

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-



nomía del propietario, éste pueda á su voluntad regular, mediante un convenio, la enfiteusis constituída por él: por el contrario, es preciso distinguir en toda cuestión relativa á tal derecho lo que concierne á las relaciones privadas de lo que atañe al derecho público y al interés social, y admitir ó rechazar la autoridad de la ley territorial, según que se trate de relaciones de una ú otra clase.

**820.** Comenzamos ante todo, por observar que la enfiteusis no está consignada en todas las legislaciones, y que aun entre aquellas que la han reconocido, tiene un carácter muy distinto. En el sistema del derecho feudal tuvo, en efecto, mucha analogía con el feudo. En el derecho moderno se encuentra aun admitido en muchos países el concepto del dualismo del dominio, manteniendo así en la institución la huella feudal, que se deriva de reconocer cierto señorío en el *dominus* y cierta sumisión al mismo por parte del enfiteuta. En el derecho italiano vigente se excluye dicho dualismo en cuanto al dominio, admitiéndose que el concedente no se reserva el derecho de dominio sobre la cosa que da en enfiteusis, sino que por el contrario, tiene sólo un derecho real sobre ella quedando vinculada á favor del concedente para el cumplimiento de las obligaciones impuestas al enfiteuta.

Sin entrar en otros particulares, debe á nuestro juicio establecerse como máxima, que el carácter del derecho de enfiteusis se ha de determinar con arreglo á la *lex rei sitæ*, sin que pueda modificarse á voluntad de las partes, en atención á su autonomía. Asimismo debe depender de la misma ley el decidir si la enfiteusis puede establecerse para siempre ó para determinado tiempo. Por consiguiente, concediendo que según la ley territorial se dispusiese que no pudiera establecerse la enfiteusis por un período de tiempo mayor de noventa años ni menor de veintisiete, como sucede según la ley belga, habrá que atenerse á ella considerando que el legislador, al disponerlo así, se ha guiado siempre por la distinta manera de entender la índole y naturaleza jurídica de tal institución, teniendo en cuenta la ventaja de la misma bajo el aspecto de la economía social y de la prosperidad de la agricultura.

Cuando no se haya reconocido la enfiteusis por la legislación de un Estado, el contrato enfiteutico hecho por extranjeros relativamente á una finca allí existente, no podrá ser eficaz. Fúndase esto en que el principio, en cuya virtud se ha admitido ó no la enfiteusis por los diferentes sistemas legislativos, se deriva de la distinta manera de entender los intereses generales de la agricultura, y las medidas más adecuadas á acrecentar la propiedad de las tierras, por lo cual no se podría conceder á los extranjeros, el crear en virtud de su autonomía, instituciones que la *lex rei sitæ* no hubiese reconocido por razones de interés público. Habrá, por lo tanto, que admitir respecto del contrato enfiteutico en dichas circunstancias, la misma regla que debe prevalecer en cualquier otro contrato consensual relativo á un *jus in re aliena*, el cual aunque válido y legal según la ley del lugar en que se estipuló, debe no obstante, reputarse ineficaz si tiene por objeto establecer sobre un inmueble existente en un país, un derecho real no reconocido por la ley vigente en el mismo.

**821.** En el supuesto, pues, de que la *lex rei sitæ* reconozca la enfiteusis y que se haya verificado la constitución de dicho derecho bajo el imperio de ley extranjera para resolver toda cuestión entre el concedente y el enfiteuta, será preciso aplicar la ley territorial con preferencia, ó bien la del contrato, según que el motivo que origina el conflicto sea de aquellos que afectan al interés privado de las partes ó de los que conciernen al orden público de la propiedad, á los intereses sociales ó á los derechos de terceros.

Para aclarar nuestro pensamiento, nos referiremos al Código italiano que reconoce la enfiteusis, y observaremos que aunque se quiera sostener como algunos opinan, que habiendo designado el legislador el contrato como base de este derecho, no se debería admitir otro modo de constituir en Italia la enfiteusis, fuera del contrato enfiteutico; sin embargo, si con arreglo á la ley del propietario extranjero se hubiese concedido al mismo el poder disponer por acto de última voluntad de su propiedad, y constituir la enfiteusis mediante testamento, no se podría negar que la constitución de la enfiteusis de tal manera hecha, debía



ser eficaz respecto de una finca situada en Italia, porque habiéndose constituido válidamente conforme á la ley del *de cujus* debería mirarse el testamento como título jurídico eficaz.

Creemos oportuno observar que debiéndose inscribir la enfiteusis según la ley italiana, art. 1.932, y no estando sujetos á inscripción los testamentos, la enfiteusis constituida por este medio, no podría considerarse como eficaz respecto de terceros independientemente de la inscripción. Por lo tanto, para que sea eficaz la constitución hecha mediante testamento, será preciso inscribir la disposición de última voluntad concerniente á dicha constitución.

El legislador permite, además, á las partes regular la enfiteusis mediante convenciones, y sanciona las reglas para determinar los límites dentro de los cuales debe admitirse la autonomía de las partes, así como la manera de determinar los derechos de las mismas en los casos en que no se haya tenido en cuenta por el contrato alguna circunstancia. De aquí se desprende que los extranjeros pueden, dentro de los límites de su autonomía, regular la enfiteusis mediante convenciones, y que, cuando no lo hubiesen hecho, y por las circunstancias pudiera presumirse que se habían referido á la ley extranjera para completar todo lo que no hubiese sido objeto de pacto expreso, podría admitirse la aplicación de la ley extranjera diversa de la nuestra, siempre que se tratase de una cuestión de interés privado entre las partes y en la cual no se envolviesen implícitamente los intereses de terceros. Así, á nuestro modo de ver, si la enfiteusis se hubiera constituido por medio de contrato entre dos individuos ciudadanos ambos de un país (donde suponemos que esté en vigor el Derecho romano), sin que hayan dispuesto nada relativamente al derecho de apropiarse el tesoro que se hubiese descubierto en la finca dada en enfiteusis, la cuestión de si el tesoro debía pertenecer por completo al enfiteuta ó repartirse entre él y el dueño directo, podría resolverse en conformidad á la ley extranjera por tratarse de una cuestión de interés privado. Por la misma razón, suponiendo que tenga lugar la devolución del fundo enfiteutico por haber vencido el plazo que se fijó á la enfiteusis y que se suscite la cuestión acerca del derecho

relativo al enfiteuta de reclamar cierta compensación por las mejoras realizadas en la finca, á nuestro parecer debería también esta cuestión resolverse en conformidad á la ley extranjera, á la cual se debe suponer haberse referido el concedente y el enfiteuta extranjeros que bajo su imperio contrataron, debiendo, por lo tanto, regular la convención hecha por ellos en todo lo que concierne á sus intereses privados y que no se haya explícitamente tenido en cuenta en el contrato. Omitimos hablar de otros casos semejantes.

**872.** La autoridad de nuestra ley debe, por el contrario, tenerse por absoluta y exclusiva en todo lo que dispone tocante á la enfiteusis para proteger los intereses sociales, la prosperidad de la agricultura y los derechos de terceros. Tal sucederá con el derecho atribuído al enfiteuta en el art. 1.564 de redimir el fundo enfiteutico por medio del pago de una suma en metálico correspondiente al canon anual sobre la base del interés legal. Aunque, según la ley bajo la cual se realizó el contrato de enfiteusis, se hubiese negado el derecho de redención al enfiteuta, éste podrá, sin embargo, rendir el fundo con arreglo á la ley italiana, porque habiendo sancionado la redención por razones de interés general, es evidente la autoridad territorial de la disposición que indudablemente no podría denegarse invocando la aplicación de la ley extranjera. Deberá admitirse igualmente que la disposición del art. 1.567, que concede á los acreedores hipotecarios del enfiteuta el poder ejercitar la acción hipotecaria sobre el precio que se le debe por las mejoras hechas, debe también tener autoridad territorial porque tiene por objeto proteger los intereses de terceros.

**873.** Podría surgir una dificultad en el caso de enfiteusis constituida bajo el imperio de la ley extranjera que admitiese en favor del concedente el derecho de obtener el laudemio por la transmisión del fundo enfiteutico. El legislador italiano dispone en el art. 1.562 que para la transmisión del fundo enfiteutico, de cualquier manera que tenga lugar, no se debe prestación alguna al dueño directo declarando tal disposición absolutamente obligatoria entre las partes, de tal modo, que las priva de la facultad de estipular lo contrario por medio de convenios. A primera



vista podría parecer que habiéndose negado, en lo que á esto respecta, la autonomía de las partes y no pudiendo éstas invalidar lo que el legislador dispone, debería la mencionada disposición tener autoridad de estatuto real, pudiendo, por consiguiente, el enfiteuta fundarse en ella para rehusar el pago de la prestación que debe al dueño directo por la enajenación de la finca con arreglo á la ley extranjera, bajo la cual hemos supuesto haberse realizado originariamente el contrato.

Debemos, no obstante, observar, que el legislador ha impuesto la precitada disposición para las enfiteusis llevadas á cabo bajo el imperio de la ley italiana, y que ha podido, estando facultado para ello, privar á las partes de la facultad de denegar sus disposiciones, por lo cual debe reputarse contrario al orden público si en la actualidad, estando vigente la prohibición del legislador, se quisiese constituir una enfiteusis con la obligación de pagar una prestación al dueño directo en caso de transmisión del predio enfiteutico, no puede reputarse ofendido el orden público si la prestación debida en virtud de contratos no sujetos al imperio de nuestra ley se demanda ó impone al enfiteuta. Tan es así que, respecto de las enfiteusis constituidas en Italia antes de la promulgación del Código civil, por las cuales y en virtud de la ley que sirvió para su constitución se debía la prestación, se ha respetado el derecho del concedente á detenerla, no obstante realizarse la transmisión después de comenzar á regir el Código vigente. De todo esto debemos inferir que el pago de la prestación debida en virtud del contrato no puede considerarse por sí mismo contrario al orden público, ó como si irrogase ofensa al derecho social. Lo que sí se opondría al orden público sería estipular el contrato bajo el imperio del Código italiano, con la obligación de la prestación, estando prohibido en la actualidad por el legislador dicho pacto.

Teniendo en cuenta todas estas razones, debemos concluir, que cuando la enfiteusis sobre un predio, sito en Italia, se haya constituido en el extranjero entre dos extranjeros, al amparo de la ley allí vigente, que conceda al dueño directo el poder exigir el laudemio al enfiteuta, debería reconocerse este derecho aun en el caso de discutirlo ante los Tribunales, y no sería una ex-

cepción válida para rechazar el pago el no deberse prestación con arreglo á la ley italiana, y el ser contrario al orden público derogar la prohibición legislativa por el mero hecho de haberse realizado el contrato al amparo de la ley extranjera; que el respetar las relaciones convencionales regidas por ley extraña no puede lesionar en ningún concepto los derechos de la soberanía territorial; que el pago de la prestación debida no puede reputarse contrario al orden público (como en efecto no lo ha sido dicha prestación debida en virtud de enfiteusis constituida en la misma Italia bajo el imperio de leyes anteriores), debiéndose, por tanto, deducir la necesidad de admitir la ley extranjera para determinar conforme á ella los derechos adquiridos en el momento en que se constituyó la enfiteusis bajo su dominio.

Los principios expuestos bastan, en nuestro sentir, para resolver todas las demás cuestiones que pudieran suscitarse. En todo caso deberá prevalecer el principio de que la ley extranjera, concediendo que se debe considerar presuntamente aceptada por las partes, á fin de suplir todo aquello que no se haya convenido de una manera expresa, podrá tener autoridad para decidir toda cuestión que afecte al interés privado entre las partes.

**§ 74.** El derecho de superficie es también un derecho real, *jus in re aliena*. El Código holandés, que le consagra un título especial, lo define: «un derecho real que consiste en poseer construcciones, obras ó plantaciones en la finca de otro» (1). No creemos necesario tratar este punto, especialmente porque los principios ya expuestos, relativamente al usufructo y á la enfiteusis, pueden resolver las dificultades que surjan entre el que ejercite el derecho de superficie y el poseedor de la finca con él gravada. Debe admitirse, también, respecto de tal derecho real la autoridad de la ley personal en cuanto á la capacidad de constituirlo, la de la *lex loci contractus* y la de la ley territorial, teniendo en cuenta las distinciones que ya hemos establecido.

El derecho de superficie tiene mucha semejanza con la enfi-

(1) Véase el tit. II, arts. 758-766.



teusis, aunque ésta tenga por objeto el suelo y aquél lo que está sobre el suelo, y de aquí que los conflictos que puedan suscitarse en el caso de que la ley á que están sujetos el *superficiarius* y el *dominus soli* sea diversa de la del lugar en que se encuentra el inmueble sobre el cual se ha establecido el derecho de superficie, se resolverán teniendo presentes los principios que hemos expuesto respecto de la enfiteusis.

De la ley que debe regular las hipotecas.

875. Concepto general de la hipoteca.—876. No puede admitirse que deba estar por completo sometida á la *lex rei sitæ*—877. Autoridad del estatuto personal acerca de la capacidad de las partes y del estatuto real en cuanto á los bienes susceptibles de hipoteca.—878. De las naves en lo que toca á este punto.—879. De los derechos reales susceptibles de hipoteca.—880. La hipoteca del usufructo legal de los ascendientes debe depender del estatuto personal.

875. Concepto general de la hipoteca.—876. No puede admitirse que deba estar por completo sometida á la *lex rei sitæ*—877. Autoridad del estatuto personal acerca de la capacidad de las partes y del estatuto real en cuanto á los bienes susceptibles de hipoteca.—878. De las naves en lo que toca á este punto.—879. De los derechos reales susceptibles de hipoteca.—880. La hipoteca del usufructo legal de los ascendientes debe depender del estatuto personal.

teusis, aunque ésta tenga por objeto el suelo y aquél lo que está sobre el suelo, y de aquí que los conflictos que puedan suscitarse en el caso de que la ley á que están sujetos el *superficiarius* y el *dominus soli* sea diversa de la del lugar en que se encuentra el inmueble sobre el cual se ha establecido el derecho de superficie, se resolverán teniendo presentes los principios que hemos expuesto respecto de la enfiteusis.

CAPITULO VII

De la ley que debe regular las hipotecas.

875. Concepto general de la hipoteca.—876. No puede admitirse que deba estar por completo sometida á la *lex rei sitæ*—877. Autoridad del estatuto personal acerca de la capacidad de las partes y del estatuto real en cuanto á los bienes susceptibles de hipoteca.—878. De las naves en lo que toca á este punto.—879. De los derechos reales susceptibles de hipoteca.—880. La hipoteca del usufructo legal de los ascendientes debe depender del estatuto personal.

875. Todo aquel que haya contraído una obligación tiene el deber de responder á su cumplimiento con todos sus bienes presentes y futuros, muebles ó inmuebles, corporales ó incorporeales, y puede ser obligado legalmente por el acreedor mientras no haya satisfecho ó cumplido por completo aquello por que se había obligado. Puede, pues, decirse en general que los bienes del deudor son la garantía del acreedor; pero como éste no adquiere ningún derecho real sobre las cosas pertenecientes al deudor, sino únicamente el derecho de obligarlo al cumplimiento de la obligación con todos los bienes que le pertenecen, esta garantía general que afecta á los bienes indirectamente, y como consecuencia de la obligación personal no origina ningún *jus in re aliena*, pudiendo éste nacer tan sólo cuando, ó por el contrato de las partes, ó por disposición de la ley, se destine directamente la cosa del deudor á satisfacer la deuda. En este caso, el acreedor adquiere un derecho real cuyo objeto inmediato es la cosa, y en su virtud tiene el derecho de reclamarla de cualquiera que la posea, en tanto que no se haya hecho efectivo el pago de su crédito. Este es un verdadero *jus in re aliena*, que limita y modifica

CARILLA ALFONSO