.

Però no pot ser considerada pròpiament una servitud personal. La Direcció General dels Registres i del Notariat no la qualifica d'aquesta manera

75. L. ENNECCERUS, *et al.*, *Tratado de derecho civil*, tom III, vol. 2, Barcelona, Bosch, 1934, p. 65.

directament i es limita a recollir la denominació que li donen tant el notari autoritzant com el registrador. La raó és que el titular d'aquesta es determina en relació amb un predi, el local sobre el qual recau el contracte d'arrendament. Si, en lloc de tenir un arrendament, l'arrendatari fos propietari del local arrendat, s'hauria constituït una servitud predial. Hàbilment, el notari que va redactar l'escriptura va esquivar aquesta circumstància referint-se a la servitud personal, però en realitat no ho és. Si el contracte d'arrendament s'acabés, s'extingiria la servitud. I el fet que el dret que ostenti el titular de la servitud sobre el predi dominant no sigui de naturalesa real i el titular no sigui el propietari o un usufructuari, de manera que no li permeti constituir un dret de servitud predial, no és raó suficient per a observar que, atenent el fonament econòmic de la servitud, hagi de ser qualificada com a servitud personal.

La prohibició d'exercir una determinada activitat o de no dividir una finca —en definitiva, l'admissió de drets d'aprofitament el contingut dels quals sigui negatiu— té sentit i és un benefici si s'estableix a favor d'una altra finca, atès que l'abstenció pot significar una millora de les condicions d'explotació d'aquesta. Però no sembla admissible si s'estableix a favor d'una persona. Implica una modificació en el règim de propietat de la finca a la qual afecta, més que no pas l'existència d'un aprofitament. Només seria admissible si s'establís a favor d'una entitat pública, ja que perseguiria l'interès general.

És contrari a l'essència del concepte mateix d'utilitzar o aprofitar una finca tan àmpliament com sigui possible, que algunes de les seves potencialitats econòmiques siguin retallades.

## 9.6. DRETS I OBLIGACIONS

Seràn aplicables als drets reals d'aprofitament les normes dels articles 563-1 a 563-4 CCCat, les pactades en el títol de constitució i, si no hi ha pacte, el costum, i les que s'estableixen per a l'usdefruit (cfr. art. 563-1 CCCat).

Per tant, i sense ànim d'exhaustivitat, esmentarem les normes contingudes en el capítol I del títol VI del llibre cinquè que els són d'aplicació.

El titular de l'aprofitament parcial té dret a percebre els fruits i les utilitats en què consisteixi l'aprofitament i sempre que s'estableixi en el títol de constitució, però no escau l'extensió que fa l'article 561-6.1 CCCat.

El titular de l'aprofitament parcial té dret als fruits pendents al començament, amb l'obligació de pagar les despeses raonables per a produir-los, i els propietaris tenen dret als fruits pendents al final en proporció al grau de maduració, amb l'obligació de pagar la quota corresponent de les despeses per a produir-los.

Els fruits d'un dret s'entenen percebuts dia a dia i pertanyen al titular del dret real d'aprofitament en proporció al temps que duri aquest.

Els titulars de l'aprofitament poden introduir millores en els béns objecte d'aquest, dins dels límits del seu dret, amb la facultat de retirar-les al final si això és possible sense deteriorar l'objecte.

Quant als danys, el titular de l'aprofitament ha de respondre davant del propietari dels deterioraments ocasionats en els béns. I ha de notificar als propietaris tot acte de tercers del qual tingui notícia que pugui perjudicar els béns. Si no ho fa, ha de respondre dels danys i perjudicis imputables a aquesta omissió.

Quant a les despeses, les de conservació, manteniment, reparació ordinària i subministrament de l'aprofitament i el seu exercici, corresponen al titular d'aquest. No s'entén que hagi de respondre dels tributs i les taxes de meritació anual íntegrament, si recauen sobre els béns, sinó només si graven l'aprofitament.

Les despeses de reparacions extraordinàries que no derivin de cap incompliment del titular de l'aprofitament, són a càrrec dels propietaris. També són a càrrec d'aquests les contribucions especials que impliquen una millora permanent dels béns.

## 10. TRANSMISSIBILITAT

La facultat de disposició és connatural a tot dret real (RDGRN de 31 d'octubre de 1988). L'aprofitament parcial és un dret real patrimonial i és transmissible *inter vivos* o *mortis causa*. No obstant això, també és possible establir la no-transmissibilitat en la constitució. Aquest és el cas quan es constitueix en consideració a la persona del titular i, per tant, amb caràcter personalíssim.

L'article 563-4 CCCat ho estableix clarament *a contrario sensu* quan constitueix un dret d'adquisició preferent per al cas de la transmissió del dret d'aprofitament parcial.<sup>76</sup>

76. Passa el mateix amb la servitud personal en el Codi civil espanyol. Algunes sentències aïllades han estimat el seu caràcter intransmissible, però la majoria dels autors la consideren transmissible pel fet que és hipotecable, com veurem a continuació. És interessant l'aportació de Puig Brutau, que entén que és transmissible sempre que amb això la servitud no pateixi un agreujament. No obstant això, el BGB i el Codi civil suís de 1907 estableixen com a legal la intransmissibilitat, llevat que hi hagi un pacte en sentit contrari.

## 11. HIPOTECABILITAT

L'article 107.5 LH estableix:

Podrán también hipotecarse: los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real.

En relació amb aquesta hipoteca, cal matisar que només són hipotecables els drets reals, perquè en aquest moment s'ha posat prou en evidència que hi ha molts casos de cessió d'aprofitaments sobre una finca que no constitueixen un dret real, sinó un dret obligacional. És necessari que estigui inscrit i la durada d'aquest afecta la hipoteca. En aquest sentit, la hipoteca sobre un dret d'aprofitament parcial vitalici s'extingeix quan mor el titular del dret d'aprofitament, igual com passa en el cas de l'usdefruit. La hipoteca s'extingeix quan s'extingeix l'usdefruit (*resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum*), menys en el cas que la resolució es produeixi per una causa imputable al titular de l'aprofitament, per exemple la renúncia, cas en el qual la hipoteca perviu fins que s'extingeixi naturalment. El creditor hipotecari no es veu afectat per l'acte realitzat en frau dels seus drets legítims (cfr. art. 107.1 LH).

És interessant la hipòtesi de la RDGRN de 27 de maig de 1968, que va admetre la hipoteca de l'usdefruit constituïda pel ple propietari i que va ser admesa per ser l'usdefruit una parcel·la amb el valor del seu dret de domini. Aquesta possibilitat seria admissible en el cas dels drets d'aprofitament parcial. Seria semblant a la constitució de la servitud per la via de la reserva, però, per contra, l'execució de la hipoteca produiria el naixement del dret, sens perjudici del que es dirà sobre l'extinció per consolidació.

## 12. REDEMPCIÓ

Un dels problemes que els drets de pastures i d'aprofitaments han produït històricament s'ha resolt permetent la redempció.<sup>77</sup>

La redempció, no obstant això, és una institució jurídica que ha produït moltes diatribes en dret català quant a l'emfiteusi, com és sabut.

77. El Codi civil espanyol regula en l'article 603 la redempció i en l'article 604 la possibilitat d'aplicar-la a altres servituds personals d'aprofitaments de llenyes i altres productes de la forest. Potser, i atès que aquests preceptes són l'única regulació en matèria de servituds personals, podria entendre's aplicable a qualsevol servitud d'aquesta naturalesa.

L'article 563-3 CCCat es dedica a aquesta qüestió. Els *Treballs preparatoris*<sup>78</sup> recullen, en el comentari a aquest precepte, les dues fonts d'inspiració del legislador: la regulació de la Llei 6/1990, dels censos, i l'article 603 CC.

La redempció es configura com una facultat exclusiva dels propietaris de la finca. Per tant, s'exclou que puguin redimir els titulars de drets reals possessoris que haguessin constituït el dret. En cas de copropietat, serà necessari l'acord unànim, ja que és un acte de disposició.

El termini per a exercir la redempció és a partir dels vint anys transcorreguts des de la constitució. Pot pactar-se, tanmateix, la no-redimibilitat per un termini màxim de seixanta anys o durant la vida del titular de l'aprofitament i una generació més.

El preu de la redempció ha de ser, llevat que hi hagi un pacte en sentit contrari, el resultat de capitalitzar el valor anual de l'aprofitament, determinat per perits i prenent com a base l'interès legal del diner en el moment de la redempció.

### 13. EXTINCIÓ

L'article 532-1CCat regula l'extinció dels drets reals. Es fa una primera remissió a les normes del Codi civil de Catalunya i, per tant, entra en aplicació la prescripció extintiva regulada en el llibre primer del Codi civil de Catalunya. Aquest article es refereix a allò pactat en el títol constitutiu, i per aquesta raó entren en aplicació com a causes d'extinció el termini o la condició, i regula expressament la pèrdua del bé, la consolidació i la renúncia del titular. A més, per mitjà de la remissió de l'article 563-1 CCCat, també són d'aplicació les causes que per a l'usdefruit estableix l'article 561-16 CCCat: la mort del titular o de l'últim d'aquests, l'extinció de la persona jurídica, si no la succeeix una altra abans del venciment del termini, i, sens perjudici de la legislació concursal, l'expropiació forçosa, la nul·litat o la resolució del dret del constituent, sens perjudici de terceres persones.

#### 13.1. PRESCRIPCIÓ EXTINTIVA

L'article 121-1 CCCat estableix que la prescripció extingeix les pretensions relatives als drets disponibles. Aquest és el cas del dret real d'aprofitament parcial que és disponible. Li seria d'aplicació el termini desenal de l'article 121-20 CCCat.

78. DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA, OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE CATALUNYA, *Treballs preparatoris*, p. 196.

Aquest termini comença a comptar-se quan, un cop nascuda la pretensió i és exercitable, la persona titular d'aquesta coneix o pot conèixer raonablement les circumstàncies que la fonamenten i la persona contra la qual pot exercitar-la (cfr. art. 121-23 CCCat).

La prescripció extintiva com a causa d'extinció dels drets reals limitats és una conseqüència del concepte de *propietat* com a dret elàstic. L'extinció del dret produeix que l'aprofitament en què consistia sigui absorbit pel domini. El propietari adquireix la facultat en què consisteixi pel seu dret de propietat, no per haver-la usucapit, sinó com a conseqüència de l'extinció del dret real i de la seva absorció pel domini.

### 13.2. TERMINI

El compliment del termini per al qual van ser constituïts els drets reals és una causa d'extinció dels drets reals temporals.

— El termini pot ser declarat per la llei: si no s'ha establert per les parts en la constitució, és de trenta anys, com ja hem vist.

— Pot ser el termini previst en la constitució, cas en el qual no pot excedir els noranta-nou anys. Si el termini s'ha establert en funció de la data en què una persona arribi a una determinada edat, venç el dia indicat encara que la persona esmentada mori abans (cfr. art. 561-16.2 CCCat). Es considera un supòsit de termini, i no vitalici.

— Pot ser establert pel jutge en cas de contesa entre les parts sobre aquesta qüestió.

### 13.3. CONDICIÓN

El dret d'aprofitament pot constituir-se subjecte a una condició suspensiva o resolutòria. En aquest cas, el compliment de la condició produeix l'extinció del dret.

### 13.4. MORT DEL TITULAR

La mort no produeix en principi l'extinció del dret, llevat que aquest s'hagi pactat sobre la vida del titular de l'aprofitament —a l'empara de la llibertat de pacte—, cas en el qual és la mort de la persona sobre la vida de la qual s'hagi constituït o la seva declaració de traspàs, la que determina l'extinció del dret. Si no és així,

té la vigència pactada i passa als successors del titular traspassat com un element integrat en l'herència. El legislador ha preferit utilitzar per als aprofitaments un criteri objectiu de durada, a pesar que assimili el dret d'aprofitament parcial a l'usdefruit. Si és a favor de diverses persones, s'extingeix quan mor l'última. Però s'ha d'entendre que no acreix, llevat que s'hagi constituït a favor dels cònjuges, convivents, fills o germans del constituent (cfr. art. 561-14.1 CCCat en relació amb l'art. 563-1 *in fine* CCCat). Per tant, si no hi ha acreixement, es redueix el dret, i si n'hi ha, s'amplia el del titular sobrevivent. La propietat és un dret elàstic (cfr. art. 541-1.2 CCCat).

### 13.5. EXTINCIÓ DE LA PERSONA JURÍDICA

El dret d'aprofitament parcial s'extingeix per l'extinció de la persona jurídica, si no la succeeix una altra abans del venciment del termini de durada del dret real d'aprofitament parcial, sens perjudici de la legislació concursal aplicable (art. 561-16*b* CCCat). La persona jurídica s'extingeix pel transcurs del termini per al qual va ser constituïda, si ho va ser a termini, o per dissolució. Del tenor del precepte s'entén que, sempre que es prevegi en l'acord de dissolució el traspass del patrimoni a una altra persona jurídica, el dret d'aprofitament parcial ha de subsistir fins que es compleixi el termini pactat. No es produeix aquesta circumstància quan el patrimoni de la persona jurídica extingida es distribueix entre els socis o associats. L'excepció a la legislació concursal es produeix com a conseqüència del fet que el dret d'aprofitament parcial és un actiu integrat en el patrimoni i, com a tal, subsisteix, sense que s'extingeixi en perjudici dels creditors, fins i tot en el cas d'extinció de la persona jurídica per concurs, durant el termini pactat.<sup>79</sup>

### 13.6. PÈRDUA DEL BÉ (ART. 532-2 CCCAT)

Aquest supòsit es dóna quan es produeix la destrucció física de la finca sobre la qual recau el dret. No es pot parlar de subrogació real en el dret a la indemnització en cas d'assegurança de la finca, perquè és un dret de naturalesa diferent. Una altra cosa és que l'assegurança, recaigui sobre el dret.

79. Segons l'article 76 de la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal, la massa del concurs està integrada per tots els drets del concursat. L'article 145.3 estableix: «Si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal para proceder de conformidad con lo establecido en esta Ley.» Però els drets no s'extingeixen, sinó que s'integren en la massa activa.



## 13.7. CONSOLIDACIÓ (ART. 532-3 CCCAT)

La consolidació és la causa d'extinció dels drets reals que es produeix quan es reuneixen en el mateix patrimoni el domini i el dret real. El seu fonament es troba en l'axioma de dret romà que les coses serveixen al seu propietari per dret de propietat. No obstant això, la servitud de propietari ha estat una qüestió molt debatuda i admesa per la doctrina, la jurisprudència i la legislació civil catalana recent. Ara no analitzarem aquesta figura, però és lògica, atès que la naturalesa de la servitud és la relació econòmica entre dues finques, sense consideració dels propietaris. També s'admet en dret català la hipoteca de propietari, que té la seva raó de ser. En l'àmbit dels drets reals de gaudi, no s'ha admès fins ara que puguin ser constituïts pel propietari si no és amb el motiu d'alienar o bé la nua propietat o bé l'usdefruit, que és la que es denominava *constitució per la via de la retenció*. Tanmateix, l'exposició de motius de la Llei de 19 de maig de 2006, que aprova el llibre cinquè, afirma simplement que es regula l'usdefruit de propietari. Però, no obstant això, quan defineix l'usdefruit, diu que «és el dret real d'usar i gaudir béns aliens» (cfr. art. 561-2.1 CCCat). D'altra banda, l'article 561-16.1c CCCat estableix la consolidació com a causa d'extinció de l'usdefruit, i afegeix: «[...] si l'objecte de l'usdefruit és un bé moble, excepte si els usufructuaris tenen interès en la continuïtat de llur dret.» Aquest precepte pot ser interpretat de dues maneres: o bé es pot entendre que la consolidació només és causa d'extinció en l'usdefruit de mobles,<sup>80</sup> si bé s'admet un pacte en sentit contrari, o bé es pot interpretar que la consolidació és causa d'extinció de l'usdefruit i que s'estableix una norma especial per als béns mobles, que és que no s'extingeixen per la consolidació i s'admet un pacte en sentit contrari. Aquesta última és la que s'estima més encertada, perquè no existeix cap raó econòmica, és a dir, cap *utilitat*, que expliqui l'usdefruit de propietari. S'ha citat la RDGRN de 1968, que va admetre la hipoteca de l'usdefruit, però aquest és un cas molt aïllat i la doctrina l'explica com un cas de *constitució per la via de la retenció* que es produirà en el futur si es treu a subhasta. L'usdefruit de propietari té l'aparença del desmembrament del domini.

Tot això es porta a col·lació per a analitzar si la consolidació és causa d'extinció del dret real d'aprofitament parcial, i la resposta ha de ser afirmativa, ja que el llibre cinquè estableix les causes d'extinció dels drets reals en l'article 532-3 i amb referència a aquella diu en el segon paràgraf: «Els casos en què aquest codi estableix o permet la separació de patrimonis o la subsistència au-

80. Això no té gaire sentit, a més, si s'analitza la qüestió tenint en compte els articles 67, 69 i 70 de la Llei de societats anònimes.

tònoma dels drets reals s'exceptuen del que estableix l'apartat 1.» Aquesta excepció no es fa en el cas dels drets reals d'aprofitament parcial i es considera que només existeix per a l'usdefruit mobiliari.

### 13.8. RENÚNCIA (ART. 532-4 CCCAT)

La renúncia és un acte jurídic unilateral pel qual s'abdica d'un dret sense intenció de transmetre. La renúncia afavoreix el propietari de la finca, ja que el dret de propietat, que és elàstic, recupera la facultat. Cal distingir entre la renúncia *strictu sensu* o abdicativa, que es verifica sense consideració del propietari, i la renúncia translativa, que és una donació que requereix l'acceptació del propietari. És un acte de disposició i requereix la capacitat de disposar, pot ser expressa o tàcita i no és una declaració receptícia, per la qual cosa no requereix comunicació al propietari. Una vegada realitzada, és irrevocable, llevat del cas dels drets reals de tercer, per exemple la hipoteca, que subsisteix fins que el dret hagi conclòs de manera natural (cfr. art. 107.1 LH). Si renuncia un cotitular, s'ha de seguir el que es disposa per a l'acreixement en l'usdefruit (cfr. art. 561-14 CCCat).

### 13.9. EXPROPIACIÓ FORÇOSA

L'expropiació forçosa produeix l'extinció del dret, sens perjudici de la indemnització i sense que es pugui parlar de subrogació real.

## 14. DRET D'ADQUISICIÓ PREFERENT

L'article 563-4 CCCat estableix a favor dels propietaris i els titulars d'un dret real possessori sobre una finca gravada, un dret d'adquisició preferent del dret d'aprofitament parcial en els mateixos termes que el tenen els nus propietaris en cas de transmissió de l'usdefruit.

D'aquest precepte es dedueixen de manera clara la transmissibilitat del dret d'aprofitament parcial, llevat del cas que s'hagi constituït com a *intuitu personae*, i, a més, la hipotecabilitat a l'empara de l'article 107 LH.

Com a conseqüència de l'establiment d'aquest dret, sembla que el legislador considera el dret d'aprofitament parcial un supòsit de desmembrament dominical, que és la raó de concessió del dret d'adquisició preferent.

En els *Treballs preparatoris*<sup>81</sup> es comenta que aquest dret no és incompatible amb la redempció: el preu pot ser inferior i el moment d'exercici, diferent. A pesar de la remissió a les normes de l'usdefruit —que implicaria que, en tot cas, existís aquest dret d'adquisició preferent—, en els *Treballs* es comenta la conveniència de no posar en dubte la seva existència.

## 15. CONCLUSIONS

1. Les anomenades *servituds personals* o *drets d'aprofitament parcial*, com a concepte econòmic, és a dir, com a dret d'aprofitament sobre una finca aliena, són una realitat actual i ho han estat en totes les legislacions, fins i tot en aquelles en les quals no estan regulades com a tals. La utilització de les finques des d'un punt de vista econòmic, és a dir, conceptuant-les com un recurs escàs, fa necessari que es tregui partit de tots els aprofitaments que siguin susceptibles de treure's.

2. Amb una perspectiva històrica, en algunes legislacions s'ha regulat aquesta institució insistint més en la seva naturalesa de dret de gaudi, i en altres, en el caràcter parcial de l'aprofitament, cosa que fa que basculi més cap a l'usdefruit o cap a la servitud. No obstant això, es considera més correcta l'assimilació a l'usdefruit, perquè una anàlisi de la regulació en matèria de servituds porta a afirmar categòricament que és un dret de naturalesa distinta al d'aquestes. Així mateix, en aquest, com en altres drets reals, l'esdevenir històric ha tingut una profunda influència, fins al punt que s'ha negat la seva existència per a alguns ordenaments jurídics.

3. El legislador català regula la institució ajustant-la a les necessitats del present i des d'una perspectiva històrica perfecciona la institució, perquè l'adapta a la societat en què vivim, mentre que en altres regulacions aquesta adequació s'ha de fer per mitjà de la jurisprudència i la pràctica. Assimila el dret d'aprofitament parcial a l'usdefruit i l'aparta de la servitud. Aborda les dues qüestions centrals, que són la durada, a la qual posa un termini màxim, i la redempció, per a evitar la vinculació de la propietat. Mereixen un judici positiu la denominació i la definició legal.

Es considera problemàtica l'enumeració dels casos d'aprofitament parcial, ja que el legislador es limita a recollir una llista dels casos jurisprudencials, alguns obsolets —balcó i llotja—, si no és per a incloure'ls en la regulació i, per tant, sotmetre'ls al règim establert.

81. DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA, OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE CATALUNYA, *Treballs preparatoris*, p. 197.

S'ha de tenir en compte, en l'aplicació, que no s'hauria de permetre constituir de manera indiscriminada i capritxosa un dret amb caràcter real, per les conseqüències que això comporta. Els tribunals haurien de tenir en compte que el dret ha de complir una sèrie de requeriments jurídics i també econòmics —ha d'existir una *utilitas* rellevant per a la societat i l'economia que justifiqui l'eficàcia *erga omnes*.

4. S'ha de cohonestar l'aprofitament amb el concepte de *propietat* que es té modernament i que porta a considerar que la funcionalitat econòmica de cert tipus de propietat no s'acaba amb l'aprofitament, sinó que té més utilitzacions, com a inversió o com a garantia, que no accepten l'existència de múltiples drets que tornin al concepte de *propietat vinculada*, que és molt antic, no pas modern.

5. No és necessari establir com a drets reals els aprofitaments parcials sobre les finques. És suficient un dret de crèdit. Aquest plantejament beneficia la propietat, perquè no la grava, sinó que la deixa lliure per al tràfic i el crèdit, i també promou aquests contractes si a través d'aquests mateixos es poden complir les limitacions i restriccions que estableixen les lleis o es pot obtenir una rendibilitat econòmica. El propietari no ha d'establir una limitació al seu domini quan aquesta implica una subjecció excessiva, de la mateixa manera que els arrendaments no es pacten si tenen una durada llarga i subjecta a pròrrogues oneroses.

## BIBLIOGRAFIA

## BIBLIOGRAFIA GENERAL

- ALBALADEJO, M. *Derecho civil*. Vol. III. *Derecho de bienes*. Madrid: Edisofer, 2004.
- AMORÓS GUARDIOLA, M.; CHICO ORTIZ, J. M.; ROCA JUAN, J. *Comentarios al Código civil y compilaciones forales: artículos 530 a 608*. Tom VII, vol. 2. Madrid: Edersa, 1990.
- BIONDI, B. *Las servidumbres*. Granada: Comares, 2002. [Traduïda i anotada d'acord amb el dret civil espanyol comú i foral per Juan Manuel González Porras]
- *Código civil alemán*. Barcelona: Bosch, 1994. [Traducció de Carlos Melón Infante]
- DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Vol. II: *Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. Madrid: Civitas, 1995.
- ENNECCERUS, L. [et al.]. *Tratado de derecho civil*. Tom III, vol. 2. Barcelona: Bosch, 1934.
- FABRA, P. *Diccionario general de la lengua catalana*. 17a ed. Barcelona: Edhasa, 1983.
- GARCÍA GARCÍA, J. M. *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*. Madrid: Civitas, 2004.
- GÓMEZ DE LA SERNA, R. *Elementos de derecho civil y penal de España*. Madrid, 1877.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de derecho civil*. Tom 2, vol. III. Barcelona: Bosch, 1991.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. *Derecho inmobiliario registral*. Barcelona: Bosch, 1984.
- MEGARRY, R.; WADE, W. *The Law of Real Property*. 6a ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003.
- PAU PEDRÓN, A. *La publicidad registral: Esbozo de una teoría general de la oponibilidad*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2001.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derechos reales: Derecho hipotecario*. Vol. I. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1999.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. *Estudios de derecho civil*. Vol. III. Madrid: Sucesores de Rivadeneira, 1900.
- THOMPSON, M. P. *Modern Land Law*. 2a ed. Oxford: University Press, 2003.
- VALVERDE Y VALVERDE, C. *Tratado de derecho civil español*. Vol. II. Valladolid: Talleres Tipográficos Cuesta, 1920.
- VENEZIAN, G. *Usufructo, uso y habitación*. Madrid: Librería General Victoriano Suárez, 1928.
- WIELAND, C. *Les droits réels dans le Code civil suisse*. Vol. I. París: M. Girard & E. Brière.

## MONOGRAFIES I TREBALLS SOBRE EL DRET DE SERVITUD

- ARCO TORRES, M. A. del; PONS GONZÁLEZ, M. *Régimen jurídico de las servidumbres*. Granada: Comares, 1998.
- BIONDI, B. *Las servidumbres*. Granada: Comares, 2002. [Traduïda i anotada d'acord amb el dret civil espanyol comú i foral per Juan Manuel González Porras]
- DÍEZ-PICAZO, L. «Los límites del derecho de servidumbre y el uso de los elementos accesorios». A: GONZÁLEZ PORRAS, J. M. [et al.]. *Libro de homenaje al profesor Ma-*

- nuel Albaladejo García*. Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles; Murcia: Universidad de Murcia, 2004.
- DOMÍNGUEZ PLATAS, J. *Obligación y derecho real de goce*. València: Tirant lo Blanch, 1994.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. *La constitución voluntaria de servidumbres en el derecho español*. Madrid: Montecorvo, 1984.
- MESSINEO, F. *La Servitú*. Milà: Giuffré, 1949.
- MIÑANA, S. *De la clasificación de las servidumbres en reales y personales*. Madrid: Imp. Rivadeneyra, 1904.
- OSSORIO MORALES, J. *Las servidumbres personales*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1936.
- ROCA GUILLAMON, J. «Comentarios a los artículos 530 a 542 CC». A: RAMS ALBESA, J.; MORENO LÓPEZ, R. *Comentarios al Código civil*. Vol. II. Llibre segon. Barcelona: J. M. Bosch, 2001.
- ROCA JUAN, J. «Artículos 530 a 608 del Código civil». A: ALBALADEJO, M. *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Madrid: Edersa, 1990.
- ROCA JUAN, J. «Artículo 531». A: MINISTERIO DE JUSTICIA. *Comentario de Código civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1993.
- TAMAYO, A. *El derecho real de servidumbre: Estudio de una revisión del Código civil en materia de servidumbres*. Barcelona: Bosch, 1956.

#### ARTICLES DE PUBLICACIONS PERIÒDIQUES

- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. «El derecho de pastos y las servidumbres personales como categorías jurídicas». *Revista de Derecho Privado* (1980), p. 463-494.
- BATISTA MONTERO-RÍOS, J. «Las servidumbres a tenor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio a construir». *Revista de Derecho Privado* (1962), p. 189-200.
- CÓRDOVA DEL OLMO, A. «El derecho de balcón». *Revista de los Tribunales*, tom LXIV (1930), p. 39 i seg.
- MOZOS, J. L. de los. «Dictamen sobre la servidumbre de pastos». *Anuario de Derecho Civil* (1964), p. 125-145.
- GÓMEZ LAPLAZA, C. «Las servidumbres establecidas en interés de los propietarios en la Ley de propiedad horizontal». *Revista de Derecho Privado* (1977), p. 329-342.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, L. «Las servidumbres personales y discontinuas y el Registro de la Propiedad». *Revista Jurídica de Catalunya* (1965), p. 141-196.
- RICA ARENAL, R. de la. «Las servidumbres en el Registro de la Propiedad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 521 (1977), p. 749-771.
- SÁNCHEZ DE VELASCO, H. «Constitución de servidumbre en edificio a construir en su proyección registral». *Revista de Derecho Notarial* (1969), p. 231-265.
- SOLÉ RESINA, J. «La nueva regulación del derecho de servidumbre en Cataluña». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 533 (25 maig 2002), p. 5-9.

## DRET CATALÀ

- BADOSA COLL, F. *Manual de dret civil català*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2003.
- BORRELL Y SOLER, A. M. *Derecho civil vigente en Cataluña*. Vol. II. Barcelona: Bosch, 1944.
- BROCA, Guillem M. de. *Historia del derecho de Cataluña especialmente del civil y exposición de las instituciones del derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia*. Barcelona: Herederos de Juan Pili, 1918. [Ed. facsímil]
- CAMPS ARBOIX, J. *Historia del derecho catalán moderno*. Barcelona: Bosch, 1958.
- COBACHO GÓMEZ, J. A. «Reflexiones sobre la nueva regulación de las servidumbres en el derecho civil de Cataluña». A: CABANILLAS SÁNCHEZ, A. [et al.]. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Tom III. Madrid: Civitas, 2003.
- DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA. OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE CATALUNYA. *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2003.
- FORTUNY BERENGUER, M. «La extinción de las servidumbres en la Llei 13/1990, de 9 de juliol». *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 78 (1998), p. 117-127.
- GARRIDO MELERO, M. «Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña (Comentario a la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad)». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 611 (1992), p. 1551-1617.
- ISAC I AGUILAR, A. «La regulació futura de les servituds». A: CÀTEDRA DE DRET CIVIL CATALÀ DURAN I BAS. UNIVERSITAT DE BARCELONA. *Materials V Jornades de Dret Català a Tossa*. Barcelona: PPU, 1990, p. 311-338.
- LAUROBA LACASA, M. E. «Les servituds». A: BADOSA COLL, F. *Manual de dret civil català*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2003.
- LLÁCER MATAÇAS, M. R. «La evolución de las servidumbres y de la vecindad en derecho catalán». A: REBOLLEDO VARELA, Á. L. [coord.]. *Tratado de servidumbres*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002.
- PELLA Y FORGAS, J. *Tratado de las relaciones y servidumbres entre las fincas*. 2a ed. Barcelona: Bosch, 1969.
- PUIG I FERRIOL, L.; ROCA I TRIAS, E. *Institucions del dret civil de Catalunya*. Vol. I. 5a ed. València: Tirant lo Blanch, 1998.

## JURISPRUDÈNCIA

Sentències del Tribunal Suprem que s'esmenten:

4 de novembre de 1897 (*Colección Legislativa*, 1897, tom IV, núm. 11)

29 de desembre de 1899 (*Colección Legislativa*, 1899, tom III, núm. 125)

30 de novembre de 1908 (*Colección Legislativa*, 1908, tom III, núm. 102)  
23 de febrer de 1900 (*Colección Legislativa*, 1900, tom I, núm. 53)  
3 d'abril de 1909 (*Colección Legislativa*, 1909, tom II, núm. 47)  
20 d'octubre de 1919 (*Colección Legislativa*, 1919, tom III, núm. 74)  
30 d'octubre de 1919 (*Colección Legislativa*, 1919, tom III, núm. 114)  
27 de novembre de 1923 (*Colección Legislativa*, 1923, tom III, núm. 136)  
14 de novembre de 1924 (*Colección Legislativa*, 1924, tom IV, núm. 83)  
15 de novembre de 1929 (*Colección Legislativa*, 1929, tom V, núm. 35)  
18 de desembre de 1933 (*Colección Legislativa*, 1933, tom IV, núm. 123)  
26 de febrer de 1942 (RJ 1942/183)  
8 de maig de 1947 (RJ 1947, abril-maig, núm. 121)  
6 d'octubre de 1951 (RJ 1951, juliol-octubre, núm. 274)  
12 de novembre de 1959 (*Colección Legislativa*, 1959, novembre, núm. 612)  
4 de novembre de 1963 (*Colección Legislativa*, 1963, novembre, núm. 831)  
30 de gener de 1964 (*Colección Legislativa*, 1964, gener, núm. 74)  
4 de juny de 1964 (RJ 1964/3097)  
12 de març de 1968 (RJ 1968/1574)  
2 de juny de 1969 (RJ 1964/3191)  
5 de juny de 1976 (RJ 1976/2876)  
8 de març de 1991 (RJ 1991/2201)

Sentències de les audiències provincials que s'esmenten:

Sentència de l'Audiència Provincial de Valladolid de 13 de febrer de 2001 (AC 2001/ 818)  
Sentència de l'Audiència Provincial de Càceres de 20 de setembre de 2004 (JUR 2004/274255)

Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat que s'esmenten:

11 d'abril de 1930 (*Colección Legislativa*, 1930, tom III, núm. 36)  
4 de juny de 1964 (*Colección Legislativa*, 1964, juny, núm. 510)  
27 d'agost de 1982 (RJ 1982/4685)  
31 d'octubre de 1988 (RJ 1988/8003)  
18 d'octubre de 1991 (RJ 1991/7501)  
25 de novembre de 1992 (RJ 1992/9494)  
19 de setembre de 1994 (RJ 1994/7294)  
4 de novembre de 1997 (BOE de 27 de novembre de 1997)  
24 d'octubre de 1998 (BOE de 21 de novembre de 1998)  
5 de desembre de 2002 (BOE de 6 de febrer de 2003)  
24 de novembre de 2003 (BOE de 29 de desembre de 2003)  
16 de febrer de 2004 (BOE de 14 d'abril de 2004)  
25 abril 2005 (BOE de 17 de juny de 2005)  
5 de juny de 2006 (BOE de 17 de juliol de 2006)