

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 estatus 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 a 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 Fuera 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).

mobiliario. 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 el 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 (Dalloz, en la palabra *Registro*, número 3143). Proudhon, *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 Tribunalado 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. Transladamos 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).