

lo que se dice de la segunda? ¿Exigir el *consentimiento* ó la *aprobación del dador* no es una sola y misma cosa?

219. La cláusula prohibitiva amenudo está concebida en estos términos: «El arrendatario no podrá subarrendar sin el consentimiento escrito del dador.» ¿Debe interpretarse en rigor y decidir que un consentimiento verbal ó manifestado por hechos sería insuficiente aunque no hubiese ninguna duda acerca de la voluntad del dador? La jurisprudencia no llevó hasta allá el rigor porque semejante interpretación sería contraria á todo principio; conduciría á hacer de la aceptación del locatario una acta solemne. La escritura en nuestro derecho sirve de prueba; y cuando las partes estipulan un consentimiento escrito entienden que no hay ninguna duda acerca de la realidad del consentimiento; la cuestión por esto mismo se deja á la apreciación del juez. El dador recibe varios meses de renta del sublocatario y le da recibo sin protestar. No es esto un consentimiento escrito, es más bien un consentimiento tácito. Sin embargo, la Corte de Casación sentenció que los recibos equivalen á un consentimiento dado por escrito. (1) También se sentenció que el consentimiento verbal del dador para el subarrendamiento era suficiente y que la prueba podía darse por las vías ordinarias que la ley autoriza en el caso por presunciones apoyadas en un principio de prueba por escrito; la Corte de Casación dice que esta interpretación, fundada en la común intención de las partes, no pudiera violar ninguna ley. (2)

II. La cláusula es de rigor.

220. El art. 1717 dice que la cláusula que prohíbe al arrendatario subarrendar ó ceder su contrato «es siempre de

1 Denegada, 28 de Junio de 1859 (Daloz, 1859, 1, 459).

2 Denegada, 19 de Junio de 1839 (Daloz, en la palabra *Arrendamiento*, número 475, 1.º)

rigor.» Esto es una derogación al derecho antiguo. Los parlamentos se habían abrogado el proceder de modificar las convenciones más explícitas de las partes contratantes. En consecuencia interpretaban la cláusula prohibitoria de subarrendar en equidad más bien que según la intención de las partes. Se le mantenía regularmente en los arrendamientos rurales; en los de casas se la derogaba cuando las circunstancias en que se encontraban las partes cuando el contrato llegaban á cambiar; por ejemplo, si el locatario, obligado á dejar la población, presentaba un subarrendatario conveniente. En este caso los parlamentos no imponían el subarrendatario al propietario, permitían á éste rescindir su contrato; pero si lo querían mantener debían consentir el subarrendamiento. Pothier, que gusta decidir por equidad, aprueba esta interpretación; ve en ella una aplicación del gran precepto del amor al prójimo, que es el principio fundamental del derecho natural; estamos obligados á consentir todas las cosas que sin causarnos ningún perjuicio pueden dar gusto al prójimo. (1) Esto es confundir la moral con el derecho; las convenciones forman una ley para el juez como para las partes; deben sin duda interpretarse por espíritu de equidad, pero es preciso que bajo pretexto de equidad no rompa el juez las convenciones de las partes para sustituirlas con otras que le parezcan más equitativas. A aquellos que quisieran subordinar el derecho á la equidad en la distribución de la justicia, recordaremos este grito de la conciencia pública: «¡librenos Dios de la equidad de los parlamentos!» Los autores del Código hicieron bien en mantener la ley de las convenciones.

221. De que la cláusula es de rigor hay que cuidarse de concluir que los jueces deben atenerse á la letra de las con-

1 Pothier, *Del arrendamiento*, núm. 283. Duvergier, t. I, p. 346, núms. 362 y 363. Aubry y Rau, t. IV, p. 491, nota 10, pfo. 368 y las sentencias que citan.

venciones sin poder escudriñar la intención de las partes contratantes. Los tribunales siempre tienen el derecho y el deber de interpretar las convenciones; hasta quiere el Código que en las convenciones los jueces busquen cuál ha sido la común intención de las partes más bien que atenerse al sentido literal de sus términos (art. 1156). ¿Qué es lo que constituye la esencia de los contratos? Es un concurso de voluntades; se debe, pues, ver ante todo, lo que las partes han querido. Arrendamiento por ocho años con prohibición de subarrendar. El séptimo año quita y transporta una parte de sus muebles á una casa que había comprado; deja en el local arrendado á un hombre de confianza y muebles por un valor superior al de las rentas por vencer. El propietario pide que el locatario mismo venga á habitar la casa y restablezca en ella los muebles quitados; de lo contrario concluye á la rescisión del arrendamiento. Funda su pretensión en la cláusula del contrato que prohíbe al arrendatario subarrendar. El primer juez acoge esta extraña demanda. En apelación fué sentenciado que el locatario que deja de habitar personalmente la casa arrendada no deja de ser considerado como ocupándola él mismo cuando queda en ella un sirviente que lo representa y del que es responsable, á reserva de que el propietario pruebe que existe un subarrendamiento disfrazado. (1)

222. Pero la cláusula estaría violada si el locatario tuviera ó alojara pensionistas y con más razón si arrendaba cuartos amueblados. Esto sería un subarrendamiento parcial y suponemos que la prohibición es absoluta; debe, pues, ser aplicada en todo su rigor. (2)

223. La aplicación del principio ha dado lugar á una diferencia de derecho en lo que se refiere á las sociedades de

1 Burdeos, 11 de Enero de 1826 (Daloz, en la palabra *Arrendamiento*, número 469). Duvergier, t. I, p. 350, núm. 366 y todos los autores.
2 Douai, 7 de Abril de 1842, y Grenoble, 18 de Agosto de 1807 (Daloz, en la palabra *Arrendamiento*, núms. 278, 6.º y 473.)

comercio que se consideran como personas civiles. El arrendamiento consentido á una sociedad le prohíbe subarrendar; la sociedad se disuelve y queda substituida por una nueva sociedad que ocupa el local arrendado. Lo que, en el caso sentenciado por la Corte de Casación, complica la cuestión, es que la nueva sociedad estaba formada por varios de los socios antiguos; de modo que siempre eran las mismas personas las que ocupaban la casa y continuaban el mismo comercio. En apariencia nada había cambiado, en realidad había un nuevo locatario. La Corte de Aix se equivocó; decidió que la cláusula prohibida no estaba violada. En el recurso la decisión fué casada. Ambas sociedades, dice la Corte de Casación, perfectamente independientes una de otra, han formado dos personas civiles enteramente distintas, teniendo derechos y obligaciones diferentes. La consecuencia era evidente, resultaba que la segunda sociedad que ocupaba el local arrendado no era á la que había consentido el dador dar su fábrica en arrendamiento y que una nueva persona civil había tomado posesión del local y substituido al locatario primitivo. Y tal substitución estaba implícitamente prohibida por la cláusula de no subarrendar; y siendo dicha cláusula absoluta y de rigor, el dador podía en todos los casos reclamar su ejecución. (1) El caso es notable: el propietario no tenía interés alguno, pero estaba en su derecho y el derecho es el más grande de los intereses; los tribunales tienen la misión de mantenerlo.

224. En un caso análogo intervino una decisión diferente porque las circunstancias eran diferentes. Arrendamiento por seis años de una casa á tres negociantes con prohibición de cederlo sin aprobación del dador. Durante el curso del arrendamiento una circular anuncia al público que

1 Casación, 2 de Febrero de 1859 (Daloz, 1859, 1, 80). En el mismo sentido, Lyon, 7 de Abril de 1859 (Daloz, 1859, 2, 159).

la sociedad formada con los tres negociantes se disuelve; que uno de los socios se retira y que los otros dos forman nueva sociedad para continuar el mismo comercio en el mismo local. El dador pide la rescisión del contrato. Esta demanda fué desechada por la Corte de Burdeos. La Corte comprueba que el arrendamiento litigioso no estaba consentido á una sociedad, ni siquiera se decía en el contrato que los tres arrendatarios fueran asociados. Esto era decisivo: siendo las personas las mismas, no había substitución de nuevo locatario como en el caso que acabamos de relatar. Recurso de casación. La Cámara de Requisiciones la admitió, sin duda por la grande analogía que presentaba la sentencia de la Corte de Burdeos con la de la Corte de Aix que había sido casada. La Cámara Civil establece la diferencia que separaba á ambos litigios, recordando los hechos tales como la sentencia atacada lo comprobaba; el dador no había entendido tratar con una sociedad, había arrendado á tres comerciantes individualmente sin atender á las relaciones que podían existir entre ellos. Desde luego poco importaba que la sociedad se disolviera, puesto que dos locatarios continuaban ocupando el local arrendado con el mismo título con que entraron en él. Es verdad que el tercer locatario había declarado al propietario que entendía rescindir el contrato en lo que á él se refería, usando de la facultad de rescindir que el contrato estipulaba en favor de los arrendatarios; pero esta declaración era inoperante, debiera haberse hecho por los tres arrendatarios; uno de ellos no podía quitar el goce á los demás por el tiempo que faltaba y desprenderse de sus obligaciones por su única voluntad. El arrendamiento estaba, pues mantenido contra el dador y contra aquel de los locatarios que lo quería rescindir en su provecho. (1)

225. ¿La cláusula prohibitiva puede ser opuesta á los

1 Denegada, Sala Civil, 13 de Marzo de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 113).

acreedores del arrendatario que en el caso previsto por el art. 2102 (Ley Hipotecaria, art. 20, 1.º) entienden usar del derecho que la ley les concede de volver á arrendar la casa? Volveremos á esta cuestión en el título *De las Hipotecas*.

III. Sanción de la cláusula.

226. El art. 1717 no dice cuál es la sanción de la prohibición de subarrendar ó ceder el arrendamiento; esto era inútil, puesto que el art. 1741 establece como regla general que el contrato de arrendamiento se disuelve por la falta respectiva del dador ó del arrendatario en cumplir sus obligaciones. Y esta disposición no hace más que aplicar al arrendamiento el principio de la condición resolutoria tácita establecido por el art. 1184 para todos los contratos sinalagmáticos. No entendemos cómo en presencia de textos tan formales se haya podido sentenciar que el dador no tenía derecho de pedir la rescisión del contrato, que sólo podía pedir daños y perjuicios. No hay que decir que la decisión fué casada. (1) La Corte de Rennes ha sentenciado, con razón, que el dador tendría el derecho de promover la rescisión aunque el acta tuviera la prohibición de subarrendar bajo pena de daños y perjuicios. (2) El derecho á daños y perjuicios no excluye el derecho de resolución, puesto que el art. 1184, que permite promover la resolución, dice que la parte hacia la cual el compromiso no fué ejecutado puede pedir la resolución con daños y perjuicios. Al preveer una de las consecuencias de la inejecución las partes no entienden excluir la otra; se necesitaría una estipulación muy terminante para que se pudiera admitir que el acreedor renuncia á un derecho que es la más natural sanción de la

1 Casación, 22 de Mayo de 1817 (Dalloz, en la palabra *Arrendamiento* número 472).

2 Rennes, 22 de Febrero de 1830 (Dalloz, en la palabra *Arrendamiento*, número 457, 2.º)

cláusula que se insertó en el contrato; y la resolución puede ser la única sanción, pues los daños y perjuicios sólo se pronuncian cuando hay lugar.

227. Del principio de que el derecho del dador en pedir la resolución del arrendamiento es una aplicación del artículo 1184, se sigue una consecuencia muy importante: es que la rescisión está regida por las reglas de la condición resolutoria tácita. Debe, pues, decidirse, en virtud del artículo 1184, que el contrato no se resuelve de plano, la resolución debe ser pedida ante el juez. En vano se diría que la cláusula es de rigor, que debe recibir su ejecución y que, por consiguiente, la intervención de la justicia es inútil. La Corte de Casación contesta que la cláusula es de rigor en el sentido de que no es simplemente conminatoria como lo era en la jurisprudencia antigua. Otra es la cuestión de saber si la resolución tiene lugar sin sentencia del juez. El juez debe intervenir para comprobar si la cláusula fué violada, y, además, como lo vamos á decir, goza de cierto poder de apreciación que le permite no pronunciar la resolución. (1)

228. Las partes contratantes tienen, sin embargo, un medio de evitar la intervención del juez: esto es estipular que la resolución tendrá lugar de plano; lo que dispensa al dador de pedir la rescisión ante el juez. Se aplican, en este caso, las reglas del pacto comisorio que hemos expuesto en el título *De las Obligaciones*. ¿Cuándo habrá pacto comisorio en el sentido de que el contrato se resolverá de plano? Esta es una dificultad de hecho que los jueces deciden por la intención de las partes contratantes. El arrendamiento prohíbe subarrendar sin el expreso consentimiento escrito del dador, bajo pena de rescisión del contrato si así lo quiere; lo que será ejecutado con todo rigor. Fué sentenciado

1 Denegada, 13 de Diciembre de 1820 [Daloz, en la palabra *Arrendamiento*, núm. 458, 1.º]

que esta cláusula no arrastraba la rescisión de plano. En efecto, la *pena* estipulada no es otra cosa más que la sanción que la ley liga á la inejecución de cualquier compromiso sinalagmático; la cláusula no hacía, pues, más que reproducir la condición resolutoria tal cual se encuentra escrita en el art. 1184; el pacto comisorio así concebido no difiere en nada de la condición resolutoria tácita. (1)

La verdadera condición resolutoria expresa debe decir que si el arrendatario violaba la cláusula prohibida el arrendamiento cesaría de plano si así lo quería el dador, puesto que la resolución se estipula por interés suyo. ¿Cómo y en qué forma debe manifestar su voluntad? La ley no prescribe ninguna. De ordinario el acta de arrendamiento dice que el dador no deberá observar ninguna forma más que una simple notificación para hacer constar la inejecución. En este caso el arrendamiento quedará resuelto por notificación sin que el juez pueda templar el rigor de la cláusula. (2) La Corte de Bruselas dice que no pertenece al juez apartarse de la ley del contrato bajo el pretexto de equidad; su papel, dice, se limita á comprobar la existencia de la infracción y pronunciar la resolución. (3) Sin duda, si la infracción fuera contestada el tribunal tendría que comprobar que la cláusula fué violada; pero desde que la inejecución del contrato queda establecida el juez no tiene más que pronunciar la resolución del contrato; ésta fué pronunciada por las partes contratantes; resulta de la notificación, no de la sentencia del juez.

229. Hay gran interés en saber si el juez debe ó no intervenir para resolver el contrato. Cuando la resolución no

1 Denegada, 29 de Marzo de 1837 (Daloz, en la palabra *Arrendamiento*, número 458, 2.º) En sentido contrario, Bruselas, 11 de Julio de 1872 [*Pasicrisia*, 1873, 2, 151]. La Corte de Gante ha aplicado los verdaderos principios, 22 de Abril de 1868 [*Pasicrisia*, 1868, 2, 347]. Compárese Aubry y Rau, tomo IV, p. 492, nota 17, pfo. 368.

2 Bruselas, 4 de Diciembre de 1858 [*Pasicrisia*, 1859, 2, 51].

3 Bruselas, 27 de Marzo de 1866 [*Pasicrisia*, 1867, 2, 41].

tiene lugar de plano el juez no está obligado á pronunciarla. Este poder de apreciación está consagrado por el artículo 1184 que permite al tribunal conceder un plazo al demandado según las circunstancias. A primera vista el poder de apreciación que reconocemos en los límites del derecho común parece en oposición con el texto del art. 1717, según el cual la cláusula prohibitiva de subarrendar es siempre de rigor. ¿No es esto decir que siempre debe recibir su ejecución? Fué sentenciado, en efecto, que el principio del art. 1184 no era aplicable á la cláusula del art. 1717. (1) La sentencia de la Corte de Colmar está criticada por todos los autores y la decisión permanece aislada en jurisprudencia; la Corte confundió la interpretación de la cláusula con la rescisión del arrendamiento; el art. 1717 dice que la cláusula es de rigor; el juez no puede, pues, apartarla como una simple amenaza. Otra es la cuestión de saber cuál es la sanción de la cláusula; el art. 1717 no habla de ella y no dice que la resolución sea de rigor; por esto mismo mantiene el derecho común. (2) Y el derecho de no pronunciar la resolución se concilia muy bien con el rigor de la cláusula como lo vamos á decir tomando aplicaciones en la jurisprudencia.

El arrendatario subarrendando, contraviene á la cláusula, el dador promueve la rescisión. Pero ya antes de la introducción de la demanda judicial el subarrendamiento había sido rescindido y las cosas estaban enteramente restablecidas á su primer estado y el juez del hecho comprobaba que el propietario no alegaba ningún perjuicio ocasionado por el subarrendamiento. La Corte de Casación sentenció que al decidir en las circunstancias que el hecho del subarrendamien-

1 Colmar, 16 de Agosto de 1816 (Dalloz, en la palabra *Arrendamiento*, número 465).

2 Duvergier, t. I, p. 352, núm. 370. Troplong, núm. 140. Aubry y Rau, t. IV, p. 492, nota 15, pfo. 368. Bruselas, 16 de Marzo de 1868 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 284). Besançon, 8 de Junio de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 255).

to no autorizaba la resolución del arrendamiento, la Corte de París, lejos de violar la ley, había hecho de ella una justa aplicación. (1)

Si el arrendatario que subarrendó y que está apremiado por el dador para que expulse al sublocatario lo hace, en este caso también fué sentenciado que no había lugar á pronunciar la resolución del arrendamiento. Es verdad que el arrendatario faltó á su compromiso, pero en el momento en que la acción se entabla el subarrendamiento no existe ya, y si la ley permite al dador pedir la rescisión del contrato por inejecución del compromiso es porque supone que la inejecución subsiste, que tiene un carácter permanente, lo que autoriza al dador á no llenar ya sus obligaciones, puesto que el arrendatario no cumple con las suyas. Si cuando la demanda judicial el arrendatario satisface todos sus compromisos, todo cuanto puede pedir el dador es la reparación del perjuicio que sufrió, pero puesto que por el momento ya no perjudica sus derechos no hay ya lugar á rescindir el contrato. (2) Esto fué sentenciado así aun en el caso en que el arrendatario había arrendado un departamento á una mujer pública. (3) La decisión nos parece dudosa. ¿No puede decir que el mal está cumplido é irremediable? ¿que la reputación de la casa sufrió? Sin embargo, no quisiéramos decidir de un modo absoluto. Esta es una cuestión de hecho. Si realmente la violación de la cláusula produjo un mal duradero el juez pronunciará la rescisión; mantendrá, al contrario, el arrendamiento si la expulsión del sublocatario bastó para reparar la inejecución de la cláusula.

La cuestión se hace más difícil si el subarrendamiento existe todavía cuando la demanda de rescisión y que el

1 Denegada, 29 de Marzo de 1837 (Dalloz, en la palabra *Arrendamiento*, número 458, 2.º)

2 Lyon, 6 de Junio de 1821 (Dalloz, en la palabra *Arrendamiento*, número 458, 1.º)

3 París, 6 de Enero de 1838 (Dalloz, en la palabra *Arrendamiento*, número 463, 1.º)