

rio deba retenerlas, porque puede suceder que esto sea imposible; tales fueran los casos en que los animales hubieran sido robados, ó hubieran perecido en un incendio, ó hubieran muerto por enfermedad contagiosa; en este último caso los animales se entierran por medida de policía.

91 ¿En qué sentido está liberado el arrendatario por el caso fortuito? El art. 1810 distingue: «Si el *cheptel* perece por entero sin culpa del arrendatario la pérdida es para el dador. Si sólo perece una parte la pérdida se sufre en común, según el precio del avalúo originario y el de la estimación al concluir el *cheptel*.» ¿Por qué el arrendatario soporta la pérdida parcial, mientras que no sufre la total? Todos los autores critican esta disposición. Deroga la doctrina de Pothier que enseñaba que el arrendatario y el dador debían siempre sufrir la pérdida en común, fuera parcial ó total. Este sistema era más lógico que el del Código; no hay ningún motivo jurídico para la distinción que establece entre la pérdida total y la parcial; cuando más se puede explicarla por una consideración de equidad; pero la equidad y la justicia piden más, están en favor de una tercera opinión que se sostenía en el derecho antiguo. El Código califica al *cheptel* simple de arrendamiento; luego deben aplicarse, en caso de pérdida, los principios que rigen el arrendamiento de cosas. Y el contrato de arrendamiento se resuelve por la pérdida de la cosa arrendada (art. 1741), á salvo la acción del dador contra el arrendatario si éste tiene la culpa; y si la cosa arrendada sólo está destruida en parte el arrendatario puede, según las circunstancias, pedir la rescisión del arrendamiento ó una disminución de renta. Así, en ninguna hipótesis la pérdida queda á cargo del arrendatario. ¿Por qué no sucede lo mismo en el *cheptel*? Se buscaría en vano la razón. El sistema del Código es hasta muy peligroso; si el *cheptel* amenaza perecer en su mayor parte el arrendatario tiene interés en no salvar á los ani-

males que pudiera; tiene interés en que la pérdida sea total, porque en este caso es para el dador. (1)

92. ¿Cuándo es total la pérdida? Hay que aplicar los principios que rigen las universalidades. Es un rebaño el que es objeto del contrato, no son cabezas consideradas individualmente. De esto se sigue que la pérdida es total, aun cuando queden algunas cabezas, si éstas no bastan para constituir un rebaño. ¿Cuántas cabezas son necesarias para constituir un rebaño? La ley no lo dice, á los jueces toca decidir la cuestión consultando los usos. (2)

93. Cuando la pérdida es total el contrato queda resuelto; el dador no puede reclamar ninguna indemnización aunque hubiese habido, antes de la pérdida, una partición de crías. Se puede objetar que el arrendatario no tiene derecho á las crías más que á título de utilidad, y no hay ya utilidad cuando el rebaño llega á perecer. Esta interpretación sería demasiado rigurosa; la ley dice en términos absolutos que la pérdida total es para el propietario; es decir, que éste no tiene acción contra el arrendatario.

Cuando la pérdida es parcial el contrato subsiste; el arrendatario perderá una parte de su goce y deberá, no obstante, indemnizar al dador por una mitad de la pérdida. Pero la estimación de la pérdida sólo se hace al fenecer el arrendamiento; si en esta época el rebaño está reconstituido no habrá pérdida; por tanto, el arrendatario no deberá ninguna indemnización al dador. (3)

§ II.—DE LAS CLAUSULAS PROHIBIDAS.

94. «No se puede estipular que el arrendatario sufrirá la pérdida total del *cheptel*, aunque sucedida por caso fortui-

1 Durantón, t. XVII, p. 267, núm. 274 y todos los autores.

2 Colmet de Santerre, t. VII, p. 375, núm. 263 bis II.

3 Marcadé, t. VI, p. 548, núm. II del art. 1810. Colmet de Santerre, tomo VII, p. 375, núm. 263 bis III.

to y sin su culpa" (art. 1811). Esto es una derogación del derecho común; el art. 1772 permite estipular que el arrendatario quedará cargado del caso fortuito; en este caso el contrato es aleatorio y, naturalmente, el arrendatario estipula por su parte ventajas que compensan la suerte de pérdida á la que se expone. ¿Por qué la ley prohíbe al arrendatario de *cheptel* lo que permite al arrendatario rural? Ya hemos dado la razón de esto: quiere preservar á los arrendatarios de *cheptel* contra su ignorancia y su miseria.

El art. 1811 prohíbe también estipular "que el arrendatario soportará la pérdida de una parte mayor que su utilidad." Y, por consiguiente, prohíbe también la cláusula que autorizaría al dador "á tomar, al concluir el arrendamiento, algo más de lo que ministró en *cheptel*." Esta ventaja podría hacerse en la cría y, por consiguiente, el arrendatario no aprovecharía ya de la mitad de la utilidad, mientras que siempre sufriría la mitad de la pérdida. Esta desigualdad vicia un contrato en el que una de las partes, por razón de la dependencia de su situación, se encuentra á merced de la otra.

La ley prohíbe la cláusula que hiciera sufrir al arrendatario una mayor pérdida que la que tiene en las utilidades. Quiere, pues, una igualdad proporcional. De esto se sigue que las partes podrán convenir que el arrendatario sólo tendrá una tercera parte en las utilidades y que sólo sufrirá una tercera parte de las pérdidas. Esta es la opinión general, salvo el disentiendo de Delvincourt, en el que no hay que detenerse. Por esto sólo, que la convención no está prohibida, está permitida; además, está en armonía con el espíritu de la ley, puesto que la igualdad proporcional queda respetada. (1)

95. El art. 1811 sanciona estas prohibiciones con la pena de nulidad: "Toda convención semejante es nula." ¿En

1 Duvergier, t. II, p. 450, núm. 405.

qué sentido hay nulidad? ¿Es la cláusula sólo la que es nula ó el contrato de *cheptel*? El texto decide la dificultad: es la cláusula lo que anula la ley; mantiene el contrato. Se objeta que la cláusula prohibida es una condición del arrendamiento y que la cláusula de la condición hace nula la convención que de ella depende (art. 1172). Así fuera si realmente la cláusula formara, en la intención de las partes, una condición del contrato; pero la ley no la considera así; sería, pues, por derogación de la ley como la cláusula viciaría al contrato mismo; sería necesario que el arrendatario probase que tal fué la intención de las partes. En el silencio del contrato el arrendatario no puede pedir la nulidad por razón de las cláusulas prohibidas que contiene. ¿Cuál será, pues, la consecuencia de la nulidad? Lo que es nulo no produce ningún efecto; luego las cláusulas prohibidas se consideran como no haber sido éstas publicadas y, por consiguiente, las partes permanecerán bajo el imperio de las reglas formuladas por el Código Civil. (1)

96. El art. 1811 agrega: "El arrendatario aprovecha sólo la leche, el abono y el trabajo de los animales dados en *cheptel*. La lana y las crías se reparten." Se pregunta si las partes pueden derogar estas últimas disposiciones del artículo 1811. No hay duda en cuanto á las crías (núm. 94), ni, por consiguiente, para la lana; son utilidades que se parten en general por mitad, porque el arrendatario sufre también la mitad de la pérdida; pero las partes pueden derogar la proporción, siempre que la igualdad esté observada. La duda existe para las pequeñas utilidades que el Código atribuye al arrendatario: la leche, el abono y el trabajo de las bestias. En el derecho antiguo se consideraba toda cláusula derogatoria como inícuo; es decir, como nula.

1 Marcadé, t. VI, p. 552, núm. II del art. 1811. Compárese Durantón, tomo XVII, p. 276, núm. 279.

Pothier dice: "Habría igualmente iniquidad en el contrato á *cheptel* si se quitaba al arrendatario algo de los provechos de la leche, abonos y labores de las bestias, provechos que le son concedidos por las costumbres para los gastos de alimentos y cuidados. Según este principio las cláusulas por las que el dador estipula que el arrendatario le dará cierta cantidad de queso ó de mantequilla ó algunas carretadas de abono, son cláusulas ilícitas." (1) ¿El Código ha mantenido la tradición? La cuestión está controvertida; en nuestro concepto el texto del art. 1811 la decide. Enumera las cláusulas heridas de nulidad. Luego la ley trata de los derechos del arrendatario á *cheptel*; ya no se vuelve á hablar de cláusulas prohibidas. Permanece uno, pues, bajo el imperio del derecho común; y el derecho común en materia de convenios es la libertad; las partes contratantes pueden derogar las disposiciones del Código, porque el Código no les impone las reglas que establece, sólo prevee lo que las partes quieren, y les permite, por consiguiente, querer otra cosa de lo que dice la ley. En el contrato de *cheptel* la ley deroga este principio, pero por esto mismo estas derogaciones son de rigurosa interpretación; no se pueden admitir otras prohibiciones más que aquellas que la ley establece. Esto decide la cuestión. Se dice en vano que la redacción del art. 1811 implica una prohibición. Es verdad que según el art. 1811 el arrendatario aprovecha sólo de la leche, del abono y del trabajo de las bestias pero esto no quiere decir que esté prohibido á las partes dar una parte al dador en estas utilidades; la palabra *sólo* debe combinarse con la disposición que sigue y que dice que la lana y las crías *se reparten*; en otros términos, hay utilidades que se reparten ambas partes y hay otras que pertenecen al arrendatario; la ley permite derogar el reparto por mitad. ¿Por qué prohibiría derogar el derecho exclusivo del arrendata-

1 Pothier, *Tratado del cheptel*, núm. 26.

rio? El texto en todo caso no se opone á ello; y en esta materia lo que no está prohibido está por esto mismo permitido. Se hacen además otras objeciones en las que creemos inútil detenernos, porque ya las hemos contestado y, en nuestro concepto, de un modo perentorio. (1)

§ III.—DERECHOS DE LAS PARTES.

97. "El arrendatario no puede disponer de ninguna bestia del rebaño, ya sea del fondo, ya de las crías, sin el consentimiento del dador, quien tampoco puede disponer de ellas sin el consentimiento del arrendatario" (art. 1812). Que el arrendatario no pueda disponer de ninguna bestia del fondo, esto se entiende: el rebaño siempre es propiedad del dador, el arrendatario tiene obligación de conservarlo para restituirlo al concluir el arrendamiento; no tiene ningún título para disponer de él. En cuanto á la cría el arrendatario lo aprovecha por mitad, pero este derecho sólo se realiza por el reparto; hasta entonces el arrendatario sólo tiene un derecho de copropiedad; y el comunero no puede vender la cosa común. Hay, además, una razón particular al *cheptel* que se opone á que el arrendatario pueda disponer de una cabeza de la cría en que sólo tiene en ella un derecho eventual; sólo es al concluir el arrendamiento cuando se sabrá si hay cría; es decir, si hay un beneficio que dividirse; el arrendatario no puede, pues, disponer de la cosa durante el arrendamiento, pues puede suceder que no tenga derecho en ella.

La ley prohíbe también al dador disponer de la cría, aunque en todo caso tenga en ella un derecho eventual, ya sea como utilidad, ya como fondo. Pero siempre hay una ra-

1 Colmet de Santerre, t. VII, p. 377, núm. 265 bis. En sentido contrario Marcadé, t. VI, p. 550, núm. 1 del art. 1811, quien no deja de calificar de error la opinión contraria de Duvergier (t. II, núm. 408) y de Aubry y Rau (t. IV, p. 539, nota 4). Debemos agregar que los editores de Zachariæ han abandonado su primera opinión.