

tar las substancias de la mina; luego el pretendido goce del cesionario es una adquisición de propiedad, lo que es decisivo. (1) Queda la objeción sacada del usufructo. Es verdad que los arts. 598 y 1403 suponen que se puede tener el goce de una mina aunque el usufructuario esté obligado á conservar la substancia de la cosa, pero estas disposiciones derogan el rigor de los principios; el mismo texto del Código lo prueba. Si fuera un verdadero goce la ley debiera permitir al usufructuario abrir una mina durante el usufructo, mientras que se lo prohíbe. Y si lo prohíbe es precisamente porque es un acto de propiedad, una alteración de la substancia. Es, pues, por excepción como la ley da al usufructuario el producto de las minas explotadas en el momento en que se abre el usufructo. La razón de esta excepción se encuentra en el destino del padre de familia, quien gozaba del fundo á título de mina y transmite este goce al usufructuario. No por eso deja de ser verdad que transmite á éste más que el goce, le transmite la substancia de la cosa. Esto era una derogación á los principios, luego debe limitarse al caso en que la ley lo consagra.

§ II.—NATURALEZA DEL GOCE DEL ARRENDATARIO.—DIFERENCIA ENTRE EL ARRENDAMIENTO Y EL USUFRUCTO.

*Núm. 1. El derecho del arrendatario es un derecho de crédito.*

9. Hemos expuesto en otro lugar las diferencias que existen entre los derechos reales y los derechos personales ó derechos de crédito. ¿Es un derecho de crédito el que tiene el arrendatario ó es un derecho real? Es seguro que en el derecho antiguo el arrendamiento no confería al arrendatario más que un derecho de crédito. Esto es un elemento considerable en el debate que entablamos. La Corte de Ca-

1 Denegada, 28 de Enero de 1857 (Daloz, 1857, 1, 391).

sación lo hace notar. Se trata de una tradición secular: ¿quebrantó el Código este principio que siempre fué considerado como formando la esencia del arrendamiento? Sin duda el Código ha consagrado novaciones radicales en materia de obligaciones convencionales; basta recordar la disposición del art. 1138 en virtud del cual la propiedad se transfiere por el solo efecto de los contratos sin ninguna tradición, pero para que se puedan admitir estas importantes novaciones se necesita que el legislador lo haya dicho claramente. Y sucede (la Corte es siempre quien habla) que el Código reproduce textualmente las definiciones de Pothier, de donde resulta la personalidad del derecho del arrendatario. La Corte agrega que es imposible admitir que el Código derogue el derecho antiguo cuando reproduce su doctrina. (1) Sin embargo, la opinión contraria fué presentada por un jurisconsulto que murió siendo Presidente de la Corte de Casación. En Francia es grande la autoridad de Troplong; lo mismo sucede en Bélgica. No creemos que su paradoja, de la realidad del derecho del arrendatario, haya encontrado tan sólo un partidario; esta nueva operación nunca fué discutida ante nuestros tribunales; pudiéramos pasarla en silencio; si creemos deberla combatir es porque resulta de esta discusión una enseñanza de que nuestra ciencia debe aprovechar. Llamamos á la doctrina de Troplong una paradoja. No es la única que haya sido presentada en nuestros días. Los autores modernos gustan de las nuevas opiniones, las buscan, es una nota de originalidad que ambicionan; y opiniones que se apartan de los senderos conocidos que tienen aire de ser descubrimiento, ejercen siempre un gran prestigio en la juventud; es el escollo contra el que queremos resguardar á nuestros jóvenes lectores. La novación

1 Denegada, 6 de Marzo de 1861, sobre informe de Ubexi (Daloz, 1864, 1, 417).

propuesta por Troplong en materia de arrendamiento, es como un tipo de esa doctrina de apariencia original y que en realidad son monstruosos errores. Se ve por esto á lo que llegan los que tratan de obtener originalidad. La cosa es fácil. Se rompe á sabiendas con la tradición; se atormenta á los textos para hacerles decir lo contrario de lo que dicen; se busca un apoyo en los trabajos preparatorios, y fácil es encontrarlo allí. Si, con todo esto, tiene el autor cierto talento literario como Troplong, lo usa y abusa de él para dar á una brillante fraseología el color de argumentos jurídicos. Así es como se adquiere la reputación de espíritu original. Funesto ejemplo para la juventud que se deja seducir por opiniones atrevidas, que es incapaz de apreciar; ¡esto es aun el menor de los males! se le enseña á satisfacerse con palabras, lo que es la ruina de nuestra ciencia; por esto es por lo que combatimos la paradoja de Troplong. (1)

10. Recordemos primero la doctrina antigua, como lo hace la Corte de Casación. El derecho del arrendatario, dice Pothier, es el derecho que tiene para con el que le arrienda, en gozar de la cosa que le fué arrendada, durante todo el tiempo que debe durar su contrato, el cual derecho resulta de la obligación que el que arrienda ha contraído en concederle el goce. Este derecho sólo lo es de crédito personal, contra la persona del dador. Por esto es que la tradición que se hace de un inmueble al locatario, no sólo no le transfiere la propiedad sino que no le transfiere ningún derecho en la cosa, ni siquiera la posesión; ésta continúa perteneciendo al dador. De los principios que acabamos de establecer, continúa Pothier, resulta una diferencia muy grande entre el derecho de un locatario y el de un usufructuario

1 La cuestión levantada por Troplong, ha dado lugar á numerosas disertaciones. Véanse las citas en Aubry y Rau, t. IV, p. 471, nota 7, pfo. 365. Colmet de Santerre, t. VII, p. 304, nota 1, y Mourlon, t. III, pfo. 306, nota. Hay que agregar la de Ferry, Profesor en la facultad de derecho de París, una de las primeras y una de las mejores. Se la encuentra en la *Revista de las Revistas de derecho*, t. V, 1842, p. 14.

ó de un enfiteuta. El derecho de éstos es un derecho en la cosa que ellos conservan cualesquiera que sean las personas á quienes pase la cosa. Por el contrario, el arrendatario, no teniendo ningún derecho en el inmueble que le fué arrendado, si el locatario vendió ó legó esta herencia á alguno, sin encargarlo de mantener el arrendamiento que hizo, este comprador ó legatario no tendrá obligación de mantenerlo, á no ser que lo haya aprobado. Pothier dice que está conforme con el principio de derecho tomado en la famosa ley conocida con el nombre de ley *Emptorem* (L. 9, C. IV, 65). (1)

11. Tal es la tradición. Se pretende que el Código Civil la derogó. Esto es una cuestión de texto. ¿Estableció el Código otros principios sobre los derechos del arrendatario que no sean los que acabamos de recordar? Pothier funda su doctrina en la definición que da del arrendamiento. El Código también define el contrato de arrendamiento. ¿Difiere esta definición de la de Pothier? Según el art. 1709 «el arrendamiento de las cosas es un contrato por el que una de las partes se obliga á *dar el goce* de una cosa á la otra por un cierto tiempo y mediante cierto precio que ésta se obliga á pagarle.» El art. 1709 es la reproducción literal del núm. 1 del tratado de Pothier que transcribimos. «Puede definirse el contrato de arrendamiento, un contrato por el que uno de los contratantes se obliga á *dar el goce* ó el uso de una cosa al otro, durante un tiempo convenido y mediante un cierto precio que el otro por su parte se obliga á pagarle.» Los términos son idénticos; deben, pues, significar la misma cosa en el Código y en Pothier. Si el dador se obliga á *dar un goce al arrendatario* resulta que el dador es un deudor y que el arrendatario es un acreedor; éste tiene una acción contra la persona del dador, luego su derecho es personal. Lo que caracteriza, en efecto, el derecho personal, es que aquel á quien pertenece el derecho tiene una acción contra la

1 Pothier, *Del arrendamiento*, núms. 277, 285 y 288.

persona que se obligó para con él; donde hay relaciones de acreedor á deudor hay un derecho personal ó de crédito; esto es un axioma. Pues bien, estas relaciones existen, en virtud de la definición del art. 1709, entre el deudor y el arrendatario; luego el derecho es personal. No hay una sola palabra en el art. 1709 de la que pueda inducirse que el derecho del arrendatario es real: si Pothier concluye de esto que el arrendatario no tiene ningún derecho en la cosa, ni siquiera la posesión, nuestra conclusión debe ser la misma. (1)

Se puede objetar que el Código reproduce también, en el art. 1582, la definición que Pothier da de la venta, y, no obstante, hizo una gran novación á la doctrina tradicional imponiendo al vendedor la obligación de transferir la propiedad de la cosa. Es verdad que las novaciones del Código no siempre están claramente formuladas; sin embargo, la que se refiere á la venta no es dudosa porque hay otros textos que son decisivos. Veamos si encontramos en el título *Del Arrendamiento* un texto que diga otra cosa de lo que dice el artículo 1709.

12. Es de principio, y es elemental, que el derecho de crédito obliga á una persona determinada, el deudor, á una prestación que consiste en hacer lo que se obligó á hacer; mientras que el derecho real establece una relación directa entre aquel á quien pertenece el derecho y la cosa en que lo ejerce; el detentor de la cosa gravada con el derecho real está obligado no á hacer sino á sufrir. Tales son las relaciones del no propietario y del usufructuario; éste tiene un derecho en la cosa; el no propietario no está obligado á dar el goce al usufructuario, sólo está obligado á dejarle gozar; tiene que sufrir el ejercicio del derecho real. ¿Sucede lo mismo con el dador? El Código contesta á nuestra cuestión: según el art. 1719, el dador está *obligado*, por la *naturaleza de*

1 Duvergier, t. I, p. 251, núm. 280. Colmet de Santerre, t. VII, p. 300, número 198 bis XXXIV.

*su contrato*, á mantener la cosa en estado de servir al uso para el que fué arrendada y dar el goce al arrendatario durante todo el contrato. Hé aquí una diferencia capital entre el usufructo, derecho real, y el arrendamiento: éste crea relaciones de *obligación* entre el dador y el arrendatario; el dador *se obligó* á hacer, el arrendatario tiene, pues, una acción contra él para que lo pague en goce; luego su derecho es personal. Las mismas disposiciones hay en los artículos 1720 y 1722 y la misma inducción que deducir de ellos en cuanto á la naturaleza del derecho del arrendatario. Todas las obligaciones del dador son personales; el derecho, que es correlativo á estas obligaciones, es también un derecho personal ó de crédito. Hasta aquí los textos no contienen una palabra que indique un derecho real; dicen todo lo contrario. (1)

13. Los textos que acabamos de citar son tan evidentes que es imposible contestar que los derechos del arrendatario contra el dador sean personales. Así lo confiesan los partidarios de la realidad, pero sostienen que junto á este derecho de crédito que el arrendatario tiene contra el que arrienda, tiene un derecho en la cosa que puede hacer valer contra los terceros: su derecho fuera, pues, á la vez personal y real. Los defensores de la realidad no están acordes en las consecuencias de su doctrina; dejemos por ahora este disenso para sólo inquirir lo que dice el Código. Fuera una singularidad jurídica, una verdadera anomalía, que un derecho fuese á la vez personal y real; hay que ver si el Código lo tiene consagrado.

Lo que caracteriza el derecho real es que existe para con todos, pues existe en la cosa y no contra ciertas personas; luego todo tercero tiene que respetarlo; si una persona cualquiera lo ataca, esta perturbación puede ser reprimida por una acción directa que pertenece á aquel cuyo derecho es-

1 Colmet de Santerre, t. VII, p. 300, núm. 198 bis XXXV.

tá desconocido: el derecho real da acciones reales. ¿Sucede así con el arrendatario? El Código contesta que no. Distingue entre las perturbaciones de hecho y las de derecho, y sólo da acción al arrendatario contra los terceros; en cuanto á la perturbación que éstos hacen en su goce es una simple vía de hecho sin que pretendan ningún derecho en la cosa arrendada; pero desde que la perturbación es relativa al derecho de goce el arrendatario debe promover contra el que le arrendó; no puede promover contra los terceros. Esta es una disposición decisiva, dicen los Sres. Aubry y Rau; destruye en su fundamento la doctrina de la realidad del derecho del arrendatario aunque junto á este derecho se mantenga un derecho personal. Si el arrendatario tuviera un derecho en la cosa debería tener una acción real para defenderla; la ley le niega dicha acción, luego no le reconoce el derecho. ¿Se quiere de ello otra prueba tan decisiva como el texto? Preguntad á Pothier por qué el arrendatario no puede contestar á la acción que le ataca en su derecho de goce. Contesta: porque el arrendatario no tiene la posesión de la cosa, tiene simplemente la facultad de gozar de ella; luego no tiene ninguna calidad para figurar en un proceso en que el derecho está en causa; el proceso se verificará entre el tercero y el dador; si se decide en contra de éste, el arrendatario tendría contra él la acción personal que nace del contrato. Esta es la teoría en acción de la personalidad del derecho, y el Código ha consagrado esta teoría. (1)

*Núm. 2. Crítica de la doctrina contraria.*

14. Se pretende que el art. 1743 contesta á todos los argumentos de texto que hemos hecho valer. Antes de exa-

1 Pothier, *Del arrendamiento*, núm. 91. Aubry y Rau, t. IV, p. 471, nota 7. pfo. 365. Mourlón, t. III, p. 310, núm. 769 bis. Colmet de Santerre, t. VII, p. 304, núm. 168 bis XLI.

minarlo hay que decir algunas palabras de algunos artículos que se han citado en favor de la opinión que combatimos. El art. 595 permite al usufructuario hacer contratos que ligen al nudo propietario. Este es el reverso del derecho antiguo, dice Troplong: antaño el nudo propietario no estaba obligado á respetar los contratos consentidos por el usufructuario, así como el adquirente no estaba ligado por el contrato que el vendedor había consentido. Hay, pues, un sistema nuevo en el Código; todo sucesor particular está obligado á mantener el contrato porque éste afecta la cosa y la sigue por donde pasa. (1) Se pregunta cómo un jurisconsulto puede confundir y mezclar situaciones tan diferentes como la del usufructuario y del nudo propietario por una parte, y por la otra la del vendedor y del comprador. El usufructuario sólo tiene un derecho temporal en la cosa, luego los contratos de arrendamiento que él hace deberían expirar con su propio derecho; el nudo propietario no puede estar ligado por estos contratos porque no es el legatario del usufructuario, éste es un tercero cuyos actos son extraños al nudo propietario. Si la ley mantiene, no obstante, los contratos de cierta duración esto es por consideraciones de utilidad pública que no tienen absolutamente nada de común con la cuestión de saber si el derecho del arrendatario es real ó personal. En caso de venta la situación es enteramente distinta. El comprador es sucesor del vendedor á título particular; es legatario: ¿debe como tal respetar el arrendamiento consentido por el vendedor? Nó, en principio. El art. 1743 trae una derogación de la que vamos á ocuparnos. Lo seguro es que el art. 595 no es una consecuencia del artículo 1743.

15. El art. 691 del Código de Procedimientos dice que, en caso de embargo, los acreedores pueden pedir la nulidad

1 Troplong, *Del arrendamiento*, núm. 497.

del arrendamiento cuando no tiene fecha cierta antes del mandamiento. Si el arrendamiento tiene fecha cierta los acreedores deben respetarlo á reserva de embargar las rentas. Esta disposición prueba, se dice, que el arrendatario no es un simple acreedor quirografario, pues se le trata mejor que á los demás acreedores; les puede oponer su arrendamiento, luego tiene un derecho de preferencia para con ellos, y sólo lo puede tener porque tiene un derecho real. Esta es otra mala razón á la cual se ocurre porque faltan las buenas. Hay una contestación perentoria al argumento, sacada del art. 691: es que esta disposición no es nueva, existía en la jurisprudencia antigua, lo que no impedía que el derecho del arrendatario fuera personal. Hay, además, un motivo muy sencillo que justifica lo que se llama malamente un derecho de preferencia. No es un privilegio que el arrendatario ejerce en perjuicio de los acreedores; si el contrato continúa esto es, por el contrario, en interés de los acreedores; en efecto, aprovechan de las rentas; mientras que si el arrendamiento fuera roto el arrendatario dejaría de pagar el precio de un goce que ya no tendría, y vendría á reclamar contra la masa daños y perjuicios que disminuirían un tanto la parte de los demás acreedores. Aun hay más: no sólo el art. 691 nada prueba en favor de la realidad, sino que prueba que el derecho del arrendatario no es real. Si lo fuera el art. 691 sería inútil; mejor dicho, el legislador ni siquiera lo pensara, pues el arrendamiento hubiera estado regido por los principios que rigen las enajenaciones ó las constituciones de hipotecas consentidas por el deudor embargado. Es porque el derecho del arrendatario no es real por lo que la ley tuvo que fijar su situación para con los demás acreedores. (1)

16. Llegamos al art. 1743 que, se dice, ha transformado el

1 Pothier, *Del arrendamiento*, núm. 305. Colmet de Santerre, t. VII, p. 299, núm. 198 bis XXXIII. Mourlón, t. III, p. 309, núm. 369 bis.

derecho del arrendatario en derecho real; dice: «Si el dador vende la cosa arrendada el adquirente no puede expulsar al arrendatario que tiene un contrato auténtico ó cuya fecha es cierta, á menos que se haya reservado este derecho en el contrato de arrendamiento.» Pudiéramos limitarnos á decir del art. 1743 lo que hemos dicho de los demás textos que los partidarios de la realidad invocan; es que, lejos de testificar en su favor, testifica contra ellos. La ley no dice que el derecho del arrendatario es real; sin embargo, hubiera debido decirlo si tal hubiera sido la intención del legislador, pues la novación, si la hubiera en el art. 1743, fuera radical, y como está en oposición con la personalidad del derecho consagrado por artículos terminantes (núms. 11-13) que reproducen la doctrina de Pothier, el legislador debiera haber dicho claramente que para con los terceros el derecho del arrendatario es personal.

¿Es esto lo que ha hecho? Nó, pues no habla de los terceros; prevee únicamente el caso en que el dador vende la cosa arrendada. ¿Puede el adquirente expulsar al arrendatario? Tal es la cuestión. ¿Contesta el Código de un modo absoluto que el arrendatario no puede nunca ser expulsado? Nó. El arrendatario tiene un contrato verbal, está en posesión, su derecho á un goce más ó menos largo es seguro; no obstante, podrá ser expulsado. ¿Qué sucede en este caso con la realidad del derecho? Es una realidad imaginaria. Aunque el arrendatario tenga un contrato auténtico el dador puede expulsarlo si se reservó este derecho. Preguntamos otra vez: ¿qué sucede con la realidad del contrato? ¿Puede hacerlo valer contra otros terceros detentores? Nó, pues la ley no lo dice y desde que no se está en la hipótesis particular prevista por el art. 1743 se vuelve á entrar en la regla, y la regla es que el derecho del arrendatario es personal para con los terceros como para con el dador; salvo en el caso excep-