

gos goces tienen de favorables para el Estado; luego concluye diciendo que era esencial preferir el *interés de la agricultura á cualquiera otra consideración*. (1) ¿Cuáles son las demás consideraciones que Jaubert subordina al interés del Estado? Es el derecho de propiedad que los jurisconsultos romanos mantenían contra el arrendatario y que la Asamblea Constituyente había respetado restringiendo la excepción á los arrendamientos de seis años. El discurso de Jaubert puede resumirse á esta proposición: la Asamblea Constituyente había hecho excepción al derecho de propiedad para los arrendamientos de corto plazo; el interés de la agricultura exige que la excepción se extienda á los arrendamientos por plazos largos. Esta es la reforma: No es seguramente una subversión.

*Núm. 3. Consecuencias de la novación.*

23. La novación con que Troplong hace una revolución ha suscitado largas discusiones en el terreno de la doctrina; la escuela se conmovió, pero la práctica no le hizo mucho caso; se atuvo al texto del art. 1743 que claramente formula la excepción. Volveremos á ello. Por ahora nos es preciso completar la exposición de los principios deduciendo las consecuencias que resultan de la personalidad del derecho del arrendatario; consecuencias que la jurisprudencia ha consagrado. La Corte de Casación ha repudiado la paradoja de la realidad cuando la presidía Troplong; (2) la nueva doctrina la ha encontrado en una ó dos cortes de apelación; discutiremos estas decisiones allí donde se halle el sitio de la dificultad. La jurisprudencia, en esta materia, es poco notable; no tomó la novación en serio.

24. El derecho real es absoluto por su esencia, existe pa-

1 Jaubert, *Discurso* núm. 7 (Loché, t. VII, p. 212).

2 Denegada, 6 de Marzo de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 417). Casación, 21 de Febrero de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 132).

ra con todos; si, pues, el derecho del mandatario fuera real lo podría oponer á cualquiera persona, aun á los terceros que no hubieran tratado con el dador y que no fueran sus legatarios. Troplong dice y repite que el arrendatario tiene un derecho absoluto; pero el mismo texto que pueda invocar el art. 1743 le da un mentís; el art. 1743 no habla de los terceros que no trataron con el dador, sólo habla de sus legatarios, y sólo de ciertos legatarios, de los adquirentes; de manera que el arrendatario no puede hacer valer su derecho para con los terceros que no son legatarios ni para con los legatarios que no son adquirentes.

La novación se reduce á esto: el adquirente debe respetar el contrato de arrendamiento si el arrendatario tiene una acta auténtica ó una acta privada con fecha cierta. ¿En qué sentido debe respetarlo? Si se admite que el arrendatario tiene un derecho real el adquirente debe respetarlo, como tendría que hacerlo con un derecho de usufructo que gravase la cosa vendida; es decir, que no estaría obligado para con el arrendatario por las obligaciones que nacen del contrato; extraño á este contrato tiene que sufrir, pero no está obligado á dar el goce al arrendatario. Si, por el contrario, se admite que el derecho del arrendatario no es real aunque pueda oponerlo al adquirente, se debe suponer que la ley subroga al adquirente á las obligaciones del dador; de donde resulta que el adquirente tendría que dar el goce al arrendatario, como está obligado á hacerlo el vendedor. Hay controversia en estos puntos. (1) Volveremos á ello al explicar el art. 1743.

25. Los derechos reales están provistos de una acción que puede entablarse contra todo tercer detentor de la cosa gravada con ellos; aquel á quien pertenece el derecho real pue-

1 Mourlón, t. III, p. 312, 1.º, núm. 770. Colmet de Santerre, t. VII, página 301, núm. 198 bis XXXVI-XL.

de también defenderse en cualquier proceso relativo á la cosa. Si el derecho del arrendatario es real, se le debe dar una acción contra todo detentor de la cosa arrendada; y toda acción relativa á la propiedad ó la posesión de la cosa debe ser formada contra él. ¿Son admitidas estas consecuencias por los partidarios de la realidad del derecho del arrendatario? Las hay que no se pueden admitir porque el texto de la ley las rechaza. Hemos ya citado el art. 1727, el que basta por sí sólo para destruir la teoría de la realidad (núm. 13); no permite al arrendatario defenderse en juicio cuando la acción se refiere á la propiedad de la cosa arrendada ó á un desmembramiento de esta propiedad; sólo el dador tiene calidad. Prueba segura de que el arrendatario no tiene ningún derecho en la cosa, su derecho es personal; por esto es que debe poner al dador en causa, no tiene acción más que contra él porque su acción nace de un contrato por el que el dador se obliga á hacerse gozar.

Si el arrendatario no puede defender en una acción real, ¿cómo pudiera intentar una acción real contra un tercero? ya sea que el tercero detente la cosa arrendada, ya sea que ponga un obstáculo al pacífico goce del arrendatario éste sólo tiene una acción personal contra su dador. El art. 1719 lo dice y ninguna disposición del Código implica que el arrendatario pueda promover contra terceros extraños á su arrendamiento. Sin embargo la lógica de las ideas condujo á las cortes de apelación á reconocer al arrendatario el derecho de promover contra terceros que los perturbasen en su goce; llegó á esta extraña consecuencia: que si el dador arrienda otra parte de la casa ó aun otra casa á un locatario que ejerce un comercio semejante al del primer arrendatario, éste puede promover contra el segundo para que los expulsen. (1) En nuestro concepto todo en esta juris-

1 Mourlón, t. III, p. 314, 5.º, núm. 770. Colmet de Santerre, t. VII, p. 292, núm. 198 bis XVIII.

prudencia es contrario á los principios; discutiremos la cuestión al tratar de las obligaciones del dador.

26. Interviene una sentencia con el dador acerca de la propiedad de la cosa arrendada, ya sea por una acción intentada por el dador, ya sea por una acción formada contra él. ¿Puede oponerse la sentencia al arrendatario? Si tiene un derecho real éste es independiente del derecho del dador y, por consiguiente, éste no tiene ninguna calidad para presentarlo en justicia; luego que fué sentenciado con el dador es cosa extraña al arrendatario; podrá sostener sus derechos en justicia sin que le pueda oponer la excepción de cosa juzgada. La consecuencia es lógica, pero testifica contra el principio de que deriva, pues está en oposición directa con el art. 1727. Es el dador solo quien tiene el derecho de defender en las acciones que se refieren á la propiedad de la cosa arrendada; por lo tanto sólo él puede entablar estas acciones. Luego lo que fué sentenciado por él tiene fuerza de cosa juzgada para con el arrendatario, pues éste no es más que el legatario del dador, no tiene ningún derecho en la cosa: cuando queda sentenciado que el dador queda sin derecho queda también sentenciado que el arrendatario no tiene ninguno. (1)

27. El derecho real es un derecho en la cosa, derecho que la afecta y en nuestra opinión la desmembra; resulta de esto que si esta cosa está desmembrada, posteriormente por la concesión de algún otro derecho real, el primer concesionario puede oponer su derecho al segundo, pues éste sólo adquirió su derecho en una cosa ya gravada, desmembrada. En este sentido todo derecho real da un derecho de preferencia. No sucede así con los derechos personales; el acreedor sólo puede hacerlos valer contra la persona del deudor; si tiene prenda en los bienes, esta prenda, no dando

1 Mourlón, t. III, p. 314, 4.º Colmet de Santerre, t. VII, p. 292, número 198 bis XVII.

ningún derecho real, no le da por consiguiente ningún derecho de preferencia.

Si el derecho del arrendatario es real debe gozar de este derecho de preferencia en el caso en que el dador, después de haber arrendado la cosa á un primer locatario, la arrendase á un segundo. En el sistema de la realidad este derecho de preferencia es seguro siempre que el primer arrendamiento tenga fecha cierta y que el arrendatario lo haya registrado si se encuentra en un caso en que la Ley Hipotecaria prescribe el registro.

¿Qué debe decidirse en el sistema de la personalidad del derecho? ¿Será preferido el primer arrendatario al segundo, ó debe darse la preferencia á aquel que esté en posesión de la cosa? La cuestión está controvertida; la examinaremos más adelante.

28. Según el art. 59 del Código de Procedimientos el demandado en materia personal debe ser citado ante el tribunal de su domicilio; en materia real la cita se hace ante el tribunal del sitio del objeto litigioso; en materia mixta el demandante tiene la elección: puede citar á su contrario ante el juez de su domicilio ó ante el juez de la cosa; si se admite que el derecho del arrendatario es personal debe citar al dador ante el tribunal de su domicilio; decimos al dador, pues en la teoría de la personalidad el arrendatario sólo tiene acción contra el dador, deudor suyo, y no tiene acción contra los terceros. Los partidarios de la realidad deberían decidir que el arrendatario debe citar al dador así como á cualquier tercero, sobre el que tiene derecho de promover, ante el tribunal del lugar de la cosa arrendada. Pero no pueden negar que el dador esté personalmente obligado; todas las disposiciones del título *Del Arrendamiento* llevan el sello de la obligación personal que engendra el arrendamiento; se ven, pues, obligados á reconocer al arrendatario un derecho que es á la vez personal y real; de donde se

sigue que su acción es mixta y que puede ser llevada indiferentemente ante el tribunal del sitio ó ante el tribunal del domicilio del demandado. (1) La Corte de Casación ha condenado esta doctrina. Se trataba de una acción formada por el arrendatario contra el dador para que condenaran á éste á reparaciones en el inmueble arrendado. La Corte de Bourges había decidido, conforme á la opinión de Troplong, que el Código Napoleón derogó el derecho antiguo en lo relativo á la naturaleza de la acción que nace del contrato de arrendamiento; el art. 1719 concede una acción personal al arrendatario, y los arts. 1743 y 1725 le dan el derecho de promover contra el adquirente del inmueble arrendado y también contra los terceros que lo perturbasen en su goce por vías de hecho. Sorprende oír á la Corte citar el artículo 1725 que sólo reproduce la doctrina tradicional, así como el art. 1727 que testifica contra la realidad del derecho del arrendatario: decididamente la causa es mala, pues sólo se la sostiene con malas razones. La decisión fué casada. «El contrato de arrendamiento, dice la Suprema Corte, no implicando ningún desmembramiento de la propiedad del inmueble arrendado, no engendra por sí un derecho real en favor del locatario contra el dador; por consiguiente, todas las acciones que de él proceden, de cualquiera naturaleza que sean, tienen un carácter puramente personal y, por lo tanto, deben llevarse ante el juez del domicilio del demandado.» (2)

29. Los derechos reales que el Código reconoce terminantemente como tales son todos derechos inmobiliarios; es decir, que implican un desmembramiento de la propiedad del inmueble en el que se ejercen ó que afectan como un cargo. Así pasa con las servidumbres reales, con el usu-

1 Mourlón, t. III, p. 313, 2.º y nota 1. Colmet de Santerre, t. VII, página 294, núm. 198 bisXXII.

2 Casación, 21 de Febrero de 1865 (Daloz, 1865, 1, 132).

fructo y el uso que gravan un inmueble con el derecho de habitación; asimismo pasa con el efitheusis y con la superficie de que no habla el Código. Lo mismo pasa, en nuestro concepto, con la hipoteca; según nuestra Ley Hipotecaria ya no hay duda siquiera, el art. 1.º zanja la cuestión; los privilegios que gozan los inmuebles y las hipotecas son derechos reales inmobiliarios. Puesto que todo derecho real desmembra la propiedad, el derecho del arrendatario debería también ser un desmembramiento de la cosa arrendada y, por consiguiente, un derecho inmobiliario si fuera real; mientras que en la doctrina de la personalidad del derecho había que decidir que siendo personal el derecho no arrastra ningún derecho de la propiedad y es un derecho mobiliario.

Sin embargo, reina la mayor incertidumbre en este punto en la doctrina. Los partidarios de la realidad del derecho del arrendatario admiten que su derecho es inmobiliario, pero reconocen que este derecho no desmembra la propiedad del dador; de manera que el derecho del arrendatario sería un derecho inmobiliario de naturaleza enteramente especial, como es un derecho real de particular naturaleza. En esta teoría ya no se sabe calificar el derecho del arrendatario y tampoco se sabe si deben aplicarse al derecho del arrendatario los principios que rigen los derechos inmobiliarios. Los partidarios de las dos doctrinas contrarias parecen estar acordes para considerar en la aplicación el derecho del arrendatario como un derecho mobiliario.

Todos reconocen que el derecho de arrendamiento, aun suponiéndolo inmobiliario, no puede ser hipotecado. En efecto, no basta que un derecho sea inmobiliario para que pueda ser hipotecado; el Código Civil, así como nuestra Ley Hipotecaria, están concebidos en términos restrictivos: "sólo son susceptibles de hipoteca, etc." (art. 2118 y ley belga, artículo 45). Hay, pues, derechos inmobiliarios que no pue-

den ser hipotecados: tal sería el derecho de arrendamiento, si fuera inmobiliario.

El arrendatario se casa bajo el régimen de la comunidad; ¿hará parte del activo el derecho de arrendamiento? Si el derecho es mobiliario la afirmativa es segura. Pero si es inmobiliario ¿no debe concluirse que este derecho permanecerá propio del esposo, puesto que todos los inmuebles están excluidos de la comunidad? La conclusión sería evidente si el derecho del arrendatario fuera un verdadero derecho inmobiliario. Pero no se sabe lo que es. Debemos, pues, limitarnos á hacer constar que los partidarios de la realidad admiten, en general, que el arrendamiento, aunque inmobiliario, entra, no obstante, en la comunidad. Hé aquí como justifican esta inconsecuencia. El derecho del arrendatario es personal por su esencia, luego es mobiliario, pero á la vez es real y, por lo tanto, inmobiliario en tanto que el arrendatario lo hace valer contra los terceros; es, pues, inmobiliario accesoriamente; y es el elemento dominante del derecho el que decide si debe entrar en la comunidad; con este título entra en ella como un crédito hipotecario aunque la hipoteca sea un derecho inmobiliario. Creemos inútil discutir estos motivos, la doctrina y las razones en que se funda no tienen ninguna base en los textos ni en los principios. La misma dificultad se presenta cuando el arrendatario muere y deja dos legatarios, uno de todos sus muebles y el otro de todos sus inmuebles: ¿cuál de los dos tendrá el derecho de arrendamiento? En la teoría de la personalidad la solución no es dudosa; es el legatario de los inmuebles quien sucederá al arrendamiento, porque el arrendamiento es un derecho mueble. Los partidarios de la realidad llegan á la misma consecuencia aplicando siempre su distinción entre el elemento principal del derecho y el elemento accesorio.

En fin, lo mismo sucede con la cuestión de saber si el arrendamiento puede ser dado en prenda ó en anticresis.

Siendo el derecho mobiliario, ó principalmente mobiliario, se decide que es susceptible de prenda y no de anticresis (artículo 2072). (1)

30. La confusión que reina en esta materia aumentó aún recientemente con una nueva opinión presentada por un excelente jurisconsulto. El Sr. Colmet de Santerre admite la doctrina general acerca de la naturaleza del derecho del arrendatario, y la defiende muy bien; pero no admite la consecuencia que de ella se deduce; según él, el derecho es personal, pero es inmobiliario. Hemos dicho en otro lugar que no se está en acuerdo acerca de la definición del derecho inmobiliario y de la deuda inmobiliar. En la opinión que hemos enseñado la naturaleza inmobiliar del derecho y de la obligación se relacionan con un mismo principio; á saber: que el derecho que tiene de hacer nuestra la propiedad de un inmueble es un derecho inmobiliario, y que la obligación que tiende á la transmisión de la propiedad de un inmueble es una deuda inmobiliar. En esta doctrina es evidente que el derecho de arrendamiento es inmobiliario y que la obligación del dador lo es también (t. V. núm. 490).

El Sr. Colmet de Santerre parte de un principio muy diferente. La naturaleza del crédito depende de la naturaleza del objeto debido, cualquiera que sea el título por el que se deba, que sea á título de propiedad ó á título de goce; lo mismo pasa con la obligación. Según esta definición el derecho del arrendatario es inmobiliario y la obligación del dador es inmobiliar. No es aquí el lugar propio para discutir la naturaleza de los derechos, lo hemos hecho en otro lugar; y mantenemos nuestra opinión, la que es opinión universal en lo que se refiere á derecho de arrendamiento. Los mismos autores que enseñan que este derecho es inmobiliario retroceden ante las consecuencias de su doctrina, como aca-

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. III, p. 311, núm. 769 *ter*. Troplong, *Del arrendamiento*, núms. 15, 17 y 18.

bamos de decirlo. El Sr. Colmet de Santerre es más lógico. Enseña que el derecho de arrendamiento no entra en la comunidad activa ni pasivamente; que este derecho pertenece al legatario de los inmuebles; que el derecho del arrendatario es parte de la dote de la mujer dotal y que está marcado de inenajenabilidad; que el tutor no puede vender el derecho de arrendamiento más que observando las formalidades prescriptas por la ley para la enajenación de inmuebles, y que no puede intentar las acciones relativas á este derecho sino con la autorización del consejo de familia. (1)

*Núm. 4. Diferencias entre el arrendamiento y el usufructo.*

31. Hay una grande analogía entre el derecho del usufructuario y el del arrendatario. El primero goza de una cosa cuya propiedad es de otro, lo mismo que el arrendatario. Generalmente el usufructo está establecido á título gratuito, pero no es esto un carácter esencial del derecho. El usufructo puede estar establecido á título oneroso mediante un precio y no impide estipular que este precio será pagado por anualidades como la venta. Si una casa ó un terreno dados en arrendamiento por nueve años, mediante una renta anual de 100 francos, este contrato se parece en apariencia al contrato por el que la casa ó el terreno fueran dados en usufructo para el mismo número de años y por el mismo precio anual. Hay, sin embargo, diferencias y son capitales. (2)

32. La diferencia esencial es ésta: el usufructo es un derecho real y cuando versa en un inmueble un derecho in-

1 Colmet de Santerre, t. VII, ps. 285 y siguientes, núms. 198 *bis* III-198 *bis* XII.

2 Fueron muy bien desarrolladas por Proudhón, *Del usufructo*, t. I, ps. 104 y siguientes, núms. 98 y siguientes. Compárese Mourlón, t. III, p. 287, números 718-728).