

La servidumbre a favor del propietario ⁽¹⁾

Dr. Walter Schmidt-Rimpler

(Continuación.)

Teorías obligatorias.

Entre los mantenedores de las teorías denominadas «obligatorias» cita nuestro autor, en primer lugar, a *Friedmann*.

Toma este tratadista como punto de partida para su investigación el elemento obligatorio que se encuentra en todo derecho real dirigido contra la propiedad, que por su naturaleza viene a constituir algo así como el vértice del mismo, para contraponerlo a la relación de distinto carácter existente entre el derecho real en cosa ajena y la propiedad, considerada como suma de todos los posibles derechos reales sobre la misma.

El efecto resolutorio que ejerce la confusión como tal tiene para *Friedmann* un doble fundamento: *primero*, el poder absorbente del derecho de propiedad. Admitiendo que este último implica la plenitud de facultades que sobre una cosa pueden atribuirse, no cabe, en modo alguno, conceder separadamente al mismo dueño otra atribución aislada que necesariamente debe hallarse incluida en aquella plenitud de facultades; *segundo*, la relación existente entre el titular dominante y el sirviente, calificado el primero como titular que es del derecho limitado, y el segundo, como dueño del inmueble gravado.

(1) Véase el número anterior

Cuando por virtud de la confusión pueda decirse que coinciden en un mismo titular la obligación y el derecho, deberá extinguirse, según *Friedmann*, el derecho limitado, toda vez que nadie puede quedar obligado para consigo mismo, siempre y cuando esta coincidencia entre obligación y derecho sea perfecta. De no ser así, puede el derecho limitado subsistir en estado latente, después del hecho de la confusión. A título de ejemplo de situación semejante cita dicho autor el caso de aquel derecho, desde luego meramente obligatorio, aunque ciertamente objetivo por naturaleza, reconocido al beneficiado por el legado *PER DAMNATIONEM*, el cual tiene suficiente intensidad para evitar que la cosa en que consiste sea objeto de la confusión que afecta tan sólo de un modo personalísimo al heredero.

En este caso no cabe hablar de una coincidencia perfecta entre el derecho de exigir y la obligación de cumplir una prestación, toda vez que existe otro tercer titular, facultado para exigir la transferencia a su favor, del derecho a obtener la entrega de la cosa legada.

En esta misma coincidencia *IMPERFECTA* del derecho y de la obligación pretende fundamentar *Friedmann* todas aquellas situaciones en las que el *DERECHO LIMITADO* más fuerte logra sobreponerse, de hecho, al menos intenso derecho de propiedad, con relación a otros titulares de derechos reales. (Los acreedores hipotecarios posteriores, quienes podrán, en ciertas condiciones, hasta conseguir que se les adjudique la finca en propiedad, pero que, como tales dueños, deberán respetar las servidumbres existentes sobre la misma, mientras no consigan liberar el inmueble de estos gravámenes.)

Ihering encuentra también el principio realmente eficaz de la confusión, determinante de la extinción del derecho limitado, en la particular relación del propietario de la finca gravada con el beneficiado por la servidumbre. A primera vista no puede imaginarse la figura jurídica del derecho limitado en cosa propia, toda vez que el dueño carecería, en circunstancias semejantes, de acción en que fundar su demanda para hacer valer la efectividad del derecho limitado.

Pero profundizando más el asunto, no puede menos de reconocer *Ihering* que, aun en los casos corrientes de confusión entre

propiedad y derecho limitado, perdura, no obstante, el aspecto pasivo del último, y que en ciertos otros casos, desde luego excepcionales, cabe incluso hablar de la plena subsistencia del derecho limitado.

Caben, pues, dos posibilidades:

a) Que la neutralización o indiferenciación, como consecuencia de la confusión de ambos derechos, sea *total*, de manera que ambos aspectos de la relación jurídica coincidan por completo en la misma persona, subsistiendo, empero, la posibilidad de una posterior desintegración.

b) Que dicha indiferenciación no sea total.

En el caso a) es cuando, según queda expuesto, subsiste para Ihering tan sólo el lado pasivo del derecho limitado, después de su confusión con el de propiedad, perdurando en el caso b) el derecho mismo.

Este punto de vista contrasta abiertamente con el principio antes senado de que no cabe admitir la existencia del derecho limitado a favor del propio dueño de la cosa, por carecer éste, en semejante caso de acción, en qué basar la demanda para lograr la efectividad de aquel derecho.

Según Schmidt-Rimpler, no cabe atribuir ninguna importancia a esta carencia de una acción, cuya subsistencia no es, ni mucho menos, indispensable para la vida del derecho limitado.

El derecho limitado, como derecho real, está dirigido ERGA OMNES, o sea contra la totalidad de los demás, entre los cuales se halla el propietario de la cosa, siempre y cuando no tenga lugar la confusión. Mas habiendo tenido lugar ésta, la circunstancia de no hallarse ya entre el conglomerado de personas distintas del titular, a cuyo favor se ha constituido la servidumbre, el propietario de la finca, no es motivo suficiente para que ésta se extinga, por perder su cualidad de derecho «contra todos».

Teorías llamadas de la absorción.

El conocido civilista *Gierke* califica los derechos que hemos venido denominando LIMITADOS como segmentos o ASTILLAS del derecho de propiedad.

Entendiéndolo así, resulta, a primera vista, incomprensible cómo una sola persona ha de poseer la totalidad del referido derecho y aparte la indicada astilla o segmento desprendido del derecho de propiedad.

Para explicar este fenómeno apela Gierke a la diferenciación entre el aspecto meramente subjetivo y el punto de vista objetivo de la relación jurídica.

La incompatibilidad antes referida entre el derecho sobre la cosa en su totalidad (propiedad) y el derecho de carácter limitado sobre la misma resulta, considerando la relación jurídica desde el punto de vista subjetivo, mas, mirándola en su aspecto objetivo, cabe reconocer, según Gierke, la existencia de un derecho sobre el inmueble separado del de propiedad, como se demuestra recordando el caso de la hipoteca, cuyo contenido aparece extraído tan sólo del de propiedad y constituido como entidad patrimonial independiente.

Frente a estas afirmaciones mantiene Schmidt-Rimpler los siguientes argumentos:

a) Si el contenido del derecho limitado estuviera efectivamente extraído del de propiedad, vendría a ser un fragmento del mismo y no podría concedérsele aquellos efectos diferentes de los del referido derecho, que, indudablemente, ostenta, según la definición que del mismo dimos en lugar oportuno.

b) No se alcanza fácilmente a comprender cómo un derecho que, mirado desde el punto de vista subjetivo, se encuentra *diluido* en el de propiedad, pueda considerarse, en su aspecto objetivo, como distinto de la repetida propiedad.

Otro civilista, *Kretschmar*, procura explicarnos la especial situación originada por la confusión del derecho limitado con el de propiedad en la siguiente forma: «Bajo el aspecto material es como si subsistiera, a pesar del poder extintivo de la confusión, un resto de derecho limitado, no susceptible de ser destruido, difícil de definir jurídicamente, pero al que, por razones de equidad, se le debe reconocer cierta influencia sobre el desenvolvimiento del nuevo estado de derecho»; y agrega a continuación que si, por una parte, puede considerarse al derecho subjetivo como facultad concedida por el legislador sobre la cosa que, puesta en relación con un individuo, queda otorgada (salvo casos especialísimos de

incapacidad) a este sujeto, por otra parte, cabe considerar esta misma situación en su aspecto objetivo, y aparece la interesantísima figura jurídica del PATRIMONIO, síntesis de cuantos derechos pueden corresponder a una persona, considerados teniendo en cuenta su valoración y considerando además el contenido jurídico del derecho al goce de las cosas y el poder de dominio sobre las cosas.

Según la conexión en la que aparece el derecho en cada caso, preponderan en su contenido diversos elementos: unas veces la estructura de carácter individualizador y otras el contenido igualador de la norma jurídica. Cabe, por consiguiente, que un derecho se extinga en cuanto a su aspecto subjetivo, subsistiendo como parte integrante del patrimonio, que es precisamente lo que acontece, según Kretschmar, por consecuencia de la confusión. Queda destruida la estructura fenomenológica del derecho, subjetivamente considerado, pero sin que por ello se altere la relación patrimonial.

A esto contesta nuestro autor que la relación jurídica, bajo cualquiera de ambos aspectos, es siempre una y la misma, y pueden tan sólo existir o no existir; en el segundo caso no puede evidentemente conceder disfrute alguno.

No cabe, por consiguiente, hablar de la subsistencia de una parte integrante del patrimonio en sustitución de un derecho efectivo.

Sólo dedicaremos breves palabras a la doctrina que cabe denominar DEL DERECHO EN ESTADO DE REPOSO, aplicada a la confusión de derechos reales.

Entienden los defensores de dicha teoría que, al consolidarse el DERECHO LIMITADO en manos del dueño de la cosa, dicho derecho aparece *de hecho* como extinguido, para luego volver a revivir por sí mismo en caso de nueva disgregación.

Mas, de considerarse la confusión como motivo de extinción del derecho limitado, es también evidente que la cosa podía ser enajenada a terceros libre de gravámenes, careciendo, por consiguiente, de todo fundamento el hablar de un DERECHO EN ESTADO DE REPOSO.

Tampoco cabe establecer la diferencia, como lo hace Jakubzky, entre el derecho limitado frente al propietario, que se hallaría en estado de reposo, y el mismo derecho frente a todos los

demás, que seguiría en todo su vigor. Esta distinción carece, como ya se indicó en lugar oportuno, de toda razón de ser, desde el momento que no es esencial para la subsistencia del derecho real limitado, la circunstancia que éste vaya dirigido precisamente contra el dueño de la cosa, siendo perfectamente suficiente, por el contrario, que otorgue acción real, con carácter general, CONTRA TODOS.

Teorías de la finalidad práctica.

Existen tratadistas, como BEKKER y HARTMANN, que, aun siendo fundamentalmente defensores de la doctrina llamada DE LA ABSORCIÓN, no pierden ocasión de manifestar que el derecho limitado carece realmente de finalidad, al confundirse con el de dominio en manos del titular de éste, no existiendo, por lo tanto, motivo alguno de índole práctica que aconseje el mantenimiento de aquél. Para poder contestar debidamente a esta interrogación hemos de formular previamente lo siguiente, de cuya respuesta dependerá, a su vez, la que podamos dar a la primera: ¿Existe o puede existir alguna situación en la que las facultades concedidas a un propietario como titular al propio tiempo de un derecho real limitado excederían en algo a las que, en todo caso, le correspondería como mero pleno propietario del inmueble?

A esto contesta *Hartmann* que todo derecho limitado posee su esencial y peculiar FINALIDAD ESPECÍFICA que le imprime su dirección, delimitando al propio tiempo su contenido y amplitud, y, por virtud de esta finalidad, puede darse el caso que un derecho real en cosa ajena no pueda en modo alguno existir en cosa propia; así, por ejemplo, no cabe suponer que un dueño se constituya en arrendatario de sí mismo (considerando a este derecho en su carácter real).

A la luz de estos principios, y para fijar el criterio en forma al cual puede determinarse esta FINALIDAD ESPECÍFICA, divide Schmidt-Rimpler los derechos que denomina de SERVIDUMBRE (incluyendo, naturalmente, a las denominadas personales, en el sentido más amplio de la palabra) en los tres grupos siguientes:

1.º Los que garantizan la exclusiva y efectiva inmisión en la cosa (extracción de arena, etc., derecho de habitación). Dentro de

este lugar no tiene inconveniente nuestro autor en incluir la enfiteusis, el derecho de superficie, así como la figura compleja de enfiteusis y superficie, en otro lugar definida (*Erbbaurecht*), cuyas tres variedades de derechos reales considera Schmidt-Rimpler como SERVITUTES.

2.º Aquellas servidumbres en que el titular beneficiado por este derecho puede prohibir, en su cualidad de tal, determinados actos que, en otro caso, podrían efectuarse con relación a la cosa.

3.º Aquellos casos en los que el título constitutivo de la servidumbre concede al beneficiado por la misma la facultad de prohibir el ejercicio de un derecho emanado de la propiedad del predio sirviente en su relación con el dominante.

También en los dos últimos epígrafes se emplea, no hay que repetirlo, el concepto de SERVIDUMBRE en el sentido amplísimo.

Entiende nuestro autor que, tratándose de los derechos referidos bajo los indicados epígrafes primero y segundo, no existe motivo alguno que haga imposible la subsistencia de los mismos después de verificada la confusión con el derecho del propietario, puesto que dicho fenómeno no es, en modo alguno, suficiente para enervar la peculiar exclusividad que en todo momento ostentan esos derechos limitados, tengan o no tengan por titular al propio dueño de la cosa.

Las dudas pueden surgir respecto al grupo citado en último lugar. ¿Cómo considerar facultado exclusivamente a un propietario para prohibir por sí mismo la efectividad de un derecho que dimana del de propiedad del predio sirviente que a él mismo compete, en relación con el predio dominante también, bajo su pleno dominio?

Habría que precisar antes la verdadera naturaleza del derecho de exclusión, determinando si va dirigido contra el propietario. Como derecho real que es, podemos repetir lo que ya dijimos en otro lugar: que no trae aparejada sino una FACULTAD DE EXCLUSIÓN FRENTE A LOS DEMÁS, en virtud de la cual puede el titular llevar a cabo la prohibición antes referida, y esta facultad de exclusión no va evidentemente dirigida de un modo específico contra el dueño de la cosa (que en el caso concreto de la servidumbre propiamente dicha es el del predio sirviente).

En resumen, puede, pues, afirmarse que no hay obstáculo

para admitir la posibilidad de una servidumbre que se halle en manos del dueño del predio sirviente, y lo que cabe aplicar a esta figura jurídica, entendida en su más amplia acepción, cabe también referirlo, según la ideología de nuestro autor, al derecho de superficie y al de enfiteusis que tengan como titular al dueño de la finca sobre la que se hallen constituidos.

Por lo que respecta a la técnica legislativa, entiende Schmidt-Rimpler que la extinción del derecho limitado, por virtud del fenómeno de la confusión del mismo con el de propiedad, deberá decretarse especialmente por el legislador, siempre que deba regir como regla, en vez de ser señalado negativamente, y haciendo tan sólo resaltar las particulares excepciones a la regla general de la fuerza destructora de la confusión que, por tradición, viene rigiendo, aun en muchas legislaciones que no la reconocen como tal norma general.

Desenvolvimiento de la opinión propia de Schmidt-Rimpler acerca de la confusión de derechos.

Examinado objetivamente el caso de la confusión, vemos que sólo se diferencia de otros casos de transferencia de derechos por la circunstancia de hallarse el titular adquirente y su predecesor relacionados, como propietario y titular del derecho limitado sobre la misma cosa.

Hemos de distinguir, no obstante, la otra clase de confusión, o sea aquella en la que la relación es a la inversa, es decir, que quien hasta entonces era dueño de la cosa pierde su derecho de propiedad, con el que se enriquece el que hasta aquel momento era tan sólo titular del derecho limitado.

En ambos casos cabe esgrimir el argumento en contra de la subsistencia del DERECHO LIMITADO de ser contraria a toda equidad la duplicidad en el contenido del mismo, de facultades que ya se hallan reconocidas en semejantes situaciones al titular, según el criterio tradicionalmente admitido, en virtud del derecho de propiedad que le compete.

Esta consideración nos sirve de punto de partida para intentar resolver el problema.

Es indudable que si llegamos a demostrar que el derecho limi-

tado confiere, por razón de su contenido, al titular alguna facultad que no le correspondiese en su mera calidad de propietario, ya no habría que hablar, al menos en cuanto afectara a esa diferencia de contenido entre ambas relaciones jurídicas, de una extinción del derecho limitado.

No hemos de olvidar en este lugar que, según las definiciones dadas por nuestro autor, se diferencia la propiedad del derecho limitado en una circunstancia de especial interés: el haberse de colocar la primera en rango posterior a todos los demás derechos que pueden suponerse en la misma cosa, habiendo, en cambio, de situarse el denominado derecho limitado con anterioridad a otros determinados derechos que puedan afectar a ésta.

Dejando a un lado los casos excepcionales propios de legislaciones concretas que crean derechos limitados con cualidades especialísimas, puede decirse que el problema estriba en determinar dos cuestiones:

Primera. Por qué motivo está justificado, para todo titular no propietario que tenga a su favor un derecho de exclusión en dirección determinada, una especial intensidad.

Segunda. Por qué las razones justificativas de aquella especial intensidad no son aplicables al propietario de la cosa cuando éste deba poseer dicho derecho de exclusión en todas direcciones.

Schmidt-Rimpler distingue, para los efectos de esta investigación, dos posibilidades:

Primera. Que los derechos contra los cuales se dirige dicha especial intensidad no sean sino derechos considerados como futuros y de aparición meramente posible.

Segunda. Que los indicados derechos se supongan ya existentes en el momento de tener lugar la confusión.

Efectos con relación a derechos futuros.

La especialidad del derecho limitado la hallamos precisamente, conforme a la definición de nuestro autor, en su cualidad de anteponerse, en rango, a otros derechos que puedan afectar a la misma cosa, lo que le diferencia de la propiedad, que ha de posponerse en rango a cuantos otros derechos puedan suponerse en la indicada cosa.

Tiene su fundamento esta especialidad del derecho limitado en la INTENSIDAD peculiar del mismo. Así, por ejemplo, vemos a primera vista que una servidumbre ha de anteponerse en rango a una hipoteca que se constituya más tarde sobre el mismo inmueble, y que la solución inversa nos parecería contraria a los más elementales principios de equidad.

Recordando lo expuesto al comienzo del presente trabajo, hemos de tener muy presente que el titular de un derecho limitado tiene siempre facultad de disposición frente a todos los demás, con excepción de determinadas personas.

Si, por cualquier motivo, ha de cambiar esta situación, habrá que atenderse, para calificar la justicia de estas alteraciones, a la situación existente en el momento de tener lugar éstas.

Si, por ejemplo, A tiene la propiedad de una cosa, y B un derecho limitado sobre la misma, y posteriormente, por cualquier motivo, aparece justo que también C tenga un derecho limitado sobre aquella cosa, resulta evidente que el dueño A será excluido tanto por B como por C, toda vez que estos últimos son titulares de su respectivo derecho limitado, el cual, por naturaleza, ha de anteponerse en rango al de propiedad.

Tan sólo queda a discutir si el titular C ha de ser quien excluya al del otro derecho limitado, B, o si, por el contrario, ha de ser B quien se anteponga a C.

La razón para dicha preferencia la podemos encontrar motivada:

- a) Por un acto de disposición del dueño; y
- b) Por otra circunstancia.

Si el derecho de preferencia se funda en actos de disposición expresa del dueño, es decir, en la exclusividad de sus facultades, deberá tenerse en cuenta que la anteposición, en el caso citado, del derecho de B, en relación con el de C, que tiene como consecuencia la exclusión del último por el anterior, tan sólo podrá llevarse a la práctica en tanto que el ordenamiento jurídico estime justa dicha anteposición. El mismo ordenamiento jurídico puede imponer, empero, por estimarlo más justo, la exclusión de B por el titular C, alterando el rango, y teniendo en cuenta para ello el legislador no tan sólo las facultades dispositivas del dueño A, sino también las particulares circunstancias personales del poseedor del derecho limitado C (como, por ejemplo, la buena fe

que en el mismo concurre, y que merezca ser legalmente protegida).

Mas las situaciones como la enunciada no dejan de revestir carácter excepcional, y, generalmente, puede el legislador establecer la precedencia en rango de todo derecho limitado en relación con cualesquiera otros de esta especie que posteriormente se creen por voluntad del dueño.

Si, no obstante, hubiera que alterar dicho rango por los motivos antes referidos, esta modificación circunstancial no afectaría en lo más mínimo a la cuestión referente a la intensidad del derecho limitado en su relación con el de propiedad.

Denominando genéricamente *derechos constituidos por la ley* a todos aquellos que no lo han sido en virtud de disposición expresa del dueño, podemos examinar la cuestión relativa a la preferencia de rango entre diferentes derechos reales coincidentes en una misma cosa.

De ser justo que un derecho limitado se constituya, por ministerio de la ley, en favor de un titular no propietario, deberá asimismo reconocerse la licitud de que ese mismo propietario venga a ser excluido por el indicado derecho limitado. Si, por consiguiente, concede un ordenamiento jurídico a determinada especie de derecho limitado el privilegio de anteponerse en rango a otros derechos futuros legalmente establecidos, estos últimos no podrán ser sino aquellos que fundadamente se consideren dignos de obtener la exclusión frente al propietario, mas no, en modo alguno, frente al titular del derecho limitado, preferente por su rango.

Para que esto resulte posible deberá, empero, el dueño estar calificado de distinta manera frente al titular del derecho eventual establecido por la ley que con relación al titular del derecho limitado preferente.

Un ejemplo nos aclarará esta diferenciación: El dueño de un inmueble debe dinero a otra persona, y no paga su deuda, por cuyo motivo le demanda el acreedor, obteniendo contra él sentencia ejecutoria, y si el inmueble se hallaba inscrito en el Registro, obtiene la anotación preventiva correspondiente (artículo 42, apartado tercero de la ley Hipotecaria).

El derecho real de tipo hipotecario que obtiene el acreedor, en virtud de esta anotación, es el eventual o futuro establecido por

la ley, del que hablábamos antes, y en nada afecta al derecho limitado preferente, como es el que podría ostentar otra tercera persona dueña de otro inmueble distinto, a cuyo favor se hallase inscrita una servidumbre, sobre el predio objeto de la anotación referida.

El titular del derecho limitado (dueño del predio dominante) se halla tan favorecido, que si más tarde se enajena la finca, en virtud de la ejecución de sentencia, el referido titular de la servidumbre seguirá ostentando su derecho, ante el adjudicatario de la finca, con las mismas facultades con que venía haciéndolo ante el primitivo dueño.

En el primero de los casos citados tenemos un derecho real de embargo de tipo semejante al de hipoteca, que es el denominado por los tratadistas germánicos *Pfaendungspfandrecht* (derecho prendario de embargo). Fácilmente se alcanza a comprender que la verdadera razón de ser de este derecho se halla en una especial *calificación* de la situación jurídica del dueño de la cosa (el haber de considerarse a éste como deudor de otra persona, por ejemplo).

Esta clase de derechos son los llamados por nuestro autor, en forma abreviada, «derechos de calificación» (*Qualifikationsrechte*).

Muy diferente es el caso para el dueño de la servidumbre que ostenta un *derecho de disposición* sobre la cosa, que deberá anteponerse al de propiedad en todo caso, excluyéndolo hasta donde alcance su ámbito como tal derecho limitado. Esta exclusividad, característica de la servidumbre en sí misma, se acentúa en las llamadas legales, y llega a una máxima intensidad en las denominadas servidumbres públicas, hasta el extremo de haber éstas de anteponerse en rango a los derechos existentes sobre la cosa, sin poder ni deber considerar, por regla general, para nada las cualidades ni la situación jurídica personal del dueño del inmueble gravado.

En ambos casos, lo mismo que se trate de derechos de disposición que si el derecho de que se trata es de los abreviadamente denominados por nuestro autor DE CALIFICACIÓN, tiene importancia el hecho de coincidir la persona del respectivo titular con la del dueño del inmueble. Desde el momento que aparece el dueño del inmueble como titular al propio tiempo del derecho limitado, vemos que desaparece la razón de ser de este último, es decir, el

efecto especial producido frente a terceros con preferencia a las facultades del dueño de la cosa.

En el *derecho de disposición*, ni en el caso de obtener el propietario el derecho de exclusión a su favor, ni en el de adquirir el titular del derecho limitado la propiedad, cabe hablar, en situaciones normales, de una exclusión del propietario por sí mismo, supuesto a todas luces innecesario. La intensidad del derecho limitado, frente a derechos de disposición eventuales y futuros, es además exactamente la misma en manos del titular de dicho derecho que en manos del titular pleno propietario de la cosa, en virtud de confusión, y caso de adquirir este último más tarde un derecho de disposición a su favor, es evidente que la exclusión del propietario titular de este último por el pleno dueño sería un verdadero imposible.

Derechos denominados de calificación.

Cuanto queda referido con relación a los derechos de disposición puede aplicarse a esta segunda especie de derechos limitados, cuya característica consiste en tener por fundamento una especial calificación de la situación jurídica del dueño de la cosa. Si se considera a este último como titular al propio tiempo de un derecho limitado, es evidente que como no puede, en principio, excluirse a sí mismo, no podrá tampoco ser calificado, frente a terceros, en su aspecto de titular de dicho derecho limitado de una manera distinta que lo es como propietario.

Precisamente porque estos derechos tienen por fundamento la calificación de las relaciones jurídicas existentes entre el dueño de la cosa y el titular del derecho limitado que recae en la misma, y reconociéndose al DERECHO DE CALIFICACIÓN, en manos del dueño, la misma intensidad que si estuviera en manos de un titular especial, es por lo que resultaría virtualmente imposible que pudiera éste utilizar esta misma intensidad contra sí mismo, en virtud de especiales y exclusivas facultades que le fueren conferidas. Así, por ejemplo, carecería, según lo expuesto, de toda justificación una acción destinada exclusivamente a embargarse a sí mismo.

Podemos, por consiguiente, afirmar que, al menos en el mo-

mento de tener lugar la confusión, no existe tampoco, tratándose de derechos denominados por nuestro autor «de calificación», motivo alguno que justifique un especial reconocimiento en favor del propietario de una exclusiva facultad de disposición en el ámbito del repetido derecho limitado.

Ante estas consideraciones sólo cabe reconocer que, efectivamente, todas aquellas cualidades que diferencian el derecho limitado del de propiedad, en cuanto tienen en cuenta la especial intensidad característica del primero, carecen de toda justificación en el momento de tener lugar la confusión.

Tan sólo cabe formular la objeción de que más tarde, y en virtud de circunstancias especiales que nada tienen que ver de un modo inmediato con el fenómeno de la confusión, pudiera aparecer justificada dicha mayor intensidad del derecho limitado frente a eventuales derechos futuros.

Aparece, por consiguiente, plenamente justificado que se coloque al dueño, también en su cualidad del titular del derecho limitado, en rango posterior a todos los demás derechos que en lo futuro afecten a la cosa, y siendo así, es evidente que tiene lugar la ABSORCIÓN DEL DERECHO LIMITADO, es decir, que este último se extingue.

Por otra parte, se infiere de lo expuesto cuán acertadamente pueden aplicarse a los casos corrientes de confusión los argumentos propios de la doctrina llamada obligatoria y los de la denominada de la absorción, toda vez que en el momento en el que el derecho limitado se DESVÍA DE SU DIRECCIÓN CONTRA EL PROPIETARIO, las cualidades características del mismo que le distinguen del de propiedad devienen injustas y deben, por consiguiente, desaparecer.

Por otra parte, resulta que un derecho limitado desprovisto de estas cualidades coincide por completo, dentro de su esfera de acción, con el de propiedad, teniendo, consiguientemente, lugar su ABSORCIÓN por este último. Para que excepcionalmente pudiera subsistir el derecho limitado en su peculiar intensidad debieran darse unas circunstancias especialísimas que justificasen de alguna manera la continuidad en el reconocimiento de un rango preferente al titular del derecho limitado, a pesar de su coincidencia con el de la propiedad.

Estas circunstancias se darán, según dice Stammeler, en su *DOCTRINA DEL DERECHO JUSTO*, siempre que el dueño, titular al propio tiempo del derecho limitado, pueda hacer valer el fundamento de la subsistencia de la intensidad de este último, demostrando que necesita le sea reconocido para cumplir sus deberes como cotitular de un derecho real o condueño, debiendo, en cambio, estimarse injusto dicho reconocimiento si sólo se pretendiese hacer valer arbitrariamente.

Así, pues, puede darse el caso de que alguna legislación positiva prevea en sus preceptos el logro de un determinado resultado que considera justo y conveniente, y probado que éste sólo puede conseguirse haciendo subsistir el derecho limitado (pongamos como ejemplo característico la servidumbre), a pesar de haber tenido lugar su confusión con el de propiedad, quepa hablar, en estos casos excepcionales, de una perdurabilidad del derecho limitado, con la intensidad que le caracteriza, frente a derechos reales futuros, a través del fenómeno de su confusión con el de dominio.

ALFONSO FALKENSTEIN Y HAUSER,

Doctor en Derecho.

(Se continuará.)