

el fuero de la conciencia, no se puede dudar de que el comercio de estas cosas sea deshonesto é ilícito; de esto resulta que no puede absolverse á los que trafican con estas cosas más que haciéndoles prometer que renunciarán á este comercio y que emplearán en limosnas la utilidad que sacaron de él. (1) Nos parece que Pothier no es consecuente; si realmente el comercio es deshonesto é ilícito hay que decir que el arrendamiento también lo es, puesto que tiene por objeto una utilidad ilícita y una acción inmoral; desde luego debería declarársele nulo é inexistente. Si Pothier no se atreve á ir hasta allá ¿no será porque presiente que el espiritualismo del evangelio es excesivo? No es que nos gusten los bailes tal como se practican en nuestras ciudades fabriles; se les puede atrevidamente calificar de sucursales de la prostitución. La Iglesia tiene razón de prohibirlos, pero la prohibición es vana. Debe trabajarse para la moralización de las clases obreras; y, hay que confesarlo, esto es lo que menos importa á nuestro clero cuya única precaución es la de dominar; y la ignorancia y la superstición son un instrumento de dominación, y de éste á la inmoralidad sólo hay un paso.

§ V.—DE LA FORMA.

66. Según el art. 1714, «se puede arrendar por escrito ó verbalmente;» el art. 1582 dice que la venta puede ser hecha por acta auténtica ó privada. Estas disposiciones están bastante mal redactadas, sobre todo la última. La venta se hace por el concurso de consentimiento; en cuanto al escrito se le redacta para tener una prueba literal del contrato. No se arrienda por escrito; el arrendamiento, así como la venta, se perfeccionan por el concurso del consentimiento; la es-

1 Pothier, *Del arrendamiento*, núms. 24 y 26. Véanse las aplicaciones que la doctrina y la jurisprudencia han hecho de este principio á las casas de juego y de prostitución (Dauvergier, t. I, p. 381, nota 401 y p. 382, nota). Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Arrendamiento*, núms. 273 y 276. Agréguese Caen, 29 de Julio de 1874 (Dalloz, 1875, 2, 127). Compárese el tomo XVI de estos *Principios*, núm. 152.

critura sólo sirve de prueba. Jaubert, el orador del Tribunal, al explicar el art. 1714 agrega una nueva inexactitud. «El Código, dice, no hace más que consagrar una regla que ha sido siempre admitida: el arrendamiento es un contrato consensual; se puede, pues, arrendar verbalmente como por escrito. Estas ideas se deducen de la naturaleza de las cosas, existiendo en la conciencia de los contrantes la obligación desde el momento en que el consentimiento recíproco está formado.» (1) Las partes están obligadas mucho más que en conciencia; están hábilmente ligadas desde que han consentido; la única dificultad que queda es la de la prueba. No deba, pues, decirse, como se hace, (2) que el arrendamiento se forma por escrito; se forma, como todos los contratos, por el consentimiento de las partes contratantes. Queda por saber cómo se prueba. En principio, por el derecho común tal como lo establece el título *De las Obligaciones*, pues el derecho común es aplicable en tanto que no se deroga. El art. 1715 lo deroga, pero sólo es una excepción, y la excepción confirma la regla; volveremos á este punto que es de gran importancia para la interpretación de la ley. En el art. 1715 sólo se trata de la prueba testimonial, luego las demás pruebas, y especialmente la prueba literal, quedan bajo el imperio de los principios generales. Fué sentenciado que el arrendamiento puede probarse por la correspondencia de las partes contratantes. Esto es de derecho común. Es verdad que las cartas no son actas privadas hechas por duplicado y con mención del duplicado como lo prescribe el art. 1325 para la validez de las actas privadas; pero no se les invoca á título de actas, es á título de prueba literal de la confesión de la parte que niega la existencia del arrendamiento ó su ejecución. (3)

1 Jaubert, *Discurso* núm. 4 (Loché, t. VII, p. 211).

2 Troplong, *Del arrendamiento*, núm. 103.

3 Nancy, 4 de Abril de 1840 (Dalloz, en la palabra *Arrendamiento*, número 116). Denegada, 5 de Marzo de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 146).

67. El principio de que los arrendamientos pueden probarse por escrito, según el derecho común, ha recibido una importante derogación en nuestra Ley Hipotecaria; los arrendamientos que exceden de nueve años deben ser registrados para que puedan ser opuestos á los terceros; y sólo las actas auténticas admiten registro; si un arrendamiento por más de nueve años no ha sido registrado se reduce su duración conforme al art. 1429. Nuestra ley estatuye también que el deudor que ha consentido una hipoteca en un inmueble puede arrendarlo y que los acreedores deben respetar el arrendamiento; pero si excede de nueve años será reducido (art. 1245). Volveremos á estas innovaciones en el título que es el sito de la materia.

68. Los arts. 1715 y 1716 contienen disposiciones especiales relativas al arrendamiento hecho sin escritura. La ley distingue si el arrendamiento no ha recibido todavía ninguna ejecución ó si la ejecución ha comenzado en ambas hipótesis; la ley consagra excepciones al derecho común; la del art. 1715 ha dado lugar á serias dificultades.

*Núm. 1. Del arrendamiento verbal que no ha recibido ninguna ejecución.*

69. El art. 1715 dice: «Si el arrendamiento hecho sin escrito no recibió aún ejecución, y que una de las partes lo niegue, la prueba no puede darse por testigos, por módico que sea el precio y aunque se alegue que se dieron rehenes.» Esta disposición deroga la regla del art. 1341, según la cual debe hacerse acta notariada ó privada por todas las cosas que exceden el valor de 150 francos. En virtud de esta regla, la prueba testimonial hubiera sido admisible para probar la existencia de un arrendamiento verbal si la cosa no hubiese excedido de 150 francos; mientras que el artículo 1715 prohíbe esta prueba, por muy módico que sea el precio del arrendamiento. ¿Cuál es el motivo de esta dero-

gación? Jaubert presenta la cuestión en su discurso al cuerpo legislativo, y lo contesta en estos términos: «Si el arrendamiento es sólo verbal, que no haya tenido ninguna ejecución y que una de las partes niegue la existencia de la convención, ¿podrá la otra parte ser admitida á la prueba por testigos? ¿No debiera cuando menos distinguirse si el monto entero de la locación no excede de 150 francos? ¿No debiera acogerse la prueba testimonial según las reglas generales acerca de los contratos? Nuestro proyecto lo prohíbe, y esta innovación nos ha parecido muy sabia; será sobre todo útil para esta numerosa clase que sólo puede arrendar objetos de valor módico: un pleito es ruinoso para ellos; hay que agotar la fuente de estos procesos, proscribiendo en esta materia la prueba testimonial.» Los autores agregan que esta disposición evitará muchas contestaciones que pudieran nacer en las ciudades en las que no se usa mucho hacer arrendamientos por escrito cuando se trata de simples departamentos de precio mediano. La ley ha considerado además, se dice, que todo urge en esta materia; que importa al propietario y al arrendatario no permanecer en la incertidumbre acerca de la existencia del arrendamiento, con el fin de que el primero pueda encontrar luego un nuevo arrendatario y que el segundo encuentre otra habitación. (1)

Estas consideraciones no nos parecen muy decisivas. Sin duda es cosa útil evitar los pleitos, pero hay un interés más grande, el mantenimiento del derecho, el respeto debido á los contratos. ¿Conviene que el legislador anule contratos legalmente formados, negando á las partes el derecho de probarlos según las reglas generales de la prueba? El arrendamiento está perfeccionado por el consentimiento de las partes; podrán probarlo por testigos, y la ley se los prohíbe. ¿No es esto quitar un derecho al que reclama la ejecución

1 Jaubert, Discurso núm. 4 (Loaré, t. VII, p. 211). Durantón, t. XVII, página 33, núm. 51. Mourlón, t. III, p. 291, núm. 735.

del arrendamiento? ¿No es esto favorecer la mala fe de aquel que lo niega? Y el respeto del derecho es el primero de los intereses; mejor dicho, el primer deber del legislador. La ley ni siquiera alcanzó el objeto que se proponía; la prohibición de la prueba testimonial pronunciada por el art. 1715 da lugar á procesos diarios; hay pocas disposiciones en el Código cuya interpretación esté más controvertida: la doctrina está dividida así como la jurisprudencia, y no se ve cuándo cesarán estos debates; renacen siempre por el interés que tienen las partes en reclamar la ejecución de sus compromisos. El más sabio partido hubiera sido haber mantenido los derechos de las partes y atenerse á ellas en lo que se refiere á sus intereses: No se litiga mucho por sólo el placer de litigar. (1)

70. El art. 1715 supone que el arrendamiento está hecho *sin escrito*. Cuando hay un escrito no puede ya tratarse de la prueba testimonial ni de las reticciones que el art. 1715 trae á dicha prueba. Ha sucedido, sin embargo, que el pretendido arrendatario pidiera probar por testigos que el arrendamiento estaba ejecutado desde seis meses, é invocaba en apoyo de su demanda un escrito que no producía. Esto basta, dijo la Corte de Bruselas, para desecharla. Si la ley admite la prueba testimonial es en el caso en que no hay prueba literal; si la hay, no puede ocurrirse á una prueba subsidiaria, que la ley sólo admite con grande desconfianza; se debe, pues, producir el escrito y discutir su validez: alegar un escrito y no presentarlo es colocar al juez en la imposibilidad de concluir el debate. Es seguro que ya no se está en los términos del art. 1715. (2)

¿Debe considerarse el arrendamiento como hecho sin escritura cuando hay una acta privada hecha en un solo original? Fué sentenciado que el acta, siendo incompleta, no

1 Compárese Duvergier, *Del arrendamiento*, t. I, p. 227, núm. 253.

2 Bruselas, 18 de Diciembre de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, p. 379. Dalloz, en la palabra *Arrendamiento*, núm. 135).

podía ser invocada como prueba escrita del arrendamiento; lo que hacía aplicable el art. 1715. (1) Nos parece que el texto y el espíritu de la ley rechazan esta interpretación. ¿Puede decirse que un arrendamiento está hecho *sin escrito* cuando las partes han hecho una escritura? Jaubert se expresa aún más claramente que el texto del Código: "Si, dice, el arrendamiento sólo es *verbal*," lo que bien quiere decir: si ningún escrito se redactó. Desde que hay una escritura no se está ya en los términos de la expresión, luego se entra en el derecho común. Una acta privada, aunque irregular, puede servir de principio de prueba por escrito. Nace, pues, la cuestión de saber si un arrendamiento puede ser probado por testigos cuando hay un principio de prueba literal; volveremos á este punto.

71. El art. 1715 prohíbe la prueba testimonial, aunque se alegue que hubo rehenes dados. Si la parte que pide la ejecución del arrendamiento *alega* sólo que hay rehenes dados y que la otra niegue el hecho, entonces se entiende que la prueba testimonial no puede ser admitida, puesto que esto fuera probar por testigos un arrendamiento hecho sin escrito y que no tiene aún ninguna ejecución. Suponemos, con el texto de la ley, que esto consta; el alegato de que hubo rehenes dados es en este caso inoperante, tendería á admitir una prueba que la ley rechaza, pues habría que probar por testigos que los rehenes fueron dados, y esta prueba tendría por efecto probar la existencia del arrendamiento; luego se llegaría á probar el arrendamiento por testigos alegando los rehenes. Esto fuera un medio fácil de eludir la prohibición del art. 1715 y es, sin duda, por esta razón por lo que la ley no quiere que no se considere esta alegación. (2)

1 Sentencia del Tribunal de Bruselas, 18 de Abril de 1874 (*Pasicrisia*, 1874, 3, 326).

2 Duvergier, t. I, p. 228, núm. 254. Colmet de Santerre, t. VII, p. 236, número 162 bis II.

Esto es lógico, ¿pero no testifica esta lógica contra el principio de la ley? Se dan rehenes, ya sea como un abono del precio ya como una prueba de la existencia del contrato; en una y otra hipótesis el arrendamiento está formado. ¿Por qué prohíbe la ley á las partes probarlo, probando que los rehenes fueron dados y recibidos? Esto es nulificar la convención de las partes y la única prueba que las partes pudieran procurarse si no saben escribir. Esto es injusto.

72. El art. 1715 agrega: "El juramento sólo puede ser diferido á aquel que niega el arrendamiento." Esto es la aplicación del art. 1358. "El juramento decisorio puede ser diferido en toda clase de contestación." La ley supone que el juramento está diferido á pedimento del demandado. No hay escrito. Una de las partes pretende que hay un arrendamiento y promueve en justicia para dar á conocer su existencia, pero se encuentra en la imposibilidad de probarlo. Es precisamente en tales circunstancias cuando la ley permite la dilación del juramento; puede ser diferido sin que exista ningún principio de prueba de la demanda (artículo 1360). La ley tenía, pues, que admitir el juramento como la única prueba posible: no aplicándose los motivos por los que desechó la prueba testimonial á la dilación del juramento decisorio, esto es una transacción que pone fin á cualquier proceso y que no da lugar á ningún procedimiento, mientras que las notificaciones son procedimientos largos y costosos. (1)

Se admite generalmente que el arrendamiento puede también probarse por la confesión, aunque puramente verbal y que no haya recibido ningún principio de ejecución. Este supone una confesión judicial, pues el alegato de una confesión extrajudicial puramente verbal es inútil, dice el art. 1355, cuando se trata de una demanda cuya prueba testimonial no se admitiría. En contra la confesión judicial hace fe ple-

1 Colmet de Santerre, t. VII, p. 238, núm. 162 bis VII.

na (art. 1356), y el Código de Procedimientos contiene, para la confesión, una disposición análoga á la del art. 1358 acerca del juramento: las partes pueden, en *cualquiera materia* y en cualquier estado de la causa, pedir la absolución de posiciones (art. 324). Así la absolución de posiciones y la confesión que resulta de ellas están puestas por la ley en la misma línea que el juramento. En teoría hay, pues, que admitir la confesión tanto como el juramento, para probar la existencia del arrendamiento verbal. Pero hay una dificultad de texto. El art. 1715 dice que el juramento puede sólo ser diferido á aquel que niega el arrendamiento. ¿Quiere esto decir que el juramento sea la única prueba que la ley admita para establecer la existencia del contrato hecho sin escritura y que no recibió aún ejecución? Hay una sentencia en este sentido (1) y Troplong se sorprende de que la precisión del texto no haya evitado inconcebibles divergencias acerca de un punto tan bien decidido por el legislador. (2) Si el texto tuviera esta evidencia no faltaríamos á inclinarnos ante la ley, pero el texto no dice lo que se le hace decir. Después de haber prohibido la prueba testimonial, el art. 1715 agrega que el juramento puede sólo ser diferido; es, pues, bajo el punto de vista de la prohibición que acaba de pronunciar, como el legislador autoriza la dilación del juramento; la palabra *sólo* se refiere á la prohibición que precede; la limita, pero no entiende decir que ninguna otra prueba puede ser admitida; si tal hubiera sido la mente de los autores del Código hubieran dicho: *sólo* se admite el juramento para probar el arrendamiento. El espíritu de la ley que Troplong invoca testifica decididamente en su contra; si la ley prohíbe la prueba por testigos es por-

1 Rennes, 6 de Agosto de 1813 (Daloz, en la palabra *Arrendamiento*, número 125).

2 Troplong, *Del arrendamiento*, núm. 111. En sentido contrario Durantón, t. XVII, p. 34, núm. 53. Duvergier, t. I, p. 228, núm. 257. Aubry y Rau, tomo IV, p. 467 y nota 12, pfo. 364. Marcadé, t. VI, p. 431, núm. II del artículo 1716.

que quiere evitar los largos y costosos procedimientos de la instrucción; y no hay más procedimientos para el interrogatorio que para el juramento; y la naturaleza de ambas pruebas es la misma: es una declaración hecha ante el juez; no hay sombra de razón para admitir el juramento y desechar la confesión.

73. La opinión generalmente admitida, en lo que se refiere á la confesión, tiene una gran importancia; resulta que la excepción consagrada por el art. 1715 debe restringirse á la prueba testimonial, sólo es el art. 1341 el que deroga la ley; fuera de este caso se aplican los principios generales que rigen á la prueba. Esto es lo que decidió la Corte de París, en términos formales, en el siguiente caso: El dador, al vender el inmueble, había encargado al comprador ejecutar el arrendamiento verbal que había consentido; habiendo sido hecha el acta de venta por notario, el arrendatario pidió que se le autorizara á tomar copia de la cláusula relativa al arrendamiento. El tribunal ordenó la compulsión, decidiendo que las disposiciones del art. 1715 son una derogación del derecho común; que la prohibición que resulta de ellas es de derecho estrecho y debe ser limitada á la sola prueba testimonial de que habla este artículo. (1)

Síguese de esto que el art. 1715 no deroga las disposiciones de los arts. 1347 y 1348. Por lo que toca al art. 1348, esto no es muy contestable; se trata del número 4 de este artículo, que dice que la prueba testimonial es indefinidamente admisible cuando el acreedor perdió el título que le servía de prueba literal, á consecuencia de un caso fortuito, imprevisto y resultante de fuerza mayor. Hubo, pues, un escrito; pero habiendo sido destruida el acta, la ley admite á la parte interesada á la prueba del contrato por testigos, cualquiera que sea el monto del litigio. Decimos que la aplicación de esta disposición á la prueba del arrendamiento no

1 París, 20 de Mayo de 1858 (Daloz, 1859, 2, 39),

es dudosa; en efecto, aunque las partes pidan probar por testigos la existencia del arrendamiento, no se puede decir que se trata de un arrendamiento hecho sin escritura; hay un escrito, luego no se está en los términos de la excepción establecida por el art. 1715; por lo tanto, se permanece bajo el imperio del derecho común. Si ninguna otra prueba de que el juramento fuera admitido como se pretende, desde que no hay escrito, habría que desechar la prueba testimonial, lo que no tuviera sentido. Importa también observar que si el art. 1348, número 4, admite la prueba por testigos, es porque el peligro de la prueba desaparece, puesto que el demandante debe primero probar que perdió su título, lo que es un principio de prueba, y es porque la demanda es probable por lo que la ley autoriza la prueba testimonial. (1)

74. Por identidad de motivos hay que decidir que el arrendamiento aunque hecho sin escrito y cuando no hay ninguna ejecución puede ser probado por testigos cuando hay un principio de prueba por escrito (art. 1347). El artículo 1347 establece una regla general aplicable á todos los contratos, salvo derogación. ¿Consagra una excepción el artículo 1715? Si se da al texto el sentido que Troplong le marca hay que decir que la prueba testimonial debe ser desechada. Creemos que esto es sobrepasar la letra y el espíritu de la ley. El texto dice que el arrendamiento hecho sin escrito no puede ser probado por testigos. Un arrendamiento *hecho sin escritura* es un arrendamiento puramente verbal en apoyo del cual no se produce ningún escrito (núm. 70); y en el caso del art. 1347 hay un principio de prueba por escrito, luego no se puede decir que el arrendamiento sólo es verbal. El texto prohíbe la prueba por testigos lo que supone que la prueba se hace exclusivamente por testigos; y, en el caso del art. 1347, la prueba es en parte literal; luego no se está en los términos de la excepción, lo que es decisivo.

1 Colmet de Santerre, t. VII, p. 237, núm. 162 bis III.