

le admitirá á probar estos hechos por testigos. ¿Cuál será la consecuencia de esto? Queda probado que un arrendamiento fué consentido, pero que no se sabe por qué tiempo ni por qué precio. ¿Cómo se determinan el plazo y el precio? Se contesta que el precio será determinado por el juramento del propietario ó por medio de una experticia como en el caso previsto por el art. 1716, y que la duración del arrendamiento será fijada como lo está cuando las partes en un arrendamiento escrito no han expresado voluntad á este respecto. (1) Esto nos parece muy dudoso. El art. 1716 estatuye acerca de una hipótesis que no es la nuestra; supone un arrendamiento verbal cuya ejecución ha comenzado y en el cual las partes no están acordes en el precio; nosotros suponemos que el arrendamiento no ha recibido ninguna ejecución y los arts. 1774 y 1758 implican que las partes se han atendido á la ley ó á los usos locales. En principio el demandante debe probar que hay arrendamiento, y para que lo haya es necesario que haya concurso de consentimiento en el tiempo y en el precio; si el demandante no prueba que hubo una convención en el precio y en el plazo no prueba lo que tiene que probar; por lo tanto, debe sucumbir. No puede invocar las disposiciones del Código que implican la existencia de un arrendamiento cuando se trata de probar esta existencia. Concluimos que en el rigor del derecho el demandante no será admitido á la prueba testimonial más que si el principio de prueba por escrito se refiere á todos los elementos esenciales del arrendamiento.

75. Hay otra dificultad y bajo el punto de vista de la práctica la cuestión es muy importante. El principio de prueba por escrito resulta amenudo de un interrogatorio que se articula; sucederá así particularmente en materia de arrendamiento, pues aquel que entiende negar la convención

¹ Duvergier, t. I, p. 238, núm. 268. Aubry y Rau, t. IV, p. 469, nota 20, pfo. 363).

se cuidará mucho de dar una prueba escrita contraria á sus pretensiones. ¿Puede el demandante hacer absolver posiciones á la parte adversa con el objeto de procurarse un principio de prueba por escrito? Según el derecho común debiera contestarse afirmativamente: el interrogatorio se invoca ordinariamente para autorizar la prueba testimonial; trasladamos á lo que fué dicho en el título *De las Obligaciones* acerca del art. 1347. Se trata de saber si el artículo 1715 no deroga el derecho común. En nuestro concepto el art. 1715 no deroga el derecho común más que en un sólo punto: en que la prueba por testigo que sería admisible en virtud del art. 1341 está prohibida. En cuanto al principio de prueba por escrito el art. 1715 no habla de él; si se le admite es la aplicación del derecho común; deben, pues, aplicarse los principios generales en virtud de los cuales la articulación de posiciones vale como principio de prueba por escrito.

La jurisprudencia y la doctrina parecen contrarias. Fué sentenciado que el interrogatorio puede ser invocado cuando de él resulta una completa confesión; pero que si sólo se sacan de él inducciones más ó menos explícitas, las respuestas sólo son simples presunciones, y las presunciones sólo son admitidas cuando la ley admite la prueba testimonial, y ésta queda completamente prohibida por el artículo 1715. La Corte de Casación arguye en la suposición de que la ley prohíbe la prueba testimonial de un modo absoluto. (1) No admitimos el punto de partida; la prueba testimonial se admite con un principio de prueba por escrito, y la absolución de posiciones ministra este principio de prueba; desde luego el juez debe admitir la prueba testimonial, y si la prueba por testigo es admitida puede también invocar las presunciones resultantes de las circunstancias de la

¹ Casación, 12 de Enero de 1864 [Dalloz, 1864, 1, 142].

causa. Importa también hacer constar que la Corte de Casación no ha estatuido en nuestra hipótesis: nosotros suponemos un principio de prueba por escrito resultante del interrogatorio y, además, de los testimonios que confirman la prueba literal. Pero la Corte de París terminantemente ha sentenciado contra nuestra opinión (1) y la decisión está aprobada por los Sres. Aubry y Rau. (2)

Núm. 2. Del arrendamiento verbal que recibió un principio de ejecución.

76. El art. 1716 prevee el caso en que la ejecución del arrendamiento verbal ha comenzado. Supone que esta ejecución es constante y que, por consiguiente, la existencia del arrendamiento es segura. En efecto, la ley no habla ya de la prueba del arrendamiento; estando el contrato en vía de ejecución, y esta ejecución reconocida por las dos partes, la existencia de un contrato de arrendamiento está por esto mismo establecida. Puede sólo haber contestación acerca del precio, de la duración del arrendamiento ó de otras condiciones que las partes han fijado verbalmente sin redactar un escrito. La dificultad consiste, pues, en saber cómo se probarán las condiciones del arrendamiento verbal.

Puede también suceder que la ejecución del arrendamiento verbal, alegada por una de las partes, esté negada por la otra. Este caso no está previsto por el art. 1716. Se trata entonces de probar la existencia misma del arrendamiento verbal, pues la parte que niega los hechos de ejecución niega por esto mismo que haya arrendamiento. ¿Cómo se hará esta prueba?

Vamos á examinar sucesivamente ambas hipótesis.

1 París, 8 de Mayo de 1862 [Dalloz, 1862, 2, 113].

2 Aubry y Rau, t. IV, p. 469, nota 19, pfo. 364.

I. Primera hipótesis. La ejecución del arrendamiento es constante.

77. El art. 1516 dice: «Cuando haya contestación en el precio del arrendamiento verbal cuya ejecución ha comenzado y no existe recibo, el propietario será creído por su juramento si el arrendatario no prefiere pedir el avalúo por peritos.» Decimos que este artículo supone que la ejecución del mandamiento consta y que, por consiguiente, no hay ninguna contestación acerca de la existencia del mismo. Lo prueba el texto de la ley. Esta tiene por objeto decidir cómo se determinará el precio del arrendamiento, y para que pueda tratarse de pagar una renta es necesario que haya un contrato de arrendamiento que haya durado cuando menos el tiempo que constituye un vencimiento, pues es regularmente al vencimiento del plazo cuando se paga el precio. La ley supone aún que hay varios plazos vencidos, puesto que quiere que se fije el precio según los recibos, si los hay. Esto implica que la existencia del arrendamiento es segura, que el arrendatario está en posesión; pero se suscitan contestaciones acerca del precio, acerca de la duración del arrendamiento ó por otras condiciones del contrato; ¿cómo se hará la prueba? La ley no prevee más que una de estas dificultades: la que es relativa al precio; comenzaremos por ésta.

a) Del principio.

78. Hay contestación acerca del precio de un arrendamiento verbal cuya existencia es segura. ¿Cómo se decidirá? Se trata de probar el precio que fué convenido verbalmente entre las partes. La ley quiere que desde luego se recurra á la prueba literal; es decir, á los recibos si los hay. Esto supone que el precio se fijó de una manera uniforme para la duración del arrendamiento, y tal es seguramente la re-

gla. (1) La ley también supone que el arrendatario consiente en producir los recibos. Si se negara á ello la prueba literal se haría imposible; por consiguiente, el propietario sería creído por su juramento: al arrendatario no se admitiría á pedir una experticia; esto es un procedimiento inútil, puesto que existe una prueba literal que existe en su poder; su negación es un dolo y no puede invocar su dolo ni aprovecharlo para alargar el proceso. (2)

79. Puede no haber recibos; la dificultad acerca del precio se presentará regularmente cuando se tratare de pagar el primer plazo. Las partes no están acordes. ¿Cómo se hará la prueba? Según el derecho común la prueba testimonial fuera admitida si se tratara de una suma menor que 150 francos; diremos más adelante cuál es la suma que debe tomarse en consideración para decidir si la prueba por testigos es admisible ó no. El Código desecha implícitamente esta prueba, puesto que se atiene al juramento del propietario. ¿Por qué no permite la ley á las partes probar el precio por testigos, según el derecho común? Este es el sistema del art. 175 aplicado al precio: la ley quiere evitar los procesos y los largos procedimientos de las instrucciones. (3) La razón es bastante mala; al admitir la experticia no había motivo para negar los testimonios; esto es una verdadera denegación de justicia, pues la estimación de los peritos no reemplaza las declaraciones de los testigos; los expertos estiman el valor locativo, mientras que los testigos declaran lo de la convención, y ésta es la que se trata de probar.

La prueba por testigos está desechada por derogación del art. 1341. ¿Debe de esto concluirse que no es admisible esta prueba aunque haya un principio de prueba por escrito? En nuestra opinión debe decirse del art. 1716 lo que hemos di-

1 Colmet de Santerre, t. VII, p. 240, núm. 162 bis VIII.

2 Compárese Duvergier, t. I, p. 240, núm. 269.

3 Colmet de Santerre, t. VII, p. 240, núm. 162 bis VIII.

cho del art. 1715; la ley deroga el art. 1341, pero no el artículo 1347. Hay una razón para decidirlo así en el caso previsto por el art. 1716, puesto que no se encuentra en este artículo una disposición restrictiva como la del art. 1715; es verdad que la ley enumera las pruebas que admite para la determinación del precio, pero esta enumeración sólo excluye la regla del art. 1341 y no las demás pruebas. Por identidad de razón admitimos la confesión y, por consiguiente, la absolución de posiciones.

80. «Cuando no hay recibos el propietario será creído por su juramento.» La ley no dice que el juez diferirá el juramento si hay lugar; no es un juramento supletorio, es un juramento decisorio que la misma ley difiere en el sentido de que el propietario tiene el derecho de declarar bajo juramento cuál es el monto del arrendamiento. ¿Por qué da la ley este derecho al propietario con preferencia al arrendatario? El relator del Tribunado contesta que el arrendatario ha seguido la fe del dador al entrar en posesión de la cosa vendida sin haber fijado por escrito las condiciones del arrendamiento. (1) Nos parece que esto es decidir la cuestión por la cuestión misma: ¿no pudiera decirse otro tanto del dador? Los autores dan una razón que nos parece ser tan mala como ésta: dicen que estando el propietario muy interesado en conservar su reputación de hombre honrado con el fin de encontrar otros arrendatarios, es probable que no traicionará á la verdad. (2) ¿No es esto suponer que el arrendatario traicionará á la verdad? Hubiera sido más racional permitir al juez diferir el juramento á la parte que más confianza le inspire y cuya pretensión le parezca más probable. Esta disposición del art. 1716 es enteramente excepcional. Al propietario es á quien la ley difiere el juramento. Si la contestación se suscita entre los herederos del

1 Moricault, Informe núm. 7 (Loché, t. VII, p. 198).

2 Mourlón, *Repeticiones*, t. III, p. 291, núm. 735.

dador y el arrendatario no se está ya en los términos de la excepción; por lo tanto, se vuelve al derecho común que rige á las pruebas. La Corte de Casación lo sentenció así; la sentencia comprueba que los herederos del propietario no habían hecho ninguna afirmación y nada sabían de las condiciones del arrendamiento. (1) Dudamos que los herederos estén admitidos á dar una afirmación cualquiera: esto sería extender la excepción á un caso que la ley no ha previsto.

81. «Si el arrendatario no prefiere pedir el avalúo por peritos» (art. 1716). Resulta del texto que el arrendatario puede impedir la declaración juramentada del propietario pidiendo la experticia. (2) El relator del Tribunado se expresa en el mismo sentido: «El arrendatario puede, sin embargo, si lo *prefiere*, pedir una estimación por peritos.» Tiene, pues, el derecho de *preferencia*. Esta es una nueva derogación de los principios. El juramento es una prueba de la convención; mientras que los peritos no pueden saber qué fué convenido se limitan á estimar el valor locativo de la cosa; y la prueba de la convención debería prevalecer á una estimación extraña á la convención. Esto prueba que el legislador no tiene entera confianza en el juramento del propietario; ¿entonces por qué se lo difiere?

El texto y el espíritu de la ley suponen también que el arrendatario pide la experticia antes que el propietario haya hecho su declaración. Si el juramento fuese prestado la contestación estaría terminada, pues la ley dice que el propietario será creído por su juramento. Sería, pues, atacar la fe debida al juramento, el admitir la experticia para comprobar la declaración del dador. (3)

82. Cuando el arrendatario pide la estimación por peri-

1 Denegada, 13 de Marzo de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 175).

2 Nimes, 6 de Junio de 1823 (Dalloz, en la palabra *Arrendamiento*, número 136).

3 Colmet de Santerre, t. VII, p. 240, núm. 162 bis IX.

tos, «los gastos del avalúo quedan á su cargo si la estimación excede del precio que declaró.» Esta decisión del artículo 1716 es justa cuando la estimación de los peritos corresponde con el precio que reclamó el propietario; en este caso el arrendatario sucumbe y, por consiguiente, debe soportar los gastos en virtud del derecho común. Pero la estimación puede pasar del precio reclamado por el arrendatario y ser inferior al reclamado por el propietario: la justicia exigiría entonces que los gastos fuesen soportados por ambas partes, puesto que sucumben las dos. Esta opinión está, en efecto, enseñada; (1) pero es difícil conciliarla con el texto. La ley está concebida en términos absolutos, pone los gastos á cargo del arrendatario desde que la estimación excede el precio; además, sólo él sucumbe legalmente, puesto que él es quien pidió la experticia contra el propietario. Debe, pues, decirse con Duvergier, que el deber del intérprete es respetar el texto, y que si la ley debe ser modificada no toca al intérprete hacer la reforma. ¿Pero no pudiera el arrendatario pedir la experticia sin fijar el precio? Duvergier dice que sí; (2) esto nos parece dudoso, pues esto conduciría á eludir la ley. ¿Quién, en este caso, soportaría los gastos? No había de ser el arrendatario, pues no sucumbiría. Sería, pues, el propietario si la estimación difiriera del precio que pidió. Y el propietario, según el texto preciso del Código, sólo debe soportar los gastos cuando la estimación de los peritos da razón al arrendatario; es, pues, necesario que éste declare el precio convenido.

b) *La duración del arrendamiento y las demás condiciones.*

83. Puede haber contestación acerca de la donación del

1 Durantón, t. XVII, p. 40, núm. 58. Mourlón, t. III, p. 291, núm. 736. Colmet de Santerre, t. VII, p. 241, núm. 162 bis X.

2 Duvergier, *Del arrendamiento*, t. I, p. 234, núm. 262.

arrendamiento. ¿Cómo se hará la prueba? El art. 1716 no prevee la dificultad. ¿No debe concluirse de esto que se permanece bajo el imperio del derecho común? Este es nuestro parecer. Hay, sin embargo, un motivo de duda que debe examinarse ante todo. Se pretende que la cuestión está decidida por los arts. 1736, 1758 y 1774. Estos artículos suponen un arrendamiento hecho sin escritura; fijan la duración del mismo, distinguiendo los arrendamientos de casas de los que la ley se atiene á los usos locales (artículo 1736); el arrendamiento de un departamento amueblado se considera hecho por un año, un mes, un día; si se contrata por tanto al año, al mes ó al día, y si nada comprueba que se hizo por tanto al año, al mes ó al día, la locación se considera hecha según el uso del lugar (art. 1758); el arrendamiento sin escrito de un fundo rural se considera hecho por todo el tiempo necesario para que el arrendatario recoja todos los frutos del terreno arrendado (art. 1774). ¿Estas disposiciones son aplicables al caso previsto por el art. 1716? En apariencia la afirmativa resulta de los textos, puesto que el art. 1716 es relativo á un arrendamiento *verbal*; es decir, á un arrendamiento *hecho sin escrito*, como dice el artículo 1715; y los arts. 1736 y 1774 hablan igualmente de un arrendamiento *hecho sin escrito*. Pero los textos no son tan decisivos como se dice. (1) Por arrendamiento *sin escritura* los arts. 1730 y 1774 entienden, no un arrendamiento verbal sino un arrendamiento que no fija la duración del contrato; poco importa que haya ó no un escrito. Por esto es que el art. 1758, que determina la duración de un arrendamiento de un departamento amueblado, no habla del escrito. La diferencia es, pues, grande entre el arrendamiento *sin escritura* de los artículos 1736 y 1774 y el arrendamiento *verbal* del art. 1716.

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 468, nota 16, pfo. 364. Colmet de Santerre, t. VII, p. 241, núm. 161 bis XI. Troplong, núm. 118.

En el caso del art. 1716 las partes han fijado verbalmente la donación del arrendamiento; se trata de saber cómo se hará la prueba de esta convención. En el caso de los arts. 1736, 1758 y 1774, las partes no han hecho ninguna convención acerca de la duración del arrendamiento. Y ya no puede ser cuestión de voluntad probable cuando las partes han declarado su voluntad. En otros términos, la dificultad, en el arrendamiento del art. 1716, es una dificultad de prueba; mientras que en los arrendamientos sin escritura de los arts. 1736, 1758 y 1774, nada hay que probar, puesto que nada fué convenido; la dificultad se refiere á la intención de las partes contratantes; ellas se consideran, en general, haberse atendido al uso del lugar. Hay, pues, que hacer á un lado los arts. 1736, 1758 y 1774.

La jurisprudencia se ha pronunciado en favor de la aplicación de estos artículos. Esto es seguramente el medio más fácil de zanjar la dificultad, pero hay que ver si es legal. Resulta de la opinión generalmente seguida que la prueba testimonial no está admitida para determinar la duración del arrendamiento; (1) y esta consecuencia está en oposición con el texto y con los principios. Por derecho común la prueba testimonial está recibida cuando la cosa litigiosa no pasa del valor de ciento cincuenta francos; y cuando hay un principio de prueba por escrito, es admisible, cualquiera que sea el monto pecuniario del litigio. ¿El art. 1716 no deroga estos principios? La cuestión no tiene sentido común, pues esta disposición ni siquiera prevee la dificultad relativa á la duración del arrendamiento. ¿Y cómo había de decidir un punto en el que guarda silencio? Se dirá que si la ley no prevee la dificultad en el art. 1710 lo hace en los artículos

1 Metz, 10 de Abril de 1856 (Dalloz, 1857, 2, 55). Colmar, 15 de Marzo de 1843 (Dalloz, en la palabra *Arrendamiento*, núm. 142, 2^o). Compárese Colmet de Santerre, t. VII, p. 241, núm. 162 bis XI. En sentido contrario Bruselas, 13 de Enero de 1863 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 281).

1736, 1758 y 1774. Nó, estas disposiciones son extrañas al arrendamiento verbal, cuando, se debe suponer, las partes han hecho una convención acerca de la duración del contrato; no deciden una cuestión de prueba, pues no admiten ninguna por la excelente razón de que nada hay que probar. Luego no hay texto que prohíba la prueba testimonial para establecer la duración convencional de un arrendamiento verbal. Nuestra conclusión nos parece incontestable; la opinión general que desecha la prueba testimonial aun cuando hay un principio de prueba por escrito, está en oposición con los textos del Código en los que se apoya.

La Corte de Metz objeta que fuera poco lógico admitir la prueba testimonial en una contestación relativa á la duración del arrendamiento, cuando la ley la prohíbe cuando se trata de probar el precio del arrendamiento verbal. Que la ley sea consecuente ó no, ¿qué importa? El reproche de inconsecuencia se dirige al legislador. Además, la ley no es tan lógica como se dice. Cuando se trata de un precio hay un medio seguro de determinarlo, si no según la voluntad de las partes cuando menos de modo que éstas no puedan quejarse, esto es la experticia; mientras que la duración de un arrendamiento depende enteramente de la voluntad arbitraria de las partes contratantes. ¿Podrá la ley poner su decisión ó el uso del lugar en reemplazo de la voluntad de las partes interesada? Esto hubiera sido soberanamente ilógico, pues no pertenece al legislador cambiar las convenciones, debe respetarlas; puede, es verdad, negarles tal prueba; por ejemplo, la prueba testimonial. Pero no lo hizo, luego esta prueba debe admitirse según el derecho común. La prueba testimonial será admitida más allá de 150 francos, así como para los arrendamientos que exceden esta suma, si hay un principio de prueba por escrito. (1)

1 Bruselas, 10 de Abril de 1863 y 27 de Julio de 1863 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 335 y 346).

84. Decimos que la cuestión es una dificultad de prueba y que debe ser decidida según el derecho común; hay, pues, que distinguir. Si la cosa litigiosa es inferior á 150 francos la prueba por testigos es de derecho. Se dirá en vano que si las partes quieren derogar los usos locales deben redactar un escrito de sus convenciones; contestaremos que el artículo 1341 no las obliga á redactar una escritura más que cuando la cosa excede de 150 francos, y que ninguna disposición de la ley hace excepción á esta regla cuando se trata de la duración del arrendamiento; las partes pueden, por el contrario, invocar la excepción del art. 1715 en este sentido: que toda excepción confirma la regla; al prohibir la prueba testimonial cuando se trata de probar la existencia de un arrendamiento sin escritura que aun no recibió ninguna ejecución, la ley autoriza implícitamente esta prueba cuando se trata del precio de un arrendamiento verbal cuya ejecución ha comenzado. Por la misma razón la prueba por testigos debe ser recibida para establecer la duración de un arrendamiento cuando existe un principio de prueba por escrito; este es el derecho común y seguramente el silencio del art. 1716 no deroga esta disposición. (1)

¿Debe irse más allá y admitir la prueba por testigos de la duración de un arrendamiento verbal aunque la cosa litigiosa sobrepase del valor de 150 francos? Se comenzó por resolverlo así arguyendo del art. 1715. Esta disposición, se decía, prohíbe la prueba por testigos si el arrendamiento hecho sin escrito no recibió aún ninguna ejecución; luego admite esta prueba cuando la ejecución del arrendamiento ha comenzado, á no ser que se trate del precio para la prueba del que el art. 1715 contiene una regla especial. (2) Esto era un argumento *á contrario* de la peor especie; se autori-

1 Nancy, 3 de Agosto de 1871 (*Dalloz*, 1872, 2, 150).

2 Bruselas, 24 de Agosto de 1807. Nimes, 14 de Julio de 1810 y 22 de Mayo de 1819 (*Dalloz*, en la palabra *Arrendamiento*, núm. 130, 1.º y 142, 2.º) Compárese *Duranton*, t. XVII, p. 36, núm. 55).