

tomada del derecho antiguo. Se entiende por personas de la casa, dice Pothier, la mujer y los hijos, los criados, los obreros, los huéspedes. Somos en este punto, añade, más rigurosos que los juriconsultos romanos. Aquellos no hacían al locatario responsable de la falta de sus esclavos ó de sus huéspedes, sólo en el caso en que hubieran tenido culpa por haber empleado esclavos negligentes ó haber recibido huéspedes de carácter semejante; no admitían que hubiese responsabilidad sin culpa ó presunción de culpa. La doctrina era jurídica, pero dificultosa en la aplicación. Esta es la razón porque la práctica francesa se ha separado. La regla del art. 1735 prevee cualquier debate, pero es de un rigor excesivo. Ya es bastante rigurosa al hacer al dueño responsable indefinidamente del perjuicio causado por sus criados cuando ellos no lo han podido impedir; pero, ¿cómo puede el subdador vigilar á sus sublocatarios? Pothier contesta que la seguridad pública está interesada en ello. (1) Sin duda, pero la responsabilidad que pesa sobre el arrendatario no impedirá los accidentes; se trata de saber si es justo que el arrendatario responda de lo que no ha podido impedir; es decir, ¿puede ser responsable de un daño que no se le puede imputar? La doctrina romana es más jurídica y más equitativa.

Núm. 2. Del incendio.

I. El art. 1733.

276. El art. 1733 está concebido así: «El arrendatario es responsable del incendio, á menos que no pruebe que éste ha sucedido por caso fortuito ó de fuerza mayor ó por vicio de destrucción, ó que el fuego ha sido comunicado por una casa cercana.» Se pregunta si esta disposición que de hecho

1 Pothier, *Del arrendamiento*, núm. 193.

es amenudo rigurosa, es una aplicación del principio que acabamos de citar (núm. 274) ó si es una disposición excepcional. La cuestión está controvertida. Hay un punto sobre el que casi se está de acuerdo, es que el art. 1733 no hace más que aplicar el principio del art. 1732 poniendo á cargo del arrendatario la prueba del caso fortuito que ha producido el incendio. Los juriconsultos romanos han hecho ya la observación de que el incendio no es un caso fortuito ni un accidente de fuerza mayor, porque lo más á menudo es ocasionado por culpa de los que habitan la casa. Se puede ir más lejos y decir que el incendio siempre es debido á una falta cualquiera por ligera que sea, á menos que provenga de un rayo. De esto se sigue que si la casa arrendada es destruida por un incendio, el arrendatario no puede ser liberado de su obligación de restitución por sólo alegar y probar que ha perecido la cosa por el incendio, puesto que debe probar que la cosa ha sido destruida por un caso fortuito, y no lo hay cuando el accidente que lo ha hecho perecer no puede imputarse á una falta del arrendatario obligado á restituirla; y el incendio no prueba que el arrendatario no tiene culpa; lejos de hacerlo, hay una probabilidad de culpa en su contra, es preciso que pruebe que el incendio no se le puede imputar, y no será liberado de su obligación de restitución sino después que haya dado esta prueba. Esta es la aplicación directa del principio del art. 1302. El arrendatario es deudor de un cuerpo cierto y determinado, no lo restituye y pretende que está liberado de su obligación por la pérdida fortuita de la cosa; debe probar el caso fortuito que alega, dice la ley. Si, pues, alega el incendio, debe probar que este es un caso fortuito, por lo que ha estallado sin su culpa. (1)

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 484, nota 21, pfo. 367. Colmet de Santerre, t. VII, p. 270, núm. 179 bis II. Mourlón, t. III, p. 297, núm. 751.

277. Duvergier, que ve una derogación al derecho común en el art. 1732, debe, con mayor razón, considerar como excepcional la disposición del art. 1733. (1) En consecuencia, sería muy grave, pues que resultaría que el arrendatario no es responsable del incendio sino en el caso previsto por el art. 1733; que fuera de este caso, se vuelve al imperio de los principios generales, y conforme á estos principios el demandante debería probar, aun en caso de incendio, que ha ocurrido el accidente por culpa del arrendatario; mientras que si se admite con la mayoría de los autores, que el art. 1733 imponiendo al arrendatario que pruebe que el incendio ocurrió por su culpa, no hace más que aplicar la regla general del art. 1302, es preciso deducir que el arrendatario debe siempre, como todo deudor de un cuerpo cierto, probar que el incendio no se le puede imputar; que no es más que con esta condición que será liberado de su obligación de restitución. Duvergier supone que la regla del art. 1733 es más severa que la responsabilidad del daño que resulta de otros hechos; supone que, según el derecho común, es el demandante el que está obligado á probar la negligencia, la imprudencia, la falta sobre la que se funda su pretensión. Esto es confundir diversos órdenes de ideas del todo distintas. Desde luego no es exacto decir que el dador funda su demanda en la culpa y falta de su arrendatario; la funda sobre la obligación que el arrendatario ha contraído para devolver la cosa arrendada. Desde que el arrendamiento consta, así como la entrega de la cosa arrendada, el dador ha satisfecho la obligación que le incumbe como demandante. Es el arrendatario quien le opone una excepción, pretendiendo liberarse por un caso fortuito. Si se tratara de un caso fortuito, estaría, en efecto, liberado por la prueba del accidente, puesto que el caso fortuito implica ausencia de culpas. ¿Pero el incendio es

1. Duvergier, t. I, ps. 407 y siguientes, núm. 412.

un caso fortuito? Tal es la verdadera dificultad. Y la experiencia de los siglos dice que el incendio es debido, de ordinario, á la falta de aquellos que habitan la casa arrendada; no basta que el arrendatario alegue con el incendio, esto es alegar con un hecho que lo más amenudo constituye una falta; es necesario, por consecuencia, que pruebe que el hecho no le es imputable.

Lo que puede ser que haya contribuido á engañar á Duvergier, es que haya una pequeña diferencia en el incendio que da al art. 1733 la apariencia de un adisposición excepcional. La ley ha establecido como regla general que el arrendatario responda por el incendio; sin embargo, es posible que el incendio sea un caso fortuito con relación al arrendatario; declarándolo responsable general, la ley supone que es siempre culpable en tanto que puede no tenerla. Esto parece riguroso y se inclina uno á deducir que el dador debería probar la falta que hace al arrendatario responsable, mientras que la ley impone al arrendatario la obligación de probar que no es culpable. Es fácil contestar á estos escrúpulos. La ley establece una presunción de culpa á cargo del arrendatario. ¿Está esta presunción fundada en el derecho y la razón, ó excede al derecho común y á lo justo y equitativo? Toda presunción está basada en una probabilidad y se considera como probable lo que acontece ordinariamente. Ahora bien, de derecho los incendios son debidos lo más amenudo á la negligencia del arrendatario; luego la ley pudo y debió inducir como regla que el arrendatario responda por el incendio. Pero esta presunción no es absoluta; la ley permite al arrendatario dar la prueba contraria; se le admite á probar que el incendio no se le puede imputar. El derecho y la equidad piden que esta prueba sea impuesta al arrendatario, puesto que invoca en su favor un hecho excepcional. Es, pues, en toda la extensión de la palabra demandante cuando alega que no se le puede imputar el

incendio. Esto es decisivo: como demandante la prueba le incumbe, sería injusto imponérsela al propietario.

278. La jurisprudencia no brilla por la decisión de sus principios. Se lee en una sentencia de la Corte de París que en caso de incendio, como en los demás casos, el demandante que reclama la reparación de un daño debe probar que el perjuicio proviene del hecho ó de la imprudencia del demandado; que el Código no contiene más que una excepción á esta regla para el propietario y el locatario. (1) ¡De esta manera el art. 1733 sería una disposición del todo excepcional! La Corte no cita el artículo que sienta la pretendida regla sobre la que se apoya, pero es cierto que hace alusión al art. 1382, puesto que reproduce sus términos: Esta es la responsabilidad de los arts. 1382 y 1383 que la Corte persigue; olvida que en estos artículos se trata de delito y cuasidelito; es decir, conforme al rubro del título, compromisos que se forman *sin convención*. La Corte olvida que las obligaciones convencionales están regidas por otros principios que los que el art. 1302 formula. Esta distinción entre la culpa convencional y la llamada aquiliana que la jurisprudencia desconoce casi siempre, es capital en nuestra materia. La Corte de Casación lo establece con precisión en lo que concierne á la prueba por hacer en el caso de incendio. El principio que la Corte de París establece como una regla general, es en realidad una regla especial que no se aplica sino á los delitos y cuasidelitos. «El que pide la reparación del perjuicio causado por un cuasidelito, como el que se queja de un delito, está obligado á dar la prueba del hecho que constituye el cuasidelito ó la falta, imprudencia ó negligencia sobre la que se funda su acción.» El cuasidelito implica que hay algún compromiso entre el demandante y el autor del hecho perjudicioso. Cuando entre el propietario de

1 París, 27 de Enero de 1824 (Dallöz, en la palabra *Arrendamiento*, número 388).

la cosa incendiada y el detentor de la cosa existe un contrato que obliga al poseedor á restituirla, no se trata de un cuasidelito, se trata de la inejecución de una obligación; en este caso se aplica el art. 1733 que dispensa al propietario de probar que el incendio ha ocurrido por culpa del arrendatario, porque éste debe restituir la cosa y si no la restituye debe probar que la cosa ha perecido sin su culpa. Esto es lo que la Corte de Casación dice: «La presunción legal de culpa en materia de incendio no ha sido establecida por el art. 1733 contra los locatarios sino sólo en interés al propietario de la cosa arrendada y esto por una serie de obligaciones especiales del arrendatario hacia el dador y de los cuidados que debe, como depositario, tener en la conservación de la cosa arrendada.» (1)

279. Llegamos á la verdadera dificultad. El art. 1733 no hace más que aplicar el art. 1302 al imponer al arrendatario la prueba de que la cosa incendiada ha perecido sin su culpa. ¿Cómo hará esta prueba? El art. 1733 parece limitar, en este sentido, el derecho del arrendatario, y al limitarlo parece derogar al derecho común: «El arrendatario es responsable del incendio, á menos que pruebe que el incendio ha ocurrido por *caso fortuito* ó fuerza mayor, ó por un vicio de construcción, ó que el fuego haya sido comunicado por una casa vecina». Estas diversas circunstancias, si el arrendatario llega á probarlas, demuestran que la cosa ha perecido sin su culpa. Se pregunta que si los hechos enumerados por la ley son los únicos que el arrendatario está admitido á probar. ¿Debe interpretarse en el sentido de que la prueba por rendir del arrendatario consista en establecer que la pérdida ha tenido lugar sin su culpa? Estas son las expresiones del art. 1732. Tal es, en nuestro concepto, el sentido del art. 1733; es la opinión de la ma-

1 Denegada, Sala Civil, 18 de Diciembre de 1827 (Dallöz, en la palabra *Arrendamiento*, núm. 388).

yoría de los autores y está consagrada por la jurisprudencia. Pero los motivos para dudar no faltan. Hay más, nosotros no podemos admitir todas las razones que se dan en apoyo de la opinión que enseñamos. Se trata de una cuestión de principio; es preciso poner la mayor atención.

En teoría, abstracción hecha de la redacción del artículo 1733, la cuestión no es dudosa. La cosa arrendada perece por un incendio; el arrendatario, obligado á restituirla, debe probar, si quiere ser descargado de la responsabilidad, que el incendio ha ocurrido sin su culpa. ¿Cómo probará esto? En principio, los medios de probar un hecho litigioso se abandonan á la parte que debe hacer la prueba, salvo que el juez aprecie el resultado de la prueba, y á decidir si en ello resulta, en cada especie, que la cosa ha perecido sin culpa del deudor. El art. 1302 que es el sitio de la materia, no dice cómo debe probar el arrendatario que no ha sido por su culpa; este es asunto suyo, la ley no debe ocuparse de eso, ella se relaciona al interés del deudor y á la apreciación del juez. Sucede lo mismo con el art. 1732; la ley se limita á decir que el arrendatario que no restituye la cosa arrendada ó que lo hace deteriorada, debe probar que la degradación ó la pérdida han tenido lugar sin su culpa.

Tal es el derecho común. ¿El art. 1733 deroga el derecho común en este sentido: que la ley no permite al arrendatario probar por todas las vías que no tiene culpa, que limita las pruebas á los hechos que enumera: *caso fortuito, vicio de construcción, comunicación del incendio por una casa vecina?* Un primer punto nos parece evidente, es que no hay ninguna razón de derecho ni de equidad que justifique estas restricciones. La más absoluta libertad de la defensa es un derecho del demandado en materia civil, como en materia penal; siempre que sólo emplee las pruebas legales, está libre para alejar todos los hechos que tiendan á probar que no tie-

ne culpa. Fuera, pues, una anomalía verdadera el limitar el derecho del arrendatario á ciertos hechos aunque alegase otros de los que resultase la prueba de que no tiene culpa. ¿Qué dicen los autores para justificar esta anomalía? Los editores de Zachariæ se conforman con citar el texto, éste es restrictivo; esto basta para apartar cualquier otro hecho que tienda á probar que el arrendatario no tiene culpa. (1) Pero precisamente se trata de demostrar que el texto es restrictivo; y cuando no se da ninguna razón por la que el legislador hubiera restringido el derecho común en perjuicio del arrendatario, es permitido dudar que lo haya hecho. Marcadé trata de justificar la ley entendida en un sentido restrictivo. «Con razón ó sin ella, dice, la ley, para obligar á los locatarios á mayor vigilancia, sólo los descarga de la responsabilidad á la condición de indicar la causa del incendio; piensa que la necesidad del locatario de saber cuál es la causa del acontecimiento para poderlo decir, lo llevará á ejercer vigilancia más activa, no sólo con la gente de la casa sino también con los vecinos y los terceros y conseguirá entonces evitar ó suspender muchos de estos siniestros que son tan numerosos. (2) Si tales son los motivos por los que el legislador deroga el derecho común, limitando la defensa hay que decir que la ley es soberanamente injusta. ¿Puede pedir lo imposible al arrendatario? Nó. ¿Debe culparle cuando hace cuanto de él depende para evitar el incendio? Nó. Pues bien, es esta prueba la que el arrendatario quiere dar. ¡Y se le niega! Es necesario que no tenga culpa; quiere probarlo y la ley le dice que sólo puede hacerlo probando que el incendio tuvo lugar por una de las causas que el texto determina; es decir, que dé una prueba que casi siempre es imposible.

Decimos: si tales son los motivos de la disposición del ar-

1 Aubry y Rau, t. IV, ps. 424 y 425, pfo. 367.
2 Marcadé, t. VI, p. 464, núm. I del art. 1733.

título 1733 suponiendo que sea restrictiva, éstos son en realidad motivos que se han imaginado para la necesidad de la causa, pero de que no hay ningún rastro en los trabajos preparatorios. Comprobemos primero cuál es la tradición. El art. 1733 está tomado de Pothier; hé aquí cómo se expresa: «Como los incendios suceden amenudo por culpa de las personas que viven en las casas, cuando una cosa se incendia es fácil presumir que la culpa es de algún locatario. Por esto es que, en este caso, el locatario está obligado á restablecer la cosa incendiada, á no ser que justifique que el incendio sucedió por caso fortuito ó que el fuego se comunicó de una casa vecina.» (1) ¿Cuál es el sentido de estas palabras? Que el arrendatario se presume tener la culpa, pero que se le admite á probar que no la tiene. ¿Cómo se hará esta prueba? Probando que el incendio tuvo lugar por caso fortuito ó que fué comunicado de una casa vecina. ¿Es esta la única prueba admitida? Pothier no desiste; no habla de un vicio de construcción que hubiese ocasionado el incendio, y seguramente Pothier hubiera admitido esta causa de justificación porque excluya toda culpa. Luego la doctrina que el Código ha reproducido no tenía nada de restrictivo. Pothier no pensaba en derogar el derecho común. ¿Pensaron en ello los autores del Código? Jaubert, el orador del Tribunalado, presenta la cuestión en estostérminos: «Un incendio acabó con la cosa arrendada: ¿debe el dador soportar el acontecimiento ó cuando menos puede recurrir contra el arrendatario en el caso en que pudiera probar que el accidente procede de la culpa ó negligencia del arrendatario? ¿O toca al arrendatario probar los casos fortuitos?» Tal es la dificultad, ó como dice Jaubert, la gran cuestión que los autores del Código quisieron zanjar: este es, pues, el único punto que queda decidido por el art. 1733: ¿quién debe probar el caso fortuito, el dador ó el arrendatario? El Código contesta: el

1 Pothier, *Del arrendamiento*, núm. 194.

arrendatario. Jaubert agrega: «La ley no establece más que una presunción. Esta presunción puede ser destruida por una *prueba contraria*; pero la presunción debía ser establecida contra el arrendatario, porque por una parte el dador no tenía ningún medio de evitar el accidente y por la otra los incendios suceden ordinariamente por culpa de los que habitan la casa.» (1)

Hemos dicho muchas veces que la regla esencial de interpretación consiste en comprobar la cuestión ó la dificultad que el legislador quiso decidir. Acerca de este punto no pudiera haber duda; el Orador del Tribunalado lo dice: se trataba de decidir á cargo de quién está la prueba del caso fortuito. Esto es todo lo que decidió el art. 1733. No hay en él una sola palabra de los hechos que el arrendatario podrá alegar para su justificación; está admitido á la prueba contraria, esto basta; la presunción es que tiene la culpa, la ley lo admite á probar que no la tiene; dará esta prueba como quiera, el juez apreciará.

¿Dice más el texto? ¿Es tan restrictivo como se pretende? Se da una respuesta muy especiosa en la opinión que combatimos. El art. 1733 es restrictivo, se dice, por el solo hecho que existe. En efecto, si se limita á decidir que el arrendatario debe probar que el incendio tuvo lugar por su culpa, el artículo es enteramente inútil, pues no hiciera más que repetir lo que dijo el art. 1732. No se concibe que después de haber dispuesto que el arrendatario responde de la pérdida de la cosa arrendada, á no ser que pruebe que tuvo lugar sin culpa suya, el legislador agregue inmediatamente después del art. 1732 una disposición en que dijera de nuevo que el arrendatario es responsable del incendio, á no ser que pruebe que no tuvo la culpa. Esto fuera decir dos veces la misma cosa en dos artículos que se siguen. Para que

1 Jaubert, *Discurso*, núm. 5. [Loaré, t. VII, p. 211]

el art. 1733 tenga un sentido es necesario que diga otra cosa de lo que dice en el art. 1732; es, pues, necesario que sea restrictivo. Esta restricción no es tan evidente como se pretende. El art. 1732 habla de la pérdida ó de los deterioros en general. ¿Recibe su aplicación al incendio? Tal es la cuestión que decide el art. 1733, el legislador debía decidirla; Jaubert nos da la razón: es que en el derecho antiguo este punto estaba controvertido; había dado lugar á muchas distinciones y decisiones contradictorias; los autores del Código quisieron zanjar todas estas dificultades. Por lo tanto, el art. 1733 no es una disposición inútil, sin ningún significado.

Se insiste y se dice que si el único objeto del artículo fuera decidir á cargo de quién está la prueba del caso fortuito, la ley debiera haberse conformado con disponer, como acababa de hacerlo, que el arrendatario debía probar que el incendio había tenido lugar sin culpa suya. ¿Por qué en lugar de expresarse en estos términos generales la ley precisa los hechos que debe probar el arrendatario, diciendo: á menos que pruebe que el incendio ha sucedido por un *caso fortuito ó fuerza mayor ó por un vicio de construcción ó que el fuego se comunicó de una casa vecina?* Como enumeración esta disposición es inútil, sólo tiene sentido si es restrictiva. La ley quiere que el mandatario pruebe el *caso fortuito* ó la *fuerza mayor* que ocasionó el incendio, que pruebe el *vicio de construcción*, que pruebe *que el fuego fué comunicado por una casa vecina*. De esto se concluye que el arrendatario no debe admitirse en la pretensión de que no hay culpa que reprocharle porque hubiese dado á la cosa todos los cuidados de un buen padre de familia, y que no podría valerse más que de las circunstancias que la ley indica aunque tendieran á apartar toda sospecha de una culpa suya. Admitamos que la enumeración de los hechos que hace el artículo 1733 considerada como causa de justificación sean inútil, esto

no es una razón para darle un sentido irracional. Jaubert comprendió mejor el sentido de la ley, diciendo que el arrendatario se presume tener la culpa, pero que se le admite á probar lo contrario. La ley dice cómo darse esta prueba contraria. ¿Se pregunta para qué sirve la enumeración? Hay una primera respuesta á esta cuestión que se considera como tan difícil: es que Pothier enumeraba los hechos por los que el arrendatario podía establecer que no tenía culpa; el artículo 1733 agrega un hecho, el vicio de construcción; pero el Código, así como Pothier, no entiende limitar á los hechos que enumera la justificación que permite hacer al arrendatario. Decimos que la interpretación contraria conduce á una consecuencia irracional. La ley presume que el arrendatario tiene la culpa; le permite, sin embargo, probar lo contrario; pues bien, el arrendatario pide probar hechos que tienden á apartar toda sospecha de culpa suya y se le negará la facultad de probar un hecho tan demostrativo.

Si tal fuera realmente el único sentido posible del artículo 1733 lo admitiríamos por absurda que fuese la ley. Pero ésta recibe también otras interpretaciones. Cada autor la justifica á su antojo; (1) creemos inútil entrar en la discusión de estas diversas explicaciones, esto nos llevaría demasiado lejos. Lo que acabamos de decir basta. Se puede agregar que el incendio es un hecho de naturaleza especial, es un accidente que de ordinario se puede imputar á una falta, á una negligencia cualquiera; no obstante, puede suceder que esta culpa no pueda imputarse al arrendatario; habrá, pues que permitirle establecer los hechos que demuestran que no tiene culpa. ¿Cuáles son estos hechos? El legislador indica los hechos más usuales con el fin de mostrar cuál es la justificación que el arrendatario podrá dar. Prueba que no tiene culpa cuando establece que el incendio ha sucedido por

1 Duvergier, t. I, p. 441, núm. 435. Troplong, núm. 382; Colmet de Sante-
rre, t. VII, p. 262, núm. 179 bis VI.