

del derecho de habitación, que, según la ley italiana, se concede á la mujer á la muerte del marido.

En efecto, á tenor del artículo 1.415 del Código civil italiano, la viuda tiene derecho de exigir á los herederos del marido la habitación durante un año, á contar desde el día de su muerte. Este derecho no es realmente una servidumbre personal, como lo es el derecho de habitar en una casa determinada, sino que es, por el contrario, uno de los derechos que se derivan del matrimonio, y deberá atribuirse á la viuda de un italiano, aun en el supuesto de que la disolución del matrimonio por muerte del marido, haya tenido lugar en país extranjero; y decimos esto, porque el derecho de habitación en el caso en cuestión, aunque fundado en la ley, es, sin embargo, un derecho patrimonial de la viuda italiana, y como tal hay que reconocerlo en todas partes.

859. El derecho de uso y de habitación, podrá considerarse como una servidumbre personal, cuando tenga por objeto una finca determinada respecto de la cual se haya atribuido al usuario el derecho de tomar los frutos suficientes para sus propias necesidades y las de su familia, ó el derecho de usar de una casa determinada para habitar en ella con la misma.

860. Para determinar la extensión del precitado derecho, conviene atenerse en principio al título, y como todo depende de la voluntad del que haya atribuido tal derecho, debiendo por tanto admitirse su autonomía para atribuirlo en mayor ó menor escala, habrá que referirse al título mismo que, como ya hemos dicho, puede ser un acto entre vivos, ó un testamento. La ley suple únicamente cuando el título no haya determinado la extensión del derecho, y en este solo caso es en el que puede surgir alguna duda, si todo debe depender de la *lex rei sitæ*, de la *lex loci actus*, ó de la ley personal del causante ó testador. Aun respecto de este punto habrá que establecer las distinciones tantas veces hechas para determinar exactamente la autoridad de la ley.

Teniendo presente que el objeto del derecho es la cosa, habrá que atenerse á la *lex rei sitæ* para determinar el carácter jurídico y la naturaleza del derecho mismo, como también para decidir ante todo si debe reputarse el uso un derecho real verdadero y propio, ó un derecho real del que nace únicamente acción

personal contra el propietario. En este punto difieren las distintas legislaciones. En el sistema del Código civil italiano el uso es un derecho real verdadero y propio, por lo cual pertenece al usuario el derecho de poseer la cosa dada en uso. Por consiguiente, el propietario de la finca gravada con la servidumbre de uso, no puede, cuando disiente del usuario, dar á éste los frutos necesarios para sus atenciones y las de su familia, impidiendo poseer la finca y apoderarse directamente de los frutos. Siendo la cosa la que constituye el objeto del derecho, el usuario puede ejercitarlo directamente sobre ella. A éste corresponde, no ya la posesión exclusiva de todo el predio, sino la posesión en aquella parte indispensable para producir los frutos de que tiene necesidad. En el sistema del Código francés, no se puede tener como indiscutible el mismo concepto; los comentadores de aquél han opinado, en efecto, que el Magistrado tiene facultades para admitir ó excluir al usuario de la posesión de la cosa, según que tenga derecho á percibir la mayor ó menor parte de los frutos, obligándole en el primer caso á dar al propietario lo que exceda, y en el segundo á recibir del mismo la parte de frutos que le corresponda. Admitiendo dicho concepto, se seguiría que el derecho de uso no se podría reputar derecho real verdadero y propio, sino un derecho sobre la cosa del cual se deriva una acción personal contra su propietario.

861. Fácilmente se comprende que esta cuestión debe resolverse con arreglo á la *lex rei sitæ*; y de aquí que el derecho de uso correspondiente á un italiano sobre la finca de otro italiano sita en territorio francés deberá valuarse teniendo en cuenta el carácter que la ley francesa concede á tal derecho, y no con arreglo al que le da la ley italiana. Trataríase, en efecto, de decidir el derecho de poseer un inmueble existente en Francia y no se podría excluir la autoridad de la *lex rei sitæ*.

Por el contrario, deberá admitirse la autoridad de la ley italiana para determinar la extensión y la limitación del derecho de uso ó de habitación constituido entre dos italianos para suplir, conforme á lo que aquélla dispone, las deficiencias del título, siempre atendiendo á que se trata de cuestiones concernientes á las relaciones privadas de las partes, como por ejemplo, la rela-

tiva á las personas que deben considerarse comprendidas entre las que pueden gozar de la habitación, la obligación de sopor-
tar, en todo ó en parte, los gastos de cultivo de la porción co-
rrespondiente al uso de una finca, á los de las reparaciones de
la casa, etc. Pero si se tratase de cuestiones que puedan tener
relación con los intereses públicos, habría que atenerse á la *lex*
rei sitæ, debiendo ésta regular, por ejemplo, el uso de los bos-
ques pertenecientes á un italiano cuando estén sitos en el ex-
tranjero.

Cuando el usuario y el propietario sean ciudadanos de dis-
tinto país, será preciso atenerse á los principios ya expuestos al
tratar del usufructo. Debemos solamente notar que, como el uso
puede constituirse por medio de testamento y hay que admitir
la autonomía del testador para regular su extensión, á falta de
disposiciones expresas debe reputarse más conforme á los prin-
cipios racionales admitir que, en lo concerniente á las relaciones
de derecho privado, debe proveerse de conformidad con la ley
nacional del *de cuius*, porque habrá razón para presumir que á
ésta se haya referido, y por lo tanto, su voluntad debe interpre-
tarse con arreglo á la misma.

Aplicando este principio, hay que reconocer que siempre
que, según la jurisprudencia italiana, aquel á quien corresponda
el derecho de uso, tenga la facultad de tomar los frutos indis-
pensables para sus necesidades y las de su familia, teniendo en
cuenta su condición civil, si el derecho de uso sobre una finca
existente en Italia hubiera sido constituido mediante testamento
hecho por un austriaco, deberá tenerse presente la disposición
del art. 506 del Código civil de Austria cuando se trate de de-
terminar la extensión del derecho mismo, en atención á que el
testador debió referirse á la propia ley nacional cuando legó el
uso en su testamento. Por consiguiente, disponiendo el mencio-
nado artículo que debían fijarse las necesidades del usuario te-
niendo presente el tiempo en que se legó el uso sin que los cam-
bios posteriores en la condición ó profesión del usuario puedan
atribuirle derecho á un uso más extenso, habrá de decidirse con
arreglo á dicha disposición y no á tenor de las reglas estableci-
das por la jurisprudencia italiana en todos los casos en que el

derecho de uso haya de ejercitarse sobre una finca existente en
Italia.

S62. Podría surgir una duda respecto de la facultad de
enajenar el derecho de uso y habitación. Conforme á la ley ita-
liana, art. 528, no se pueden ceder ni hipotecar los derechos de
uso y de habitación. Pero ¿qué deberá decidirse cuando la ley
personal del usuario admita la cesión de tales derechos? ¿Debe-
rá reputarse válida la cesión hecha á un tercero en armonía con
su ley personal?

Hay que notar que la prohibición de enajenar el derecho de
uso no puede considerarse impuesta por razones de orden pú-
blico, y, por lo tanto, si en el título constitutivo se hubiese per-
mitido la enajenación, debiendo todo depender de la autonomía
de las partes, sería preciso considerar eficaz la cesión. Pero
la cuestión es la de si el derecho de enajenar el uso puede
fundarse en la ley personal cuando esté en oposición con la te-
rritorial. En nuestro concepto puede admitirse, porque el dere-
cho de uso se atribuye á la persona, pero como tiene por objeto
la cosa é implica una limitación de la propiedad, no puede de-
pende de la ley personal en lo tocante á la enajenación. Deci-
mos esto, porque á falta de título, debe depender de la *lex rei*
sitæ el determinar la mayor ó menor extensión del gravamen, así
como de las limitaciones del derecho de propiedad. En el
supuesto de que según la ley territorial, con objeto de no hacer
más gravoso ú oneroso el uso respecto del propietario, se haya
sancionado el principio de que no pueda cederse este derecho,
será necesario atenerse á las disposiciones de la misma, exclu-
yendo la autoridad de la ley personal, que no podría imponer al
propietario mayores cargas, como lo sería la que resultase del
hecho del usuario que tuviese facultades para transmitir á un
tercero su derecho. Laurent opina de distinto modo (1).

S63. Las servidumbres prediales tienen un carácter esen-
cialmente diverso del que tienen las de que hasta ahora nos he-
mos ocupado. Aquéllas, en efecto, no se establecen en beneficio
individual de determinada persona, ni implican, por consiguiente,

(1) Obra citada, t. VII, § 354.

una carga impuesta al fundo en provecho de tal ó cual individuo, sino que más bien se establecen para el uso y utilidad de otro fundo, cualquiera que sea su poseedor. El fundo gravado recibe el nombre de sirviente, y aquel en cuya utilidad se imponen las cargas el de dominante, de suerte que la relación, constituida por el servicio que el uno debe al otro, versa sólo sobre las dos fincas, sin tener en cuenta las personas á quienes pertenecen, llamando por esta razón algunos á dichas relaciones, servicios prediales, precisamente porque su naturaleza consiste en un servicio ó en una carga, impuesta sobre una finca para uso y utilidad de otra finca, excluyendo toda relación á las personas, las cuales, en tanto gozan del derecho ó sufren el gravamen en cuanto tienen la posesión, el uno del predio dominante, y el otro del sirviente.

Las servidumbres prediales ó se han establecido por la ley misma, ó mediante un hecho del hombre. Pero aun en aquello en que puede admitirse la autonomía personal, en cuanto al modo de establecerlas, debe hacerse teniendo presente la naturaleza y el carácter de la relación, como ya hemos dicho, esto es, excluyendo todo servicio impuesto á la persona ó en favor de la persona, porque éste desnaturalizaría el concepto esencial de las servidumbres prediales. El legislador francés lo dice expresamente en el art. 686, en el que dispone que «está permitido á los propietarios establecer sobre sus propiedades y en beneficio de ellas cualquier clase de servidumbre, con tal que el servicio estipulado no recaiga en la persona ni en favor de la persona, sino sólo en la finca y en favor de otra finca, y además, que tales servicios no se opongan al orden público. Esto concuerda con la disposición del art. 616 del Código civil italiano y demás leyes que rechazan el concepto de las servidumbres, según el derecho feudal.

Es, pues, evidente que dicha disposición tiene el carácter verdadero y propio del estatuto real, porque sanciona una regla de derecho social é interés público.

864. Las servidumbres prediales establecidas por la ley deben regirse absoluta y exclusivamente por la *lex rei sitæ*, sin que quepa excepción alguna en este principio, puesto que siendo

siempre el motivo que presidió á su constitución el interés público, no puede admitirse en este punto la autoridad de ninguna ley extranjera.

En el art. 649 del Código civil francés se dice, con razón, que las servidumbres que la ley establece tienen por objeto la utilidad pública ó privada, pero el motivo en que unas y otras descansan no es siempre el interés social, puesto que aun las establecidas en beneficio de los particulares, no tienen por mira proteger los intereses privados de los mismos, sino más bien fomentar el progreso de la agricultura y de la industria, por lo cual, teniendo siempre presente el interés de la sociedad, debe todo depender de la *lex rei sitæ*, sin que pueda jamás darse el caso de que los propietarios de fincas contiguas, aunque sean ciudadanos de la misma patria, puedan invocar su ley personal para recabar cualquier derecho de servidumbre proveniente de la situación de los fundos que á cada uno de ellos pertenecen.

Pongamos por ejemplo la servidumbre de paso. En la legislación romana no se encuentra una disposición expresa acerca de la servidumbre legal de paso. Las necesidades de la agricultura y la equidad, la introdujeron, no obstante, en algunos países, incluso los romanos, en fuerza de la jurisprudencia, y posteriormente el Código civil francés la sancionó en el art. 682, haciendo lo mismo los demás Códigos modernos. Así el propietario, cuya finca se encuentre rodeada de otras, sin tener salida á la vía pública, sin poder procurársela sin excesivo gasto ó incomodidad, tiene derecho por la ley para obtener el paso por los predios vecinos para el cultivo y uso conveniente del propio, estableciendo dicho paso en la forma menos perjudicial al fundo gravado. Esta servidumbre legal tiene por objeto la utilidad privada, pero no podría de aquí deducirse que dos propietarios, ciudadanos de la misma patria, pudiesen invocar la ley de ésta y pretender imponerla para regular entre ellos la servidumbre de paso, alegando como razón el tratarse de servidumbre legal, establecida en beneficio privado. No podrían hacerlo, porque, aunque no puede negarse que dichas servidumbres obedecen á interés privado, siendo, sin embargo, el fin de la disposición el interés social, ó sea el proveer, del modo más conveniente, al mejo-

ramiento de la agricultura y de la industria, para acrecentar la riqueza pública, es imprescindible reconocer en tal materia la autoridad de la soberanía territorial, rechazando en absoluto la extranjera.

En las legislaciones positivas, la servidumbre legal de paso no está regulada de un modo uniforme. Algunas sólo la admiten en el caso preciso de faltar todo paso; otras, aun cuando éste exista, con tal que no baste para las necesidades del cultivo ó de la industria. Ahora bien, deberá decidirse siempre en armonía con la *lex rei sitæ*, si debe ó no admitirse tal servidumbre legal, en cualquiera circunstancia en que las fincas se hallen realmente, sin que pueda consentirse á los propietarios extranjeros ciudadanos de la misma patria, el invocar su ley personal para adquirir el derecho de servidumbre de paso en los casos no consignados por la ley territorial, ni el rechazar la aplicación de ésta en las relaciones privadas entre ellos, alegando que, tratándose de una servidumbre establecida en beneficio de particulares, no debe aplicárseles la ley territorial, por ser ciudadanos de la misma patria. Debe denegarse tal pretensión, porque se opone á los principios del derecho. Los legisladores, que por medio de la ley han resuelto la cuestión en una ú otra forma, no se han preocupado de la condición de las personas, ni han tenido en cuenta mirar por los intereses particulares de las mismas, inspirándose únicamente en razones de interés general, como son el de promover la prosperidad de la agricultura y el fomento de la industria, y, por lo tanto, estando por medio los intereses sociales, no puede jamás darse el caso de admitir la autoridad de una ley extranjera.

865. No creemos oportuno tratar con más extensión esta materia, porque es para nosotros evidente que todo lo concerniente á las servidumbres prediales establecidas por la ley, debe regularse por la *lex rei sitæ*, cualquiera que sea el objeto de aquéllas. También deberá ésta regular la autonomía de las partes en aquello que puede concedérseles sobre modificar ó determinar de una manera más precisa y por medio de convenciones las servidumbres establecidas por la ley. No debe, pues, admitirse la susodicha autonomía sino dentro de los límites que la ley te-

rritorial fija, y este principio deberá aplicarse á todas las servidumbres legales de utilidad privada, á la comunidad de las paredes, á la distancia de las construcciones, á los derrames de aguas, á las servidumbres de luz y de vistas y á otras análogas.

866. Por lo que toca á las servidumbres establecidas por hechos personales, debe admitirse la autonomía de los propietarios en cuanto á establecer sobre las fincas ó en beneficio de ellas, cualquiera servidumbre mediante convención expresa ó por acto voluntario eficaz para ello, pero siempre dentro de los límites fijados por la *lex rei sitæ*, como ya hemos notado. Sólo dentro de estos límites pueden regularse por el título mismo que sirvió para su constitución, el ejercicio y la extensión de las servidumbres.

El título puede ser un acto entre vivos ó un acto de última voluntad. Hay ciertas leyes que admiten además servidumbres constituídas por destino del padre de familia.

Respecto de las primeras, el límite general de la autonomía de las partes debe consistir en que jamás pueda constituirse servidumbre alguna que en cualquier concepto sea contraria al orden público. Así, pues, dentro de la esfera en que puede admitirse la autonomía, deberá ésta regularse por la ley personal en lo que toca á la capacidad, y por la ley que presidió al contrato, en lo concerniente á la convención misma y á su eficacia en las relaciones entre las partes. En todo aquello que no se halle determinado en el mismo título, respecto del ejercicio y extensión de la servidumbre, habrá que atenerse á la ley territorial, y no á la del lugar en que se ha hecho el contrato, ó á la del país de donde sean ciudadanos los propietarios. Esto se funda en que, si bien para constituir la servidumbre es título suficiente la voluntad individual, sin embargo, debiendo la voluntad misma subordinarse á la *lex rei sitæ*, y siendo, por otra parte, la servidumbre, en lo que constituye su esencia, una carga impuesta á un fundo para uso y utilidad de otro, hecha abstracción de la condición de las personas y tendiendo siempre á establecer ciertas utilidades de interés general, es claro que todo debe depender de la ley del lugar donde las cosas se encuentren, y donde haya de ejercitarse la servidumbre: y véase por qué la misma ley debe

suplir á todo aquello que no se haya expresado en el título. Aun en el caso de haberse constituido la servidumbre por testamento habrá de admitirse asimismo, que su ejercicio y extensión dependen de la *lex rei sitæ*, y no de la ley personal del testador, porque como éste ha debido referirse á la ley del lugar donde radicaba la finca de su pertenencia gravada con la servidumbre, su intención fué, sin duda, el que ésta se ejercitase conforme á la ley vigente allí donde su ejercicio había de tener lugar.

No creemos que en este punto puedan surgir dudas, como tampoco en el supuesto de que la servidumbre se establezca por medio de la prescripción, debiendo ésta regirse también por la ley territorial como antes hemos dicho.

867. La dificultad puede nacer al tratarse de una servidumbre establecida por disposición del padre de familia. Tiene esto lugar cuando puede probarse que dos fincas, en la actualidad divididas, han sido poseídas por el mismo propietario, y que éste ha puesto ó dejado las cosas en el estado de que resulta la servidumbre. En tales circunstancias, dispone el legislador italiano que, tratándose de una servidumbre continua y aparente, cuando han dejado de pertenecer los dos fundos al mismo propietario, sin que se haya dispuesto nada relativamente á la servidumbre, debe ésta considerarse activa y pasivamente establecida en favor y sobre cada uno de los fundos separados (1). Dicha disposición concuerda con la de los arts. 692 y 693 del Código civil francés.

Generalmente se admite que el fundamento de esta servidumbre es el consentimiento presunto del propietario ó el que se deduce del estado objetivo de las fincas, respecto de las cuales se reputa establecida la servidumbre. Puede, sin embargo, dudarse si este elemento subjetivo que resulta del consentimiento presunto, debe depender de la ley personal del propietario (presumiendo con arreglo á ella y de una manera racional la voluntad de aquél, ó excluyéndola si conforme á la misma debe excluirse), ó si por el contrario ha de regularse por la *lex rei*

(1) Artículos 629, 632 y 633

sitæ, teniendo en cuenta el estado objetivo y real de las fincas como elemento decisivo para presumir el consentimiento. Para mejor comprender cómo puede originarse la citada duda, será conveniente indicar que la servidumbre por disposición del padre de familia no está admitida en todas las legislaciones; tal sucede en la legislación rusa, en la danesa, en las naciones regidas por el Derecho romano y en otras. En las que la admiten, tomando por norma el Código civil francés, que fué el primero en reconocer por expresa disposición facultativa (artículos 692 y 693 del Código civil) el destino ó intención presunta del padre de familia al constituir una servidumbre continua y aparente, no es uniforme el criterio acerca de los requisitos indispensables para constituir esta especie de servidumbre. En el derecho austriaco no existe disposición alguna conforme con la del Código francés, pero en el art. 526 dispone el legislador que cuando en un mismo dueño se une la propiedad del predio sirviente y la del dominante, la servidumbre cesa por sí misma; pero si uno de estos predios llega á enajenarse de nuevo sin que en el tiempo intermedio se haya cancelado la servidumbre en los Registros de la propiedad, el nuevo poseedor de la finca dominante tendrá derecho á ejercitarla. Esto depende de que con arreglo al derecho germánico, se reputa la inscripción en el Registro como testimonio público de la existencia de la servidumbre.

Conviene además tener presente las interminables discusiones que han sostenido los jurisconsultos respecto del modo como debe hacerse constar el consentimiento presunto del padre de familia, considerado como título en lo que respecta á la servidumbre por él constituída. Algunas costumbres, como por ejemplo, en París (1), están de acuerdo en admitir que el destino ó disposición del padre de familia podía servir de título respecto

(1) Conf. Dumoulin, art. 87, *De la coutume de Paris*; Lalaure, *Des servitudes reelles*, pág. 171.—También la costumbre de Calais, art. 202; la de Orleans, art. 228, y la de Metz, tit. XIII, artículo 22, reconocían la máxima del derecho escrito: *No hay servidumbre sin título.*

de las servidumbres continuas y aparentes, exigiendo para ello que dicho destino constase ó se consignase por escrito. Así, pues, al redactarse el Código francés y no requerirse ya que se hiciese constar la distinción por escritura pública, los autores discutieron, sin embargo, acerca de las clases de prueba (1), mediante las cuales podía establecerse que la situación de los lugares era tal en el momento de dividirse los predios, y que pertenecían al mismo propietario cuando se dejaron en tal estado (2).

Esta diversidad de disposiciones legislativas admitiendo que la servidumbre pueda constituirse por destino del padre de familia, y sobre las condiciones que se requieren para presumir su última voluntad tácita, puede ocasionar naturalmente la duda de si debe atribuirse autoridad á la ley personal, sosteniendo que á tenor de ésta, debe hacerse constar el consentimiento tácito por parte del propietario como también las condiciones que deben concurrir para admitir ó negar este consentimiento tácito ó si por el contrario, correspondiera la autoridad exclusiva á la *lex rei sitæ*, en atención á que, debiendo todo depender del hecho jurídico (esto es, que dos predios que se hallaban en determinado Estado, hayan dejado de pertenecer al mismo dueño), se infiere que donde tales circunstancias lleguen de hecho á tener lugar, sus consecuencias jurídicas deben determinarse por la ley allí vigente.

665. Debe admitirse sin vacilar que la autoridad de la *lex rei sitæ* ha de ser absoluta, siempre que se trate de decidir si puede ó no constituirse por destino del padre de familia una servidumbre continua y aparente, puesto que, si con arreglo á ella estuviese sancionada la máxima: *no hay servidumbre sin título*, y no se reputase eficaz sino la convención expresa, es eviden-

(1) Demolombe, *Traité des servitudes*, números 819 y siguientes; Demante, tomo II, núm. 549 bis; Merlin, *Repert.*, véase *Servitude*, § 19; Duranton, núm. 569.

(2) En lo concerniente á la historia y desenvolvimiento de la servidumbre por destinación del padre de familia, véase la monografía de Simoncelli, *La destinazione del padre di famiglia come titolo costitutivo della servitù*.

te que no se podría invocar allí una ley extranjera con objeto de sostener que, por respeto á la autonomía del propietario pudiese concedérsele al mismo hacer valer la convención tácita en vez de la expresa.

Suponiendo que el destino dado por el padre de familia pueda servir de título según la *lex rei sitæ*, y por tanto que pueda sustituir á la convención expresa la convención tácita entre el que poseía las dos fincas, y colocó ó dejó las cosas en el estado que originó la servidumbre, y aquél que adquirió el predio en dichas condiciones, debe todo, á nuestro juicio depender igualmente de la *lex rei sitæ*. Decimos esto, porque entendemos que la servidumbre nace del estado de hecho que no pudiendo verificarse sino en el lugar donde las cosas se encuentran, juzgamos más conforme á la razón admitir que la ley bajo cuyo imperio ha tenido lugar el estado de hecho, debe regular sus consecuencias jurídicas.

Puede aducirse en contrario, que, dado que todo deba depender de la voluntad del dueño, que podía por expresa disposición rechazar toda servidumbre, cuando nada haya dispuesto, no puede entenderse establecida la servidumbre, sino por medio de voluntad presunta, por lo cual, dependiendo todo de aquélla, es más adecuado á los principios de la razón presumir dicha voluntad de las circunstancias personales. Que por consiguiente, debería excluirse la aplicación de la *lex rei sitæ*, si se pudiese probar que el padre de familia no la conocía; tal es la opinión de Laurent (1) que dice que cuando las partes sean extranjeras y se probase que no conocían la ley francesa, no podría darse el caso del establecimiento de servidumbre, por destino, porque no podían querer lo que ignoraban.

Nosotros opinamos, por el contrario, que la voluntad toma siempre parte en la constitución de la servidumbre por destino del padre de familia (cuando se trate de servidumbres continuas y aparentes), como en la adquisición de las mismas servidumbres, por prescripción. Los actos diarios y patentes realizados

(1) Laurent, *Droit civil intern.*, t. VII, § 304.

largo tiempo sin reclamación alguna por parte del propietario, hacen suponer el consentimiento del mismo; por lo cual, la posesión de una servidumbre así ejercitada, durante el tiempo necesario para la prescripción de la misma, puede dar existencia á ésta, pero no puede sostenerse que, por deber dicha existencia á la presunción del consentimiento del propietario, puede regularse el negocio jurídico por otra ley que por la *lex rei sitæ*. Lo mismo debe decirse, por lo tanto, de la servidumbre por destino. Es el estado de hecho, y la posesión actual de los dos fundos que primeramente pertenecían á un mismo dueño, hallándose en condiciones para recibir la servidumbre, y que posteriormente han dejado de pertenecerle, es lo que da origen á la servidumbre. Este elemento objetivo prevalece y predomina sobre el subjetivo del consentimiento cuya presunción resulta naturalmente del hecho jurídico. Es, pues, evidente, que la ley vigente en el lugar en donde llega á tener efecto el indicado modo, la posesión de los fundos es la que debe regular las consecuencias jurídicas de la posesión misma. De aquí que no reputemos necesario interpretar la voluntad, ateniéndose á la ley personal á que esté sujeto el propietario, sino que, por el contrario, sostenemos que todo debe depender del hecho, ó de las circunstancias actuales de la posesión.

De todas estas razones se infiere que la constitución de la servidumbre por destino del padre de familia, debe regularse por la ley del lugar en que se lleve á efecto el hecho jurídico, y regirse por la ley á cuyo amparo se haya realizado la posesión.

CAPITULO VI

De la enfiteusis y del derecho de superficie.

- 869.** Concepto general de la ley que debe regir la enfiteusis.—**870.** La admisibilidad y el carácter de esta institución, deben depender de la *lex rei sitæ*.—**871.** Ley que debe regular los derechos del concedente y del enfiteuta.—**872.** Autoridad de la ley territorial respecto de la liberación.—**873.** Si el derecho de laudemio puede reconocerse según la ley extranjera, á pesar de la prohibición de la ley territorial.—**874.** Del derecho de superficie.

869. La enfiteusis es un derecho sobre la cosa inmueble de otro, y consiste en poder gozar de la misma perpetuamente ó por determinado tiempo, con la obligación de no deteriorarla ó de mejorarla, y de pagar al propietario cierta anualidad en dinero ó en frutos que se llama canon anual.

Este derecho tiene mucha analogía con el de usufructo en lo concerniente al modo de constituirse y al objeto del derecho que, como ya hemos dicho, consiste en tener el pleno goce de un inmueble perteneciente á otro. Puede, por lo tanto, constituirse mediante un acto entre vivos ó por última voluntad, y en lo relativo al título constitutivo de tal derecho debe admitirse la autonomía de las partes y la sumisión de las mismas á la ley personal en lo que toca á su capacidad, y á la *lex loci contractus* para la validez de la convención que hayan hecho, en el supuesto de que por tal medio se haya constituido la enfiteusis. Pero teniendo por objeto el derecho de enfiteusis los inmuebles, debe sujetarse, á semejanza de los otros, *jura in re aliena*, á la *lex rei sitæ*, bajo todos respectos, en lo concerniente á la organización de la propiedad, en cuanto pueda relacionarse con el interés público y el derecho social. No puede, pues, admitirse que haya todo de depender de la *lex rei sitæ*, ni menos que, atendiendo á la auto-