

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).

mobiliar. Cuando un inmueble está gravado de usufructo la propiedad está desmembrada, hay dos propiedades: una despojada del goce, que se llama la nuda propiedad; la otra, que consiste en este goce desprendido de la propiedad; es el usufructo, el cual también es un inmueble (art. 526); luego una propiedad inmobiliar con el mismo título que la propiedad desmembrada que le queda al nuevo propietario. El arrendamiento, por el contrario, es un derecho personal de crédito, aun cuando verse en un inmueble á cuyo goce tiene derecho el arrendatario; pero este derecho de goce sólo lo ejerce como acreedor del deudor, quien se obligó á darle este goce; su derecho no se establece en la cosa, no desmembra la propiedad de la cosa arrendada, el derecho de propiedad del dador permanece entero cuando es propietario; si está obligado á dar el goce al arrendatario y á abandonar el goce de la cosa, es por razón de la obligación que tiene contraída; su persona está obligada, la cosa no lo está, no queda obligada, el derecho de propiedad en esta cosa permanece después lo que era antes, entera, sin estar desmembrada por el arrendamiento.

Porque el usufructo es un desmembramiento de la propiedad es por lo que él solo, el propietario, puede concederlo, pues sólo éste tiene el derecho de enajenar y el usufructo es una enajenación parcial de la cosa. No pasa así con el arrendamiento. No es necesario ser propietario para dar en arrendamiento, ni siquiera es necesario ser poseedor; el administrador de bienes ajenos puede dar en arrendamiento las cosas que administra y en las que no tiene ningún derecho. Aun más, el arrendatario mismo puede dar en arrendamiento, puesto que tiene el derecho de subarrendar (artículo 1717); este subarrendamiento es un nuevo arrendamiento. ¿Por qué puede arrendar un simple detentor de la cosa? Porque dando en arrendamiento no confiere ningún derecho real en la cosa, sólo contrae una obligación perso-

nal, la de dar el goce al subarrendatario; este subarrendamiento no trae ningún perjuicio á los derechos del dador.

33. Del principio de que el derecho del arrendatario es personal mientras que el derecho del usufructuario es real resultan numerosas consecuencias; nos limitaremos á señalar las más importantes; el art. 1719 dice que el dador está obligado á dar el pacífico goce al arrendatario por toda la duración de su contrato; contrae, pues, una obligación de hacer. ¿Pasa lo mismo con el nudo propietario que para con el usufructuario? Nó, sólo está obligado á dejarle gozar. De esto se sigue que el dador debe entregar la cosa en buen estado de reparaciones de toda clase (art. 1720); mientras que el usufructuario recibe la cosa en el estado en que se encuentra, porque su derecho está en la cosa; mientras que el arrendatario tiene un derecho contra la persona de su deudor. Esta obligación del deudor dura mientras dura el arrendamiento. El nudo propietario no tiene ninguna obligación hacia el usufructuario en virtud del usufructo, no es su deudor, la cosa es la que está obligada, debe sufrir que el usufructuario goce de ésta. De ahí esta consecuencia notable consagrada por el art. 1773: que da al arrendatario el derecho de reclamar una indemnización por el no goce ocasionado por caso fortuito ó fuerza mayor. En el usufructo la pérdida es para el usufructuario. No teniendo el arrendatario más que un derecho de crédito sólo tiene acción contra el dador (núm. 1); el usufructuario tiene una acción real contra los terceros detentores de las cosas gravadas por su usufructo; su derecho es real y lo puede hacer valer contra todos.

34. Hay un caso en el que la analogía entre el usufructo y el arrendamiento es tal que equivocó á uno de nuestros más grandes jurisconsultos. Se supone un arrendamiento hecho por toda la vida; este goce vitalicio parece ser semejante al del usufructuario; Merlin dice que ambos derechos se confunden. Esto es un error condenado por la Corte de Ca-

sación y repudiado por la doctrina. ¿Qué importa la duración del derecho cuando se trata de determinar su naturaleza? El usufructo es ordinariamente vitalicio; puede, no obstante, ser limitado á nueve años, plazo ordinario de los arrendamientos: ¿dejará por esto de ser un derecho real? Asimismo, el arrendamiento no deja de ser un derecho personal aunque esté estipulado por la vida. Luego la diferencia es esencial entre el arrendamiento y el usufructo subsiste. La Corte de Casación dice muy bien que el arrendamiento por la vida y el usufructo difieren en su *naturaleza y en sus efectos*; señala uno de estos efectos. Bastaría decir que el arrendamiento por la vida es un derecho de crédito, mientras que el usufructo es un derecho real. Esto es elemental y se tiene dificultad en entender cómo pudo Merlin desconocer esta diferencia capital. (1) Esto es porque en la jurisprudencia antigua se admitía que el arrendamiento por más de nueve años transfería el dominio útil. Esto era una confusión entre el arrendamiento y el enfiteusis y otra confusión entre el enfiteusis y el arrendamiento vitalicio. Nunca hay transmisión de propiedad en el arrendamiento; el enfiteusis calificado de arrendamiento tampoco transfiere la propiedad al enfiteuta, pero le da un derecho en la cosa, derecho real é inmobiliario; mientras que el arrendatario sólo tiene un derecho de crédito. Creemos inútil continuar esta discusión; hay cosa juzgada.

*SECCION II.—De las condiciones requeridas para la existencia ó para la validez del arrendamiento.*

35. Hay tres cosas esenciales en el arrendamiento: el consentimiento de las partes, sin él que no hay contrato; una cosa cuyo goce es prometida por el dador al arrendatario y

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Usufructo*, pfo. 1, núm. 3. En sentido contrario casación, 18 de Enero de 1825 (Daloz, en la palabra *Registro*, número 3143). Proudhón, *Del usufructo*, t. I, ps. 113 y siguientes. Duvergier, t. V, p. 26, núms. 28-30. Compárese nuestro tomo VIII, núm. 342.

que es la causa de la obligación que éste contrae de pagar una renta, y sin causa el contrato es inexistente; un precio que se llama alquiler ó arrendamiento y que es la causa de la obligación que contrae el dador de dar el goce de la cosa arrendada al arrendatario, y la causa para el dador como para el arrendatario es una condición requerida para la existencia del mismo contrato. Hay, respecto de los elementos esenciales del contrato, analogía completa entre la venta y el arrendamiento; resulta de esto que se puede argüir por analogía la venta al arrendamiento; el Relator del Tribunal lo hizo notar. (1)

Hay una condición que el Código parece colocar en la misma línea que el consentimiento y el objeto, es la capacidad. Las partes contratantes en el arrendamiento deben ser capaces para obligarse, puesto que el arrendamiento es un contrato. Pero la capacidad no está requerida para la existencia del contrato, sólo lo está para su validez. Traducimos al título *De las Obligaciones* para lo que se refiere á la distinción entre las condiciones exigidas para que un contrato exista y las que están prescriptas para que un contrato sea válido.

36. Las partes contratantes pueden, en general, derogar las reglas que el Código establece para el arrendamiento. En materia de contratos la ley sólo prevee lo que las partes quieren hacer, éstas quedan libres de querer otra cosa; y cuando han manifestado su voluntad, el juez debe interpretar sus convenciones, no según las disposiciones del Código Civil sino según las cláusulas del contrato, que son una ley para las partes contratantes y para los tribunales (artículo 1134). (2)

Sin embargo, la libertad de las partes contratantes no es

1 Moricault, *Informe* núm. 3 (Loché, t. VII, p. 198). Aubry y Rau, t. IV, p. 464, nota 3, pfo. 363.

2 Bruselas, 4 de Julio de 1855 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 262).