

en una decisión oficial o en un mandato. Las instrucciones reservadas dadas al mandatario no surten efecto contra tercero.

La tutela se define siempre por la autoridad judicial y es plena o merocrédula. Afecta la primera a los menores, en los términos ya indicados, a los incapacitados, a los ausentes, a aquellos contra quienes se siga un procedimiento de interdicción, a los meramente concebidos, en determinadas situaciones, y a los internados por los Tribunales en establecimientos psiquiátricos. La segunda sólo confiere al tutor las funciones que específicamente le señale el Juez. La tutela cesa con sus causas determinantes y, la persona del tutor es sustituida, en ciertos supuestos, a petición del pupilo. Los derechos y obligaciones del tutor se rigen, analógicamente, por las mismas normas que la relación paternofamiliar.

Quando se hubieren designado varios representantes para un mismo acto y por la misma persona deben actuar conjuntamente, salvo disposición expresa. La procuración autoriza para realizar todos los actos normales en la explotación de la empresa, incluso aquéllos para los que la ley exija un poder especial. Las derogaciones contractuales de ese principio no producen efecto para terceros. La procuración no es delegable.

El derecho cuya adquisición se aplaza hasta cierto día se considera nacido con la iniciación del día indicado. La prescripción sólo produce sus efectos extintivos cuando se alega. No prescriben, entre otros, los derechos de las «personas jurídicas socialistas». Salvo disposición especial de la ley, el plazo general de prescripción de derechos es de tres años. Los derechos inscritos y los reconocidos en sentencia judicial o acto administrativo firmes, a los diez. No hay prescripción entre esposos, padres e hijos, aquéllos y las personas acogidas, y representantes legales y sus representados. La renuncia al derecho a prescribir y la fijación de plazos de inferiores a los legales están prohibidas.

ARTURO GALLARDO RUEDA

## II. NOTAS CRÍTICAS

### Derechos reales limitados

La dogmática italiana ha reelaborado, a partir del Código de 1942, toda la teoría de los derechos reales limitados. Tal vez, la figura de más relieve en esta reelaboración sea la de Barassi (1), que al reeditar su curso sobre derechos reales limitados delineó de modo magistral los rasgos fundamentales de esos derechos. Junto a él, otros autores han cooperado decisivamente en la construcción doctrinal, y sus opiniones han de quedar recogidas a lo largo de estas páginas. Pero tal vez ninguno llegue a ser tan representativo como Barassi.

Queremos entresacar de la construcción dogmática italiana, a propósito de

(1) BARASSI, *I diritti reali limitati*, Milán, 1947. En el ANUARIO, t. II, fasc. I, págs. 225-262, apareció ya una reseña de este libro, devida a J. JOHANN.

los derechos reales limitados, aquello que nos parece presenta validez general. Y así aspiramos cooperar a una mayor precisión de los rasgos generales de esos derechos dentro de nuestro Ordenamiento.

#### *Concepto.*

Junto al dominio, que es el derecho real patrimonial, el de contenido más amplio, aparecen otros derechos reales de contenido más reducido, que normalmente recaen sobre cosas de propiedad ajena, actuando en consecuencia como limitaciones de la misma.

La propiedad puede sufrir limitaciones, quedando con un contenido menos amplio que el normal, en virtud de diversas causas impuestas por las exigencias sociales. Y es que, como afirma Barassi (2), los derechos reales limitados se inspiran en un principio de solidaridad social: Las cosas objeto de dominio son útiles en primer lugar al propietario, y por su mediación a la economía nacional; pero en ciertos casos pueden y deben prestar también utilidad a otras personas, si bien en menor medida que la que se consigue con el dominio pleno.

Dentro de amplia categoría de los derechos reales limitados, es necesario distinguir dos grandes grupos: los derechos reales limitados de goce y los de garantía sobre los bienes. La separación entre ambos es profunda, pues al acreedor con garantía real no se le concede el disfrute de la cosa y al titular del derecho limitado de goce se le prohíbe la disposición del bien gravado.

#### *Terminología.*

Los derechos reales limitados han sido conocidos en la doctrina con diferentes nombres. Aparte del que estamos usando, tres fueron los que principalmente alcanzaron fortuna entre los autores y por los cuales aun son hoy conocidos en ciertos sectores doctrinales: fraccionamientos de la propiedad, limitaciones del dominio y derechos reales sobre cosa ajena. Ninguno de los tres parece absolutamente correcto; el primero porque desfigura la naturaleza de estos derechos y los dos últimos porque excluyen algunas hipótesis que si bien son excepcionales, no dejan de presentarse en la vida práctica.

#### *Fraccionamiento.*

La doctrina clásica consideró que los derechos reales limitados eran fracciones de la propiedad (3).

Partiendo de la idea de que la propiedad era un conjunto o suma de facultades, se configuraron esos derechos como poderes separados, desmembrados del dominio pleno. Es en el fondo la idea que parece acoger a veces nuestro Código; por ejemplo en el artículo 1.605 que al definir las enfiteusis distingue el dominio útil del directo. Esta subclasificación del dominio, reminiscencia de concepciones ya superadas, constituye una de las impropiedades terminológicas más evidentes del Código.

(2) BARASSI, *op. cit.*, pág. 8.

(3) Esta doctrina puede considerarse hoy definitivamente superada.

Algunos autores consideran que los derechos reales limitados suponen apenas un fraccionamiento del valor de la cosa (4). Y piensan que configurados de esa forma, es indiferente hablar de fraccionamiento o de limitación.

No puede admitirse tal equivalencia. Primero, porque limitar significa comprimir un todo unitario y fraccionar supone abstraer partes del todo. Después porque con el término «limitación» se hace referencia al contenido de estos derechos frente al más amplio de propiedad, lo que nada tiene que ver con el pretendido fraccionamiento del valor de la cosa.

Contra la teoría que ve en los derechos reales limitados un desmembramiento de parte de los poderes que integran el dominio, se ha puesto ya de relieve que no pueden considerarse como fraccionamientos de las facultades que sumadas, constituyen la propiedad, porque la propiedad no es un derecho desmembrable. En el certero decir de Coviello (5) el dominio es un todo orgánico, un señorío global, y por ello, no puede hacerse un catálogo de facultades que posean en su seno propia autonomía. Precisamente por tener la propiedad ese carácter sucede que al desaparecer los derechos reales sobre ella, existentes, recobra, en virtud de la elasticidad, su plenitud (6). Si fueran facultades autónomas e independientes al desaparecer su titularidad no regresarían automáticamente al seno del dominio, sino que sería necesario un acto de reclamación del propietario.

A fin de salvar el atentado contra la unidad conceptual de la propiedad que la teoría del fraccionamiento supone Bekker (7) la enunció al revés. Consideró que los *iure in re aliena* eran derechos reales parciales, cuya suma da lugar al dominio pleno. Pero nada se consigue de este modo, pues ello equivale a decir que la propiedad es una suma de facultades.

El derecho real limitado supone un enriquecimiento de poder para su titular y una carga o desventaja para el propietario de la cosa gravada.

Barassi (8) advierte que desde el punto de vista económico no puede hablarse, por lo general, de enriquecimiento y empobrecimiento, pues quien obtiene el derecho suele pagar una contraprestación que recibe quien lo cede, a fin de compensarse.

Pero desde un punto de vista estrictamente jurídico, esa ventaja y esa carga implican una limitación del contenido normal del dominio y dan origen a un derecho real de contenido menos amplio que el de la propiedad.

Tampoco puede admitirse que los derechos reales limitados supongan un fraccionamiento de valor; o sea concebirlos como separación de parte de la utilidad que la cosa presta. Esto sólo podría mantenerse si—como pretendieron algunos autores (9)—se pudiera abstraer la utilidad de la cosa.

(4) Así, CHERONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, vol. I, Turín, 1894, páginas 65-68 y 106-110; ROSSI, *Pegno civile*, en «Digesto italiano», vol. XVIII, parte I, páginas 1232 y sigs., concretamente pág. 1234; CECU, *Le ipoteche*, Bologna, 1923-1929, pág. 17; MAIORCA, *Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui*, Milán, 1938, pág. III; etc.

(5) COVIELLO (L.), *L'ipoteca è un diritto reale?*, en «Rivista di Diritto Civile», 1936, páginas 1-2.

(6) Cfr. RUGGIERO, *Istituzioni di Diritto civile*, vol. I, 4.ª ed., Mesina, 1926, pág. 484.

(7) BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, Weimar, 1898, pág. 213.

(8) BARASSI, op. cit., pág. 46.

(9) Así, ELVERS, *Die Römische Servitutentheorie*, Gießen, 1856, págs. 29 y sigs.; DU CHEROIS, *Pfandrecht und Wertrecht*, en «Iheringa Jahrbücher», t. XIV, págs. 207 y sigs.; CHERONI, op. cit., págs. 68-69.

Barassi ha demostrado cómo semejante idea resulta desencaminada, pues la utilidad es cualidad de la cosa y no un epte jurídico con independencia. Por ello nunca deja de estar incluida dentro del bien a que se refiere (10).

La idea de separación de utilidad se manifiesta improcedente de modo inequívoco en las servidumbres negativas, por ejemplo. La carga que soporta el futuro sirviente supone una abstención, y no puede, por tanto, pensarse que se fracciona y divide la utilidad que la cosa presta. Windscheid (11) hacía notar que la utilidad que corresponde al titular de la servidumbre negativa es distinta de aquella que correspondía al dueño del predio sirviente cuando tenía el dominio pleno sobre el fundo.

Es también incorrecto acudir a la «sucesión constitutiva» para explicar el hecho de haberse constituido por el propietario un «ius in re» limitado a favor de un tercero sobre la cosa objeto de su dominio. No hay en este caso «sucesión» sino creación «ex novo» (12). La facultad que adquiere el titular del derecho real limitado no tenía en el seno del dominio una existencia propia y autónoma; por tanto no puede decirse que el tercero suceda en ella al propietario. El poder que se le confiere nace originariamente.

Queda así refutada la teoría del fraccionamiento en sus diferentes manifestaciones.

La reacción contra ella ha llegado a ser tan extrema, que Cicu (13) pretendió configurar los derechos reales limitados precisamente de modo antitético a como lo había sido en la doctrina clásica. Consideró que esos derechos, en lugar de ser poderes fraccionarios de la suma de los que constituyen el dominio, son manifestaciones especiales del derecho unitario de propiedad nacidos a su imagen y semejanza, pero con un contenido más débil, menos extenso. Y así habla de la «propiedad del usufructo, de la servidumbre, de la hipoteca», etcétera.

La reacción es sin duda exagerada, pues de esa manera se viene a confundir dominio con titularidad, con la simple pertenencia de un derecho subjetivo a su titular, dilatándose el concepto de propiedad hasta extremos inadmisibles. De este modo se llega en última instancia a privar de contenido propio y de significación específica al concepto de dominio.

No es necesario incurrir en tanto rigor para rechazar la doctrina del fraccionamiento. Hay caminos más adecuados para superarla, configurando los derechos reales limitados de forma más apropiada a su naturaleza y a la del derecho real patrón de dominio.

#### *Derechos reales sobre cosa ajena.*

No satisface tampoco completamente la designación de «ius in re aliena», empleada por buena parte de la doctrina (14). Porque si bien es cierto que los derechos limitados recaen en la mayor parte de los casos sobre bienes cuyo dominio pertenece a un tercero, puede suceder que en supuestos excepcionales

(10) BARASSI, *op. cit.*, pág. 12.

(11) WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it., vol. I, Turin, 1930, págs. 719-721, nota 2.

(12) Cfr. CICU, *Servitù prediali*, Bologna, 1931, pág. 51.

(13) CICU, *op. cit.*, pág. 52-53.

(14) Vid., por todos, RUGGERO, *op. cit.*, pág. 608.

incidan sobre cosas cuya propiedad no sea ajena. Tal parece acontecer en el supuesto de derechos reales sobre cosa propia y, de modo especial, en el de derechos reales sobre «res nullius».

Los derechos reales limitados no desaparecen cuando la cosa gravada pasa a pertenecer a persona diferente de aquella que tenía el dominio en el momento en que se constituyeron. Pero si el tercer adquirente de la propiedad es el titular del derecho limitado, su derecho se extingue en virtud de la confusión.

Ahora bien, excepcionalmente puede acontecer que así no suceda, originándose en tal hipótesis la peculiar situación que Wolff y los anotadores del *Ennecerus* califican de derecho real limitado sobre cosa propia (15).

El problema se presenta dentro del campo de los patrimonios separados. Durante el período transitorio de separación (16) no desaparecen los derechos reales que el titular de una esfera jurídica tuviese sobre cosas cuya propiedad está incluida en otra que recibe y conserva independiente de la suya peculiar.

Pero más que hablar entonces de derecho real limitado sobre cosa propia, debe hablarse de derecho real sobre cosa incluida provisionalmente en una esfera diferente de la del patrimonio general del titular; y ese derecho cesa de existir en el momento en que por desaparecer la separación se confunden los dos patrimonios. Por tanto, estos casos no suponen una verdadera excepción al principio de que los derechos reales limitados recaen sobre cosas de propiedad ajena.

No debe tampoco considerarse un supuesto de derecho real limitado sobre cosa propia el de la servidumbre constituida por destino del padre de familia. El signo aparente de servidumbre que entre dos fundos del mismo dueño, representa un simple estado de hecho de los predios y no un estado jurídico que sólo aparece al mudar el titular de uno de ellos. Nace entonces «ex novo» una servidumbre cuyo contenido y alcance coinciden con la utilización material que anteriormente prestaba uno de los predios al otro.

Como única excepción al principio de que los derechos reales limitados recaen sobre cosa ajena encontramos el derecho real sobre «res nullius».

El problema que tales figuras jurídicas presentan se desdobra a su vez en dos: ¿Pueden adquirirse derechos reales limitados por ocupación? ¿Se conservan cuando la cosa sobre que recaen es abandonada por su propietario?

La respuesta a la primera pregunta la da en nuestro Derecho el artículo 609 del Código civil, que en su primer apartado considera la ocupación como modo de adquirir únicamente la propiedad, quedando por tanto excluidos los derechos reales limitados. El Ordenamiento no ha previsto su adquisición por ese medio, sin duda porque el legislador consideró—con buena lógica—que respecto a las cosas sin dueño lo normal al ocuparlas es querer adquirir la propiedad y no un derecho de más limitado contenido. En todo caso, sea uno u otro el «animus» del ocupante, lo cierto es que el Código no permite adquirir derechos reales limitados por ocupación.

El verdadero problema se presenta cuando el propietario de una cosa grava-

(15) WOLFF, *Derecho de cosas*, t. III, vol. I, del *Tratado de Derecho civil de ENNECERUS*, traducción española, Barcelona, 1936, págs. 10-12, y notas; pág. 17.

(16) Sobre la transitoriedad como característica de la separación, cfr. FERRARI, *Trattato di Diritto civile italiano*, vol. I, parte I, Roma, 1921, pág. 875.

da con un derecho real limitado la abandona. ¿Desaparecerá entonces aquel de recho?

En España la cuestión se plantea sólo en referencia a los bienes muebles. Respecto a los inmuebles abandonados el criterio más seguro, respaldado por la Resolución de 8 de julio de 1920, es considerarlos propiedad del Estado, en virtud de la Ley de Mostrencos.

La doctrina italiana estudió el problema dentro del cuadro legal del Código del 65 que admitía la posibilidad de inmuebles «nullius», posibilidad eliminada por el de 1942 (17). Los argumentos que invocaban los juristas de aquel país respecto a inmuebles, podrán servir en nuestro Derecho refiriéndonos a los bienes muebles.

Algunos autores (18), considerando que afirmar la desaparición del derecho real limitado cuando el propietario de la cosa gravada la abandona supondría un ataque contra la justicia y la lógica jurídica, intentaron justificar por diversos caminos su supervivencia.

Respecto a las servidumbres, Bianchi (19) consideró que persistían cuando el fundo sirviente se tornaba «nullius», pero no como tales servidumbres, sino como extensión de la propiedad del predio dominante sobre el sirviente.

Fadda (20) criticó ese pensamiento advirtiendo que decir que el propietario del fundo dominante extiende su dominio sobre el sirviente equivale a afirmar la persistencia de la servidumbre. Esa persistencia quiere conciliarla Fadda con el principio de que no puede haber servidumbre sobre un fundo «nullius», por medio de una ficción: se finge que subsiste la propiedad del fundo sirviente. Tal ficción no puede sostenerse científicamente, pues tiene contra sí la propia realidad; no se puede afirmar que una cosa es de determinada manera cuando resulta ser lo contrario de lo afirmado.

Barassi (21) ha establecido con toda claridad los términos de las cuestiones. El dilema que el jurista tiene ante sí es el siguiente: O considera que la servidumbre no puede recaer sobre un fundo «nullius», en cuyo caso desaparece si el propietario del fundo sirviente lo abandona o afirma que subsiste, y entonces el principio de que la servidumbre no puede incidir sobre cosa sin dueño se viene abajo. La justicia impone que prevalezca la segunda solución; de otro modo se reconocería al propietario del fundo sirviente el derecho de privar al titular de la servidumbre de su derecho, por su sola voluntad y sin posibilidad de resarcimiento. No se encuentran razones jurídicas de peso que justifiquen tan poco equitativo resultado.

En España, y respecto a muebles, negar el principio de que los derechos reales limitados no pueden recaer sobre «res nullius» parece que es oponerse al espíritu del Código. El artículo 467, por ejemplo, al definir el usufructo, habla de «disfrutar los bienes ajenos». Pero juzgamos que no pueden ser interpretadas literalmente sus palabras. El término «ajenos» se debe entender no como

(17) Por tanto, el problema se presenta con los mismos límites en Italia, a partir de 1942, que en nuestro Ordenamiento. Vid., a este propósito, BARASSI, op. cit., pág. 57.

(18) Vid. CACCI, op. cit., pág. 35-36; BARASSI, op. cit., págs. 57-58; y bibliografía citada por estos autores.

(19) BIANCHI, *Trattato delle servitù prediali*, Lancia, 1888, pág. 72.

(20) FADDA, *Lezioni sulle servitù*, Turin, 1916, pág. 189.

(21) BARASSI, op. cit., pág. 58.

elemento esencial, sino como elemento normal, natural, de la figura tipificada. Al menos parece ésta la interpretación más justa. La contraria defiende un principio que en último análisis sólo favorece al futuro e hipotético ocupante. Y no existen razones de peso que obliguen a otorgarle el derecho de propiedad libre de toda carga, máxime cuando ello implicaría sacrificar el interés presente y efectivo de los titulares de los derechos reales limitados.

Es cierto que el titular de esos derechos puede ocupar la cosa «*molius*» gravada, transformándose así en propietario y desapareciendo el derecho real limitado por confusión. Este es el desenlace lógico en los casos en que posea la cosa, pues que normalmente ha de querer transformar su posesión «*nomine alieno*» en posesión en nombre propio (22).

Por tanto, si no tiene la posesión, con lo que se torna más difícil ocupar la cosa, como si aun teniéndola no existe en el titular del derecho real limitado el «*animus*» de ocupar, en el interregno que media entre el abandono de un bien mueble y su ocupación subsistirán los derechos reales limitados que sobre él inciden, siendo entonces oponibles a todos los terceros y no al propietario de la cosa, pues la cosa se encuentra entonces sin dueño.

Los derechos reales limitados confieren a su titular un poder inmediato y autónomo sobre la cosa (23). Por ser inmediato y autónomo, el derecho limitado puede subsistir aun cuando se abandone el bien sobre el que recae.

#### *Limitación de la propiedad.*

La mayor parte de los autores italianos han venido considerando estos derechos como limitaciones de la propiedad (24). Consideran que representan siempre una limitación del dominio en beneficio de un tercero. Que son poderes especiales sobre la cosa concedidos «*ex novo*» a un tercero, los cuales limitan el pleno señorío del propietario sin detrimento de su derecho.

Y tal limitación debe en efecto admitirse como principio general.

El límite que para el dominio deriva de esos derechos no es esencial, sino tan sólo efecto subsiguiente a su formación (25).

El derecho real limitado recae sobre cosas. Pero advierte Barassi (26) que si lo contemplamos desde un punto de vista jurídico, como relación tutelada por el Ordenamiento y como tal vinculando a personas, nos aparecerá como una relación entre el titular y los terceros en referencia a un bien.

Dentro del conjunto de todos los terceros se destaca, como más calificada, el propietario de la cosa gravada. La relación jurídica en el derecho real, a diferencia de la que sucede respecto al sujeto pasivo de las obligaciones, no vincula al propietario a una prestación. Simplemente le impone un deber de abstenerse que no es otra cosa sino el deber pasivo extensible a todos los terceros manifestado sobre él de una forma más intensa. Porque recayendo el poder

(22) Cfr. WOLFF, op. cit., pág. 11.

(23) Vid. MABIP, *La dirección de bienes muebles en el actual Derecho civil español*, Madrid, 1946, pág. 46.

(24) Vid., por todos, MESSINGO, *Istituzioni di Diritto privato*, 3.ª ed., Padua, 1941, página 276.

(25) Cfr. WINDSCHEID, op. et loc. cit., nota 3 in fine.

(26) BARASSI, op. cit., pág. 40.

del titular del derecho real limitado sobre un bien perteneciente al propietario, y comprimiendo el dominio en mayor o menor escala (máxima en la enfiteusis, mínima en la servidumbre), es el dueño de la cosa quien tiene mayor oportunidad de perturbar el ejercicio del derecho y por tanto le afecta de un modo más próximo el deber de abstención.

El efecto normal de limitar la propiedad es característica de todos los derechos reales limitados.

Windscheid (27) al enumerar los derechos de esa clase que la poseen no menciona la hipoteca.

Pero tampoco se puede negar en ella. El dueño de la cosa gravada con garantía real debe sufrir, cuando ha lugar, la acción del acreedor encaminada a expropiarle de la cosa. Y esto supone un desconocimiento de su facultad exclusiva de disponer, implicando por tanto una limitación.

El carácter normal de limitar la propiedad impone una consecuencia: Desde el punto de vista del pleno dominio son derechos anómalos.

Anomalía no quiere decir disfavor legislativo. Por el contrario, el sistema de derechos reales limitados, que en el fondo constituye una expresión de la solidaridad humana aplicada a las cosas en el sentido de extender la utilidad que prestan a otras personas y a otros bienes, goza de las simpatías del legislador y es a veces la propia Ley la que los impone.

La concepción del derecho de propiedad como poder absoluto, total y sin límites, está desde hace tiempo superada. Aparte de toda la doctrina sobre el estado de necesidad reconócese hoy fuertes limitaciones al propietario en el uso de su derecho. Se le exige que no se limite a satisfacer sus necesidades con el producto de los objetos de que es dueño, sino que cumpla al ejercitar su derecho una función social. No es sólo impedido el abuso del derecho; se reglamenta también el uso con miras a obtener el resultado más productivo desde el punto de vista de la economía nacional. Las normas públicas sobre el empleo de las cosas que más afectan a esa economía (edificación en solares urbanos, cultivo agrícola, etc.), tornan bien patente la necesidad de que el dueño se someta al uso que mayor conveniencia presenta para el bien común. La expropiación pone de manifiesto cómo el interés individual del propietario debe someterse al general de la colectividad. La doctrina de las relaciones de vecindad y la de la responsabilidad por daños causados por cosas que están en nuestro poder, son claro exponente de que el disfrute del dominio encuentra rígidos límites impuestos por intereses prevalentes. La prescripción adquisitiva es encarada en nuestros días como premio a quien ha sabido hacer rendir a los bienes mayor utilidad que la que proporcionaban en manos de un titular que descuidando su derecho incumplía también innegables deberes sociales. La tutela posesoria interdictal se configura como protección inmediata y provisoria al que al estar usando de las cosas les hace rendir con provecho general. Y—para no alargar indefinidamente una lista cada día más extensa—los derechos reales limitados se nos presentan hoy como medios de extender la utilidad que las cosas prestan a un mayor número de personas y de cosas. De aquí que legislativamente sean tratados cada vez con mayor favor y puedan ya vislumbrarse nuevas categorías (como el arrendamiento inscrito) que en un

(27) WINDSCHEID, op. cit., pág. 506.



futuro no lejano veremos seguramente tipificadas junto a las figuras clásicas de derechos reales limitados, porque cada día va consolidándose más el fuerte sentido social del Derecho al que estas figuras responden.

No es pues disfavor legislativo la anomalía que se observa. La anomalía radica en que no se debe permitir crear derechos reales limitados fuera de los que el Ordenamiento tipifica.

Es bien sabido que de acuerdo con lo prescrito en el artículo 2 núm. 2 de la Ley Hipotecaria y en el 7 del actual Reglamento, parece vigorar en nuestro Ordenamiento el sistema de «*numerus apertus*» de derechos reales. Contra él se ha pronunciado decididamente nuestra doctrina (28) poniendo de manifiesto los inconvenientes teóricos y prácticos del mismo. Con ella lamentamos que no se haya aprovechado la última reforma hipotecaria para implantar de un modo inequívoco el sistema de «*numerus clausus*».

Pudiera pensarse que el sistema de «*numerus apertus*» es más adecuado, pues respondiendo la formación de los derechos reales limitados a una fuerte exigencia social sería lógico conceder a los particulares poderes para crear, cuantos estimasen oportunos a fin de conseguir por su mediación resultados económicos no previstos en la Ley.

Pero, aparte otras razones, la tipicidad se justifica porque el hecho social de ser los derechos reales oponibles a terceros es suficientemente grave para impedir que se consienta su libre constitución. Los particulares deben contentarse con la vía contractual para satisfacer sus exigencias económico-jurídicas. El otro camino les está impedido por los inconvenientes que presenta (29).

El carácter normal en estos derechos de limitar el dominio sin desfigurar su naturaleza, no lleva a concluir que deban ser conocidos con el nombre de derechos limitativos de la propiedad. Porque si bien el límite es efecto normal, cabe excepcionalmente no exista. Limitar la propiedad presupone que sobre la cosa en que recae el derecho real exista un dominio. Y ya vimos que pueden darse casos en que tornándose «*res nullius*» el bien gravado no desaparece sin más el derecho real que sobre él incide. Por tanto, en esos supuestos al menos, no cabe hablar de limitación de la propiedad.

#### *Derechos reales de contenido limitado.*

Después de cuanto hemos dicho, hay que concluir que estos derechos no pueden denominarse «*fraccionamientos de la propiedad*», porque tal terminología desfigura su naturaleza. La expresión «*iura in re aliena*» es bastante correcta, pues los derechos reales limitados recaen normalmente sobre cosas de propiedad ajena; pero es un modo de decir incompleto, al igual que hablar de «*limitaciones de la propiedad*», porque cuando inciden sobre «*res nullius*» ni hay dominio ajeno ni se limita ninguna propiedad.

Para conocerles con una designación que abarque todas las hipótesis y no tan sólo los casos normales, Barassi busca una cualidad común a todos ellos. Y la encuentra comparando su contenido con el del derecho real patrón, frente

(28) Vid., por todos, los anotadores del ENNECERUS, op. cit., pág. 15.

(29) Cfr. BARASSI, op. cit., pág. 40.

al cual presentan un contenido más limitado, más reducido (30). Así considera que el nombre que mejor refleja su naturaleza es el de «derechos reales de contenido limitado», o simplemente y para abreviar «derechos reales limitados».

#### *Naturaleza.*

Por tanto son derechos reales de contenido más limitado que el de propiedad, ante el que se encuentran en posición subordinada (31), lo que no significa que en caso de conflicto no pueda prevalecer el derecho limitado.

Aunque tengan un contenido más limitado que el del dominio no deja de tutelarse en ellos una particular relación de poder, tanto en lo que se refiere a las facultades del titular sobre la cosa como en lo que respecta a las relaciones con los terceros.

Su naturaleza real viene impuesta en nuestro derecho por fuerza de la Ley. Respecto a los de goce, el artículo 530 del Código afirma que «la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble» y el 467 que «el usufructo da derecho a disfrutar de los bienes ajenos». Con referencia a los de garantía, el artículo 104 de la Ley Hipotecaria, al igual que el 1.876 del Código, proclama que «la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone».

#### *Carácter real de los derechos limitados de goce.*

Ha llegado a pensarse que los derechos reales limitados de goce tienen una naturaleza más afín a la del relativo de crédito que al de propiedad.

El mayor obstáculo para reconocer su naturaleza real es que el titular se encuentra en una relación duradera con el propietario de la cosa gravada, semejante a primera vista a la que existe entre deudor y acreedor (32).

Esa relación surge «ab initio» cuando el derecho limitado se constituye por voluntad del propietario. Pero ni aun en este caso depende del de dominio. La relación entre ambos se reduce a haberse formado el primero derivando de la voluntad del constituyente y estar condicionada su existencia al hecho de que aquél tuviese realmente la propiedad de la cosa. Ahora bien, una vez creado vive ya con vida propia y autónoma. Cicu (33) califica tal relación de semejante a la que existe entre el propietario actual de una cosa y el propietario anterior.

Entre dominio limitado y derecho real que lo limita no se da una situación de sometimiento, sino de equilibrio. Por ello el Código disciplina el ejercicio de los derechos limitados delineando las facultades y los deberes del titular y del propietario del bien gravado (artículos 471-512 en el usufructo, 543-545 en las servidumbres, etc.).

Fadda y Bensa (34) han afirmado que a diferencia de lo que ocurre en la propiedad y a semejanza de lo que sucede en los derechos de crédito, el titular de los derechos limitados de goce precisa de la cooperación del dueño de la

(30) BARASSI, op. cit., pág. 11.

(31) Cfr. IHMING, *Geist des römischen Rechts*, vol. II. Leipzig, 1921, págs. 213-216.

(32) Cfr. BARASSI, op. cit., págs. 23-24.

(33) CICU, op. cit., pág. 51.

(34) FADDA y BENSA, en notas al op. cit. de WINDSCHIED, pág. 577.

cosa gravada para ejercitar su derecho. El dueño sería así un intermediario indispensable para el ejercicio.

Barassi (35) ha demostrado cómo esa cooperación no es esencial. No tiene otro carácter que el de obligar al propietario a abstenerse de perturbar el ejercicio del derecho limitado de goce. O sea, es la concreción a su respecto del deber negativo general que abarca a todos los terceros.

Por otra parte, pudiendo recaer los derechos reales limitados sobre cosas sin dueño es evidente que cuando así suceda la figura del pretendido «intermediario indispensable» no aparece por ninguna parte. Subsistirá entonces el deber universal de respeto a cargo de todos los terceros sin necesidad de ningún género de un propietario que no existe.

No cabe pensar que los derechos reales limitados sólo pueden ser violados por el propietario de la cosa gravada. Ello equivaldría a decir que para desconocer un derecho se precisa de violencia física. El violar supone en este caso la inobservancia del deber de abstención que con cargo a los terceros deriva de todo derecho real (36); y en ese sentido claramente se comprende que cualquier tercero puede desconocer el derecho.

#### *Carácter real de los derechos de garantía.*

De modo particular se ha negado el carácter de derecho real al de garantía. Así se desconoce que, al igual que los de goce, si bien sea diferente el poder que unos y otros se atribuye al titular, recaen siempre sobre cosas.

No se puede negar el carácter real a los derechos de garantía pensando que en algunos casos, como en la hipoteca, no existe un poder sobre bienes. Si ese poder ha de configurarse como relación material y tangible lo descubriríamos en el depósito, por ejemplo. El argumento que nos llevase a negar el carácter real de la hipoteca nos exigiría atribuirlo al depósito.

Todo depende, por tanto, del concepto que se tenga de «poder sobre la cosa». Si, con Barassi (37) lo configuramos, desde un punto de vista jurídico, como poder que recae directamente sobre los bienes, aunque no existan actos materiales de aprehensión directa no puede negarse carácter real a los derechos de garantía.

Si los acreedores hipotecario, pignoraticio y anticrético tienen poder para conseguir una cantidad equivalente a la prestación instando en caso oportuno la venta, es porque poseen una facultad jurídica directamente dirigida sobre una cosa que se destina a ser permutada por dinero.

Algunos de los autores que niegan el carácter real a los derechos de garantía los configuran como «obligaciones rei», es decir, como si las cosas que garantizan con su valor al acreedor estuviesen obligadas a prestar el crédito (38).

Tal teoría parte de la idea de que el derecho que corresponde al acreedor garantizado es un simple crédito contra el propietario del bien gravado. Estaríamos así en presencia de una especie de obligación con responsabilidad li-

(35) BARASSI, op. cit., pág. 26.

(36) Cfr. CICU, op. cit., págs. 38-39.

(37) BARASSI, op. cit., pág. 28.

(38) Así se desprende de MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, vol. V, Milán, 1923, págs. 409-410.

mitada, que se concretaría sobre una cosa sin extenderse a todo el patrimonio del deudor.

Contra este pensamiento hay que objetar que, por ejemplo, en la hipoteca, el tercer adquirente del fundo gravado no tiene obligación de pagar al deudor. Tiene sí, derecho a pagar o a abandonar la finca si quiere liberar el inmueble de la carga hipotecaria.

La hipoteca no crea el deber de entregar la prestación debida. Su naturaleza no puede confundirse con la de una obligación. Es un derecho limitado, no de goce pero sí real. Si es un verdadero poder jurídico sobre la cosa el que se dirige a gozar de ella, con mayor motivo lo será el que tiene por fin expropiar al dueño de su derecho de dominio (39).

En el fondo de las doctrinas que niegan carácter real a los derechos de garantía late el preconcepto de que el goce es la verdadera y única expresión del derecho real. Por eso algunos de sus sustentadores llaman a la garantía «derecho a la realización del valor de la cosa».

La terminología resulta criticable, pues el valor no es un bien en sí, sino un concepto de relación (la cosa en relación al dinero), una cualidad de las cosas (su permutabilidad).

En las obligaciones la prestación del deudor es elemento esencial y típico. En los derechos de garantía el titular no acude a expropiar al dueño de la cosa gravada en una fase subordinada y sucesiva, como sucede en los de crédito respecto al patrimonio general del deudor, sino en vía primaria, como poniendo en movimiento el contenido de su derecho. La prestación del propietario queda en último plano y es facultativa. El pago de la deuda por el dueño de la cosa onerada asume un carácter secundario y está lejos de formar parte de la estructura y función del derecho real de garantía. Es simplemente el medio de que dispone para evitar la ejecución. Pero típicamente, el acreedor con garantía real obtiene de la cosa la cantidad necesaria para satisfacer su crédito y de modo parecido—desde el punto de vista jurídico—como se obtienen los frutos en los derechos reales de goce (40).

Partiendo del supuesto de que el derecho real limita sólo la facultad de gozar del propietario y no la de disponer, Gorla (41) niega carácter real a la hipoteca, porque su efecto es tornar indisponible el fundo, ya que una vez constituida, el propietario puede enajenar la posesión, pero no el dominio. Semejante modo de pensar tenía por base la terminología del Código civil italiano de 1865, que llamaba a los sucesivos adquirentes de la finca hipotecada «terceros poseedores». Hoy ha desaparecido esa base, pues el Código de 1942 habla de «tercer adquirente».

El argumento podría tentarse en España, dado que en los artículos 126 y 127, por ejemplo, de nuestra Ley Hipotecaria, se encuentra el término «tercer poseedor». Pero en el 134 está referido no sólo a quien adquiere el usufructo, sino también la propiedad. Y el 112 se ocupa del supuesto en que la cosa hipotecada pasa a manos de un «tercer poseedor», y éste, a quien el artículo llama también «nuevo dueño», hace obras de mejora en la finca. De la lectura de los últimos preceptos invocados se deduce que con el término de «tercer po-

(39) Cfr. BARASSI, op. cit., pág. 30.

(40) En este sentido, BARASSI, op. cit., págs. 30-31.

(41) GORLA, *La garanzia reali delle obbligazioni*, Milán, 1935, pág. 129.

«cedor» la Ley designa también al nuevo propietario y que tal expresión legal no representa por tanto imposibilidad de transmitir la propiedad de la finca hipotecada. Su carácter enajenable no ofrece duda en nuestra doctrina.

Otros autores han pensado que en los derechos de garantía falta el deber universal de abstención característico de los reales, creyendo que ese deber de los terceros sólo puede consistir en abstenerse de gozar (42).

Pero, aparte de lo inadecuada y unilateral que resulta esta concepción del deber negativo (43), hay que hacer notar que los derechos de garantía incluso llegan a limitar el goce—si bien sea de modo secundario—, pues impiden al dueño de la cosa gravada realizar aquellos actos propios del dominio que puedan venir a atenuar o desconocer la garantía prestada por la cosa (44).

Buen número de procesalistas (45) niegan que los derechos de garantía sean un instituto perteneciente al Derecho civil. Los consideran figuras propias del Derecho procesal, como un simple modo de ser de la acción ejecutiva. El poder de expropiación que al acreedor garantizado corresponde es para estos autores la acción ejecutiva que aparece aquí reforzada. El refuerzo se manifiesta en que a ella queda sometido, como mero responsable procesal sin débito, incluso quien adquiere la propiedad de la cosa después de haberse constituido sobre ella la garantía.

Rubino (46) hace notar que esta doctrina no explica una serie de figuras cuya naturaleza es indudablemente la del derecho de garantía. Así, por ejemplo, la prenda de un crédito futuro: la prenda existe antes de haber nacido el crédito que se quiere garantizar y por tanto antes de que sea posible cualquier ejecución.

En el fondo de esa teoría, como advierte Barassi (47), encontramos también el preconcepto de que el derecho real limitado se refiere exclusivamente a la facultad de goce y no a la de disposición. De aquí a afirmar que los derechos de garantía son un instituto de naturaleza procesal tan sólo, media apenas un paso. Porque negándole por principio el carácter de reales al analizarlos aparecen como un simple derecho de expropiación, como una de las manifestaciones de la acción ejecutiva.

Contra tal modo de ver hay que hacer constar que son en primer término verdaderos y propios derechos subjetivos que vinculan los bienes.

(42) Vid., por todos, MESSINHO, op. cit., págs. 342-344.

(43) Cfr., a este propósito, COVIELLO, op. cit., págs. 5-6.

(44) En este sentido, RUBINO, *Il pegno*, vol. XIV, t. I, del *Trattato di Diritto Civile* de VARELLI, Turín, 1949, pág. 187.

(45) REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parte*, Milán, 1911, págs. 224 y sigs., y *Profili pratici di Diritto processuale civile*, Milán, 1938, págs. 88-90; CARNELUTTI, *Progetto del Codice di Procedura Civile*, vol. II: *Del processo de cognizione*, Padua, 1926, págs. 191 y sigs., y *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, en «Studi in onore de Chiovenda», Padua, 1927, págs. 311 y sigs.; LIEBMAN, *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*, en «Rivista di Diritto Processuale Civile», 1934, I, pág. 127 y sigs., concretamente pág. 146 y sigs.; CARACINI, *Contributo alla teoria del pignoramento*, Padua, 1936, págs. 262 y sigs. En contra: COVIELLO, op. cit., págs. 6-14; PUGLIATI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milán, 1936, páginas 379 y sigs.; FRANCISCHELLI, *L'ipoteca como diritto reale*, en «Rivista del Diritto Commerciale», 1938, I, págs. 274 y sigs., concretamente págs. 275 y sigs.

(46) RUBINO, op. cit., pág. 184.

(47) BARASSI, op. cit., págs. 33-34.

No son figuras de interés tan sólo para el proceso. Predominantemente afectan al Derecho substancial. Y lo afectan en un doble aspecto.

De un lado, en el derecho de garantía el titular posee un poder dirigido a provocar la expropiación del dominio obteniendo la permuta de los bienes por dinero. Los derechos limitados protegen el desenvolvimiento del crédito y vienen a vincular los bienes. Es decir, responden a intereses del más alto valor económico y por ello precisan ser disciplinados en las Leyes sustanciales.

Por otra parte, los derechos de garantía recaen sobre cosas y constituyen una mayor o menor limitación de la propiedad. Este límite implica la posibilidad de que el dominio pueda escaparse de las manos de los sucesivos adquirentes que hubiesen recibido el bien gravado. Y semejante efecto respecto a terceros presenta el mayor interés desde el punto de vista del Ordenamiento substancial.

Es cierto que el derecho de garantía interesa también al proceso. Pero por encima de tal interés se presenta como facultad que recae sobre cosas, oponible «erga omnes». Y por ello aparece en primer plano su naturaleza de derecho real limitado.

Podrá si se quiere ver en los derechos de garantía, como afirma Rubino respecto a la prenda (48) una relación compleja que comprende singulares relaciones de diferente naturaleza. Pero no puede negarse, como este mismo autor reconoce, que su núcleo lo constituye un derecho real limitado.

Barassi ha pretendido reconocer carácter real a la garantía general del patrimonio del deudor, viendo en ella las notas de incidencia sobre la cosa y oponibilidad «erga omnes» propias de los derechos reales (49). Pero frente a los argumentos por él invocados hemos de objetar que el acudir a la garantía general no es un derecho que en vía primaria y como contenido principal de su titularidad pueda ejercitar el acreedor. Entra en juego de modo secundario y subordinado. Por otra parte los bienes que salen del patrimonio general del deudor y los adquiere un tercero, salvo el posible ejercicio de la acción pauliana en el caso extremo de fraude, quedan desonerados de la garantía general.

Los derechos reales de garantía se dirigen a obtener una cantidad a través de la cosa gravada, no del propietario de la misma. En este sentido se ha llegado a hablar de «obligaciones de la cosa». Obligar un bien viene así a significar gravarlo con garantía real. La expresión es puramente metafórica, alude al gravamen propio de los derechos reales limitados. Pero hay que advertir que aunque sea muy expresiva es incorrecta, pues las obligaciones reales son todo menos verdaderas obligaciones.

#### *Naturaleza real de los derechos limitados de goce y de garantía.*

Podemos por tanto concluir que los derechos limitados de goce y de garantía tienen naturaleza real.

(48) RUBINO, op. cit., págs. 163-187.

(49) BARASSI, op. cit., págs. 9 y 35-37. Este pensamiento no es original, encontrando en Italia bastantes seguidores: ROCCO, *Il fallimento*, Turín, 1917, pág. 26; PACIGNONI, *Delle obbligazioni in generale*, vol. I, parte II, del *Diritto civile italiano*, 2.ª ed., Padua, 1935, páginas 41 y sigs.; D'AVANZO, *La surrogatoria*, Padua, 1939, págs. 35-61. En Portugal admite esa doctrina GALVÃO TELLES, *Das universalidades*, Lisboa, 1940, pág. 107; GOMES DA SILVA (*Conceito e estrutura de obrigação*, Lisboa, 1943, págs. 233-245) ha sido quien pretendió defenderla con mayor lujo de razones.

Pueden oponerse «erga omnes», y de modo especial contra el propietario de la cosa gravada por ser quien mayores posibilidades tiene de violarlos.

Son autónomos respecto a la propiedad del bien sobre que recaen. Tal autonomía puede aparecer en una fase sucesiva a la de su constitución, como sucede cuando es el propio dueño de la cosa quien lo crea; e incluso cabe que surja a partir del momento de su nacimiento, caso de que no se constituyan por voluntad del propietario, sino de la Ley. La independencia frente al dominio se manifiesta también en que persisten aún cuando la propiedad de la cosa gravada se transmita a un tercero o desaparezca tornándose aquella «nullius».

El titular de los derechos limitados no precisa de determinada conducta del propietario para alcanzar la utilidad que le corresponde. El dueño de la cosa gravada, como todos los terceros, está simplemente obligado a abstenerse de perturbar el ejercicio de aquellos derechos.

Teniendo, pues, el titular un poder inmediato y directo sobre la cosa que es oponible «erga omnes», hay que concluir que su poder posee las características propias y peculiares de los derechos reales.

#### *Utilidad derivada de la cosa.*

Para el titular del derecho real limitado la utilidad deriva de la cosa: Utilidad de goce en los de goce y de cambio en los de garantía.

En los de goce se limita, conforme a la naturaleza de su derecho, a sacar de la cosa la utilidad que ella, en el estado en que se encuentra, puede proporcionarle.

En los de garantía posee un poder de iniciativa dirigido a expropiar el dominio de los bienes gravados pertenecientes al deudor o al tercer adquirente. El acreedor no puede gozar de la cosa ni tiene tampoco un poder de disposición directo. A falta de pago no realiza por sí el valor del bien que garantiza su crédito, sino que ha de requerir la intervención judicial siguiendo el proceso establecido por el Ordenamiento para proteger al deudor de posibles abusos.

La utilidad que el titular del derecho real limitado recibe no deriva de actividad humana, pues la persona no puede ser objeto de una facultad real.

Este principio que generalmente se reconoce en los derechos de goce no es admitido sin oposición en los de garantía y de modo especial en la hipoteca.

Pero el acreedor hipotecario tiene un poder jurídico sobre el inmueble cuyo contenido no consiste en un «facere» del propietario (deudor o tercer adquirente). Esto se ve con toda claridad en el supuesto de pasar la cosa a manos de un tercero que nunca puede estar obligado a una prestación; si paga la deuda o abandona la cosa no lo hace cumpliendo un deber, sino para evitar el ejercicio de la acción hipotecaria, única cosa que tiene que sufrir. Y tal «pati» es análogo al que afecta al propietario de un bien gravado con derecho real de goce; es decir, abstenerse de perturbar el ejercicio de la facultad que al titular del derecho limitado corresponde (50).

No se puede confundir el deber general negativo que pesa sobre el propietario con una obligación negativa.

Uno y otra son cosas diferentes aunque a veces en la práctica sea difícil saber ante cuál de las dos nos encontramos. El problema se reduce a una

(50) Cfr. BARASSI, op. cit., pág. 43.

«*quaestio voluntatis*». En los casos dudosos, que se presentan de modo especial en los supuestos de servidumbres negativas, es preciso descubrir si la intención de los constituyentes era la de crear un derecho real o una obligación. Es decir, siguiendo la terminología de Barbero (51), determinar si las partes quisieron que al sujeto activo «pertenciese una facultad» o le «correspondiera una prestación».

Pero técnicamente la diferencia entre uno y otra no presenta dificultades. Berlini (52) considera que habrá obligación negativa cuando el deber del propietario tenga por contenido tan sólo una no actividad, y derecho real limitado—concretamente servidumbre negativa—si la no actividad está conexas a un determinado estado de hecho del fundo sirviente.

La diferencia es bastante más clara. En el derecho real limitado no existe una simple vinculación negativa del propietario de la cosa gravada, sino una facultad directa sobre la cosa oponible a todos los terceros. Por el contrario, en la obligación negativa el deber de abstenerse compete sólo al propietario, y a éste en calidad de deudor, no de dueño (53).

#### *Divisibilidad.*

Respecto a la cosa sobre que recaen los derechos reales limitados son indivisibles. Aunque el bien se divida entre varios copropietarios, el derecho subsiste sobre el todo. Así se desprende para la hipoteca de los artículos 122 y 123 de la Ley, y para la prenda y anticresis del 1.860 del Código. E igual principio ha de admitirse respecto a los derechos reales limitados de goce (54).

Pero se plantea el problema de si, por el contrario, cabrá la división de su titularidad. La solución no es única; varía según los casos. Puede admitirse en los supuestos en que la utilidad que se alcanza con el derecho limitado sea divisible. Y hay que negarla en caso contrario.

Así, por ejemplo, cabe que se divida la titularidad del usufructo, pues si existen varios usufructuarios, cada uno de ellos puede recibir la parte proporcional que le corresponde de la utilidad que la cosa presta.

Por el contrario, es indivisible la hipoteca. Si el crédito garantizado se transmite a varias personas, cada una de ellas podrá hacer valer la hipoteca sobre toda la cosa. Y si a uno de los coacreedores se le satisface su parte de crédito, la hipoteca subsiste íntegra y puede ser ejercitada por los demás, sólo desapareciendo cuando se haya extinguido totalmente el crédito.

#### *Extinción.*

La existencia de los derechos reales limitados está subordinada a que persista la necesidad que les hizo nacer.

Pero esto no quiere decir que cuando desaparece tal necesidad se esfumen sin más.

(51) BARBERO, *Sistema istituzionale del Diritto privato*, Milán, 1946, vol. I, pág. 622.

(52) BERLINI, *Sulla distinzione delle servitù in continue e discontinue*, en «Archivio Giuridico», 1931, pág. 55.

(53) Vid. BARASSI, *op. cit.*, págs. 80-81.

(54) En este sentido, BARASSI, *op. cit.*, pág. 82.



Los modos extintivos están fijados taxativamente por la ley y allí no se menciona ese hecho como causa extintiva.

Ahora bien, no dándose el ejercicio del derecho se demuestra que la necesidad que lo motivó ha dejado de tener significado. Y entonces prevalece el fin social de la propiedad, recobrando el dominio su primitiva configuración. El fin social del dominio se alcanza de modo más efectivo liberándolo de vínculos y gravámenes. Por ello los derechos reales limitados desaparecen cuando con el no ejercicio—en el plazo y con las características prescritas por la ley—se demuestra ser desnecesaria su persistencia. La limitación que el derecho real impone a la propiedad se justifica por un motivo de utilidad actual, no meramente potencial, que la cosa preste a su titular (55).

Cesando el derecho limitado la propiedad recobra la pristina configuración en virtud de su carácter típico de «elasticidad».

Si el derecho que desaparece era de contenido negativo el dominio no viene a enriquecerse con su extinción. Simplemente dejará de existir un límite que importaba un mandato prohibitivo y se tornará de nuevo pleno el contenido del poder dominical.

A *sensu contrario* pudiera entenderse que cuando el límite que desaparece era positivo la propiedad se enriquecerá recobrando facultades; pero no sucede así. Dado el carácter global del dominio al cesar las limitaciones la propiedad se reexpande por su propia virtud. No se puede pensar que al extinguirse el gravamen una facultad encuentra de nuevo el lugar de origen en un viaje de retorno.

Precisamente por no existir aumento de facultades y su expansión del todo hasta alcanzar los límites primitivos, Barassi (56) llega a sostener que la renuncia traslativa gratuita a un derecho real limitado hecha a favor del propietario de la cosa gravada no constituye donación por faltar el requisito del enriquecimiento del donatario que es imprescindible para la existencia de aquella. Tal criterio es sin duda exagerado, pues no puede negarse que con la renuncia se opera—si bien de forma mediata—un enriquecimiento a favor del donatario que se traduce en la mayor amplitud del contenido de su derecho

#### *Confusion.*

La causa típica de desaparición de los derechos reales limitados que mayor interés presenta es la confusión.

Estos derechos recaen sobre cosas que normalmente pertenecen en propiedad a un tercero. En esa hipótesis normal, si se reúnen en la misma persona la titularidad del derecho limitado y la del dominio de la cosa gravada, desaparece aquél confundiéndose con la propiedad.

Así lo declara expresamente el Código en el artículo 513, número 3, en referencia al usufructo, en el 529 al uso y habitación, en el 546, número 1, a las servidumbres. Y en general hay que considerar que la confusión es una de las causas extintivas de todos los derechos reales limitados, pues cuando se puede obtener de la cosa su más amplia utilidad *iure proprietatis* no es necesario ni se justifica que se extraiga de ella una utilidad más reducida. Al coexistir en

(55) Cfr. BARASSI, op. cit., págs. 62-64.

(56) BARASSI, op. cit., pág. 66, en nota.

una misma persona y respecto a la misma cosa un derecho de dominio y un derecho real limitado se pone de manifiesto la inutilidad de este último (57).

Entre los modos constitutivos de la servidumbre se encuentra uno que se presenta precisamente como hipótesis antitética de la confusión. Es el de la servidumbre creada por destino del padre de familia, de que se ocupa el artículo 541. Cuando el propietario de dos fundos determina que uno de ellos preste cierta utilidad al otro no nace la servidumbre porque ambos predios le pertenecen en propiedad. Pero si posteriormente enajena uno de los fundos aquella situación material y de hecho que existía entre ellos se transforma, en determinadas circunstancias, en una relación de derecho, originándose entonces una servidumbre que tiene por contenido la utilidad que antes prestaba uno de los predios al otro (58).

Por consecuencia de la naturaleza de la confusión al cesar la causa que la produjo el derecho limitado no resurge, a no ser que se constituya de nuevo; porque no puede volver a la vida jurídica lo que para el Derecho había muerto. Claro que si fué ineficaz el derecho limitado continuará su existencia, pues en ese supuesto no se había producido en realidad su muerte; por tanto no puede decirse que resurja, sino que continúa la vida. Pero si la confusión fué eficaz y posteriormente cesa la reunión que operó por una nueva causa (por ejemplo, si el propietario del fundo dominante que adquiere por herencia el sirviente enajena después uno de los predios) el derecho real limitado no renace. Como indica Coviello (59) la confusión operó de modo efectivo su muerte; sólo cabe constituirlo *ex novo*.

En caso de que desaparezca una servidumbre por confusión, si el propietario deja subsistente la relación material de hecho—en virtud de la cual uno de los predios sigue prestando utilidad al otro—y luego enajena uno de los fundos no renace la servidumbre que la confusión había extinguido. Barassi hace notar que en tal supuesto la servidumbre se extinguió y el dejar el propietario subsistente su signo material trae como consecuencia que en las futuras enajenaciones se constituya de nuevo (60).

Habrá entonces una creación «*ex novo*» de una servidumbre de contenido y alcance igual al que poseía una anterior que había desaparecido por confusión y cuyo signo aparente mantuvo el propietario sin que ello supusiese subsistencia del derecho real limitado.

Gregorio José ORTEGA PARDO

(57) Vid. CICU, op. últ. cit., págs. 166 y siga.

(58) Sobre esta antiteza, cfr. BARASSI, op. cit., pág. 92.

(59) COVIELLO (L.), *Delle ipoteche nel Diritto civile italiano*, 2.ª ed., Roma, 1906, págs. 395-396.

(60) BARASSI, op. cit., págs. 93-94.