

LA FACULTAD DOMINICAL DE EXCLUSIÓN Y EL CIERRE
DE FINCAS (DE LA SENCILLA EXÉGESIS DEL ARTÍCULO
388 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL A SU COMPLEJA Y
HETEROGÉNEA APLICACIÓN PRÁCTICA)*

*THE OWNER'S RIGHT OF EXCLUSION AND THE LANDS
FENCE (THE UNCOMPLICATED INTERPRETATION OF ARTICLE
388 OF THE SPANISH CIVIL CODE AND ITS COMPLEX AND
HETEROGENEOUS APPLICATION IN PRACTICE)*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2698-2733

Pilar
GUTIÉRREZ
SANTIAGO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Dentro del haz de facultades integrantes del dominio y como concreta manifestación de la facultad de exclusión en su vertiente preventiva, el art. 388 del CC español reconoce al propietario el derecho a cerrar o cercar sus heredades. Tras examinar las concomitancias y diferencias del cierre con las figuras distintas del deslinde y el amojonamiento, el presente estudio aborda, desde una perspectiva teórico-práctica, los múltiples problemas interpretativos que, pese a su sencilla redacción, plantea el citado precepto: el objeto del cierre (fincas tanto rústicas como urbanas), la legitimación activa para su práctica, los variopintos medios o formas de cerrar una finca (contemplados por el art. 388 como *numerus apertus* y entre los que, junto a obras y elementos materiales de cerramiento, la jurisprudencia admite los llamados cierres «simbólicos») o la exigencia de respeto a las servidumbres. A ello se suma el análisis de la correlación del cierre con el ejercicio de diversas acciones reales (reivindicatoria, declarativa, confesoria, negatoria, posesoria,...), los eventuales conflictos por invasión del dominio público, así como las exigencias urbanísticas y las limitaciones al cierre establecidas, por razones de orden público, en la normativa administrativa reguladora de la ordenación del suelo y la protección paisajística y medioambiental.

PALABRAS CLAVE: Facultad dominical de exclusión y cierre de fincas; deslinde y amojonamiento; vallado y obras de cerramiento; terrenos cercados y cotos de caza; autorizaciones administrativas y licencias de cierre; servidumbres, distancias mínimas y limitaciones urbanísticas al cierre; eventual deber de cerrar las fincas.

ABSTRACT: *Within the set of powers that make up the property and as a concrete manifestation of the right of exclusion in its preventive aspect, art. 388 of the Spanish Civil Code recognizes the owner the right to fence their lands. After examining the concomitances and differences between the fence and the figures other than demarcation and cairn placement, the present study analyzes, from a theoretical-practical perspective, the various interpretive problems that, despite its simple redaction, the aforementioned precept possesses: the object of the fence (rural and urban lands), the active legitimation for its practice, the varied means or forms of fencing a land (openly contemplated by art. 388 and among which, together with works and material elements of fence, the jurisprudence admits the so-called "symbolic" fences) or the requirement of respect for servitudes. To this is added the analysis of the correlation of the fence with the exercise of various real actions (claiming, declaratory, confessing, denying, possessory,...), the possible conflicts due to invasion of the public domain, as well as the urban requirements and the limitations to the fencing established, for reasons of public order, in the administrative regulations governing land planning and landscape and environmental protection.*

KEY WORDS: *Owner's right of exclusion and land's fence; demarcation and cairn placement; fencing and enclosure works; fenced land and hunting grounds; administrative authorizations and fencing licenses; servitudes, minimum distances and urban limitations of the fence; possible obligation to fence the lands.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.- II. LA FACULTAD DE CERRAR LAS FINCAS: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL.- 1. Aceptación legal y naturaleza del cierre de fincas.- 2. Distinción de figuras afines. - A) Cierre de fincas y deslinde.- B) Cierre de fincas y amojonamiento.- III. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA EL CIERRE DE FINCAS.- 1. Propietarios vs. titulares de otros derechos reales y poseedores en general.- 2. Cierre de fincas en copropiedad y en régimen de propiedad horizontal.- IV. LA FINCA COMO OBJETO DEL CIERRE.- 1. Fincas rústicas y fincas urbanas.- 2. Fincas privadas y bienes de dominio público.- V. MEDIOS DE CIERRE: NUMERUS APERTUS Y DIVERSIDAD DE FORMAS DE CERRAR UNA FINCA.- 1. Obras y elementos materiales de cerramiento.- A) Elenco jurisprudencial.- B) Restricciones a las características físicas del cierre: remisión a otro lugar.- 2. Cierres «simbólicos».- VI. EJERCICIO DE LA FACULTAD DE CIERRE.- 1. Práctica del cierre, acción de cierre y su frecuente subsunción en una acción negatoria.- 2. Cierre de fincas vs. acciones reivindicatoria, declarativa de dominio, de deslinde, confesoria y posesorias.- VII. LÍMITES AL DERECHO DE CIERRE.- 1. Servidumbres y limitaciones legales del dominio.- A) Respeto a las servidumbres preexistentes al cierre y posibilidad de ulterior constitución de servidumbres forzosas.- B) Límites al cierre de fincas por razón de las llamadas servidumbres legales.- 2. Cierre de fincas e intereses de orden público: exigencias urbanísticas, de ordenación legal del suelo y de protección de la biodiversidad.- A) Distancias mínimas y protección paisajística y medioambiental.- B) Autorizaciones administrativas y licencia de obras de cerramiento.- VIII. EL CIERRE DE FINCAS COMO EVENTUAL DEBER DEL PROPIETARIO.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

Es lugar común que entre las facultades típicas que integran el contenido del derecho de propiedad -entendido éste en su sentido clásico (art. 348 CC) y sin ahondar aquí en la diversificación, evolución y mutaciones experimentadas por el propio concepto de propiedad a raíz de su “constitucionalización” (ex art. 33 CE)¹- se encuentra la denominada *facultad de exclusión*, el poder del dueño de realizar aquellas actividades encaminadas a poner la cosa objeto de su dominio en situación tal que venga a *excluir a los demás* del goce de la misma. Asimismo es ya un tópico que el ejemplo por antonomasia o la manifestación paradigmática de esa facultad, en su concreta dimensión preventiva, reside en el art. 388 CC y en el derecho que este precepto confiere al propietario a *cerrar* sus fincas².

1 Sobre la metamorfosis del tradicional concepto liberal e individualista de propiedad, la proliferación de leyes especiales que afectan a la propiedad de determinados bienes –pluralidad y diversificación de regímenes que ha llevado a que, más que de “propiedad”, se pase a hablar de “propiedades” y a predicar la “flexibilidad o plasticidad actual del dominio” (STC 26 marzo 1987 [RTC 1987, 37])- y acerca de la incorporación de la “función social” de la propiedad como elemento integrante de su propio contenido (SSTC 18 noviembre 2004 [RTC 2004, 204], 5 abril 2006 [RTC 2006, 112]), me permito remitir a lo que he escrito anteriormente sobre el tema en GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: “La constitucionalización del Derecho Civil”, en *Principios jurídicos. Análisis y crítica* (coord. F. CARBONELL/R. LETELIER/R. COLOMA), Thomson Reuters-Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2011, pp. 209ss. (y en *Estudios de Derecho*, Universidad de Antioquia-Medellín, núm.151, 2011, pp. 58ss.).

2 La mención expresa del derecho a cerrar las fincas como supuesto por excelencia de la facultad dominical de exclusión puede encontrarse, p.ej., en LACRUZ BERDEJO, J.L. (et. al.): *Elementos de Derecho Civil*, III-1º, 3ª ed. revisada y puesta al día por A. LUNA, Dykinson, Madrid, 2008, p. 282; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 916; DE SALAS MURILLO, S.: *El deslinde de fincas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 30.

• **Pilar Gutiérrez Santiago**

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de León (España). Correo electrónico: mpguts@unileon.es

En contraste con la copiosa literatura jurídica destinada a analizar con detenimiento otras facultades dominicales distintas -como, señaladamente, las principalísimas potestades de goce y disfrute de la cosa y de disposición de la misma (art. 348.I CC)-, es ciertamente escasa y muy limitada la atención científica que, con contadas excepciones³, la doctrina viene a prestar a la facultad de exclusión ejercitada por el dueño mediante el cierre de fincas. La praxis cotidiana, sin embargo, da cuenta de que su aplicación práctica es fuente inagotable de conflictos y, como fiel reflejo de ello, los repertorios jurisprudenciales estén repletos de resoluciones judiciales que zanján controversias suscitadas, ya directamente ya mediatamente, por el cerramiento de una finca. A la luz de tan vasto y nutrido banco de pruebas, en el presente artículo trataremos, pues, de poner en evidencia cómo la aparentemente diáfana inteligencia del art. 388 CC y la sencillez de su interpretación desde un plano puramente *teórico* se ven ampliamente superadas por la compleja y sumamente heterogénea litigiosidad existente en la materia a la hora de llevar a la realidad la operatividad y funcionamiento de dicha norma.

Obviamente, el grueso de los pleitos (tanto en términos cuantitativos como cualitativos) se halla incardinado en sede estrictamente *civil*; si bien, ya en este ámbito, es preciso advertir, de una parte, que los problemas sustantivos que se suscitan -junto a algunos de orden procesal- no siempre se circunscriben de modo exclusivo a la lacónica regulación codicial del cierre de fincas por el citado art. 388 CC -o, en su caso, por los preceptos "homólogos" que algunos Derechos forales dedican al tema-, sino que a menudo se ven involucradas leyes civiles *especiales* (de propiedad horizontal, de arrendamientos rústicos, legislación de caza, etc.) que, de forma sectorial y colateralmente, contienen previsiones en orden al cerramiento de las fincas. Asimismo conviene anticipar, de otra parte, que el núcleo de la problemática civil que abordaremos y que con mayor frecuencia se plantea a pie de juzgado se ubica, como es lógico, en la categoría general de los «*Derechos reales*» -en la órbita de la posesión, la propiedad y los derechos limitados o en cosa ajena-, lo que conducirá a tomar partido en las discusiones doctrinales acerca del mayor o menor grado de extensión de la legitimación activa para proceder al cierre de una finca o en las que conciernen al propio bien inmueble objeto del cerramiento o a los medios para materializar éste, y reclamará el análisis de cuestiones tales como las concomitancias y diferencias del cierre de fincas con las figuras "afines" del deslinde y el amojonamiento, el obligado respeto a posibles derechos de servidumbre o limitaciones legales del dominio, la forma de cohonestar la facultad de cierre con la tutela sumaria de la posesión o el ejercicio de acciones reales como la reivindicatoria, declarativa del dominio, negatoria, confesoria, etc. Sin embargo, además de ello, tampoco son ajenos a la interpretación del art. 388 CC

3 Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, J.: *La facultad de exclusión del propietario*, Universidad de Granada, 1986; COSIALS UBACH, A.M.: "Reflexiones sobre la facultad de exclusión en la propiedad privada", en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Vol.I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 713-746.

determinados asuntos propios del *Derecho de daños*; supuestos de responsabilidad civil extracontractual que aparecen principalmente -aunque no solo⁴- al hilo de accidentes de circulación motivados por animales que irrumpen en la calzada al escapar de cotos de caza no cercados⁵, planteándose así la eventual configuración del cierre de fincas no ya como derecho (*rectius*, facultad) sino como una suerte de deber u obligación.

Pero, aún hay más. Situados ya extramuros de la esfera civil, el art. 388 CC constituye también campo abonado para el examen de las importantes implicaciones jurídico-públicas que pueden derivar del cerramiento de una finca; problemática de orden *administrativo*, cuyo rico y plural abanico comprende cuestiones tan variopintas como las atinentes a la licencia de las obras de cierre u otros títulos habilitantes para realizarlas, pasando por conflictos derivados de la invasión del dominio público (ya en zonas de servidumbre de carreteras, ya del dominio público hidráulico, costero, etc.), hasta el elenco de limitaciones al cerramiento de una finca por razones paisajísticas, de protección de la fauna o la flora o muy diversas exigencias urbanísticas. Incluso cabe apuntar, siquiera de modo tangencial, la repercusión que el mentado art. 388 CC pueda llegar a desplegar en la esfera *penal*, ocasionalmente en relación a delitos contra la libertad (v.gr. coacciones leves⁶), y con más frecuencia en materia de tipos delictivos de

4 Vid. p.ej. la SAP Madrid 21 febrero 2000 (JUR 2000, 216142), que desestimó la reclamación de responsabilidad civil por daños ejercitada por el dueño de la finca contigua a la vallada, afirmando que si el art. 388 CC permite a todo propietario cercar o cerrar sus heredades, "*consecuente y lógicamente, también le faculta a la realización de los actos contrarios de suprimir los cerramientos*", por lo que, estando los postes, la alambrada y plantación de madreseña que separan las fincas construidos o plantados en terreno propiedad del demandado, y siendo este dueño de dicho seto vivo y obra de cierre, entra dentro de sus facultades dominicales la acción realizada de arrancar la plantación y derribar la alambrada.

5 Vid. p.ej. la SAP Barcelona 4 mayo 2011 (AC 2011, 535) que, en un accidente de circulación (con importantes daños en el vehículo siniestrado) motivado por la irrupción en la calzada de un jabalí procedente de un coto de caza, desestimó la existencia de responsabilidad al considerarse que *la ausencia de cercado o vallado "no implicaba una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado"* -ex Disp. Adicional 9ª introducida por Ley 17/2005 en la primitiva Ley de Tráfico de 1990, hoy derogada por el TR de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (RD Legisl. 6/2015, vid. Disp. Adicional 7ª)-. En igual sentido, vid. entre otras muchas, SS. AP Huelva 13 noviembre 2015 (JUR 2016, 29534) y Barcelona 17 noviembre 2015 (JUR 2016, 9831).

6 Cfr. SS. AP Ciudad Real 7 mayo 2021 (JUR 2021, 229934) y Albacete 23 septiembre 2019 (JUR 2019, 327004), en aplicación del vigente art. 172.3 CP.

cariz patrimonial: entre otros⁷, delitos de daños⁸, delitos sobre la ordenación del territorio⁹ y, sobre todo, a efectos distintivos entre robo y hurto¹⁰.

II. LA FACULTAD DE CERRAR LAS FINCAS: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL.

I. Acepción legal y naturaleza del cierre de fincas.

Dentro del Título II, Libro II del Código Civil español, y acto seguido de la disciplina normativa sobre el deslinde y el amojonamiento (arts. 384 a 387), el Capítulo IV -rubricado «*Del derecho de cerrar las fincas rústicas*»- dedica a este tema tan solo un precepto, el artículo 388, cuyo tenor literal es el siguiente: “Todo propietario podrá cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos, o de cualquier otro modo, sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas”¹¹.

7 Vid. p.ej. la SAP Álava 16 julio 1998 (ARP 1998, 3803) que, en relación con el art. 246 CP que tipifica la acción de “alterar términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos”, afirma que “dicha conducta alcanza su razón de ser en el propio Código Civil cuando señala que todo propietario tiene derecho a deslindar su propiedad (art. 384) y a cerrar o cercar su heredad (art. 388)”. Cfr. también la SAP Asturias 30 octubre 1998 (ARP 1998, 5004), desestimatoria de la existencia de una “usurpación de lindes” al no estar probado que el denunciado, al quitar el seto vivo y poner en su lugar una valla de estacas y alambre, alterase el término, linde, límite o mojón divisorio de ambas fincas ni invadiera la finca ajena; *arrancamiento de la sebe y su sustitución por la valla que realizó “en ejercicio de su derecho (que no es otro que el del art. 388 CC)”*.

8 Vid. la SAP Alicante 24 marzo 2014 (JUR 2014, 198969), ex art. 263.I CP, en relación con la acción de tumbar una valla.

9 Vid. la STS Sala 2ª 11 febrero 2021 (RJ 2021, 466), que aplicó el art. 319 CP (“construcción no autorizada en lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor ecológico”) en relación con la ejecución en un espacio natural catalogado como protegido de obras de cerramiento mediante un vallado de 3 m. de altura con basamento de piedra que impedían la circulación de la fauna silvestre y producían una afectación del paisaje, invadiendo además una vía pecuaria, así como la zona de policía y la zona de servidumbre de un río. Cfr. también SAP Cádiz 4 febrero 2021 (JUR 2021, 245367).

10 A la luz del art. 388 CC nuestros tribunales penales vienen interpretando mayoritariamente (vid. en contra STS 21 abril 1999 [RJ 1999, 3317]) que la sustracción efectuada debe tipificarse tan solo como hurto, y no como robo con fuerza en las cosas por “rompimiento de pared” en el sentido que exige el art. 238.2º CP (ni tampoco por “escalamiento”), cuando para entrar en la propiedad privada ajena se procede a “agujerear una red o tela metálica de cierre” (SAP Málaga 25 julio 2011 [ARP 2013, 382]), “cortar una alambrada de espino” (SAP Badajoz 27 octubre 2016 [JUR 2016, 244000]) o “abatir una valla” (STS 7 mayo 1992 [RJ 1992, 3756]). Vid. en especial, SAP Asturias 27 enero 2009 (JUR 2009, 129121).

11 El cierre de fincas se halla también regulado, si bien de forma más concisa, en el Código Civil de Cataluña (Libro Quinto, aprobado por Ley 5/2006). A tenor de su art. 544-8, “Los propietarios pueden cerrar sus fincas salvando las servidumbres que estén constituidas en las mismas” (vid. p.ej. SAP Barcelona 7 octubre 2008 [JUR 2009, 3844]).

El Fuero Nuevo de Navarra dedica al «Cerramiento de fincas» la Ley 348 que, en su vigente redacción por Ley foral 21/2019, establece que “Todo propietario tiene derecho a cercar sus fincas, pero deberá respetar el ejercicio de los derechos reales que existan sobre ellas. Se entenderá por finca cerrada la cercada por tapia o pared, alambrada, seto vivo o seto con palos, o de cualquier otro modo, dejando puerta, «langa», «keleta» o «kereta», conforme al uso o costumbre del lugar. Cuando se restablezca el cercado se observará lo dispuesto en la ley 368” (ley 368 reguladora de la «Reconstrucción de cerramientos»).

En el Derecho civil del País Vasco, el art. 15 Ley 5/2015 -bajo la rúbrica «Derecho de cierre de heredades y servidumbre de paso»- dispone que “El propietario tiene el derecho de cerrar la heredad que posee, pero no puede impedir el paso de los particulares para su uso no lucrativo, siempre que no utilicen vehículo alguno. Quien utilice este derecho deberá respetar los cultivos e indemnizar los daños, si los causare”.

Como de forma pacífica admite toda la doctrina¹², contempla esta disposición legal una manifestación particular de la *facultad de exclusión* -en su dimensión *preventiva*- que tiene el propietario para colocar sus bienes en condiciones de que nadie pueda perturbarle en el goce de los mismos. El cerramiento o cercado de fincas constituye, pues, una forma de ejercicio del *ius excludendi alios* típico del dominio (SSTS Sala 1ª 14 mayo 2010¹³ y 26 junio 2003¹⁴)¹⁵ y tiene por fin último evitar eventuales “*intrusiones ajenas*” o “*incursiones indebidas*” de terceros -como, en clásica fórmula de estilo, acostumbra a afirmar nuestra jurisprudencia menor¹⁶-.

2. Distinción de figuras afines.

Aunque el derecho de cerrar las fincas -manifestación típica de la facultad dominical *de exclusión*- comparte tal naturaleza con el amojonamiento y, al menos parcialmente, con el deslinde¹⁷, su finalidad y presupuestos son, sin embargo, bien distintos de los de esas otras dos figuras. Examinemos a continuación algunas de sus más relevantes diferencias.

Ya en un ámbito más concreto, la Ley Agraria de las Islas Baleares (Ley 3/2019) dedica el art. 119 a regular los «Cerramientos de las explotaciones agrarias», y, tras señalar en el párr.1 que “El titular de una explotación agraria tiene derecho a cerrar las parcelas que la conforman, tanto para el desarrollo de la actividad ganadera como para la protección de los cultivos”, puntualiza en el párr.4 que tal cerramiento “implica la imposibilidad de acceso a cualquier persona no autorizada expresamente por el titular, sin perjuicio de los derechos de paso y de servidumbres y de las excepciones previstas por razón de seguridad, policía, emergencia u otras análogas”.

- 12 Vid. p.ej. ROCA JUAN, J.: “Com. arts. 384-388 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. ALBALADEJO), V-1º, Edersa, Madrid, 1990, pp. 479, 512; DE PABLO CONTRERAS, P.: “Com. art. 388 CC”, en *Código Civil Comentado* (dir. A. CAÑIZARES LASO/P. DE PABLO/J. ORDUÑA/R. VALPUESTA), I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 1529; RUIZ-RICO RUIZ, J.M./CASADO CASADO, B.: “Artículos 384-388 CC”, en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil* (dir. M. PASQUAU), I, Comares, Granada, 2009, pp. 919, 930.
- 13 RJ 2010, 3698
- 14 RJ 2003, 4310
- 15 Ambas Sentencias, reproduciendo lo ya establecido por las de 21 junio 1997 (RJ 1997, 4889) y 25 febrero 1984 (RJ 1984, 811), señalan de forma explícita que el *cerramiento* del art. 388 CC se integra dentro de “*la facultad de excluir*”. En la llamada jurisprudencia menor, con igual o similar tenor, *vid.* entre cientos de ellas las SS. AP Cádiz 11 julio 2019 (JUR 2019, 341899), León 18 marzo 2019 (JUR 2019, 124702) y 30 julio 2019 (JUR 2019, 267313), Cáceres 15 febrero 2019 (JUR 2019, 87223) y 5 marzo 2020 (JUR 2020, 225156), Málaga 30 abril 2020 (JUR 2021, 382), Valencia 18 junio 2020 (JUR 2020, 306695) y Pontevedra 7 septiembre 2020 (AC 2020, 1326).
- 16 Vid. SS. AP Jaén 26 junio 2008 (JUR 2009, 6369) y Sevilla 19 marzo 2021 (JUR 2021, 240536).
- 17 Es abundantísima la jurisprudencia que de forma expresa alude a “*la facultad de excluir*, con los derechos que la integran de *deslinde* y *cerramiento* (arts. 384 y 388 Código Civil)” (SSTS Sala 1ª 14 mayo 2010 [RJ 2010, 3698] y 26 junio 2003 [RJ 2003, 4310]) y también la práctica totalidad de la doctrina considera que el *deslinde*, como también el *amojonamiento* y el *cierre de fincas*, es una manifestación de la “*facultad de exclusión*” que ostenta el propietario (*vid.* por todos, DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, III, 2008, p. 916; GRIMALT SERVERA, P.: *El deslinde entre particulares*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, pp. 24, 145). Sin embargo, en sentido discrepante RUIZ-RICO, J.M./CASADO, B.: “Arts. 384-388 CC”, *cit.*, p. 919 entienden que la “conexión entre deslinde y facultad de exclusión dominical es bastante dudosa”; y DE SALAS, S.: *El deslinde...*, *cit.*, pp. 30-31 matiza que “no parece adecuado considerar el deslinde manifestación de *solo una* de las facultades de la propiedad” (la de exclusión), pues sin negar que se integre en el aspecto preventivo de esta facultad de exclusión, debe reconocerse que también facilita, y en ocasiones incluso condiciona, el ejercicio de las otras posibles facultades -distintas de la de exclusión- que componen el dominio (p.ej. el libre aprovechamiento de la cosa y, sobre todo, la facultad de disposición).

A) Cierre de fincas y deslinde.

El deslinde consiste en la determinación de los límites de una finca mediante el establecimiento de líneas perimetrales ideales (lindes) que la separan de las demás fincas contiguas, individualizando así exactamente el objeto del dominio¹⁸.

Desde esa premisa, así como el *deslinde* parte del supuesto de que los linderos son inciertos y tiende a la fijación de los límites dudosos de una finca¹⁹, la facultad de cierre presupone, en cambio, la existencia de un linde *incontrovertido* donde nada se discute ni se duda, ni hay colisión o indeterminación del objeto del derecho entre las propiedades colindantes. Al ser, pues, condición inexcusable para su ejercicio la perfecta identificación y delimitación del fundo, cuando se plantee alguna cuestión de confusión de linderos *será necesaria la práctica de un deslinde como trámite previo* para la concesión de licencia de cierre de fincas (SSTS Sala 3ª 31 mayo 1986²⁰ y Sala 1ª 20 mayo 2002²¹, R. DGSJFP 21 septiembre 2020²²).

Según acertadamente advierte la doctrina, la confusión de linderos generalmente es debida a la *falta de signos externos* que determinen los confines de las fincas, a la *ausencia de signos externos de demarcación*²³. Y de ahí que el TS haya entendido –por ejemplo, en las SS. 26 junio 2003²⁴ y 20 julio 2006²⁵– que cuando se acredita la determinación exacta de un linde, que se fija por un muro de piedra o por un muro alto de sillería (como ocurrió, respectivamente, en los asuntos de esas dos sentencias), falla el presupuesto de la acción de deslinde²⁶. Concretamente, afirmó la citada Sentencia de 26 junio 2003 que “la circunstancia de cerramiento total de la finca adquirida, racionalmente excluye toda duda sobre delimitación de linderos

18 El deslinde –afirma la STS 14 mayo 2010 (RJ 2010, 3698)– es la facultad destinada a “lograr la individualización del predio mediante la gráfica fijación de la línea de su polígono”. Vid. también RR. DGRN 20 abril 2005 (RJ 2005, 5012) y 7 junio 2019 (RJ 2019, 3050).

19 Puesto que el deslinde tiene como finalidad eliminar la incertidumbre acerca de la línea divisoria que separa a una finca de sus contiguas, es obligado que, pese a no venir requerido de forma expresa por el art. 384 CC, exista una previa *confusión de linderos* (aun cuando dicha confusión solo afecte a una parte de los linderos, ex arts. 200.2 LH y 106.1 Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria). De tal presupuesto inexcusable se ha hecho eco la jurisprudencia en una legión de sentencias donde se subraya que solo cabe el deslinde “cuando los límites de los terrenos estuvieren confundidos de forma tal que no se pueda tener conocimiento exacto de la línea perimetral de cada propiedad, tendiendo a poner claridad en una linde incierta” (SSTS 18 mayo 2011 [RJ 2011, 3975], 10 diciembre 2013 [RJ 2014, 355]). A *sensu contrario*, “no cabe el deslinde cuando hay plena delimitación de las fincas” (STS 9 marzo 2015 [RJ 2015, 9794]), cuando al estar exactamente fijados –del modo o por la vía que fuere– los límites de la finca, ha quedado “eliminada la situación de incertidumbre respecto a su extensión superficial” (STS 14 mayo 2010 [RJ 2010, 3698]).

20 RJ 1986, 4481

21 RJ 2002, 5346

22 RJ 2020, 3871

23 Vid. DIEZ GARCÍA, H.: “Com. art. 384 CC”, en *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 534-535; DE SALAS, S.: *El deslinde...*, cit., pp. 45-47.

24 RJ 2003, 4310

25 RJ 2006, 4737

26 No así, en cambio, cuando dicho elemento físico no separa ambas fincas, sino que rodea las instalaciones construidas sobre una y otra (STS 10 diciembre 2013 [RJ 2014, 355]).

que fundamente la pretensión de deslinde de la demandante"; y según la Sentencia de 20 julio 2006, dado que "la finca está perfectamente delimitada por el Norte -donde se halla el terreno litigioso- por el muro de sillería, no hay, pues, nada que deslindar"²⁷.

Ahora bien, y por contra, en el caso de que ese signo externo hubiese sido creado por el demandado, no podría tal signo ser considerado *a priori* como elemento delimitador de las fincas colindantes, de manera que, en consecuencia, sí cabría en dicho supuesto apreciar la confusión de linderos necesaria para el deslinde. Así lo ha estimado la STS 29 septiembre 2009²⁸ cuando señala que la incertidumbre en los linderos y la necesidad del deslinde "no queda desvirtuada por el hecho de que uno de los colindantes haya efectuado una delimitación unilateral mediante cerramiento de lo que entiende que le corresponde, pues tal actuación no puede ser por sí definidora de su derecho". Y de igual modo lo entendieron las SSTs 14 octubre 2002²⁹ y 25 junio 2007³⁰ que, haciéndose eco de la STS 21 junio 1997³¹, declararon que "la existencia del muro construido por la demandada, al no ser aceptado por la actora, ni constar en documento público ni privado alguno ni haber sido reconocido como tal judicialmente, no puede ser tenido *a priori* como elemento delimitador de las fincas colindantes, por lo que se da la confusión de linderos que es presupuesto de la acción de deslinde". Aplicando esa doctrina al caso de autos, la citada Sentencia de 14 octubre 2002 desestimó el motivo planteado por el recurrente ya que "valorando la confesión del demandado, el muro de hormigón que separa ambas fincas fue construido por él, unilateralmente, a fin de separarlas". Y también asumió dicha tesis para el concreto asunto litigioso la referida Sentencia de 25 junio 2007, afirmando que "los demandados han levantado *de modo unilateral una valla para delimitar su finca en la forma que han estimado conveniente*, lo que no significa certeza de dicho lindero"³².

27 Con anterioridad, *vid.* en un sentido similar la STS 20 junio 1986 (RJ 1986, 3780) en la que se declaró que "la acción de deslinde se concibe para casos de confusión de linderos, *nunca para el caso de que los linderos se determinen en datos físicos significativos, como son, en este proceso, el camino y el muro*"; o la STS 11 julio 1988 (RJ 1988, 5607) donde se afirmó que el lindero oeste de la finca estaba "perfectamente identificado por el muro del edificio, y esta realidad identificativa ya hace por sí sola ineficaz la acción de deslinde ejercitada, al faltar el elemento esencial de la confusión en la línea de tangencia".

En sede de Audiencias, *vid.* en igual sentido, p.ej. la SAP Cáceres 29 septiembre 2011 (JUR 2011, 364302), o la SAP Huesca 17 marzo 2004 (JUR 2004, 112390) que desestimó la acción de deslinde al encontrarse los límites de las parcelas claramente establecidos con *muro y valla*, no habiendo pues confusión de linderos.

28 RJ 2009, 7259

29 RJ 2002, 10171

30 RJ 2007, 3547

31 RJ 1997, 4889

32 Sin embargo, tal posición en absoluto es pacífica. Así, las SSTs 26 junio 2003 (RJ 2003, 4310) y 14 mayo 2010 (RJ 2010, 3698) entendieron que "el primordial elemento de la confusión en la zona de tangencia de los predios no se producirá, obviamente, cuando se hallan separados por instalaciones de cierre, con independencia de que la superficie abarcada se corresponda o no con la extensión objetiva del correspondiente derecho de dominio, que constituye problema a dilucidar en contienda diversa a la suscitada con la acción de deslinde, estrictamente encaminada a precisar una línea perimetral inexistente en su exteriorización práctica".

A la luz de los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales, cabe en efecto sostener que no se excluye indefectible y necesariamente la existencia de confusión de linderos por el hecho de que la finca cuente con *muros, vallas u otro tipo de cerramientos*³³. Como bien apunta FRADES³⁴, “aunque lo normal sea que tales elementos se construyan previa la delimitación de los confines del fundo”, la existencia de cierre “no es necesariamente señal de lindero; el mero hecho de que existan elementos de cierre no excluye por sí el deslinde”, a no ser que “tengan la consideración de medianeros conforme a la ley”³⁵ o “hayan sido establecidos con intervención de los dos propietarios –bien por convenio, bien mediante un procedimiento contradictorio–”. Ciertamente, aunque en esos dos supuestos sí se verá impedido el deslinde, fuera de ellos nada garantiza que los elementos de cierre no hayan sido construidos o situados indebidamente por un solo propietario³⁶ en un lugar que, por error o mala fe, no se corresponda con el lindero real y que aquel haya efectuado el cerramiento –ilegítimamente– para proceder a una suerte de deslinde unilateral. Y en este punto, es obligado traer a colación la reiterada jurisprudencia según la cual *el cierre no puede servir como expediente para que el dueño de una finca proceda a deslindarla unilateralmente y por*

También en el caso resuelto por la STS 27 abril 1981 (RJ 1981, 1664) –en que *el demandado había colocado los mojones a su arbitrio y de forma unilateral*– el TS consideró que la existencia de los mismos excluía la acción de deslinde: “debe prevalecer la realidad insoslayable de la existencia de hitos o mojones en la finca de la actora, que van marcando de forma patente los contornos de la misma de manera sensible y física, lo que hace inviable la acción de deslinde ejercitada, toda vez que ante tal delimitación es imposible todo confusionismo con las fincas colindantes, sin que dicha aseveración la desvirtúe el que por el actor se atribuya dicho deslinde y colocación de mojones a la propia parte demandada, realizada a su arbitrio e invadiendo la finca del mismo, pues el deslinde tan solo acredita un hecho, pero no precisamente el derecho con el que se hagan y, de darse invasión del derecho del actor, siempre tendrá éste las acciones correspondientes para defenderlo”.

- 33 Vid. p.ej. HUALDE, J.J.: “Com. arts. 384-387 CC”, en *Código Civil Comentado* (dir. A. CAÑIZARES/P. DE PABLO/J. ORDUÑA/R. VALPUESTA), I, Civitas–Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 1520; RUIZ-RICO, J.M./CASADO, B.: “Arts. 384-388 CC”, cit., pp. 921-922.
- 34 FRADES DE LA FUENTE, E.: “Com. arts. 384-388 CC”, en *Comentarios al Código Civil* (coord. J. RAMS ALBESA), III, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 244-246, 249.
- 35 Abundando en esa referencia a la medianería, añade FRADES, E.: “Com. arts. 384-388 CC”, cit., p. 249 que no procederá el deslinde entre fincas colindantes cuando los confines entre ellas se hallen claramente delimitados a través de la separación de las mismas por *muros medianeros*, ya que “la medianería misma supone que el muro ocupa precisamente la línea divisoria” entre tales fincas; “o en los casos de construcciones adosadas, siempre que el muro de separación pueda considerarse igualmente medianero”.
- 36 O por un tercero, como en el supuesto resuelto por la STSJ Navarra 12 septiembre 2006 (RJ 2006, 1254), donde “*la valla*, en que la demandada sitúa el lindero norte de su propiedad, *fue instalada por el pastor* que llevaba en explotación la finca de las actoras más al norte de la línea divisoria a que hasta ese momento llegaba el cultivo de la finca colindante y *por donde le pareció más adecuado y sencillo, sin pretensión alguna en orden a una correcta delimitación de las fincas*”. Con base a ese soporte probatorio, declaró el TSJ que “para que la existencia de vallas o paredes sea impeditiva de una acción de deslinde es necesario que tales elementos cumplan una función delimitadora o separadora de las propiedades contiguas, lo que no sucederá con elementos que se prueben instalados en el interior de una de las fincas colindantes con otro fin o sin pretensión alguna definitiva de sus límites, como es el caso”.

vía de hecho (SSTS Sala Iª 14 octubre 2002³⁷, 25 junio 2007³⁸, 8 noviembre 2007³⁹, 20 mayo 2009⁴⁰ y 27 mayo 2015⁴¹)⁴².

B) Cierre de fincas y amojonamiento.

Si en el apartado anterior hemos hecho hincapié en el tema de la confusión de linderos como principal aspecto distintivo entre el deslinde -que precisamente persigue el propósito de fijar los límites dudosos de una finca- y la facultad de cierre -que, bien al contrario, parte de la existencia de lindes *incontrovertidas* de la finca a cerrar-, interesa ahora destacar que, *al igual que el cierre*, también el *amojonamiento* se diferencia del deslinde en que solo si las lindes son ciertas y están perfectamente localizadas cabrá proceder a hacerlas *visibles* mediante la colocación de hitos o mojones. Esto es, así como en el deslinde es condición indispensable la incertidumbre de los confines de la finca respecto de los inmuebles contiguos, en el amojonamiento no hay esa duda o discusión y únicamente habrá lugar al mismo si los límites de la finca se hallan exactamente determinados y no existen signos externos que los evidencien -porque nunca se pusieron, por haber desaparecido posteriormente o porque se colocaron erróneamente en un lugar distinto de donde se hallaba realmente el lindero y se quieren reubicar correctamente tales señales en la situación auténtica de las lindes-⁴³.

Con todo, y sin perjuicio de que el presupuesto de la ausencia de confusión de linderos sea común al amojonamiento y al cierre de fincas -y comporte su neta distinción con el deslinde⁴⁴-, no cabe, sin embargo, concebir aquellas dos

37 RJ 2002, 10171

38 RJ 2007, 3547

39 RJ 2007, 7419

40 RJ 2009, 3182

41 RJ 2015, 2264

42 Vid. en igual sentido la SAP Málaga 23 diciembre 2016 (JUR 2017, 94678), o la SAP Huesca 15 octubre 1998 (AC 1998, 7843), según la cual "el demandado, por su propia autoridad y sin acudir al procedimiento legalmente establecido, ha venido a amojonar y delimitar la finca sin previo deslinde, mediante el expeditivo procedimiento de colocar estacas y un muro. Tal actuación no puede verse amparada en el derecho de todo propietario a cercar su finca (art. 388 CC), pues tal derecho presupone la existencia de un linde incontrovertido, pues de lo contrario se incurriría en fraude de ley y se vulnerarían las normas establecidas para el deslinde en los arts. 384 y ss. con el pretexto de que se está haciendo uso de la facultad del art. 388".

43 Ahora bien, según se refleja en la STS 21 junio 1997 (RJ 1997, 4889), si se produce la ulterior desaparición de los mojones y ello llega a provocar *confusión de los linderos*, en tal hipótesis la acción a ejercitar será la de deslinde.

44 Aun sin dejar de reconocer la estrecha relación entre el deslinde y el amojonamiento -no en vano, la STS 10 febrero 1997 (RJ 1997, 938) define el amojonamiento como "la realización material y exteriorización del deslinde"-, y no siendo en absoluto infrecuente el ejercicio acumulado de ambas acciones (vid. p.ej. STS 27 junio 2011 [RJ 2011, 4888]), lo cierto es que no tienen por qué ir necesariamente unidas. Cabe, de una parte, que se pretenda exclusivamente la fijación de los linderos de una finca sin que se pida la señalización externa de los mismos; posibilidad de deslinde sin amojonamiento de la que es muestra la STS 18 mayo 2011 (RJ 2011, 3975)]. Pero asimismo es posible -aunque menos frecuente en la práctica- que se dé la situación inversa de que, estando ya perfectamente determinados los límites de una finca, únicamente se persiga la exteriorización de tales lindes mediante el amojonamiento (vid. STS 29 noviembre 2011 [RJ 2012, 581]). Muestra de la autonomía de una y otra figura -patente en su regulación por otros Códigos civiles europeos

operaciones como idénticas⁴⁵. A diferencia del amojonamiento, el cerramiento o cercado de una finca no se limita -ni tiende necesariamente- a hacer visibles o perceptibles físicamente mediante señales o signos externos sus límites o linderos⁴⁶, ciertos e indiscutidos, sino que se dirige a *aislar la finca y vedar que penetren extraños en ella* (STS Sala 3ª 31 mayo 1986⁴⁷) -si bien, como más adelante se verá, puede realizarse por medios que *materialmente* no cierren el paso o la entrada-. Así, según señala de una parte FRADES DE LA FUENTE, aunque a menudo los elementos de cierre puedan considerarse a la vez como mojones, *no necesariamente* toda valla, verja o muro tendrá esa consideración, a no ser que lo reconozcan como tal los propietarios de las fincas contiguas⁴⁸. Por otro lado, desde la segunda perspectiva apuntada, y como puede leerse en la STS Sala 1ª 20 mayo 2009⁴⁹, “el cerramiento de la superficie del inmueble es una facultad que reconoce el art. 388 CC, que sirve no solo para fijar los límites, sino *para la defensa de la propiedad*”.

III. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA EL CIERRE DE FINCAS

I. Propietarios vs. titulares de otros derechos reales y poseedores en general

Configurado el cierre de fincas como una de las manifestaciones de la facultad de exclusión ínsita en el derecho de propiedad, a la hora de reconocer legitimación activa para su ejercicio el art. 388 CC se refiere *única y exclusivamente* al propietario (a «*todo propietario*»). Prescinde, pues, el precepto de extender la facultad de cierre de fincas *a los titulares de otros derechos reales* -a diferencia de lo que en materia de deslinde hace expresamente el art. 384.2⁵⁰-. Ello conduce inicialmente a pensar que se trata de una facultad propia y privativa del *pleno*

(como el italiano o el BGB alemán)- es la STS 17 abril 1998 (RJ 1998, 2506), que desestimó la acción de deslinde -puesto que existía ya una anterior delimitación- y estimó, en cambio, la de amojonamiento al faltar no los mojones básicos, sino los intermedios.

45 Patente es la confusión entre el cierre de fincas y el amojonamiento que se advierte en VILALTA, A.E./MENDEZ, R.: *Expediente de deslinde y acción de deslinde y amojonamiento*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 7.

46 Según señala la doctrina, la operación material del amojonamiento se puede realizar, además de con la colocación de hitos o mojones -que normalmente serán señales de piedra, hierro o cemento (FRADES, E.: “Com. arts. 384-388 CC”, cit., p. 264)-, también “mediante un foso, empalizada, tapia, etc.” (LACRUZ, J.L. et al.: *Elementos...*, III-1º, cit., p. 282).

47 RJ 1986, 4481

48 FRADES, E.: “Com. arts. 384-388 CC”, cit., p. 263.

49 RJ 2009, 3182

50 Vid. asimismo el art. 200.2º LH que, respecto al deslinde de fincas inscritas en el Registro de la Propiedad, se refiere al titular “*de cualquier derecho real*” (mientras que el art. 105.2 Ley de la Jurisdicción Voluntaria restringe la legitimación a los titulares de derechos reales “*de uso y disfrute*”).

dominio –así lo entienden, por ejemplo, HERNÁNDEZ GIL⁵¹ y TORRES LANA⁵² y así lo han declarado expresamente algunos tribunales⁵³; y de hecho, al reconocimiento del derecho de cierre a los “propietarios” de fincas se circunscriben la práctica totalidad de las resoluciones judiciales sobre la materia⁵⁴ (SSTS Sala 3ª 5 febrero 1996⁵⁵, 24 marzo 1997⁵⁶, 19 mayo 1998⁵⁷ y 15 octubre 1998⁵⁸)⁵⁹.

Sin embargo, existe una línea jurisprudencial que fundamenta la facultad de cerrar fincas del art. 388 CC en el *ius possidendi* (SSTS Sala 3ª 27 abril 1987⁶⁰ y 23 enero 1990⁶¹) y tampoco faltan autores –principalmente SIERRA⁶² y LASARTE⁶³- que se inclinan por la atribución de dicha facultad, no solo al propietario, sino también al usufructuario, al poseedor en general y al arrendatario en particular⁶⁴. A este último respecto ha de tenerse en cuenta, no obstante, que lo que la legislación

- 51 HERNÁNDEZ GIL, A.: “Las relaciones de vecindad en el Código Civil”, en *Obras completas*, IV (*Derechos reales. Derecho de Sucesiones*), Espasa Calpe, Madrid, 1989, p. 164, tras afirmar que “titular del derecho de cerrar es exclusivamente el propietario”, entiende que “el usufructuario, dado su deber de conservar la forma y sustancia de la cosa (art. 467 CC), no está autorizado para llevar a cabo el cierre de la finca. Claro es –matiza el autor– que la norma no es de derecho necesario, por lo que el título de constitución del usufructo puede confiarle válidamente tal prerrogativa”. También la STS 3ª 19 junio 2001 (RJ 2001, 4403) declaró que “el art. 487 CC no otorga un derecho al usufructuario para cerrar la finca, pues el usufructuario, conforme precisa ese mismo art. 487, ha de conservar la forma y sustancia de la finca”
- 52 TORRES LANA, J.Á.: “Com. arts. 384-388 CC”, en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia* (dir. J.L. ALBÁCAR LOPEZ), II, Trivium, Madrid, 1991, p. 254.
- 53 Afirma en tal sentido la SAP Sevilla 25 mayo 1995 (AC 1995, 1043) que en el art. 388 CC “se consigna un derecho, llamado con acierto de exclusión o de defensa, que, como verdadero contenido del dominio, viene únicamente atribuido al propietario”. También la SAP A Coruña 8 septiembre 2011 (JUR 2011, 358081) señala que “la acción de cerramiento, ex art. 388 CC, viene únicamente atribuida al propietario que lo sea del terreno a cuyo cierre se encamina. Se trata por ello de una acción que implica dominio, en cuanto exclusivamente corresponde al propietario, lo que en la práctica se traduce en la necesidad de acreditar cumplidamente el derecho de propiedad”.
- 54 En la jurisprudencia menor, *vid.* por todas, SS. AP A Coruña 20 septiembre 2011 (JUR 2011, 345106) y Alicante 5 marzo 2015 (JUR 2015, 125333).
- 55 RJ 1996, 890
- 56 RJ 1997, 1875
- 57 RJ 1998, 3859
- 58 RJ 1998, 7164
- 59 Una mención particular merece la problemática que suscita la legitimación para el cierre de fincas en el seno de los cotos de caza; ámbito donde son muchas las sentencias que, al hilo de pleitos de responsabilidad extracontractual por accidentes de tráfico derivados del atropello o colisión con animales salidos a la vía pública, afirman que aquella facultad reconocida por el art. 388 CC –que no deber, apostillan en los términos que luego veremos– corresponde a los propietarios de los fundos y no a los titulares de los cotos. Según señalan las SS. AP Barcelona 17 noviembre 2015 (JUR 2016, 9831) y Valencia 28 enero 2013 (JUR 2013, 160529), “la facultad de vallar un terreno no le corresponde a quien es mero titular del aprovechamiento cinegético del mismo, sino a su dueño”; “titulares de los terrenos acotados que –precisa la SAP Huelva 13 noviembre 2015 (JUR 2016, 29534)– en la mayoría de los casos son arrendatarios o meros cesionarios de los terrenos” y no sus propietarios.
- 60 RJ 1987, 4761
- 61 RJ 1990, 339
- 62 SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.: “Com. arts. 384-388 CC”, en *Comentario del Código Civil* (coord. I. SIERRA), T.3, Bosch, Barcelona, 2000, p. 229.
- 63 LASARTE, C.: *Principios de Derecho Civil*, IV, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2008, p. 141.
- 64 También FRADES, E.: “Com. arts. 384-388 CC”, *cit.*, pp. 268-269 sostiene que “si el reconocimiento de la facultad de cerrar las fincas tiene por objeto permitir el goce exclusivo de las mismas a su titular, cuando el goce y disfrute de un predio correspondan a persona distinta del propietario –al usufructuario, por ejemplo– no habrá motivo para negarle la posibilidad de proteger y garantizar el legítimo ejercicio de su derecho mediante el cierre o cercado de la finca”.

especial de arrendamientos rústicos permite hacer al arrendatario es “retirar” los vallados, paredes, zanjas u otras formas de cerramiento o cercado del predio arrendado, aunque solo si hay acuerdo expreso entre las partes o en el caso particular que prevé el art. 20.2 LAR 49/2003 (en su vigente redacción por la Ley 26/2005)⁶⁵.

2. Cierre de fincas en copropiedad y en régimen de propiedad horizontal.

Tampoco hay pleno consenso doctrinal acerca del ejercicio de la facultad de cierre de una finca cuando ésta pertenece a varios dueños en *copropiedad*. Mientras que algún autor, como HERNÁNDEZ GIL⁶⁶, considera que el cerramiento comporta una alteración de la cosa común y requiere, por ende, el consentimiento unánime de todos los copropietarios (art. 397 CC), es mayoritaria la opinión contraria⁶⁷ de que el cierre, destinado simplemente a permitir y facilitar el goce exclusivo de la finca por sus titulares, no supone una alteración de la cosa común sino una suerte de acto de mera administración, para el que basta contar con la *mayoría* de los partícipes en los términos del art. 398 CC.

Por otra parte, cuando el inmueble objeto de cierre pertenezca a una comunidad de propietarios en régimen de *propiedad horizontal* será preciso obviamente observar al respecto las previsiones generales que establece la Ley 49/1960 de Propiedad Horizontal⁶⁸. Un ejemplo de ello ofrece la STS Sala I^a 20 mayo 2009⁶⁹ en la que, tras recordarse que el art. 17.6 LPH “exige la unanimidad para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la Comunidad”⁷⁰, el TS consideró en relación al caso debatido que “*el cerramiento acordado, consistente en la instalación de una verja en la zona de aparcamiento y garaje, espacio en que están situados los locales comerciales de los actores, para dejar una puerta de salida al paseo y otra a la escalera que baja a dicho garaje les ocasiona perjuicios y afecta al título constitutivo por suponer una alteración de los elementos comunes y debe acordarse en Junta de Propietarios por unanimidad*”⁷¹. Sin perjuicio de reconocer la facultad de cerramiento del inmueble

65 Vid. al respecto, SAP Burgos 9 noviembre 2014 (JUR 2015, 297308).

66 HERNÁNDEZ GIL, A.: “Las relaciones de vecindad”, cit., p. 164.

67 Vid. entre otros, ROCA, J.: “Com. arts. 384-388 CC”, cit., p. 516; FRADES, E.: “Com. arts. 384-388 CC”, cit., p. 269.

68 Vid. al respecto, p.ej. STS I^a 17 noviembre 2012 (RJ 2012, 1500). Sobre el tema, *cf.* asimismo RDGRN 15 julio 2013 (RJ 2013, 6679) y Auto TS I^a 29 abril 2014 (JUR 2014, 137791).

69 RJ 2009, 3182

70 Y por su parte, el art. 17.4 *in fine* establece que “no podrán realizarse innovaciones que hagan inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario, si no consta su consentimiento expreso”.

71 Ante la discrepancia entre las Audiencias respecto a si los acuerdos en los que se aprueba el cerramiento de una urbanización exigen para su validez la unanimidad del art. 17.6 LPH (SAP Madrid 24 enero 2006 [JUR 2006, 89950]) o la simple mayoría del art. 17.7 (SAP Asturias 2 mayo 2008 [JUR 2008, 356120]), la STS 16 julio 2009 (RJ 2009, 5492) sentó como doctrina jurisprudencial –reiterada en las SSTs 10 enero

que contempla el art. 388 CC, declaró esta Sentencia que “el acuerdo que nos ocupa perjudica a los demandantes desde la óptica de sus derechos como dueños de locales comerciales, ya que no podrían desarrollar sus legítimas facultades dominicales, en el sentido de facilitar el acceso de clientela o de proveedores a sus locales”.

IV. LA FINCA COMO OBJETO DEL CIERRE.

I. Fincas rústicas y fincas urbanas.

La rúbrica del Capítulo IV donde se ubica el art. 388 CC reza «Del derecho de cerrar *las fincas rústicas*» y el propio precepto, al regular la facultad de cierre, emplea el término «*heredades*»; vocablo que ciertamente evoca los campos o fundos *rústicos*.

Con todo, y pese a esa aparente restricción nominal a los inmuebles de naturaleza rústica⁷², la doctrina prácticamente unánime admite sin el menor reparo que la facultad de cierre o cercado alcanza a *todo tipo de fincas*⁷³ y se esmera en explicar que el hecho de que en el art. 388 no se mencionen expresamente las fincas urbanas “se debe a que con relación a ellas nunca existió duda acerca de la posibilidad de cerrarlas. Fue la tradición histórica, que había prohibido el cierre de fincas rústicas durante siglos para permitir el paso de los ganados trashumantes, lo que hizo a los redactores del Código sentir la necesidad de dejar constancia de que, también con relación a la propiedad rústica, existía la facultad de cierre”⁷⁴.

2012 (RJ 2012, 3645), 5 marzo 2014 (RJ 2014, 1686) y 2 julio 2015 (RJ 2015, 2558)- que “*para que sea válido un acuerdo adoptado por mayoría en la Junta de propietarios de una Comunidad, consistente en el cierre de elementos comunes que sirven de acceso a locales comerciales ubicados en el interior de la urbanización, mediante puertas o cancelas, habrá que respetar los derechos que adquirieron los dueños de los locales de negocio legalmente establecidos, durante las horas en que estos locales tengan derecho a permanecer abiertos*”. A *sensu contrario*, “se exige el acuerdo unánime de los comuneros para la validez del acuerdo de cerramiento de edificios, siempre que los derechos de los propietarios de los locales comerciales puedan verse alterados”. Idénticos pronunciamientos reproducen las SS. AP Málaga 24 enero 2018 (JUR 2018, 264280) y Badajoz 12 noviembre 2020 (JUR 2021, 35421).

72 HERNÁNDEZ GIL, A.: “Las relaciones...”, cit., p. 164 -apegado rigurosamente a la letra y la rúbrica del art. 388- subraya que el cerramiento “lo refiere el CC *específicamente a las fincas rústicas*” y, sobre esa base, el autor habla en todo momento de la facultad de cierre de las “fincas rústicas”.

73 Vid. p.ej. CALVO VIDAL, F.M.: “Com. arts. 384-388 CC”, en *Comentarios al Código Civil* (dir. A. DOMÍNGUEZ LUELMO), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 513; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil III Derecho de Bienes*, 12ª ed. revisada y puesta al día por M. ALBALADEJO ABARCA, Edisofer, Madrid, 2016, pp. 224-225.

74 Vid. FRADES, E.: “Com. arts. 384-388 CC”, cit., p. 267.

Semejante explicación da también LACRUZ, J.L. et al.: *Elementos...*, III-1º, cit., pp. 281-282; y ampliamente LÓPEZ y LÓPEZ, Á.: “Sobre el origen y significado histórico del artículo 388 del Código Civil”, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol.2º, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 1581-1594. Otros apuntes históricos sobre el cierre de fincas pueden verse en SÁNCHEZ SALAZAR, F.: “Una aproximación a los cercados y acotamientos de tierras en Extremadura a finales del siglo XVIII y principios del XIX”, *Revista española de estudios agrosociales y pesqueros*, núm.207, 2005, pp. 13-50; y MARTÍNEZ-CARANDE CORRAL, J.A.: “La Extremadura contra la Mesta: El Memorial de Extremadura como antecedente del artículo 388 del Código Civil”, *Revista de estudios extremeños*, núm.2, 2019, pp. 429-461.

Una sucinta referencia histórica a la facultad de cierre puede encontrarse en la STSJ Castilla-La Mancha (Contencioso-Administrativo) 20 octubre 2017 (JUR 2017, 311295), cuando afirma que “el derecho a vallar se reconoce a los propietarios desde que en el siglo XIX desapareció la prohibición de vallar los

Asimismo la jurisprudencia es fiel reflejo de que la facultad de cerrar las fincas se proyecta en la práctica tanto sobre la propiedad *rústica* (SSTS Sala 1ª 12 mayo 1998⁷⁵ y Sala 3ª 24 marzo 1997⁷⁶ y 19 mayo 1998⁷⁷)⁷⁸ como sobre la *urbana* (SSTS Sala 1ª 20 mayo 2009⁷⁹ y Sala 3ª 15 octubre 1998⁸⁰)⁸¹; y en la actualidad, junto a los casos de cierre de predios rústicos, es tan o más frecuente que la finca objeto del mismo tenga la consideración de solar (SSTS Sala 3ª 5 enero 1988⁸², 24 enero 1990⁸³, 9 septiembre 1991⁸⁴ y 20 diciembre 1995⁸⁵)⁸⁶ como que sea suelo no urbanizable (SSTS Sala 3ª 28 julio 1989⁸⁷, 23 enero 1990⁸⁸, 2 julio 1991⁸⁹, 5 febrero 1996⁹⁰ y 4 febrero 2008⁹¹).

2. Fincas privadas y bienes de dominio público.

Configurado el cierre de fincas como una facultad propia del derecho de propiedad "*privada*" y reconocido al propietario sobre «sus» heredades, no falta en la jurisprudencia menor alguna resolución que se ha encargado de puntualizar que dicha facultad reconocida a todo propietario por el art. 388 CC opera únicamente "*en su faceta particular o privada*, mientras que *en la esfera del dominio público*, al que pertenecen las calles y plazas, *no es posible acceder a pretensiones de cerramiento, por lo que ello comporta de privación al resto de los ciudadanos de un bien cuyo uso es común e incesante*, cual sucede con las vías públicas de cualquier ayuntamiento (en este sentido, STS 24 octubre 1975)". Por tanto, "el establecimiento de puertas

predios rústicos, establecida en beneficio del Concejo de la Mesta, y por ello este derecho se reconoce expresamente en el CC, que dedica el art. 388 al derecho de cerrar las fincas rústicas". Por su parte, la SAP Badajoz 29 septiembre 2006 (JUR 2006, 278808) recuerda "la secular confrontación existente entre los agricultores españoles y los poseedores de ganado acerca del derecho a cercar las fincas de aquellos para evitar la causación de daños a sus cosechas por las ovejas (art. 388 CC)".

75 RJ 1998, 3574

76 RJ 1997, 1875

77 RJ 1998, 3859

78 En sede de Audiencias, *vid. p.ej.* SAP Alicante 5 marzo 2015 (JUR 2015, 125333).

79 RJ 2009, 3182

80 RJ 1998, 7164

81 Según señala la SAP Soria 9 marzo 1999 (AC 1999, 4160), aunque la redacción que el legislador decimonónico dio al art. 388 CC parece circunscribir el ámbito de aplicación del precepto a las fincas rústicas, "es también aplicable a las fincas urbanizables o urbanas, aún no edificadas, pues las edificaciones surgirán plenamente delimitadas y cerradas". Por su parte, la SAP Alicante 28 enero 2011 (JUR 2011, 162363) declara que el art. 388 es susceptible de aplicación, "*por analogía*", a las fincas con la calificación de *urbanas*.

82 RJ 1988, 188

83 RJ 1990, 351

84 RJ 1991, 6816

85 RJ 1995, 9970

86 Sobre el cerramiento de solares en la jurisprudencia menor, *vid. p.ej.* SAP Baleares 27 mayo 2011 (JUR 2011, 257545).

87 RJ 1989, 6157

88 RJ 1990, 339

89 RJ 1991, 5722

90 RJ 1996, 890

91 RJ 2008, 590

o muros que impidan el acceso al vial público constituye un obstáculo al uso de la misma por la generalidad de ciudadanos, en sentido amplio, siendo por ello ilegal cualquier acto que restrinja o elimine el referido uso público de un bien de dominio público". Tales son los pronunciamientos que pueden leerse en la SAP de Málaga 30 diciembre 2000⁹², en relación con el ramal de una calle que, afectada al uso público, tenía el carácter de bien de dominio público municipal, conforme al art. 344 CC. Y de ahí que se condenara a los demandados "a ejecutar las obras necesarias para eliminar los obstáculos (verja metálica y muro de obra) colocados en el referido vial público, dejándolo libre y expedito"⁹³.

En estrecha relación con lo anterior, interesa traer a colación los frecuentes conflictos que se plantean en la práctica como consecuencia de la *invasión del dominio público* (ya de caminos⁹⁴, aceras⁹⁵ o viales en general⁹⁶, ya de zonas de servidumbre de carreteras⁹⁷, del dominio público hidráulico⁹⁸ o marítimo-terrestre, etc.) *a través del cierre* de una finca privada efectuado por su dueño⁹⁹. A este respecto cabe citar, p.ej. la STS Sala 3ª 2 junio 2021¹⁰⁰, sobre la instalación de un cerramiento de malla metálica *cruzando el cauce de un río*, sin contar con

92 JUR 2001, 162000

93 Sobre la denegación del cierre por un particular de un terreno de dominio público se pronunció en su día la STS 3ª 21 marzo 1979 (RJ 1979, 1343), según la cual "a pesar de la invocación del art. 388 CC, el predio de la recurrente se encuentra en el mismo centro de la villa de Mos, junto a la Casa Consistorial, la Parroquia y un Centro Escolar, y, lo que es más importante, la parte de terreno que se pretende cerrar *ha sido objeto de un uso público desde tiempo inmemorial*", recordando el TS que la imposibilidad de cerrar fincas públicas fue ya declarada por "su sentencia de 29 marzo 1969 (RJ 1969, 1764), en un supuesto en que el particular había procedido al *cierre de un terreno considerado como camino público*, por su uso como tal desde tiempo inmemorial".

Una regla prohibitiva del cierre de caminos públicos establece, p.ej., la Ley Agraria de Extremadura (Ley 6/2015), a tenor de cuyo art. 195.1 "Los caminos públicos deben estar permanentemente disponibles para su uso, por lo que *el cierre de los mismos estará expresamente prohibido*. Sólo en casos verdaderamente excepcionales y por interés social podrá autorizarse su cierre por la Administración titular, haciendo en todo caso fácil el tránsito de animales, personas y vehículos por los mismos".

94 Vid. STSJ Castilla y León (Contencioso-Administrativo) 15 octubre 2012 (JUR 2012, 358893). En cambio, la SAP Murcia 20 enero 2000 (AC 2000, 3703) reconoció el derecho del dueño de una finca a cerrarla mediante "la colocación de postes y valla en la base misma del talud que discurre pegado a un camino", *al no apreciarse que tal cierre* –cuyos postes estaban enclavados dentro de su propiedad privada– *supusiera invasión de dicho camino ni impidiera el normal uso del mismo*.

95 A nivel legal, viene a proscribir expresamente *la invasión de caminos* mediante el cierre de fincas la Ley Agraria extremeña de 2015, cuyo art. 192.4 dispone que "Los cerramientos de parcelas o fincas colindantes con los caminos rurales no podrán invadir sus límites, respetándose en todo caso la zona de protección establecida".

Vid. la STSJ Cataluña (Contencioso-Administrativo) 16 noviembre 2012 (JUR 2013, 179327) que confirmó el acuerdo municipal de demolición parcial de la valla de cierre de una finca "en cuanto que sobresale y ocupa suelo viario *invadiendo la acera de la calle*".

96 Cfr. SS. TSJ (Contencioso-Administrativo) Andalucía 26 diciembre 2012 (JUR 2013, 96732) y Castilla y León 14 julio 2017 (JUR 2017, 244488).

97 Vid. STSJ Cataluña (Contencioso-Administrativo) 1 diciembre 2014 (JUR 2015, 60260).

98 Cfr. la STS Sala 3ª 25 octubre 2012 (RJ 2012, 11314), sobre la retirada del vallado colindante con un río.

99 Vid. desde el punto de vista registral, las RR. DGRN 9 abril 2015 (RJ 2015, 1756) y 24 abril 2018 (RJ 2018, 2476).

100 RJ 2021, 2674

autorización del organismo de cuenca para la realización de tal obra de cierre¹⁰¹; o la SAN 13 noviembre 2020¹⁰², sobre la construcción de un muro de cierre de 800 m. de largo por 2 m. de alto invadiendo el demanio costero, al situarse en la zona de servidumbre de tránsito y a escasos metros de la línea de deslinde y de las escaleras de acceso a una playa¹⁰³. Incluso en algún caso se ha denegado la autorización de vallado de una finca (con fines de instalación de un invernadero) “por cuanto su construcción vulnera las servidumbres aeronáuticas del aeropuerto internacional de Gran Canaria” (STSJ Islas Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 14 junio 2012¹⁰⁴).

V. MEDIOS DE CIERRE: *NUMERUS APERTUS* Y DIVERSIDAD DE FORMAS DE CERRAR UNA FINCA.

El significado gramatical de las palabras «cerrar» y «cercar» que emplea el art. 388 CC, y su relación con el término «acotar» al que reiteradamente alude la Ley de Caza (art. 15 y concordantes)¹⁰⁵, ya sugieren la amplia variedad de medios de los que puede servirse el propietario para materializar sobre la finca el ejercicio de su facultad de cierre.

Así lo corrobora el propio tenor del precepto que nos ocupa cuando, tras mencionar ejemplificativamente las «paredes, zanjas, setos vivos o muertos»¹⁰⁶, incorpora una cláusula abierta -«o de cualquier otro modo»- en la que tienen cabida las más diversas formas de cierre¹⁰⁷, tanto de tipo material como de carácter “espiritual” o simbólico.

101 Otros supuestos de cerramientos y vallados de fincas invadiendo zonas de policía o de servidumbre de arroyos, ríos o cauces y, en general, perturbando el dominio público hidráulico pueden verse en las SS. TSJ (Contencioso-Administrativo) Galicia 19 julio 2012 (JUR 2012, 271032), Madrid 30 enero 2015 (JUR 2015, 65805), Comunidad Valenciana 24 febrero 2016 (JUR 2016, 148699) y Castilla y León 20 diciembre 2019 (JUR 2020, 82165).

102 JUR 2021, 5391

103 Cfr. también SAP A Coruña. 19 febrero 1999 (AC 1999, 3485).

104 JUR 2012, 299039

105 Además de dicha alusión a los terrenos «acotados», la Ley de Caza de 4 abril 1970 emplea también el término «cercar» y en el art. 19.1 dispone que “son terrenos cercados aquellos que se encuentran rodeados materialmente por muros, cercas, vallas, setos o cualquier otra obra o dispositivo construido con el fin de impedir o prohibir el acceso de las personas o animales ajenos o el de evitar la salida de los propios”.

106 Una aproximación descriptiva a estos concretos supuestos lleva a cabo HERNÁNDEZ GIL, A.: “Las relaciones...”, cit., p. 164, quien recuerda que el art. 388 “alude expresamente a las paredes (obra de fábrica, que supone una elevación sobre la superficie), las zanjas (excavación en el terreno), los setos vivos (formados por plantas, arbustos e incluso árboles) o muertos (como los formados por ramas cortadas)”.

107 Que la enumeración de los medios de cerrar o cercar las fincas que hace el art. 388 tiene un carácter meramente enunciativo o ejemplificativo y no exhaustivo es algo que ponen de relieve expresamente nuestros tribunales (vid. STS 3ª 24 marzo 1997 [R] 1997, 1875], SAP Granada 2 septiembre 1998 [AC 1998, 6627]) y que también destaca toda la doctrina, en atención a la locución «o de cualquier otro modo» que emplea el precepto. Vid. por todos, HERNÁNDEZ GIL, A.: “Las relaciones...”, cit., p. 164 (quien, no obstante, considera que dicha “fórmula generalizadora es quizá excesivamente amplia” y puntualiza que “habrá de sobreentenderse que se trata de cualquier otro modo que sirva a la precisa finalidad de producir el cerramiento”).

I. Obras y elementos materiales de cerramiento.

A) *Elenco jurisprudencial.*

Por lo que se refiere a las obras, instalaciones o elementos *materiales* empleados para cerrar una finca, la jurisprudencia ofrece muestras, entre otras muchas y sin el menor ánimo de exhaustividad, de las siguientes: trama de alambre (STS Sala 3ª 29 septiembre 2008¹⁰⁸) o simple alambrado sin mampostería (STS Sala 3ª 28 julio 1989¹⁰⁹), tendido de alambre sobre postes de hierro sujetos con cemento (STS Sala 3ª 2 septiembre 1998¹¹⁰), alineaciones de postes fácilmente susceptibles de ser enlazados por una alambrada (STS Sala 3ª 31 mayo 1986¹¹¹), valla de alambre y somieres viejos o colocación de valla metálica (STS Sala 3ª 24 marzo 1997¹¹²), cercado de parcela con piquetas y malla de metal (STS Sala 3ª 5 febrero 1996¹¹³), pared de ladrillo y cancilla de hierro sobre columnas de cemento (STS Sala 3ª 17 marzo 1986¹¹⁴), muros (SSTS Sala 3ª 23 enero 1990¹¹⁵ y 19 mayo 1998¹¹⁶), vallado con placas de hormigón ensambladas en vigas de hierro (STS Sala 3ª 8 julio 1996¹¹⁷), verjas (STS Sala 1ª 20 mayo 2009¹¹⁸), etc.

Especialmente frecuentes son las sentencias que hacen una referencia particular a los “setos vivos” como formas de cierre¹¹⁹ –por ejemplo, enredaderas de hiedra (SAP Almería 21 marzo 2011¹²⁰), o incluso la plantación alineada de tuyas (SAP Pontevedra 26 octubre 2012¹²¹)¹²² o de cipreses en fila formando una valla y con crecimiento controlado (SAP Alicante 24 mayo 2012¹²³)¹²⁴–; resoluciones que, como luego se verá, suelen pronunciarse sobre los cierres vegetales al hilo de

108 RJ 2008, 4585

109 RJ 1989, 6157

110 RJ 1988, 9261

111 RJ 1986, 4481

112 RJ 1997, 1875

113 RJ 1996, 890

114 RJ 1986, 1827

115 RJ 1990, 339

116 RJ 1998, 3859

117 RJ 1996, 6134

118 RJ 2009, 3182

119 Como apuntan las SS. AP Soria 11 julio 2016 (AC 2016, 1403) y Valladolid 18 diciembre 2017 (JUR 2018, 40000), “constituye costumbre en todo el territorio nacional y en países de nuestro entorno y clima el recurso a plantaciones o setos vivos como medio de cerramiento de parcelas, zonas residenciales, urbanizaciones y fincas de recreo”.

120 JUR 2011, 228374

121 JUR 2013, 35967

122 Vid. igualmente SS. AP A Coruña 14 abril 2010 (JUR 2010, 194068) y Pontevedra 8 junio 2012 (JUR 2012, 243336).

123 JUR 2012, 257796

124 Vid. asimismo SS. AP Alicante 23 mayo 2017 (JUR 2017, 225995) y Valladolid 18 diciembre 2017 (JUR 2018, 40000).

conflictos en las relaciones de vecindad y litigios vinculados a las limitaciones del dominio que establecen los arts. 591, 592 y concordantes CC.

B) *Restricciones a las características físicas del cierre: remisión a otro lugar.*

No obstante esa diversidad de la que se ha dado cuenta, las obras de cierre no pueden exceder de lo que es su cometido de “aislar” la finca ni llegar a implicar un cambio de uso del terreno o pasar a constituir una auténtica *edificación* (STS Sala 3ª 23 diciembre 1985¹²⁵).

Por otra parte, las características físicas de dichas obras pueden ser objeto de ciertos condicionamientos o limitaciones, ya por razones cinegéticas –como se prevé en el art. 19.4 Ley de Caza y en los arts. 17.9 y 21.4 y 6 Reglamento de Caza¹²⁶ (y su correlativa normativa autonómica)-, ya por exigencias medioambientales, paisajísticas o urbanísticas –tal como posteriormente se analizará al hilo de los límites a la facultad de cierre impuestos por la correspondiente legislación administrativa (ex art. 20.2 TR de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana y art. 65.3 Ley de Patrimonio Natural y Biodiversidad)-. Baste anticipar a este respecto que son no pocas las resoluciones judiciales que vienen a imponer restricciones en cuanto a la naturaleza, situación o tamaño del medio de cerramiento de las fincas al encontrarse éstas ubicadas en espacios naturales protegidos por su valor paisajístico (STS Sala 3ª 2 julio 1991¹²⁷) o por su valor ecológico para la conservación de la fauna (STS Sala 3ª 29 septiembre 2008¹²⁸).

Por lo que se refiere al llamado “feísmo” urbanístico en materia de cierre de fincas, tienen declarado nuestros tribunales que, aparte de que “los criterios estéticos son muy subjetivos”, aun cuando no exista duda de que en el caso se está ante una “aberración estética” –por ejemplo, cuando “las viviendas o pazos están ejecutados en piedra respetando la construcción tradicional y, en

125 RJ 1986, 866

126 El art. 19 Ley de Caza (y en términos similares su Reglamento aprobado por Decreto 506/1971), tras definir en el párr.1 lo que son *terrenos cercados*, desarrolla a continuación el régimen jurídico de los mismos, señalando que, *por regla*, en ellos “*la caza estará prohibida*”, si bien –puntualiza el párr.4- “*todo terreno cercado susceptible de aprovechamiento cinegético podrá constituirse en coto de caza, siempre que su cerramiento cumpla las condiciones reglamentarias que se fijen y esté debidamente señalado*”. Sobre las exigencias técnicas de dichos cerramientos en los cotos de caza, *vid.* FRADES, E.: “Com. arts. 384-388 CC”, *cit.*, p. 270.

A la luz del citado art. 19, señala la SAP Barcelona 28 junio 2010 (JUR 2011, 313683) que “en general los terrenos acotados no deben cercarse porque en los cercados está prohibida la caza. Solo excepcionalmente se contempla la posibilidad de cerrar o vallar la finca. La mayoría de los terrenos en los que se constituyen cotos de caza no pueden ser cercados; es más, incluso en aquellos en que, con autorización de la Administración, se puede cercar el terreno, no pasa de ser una opción legítima, pero no una imposición legal imperativa, cuya inobservancia pueda producir una responsabilidad. Además –añade la AP-, la sociedad titular del aprovechamiento cinegético no puede legalmente proceder de propia autoridad a cercar el terreno en el que ejercita su derecho de caza, porque esa facultad corresponde, conforme al art. 388 CC, al propietario del terreno, no al titular del aprovechamiento del derecho de caza”.

127 RJ 1991, 5722

128 RJ 2008, 4585

cambio, la ejecución de los muros de cierre con bloques de hormigón supone un atentado al buen gusto”- no cabe al respecto amparo jurídico *en el orden civil* ni procede estimar la pretensión de demolición del muro o su adecuación a los cánones estéticos, ya que, al margen de ciertas referencias en la Ley de Propiedad Horizontal, “el Derecho civil no concede el derecho a imponer al vecino el deber de construir siguiendo unas determinadas pautas en cuanto a los materiales que debe emplear”, debiendo canalizarse las quejas, si proceden, ante las autoridades competentes en materia urbanística (SAP A Coruña 20 septiembre 2011¹²⁹).

2. Cierres «simbólicos».

Además de la referida posibilidad de cerrar materialmente las fincas con vallas, tapias, muros y similares, se admite incluso que el cierre se lleve a cabo de forma *simbólica*, mediante indicaciones o anuncios claramente visibles que manifiesten la prohibición de acceso o paso prohibido¹³⁰: bien por medio de *letreros o carteles* (STS Sala 3ª 21 marzo 1986¹³¹), o través de “marcas en los árboles”, tal como permitió la STS Sala 1ª 12 mayo 1998¹³² en la que puede leerse que “el derecho a cercar las heredades que reconoce el art. 388 CC no excluye («o de cualquier otro modo») *el empleo de árboles marcados como señal identificatoria*”.

Así lo viene a positivizar la Propuesta académica de nuevo CC elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, cuyo 334-5 dedicado al «Cierre de fincas», tras disponer en su aptdo. I que “El propietario de una finca puede cerrarla por medio de vallas, setos, zanjas o de cualquier otro modo”, especifica a continuación que “*También puede servirse de carteles y otros símbolos semejantes*”.

129 JUR 2011, 345106

130 Vid. por todos ROCA, J.: “Com. arts. 384-388 CC”, cit., p. 515; TORRES LANA, J.Á.: “Com. arts. 384-388 CC”, cit., p. 254; ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil III*, cit., p. 225. Una alusión normativa a ello puede encontrarse en el art. 19.3 Ley de Caza (“Los terrenos rurales cercados en los que se pueda penetrar a través de accesos practicables se considerarán a efectos cinegéticos como terrenos abiertos, salvo que *el propietario haga patente mediante carteles o señales la prohibición de entrada a los mismos*”).

En contra de la referida opinión dominante se inclina HERNÁNDEZ GIL, A.: “Las relaciones...”, cit., pp. 164-165: dado que el art. 388 CC utiliza la expresión “cerrar o cercar” –y no la más amplia de “acotar” de que hablaba la legislación anterior-, considera el autor que el simple hecho de que el propietario manifieste su voluntad de impedir el paso por la finca (p.ej. colocando una señal gráfica de «Prohibido el paso»), aunque sí desempeña el cometido del acotamiento, no es una manifestación del derecho de cerrar y “no cumple la finalidad de «cerrar o cercar»”.

131 RJ 1986, 2323

132 RJ 1998, 3574

VI. EJERCICIO DE LA FACULTAD DE CIERRE.

I. Práctica del cierre, acción de cierre y su frecuente subsunción en una acción negatoria.

La *práctica del cierre* de una finca no sigue un procedimiento especial¹³³ y, como facultad inherente al dominio, normalmente el propietario la ejercitará, *sin más intervención de nadie*, realizando los oportunos actos materiales¹³⁴.

Ahora bien, naturalmente, en caso de que un tercero se oponga al cierre y lo entorpezca, podrá el dueño de la finca acudir ante los tribunales y ejercitar la *acción de cierre* para que cese la oposición -lo que a menudo quedará atendido a través de una acción *negatoria*¹³⁵-.

Desde otra perspectiva, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá respecto al control administrativo y las autorizaciones o licencias que fueren procedentes para el cierre de fincas, es jurisprudencia consolidada de nuestro TS que "el procedimiento de concesión de una licencia municipal de obras para cerramiento de finca *no es el adecuado para plantear, dirimir y resolver temas anejos de posesión o dominio*" (STS 3ª 24 marzo 1997¹³⁶)¹³⁷; conflictos en materia de posesión, propiedad y titularidad de otros derechos reales que habrán de encauzarse mediante el ejercicio de las acciones pertinentes en cada caso -como de inmediato pasamos a apuntar telegráficamente-.

133 En cambio, el deslinde ha de efectuarse por alguna de las siguientes vías o procedimientos: a través del ejercicio de la correspondiente acción (art. 384), mediante un expediente de jurisdicción voluntaria (art. 200 y concordantes LH y 104-107 LJV, según se trate, respectivamente, de fincas inscritas o no inscritas) o por medio de un convenio privado entre los colindantes interesados (el llamado deslinde contractual). Vid. detalladamente DE SALAS, S.: *El deslinde...*, cit., pp. 65-150.

134 Señala en sentido ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil III*, cit., p. 225 que "generalmente, para practicar el cierre parece que debe bastar con la determinación que tome y ponga en práctica el dueño". Tal como afirmó la ya clásica STS 3ª 21 marzo 1979 (RJ 1979, 1343), "*normalmente, el simple cerramiento de una finca sólo constituye el simple ejercicio de una de las facultades integradas en el haz del derecho dominical, y de ahí la posibilidad de ser practicado por el propietario mismo, sin necesidad de seguir un determinado procedimiento, ni de acudir a Autoridad o Tribunal*, por lo que nuestro CC en el art. 388 permite al dueño cerrar o cercar sus heredades *sin necesidad de seguir ningún trámite*, ni de citar a los propietarios de los predios colindantes, como exige el propio Código en su art. 384 para el deslinde. En principio, pues, la facultad de cerrar las fincas no es más que la natural y lógica consecuencia del derecho de propiedad, y el que cierra su heredad *no demanda nada a sus vecinos, ni a nadie*".

135 Afirma a este respecto ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil III*, cit., p. 225 que la acción de cierre "a veces estará subsumida en otras: por ejemplo, si al cierre se hace oposición alegando la existencia de servidumbre, se utilizará la acción negatoria (de la servidumbre)". Cfr. SAP Soria 9 marzo 1999 (AC 1999, 4160).

136 RJ 1997, 1875

137 En la misma línea declaró la STS 3ª 15 octubre 1998 (RJ 1998, 7164), también en un caso de cierre de una finca, que "el control municipal ejercido en la concesión de una licencia *no puede ser aprovechado para definir situaciones de titularidad*". Asimismo la ya añeja STS 3ª 21 marzo 1979 (RJ 1979, 1343) afirmó que *la licencia de obras de cerramiento o vallado "no interfiere en las relaciones jurídico-privadas, por lo que ha de entenderse otorgada dejando siempre a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de terceros"*; pronunciamiento que reproduce, entre otras, la STSJ Navarra 28 mayo 1997 (RJ 1997, 2571).

2. Cierre de fincas vs. acciones reivindicatoria, declarativa de dominio, de deslinde, confesoria y posesorias.

Interesa comenzar señalando que el cierre de una finca *no exige la citación de los dueños de las colindantes* (a diferencia de lo que para la práctica de un deslinde reclama expresamente el art. 384 CC). Y tal como señala la SAP A Coruña 11 abril 2014¹³⁸, “el art. 388 CC dispone que todo propietario tiene derecho a cercar o cerrar su propiedad, *sin que se establezca que los colindantes deban darle permiso*. Cuestión distinta –puntualiza esa misma sentencia- son los derechos que asistan a éstos si ese cierre excediese de la propiedad de aquel”.

En efecto, no obstante la facultad de cierre del propietario, y aparte de la eventual interposición de una acción confesoria¹³⁹ -cuando esté en juego un derecho de servidumbre en los términos que luego se verá-, podrá ser procedente, en su caso, el ejercicio por terceros de una acción declarativa de dominio¹⁴⁰ -cuando la extralimitación en el cierre propicie, en su caso, una declaración o constatación del dominio invadido-, o de una acción reivindicatoria¹⁴¹ -cuando se discuta si el cierre o cercado conlleva la usurpación ilegítima de terreno colindante y se formule una pretensión restitutoria-, o de la acción de deslinde¹⁴² -pues, como ya antes se analizó, el cierre efectuado por el dueño de una finca no puede servir para que éste, subrepticamente y *de facto*, proceda a deslindarla de forma unilateral (SSTS Sala 1ª 20 mayo 2009¹⁴³ y 27 mayo 2015¹⁴⁴)-, o incluso el ejercicio acumulado de ambas acciones –la de deslinde y la reivindicatoria (o, en su caso, la meramente declarativa)- si el demandado no cercó su propiedad por el límite correcto de su finca y usurpó un trozo de tierra del demandante, interesando este en el suplico de la demanda la delimitación material de su finca y la recuperación del terreno usurpado¹⁴⁵.

138 JUR 2014, 217748

139 Sobre la correlación entre el art. 388 CC y el ejercicio de la acción confesoria de servidumbre, *vid. p.ej. SS. AP Alicante 5 marzo 2015 (JUR 2015, 125333), Orense 17 noviembre 2016 (JUR 2017, 77476) y Baleares 4 noviembre 2019 (JUR 2019, 339056).*

140 *Vid. SS. AP A Coruña 20 mayo 2016 (JUR 2016, 154580) y Cáceres 5 marzo 2020 (JUR 2020, 225156).*

141 *Vid. p.ej. SAP Asturias 31 enero 2020 (JUR 2020, 96735) y STSJ Navarra 12 septiembre 2006 (RJ 2006, 1254).*

142 En contra de la posibilidad de ejercicio de la acción de deslinde se manifiesta DE PABLO, P.: “Com. art. 388 CC”, *cit.*, p. 1530, aduciendo que su “procedencia queda excluida por el cerramiento en cuanto éste comporta posesión exclusiva”. Sin embargo, a mi juicio, y tal como expuse anteriormente al hilo de la distinción entre el cierre de fincas y el deslinde (y la confusión de linderos como presupuesto básico de este último), no siempre y en todo caso queda excluida necesariamente la existencia de dicha confusión de linderos por el hecho de que la finca cuente con muros, vallas u otro tipo de cerramientos.

143 RJ 2009, 3182

144 RJ 2015, 2264

145 *Vid. p.ej. SS. AP Alicante 3 octubre 2011 (JUR 2021, 11648) y Asturias 5 mayo 2016 (JUR 2016, 132249).*

Por otra parte, los propietarios de las fincas colindantes a la cerrada podrán interponer *acciones posesorias*¹⁴⁶ cuando las cercas u obras de cierre supongan un acto de despojo en su anterior estado posesorio¹⁴⁷. Ahora bien, tal como tienen reiteradamente declarado nuestros tribunales (SAP Murcia 22 junio 1995¹⁴⁸), en estos casos de obras de delimitación o cerramiento en que lo que se discute por las partes es precisamente cuál es la línea de separación de las propiedades, “ha de procederse con suma cautela a fin de evitar que el interdicto se convierta en un simple medio de impedir al propietario el ejercicio del derecho a cercar su propiedad conforme al art. 388 CC, de modo que el éxito de la acción posesoria dependerá de que efectivamente se acredite que el cerramiento está afectando al estado posesorio anterior en que se encontraban los colindantes privando a la parte actora de parte del terreno de cuya posesión disfrutaba”. A falta de esta prueba, “ha de prevalecer el derecho del propietario al cercado de su finca, sin perjuicio de lo que pudiere resultar del eventual juicio declarativo a que pudieran acudir las partes para la definición de su derecho con efecto de cosa juzgada”.

VII. LÍMITES AL DERECHO DE CIERRE.

I. Servidumbres y limitaciones legales del dominio.

A) *Respeto a las servidumbres preexistentes al cierre y posibilidad de ulterior constitución de servidumbres forzosas.*

La facultad del propietario de cerrar o cercar fincas ha de entenderse, tal como expresamente señala el último inciso del art. 388 CC, «*sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas*»¹⁴⁹ (STS Sala 3ª 19 junio 2001¹⁵⁰). Debe aquél respetar, por tanto, las servidumbres ya existentes en toda la extensión en

146 Cfr. p.ej. SS. AP Málaga 31 octubre 2016 (JUR 2017, 94525), Murcia 29 mayo 2017 (JUR 2017, 184202) y Córdoba 5 julio 2018 (JUR 2018, 287392) y 19 julio 2018 (JUR 2018, 288942).

147 En estimación del llamado “interdicto” de obra nueva interpuesto por el arrendatario de una parcela de terreno destinada a aparcamiento de vehículos de su restaurante, y acordando la suspensión de las obras (de notable envergadura) iniciadas por el propietario con objeto de cerrar dicha parcela, vid. la SAP Asturias 11 diciembre 2019 (JUR 2020, 103882): “Nadie niega el derecho de todo propietario a cerrar o cercar su heredad según dispone el art. 388 CC, pero una cosa es ostentar ese derecho y otra bien distinta que su ejercicio prive del que otros tienen a usarla y que habrá de ser respetado. Tratándose, como es el caso, de un arrendamiento, el art. 1554.3º CC impone al arrendador la obligación de mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato, y el art. 1557 le prohíbe variar la forma de la cosa arrendada, y como tal variación cabe entender el cierre de una parcela que se había arrendado totalmente abierta. La obra ejecutada no puede hallar amparo tampoco en el art. 1558, pues no se trata de ninguna reparación urgente que sea necesario realizar en la cosa arrendada, obedeciendo en cambio al puro deseo y voluntad del arrendador, que no puede imponerse al arrendatario cuando las obras de cierre en cuestión imposibilitan de forma evidente el uso de aparcamiento al que estaba destinada la finca en virtud del contrato de arrendamiento”. Vid. también SAP Burgos 9 noviembre 2014 (JUR 2015, 297308).

148 AC 1995, 1248

149 Aunque con diferente redacción, también la Propuesta académica de nuevo CC de la Asociación de Profesores de Derecho Civil establece en el apdo.2 del art. 334-5, regulador del «Cierre de fincas», que “*Esta facultad no puede perjudicar el ejercicio de las servidumbres constituidas sobre la finca*”.

150 RJ 2001, 4403

que hubieren sido constituidas, sin que el cierre pueda perjudicarlas ni menoscabar o dificultar su uso (siendo seguramente las de paso las que más afectadas se vean¹⁵¹ -conforme a las previsiones de los arts. 545, 565 y 566 CC¹⁵²-, aunque también son frecuentes los casos en que la altura del muro de cierre levantado puede llegar a incidir sobre servidumbres de luces y vistas¹⁵³). Ahora bien, tal como se ocupan de aclarar nuestros tribunales, dicho inciso final del art. 388 a

151 Según indica HERNÁNDEZ GIL, A.: “Las relaciones...”, cit., p. 165, el mantenimiento de las servidumbres de paso “requiere que no se altere el modo de utilizarlas. Esto trae como consecuencia que el cierre no puede ser total o, al menos, en ningún caso será el mismo en el lugar por el que se efectúa el paso... pues el paso no solo no debe ser impedido, sino tampoco perturbado. Como en la servidumbre legal de paso éste ha de efectuarse por el punto menos perjudicial al predio sirviente (art. 565), cabe plantearse si, al construir el cerramiento, es susceptible de modificación el punto del paso porque resulte perjudicial por el que se viniera efectuando. Dado que la servidumbre no excluye ningún derecho del titular del predio sirviente (entre los que se encuentra el de cerrar las fincas rústicas), aunque haya de ejercitarlos de la forma requerida para el ejercicio de la servidumbre, y teniendo en cuenta que, cuando la servidumbre resulte incómoda es variable el lugar si no resulta perjuicio para el dueño del predio dominante (art. 545), puede concluirse que la servidumbre forzosa de paso, así como también la voluntaria, si se cierra la finca sirviente, es susceptible de otro trazado, de forma que el lugar de la apertura en la pared, cercado o alambrado resulte menos perjudicial o simplemente más cómodo para el propietario del predio sirviente, siempre que en la servidumbre forzosa de paso se continúe observando la regla de la menor distancia del predio dominante al camino público (art. 565 *in fine*)”.

152 Vid. entre infinidad más, SS. AP León 16 enero 2014 (JUR 2014, 53008), Murcia 29 enero 2015 (JUR 2015, 79675) y Toledo 17 febrero 2017 (JUR 2017, 81949).

A fin de ilustrar las dos tendencias que se aprecian a la hora de compatibilizar la facultad de cerrar las fincas y el respeto y no agravación de las servidumbres de paso existentes, cabe mencionar a modo de ejemplo, como muestra de una primera posición, la SAP Valencia 10 abril 2006 (JUR 2007, 43169) que consideró que la colocación de valla y puerta por el dueño del predio sirviente suponía una variación de la servidumbre que obligaba al demandante, para poder utilizar el paso, primeramente a penetrar furtivamente por una finca distinta de dicho predio sirviente, después levantar una barrera de similares características a un paso ferroviario o de parking público y dejarla luego en la posición anterior, y finalmente quitar un gancho para desmontar una cerca metálica y volverla a poner en el mismo sitio; obras de cierre que, según se apunta en la sentencia con cierta ironía, han transformado el derecho real de servidumbre de paso en una especie de “campo de entrenamiento militar”, por lo que se condenó al demandado a retirar tal cierre y suprimir los referidos obstáculos, vedados por el art. 545 CC. También la SAP Orense 9 octubre 2002 (JUR 2003, 10212) entendió que la colocación de un somier como forma de cierre, por muy removible que dicho obstáculo fuera, implicaba una evidente dificultad para el desplazamiento del mismo y arrojaba una incomodidad que trascendía de lo razonablemente soportable por el titular del predio dominante para el ejercicio de la servidumbre de paso. Un auténtico menoscabo de la servidumbre de paso apreció cabalmente la SAP Orense 17 noviembre 2016 (JUR 2017, 77476) que se había producido con la instalación de una cancilla metálica cuyo complejo sistema de apertura requería, según el perito, de una manipulación de, al menos, 25 movimientos, lo que obviamente excedía de la mera incomodidad. Vid. en relación con la demolición de cierres y retirada de cancelas por impedir o dificultar el paso y uso de serventías, las SS. TSJ Galicia (Civil y Penal) 31 marzo 2010 (RJ 2010, 2739) y 10 enero 2012 (RJ 2012, 259).

En cambio, y como manifestación de la orientación proclive a la prevalencia del cierre efectuado sin perjudicar la servidumbre, la SAP Orense 15 mayo 2014 (JUR 2014, 212506) entendió que la colocación por el propietario de dos cancelas cerrando su finca fue en legítimo ejercicio de la facultad concedida por el art. 388 CC, al no impedir ni hacer especialmente gravosa la servidumbre de paso existente en favor de los vecinos para acceder a una fuente pública, ya que “abrir una puerta supone realmente una pequeña incomodidad que debe ser tolerada”, no apreciándose pues infracción del art. 545 CC. Vid. en la misma línea, SS. AP Toledo 20 septiembre 2016 (AC 2016, 1995), Baleares 14 diciembre 2016 (JUR 2017, 14533) y Orense 3 mayo 2019 (JUR 2019, 178605).

153 Vid. p.ej. SS. AP Alicante 3 octubre 2011 (JUR 2011, 11648) y Lugo 24 enero 2011 (JUR 2011, 118383).

En otro orden de cosas, aclaró la SAP A Coruña 13 junio 2008 (JUR 2008, 338423) que “la instalación de un portalón en un muro de cierre no conlleva la existencia de una servidumbre de luces y vistas, como interpretan los recurrentes, que extienden el concepto de tal clase de servidumbre a unos extremos inapropiados. Según su tesis, si una persona ejercita el derecho que le confiere el art. 388 CC mediante un cierre diáfano (p.ej. una simple alambrada o una malla tipo red) estaría constituyendo una servidumbre de luces y vistas, lo que no es cierto”.

lo que “obliga precisamente es a preservar el gravamen, no a que el gravamen –la servidumbre- impida el derecho de cerrar y cercar la finca” (SAP León 5 julio 2012¹⁵⁴).

Del referido límite a la facultad de cierre se hace eco el art. 560 CC para el supuesto particular de la servidumbre de acueducto (STS Sala 3ª 17 marzo 1986¹⁵⁵); precepto a tenor del cual la existencia de la servidumbre de acueducto sobre un predio no impide a su propietario cerrarlo o cercarlo, pero “*siempre que no se perjudique la servidumbre ni se imposibiliten las reparaciones y limpieas necesarias*”¹⁵⁶. Y también se plasma, por ejemplo, en el art. 602 que, si bien contempla el cercado de una finca como vía para liberarla del régimen de comunidad de pastos, declara expresamente subsistentes las servidumbres establecidas sobre tal finca¹⁵⁷.

Huelga advertir que el límite dispuesto por el art. 388 *in fine* al cierre de fincas por razón de las servidumbres sobre las mismas –límite inaplicable, en cambio, cuando se trate de *actos meramente tolerados* por el dueño (SAP Alicante 5 marzo 2015¹⁵⁸)¹⁵⁹- no llegará a operar, obviamente, en aquellos casos en que, tal como resuelven no pocas sentencias, *en verdad no había tal servidumbre*: así lo ha declarado, p.ej., la SAP Ávila 3 septiembre 1999¹⁶⁰ en relación con una alegada y no probada servidumbre de luces y vistas; o la SAP Valladolid 29 septiembre 2020¹⁶¹ respecto de una inexistente servidumbre de paso¹⁶².

Por otra parte, interesa remarcar que, además del respeto a las servidumbres preexistentes o ya “constituidas” -a las que se ciñe la letra del art. 388 CC-, es *communis opinio* en la doctrina¹⁶³ y afirmación reiterada de nuestros tribunales (SAP Alicante 5 marzo 2015¹⁶⁴) que la facultad de cierre tampoco puede impedir la constitución, *con posterioridad al cierre*, de servidumbres forzosas en los supuestos en que la ley autoriza a exigir las.

154 JUR 2012, 278159

155 RJ 1986, 1827

156 Vid. al respecto, SS. AP Baleares 19 julio 2012 (AC 2012, 1213) y Murcia 12 mayo 2015 (JUR 2015, 154707).

157 Por su parte, el art. 583.2 Código del Derecho Foral de Aragón (D.Legisl. 1/2011) establece que “*El titular de una finca gravada con servidumbre de pastos podrá cerrarla, pero deberá dejar paso suficiente para el acceso del ganado*”. Similar disposición existe en el Derecho navarro (Ley 402 en su actual redacción por Ley foral 21/2019).

158 JUR 2015, 125333

159 Vid. en el mismo sentido SS. AP Pontevedra 23 febrero 2015 (JUR 2015, 80913) y León 26 abril 2016 (JUR 2016, 118022).

160 AC 1999, 1966

161 JUR 2020, 317779

162 Vid. igualmente, entre otras muchas, SS. AP Pontevedra 23 febrero 2015 (JUR 2015, 80913) y León 26 abril 2016 (JUR 2016, 118022).

163 Vid. p.ej. LÓPEZ Y LÓPEZ, Á.: “Com. art. 388 CC”, en *Comentario del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1063.

164 JUR 2015, 125333

B) Límites al cierre de fincas por razón de las llamadas servidumbres legales.

Dada la confusa terminología que el codificador español empleó en ciertos aspectos de la regulación de las servidumbres y sus clases –y en lo que ahora importa, en lo atinente a su distinción de las limitaciones legales del dominio-, debe interpretarse que cuando el art. 388 CC reconoce al propietario la facultad de cerrar sus fincas “sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas” este límite puede proceder tanto de un *derecho real de servidumbre* propiamente dicho –ya se trate de servidumbres voluntarias ya forzosas- como de las *limitaciones del dominio* que el Código Civil denomina *servidumbres legales*.

Esto impide, por ejemplo, que en la llamada servidumbre natural de aguas el dueño del predio superior realice obras de cierre que agraven la posición del predio inferior (art. 552 *in fine* CC)¹⁶⁵. Asimismo exige tener en cuenta el art. 570 sobre las cañadas, cordeles, veredas u otras servidumbres de paso para ganados¹⁶⁶. Y también hace preciso atender a lo dispuesto por los arts. 571 y ss. CC en materia de medianería¹⁶⁷ a la hora de fijar la titularidad de la propiedad de los vallados, setos, paredes u otros elementos de cierre o cercado¹⁶⁸, así como para la imputación de los gastos de su construcción y mantenimiento; ámbito donde es afirmación reiterada de nuestros tribunales que “si bien todo propietario tiene derecho a cerrar su finca (art. 388 CC), en ejercicio de este derecho no puede obligar a constituir medianería a su colindante, es decir, obligarle a que entre los dos costeen la construcción del elemento de separación y a edificar tal elemento en terreno aportado por ambos colindantes a partes iguales” (SAP Baleares 27 marzo 2013¹⁶⁹).

Por otra parte, para el caso particular de cercado con setos vivos, las prescripciones que establecen los arts. 591 a 593 CC en materia de distancias, altura de la vegetación, corte de ramas, etc. son objeto de interpretación por una nutrida jurisprudencia menor –no del todo uniforme- que se pronuncia acerca del grado de aplicabilidad de cada uno de dichos preceptos a estos cierres vegetales en función de la especie y tipo de plantación, siendo especialmente polémica la cuestión de si tales setos han de guardar las distancias del art. 591 CC -como

165 Frente a la pretensión de demolición del muro de la finca del demandado, la SAP Málaga 23 septiembre 1993 (AC 1993, 1790), tras reflexionar sobre “la contraposición entre el derecho del propietario (de la finca superior) a cercarla (art. 388 CC) y la obligación que le incumbe de no agravar la posición del predio inferior (art. 552), se decantó por reconocer el derecho al amurallamiento de la finca, siempre que la cerca se eleve de forma que no aumente los riesgos naturales a que está sujeto el predio inferior”, evitación de los riesgos que podría crear la cerca a cuyo fin había además “bocas de desagüe en la base del muro que permitían la salida de aguas a la acequia exterior”.

166 En particular sobre la correlación entre los arts. 388 y 570 CC, *vid.* PARRA LUCÁN, M^º.Á.: *Vías pecuarias y propiedad privada*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 37-44.

167 *Vid.* con detalle HERNÁNDEZ GIL, A.: “Las relaciones...”, *cit.*, p. 165.

168 *Cfr.* SAP A Coruña 20 septiembre 2011 (JUR 2011, 345106).

169 JUR 2013, 172237

entiende la SAP Valencia 27 noviembre 2002¹⁷⁰- o más bien no, como señalan la mayoría de las Audiencias (SAP Madrid 11 marzo 2011¹⁷¹) desestimando en consecuencia la pretensión de arranque, eliminación o retirada completa de la vegetación plantada (SS. AP Pontevedra 26 octubre 2012¹⁷² y Valladolid 18 diciembre 2017¹⁷³). No obstante, esas mismas sentencias vienen a puntualizar que “dichos setos vivos en la colindancia de parcelas deben respetar la altura prevista como máxima para las cercas de separación de parcelas en forma vegetal”, por lo que, de sobrepasarla, sí suele condenarse a su poda o tala parcial a fin de que “dichas plantas sean cortadas a la altura máxima de 2 metros y sean cuidadas de forma que no invadan la propiedad vecina” (SS. AP Valencia 5 marzo 2010¹⁷⁴ y 8 mayo 2013¹⁷⁵), a lo que agrega la SAP Alicante 28 enero 2011¹⁷⁶ que *cuando las ramas del seto vivo se extienden sobre la finca contigua resulta aplicable lo dispuesto en el art. 592 CC.*, y procede ordenar su poda en virtud del derecho que tal artículo otorga al dueño de dicha finca a reclamar que se corten en cuanto invadan su propiedad.

2. Cierre de fincas e intereses de orden público: exigencias urbanísticas, de ordenación legal del suelo y de protección de la biodiversidad.

La facultad de cerrar sus fincas que otorga al propietario el art. 388 CC ha de ejercitarse conforme a las exigencias que, en su caso, puedan venir impuestas por la *normativa urbanística aplicable* o en general deriven de la *ordenación legal*

170 JUR 2003, 72957. Declara esta sentencia, en relación con el seto, laurel y cañizo plantados como cierre de un predio rústico, que “si bien es cierto que el art. 388 CC faculta al propietario para cerrar o cercar su heredad, ello no excluye per se el derecho de la contraparte a *guardar las distancias* que determine la ordenanza o costumbre del lugar y en su defecto las prescripciones del art. 591 CC”.

También la SAP Córdoba 8 noviembre 2001 (AC 2001, 2204) afirmó que “el recurrente yerra cuando pretende contraponer el art. 388 CC con el 591. Ambos se complementan, de forma que una cosa es que el art. 388 permita cerrar la heredad con un seto vivo y otra distinta que ello suponga poder perjudicar la finca colindante incumpliendo las distancias que prevé el sistema de fuentes del art. 591”.

171 JUR 2011, 179953. Tajantemente afirma esta sentencia que “el art. 591 CC no es de aplicación a los setos vivos”; y en el caso, “la alineación de «cupressus arizónica» realizada por los demandados no se trata de una plantación de coníferas, sino que tiene una clara finalidad delimitadora de su finca, pudiendo ser valorada como «seto vivo» a los efectos del art. 388 CC que habilita a todo propietario para cerrar su finca con setos”.

Vid. igualmente SAP Alicante 28 enero 2011 (JUR 2011, 162363).

172 JUR 2013, 35967. Declara esta sentencia que, teniendo en cuenta que “una gran mayoría de chalets y parcelas se encuentran separadas por setos vivos, se entiende que el art. 591 CC no es de aplicación a esos «setos vivos», en virtud de la facultad que el art. 388 otorga a todo propietario de cerrar o cercar sus propiedades mediante setos, equiparándose en este aspecto a paredes, muros o zanjas, sin que tal norma le imponga ninguna limitación, con tal que no invada el fundo vecino”.

173 JUR 2018, 40000. Afirma esta sentencia respecto del art. 591 que “habrá que estar a las características de las plantaciones por su disposición, funcionalidad y cuidados, que merecen en todo caso la consideración jurídica de «setos vivos», y ello para la aplicación del art. 388 CC, que permite a todo propietario cerrar o cercar sus heredades por medio de «setos vivos»,... por lo que la existencia a *menos distancia de la establecida en el art. 591 CC de plantas de tal naturaleza que no alcanzan la categoría de árboles y ni siquiera de arbustos* -en el caso de autos, hiedra y enredaderas que trepaban por el muro de la vivienda- *no está proscrita por el ordenamiento jurídico*”. Vid. en idénticos términos, SAP Alicante 23 mayo 2017 (JUR 2017, 225995).

174 JUR 2010, 221764

175 JUR 2013, 275609

176 JUR 2011, 162363

del suelo (SSTS Sala 1ª 16 febrero 2007¹⁷⁷ y Sala 3ª 2 julio 1991¹⁷⁸, 19 mayo 1998¹⁷⁹ y 4 febrero 2008¹⁸⁰)¹⁸¹. A ello han de sumarse los condicionantes establecidos en aras a la protección de la biodiversidad y en particular de la fauna silvestre, en los términos que a continuación se va a examinar.

A) *Distancias mínimas y protección paisajística y medioambiental.*

Entre los referidos requisitos o limitaciones cabe hacer mención, por una parte, de la observancia de las *distancias mínimas* que han de guardar los cerramientos respecto a las vías, arroyos y caminos públicos existentes, conforme a lo determinado por el planeamiento urbanístico¹⁸² (SSTS Sala 3ª 23 enero 1987¹⁸³, 29 junio 1988¹⁸⁴, 23 enero 1990¹⁸⁵ y 26 septiembre 1990¹⁸⁶)¹⁸⁷. Sobre este particular, y en estrecha relación con los posibles problemas de invasión del dominio público, la STS Sala 3ª 19 mayo 1998¹⁸⁸ vino a confirmar, como decisión plenamente ajustada a Derecho, que en el concreto asunto litigioso la concesión al propietario de una finca rústica de licencia para su cierre hubiera sido sometida por el Ayuntamiento a la condición, entre otras, de “situar el muro de cerramiento a una distancia mínima de 1’50 ms. del borde exterior de la calzada colindante”, conforme a “a las distancias

177 RJ 2007, 1897

178 RJ 1991, 5722

179 RJ 1998, 3859

180 RJ 2008, 590. Esta importante Sentencia –cuyos pronunciamientos reproduce la STSJ (Contencioso-Administrativo) Andalucía 26 diciembre 2012 (JUR 2013, 96732), entre muchas más- declara que “los instrumentos de planeamiento pueden regular las condiciones de vallado o imponer restricciones al derecho de los propietarios de cerrar sus fincas reconocido en el art. 388 CC, siempre que las limitaciones que se establezcan en las normas urbanísticas tengan engarce en las disposiciones legales aplicables” y “no desnaturalicen o vacíen de contenido el expresado derecho del art. 388”, pues “no cabe tachar sin más de ser contrario a la función social de la propiedad el ejercicio de esa facultad de cercar o cerrar las heredades que el art. 388 reconoce al propietario”.

181 A decir de la SAP Toledo 22 febrero 2016 (JUR 2016, 65528), “el derecho que concede el art. 388 CC no puede pasar por alto lo que las ordenanzas municipales establezcan en la materia (SSTS 2 julio 1991 o 19 mayo 1998), debiendo respetarse las normas administrativas de orden urbanístico”.

182 P.ej. el art. 114.I.f) Ley del Suelo de Cantabria (Ley 2/2001) establece entre otras condiciones, respecto a las construcciones en suelo rústico, que “Los cerramientos se situarán de tal manera que la distancia mínima al límite exterior de la calzada, vial o camino sea de tres metros, salvo que el planeamiento establezca una distancia mínima inferior, en atención a las características del entorno” (vid. también art. 36).

La Ley 2/2016 del Suelo y Urbanismo de Galicia dispone en el art. 92.1 que “Las construcciones y cerramientos que se construyan con obra de fábrica, vegetación ornamental u otros elementos permanentes en zonas no consolidadas por la edificación tendrán que desplazarse un mínimo de 4 metros del eje de la vía pública a la que den frente”. No obstante, el propio precepto añade a renglón seguido que “se excluye de esta obligación la colocación de mojones y cierres de postes y alambre destinados a delimitar la propiedad rústica”.

Sobre las distancias a las vías públicas de los cierres o vallados de fincas, vid. también el art. 54 Reglamento de Urbanismo de Castilla y León (Decreto 22/2004).

183 RJ 1987, 1808

184 RJ 1988, 4783

185 RJ 1990, 339

186 RJ 1990, 7390

187 Vid. también STSJ Castilla y León (Contencioso-Administrativo) 20 febrero 2018 (JUR 2018, 107753).

188 RJ 1998, 3859

que respecto a las vías públicas existentes han de guardar los cerramientos de las fincas, según las normas de planeamiento aplicables en ese término municipal”.

Por otra parte, además, y como ya en su momento adelantamos, *las propias características físicas de las obras de cierre* -su naturaleza, tamaño, situación, etc.- se encuentran supeditadas a las eventuales restricciones que puedan venir impuestas por exigencias urbanísticas¹⁸⁹ o de impacto paisajístico o medioambiental. Así, a título de ejemplo, en el asunto resuelto por la STS Sala 3ª 14 abril 1997¹⁹⁰ no se permitió que el cierre de una finca se realizase mediante un muro de bloques de hormigón y, por imposición de las normas urbanísticas municipales, se exigió que se efectuara con alambrada, estacas o seto vivo.

La previsión de dichas limitaciones, concretamente por razones paisajísticas, aparece contemplada con carácter general en el art. 20.2 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (RD Legislativo 7/2015); precepto a tenor del cual “las instalaciones, construcciones y edificaciones habrán de adaptarse, en lo básico, al ambiente en que estuvieran situadas, y a tal efecto, en los lugares de paisaje abierto y natural, sea rural o marítimo, o en las perspectivas que ofrezcan los conjuntos urbanos de características histórico-artísticas, típicos o tradicionales, y en las inmediaciones de las carreteras y caminos de trayecto pintoresco, *no se permitirá que la situación, masa, altura de los edificios, muros y cierres limite el campo visual para contemplar las bellezas naturales, rompa la armonía del paisaje o desfigure la perspectiva propia del mismo*”¹⁹¹.

A la luz de la referida normativa, nuestra jurisprudencia ofrece buenos ejemplos de las antedichas restricciones físicas a la concreta forma de cierre cuando la finca en cuestión se halla enclavada en una zona de protección por su interés paisajístico -tal como se aprecia en la STS Sala 3ª 2 julio 1991¹⁹² o en las SS. TSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) Canarias 12 junio 2013¹⁹³ y Andalucía 31 marzo 2014¹⁹⁴-.

189 Así, p.ej., la Ley gallega del Suelo y Urbanismo establece en su art. 39 («Condiciones generales de las edificaciones en suelo rústico») que “Los cierres de fábrica no podrán exceder de 1,5 metros de altura, debiendo adaptarse al medio en que se ubiquen”.

190 RJ 1997, 2655

191 Similar disposición se reproduce en la normativa autonómica. Vid. p.ej. art. 195.3 TR de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha (DLegisl. 1/2010); arts. 58.1.a) y 385.3 Ley 4/2017 del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias; art. 86.b) TR de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra (DLegisl. 1/2017); art. 91.b) Ley gallega del Suelo y Urbanismo; art. 34 Ley 2/2001 del Suelo de Cantabria; o art. 109 TR de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Asturias (DLegisl. 1/2004) y art. 294 de su Reglamento de desarrollo (Decreto 278/2007). Vid. también la detallada regulación de las medidas de integración paisajística de los cerramientos que establece el art. 119.2 y 3 Ley Agraria balear de 2019.

192 RJ 1991, 5722

193 JUR 2013, 277402

194 JUR 2014, 169908. Según señala esta sentencia andaluza, “el vallado de la finca ejecutado con postes metálicos y mallazo de gallinero no presenta características tipológicas y estáticas adecuadas a su ubicación

Además de la protección del paisaje natural o de los entornos urbanos con especial valor histórico-artístico, también razones de tipo ecológico y de protección de la biodiversidad aconsejan o imponen límites al tipo de cerramiento a emplear. De ahí que la Ley 42/2007 de Patrimonio Natural y Biodiversidad establezca en su art. 65.3.f) que “los cercados y vallados de terrenos, cuya instalación estará sujeta a autorización administrativa, deberán construirse de forma tal que, en la totalidad de su perímetro, no impidan la circulación de la fauna silvestre no cinegética y eviten los riesgos de endogamia en las especies cinegéticas”.

De tales condicionantes dan cuenta nuestros tribunales¹⁹⁵, por ejemplo cuando el cierre en cuestión constituye “una barrera artificial infranqueable que hace imposible el tránsito de la fauna silvestre”, como aconteció en la litis resuelta por la STS Sala 3ª 29 septiembre 2008¹⁹⁶. De ahí que el TS confirmara el acto de la Administración que ordenaba la eliminación del cerramiento de una finca efectuado con trama de alambre, aduciendo a tal fin que “los posibles perjuicios al interés del particular deben ponderarse junto a los intereses públicos concurrentes, y en el caso de autos tales intereses públicos resultan determinantes a la vista de *la existencia de una resolución de impacto ambiental que declara la obra inviable, con incumplimiento de las dimensiones mínimas de alambrada, que impide la libre circulación de fauna silvestre no cinegética*, afectando además a una zona de dispersión del águila imperial ibérica. Los intereses públicos en juego son de tal importancia que deben prevalecer sobre los particulares, sin perjuicio, en su caso, del oportuno resarcimiento de los perjuicios” que acarree al propietario el desmontaje del vallado.

B) Autorizaciones administrativas y licencia de obras de cerramiento.

Aunque ya a largo de este trabajo hemos realizado diversas alusiones al tema, dentro de las exigencias que en orden al cierre de una finca pueden venir impuestas por razones jurídico-públicas de control del uso del suelo es momento de incidir en los títulos habilitantes de naturaleza urbanística previstos legalmente a tal efecto, entre los que se encuentran, ya la declaración responsable o comunicación previa¹⁹⁷, ya la *licencia* administrativa para acometer las correspondientes obras

y a su integración en el entorno, limita el campo visual hacia el valle del Guadalquivir y desfigura el paisaje rural en las inmediaciones de la carretera de Baeza a Úbeda”.

195 En la jurisprudencia menor, a la hora de examinar los límites legales al cercado total o parcial de cotos de caza y las condiciones técnicas y administrativas para ello, son frecuentes las referencias a la difícil compatibilidad de “la eventual existencia de vallados en el medio natural” con “*los requerimientos de movilidad de la fauna para asegurar su conservación y biodiversidad*” (vid. p.ej. SS. AP Orense 7 junio 2007 [JUR 2008, 148918] y Córdoba 14 julio 2011 [JUR 2011, 175751]).

196 RJ 2008, 4585

Vid. también STS] Madrid (Contencioso-Administrativo) 8 noviembre 2012 (JUR 2013, 3093); y en el plano penal, STS 2ª 11 febrero 2021 (RJ 2021, 466).

197 La Ley 13/2015 de Ordenación Territorial y Urbanística de Murcia cataloga “el cerramiento de fincas” como acto sujeto a *declaración responsable en materia de urbanismo* [art. 264.2.i), modificado por Ley 2/2020). También el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León de 2004 incluye entre los actos sometidos a

de cerramiento¹⁹⁸. A tal licencia se ha referido reiteradamente nuestro Tribunal Supremo, tanto en la jurisprudencia de su Sala 1ª (STS 16 febrero 2007¹⁹⁹) como especialmente en sus resoluciones de lo contencioso-administrativo (STS Sala 3ª 4 febrero 2008²⁰⁰)²⁰¹; botón de muestra de las cuales es la Sentencia de 24 marzo 1997²⁰², en la que puede leerse que “el cerramiento de un fundo requiere previa obtención de la correspondiente licencia urbanística, que, como es bien sabido, es un acto de autorización administrativa, simplemente declarativo de derechos preexistentes y de carácter reglado, de tal modo que la Administración ha de limitarse a comprobar si el objeto o contenido material de la licencia solicitada se ajusta o no a la normativa urbanística vigente”²⁰³.

Los aludidos títulos urbanísticos habilitantes para la ejecución de obras de cerramiento y, en particular, la mentada licencia previa²⁰⁴ –cuya pertinencia

declaración responsable “las obras de construcción o instalación de cerramientos, cercas, muros y vallados de fincas y parcelas” [art. 314 bis.l.b).2º, en su redacción por Decreto 6/2016]. E igualmente en la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid (Ley 9/2001), el art. 155.f) menciona expresamente “los cerramientos de parcelas, obras y solares” entre los actos sujetos a *declaración responsable urbanística, sin exigir para ellos licencia* (art. 152).

Tampoco la Ley del Suelo y Urbanismo de Galicia incluye los cerramientos dentro del catálogo de actos que requieren licencia municipal (art. 142.2), decantándose por la vía de control a través de la *comunicación previa*. De igual modo la Ley 11/2018 de Ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura incluye “el cerramiento de fincas, muros y vallados” dentro de los actos “sujetos al régimen de comunicación previa al Municipio” [art. 162.f)]. Y asimismo el art. 1921.c) TR de la Ley Foral navarra de Ordenación del Territorio y Urbanismo establece que “quedan sujetos al régimen de declaración responsable o comunicación previa, a los efectos de su constancia, realización y control posterior” los “cerramientos y vallados”. Por su parte, el art. 162 Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de Entidades Locales de Aragón (Decreto 347/2002) dispone que el régimen de comunicación previa podrá aplicarse a las “obras de sencillez técnica y escasa entidad constructiva y económica, consistentes normalmente en pequeñas obras de simple reparación, decoro, ornato o *cerramiento* que no precisen de proyecto técnico suscrito por profesional titulado. Se entienden como tales, entre otras,... los *cierres o vallados de fincas particulares*,...”.

198 La Ley 5/2006 de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja incluye “el cerramiento de fincas” entre los actos de uso del suelo sujetos a previa licencia [art. 192.2.b)]. Igualmente consideran que el cerramiento de fincas, muros y vallados requiere licencia urbanística el art. 165.l) TR de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha; o el TR de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Asturias (arts. 228.2 *in fine* y 251.5).

También el art. 183 de la Ley cántabra del Suelo incorpora el “cierre de vallados y fincas” en el elenco de actos sometidos a *previa licencia* que enumera en su párr.1, si bien puntualiza en el párr.4 que “Cuando se trate de obras menores, las ordenanzas municipales podrán sustituir la necesidad de obtención de la licencia urbanística por una declaración responsable o comunicación”. *Vid.* en el mismo sentido la Ley 2/2006 del Suelo y Urbanismo del País Vasco [art. 207.1.l) y 5].

Por su parte, la Ley 4/2017 del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias (en su vigente redacción por Decreto-ley 15/2020) exige licencia municipal para los “cerramientos y vallados perimetrales y de protección que requieran cimentación de profundidad superior a cincuenta centímetros” [art. 330.1.t)], mientras que tan solo reclama “comunicación previa, sin precisar licencia urbanística” para el “vallado de obras, fincas y solares que no requieran cimentación de profundidad superior a cincuenta centímetros” [art. 332.1.e)].

199 RJ 2007, 1897

200 RJ 2008, 590

201 *Vid.* igualmente, p.ej. SS. TSJ (Contencioso-Administrativo) Castilla-La Mancha 20 octubre 2017 (JUR 2017, 311295), Baleares 20 julio 2020 (JUR 2020, 250415) y Madrid 16 septiembre 2020 (JUR 2021, 10997).

202 RJ 1997, 1875

203 Y añadió esta Sentencia, como ya antes indicamos, que “tal trámite de concesión de una licencia de cierre no es instrumento apto para dirimir problemas de dominio o posesión”.

204 *Vid.* CUADRADO ZULOAGA, D.: “Licencia para cerramiento o vallado de fincas”, *Actualidad Administrativa*, núm.20, 2008, p. 3.

puede afectar al cierre “tanto de fincas rústicas como urbanas”²⁰⁵, según se ocupa de subrayar la STS Sala 3ª 28 julio 1989²⁰⁶- pretenden evitar que el cierre de una finca sea empleado como recurso indirecto para proceder a una parcelación urbanística ilegal y no autorizada (STS Sala 3ª 7 noviembre 1988²⁰⁷) y persiguen como fin último controlar el cumplimiento de posibles normas, fundamentalmente de Derecho urbanístico, que supediten el interés particular del propietario a otros intereses superiores de orden público (SSTS Sala 3ª 8 julio 1996²⁰⁸ y 2 septiembre 1998²⁰⁹). De tal colisión de intereses dan buena cuenta, p.ej. la STS Sala 3ª 8 octubre 1999²¹⁰, referente al vallado de una finca rústica, *sin autorización*, obstruyendo el uso de una vía pecuaria; las SSTS Sala 3ª 30 enero 2001²¹¹ y 11 diciembre 2001²¹², sobre el cercado de unos cotos de caza –con alambrada y mediante valla electrificada, respectivamente en cada uno de ambos asuntos- *sin la correspondiente licencia* administrativa; o la citada STS 5 febrero 1996²¹³, en la que se declaró, respecto del cerramiento sin licencia de una parcela no urbanizable con piquetas y malla metálica, que “la realización de tales instalaciones sin la obtención de la correspondiente licencia presupone la ilegalidad de ese acto de uso del suelo y la plena legitimidad de la orden de paralización de las obras”.

VIII. EL CIERRE DE FINCAS COMO EVENTUAL DEBER DEL PROPIETARIO.

Es cierto que el cerramiento de una finca aparece configurado por el art. 388 CC como una *facultad* de su dueño, pues el propio precepto habla de que el propietario «podrá» cerrar o cercar y el mismo rótulo de la norma se refiere al «derecho» de cerrar las fincas. Desde esta perspectiva, son numerosas las resoluciones judiciales que, a efectos de ventilar litigios en materia de responsabilidad civil por daños, hacen hincapié en esa naturaleza del cierre como “derecho o facultad (no como obligación), de la que el propietario puede hacer uso o no” (SAP Cáceres 5 octubre 2017²¹⁴), ya que cuando el art. 388 establece que todo propietario «podrá» cerrar o cercar sus heredades utiliza una “expresión potestativa o facultativa, no imperativa” que revela que “no hay necesidad de que, obligatoriamente, tenga que cercar sus

205 En la doctrina, FRADES, E.: “Com. arts. 384-388 CC”, cit., p. 270 señala que la obtención de “licencia municipal previa al cierre es independiente del tipo de suelo de que se trate (urbano, urbanizable o no urbanizable)”.

206 RJ 1989, 6157

207 RJ 1988, 8636

208 RJ 1996, 6134

209 RJ 1998, 9261

210 RJ 1999, 7943

211 RJ 2001, 2455

212 RJ 2001, 8785

213 RJ 1996, 890

214 JUR 2017, 271419

fincas" (SAP Cáceres 12 abril 2013²¹⁵)²¹⁶. En tal sentido –destaca la SAP Córdoba 14 julio 2011²¹⁷–, “no es posible reconducir un derecho ejercitable (art. 388 CC) a su imposición como deber”²¹⁸.

Con todo, esas mismas sentencias se cuidan de precisar que tal naturaleza de la facultad de cierre del art. 388 CC en el ámbito estrictamente civil o privado “no empece a lo que pueda establecer una determinada normativa administrativa”; y de ahí que, como admite la doctrina, el cierre o cercado de fincas pueda llegar a constituir en ocasiones, no ya un derecho, sino un *deber* del propietario²¹⁹. Así, por ejemplo, dicha facultad de cierre se convierte o transmuta en obligación cuando las Ordenanzas municipales así lo establecen, ya en relación a los núcleos de población (STS Sala 3ª 21 octubre 1985²²⁰) ya para evitar la salida de ganado a otras propiedades, o cuando disposiciones urbanísticas imponen a los dueños de solares o de terrenos emplazados en suelo urbano el deber de cercarlos o cerrarlos por motivos estéticos, de salubridad o de seguridad (STS Sala 3ª 9 septiembre 1991²²¹)²²².

215 JUR 2013, 183371

216 Vid. también SAP Cáceres 24 mayo 2018 (JUR 2018, 204288) y la SAP Valladolid 26 abril 2012 (JUR 2012, 162324), que destaca que “el cerramiento de una finca no es sino un *derecho* que a su propietario corresponde y así se contempla en el art. 388 CC, no una *obligación* que pueda imponerle el colindante”.

217 JUR 2011, 175751

218 Y añade esta sentencia –remitiéndose a lo ya declarado por la SAP Castellón 11 septiembre 2008 (JUR 2009, 67123)– que “no ha de olvidarse que un coto de caza no es una finca, sino una superficie de terreno de aprovechamiento cinegético que puede estar constituida por una pluralidad de fincas de distintos propietarios, que *no pueden ser obligados a cerrar sus predios* en colindancia con vías públicas”, por lo que *el cerramiento perimetral de un coto “no puede ser impuesto a los titulares de los fundos o parcelas integrantes del terreno acotado”*.

219 Así lo señalan expresamente, p.ej. ROCA, J.: “Com. arts. 384-388 CC”, cit., pp. 372-373; y LÓPEZ, Á.: “Com. art. 388 CC”, cit., p. 1063.

220 RJ 1985, 5649

221 RJ 1991, 6816

222 Otro caso de deber de cierre se contempla en la Ley Agraria de Extremadura, cuyo art. 177 establece, en aras a preservar la seguridad en las zonas de protección de los caminos rurales, que “Los propietarios de las fincas colindantes impedirán en todo caso los vertidos y caída de objetos desde sus fincas, así como la salida de animales al camino, *construyendo para ello y por su cuenta las protecciones y cierres que resulten precisos*”.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil III Derecho de Bienes*, 12ª ed. revisada y puesta al día por M. ALBALADEJO ABARCA, Edisofer, Madrid, 2016.

CALVO VIDAL, F.M.: "Comentario a los artículos 384 a 388 CC", en *Comentarios al Código Civil* (dir. A. DOMÍNGUEZ LUELMO), Lex Nova, Valladolid, 2010.

COSIALLS UBACH, A.M.: "Reflexiones sobre la facultad de exclusión en la propiedad privada", en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Vol.I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CUADRADO ZULOAGA, D.: "Licencia para cerramiento o vallado de fincas", *Actualidad Administrativa*, núm.20, 2008.

DE PABLO CONTRERAS, P.: "Comentario al artículo 388 CC", en *Código Civil Comentado* (dir. A. CAÑIZARES LASO/P. DE PABLO/J. ORDUÑA MORENO/R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Vol.I, Civitas–Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

DE SALAS MURILLO, S.: *El deslinde de fincas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

DÍEZ GARCÍA, H.: "Comentario al artículo 384 CC", en *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Cizur Menor, 5ª ed., 2021.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 5ª ed., 2008.

FRADES DE LA FUENTE, E.: "Comentario a los artículos 384 a 388 CC", en *Comentarios al Código Civil* (coord. J. RAMS ALBESA), III, Bosch, Barcelona, 2001.

GONZÁLEZ GARCÍA, J.: *La facultad de exclusión del propietario*, Universidad de Granada, 1986.

GRIMALT SERVERA, P.: *El deslinde entre particulares*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: "La constitucionalización del Derecho Civil", en *Principios jurídicos. Análisis y crítica* (coord. F. CARBONELL/R. LETELIER/R. COLOMA), Thomson Reuters-Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2011 (y en *Estudios de Derecho*, Universidad de Antioquia-Medellín, núm.151, 2011).

HERNÁNDEZ GIL, A.: "Las relaciones de vecindad en el Código Civil", en *Obras completas*, IV (*Derechos reales. Derecho de Sucesiones*), Espasa Calpe, Madrid, 1989.

HUALDE SÁNCHEZ, J.J.: "Comentario a los artículos 384 a 387 CC", en *Código Civil Comentado* (dir. A. CAÑIZARES LASO/P. DE PABLO CONTRERAS/J. ORDUÑA MORENO/R. VALPUESTA), Vol.I, Civitas–Thomson Reuters, Cizur Menor, 1ª ed. 2011, 2ª ed. 2016.

LACRUZ BERDEJO, J.L./SANCHO REBULLIDA, F. DE A./LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVERRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F./RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil*, III (Derechos Reales), Vol.Iº (Posesión y propiedad), 3ª ed. revisada y puesta al día por A. LUNA, Dykinson, Madrid, 2008.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, IV, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2008.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Á.: "Comentario al artículo 388 CC", en *Comentario del Código Civil*, T.I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991.

- "Sobre el origen y significado histórico del artículo 388 del Código Civil (Materiales gaditanos de un apunte sobre la historia del constitucionalismo y la codificación)", en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol.2º, Bosch, Barcelona, 1993.

MARTÍNEZ-CARANDE CORRAL, J.A.: "La Extremadura contra la Mesta: El Memorial de Extremadura como antecedente del artículo 388 del Código Civil", *Revista de estudios extremeños*, núm.2, 2019.

PARRA LUCÁN, Mª.Á.: *Vías pecuarias y propiedad privada*, Dykinson, Madrid, 2002.

ROCA JUAN, J.: "Comentario a los artículos 384 a 388 CC", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. ALBALADEJO), T.V, Vol.Iº, Edersa, Madrid, 2ª ed., 1990.

RUIZ-RICO RUIZ, J.M./CASADO CASADO, B.: "Artículos 384 a 388 CC", en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil* (dir. M. PASQUAU LIAÑO), T.I, Comares, Granada, 2ª ed., 2009.

SÁNCHEZ SALAZAR, F.: "Una aproximación a los cercados y acotamientos de tierras en Extremadura a finales del siglo XVIII y principios del XIX", *Revista española de estudios agrosociales y pesqueros*, núm.207, 2005.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.: "Comentario a los artículos 384 a 388 CC", en *Comentario del Código Civil* (coord. I. SIERRA GIL DE LA CUESTA), T.3, Bosch, Barcelona, 2000.

TORRES LANA, J.Á.: "Comentario a los artículos 384 a 388 CC", en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia* (dir. J.L. ALBÁCAR LÓPEZ), T.II, Trivium, Madrid, 1991.

VILALTA, A.E./MÉNDEZ, R.Mª: *Expediente de deslinde y acción de deslinde y amojonamiento*, Bosch, Barcelona, 2000.