

sunción absoluta de los arts. 1733 y 1734, cuando una parte de la casa está habitada por el propietario; creemos haber demostrado lo contrario (núms. 296 y 297). Lo que no es dudoso es que no hay ninguna presunción á cargo del propietario. ¿Cómo pudiera haber presunción legal contra él cuando la ley ni siquiera prevee el caso en que el propietario habite la casa con sus locatarios? ¿Habría, pues, una presunción sin ley! Los arts. 1732, 1733 y 1734 sólo hablan de los locatarios, y cuando se trata de aplicarlos al propietario se llega á un absurdo: es que el propietario, que no está obligado á conservar ni á restituir la cosa que ocupa, en virtud de su derecho de propiedad, responde no obstante del incendio de la casa para con los locatarios, con los que no tiene otra obligación que darles el goce. Si no hay presunción contra los propietarios y si las presunciones de los arts. 1733 y 1734 no se aplican más que al caso en que el propietario no habita la casa arrendada, ¿qué debe concluirse sino que la cuestión debe decidirse según los principios generales?

300. No continuaremos esta discusión; si nuestros principios son exactos, bastan para contestar á lo que dicen Troplong y Marcadé. La Corte de Casación se pronunció por la opinión de estos autores; esto es un perjuicio considerable contra nuestra doctrina. La sentencia fué pronunciada por la Cámara Civil después de deliberada en la Cámara del Consejo, sobre el informe de Pascalis y las conclusiones conformes del abogado general; importa detenerse en ello. La Corte comienza por sentar en principio "que los arts. 1733 y 1734 suponen, tanto por su espíritu como por su texto, que la construcción en que tuvo lugar el incendio está ocupada por uno ó varios locatarios; para estos casos solamente es por lo que estos artículos establecieron una presunción de culpa, en virtud de la que la responsabilidad del incendio pesa de derecho en los locatarios, en pro-

vecho del propietario." Detendremos á la Corte en su punto de partida; formula el principio en términos demasiado restrictivos, lo que deja creer que se trata de una excepción al derecho común; esto es una verdad del artículo 1734, pero no lo es del art. 1733, que sólo aplica al arrendamiento la regla del art. 1302. "Tal presunción, continúa la Corte, está, pues, modificada cuando el propietario ocupa él mismo una parte de la casa; entonces él es *miembro de una comunidad* en la que su propia *responsabilidad* le quita el *beneficio excepcional* que resulta del principio escrito en los arts. 1733 y 1734, cuando no prueba que el incendio no pudo comenzar en la parte de la casa habitada por él." (1) Este considerando está en oposición con los más incontestables principios. Decir que el propietario entra en una *comunidad*, cuando ocupa parte de su casa, de la que otra parte está habitada por locatarios, es decir que tiene los mismos *derechos* y las mismas *obligaciones* que estos inquilinos, cuando menos en lo relativo á la *responsabilidad del incendio*; y esto es seguramente inexacto. Los locatarios están obligados á conservar la cosa ajena de que gozan, mientras que el propietario no tiene ninguna obligación en cuanto á la conservación de la cosa que le pertenece. Los locatarios están obligados á restituir la cosa, y es porque restituyen por lo que son responsables de la pérdida de la cosa. No hay, pues, lazo común entre el propietario y los arrendatarios, y la ley establece una cierta comunidad entre los inquilinos, puesto que los declara solidariamente responsables; pero no establece seguramente una comunidad entre el propietario y sus locatarios, puesto que no habla del propietario; ¿y puede pensarse en extender una comunidad tal como la del art. 1734, cuando, de confesión

1 Denegada, 20 de Noviembre de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 457). Compárese Grenoble, 20 de Abril de 1866 (Dalloz, 1866, 5, 287); Chambéry, 13 de Abril de 1866 (Dalloz, 1866, 5, 288).

general, la solidaridad que resulta de ella es una anomalía injusta é inexplicable? La Corte parte, pues, de un principio falso diciendo que el *propietario es responsable*; no puede serlo como deudor condicional, puesto que no es deudor de la cosa, y si incurre en responsabilidad, esto es cuando, por su hecho y culpa, causa un daño á los inquilinos; esta es la responsabilidad del art. 1382, que no tiene nada de común con la responsabilidad del incendio de que tratan los arts. 1733 y 1734. La Corte de Casación califica esta responsabilidad de los locatarios de *beneficio excepcional*; esta es la falsa consecuencia á que conduce el falso principio que sirve de punto de partida á esta argumentación. La Corte confunde: la solidaridad del artículo 1734 es una excepción, pero la responsabilidad del artículo 1733, lejos de ser excepcional, sólo aplica al arrendatario la responsabilidad que pesa en todo deudor de un cuerpo cierto. La misma Corte de Casación lo sentenció así (número 278), y esto no tiene duda. Puesto que el arrendatario responde por el incendio, en virtud del derecho común, queda por ver si se descarga de su responsabilidad por el hecho de que el propietario habite la casa. Las razones que la Corte da para quitar al propietario la acción que tiene en virtud del derecho común, son malas. La que agregan los editores de Zachariæ (299) no es mucho mejor; buscamos en vano una que dispense al locatario de cuidar la casa cuando el propietario ocupa una parte de la casa. ¿Es que acaso el inquilino no tiene que restituir la cosa arrendada al propietario? ¿Y su responsabilidad no es una consecuencia directa de esta obligación de restitución?

301. Se presentó un caso en el que la *comunidad* de que habla la Corte de Casación parecía ser una realidad. El in-

1 Una sentencia reciente de la Sala Civil decide que el propietario que habita la casa puede invocar los arts. 1733 y 1734, luego la misma responsabilidad solidaria de los inquilinos cuando prueba que el incendio no comenzó en el local que ocupa (Casación, 15 de Marzo de 1876. Dalloz, 1876, 1, 153.)

cendio comenzó en una parte de la casa cuyo goce era común al propietario y al locatario. Fué sentenciado que, en este caso, la presunción de culpa establecida por el art. 1733 contra el arrendatario deja de ser aplicable. Esta presunción supone, dice la Corte de Lyon, que el locatario tiene el goce exclusivo del local en que el incendio comenzó; si el fuego comienza en una parte de la casa de la que el propietario y el locatario gozan en común, se puede aplicar la presunción de culpa á uno y otro; es decir, que la presunción á cargo del arrendatario está neutralizada por la presunción que está á cargo del propietario. (1) En nuestro concepto la decisión descansa en una suposición errónea. No es exacto decir que el propietario está presumido en culpa cuando el incendio comienza en el local cuyo goce se tiene reservado, pues goza de él no como locatario sino como propietario, y no hay ley que establezca una presunción de culpa contra el propietario que goza de una cosa de la que tiene la propiedad. A decir verdad ni siquiera hay comunidad de goce, pues ambos comuneros gozan á título esencialmente distintos: el uno como locatario está obligado á conservar y restituir, el otro como amo, que con este título no está obligado á conservar ni á restituir. Esto es decisivo. El locatario permanece bajo el imperio de la presunción que el art. 1733 establece contra él en este sentido: que está obligado á conservar la cosa y á restituir el local en que el incendio estalló; no puede substraerse á esta responsabilidad más que probando que el incendio no le es imputable, y no puede tener recurso contra el propietario sino probando que éste tiene la culpa, pues no tiene acción contra él más que en virtud del art. 1382; es decir, en virtud de un cuasidelito, lo que implica una culpa del autor del hecho perjudicial y toca naturalmente al demandante probar la culpa que es el

1 Lyon, 18 de Enero de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 182).

fundamento de su demanda. Tal es el rigor del derecho. Sería necesario una ley para modificarlo, pero en ausencia de ley las partes pueden derogarlo.

301 *bis*. La jurisprudencia no está de acuerdo en la cuestión decidida por la Corte de Casación contra el propietario. Hay una sentencia de la Corte de Lyon que mantiene la disposición excepcional del art. 1734 contra el locatario, añadiendo una restricción á la ley. Cuando, dice la Corte, es imposible saber dónde comenzó el incendio, la responsabilidad se extiende al propietario que habita una parte de la casa y que se considera entonces como locatario; la Corte concluye que el propietario soporta su parte de daños y perjuicios y que no puede demandar á los demás locatarios sino por el excedente. (1) Duvergier dice que esta decisión podría ser aceptada como una transacción que hicieran amigables componedores; de seguro, añade, no es una decisión de derecho. (2) Nó, ciertamente. ¿Cómo no se ha detenido la Corte ante la imposibilidad jurídica en que se funda la sentencia, á salvo que un propietario se convirtiera en locatario de su propia cosa, obligado á conservarla para devolvérsela á sí mismo! Y suponiendo que el propietario pudiese ser considerado como locatario, sería solidariamente responsable en virtud del art. 1734: ¿quién da derecho á la Corte para modificar un texto tan terminante? Es inútil insistir; la sentencia de Lyon no ha hecho jurisprudencia.

La Corte de Rouen considera igualmente como un locatario al propietario que habita una parte de la casa; pero saca de este falso principio otra consecuencia que nos parece también falsa. El art. 1733, dice ella, no es aplicable ninguna de las partes puede invocar contra la otra la presunción de culpa que este artículo establece, puesto que el

1 Lyon, 17 de Enero de 1834 (Dalloz, en la palabra *Arrendamiento*, número 383, 1.º)

2 Duvergier, *Del arrendamiento*, t. I, p. 432, núm. 425.

demandado opondría la misma presunción al demandante, la excepción destruye la acción. Esto sería verdad si el locatario demandado tuviese una excepción que oponer al propietario; ¿pero en qué se fundaría esta excepción idéntica á la acción? ¿En la responsabilidad del propietario? ¿Qué se nos enseñe un texto que declare al propietario responsable de su propia cosa! ¿Cuál es la conclusión de la Corte? Es que el propietario no puede tener acción contra el arrendatario sino probando que éste tiene la culpa. Esta sería una acción fundada en el art. 1382. (1) Hé ahí otra imposibilidad jurídica. El art. 1382 supone que no há lugar á obligación alguna entre la parte lesionada y el autor del hecho perjudicial; el art. 1370 lo dice: se trata de compromisos formados sin que intervenga ningún convenio ni por parte del que se obliga ni por parte de aquel con quien se está obligado. Y en la especie hay un contrato entre el propietario y el locatario, contrato que obliga al locatario á conservar la cosa arrendada y á devolverla tal como la recibió, lo que lo coloca bajo el imperio del art. 1733. Es decir, que la cuestión debe ser decidida, como lo hemos hecho, en virtud del principio del art. 1302 que la ley aplica al contrato de arrendamiento en los arts. 1732 y 1733 (núm. 298). En definitiva la jurisprudencia está dividida, no tiene principio seguro.

*VII. Del caso en que los arts. 1733 y 1734 no reciben su aplicación.*

302. El incendio es un accidente frecuente y casi regular, puesto que las pérdidas que resultan pueden ser calculadas de manera á formar la base de un contrato de seguro. Se

1 Riom, 4 de Agosto de 1829 (Dalloz, en la palabra *Arrendamiento*, número 411. Compárese Lieja, 26 de Junio de 1834 (*Pasicrisia*, 1834, 2, 148). Hay otra sentencia de la Corte de Lieja que aplica los arts. 1733 y 1734 (véase más atrás, núm. 297).

presenta un caso que no está bajo la aplicación de los artículos 1733 y 1734. De aquí la cuestión de saber si estas disposiciones pueden extenderse por vía de analogía á los casos en que no hay contrato. Es necesario distinguir. Si no hay algún compromiso entre las partes que forman la causa, si la parte lesionada se queja de un daño que el incendio le ha causado, sin que el autor del hecho perjudicioso esté obligado á conservar la cosa incendiada y restituirla, el incendio constituye un cuasidelito y, por tanto, há lugar á aplicar el art. 1382. Si el autor del hecho perjudicioso está obligado, sea en virtud de un convenio, sea en virtud de la ley, á conservar la cosa que ha sido destruida por un incendio, los arts. 1732 y 1733 pueden aplicarse por analogía. Comencemos por la última hipótesis.

1. *Del caso en que hay liga jurídica entre el autor del incendio y el propietario de la cosa incendiada.*

303. La cuestión de saber si el art. 1733 puede aplicarse por analogía depende del sentido que se dé á esta disposición. En nuestro concepto, el art. 1733 es una consecuencia del principio del art. 1302 combinado con la regla que pone á cargo del demandante la prueba del fundamento de su demanda y que impone al demandado la prueba de la excepción que opone (núms. 276 y 286). En esta opinión no hay ninguna duda; los principios generales, así como las disposiciones que se desprenden por vía de consecuencia, son siempre aplicables por analogía. No sucede lo mismo en la opinión contraria. Si se admite con Duvergier que el artículo 1733 deroga el derecho común en favor del propietario, se le debe separar desde que la cosa incendiada no es una cosa arrendada; no se puede extender una presunción legal establecida contra el locatario á cosas en que el demandado no es un locatario. Si la extendemos es porque la pre-

sunción del art. 1733 no es otra cosa que la obligación que incumbe al deudor de un cuerpo cierto de probar el caso fortuito por el cual se pretende descargarlo de la restitución de la cosa que está obligado á conservar. No comprendemos una presunción legal ligada por una ley especial á un acto ó á un hecho (art. 1350); aplicamos una regla de derecho común.

Hay otra opinión intermediaria en la cual se admite que el art. 1733 es la aplicación del principio del art. 1302 en lo que se relaciona á la responsabilidad del arrendatario; pero se sostiene que la ley deroga el derecho común limitando los medios de justificación del demandado. Aubry y Rau, que enseñan esta opinión, deducen la consecuencia muy lógica que el art. 1733 en tanto que limita los medios de justificación del locatario es inaplicable á las hipotecas en las cuales una persona se encuentra obligada á vigilar la conservación de una construcción en virtud de cualquiera causa que no sea un contrato. El deudor está sometido á la obligación de probar que el incendio ha tenido lugar sin su culpa, pero en diferencia con el locatario puede rendir esta prueba conforme á las reglas del derecho común. (1) En nuestro concepto las pretendidas restricciones que el artículo 1733 da al derecho común no son, en realidad, sino la aplicación de los principios generales de derecho; lo que permite extenderlas por vía de analogía.

304. La cuestión se presenta para el acreedor anticresista y para el usufructuario. El primero está obligado á conservar el inmueble que recibió en garantía y debe restituirlo. Debe, pues, oponérsele el principio del art. 1302; si no devuelve la cosa está obligado á probar el caso fortuito por el cual se pretende liberado; es decir, que debe probar que el incendio no tuvo lugar por su culpa. (2)

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 487, pfo. 367.

2 Riom, 10 de Marzo de 1836 (Dalloz, en la palabra *Arrendamiento*, número 401). Mourlón, t. III, p. 298, núm. 752.

305. El usufructuario tiene un derecho real; con este título no es deudor y el nudo propietario no es un acreedor. No obstante se le puede aplicar el principio del art. 1302, pues la ley le impone la obligación de gozar como buen padre de familia y, por consiguiente, de conservar la cosa de que goza, y está obligado á restituirla en virtud de la naturaleza de su derecho, puesto que sólo tiene un goce temporal. Si no la restituye está obligado á probar el caso fortuito que alega conforme al art. 1302, pues es demandante y con este título debe probar el fundamento de su demanda ó de su excepción. (1)

Proudhón enseña que el usufructuario está liberado por el incendio que destruye la cosa, porque el incendio es un caso fortuito. Cita varios textos que parecen asimilar el incendio á un caso de fuerza mayor. Así, según el art. 624, si el usufructo esté establecido sólo en un inmueble y que este inmueble esté destruido por un *incendio* ú otro *accidente*, ó si se derrumba por viejo, el usufructo queda extinguido sin que el usufructuario tenga derecho de gozar del suelo ni de los materiales; esto es seguramente colocar el incendio en el rango de los casos fortuitos y aun de fuerza mayor, puesto que se le pone en la misma línea que la vetustez. Proudhón, este hábil lógico, raciocina mal en el caso. ¿De qué se trata? De saber si un derecho real puede existir cuando la cosa perece; la negativa es segura. La ley no se ocupa del punto de saber á quién es imputable la pérdida, esto es otro orden de ideas. El art. 1348 admite la prueba por testigos del contrato de depósito, cualquiera que sea el valor de la cosa depositada, cuando fué hecho en caso de *incendio*, *ruina*, *tumulto* ó *naufragio*. Hé aquí otra vez el incendio asimilado á casos de fuerza mayor. Sí, ¿pero en qué sentido y por qué? Es porque aquel que deposita sus efectos no puede en un incendio procurarse una prueba literal aunque el in-

1 Colmet de Santerre, t. VII, p. 264, núm. 179 bis VI.

incendio hubiera sucedido por culpa suya, pues la culpa no excluye la buena fe; á pesar de su culpa le sorprende el accidente y no le permite hacer quebrantar un acta de depósito. Lo mismo pasa con el caso previsto por el art. 1949, que también asimila el incendio á una ruina, á un saqueo, un naufragio ó cualquier otro *acontecimiento imprevisto*; la culpa del que ocasiona el incendio no impide que este accidente imprevisto para él. (1)

2. *Del caso en que el incendio constituye un cuasidelito.*

306. Una casa queda destruida por un incendio; resulta un daño para el locatario ó para un vecino. ¿Puede la parte perjudicada prevalecerse de la presunción de culpa establecida por el art. 1733 contra el locatario? No hay en el caso, se supone, ninguna liga contractual ni legal entre la parte perjudicada y el que se pretende ser el autor del daño. Desde luego el art. 1733 debe ser apartado, pues está fundado en la *obligación* que incumbe al *deudor* de una cosa cierta y determinada de conservarla y devolverla, y aquel al que el demandante imputa el incendio no es deudor, no contrajo ninguna obligación de conservar la cosa ni de restituirla; no se puede, pues, invocar contra él el art. 1302 ni los artículos 1732 y 1733 que son una consecuencia del primero. ¿De qué se trata? De un hecho perjudicial; aquel que por su hecho causa un daño á otro está obligado á repararlo si sucedió por su culpa, negligencia ó imprudencia (arts. 1382 y 1383). La parte perjudicada tiene, pues, una acción por daños y perjuicios contra el autor del daño, pero como demandante debe probar el fundamento de su demanda, y la demanda por daños y perjuicios está fundada en la culpa de aquel que causó el daño y es, pues, la parte perjudicada por un incendio la que debe probar que éste sucedió por cul-

1 Proudhón, *Del usufructo*, t. III, p. 504, núm. 1540.