

ALGUNAS OBSERVACIONES A PROPÓSITO DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR RUINA DE EDIFICIOS

M. CARMEN JIMÉNEZ SALCEDO *

Nuestro Código Civil en su artículo 1907 establece que el propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él y añade: "si ésta sobreviniera por falta de las reparaciones necesarias".

Es evidente que este precepto recoge un supuesto de responsabilidad extracontractual del propietario, lo que no está tan claro es si se trata de una responsabilidad subjetiva culposa o si por el contrario estamos ante un caso de responsabilidad objetiva o por riesgo. A primera vista, de la lectura del precepto se podría deducir con claridad una responsabilidad de naturaleza subjetiva o culposa, por cuanto para que surja dicha responsabilidad, la ruina ha de provenir de la negligencia o descuido del propietario que ha omitido las reparaciones necesarias en el inmueble. Con el fin de prevenir esta responsabilidad, el mismo Código civil en su art. 389, obliga al propietario, cuando el edificio amenace ruina a su demolición o a ejecutar las obras necesarias para evitar su caída.¹

Sin embargo, la falta de reparaciones necesarias para evitar la ruina total o parcial y el consiguiente daño puede deberse a una causa diferente de la omisión culposa del propietario. De hecho, el precepto se limita a señalar la causa de las ruinas, esto es, la falta de reparaciones necesarias, pero no alude a la causa de la falta de esas reparaciones. De ahí que podamos interpretar el texto legal en cuestión en otro sentido, esto es, como un supuesto de responsabilidad objetiva del propietario, ya que éste puede haber dejado de hacer las reparaciones por causas no culposas, por ejemplo, por ausencia justificada que

* Facultad de Derecho, Universidad de Córdoba, España.

¹ Esta responsabilidad del propietario es directa y principal, es decir que puede reclamarse del mismo la indemnización por daños y perjuicios resarcibles aunque no haya sido él, sino otras personas los causantes materiales del daño.

evidentemente le hubiera imposibilitado adoptar las medidas preventivas suficientes para evitar la ruina y la posterior producción del daño. Por otro lado, otro dato que podría reforzar la lectura objetivista del precepto, es que éste no exonera de responsabilidad al propietario del edificio aunque demuestre la inexistencia de culpa por su parte.²

La misma problemática se plantea *ab antiquo* en el Derecho Romano. En efecto, las fuentes jurídicas romanas recogen preceptos que como el art. 389 de nuestro Código Civil, tienen como objetivo evitar que se produzcan daños a causa del mal estado de los edificios. Así Paulo en D. 39,2,46 (Lib. 1 Sententiarum) nos dice que *Ad curatoris reipublicae officium spectat, ut dirutae domus a dominis exstruantur*. Es decir, que compete al curador de la ciudad que los propietarios reconstruyan las casas derruidas. Ulpiano afirma en el mismo sentido que es obligación del Presidente de la Provincia compeler a los dueños de edificios a su reparación y en caso de desobediencia por parte de éstos, proveer a la reparación de los desperfectos con el oportuno remedio (D. 1,18,7 Lib. 3 ad Ed.).³ En el C. 8,10,8 se recoge una norma de los emperadores Valente, Graciano y Valentiniano que de igual forma establece la obligación de reparar las casas derruidas o descuidadas debiendo la autoridad judicial velar por el cumplimiento de dicho precepto.⁴

Ahora bien, originariamente los daños producidos por una casa en estado ruinoso o por un árbol que amenazaba con desplomarse sobre el fundo contiguo, y en general, por cualquier cosa inanimada, no eran resarcibles en tanto que se consideraba faltaban los presupuestos de la culpa aquiliana. Por tanto, podía ocurrir que el *dominus* de una finca descuidara sus bienes y dejara que por su mal estado se perjudicase un vecino sin que éste tuviese a su disposición ningún medio de obligarle a reparar los daños sufridos. Todo ello sin perjuicio de que, en atención a los principios de equidad y justicia, se le permitiese retener los materiales ruinosos caídos de su fundo (*ius retentionis*).⁵ Tal

² Cfr. ALBACAR LÓPEZ, J. L. y SANTOS BRIZ, J., *Código Civil, Doctrina y jurisprudencia*, Tomo IV, Madrid, 1991, pp. 1097 y 1098; ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXIV, artículos 1887 a 1929 del Código Civil comentados por Gullón Ballesteros y Santos Briz, Madrid, 1984, p. 618.

³ D. 1,18,7 (Ulp. Lib. 3 Opinionum): *Praeses provinciae inspectis aedificiis, dominos eorum causa cognita reficere ea compellat, et adversus detrectantem competenti remedio deformitati auxilium ferat.*

⁴ C. 8,10,8 (Imppp. Valens, Gratianus et Valentinianus AAA Modesto P.P.): *Singularum urbium curiales etiam inviti vel reparare intra civitates, quas olim habuerunt, domos vel de novo aedificare cogantur, illic semper muniis inservituri et aucturi propiarum frequentiam civitatum. Possessores vero, qui non erunt curiales, in urbibus, in quibus domos possident, easdem domos dirutas neglectasque reparent, iudiciaria ad conservandum hoc praeceptum auctoritate retinendi.*

⁵ Cfr. BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel Diritto Romano*, Padova, 1937, pp. 3 y ss.; Vid. también SEGRÉ, *Corso di Diritto Romano, le cose, la proprietà, gli altri diritti reali ed il possesso*, III Parte, Torino, 1929-1930, p. 206; MASI, A., "Denuncia di nuova opera e di danno temuto", *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, p. 162; JIMÉNEZ

situación era especialmente preocupante en Roma donde estos daños solían producirse con frecuencia debido, entre otras circunstancias, a la inestabilidad de las construcciones a las que la humedad solía acabar debilitando y a la escasa resistencia del terreno.⁶ Además, aunque las casas estaban aisladas las unas de las otras por el *ambitus*, éste no era suficiente para evitar que se produjeran inmisiones de unas a otras. Al contrario, en lugar de ofrecer garantías de seguridad, la existencia de un espacio de terreno libre entre los edificios solía implicar un aliciente para los propietarios que, liberados del deber de tener en consideración los intereses de sus vecinos, ejercían sus derechos de un modo aún más exclusivos.⁷ Esta situación hacía necesaria la búsqueda de una rápida solución que sin duda se encuentra en el pago de una indemnización por parte del propietario del edificio en ruina; otra cosa es el medio en virtud del cual se pueden exigir responsabilidades en este sentido.⁸

Los juristas romanos de finales de la época clásica ya habían advertido la existencia de obligaciones que sin nacer de hechos perfectamente lícitos, no nacían tampoco de los delitos y al contrario, que si bien no nacen de hechos ilícitos, tampoco tenían su origen en un contrato. A ello, se refiere Gayo cuando en Instituciones 3,38 o en D. 44,7,1,pr., alude a una categoría un tanto imprecisa de obligaciones surgidas *Variae causarum figurae*. En efecto, existen numerosos casos de responsabilidad que tienen un fundamento diferente en el que la culpa deja paso a otros factores (riesgo, garantía, etc.), que suponen una objetivación de la conducta escapando del criterio general de la responsabilidad subjetiva. A esta sustantividad de la responsabilidad por alguna clase de infortunios, se le ha dado en llamar modernamente responsabilidad objetiva y

SALCEDO, C., *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en Derecho Romano*, Córdoba, 1999, pp. 216 y ss.

⁶ Vid. ALBURQUERQUE, J. M., "Consideraciones en materia de protección vial: el *interdictum ne quid via publica itinereve publico fiat, quo ea via idve iter deterius sit fiat* (D. 43,8,2,20)", *Rev. Derecho y opinión*, Universidad de Córdoba, núm. 6, 1998, pp. 185 y ss.; Id. "A propósito de la protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público: especial referencia al interdicto *ne quid in loco publico fiat* (D. 43,8,2, pr.)", *Problemática del Derecho Romano ante la implantación de los nuevos planes de estudio*, Universidad de Jaén, 1999, pp. 117 y ss.; VARELA MATEOS, E., "La reconstrucción de los edificios privados en la Roma clásica y un discutido Senadoconsulto de la época de Marco Aurelio", *Estudios Homenaje al Prof. Francisco Rodríguez Tejero*, pp. 539 y ss.; Id., "El grave problema de la conservación de los edificios privados en la Roma clásica", *Estudios Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. IV, pp. 847 y ss.; MURGA, J. L., "Un enigmático edicto del emperador Vespasiano sobre materia urbanística", en AHDE, 1997, Tomo XLVII, pp. 43 y ss.; MALAVÉ OSUNA, B., *Legislación urbanística en la Roma imperial. A propósito de una constitución de Zenón*, Málaga, 2000; JIMÉNEZ SALCEDO, C., "Algunas reflexiones sobre urbanismo en Derecho Romano", *Rev. Derecho y Opinión*, 1999, núm. 7, pp. 405 y ss.

⁷ Vid., en este sentido, MAZODIER, J., *Droit Romain. La cautio damni infecti*, París, 1890, p. 15.

⁸ SCIALOJA, "Diritto Romano, la proprietà", *Lezioni compilate dal doctor Guido Storch*, Università di Roma, anno, p. 519.

más concretamente, cuando la indemnización por daños se basa en la existencia de instalaciones o conductas que conllevan especiales riesgos para la comunidad, recibe el nombre de responsabilidad por riesgo.⁹

En este sentido, entre las obligaciones nacidas *ex variae causarum figurae* podrían incluirse todos aquellos supuestos en los que el responsable del daño está exento de culpa y sin embargo, viene obligado a repararlo si éste se produce como consecuencia de su propia actuación o de animales (*actio pauperie*), esclavos (*actio noxalis*) e incluso de cosas inanimadas (*ius retentionis*, o si se pudo prever, la *cautio damni infecti*) que estuviesen bajo su custodia. Basta una relación de causalidad entre el acto del agente y el daño aunque no exista culpa alguna, para que surja la obligación de indemnizar, pudiéndose reconocer quizá en estos casos la noción de responsabilidad objetiva. En este sentido, es muy ilustrativo el comentario de Ihering, refiriéndose a la reacción típica incluso involuntaria del hombre primitivo frente al daño, cuando afirma que “el dolor gobierna soberanamente el sentimiento jurídico del hombre primitivo. La injusticia es apreciada no según su causa sino según su efecto, no importa mucho que sea la intención o la negligencia o el azar lo que haya conducido la mano que causa el mal”.¹⁰

Mozzillo, sin embargo, pone de manifiesto que la función reparadora del daño que se le atribuye a la *cautio damni infecti* a la *actio noxalis*, a la *actio pauperie*, al *ius retentionis* y a las acciones pretorias de *positum et suspensum*, *effusum et diectum* supone una excepción introducida por el *ius civile* o por el Edicto del Pretor al axioma jurídico de que sin culpa no es posible conseguir la reparación de los daños sufridos. De ahí que se haya querido construir por algún sector doctrinal la idea de la existencia de una ordenación paralela de responsabilidad objetiva o sin culpa en las fuentes jurídicas del Derecho Romano.¹¹

En nuestra opinión y siguiendo el parecer de Branca cuyas explicaciones nos parecen más convincentes, de existir en Derecho Romano la posibilidad de exigir una responsabilidad objetiva sin culpa, todos los supuestos mencionados en los que se incluyen las acciones noxales y la *cautio damni infecti* se hubiesen agrupado en una sola acción, lo que realmente no ocurrió. Es más, las diferencias entre acción noxal y daño temido son irreconciliables por cuanto las acciones noxales son acciones *in personam* y la *cautio damni infecti*, aún vinculada a la *voluntas domini*, se basa en el estado actual de una cosa, en

⁹ Vid. en este sentido, ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., p. 134; ALBACAR, J. L. y SANTOS BRIZ, J., *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo VI, Madrid, 1991, p. 1098.

¹⁰ IHERING, *Études complémentaires de l'esprit de Droit Romain. De la faute en Droit Privé*, París, 1880, p. 10. Cfr. también BUSTAMANTE ALSINA, J., *Teoría general de la responsabilidad...*, cit., p. 28.

¹¹ MOZZILLO, “Denuncia di nuova opera e di danno temuto”, *NNDI*, vol. V, 1960, p. 459. Vid. también en este sentido, la opinión de algunos civilistas como MARTÍNEZ SARRIÓN, A., *Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa*, Barcelona, 1993, p. 270; ALBACAR, J. L., y SANTOS BRIZ, J., *Código Civil, Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 1097.

un *vitium loci*. Además, el régimen de los daños por cosas inanimadas es preventivo, sanciona una responsabilidad por hecho propio y es pretorio, lo que demuestra no sólo su autonomía en el Derecho Clásico, sino también un origen diferente. El único texto (D. 39,2,7,1 Lib. 53 ad Ed.) que asimila los daños *vitio aedium* a los producidos por animales, está manifiestamente interpolado.¹² Por otro lado, es completamente imposible hablar de responsabilidad objetiva en estos supuestos en el Derecho Romano más antiguo, en el que todavía no se había introducido la figura de la caución, sólo se conocía la *legis actio damni infecti* que tenía un marcado carácter penal y por lo tanto exigía la presencia de un sujeto responsable. La exclusión de responsabilidad cuando interviene en la producción del daño cualquier elemento exterior o de fuerza mayor justifica y refuerza esta afirmación.¹³ El *vitium*, sólo el *vitium*, es para los juristas clásicos la única causa del daño y las situaciones en las que el *damnum* sea consecuencia directa de la actuación intencional de una persona serían excluidas también y consideradas dentro del ámbito de la *actio legis Aquilae*. Así se deduce de algunos textos de las fuentes en los que el *vitium*, elemento objetivo, es contrapuesto a la culpa, elemento subjetivo. Así en D. 39,2,24,7 (Ulpiano Lib. 8 1 ad Ed.) se establece que “*Praeterea si furni nomine damni infecti fuerit cautum, deinde furnarii culpa damnum datum fuerit, non venire in hanc stipulationem plerisque videtur*”, es decir, que si se hubiese prestado caución de daño temido a causa de un horno y luego se hubiese producido el daño por culpa del hornero, estima la mayoría que este caso no entra en la estipulación.¹⁴ Servio, cuya opinión es recogida por Ulpiano en D. 19,2,15,2 (lib. 32 ad Ed.), contrapone los vicios de la cosa a la intervención de factores externos no imputables a nadie, cuando enumera qué daños debe soportar el arrendatario de un fundo y cuáles deben repercutir en el dueño mismo por ser de carácter extraordinario.¹⁵

¹² BRANCA, *Damno temuto e damno da cose inanimate in Diritto Romano*, Padova, 1937, pp. 293 a 297.

¹³ BRANCA, “La responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza e il pensiero dei veteres”, en *Studi in memoria di Emilio Albertario*, vol. I, Milán, 1953, pp. 349 y 350.

¹⁴ Vid. también D. 9,2,52,3 (Alfeno, Lib. 2 Digestorum).

¹⁵ D. 19,2,15,2 (Lib. 32 ad Ed.): *Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum, graculorum, sturnorum, et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat; si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. Sed et si labes facta sit, omnemque fructum tulerit, damnum coloni esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur; sed et si uredo fructum oleae corruerit, aut solis fervore non assueto id acciderit, damnum domini futurum. Si vero nihil estra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse; idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse, oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit.*

Vid. también D. 19,2,13,5 (Ulpiano, Lib. 32 ad Ed.) y D. 39,2,24,3 y 4 (Ulpiano, Lib. 7 ad Sabinum).

En opinión de Bonfante,¹⁶ “aunque se suele decir que el Derecho primitivo y el Derecho Romano en materia de responsabilidad civil y penal prescinden de la culpa, en realidad esto no es totalmente exacto. Mejor sería decir que en el sentimiento de los pueblos primitivos siempre existe culpa en el acto lesivo del agente, aunque éste no sepa discernir el significado de sus actos por tratarse de un ser irracional o incluso un ser inanimado. Por tanto, para la responsabilidad penal —venganza y composición— como para la civil —resarcimiento del daño— no es que se prescinda de la culpa sino que se descuida la investigación acerca de su existencia, porque se admite como elemento necesario y concomitante. En resumen: el sistema primitivo no se caracteriza tanto por la indiferencia hacia la culpa como por el hecho de presumir la culpa en el acto del hombre que causa un daño a otro. Sin embargo, tanto en el Derecho Civil (*actio noxalis*, *actio pauperie* y el *ius retentionis*) como en el Derecho Pretorio (*actio de posito et suspenso*, *de effusis et deiectis*, *adversus nautas caupones stabularios*, etc.) las relaciones que prescinden de la culpa son incluso más numerosas que en el Código Civil”.

Sin embargo, continua este autor, “una de las derogaciones fundamentales y quizá la más importante de todas se produce en el ámbito de las relaciones de vecindad. Se puede decir que en este campo, en el que el Derecho moderno se debate en dificultades inextricables, el Derecho Romano habría resuelto el problema de la responsabilidad reconociéndola independientemente de la culpa respecto a cualquier daño causado al vecino y ordenándola a la vez del modo más liberal e ingenioso. Este ordenamiento está representado por la *stipulatio* o *cautio damni infecti*. Si por la ruina de un edificio o por la actividad llevada a cabo por el vecino en el ejercicio de su derecho viniese yo a resultar dañado, según los principios generales y clásicos de la responsabilidad, debería sufrir en paz el daño, ya que éste es ocasionado por una cosa inanimada o como consecuencia de una actividad legítima y no culposa del vecino. Se podría ejercitar la acción **negatoria** cuando se ha producido una inmisión pero ¿cómo querellarse con la *actio legis aquiliae* por el daño? Queda puesto de manifiesto que estamos en un campo en el que la lógica de los principios conduce a resultados inicuos. ¿Cuál es el remedio? Sin duda la *cautio damni infecti*. El particular es el mejor juez de sus propios intereses y a la libertad, a la tutela espontánea de éstos por parte de los particulares se confía el Derecho Romano. El Pretor obliga a aquél del que se teme el daño, a prometer, cuando el vecino lo pretenda, que él lo resarcirá si el daño temido se produce. Cumplido esto, verificándose el dato, el que lo sufre puede ejercer la *actio ex stipulatu*, en la cual no viene obligado a tener que probar la existencia de culpa”.

En efecto, es un hecho que el Derecho Romano no reconoce la posibilidad de exigir responsabilidades en estos casos por la vía de aplicación de la

¹⁶ BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, Vol. II, Parte I, “La proprietà”, Milán, 1966, pp. 382 y 55.

lex Aquilia por cuanto no existe culpa en el propietario del edificio ruinoso, tampoco conoce la llamada actualmente responsabilidad objetiva o por el resultado.¹⁷ El Derecho Romano aporta la solución a este tipo de problemas con la adopción de medidas de seguridad preventivas que se sustancian en un procedimiento administrativo¹⁸ en el que el Pretor obliga, a instancia de la parte afectada, al propietario del edificio ruinoso a repararlo y en caso de negativa en este sentido, a responder del daño acaecido después en un proceso judicial incoado por el ejercicio de la *actio ex stipulatu* derivada de la estipulación pretoria en que consiste la *cautio damni infecti*.¹⁹ Por tanto, esta institución ignorada en el Derecho moderno, constituyó en el Derecho romano un importante recurso de tutela complementaria de las relaciones entre propietarios vecinos y consiste,²⁰ como ya ha quedado visto, en una promesa o estipulación

¹⁷ Vid. MASI, A., *Denuncia di nuova opera...*, cit., p. 162, y MARTÍNEZ SARRIÓN, A., *Las raíces romanas de la responsabilidad...* cit., p. 264.

¹⁸ BRANCA, en su trabajo "Sulla terminologia *actio damni infecti*", en *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milán, 1934, pp. 170 y ss., califica el procedimiento que se sigue desde la petición por el interesado de la *cautio damni infecti* hasta las medidas coactivas posteriores ejercidas por el Pretor para obligar a *cavere* (*missio in possessionem ex decreto*) como un acto de *imperium* del magistrado y no de jurisdicción. Concretamente, en la pág. 163, pone de manifiesto que el procedimiento seguido por el *dominus* de la cosa amenazada está privado de toda formalidad ante el magistrado: no hay fórmula, ni *litis contestatio*, ni separación entre los dos estadios *in iure* e *in iudicio*; falta la intervención del juez y la condena. Todo acaba en el estadio preventivo en el que el Pretor ordena prestar garantías (*cavere*). Se trata pues de medidas de carácter administrativo destinadas a desembocar en un *agere*, esto es, en un procedimiento judicial que comienza en un segundo momento del *damnum infectum* cuando el perjudicado por el *vitium loci* ejerce la *actio ex stipulatu* para conseguir la indemnización por daños.

¹⁹ Sobre la *cautio damni infecti* pueden verse: BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel Diritto Romano*, cit.; *Id. Sulla terminologia actio damni infecti*, cit., pp. 160 y ss.; *Id. La responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza e il pensiero dei veteres*, cit., pp. 337 y ss.; BURCKHARD, *Commentario alle Pandette de Gluck*, Lib. XXXIX, Parte II, tradotta ed annotata da P. Bonfante, *La cautio damni infecti*, Milán, 1905-1906; BETANCOURT, *Recursos supletorios de la cautio damni infecti*, en *AHDE*, vol. XLV, 1975, pp. 8 y ss.; WATSON, A., *The Law of property in the later roman republic*, cap. 6, Oxford, 1968, Reprint 1984, pp. 125 y ss.; GIARÒ, T., *Il limite della responsabilità ex cautione damni infecti (Contributo allo studio della forza maggiore nel Diritto Romano Classico)*, en *Bird*, vol. 78, Milano, 1975, pp. 271 y ss.; MAZODIER, J., *Droit Romain. La cautio damni infecti*, cit., pp. 5 y ss.; MACCORMACK, G., *The cautio damni infecti: Buyer and Seller*, en *ZSS*, 1971, pp. 300 y ss.; CARAVELLA, *Le limitazioni del dominio per ragioni di vicinanza in Diritto Romano*, Roma, 1971, pp. 99 y ss.; MAZZILLO, *Contributi allo studio delle stipulationes praetoriae*, Nápoles 1960, pp. 54 y ss.; *Id. Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, en *NNDI*, Vol. V, pp. 457 y ss.; MASI, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, cit., pp. 155 y ss.; BONFANTE, *Corso*, cit., pp. 381 y ss.; SCIALOJA, *Diritto Romano, La proprietà*, cit., pp. 518 y ss., *Id. Teoria della proprietà nel Diritto Romano*, Lezioni Ord. Cur. Ed da P. Bonfante, vol. I, Roma, 1928, pp. 388 y ss.; PARICIO, J., "Algunas notas sobre la *cautio damni infecti*" en *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, II, Milano, 1982, pp. 471 y ss.

²⁰ D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1967-1997, p. 203; BETANCOURT, *Recursos supletorios de la cautio damni infecti*, cit., p. 13.

extraprocesal que el pretor obliga a prestar al propietario de un inmueble, a instancias de su vecino, imponiéndole el deber de resarcirle los daños que le pueda ocasionar en el futuro por tener en mal estado los edificios y construcciones de su terreno.²¹

1.2. Origen de la institución

El régimen de la caución de daño temido se encuentra esbozado ya en una acción civil de época antiquísima cuya reconstrucción resulta muy difícil, aunque casi toda la doctrina coincide en atribuir su creación a los Decemviri.²² Se trata de la *legis actio damni infecti*.

De la existencia de dicha acción nos habla Gayo en un breve pasaje de sus Instituciones (Gai., 4, 31) en el que afirma que, tras la abolición del proceso de *legis actiones* por la *lex Aebutia* y la *lex Iulia iudiciorum privatorum*, sólo se permite la posibilidad de actuar en un proceso con una *legis actio*, en los juicios celebrados ante el tribunal de los *centuviri* o cuando se demandase por causa de un *damnum infectum*: "*Tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti, et si centuvirale iudicium futurum est. Sane quidem cum ad centuviros itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum vel peregrinum (praetorem). Damni vero infecti nemo vult lege agere, sed potius stipulatione, quae in edicto proposita est, obligat adversarium suum, idque et commodius ius et plenius est. Per pignoris...*"

Sobre la naturaleza jurídica de esta acción se han pronunciado los romanistas en muy diversos sentidos.²³ Así, Burckhard ha señalado que la acción referida en el fragmento de Gayo suponía el reconocimiento legal de un derecho al vecino perjudicado por la amenaza de un daño, consistente en reparar él mismo el edificio o la obra amenazante y exigir el reembolso de los gastos realizados a tal fin.²⁴ Scialoja mantiene la opinión de que la *legis actio damni infecti* se basaba en el derecho del vecino perjudicado a la retención (*ius retentionis*) de los materiales ruinosos caídos sobre su fundo.²⁵ Por último,

²¹ También se puede exigir la caución cuando se sufran daños como consecuencia de las obras realizadas tanto en el fundo propio como en el ajeno (*vitium operis*), aunque nosotros nos estamos refiriendo únicamente a los supuestos de *vitium loci* o mal estado de edificios.

²² Cfr. BRANCA, *Damno Temuto*, cit., p. 5 y *Sulla terminologia actio damni infecti*, cit., p. 161; BURCKHARD, *Commentario alle Pandette. La cautio damni infecti*, Lib. XXXIX, cit., pp. 60 y 61; BONFANTE, *Corso*, cit., p. 386; MOZZILLO, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto. Diritto Romano*, cit., p. 458.

²³ Sobre las distintas teorías al respecto, vid., BRANCA, *Danno temuto*, cit., pp. 3 y ss.; LUZZATO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, I (*Premese di metodo. I cosi detti remedi pretori*), Bologna, 1965, pp. 317 y ss.

²⁴ BURCKHARD, *Commentario alle Pandette*, cit., pp. 70 y ss. En la misma línea, vid. MOZZILLO, *Contributo allo studio delle stipulationes praetoriae*, cit., pp. 54 y ss.

²⁵ SCIALOJA, *Diritto Romano, la proprietà*, cit., p. 521, y *Teoria della proprietà*, cit., p. 389. En el mismo sentido vid., BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio*, en *RISG* (1897), p. 188.

Branca, cuya postura nos parece más acertada, sostiene que dicha acción se configuraba como un medio preventivo dirigido a evitar el daño y a garantizar la responsabilidad del mismo antes de que éste se verificase.²⁶

En definitiva, una cosa sí es cierta, y es que a partir de esta controvertida *legis actio damni infecti* se introdujo un nuevo sistema de protección de los intereses vecinales. Se trata de un medio de tutela pretoria extraprocesal consistente en una orden que el magistrado da a un propietario para garantizar, por medio de una *stipulatio*, un daño futuro cuya producción se presume inminente a causa del estado ruinoso de su inmueble (*vitium aedium* si se trata de una casa, *vitium loci* del suelo, *vitium operis iam facti* de una obra ya terminada). Si la estipulación se realiza, nace una relación contractual y el propietario perjudicado podrá exigir de su vecino el resarcimiento del daño a través de la *actio ex stipulatu*.

No obstante, debemos señalar que en el Derecho clásico la *legis actio damni infecti* dejó de existir; y los textos jurisprudenciales en los que aparece mencionada, o bien hacen referencia a la *actio ex stipulatu* o están retocados por los compiladores que no tuvieron inconveniente alguno en llamar *actio* a la solicitud de la *cautio damni infecti* ante el magistrado.²⁷

Respecto a la historia de la *cautio damni infecti* posterior a la acción civil, una *lex Rubria de Gallia Cisalpina*²⁸ (probablemente de los años 49-42 a.C.), reguladora de las competencias de los magistrados municipales, en su capítulo XX establecía que aquélla era ya recogida por el edicto del pretor peregrino con un régimen parecido al que posteriormente le atribuirían los juristas clásicos.²⁹ Esto ha inducido a pensar a parte de la doctrina que, en aquel periodo, el pretor urbano aún ignoraba la caución. Sin embargo, como ha puesto de relieve Mozzillo, la referencia que la *lex* hace al edicto del pretor peregrino se debe a que la Gallia Cisalpina era el ámbito de competencia territorial de éste, donde sólo él disponía del *ius dicere*, mientras que en Roma, los ciudadanos romanos, en los supuestos de daño temido, eran defendidos por las normas del Derecho civil, por la *legis actio damni infecti*.³⁰ Por otro lado, la determinación de la fecha exacta en la que se introduce el régimen de la *cautio damni infecti* en el edicto del pretor urbano es problemática, si bien se podría decir con toda probabilidad que ésta no se incluyó en el edicto hasta después de la *lex Rubria*.³¹ El texto edictal y, en general, el régimen jurídico de la caución de daño temido se recogen en el **Libro 39 título 2 del Digesto**

²⁶ BRANCA, *Danno temuto...*, cit., pp. 5 y ss. y *Sulla terminologia actio damni infecti*, cit., p. 161.

²⁷ Vid. BETANCOURT, F., *Recursos supletorios de la cautio damni infecti*, cit., p. 13.

²⁸ Vid. al respecto, LONGO, *Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, en *NNDI*, vol. IX, p. 819.

²⁹ Vid. sobre este punto, BRANCA, *Danno temuto...*, cit., pp. 66 y ss.

³⁰ MOZZILLO, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, cit., p. 459. Cfr. también BONFANTE, *Corso*, cit., p. 389; LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, cit., pp. 329-330.

³¹ Vid. MOZZILLO, *op. cit.*, loc. cit.

bajo la rúbrica *De damno infecto et de sugrundis et protectionibus*, si bien el pasaje más importante es el D.39,2,7,pr. de Ulpiano³² en el que el jurista ha transcrito el texto edictal a partir del cual toda la jurisprudencia posterior desarrolló la teoría y la regulación de la *cautio*): “*Praetor ait: Damni infecti suo nomine promitti, alieno satisdari iubebo ei, qui iuraverit, non calumniae causa id se postulare, eumve, cuius nomine aget, postulaturum fuisse, in eam diem, quam causa cognita statuero. Si controversia erit, dominus sit, nec ne, qui cavebit, sub exceptione satisdari iubebo. De eo opere, quod in flumine. Publico ripave eius fiet, in annos decem satisdari iubebo. Eum, qui ita non cavebitur, in possessionem eius rei, cuius nomine, ut caveatur, postulabitur, ire, et, cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere iubebo. In eum, qui neque caverit, neque in possessione esse, neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo, eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit, quae mea est, cautum fuisset. Eius rei nomine, in cuius possessionem misero, si ab eo, qui in possessione erit, damni infecti nomine (non) satisdabitur, eum, cui non satisdabitur, simul in possessione esse iubebo.*”

1.3. *Caracteres y requisitos de la cautio damni infecti: Naturaleza del daño. Legitimación activa y pasiva de la caución. Plazo y resarcimiento del daño*

El daño amenazante del que se pretende proteger a un propietario por medio de la *cautio damni infecti* es un *damnum infectum*, esto es, un daño que todavía no ha acontecido pero del que se tiene fundadas razones para temer que se produzca. Así lo expone Ulpiano en el D. 39,2,7,1 conforme al cual del *damnum factum* o daño producido nada dispone el texto edictal: “*Hoc Edictum prospicit damno nondum facto, quum ceterae actiones ad damna, quae contigerunt, sarcienda pertineant, ut in legis Aquiliae actione, et aliis; de damno vero facto nihil Edicto cavetur; quum enim animalia, quae noxam commiserunt, non ultra nos solent onerare...*”³³ No obstante, excepcionalmente es posible resarcir el daño pasado cuando no hubiera sido posible exigir la caución a tiempo conforme al procedimiento establecido en el edicto pretorio (*cautio de damno preterito*). Incluso, el mismo Ulpiano siguiendo el parecer de Juliano en D. 39,2,7,2 (Lib. 53 ad Ed.) concede a aquél sobre cuya casa

³² Vid. también LENEL, *L'Edit Perpetuel*, Tomo II, Tit. XXIX & 175, *De damno infecto*, París, 1975, p. 101. La clasicidad de este pasaje ha sido puesta en duda por parte de la doctrina. Vid. en este sentido, BRANCA, *Danno temuto*, cit., pp. 350 y ss.; BETANCOURT, *Recursos supletorios*, cit., p. 21; BURCKHARD, *Commentario alle Pandette*, cit. pp. 26 y ss.

³³ Sobre la interpelación del mismo se han pronunciado BRANCA, *Danno temuto*, cit., pp. 296 y ss. y BIONDI, *Le actiones noxales nel Diritto Romano classico*, en *Annali Palermo* 10 (1925), pp. 27 y ss., apoyándose sobre todo en la idea de que la segunda parte del fragmento que hace referencia a los animales no parece propia de Ulpiano; si bien BONFANTE, *Corso*, cit., p. 397 sostiene su genuinidad.

hubiesen caído los escombros, el interdicto de *rueribus tollendis* por el cual será obligado el vecino o a quitarlos o a tener por abandonada toda la casa.³⁴ Con este interdicto, sin duda de carácter restitutorio, se consigue una finalidad equiparable a la del *interdictum ne quid in loco publico fiat*, esto es, evitar una inmisión de escombros en el fundo propio procedente de la finca vecina, así como con el segundo interdicto se evitan inmisiones en los lugares públicos.³⁵ El demandado por la *actio ex interdicto de ruderibus tollendis* sólo podía eximirse de la obligación de retirar los escombros cuando, conforme establece Gayo en D. 39,2,6 (Lib. 1 ed. prov.), los haya abandonado previamente.

El daño temido debe ser un verdadero daño jurídico, y no la lesión a un simple interés o la privación de un beneficio del que hasta entonces se venía disfrutando.³⁶ Por último, el *damnum* se ha de producir a causa del mal estado de un fundo o de las construcciones elevadas en éste (*vitium loci*³⁷ o *vitium aedium*), quedando excluidos de la responsabilidad en base a la caución, los daños producidos como consecuencia del estado natural de los terrenos, como sería por ejemplo si el lugar fuese pantanoso o arenoso, además de los acontecidos por fuerza mayor o por fenómenos naturales como terremotos, inundaciones, incendios, etcétera.³⁸

Respecto al requisito de daño futuro *vid.*, también: D.39,2,2 (Gayo, Lib. XXVIII ad Ed. Provinciale); D. 39, 2, 19, 1 (GAYO, ad Ed. *Practoris urbani, titulo de damno infecto*).

³⁴ *Vid.* también D. 39, 2, 8 (GAYO, ad Ed. *Practoris urbani titulo de damno infecto*); D. 39, 2,9 (Ulpiano, Lib. 53 ad Ed.)

³⁵ D. 43,8,2,35 (ULPIANO lib. 68 ad Ed.). *Cfr.* ALBURQUERQUE, J. M., *Consideraciones en materia de protección vial...* cit., pp. 185 y ss.; BETANCOURT, *Recursos supletorios...*, cit., pp. 59 y ss.

³⁶ *Cfr.* D. 39,2,24,12 y D. 39,2,26 (ULPIANO, Lib. 81 ad Ed.).

³⁷ Como afirma BONFANTE, *Corso*, cit., pp. 399-400, el *vitium loci* debe ser siempre considerado junto con el *vitium aedium*. Cuando se habla de *vitium loci* se hace referencia a un lugar edificado y no al terreno en estado natural.

Cfr. también Burckhard, *op. cit.*, pp. 116 y ss. BRANCA, *La responsabilità per danni*, cit., p. 341; *id.* *Danno temuto*, cit., pp. 131-132. Este autor ha puesto de relieve que existe un *vitium loci* independiente del *vitium naturale* que pueda sufrir un terreno. Indudablemente, no sería lógico exigir responsabilidades al *dominus* por los daños que un fundo en estado natural pudiera ocasionar, ni mucho menos pedirle que cambie la situación natural de su finca. Sin embargo, cuando hablamos de *vitium loci*, se hace referencia a la existencia de un vicio del terreno producido por un *accidens extrinsecus*, es decir, por la actuación de agentes exteriores sobre la naturaleza del fundo, aunque no deriven de la actividad del hombre, sino de eventos naturales; por ejemplo, cuando el viento mueve una roca en un lugar arenoso colocándola de modo que amenace caer sobre la casa del vecino. En estos casos, el daño sobreviene después, no siendo efecto directo de una fuerza mayor, ya que el viento se ha producido mucho antes; tampoco se trata de un *vitium naturale*, puesto que el estado arenoso del lugar no es el que determina propiamente el daño.

En la misma línea de pensamiento, *vid.*, LUZAATTO, *Il problema d'origine...*, cit., p. 333; GIARO, *Il limite della responsabilità...*, cit., pp. 273 y ss.

³⁸ *Cfr.* D. 39,2,24,2; 5; 8 y 11 (ULPIANO, Lib. 81 ad Ed.); D. 39,2,43, pr. (Alfeno Varo, Lib. 2 Digestorum).

Legitimado activamente para proceder a la *postulatio cautionis*, lo está en principio el propietario de la cosa amenazada por el daño. Pero también lo están los inquilinos de un inmueble, así como sus mujeres y los que con ellos conviven.³⁹ Igualmente pueden exigir la caución el titular de un *ius sepulchri*,⁴⁰ el superficiario, el usufructuario, el enfiteuta, el acreedor pignoraticio,⁴¹ el poseedor de buena fe⁴² y en general, cualquier persona que tenga a su disposición una cosa en base a una relación obligatorias,⁴³ así como el que ha interpuesto una denuncia de obra nueva o la acción de una servidumbre *altius non tollendi* y un *interdicto quod vi aut clam*.⁴⁴

La *cautio damni infecti* puede ser solicitada también por varias personas a la vez, tal como nos muestra Paulo en D. 39, 2, 5, 2 (Lib. 1 ad Ed.), en el que afirma que la posibilidad de que varias personas pidan la caución no agrava la situación del que debe prestarla, en tanto que deberá resarcir a cada uno en proporción a su interés.⁴⁵

Por otro lado, cabe señalar que el que reclama exigiendo la *cautio damni infecti* no tiene obligación de probar su legitimación, sólo debe alegar el derecho en base al cual realiza la *postulatio cautionis* y prestar juramento de calunnia; es decir, jurar que actúa por motivos legítimos y no movido por el fin de vengar al vecino.⁴⁶

Legitimado pasivo, esto es, obligado a prestar caución, lo está el propietario de la cosa amenazante. Asimilados a éste se consideran el usufructuario,

³⁹ Vid. D. 39, 2, 13, 5 (ULPIANO, Lib. 53 ad ed.). Conforme al D. 39, 2, 13, 6 los inquilinos no pueden exigir la caución de daño temido al propietario del inmueble que arrendaron, ya que si éste tenía defectos antes del contrato, debieron pensarlo mejor y si por el contrario el *vitium* aparece después, tendrán a su favor la acción de conducción para realizar la reclamación pertinente.

⁴⁰ D. 39,2,13,7 (Ulpiano, Lib. 53 ad Ed.).

⁴¹ D. 39,2,13,8 y D. 39, 2, 11 (ULPIANO lib. 53 ad Ed.); D. 39, 2, 39, 2 (POMPONIO Lib. 21 ad Sabinum); D. 39, 2, 20 (GAYO, Lib. 19 ad Edictum Provinciale). Si bien parte de la doctrina considera interpolados estos fragmentos. Vid., en este sentido: BONFANTE, *Corso*, cit., p. 404; BRANCA, *Danno temuto*, cit., p. 82; BETANCOURT, *Recursos supletorios*, cit., p. 24; SCIALOJA, *Diritto Romano*, cit., p. 544 y *Teoria della proprietà*, cit., p. 396.

⁴² Respecto al poseedor de buena fe, que en principio debía tener una consideración similar al propietario, ha existido una gran polémica en torno a su legitimación para exigir la *cautio damni infecti*. Dos textos parecen negársela, D. 39,2,11 y D. 39,2,13,9 (ULPIANO, Lib. 53 ad Ed.). Ambos recogen la opinión de Marcelo que, según la doctrina mayoritaria, fue superada por la evolución misma del Derecho Romano, siendo el *responsum* de PAULO en D. 39,2,1 8, pr. la opinión prevalente.

Sobre este punto pueden verse: BONFANTE, *Corso*, cit., p. 404; BETANCOURT, *op. cit.*, p. 26, BURCKHARD, *op. cit.*, pp. 242 y ss.; SEGRE, *Corso*, cit., p. 208; LUZZATTO, *Il problema d'origine...*, cit., p. 335.

Opinión contraria, sostiene SCIALOJA, *Diritto Romano*, cit., pp. 546 y ss. y *Teoria della proprietà*, cit., pp. 397 y ss.; CARAVELLA, *Lo limitazioni...*, cit., p. 96.

⁴³ D. 39,2,18, pr. (PAULO, Lib. 48 ad Ed.).

⁴⁴ Vid. D. 39,2,13,10 (ULP. Lib. 53 ad Ed.).

⁴⁵ Cfr. También D.39,2,27 (*id.* Lib. 78 ad Ed.).

⁴⁶ Vid. D. 39,2,7, pr.; D. 39, 2, 13, 3; 12 y 13 (ULPIANO, Lib. 53 ad Ed.).

el enfiteuta, el superficiario, el acreedor pignoraticio y el poseedor de buena fe.⁴⁷ Sin embargo, no está obligado a prestar caución el titular de una servidumbre sobre la cosa amenazante.⁴⁸

En el fragmento 7, pr. del D. 39, 2, Ulpiano establece que las estipulaciones pretorias pueden consistir, o bien en una promesa verbal llevada a cabo por aquél a quien se le ha exigido la caución, llamada *repromissio*, o bien en una promesa con garantía llamada *satisdatio*. En el mismo pasaje se expone que la *repromissio* viene exigida exclusivamente al que actúa en nombre propio, mientras que quien promete *in nomine alieno* debe además dar garantía, es decir, realizar la *satisdatio*. Sin embargo, el edicto no aclara de forma expresa quien presta caución *suo nomine* o quien lo hace en nombre ajeno. Esto ha dado lugar a que se susciten dudas en la doctrina moderna e incluso entre los propios juristas romanos acerca de los criterios que diferencian uno y otro tipo de caución. Según Betancourt a cuya opinión nos adherimos, el criterio más acertado y que parece ser también el que adopta la jurisprudencia clásica, es aquel que establece que el propietario de la finca no debe dar más que una simple promesa (*repromissio*) y los que lo hacen en su lugar, en cuanto titulares de un derecho real sobre la cosa distinto al de la propiedad, deben dar la promesa garantizada (*satisdatio*). “A nada más pueden hacer referencia, afirma Betancourt, las palabras del D. 43,15,1,3 (Ulp. 68 ad Ed.): *Is autem qui ripam vult munire, de damno futuro debet vel cavere vel satisdare secundum qualitatem personae...*”⁴⁹

La caución por daño temido se presta para un plazo de tiempo determinado por el magistrado *causa cognita*, es decir, en función de la situación y del daño que se teme. Terminado el plazo sin que se produzca el daño, el obligado se libera del deber de resarcirlo. Ahora bien, si el riesgo perdurara se tendrá que dar una nueva caución según el arbitrio del pretor.⁵⁰

En relación al resarcimiento del daño cabría afirmar que, con arreglo a las normas generales aplicables en estos casos, la indemnización abarcará las

⁴⁷ Vid. al respecto, D. 39,2,9,4 y 5 (ULP. Lib. 53 ad Ed.); D. 39,2,10 (PAULO, Lib. 48 ad Ed.); D. 39,2,19, pr. (GAYO, ad Ed. *Prætoris urbani, titulo de damno infecto*); D. 39,2, 22 (PAULO, Lib. 8 ad Plautio); D. 39,2,15,25; 26 y 27 (ULP. Lib. 53 ad Ed.), D. 39, 2, 13, pr. (id. Lib. 53 ad Ed.).

No obstante, podríamos afirmar con BONFANTE, *Corso*, cit., p. 408, que más que obligados a prestar caución, están interesados en darla, ya que de negarse el propietario a la orden del magistrado y no ofreciéndola ellos tampoco, la consecuencia es la *missio in possessionem* que viene a privarles del ejercicio de sus derechos.

⁴⁸ D. 39,2,30, pr. (ULPIANO, Lib. 81 ad Ed.) y D. 39,2,13,1 (Ulpiano, Lib. 53 ad Ed.). Como se desprende de estos textos, en todo caso se debería prestar caución por hacer algo en el fundo sobre el cual se tiene la servidumbre y no por ser mero titular de la misma. Vid. al respecto, BONFANTE, *Corso*, cit., p. 408.

⁴⁹ Cfr. BETANCOURT, *op. cit.*, p. 24. Sobre las distintas teorías de la obligatoriedad de *satisdatio* o *repromissio* vid., BURCKHARD, *Commentario alle Pandette*, cit., pp. 344 y ss.; MAZODIER, *La cautio damni infecti*, cit., p. 37.

⁵⁰ Cfr. D. 39,2,15, pr. (ULPIANO, Lib. 53, ad Ed.).

pérdidas sufridas en el patrimonio del perjudicado y el lucro cesante, esto es, las ganancias de las cuales éste se ha visto privado por razón del daño. No obstante, tal como pone de manifiesto Ulpiano en D. 39, 2, 40, pr. (Lib. 39 ad Sabinum), “*quia honestus modus servandus est, non inmoderata cuiusque luxuria subsequenda*”, esto es, no deben incluirse como resarcibles los gastos de excesivo lujo, los cuales, o bien son estimados moderadamente o bien no son indemnizados.⁵¹

1.4. Consecuencias de la negación de la cautio damni infecti

Ante la negativa a prestar la caución por parte del propietario del edificio amenazante se produce la llamada *missio in possessionem*. Esta medida tiene como objetivo prioritario, coaccionar al demandado a prestar la caución y consiste en colocar al demandante en posesión de la finca o la casa amenazante junto con su propietario o junto con quien tiene la cosa a nombre del propietario, como el usufructuario o el arrendatario;⁵² es la llamada *missio in possessionem ex primo decreto*. Con dicha situación se confiere al demandante la custodia y la observancia de la finca, dándole la posibilidad de terminar con el temor del daño haciendo las reparaciones necesarias para ello.⁵³

En principio, el *missus* es puesto en posesión sólo de la parte que parece estar ruïnosa, pero si se trata de una casa, debe poseerla toda entera, pues de nada serviría ser puesto en posesión de una parte que no se puede o que no conviene poseer por separado. Ahora bien, afirma Ulpiano que si la casa estuviera dividida en varias partes puede ocurrir que, siendo la casa tan grande que mediaran espacios entre la parte defectuosa y la que no tiene defecto, se ponga en posesión sólo de aquélla; pero si estuviera unida formando un sólo edificio o un conjunto de edificios, se poseerá la casa entera. Por otro lado, si el defecto de una casa muy grande estuviera localizado en una parte muy pequeña de la misma, se pregunta el jurista: “¿cómo se podrá decir que se ha de mandar que posea toda la casa, siendo grandísima, aquél a quien no se le diese caución?” Asimismo, cuando un edificio aislado pero adyacente a una casa se resintiese, se pondrá en posesión al demandante de la caución sólo del edificio aislado y no de la casa entera.⁵⁴

⁵¹ En este sentido, *vid.*, SCIALOJA, *Diritto Romano*, cit., p. 565 y *Teoria della proprietà*, cit., p. 402; BONFANTE, *Corso*, cit., p. 415; SEGRE, *Corso*, cit., p. 211.

⁵² *Vid.* D. 39,2,7, pr. y D. 39, 2, 15, 20 (ULPIANO, Lib. 53 ad Ed.).

⁵³ *Vid.* D. 39,3,15,30 (ULP. Lib. 53 ad Ed.): “*Si quis damni infecti in possessionem missus sit, fulcire eum et reficere insulam debere, sunt, qui putent, eamque culpam praestare exemplo eius, qui pignori accepit; sed alio iure utimur; quum enim ob hoc tantum missus sit, ut vice cautionis in possessione sit, nihil ei imputari, si non refecerit.*”

⁵⁴ *Vid.* D. 39,2,15,11,12 y 13 (ULP. 53 ad Ed): “*An vero in totas aedes missio locum habeat, videamus. Et extat Sabini sententia, in totas aedes mittendum, alioquin si ex superficie, inquit, damnum timeatur, non habebit res exitum; nec profuturum in possessionem eius rei mitti, quam quis possidere non possit, aut ei non expediat; et verior est Sabini sententia.*” “*Sed in plures partes divisa domus sit utrum in partem, an in totam domum possidendam miti quis debeat, videamus. Si tam ampla domus sit, ut et spatia inter vitiosam partem*

El *missus ex primo* decreto permanecerá en posesión de la cosa en tanto el demandado no preste la caución, de modo que si persiste en su negativa, el magistrado recurrirá a la *missio in possessionem ex secundo decreto*, que llevaría inevitablemente a la pérdida de la propiedad del inmueble en favor del *missus*. Pero si la promesa de resarcir el daño se celebra, se revoca el decreto, debiendo el *missus* abandonar la finca. Al respecto, se plantea Ulpiano la cuestión de si debe dejar la cosa el *missus*, cuando el daño se ha producido antes de que el demandado se hubiese decidido a prestar la caución. La respuesta es afirmativa siempre que el que prestó definitivamente la caución lo hiciera también por el daño pasado y por los gastos que hubiere hecho el *missus* sobre la cosa.⁵⁵

La revocación de la *missio in possessionem ex primo decreto* puede deberse también a un mal comportamiento del *missus*, así por ejemplo, cuando abandonase la casa por miedo al derrumbamiento, habiendo podido remediarlo, cuando se retrasa en tomar la posesión de la finca y se produce el daño o cuando es él quien se niega a prestar caución y se declara la *missio ex secundo decreto* en favor de un nuevo *missus*.⁵⁶

Si con la *missio ex primo decreto*, el legitimado pasivo de la caución persiste en su negativa, una vez pasado un tiempo prudente determinado por el magistrado según los casos, y existiendo una justa causa,⁵⁷ se procede a la lla-

intercedant, et eam, quae vitium non facit, dicendum, in eam solam partem mitti, si vero unita sit contextu aedificiorum, in totam. Itaque et in spatiosis dominibus melius dicitur, in eam partem domus mittendum, quae vitiosae parti unita est. Ceterum si modica portiuncula aedium amplissimarum vitium faceret, quale erit dicere, totas aedes iubendum possidee eum, cui damni infecti non caveretur, quum sint amplissimae?" En opinión de BRANCA, *Danno temuto*, cit., p. 121, el texto a partir de *itaque* está interpolado.

Vid. también D. 39,2,15,14: "Item quid dicemus, si insula adiacens domui vitium faciat, utrum in insulae possessionem, an vero in totius domus possessionem mittendum sit? Et magis est, ut non in domus possessionem, sed in insulae mittatur."

⁵⁵ Así lo expresa en D. 39,2,15,31 (Lib. 53 ad Ed.): "*Item videamus, si cautio offeratur, posteaquam missus est, an non prius decedere debeat, quam si ei caveatur etiam de eo damno, quod contigit, posteaquam missus est in possessionem. Quod quidem magis probatur; repetita igitur die promittendum erit; hoc amplius de impensis quoque, si quas fecerit, erit ei cavendum."*

⁵⁶ *Vid. D. 39,2,15,35 (ULP. Lib. 53 ad Ed.): "Si quis metu ruinae decesserit possessione, si quidem quum adiuvere rem non posset, id fecit, Labeo scribit, integrum ius eum habere, perinde ac si in possessionem perseverasset; quodsi, quum posset succurrere, maluit relinquere, amisisse eum Praetoris beneficium, neque, si postea succurri sibi velit, audiendum eum. Cassius autem ait, si metu ruinae recesserit, non hoc animo, ut aedificia derelinqueret, restituendum in possessionem non accesserit, si aedificia ruerint, beneficium Praetoris amisisse scribit. Hoc ita accipiendum erit, si venire in possessionem neglexit, non si, dum venit, ruerunt."*

⁵⁷ Tal como se deduce de las palabras de Ulpiano en D. 39,2,15,21 (Lib. 53 ad Ed.), justa causa pudiera ser la sospecha de que el propietario del bien que amenaza con producir un daño, al guardar largo silencio respecto a su situación, parezca que ha abandonado su finca: "*Non autem statim, ubi misit Praetor in possessionem, etiam possidere iubet, sed tunc demum, quum iusta causa videbitur. Ergo intervalum aliquod debet intercedere, quod*

mada *missio in possessionem ex secundo decreto*, consistente en la adjudicación definitiva de la posesión al demandante. Posesión que le da derecho a usucapir la cosa, es decir, el *missus ex secundo decreto*, se convierte desde el mismo momento en que se acuerda concederle la posesión exclusiva de la finca, en propietario bonitario.⁵⁸ Tal situación hace imposible la concurrencia del *missus* con el propietario del inmueble o con quien lo estuviera ocupando en su nombre en virtud de un derecho real sobre dicho bien. Éstos podrán ser expulsados legítimamente por el *missus*.⁵⁹

Para hacer efectivo su derecho a entrar a poseer el bien amenazante, tanto el *missus ex primo decreto* como el *missus ex secundo decreto* disponían del interdicto prohibitorio *ne vis fiat ei qui damni infecti missus erit*. El primero de ellos puede ejercitarlo contra el propietario del fundo y, en general, contra cualquiera que se oponga a la *missio in possessionem* decretada por el pretor.⁶⁰ El segundo, sin embargo, sólo recurrirá al mismo para poder entrar a poseer, ya que como propietario bonitario tiene a su favor la *actio Publiciana* y los demás interdictos posesorios para defender su posesión.⁶¹ Por otro lado, cuando se hubiera producido el daño antes de que el *missus* hubiese podido entrar en posesión por habérselo impedido quien estaba obligado a prestar la

aut pro derelicto aedes longo silentio dominus videatur habuisse, aut immisso in possessionem, et aliquamdiu inmorato nemo caveat.”

En el párrafo siguiente, el jurista afirma que falta la justa causa para que se dé la *missio ex secundo decreto* cuando el propietario se halla ausente por causa de la república o por otra justa causa, o cuando tiene la edad en la que se le suele defender por la ley. Pero si aún así el pretor decide otorgar el segundo decreto, los efectos de éste podrán rescindirse por medio de una *restitutio in integrum*: “*Si forte dominus reipublicae causa abest, aut ex alia iusta causa, aut in ea sit aetate, cui subveniri solet, probandum est non debere Praetorem festinare ad decernendum, ut iubeat possidere sed etsi decreverit, nemo dubitat, in integrum restitutionem indulturum.*”

⁵⁸ En algunos fragmentos del Digesto, la expresión empleada para referirse a la situación en la que es puesto el *missus ex secundo decreto*, es la de *dominium* (D. 39,2,15,16 y 17 y 33). Sin embargo, hemos de afirmar que, como ha puesto de relieve la doctrina, dichos pasajes debieron estar retocados por los compiladores. En Derecho clásico, los magistrados no tenían la posibilidad de conceder directamente el *dominium ex Iure Quiritium*, sino solamente la propiedad *in bonis habere*. Si bien, la desaparición de ésta en Derecho Justiniano no significó que el *missus* pudiera adquirir inmediatamente la propiedad del fundo o de la casa, en este caso se impuso la necesidad de la prescripción adquisitiva. De hecho, en D. 39, 2, 15, 16 se hace mención tanto del dominio como de la prescripción adquisitiva. Todo esto ha llevado a BONFANTE, *Corso*, cit., p. 419, a hablar de “ligereza o despiste” de los compiladores. En el mismo sentido puede verse también SEGRÈ, *Corso*, cit., p. 207. BETANCOURT, *Recursos supletorios*, cit., pp. 36 y 37, ha señalado que la expresión *constituere dominum* que aparece en estos fragmentos no debe entenderse en el sentido estricto de “hacer propietario”, sino como la posibilidad que tiene el pretor de poner al *missus* en situación de llegar a ser propietario por la usucapión.

⁵⁹ *Vid.* D. 39,2,15,23 y 24 (ULP. Lib. 53 ad Ed.).

⁶⁰ D. 43,4,4, pr. (ULP. Lib. 69 ad Ed.): “*Per interdictum etiam ei subvenit Praetor, qui damni infecti ab eo in possessionem missus est, ne ei vis fiat.*”

⁶¹ D. 39,2,18,15 (PAULO, Lib. 48 ad Ed.): “*Non solum autem eum punit Praetor, qui in possessione esse, sed etiam eum, qui possidere passus non fuerit, quum alioquin, si is, qui*

caución, aquél dispondrá de una *actio in factum* para conseguir la indemnización del daño, equiparando su cuantía a la que realmente se debería haber pagado si hubiese mediado la estipulación.⁶²

Para concluir, podríamos afirmar que la *cautio damni infecti* cumple un papel fundamental en el ámbito de las relaciones vecinales, ya que con ella se logra, en la mayoría de los casos, evitar que se produzca un perjuicio al vecino y, aun así, en aquellos supuestos en los que el daño acontece, la estipulación de daño temido supone la vía de solución más coherente para un posible conflicto entre personas de una sociedad cuyo ordenamiento jurídico no reconoció la noción moderna de la responsabilidad objetiva o sin culpa.

⁶² *iussu Praetoris coeperat possidere, et possidendo dominium capere, aut non admissus, aut eiectus inde fuerit, utile interdictum unde vi, vel Publicianam actionem habere potest...*
D. 39, 2, 7, pr. (ULP. Lib. 53 ad Ed.): "...in eum, qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit quae mea est, cautum fuisset".

Dicha acción, en su origen fue penal como lo demuestra el hecho de que Ulpiano le atribuya carácter noxal en D. 39,2,17, pr. (Lib. 53 ad Ed.) y la noxalidad es propia de las acciones penales o de las que en su origen fueron delictuales aunque sean reipersecutorias. Aunque a pesar de ello, la acción es perpetua y transmisible pasivamente. Cfr. BLANCH NOUGÉS, J. Ma., *La intransmisibilidad de las acciones penales en Derecho Romano*, Madrid, 1997.

D. 39,2,15,36 (ULP. Lib. 53 ad Ed.): "Si quis ex hoc Edicto a Praetore in possessionem missus non est admissus, in factum actione uti poterit, ut tantum praestetur ei, quantum praestari ei oporteret, si de ea re cautum fuisset, extenditur enim actio in id tempus, quo delictum committitur."

