

**EL DAÑO TEMIDO SOBRE
COSA PROPIA EN LOS *FURS*
DE VALÈNCIA DE JAUME I**

*The feared damage to own things
in the Furs of València of King Jaume I*

CARMEN LÁZARO GUILLAMÓN

Universitat Jaume I

Resumen: los *Furs de València* del rey Jaume I no contienen una rúbrica relativa al *damnum infectum* como sí sucede en el *Digesto*. Así, no construyen un régimen jurídico sobre el daño temido, sino que lo abordan integrándolo en tres pasajes que solo permiten suponer el régimen de la institución. El trabajo analiza las causas del poco tratamiento en los *Furs* de esta tutela civil preventiva en el contexto de las relaciones de vecindad, a través del análisis de los textos romanos y de los del *ius commune*.

Palabras clave: Daño temido. *Cautio damni infecti*. *Ius commune*. *Furs de València*.

Abstract: the *Furs of València* of King Jaume I do not contain a rubric related to *damnum infectum* as it does in the *Digest*. Thus, they do not build a legal regime on the feared damage, it is addressed by integrating it into three passages, that only allow us to assume the regime of the institution. The work analyses the causes of the scarce treatment in the *Furs* of this preventive civil guardianship in the context of neighbourhood relations, through the analysis of Roman Law texts and those of the *ius commune*.

Keywords: Feared damage. *Cautio damni infecti*. *Ius commune*. *Furs of València*.

SUMARIO: I. Introducción. II. Los textos de los *Furs*. III. Hipótesis procedimental de la *cautio* en los *Furs*. IV. Apreciaciones doctrinales sobre los textos de los *Furs*. V. La *cautio damni infecti* en el *Fuero Viejo de Castilla* y en *Las Partidas*. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Una vez más, una de las líneas de investigación que me describen como romanista y que guían mi trayectoria académica inspira este trabajo.

Se trata de la recepción del Derecho romano desde la reinterpretación y el estudio de sus fuentes en los textos y por los juristas del *ius commune*; más concretamente, cómo se recibió en el Derecho foral histórico valenciano. Esta línea de investigación es deudora de la ciencia, dedicación y ejemplo de mi maestro, el profesor Enrique Gómez Royo¹ († 2020), a cuya memoria se ofrece este volumen; a los siempre acertados y serenos consejos de la que ya hace años es mi colega en nuestra área de conocimiento, la profesora Amparo Montañana Casaní,² atendiendo a sus lecciones en el aula del primer curso de Derecho, cuando la Universitat Jaume I comenzó a serlo, entendí y comprendí qué es ser jurista; y a los profesores de Historia del Derecho de la Universitat Jaume I, Arcadi Garcia i Sanz³ († 1998) y Vicent García Edo,⁴ con quienes hoy las profesoras del área de Derecho Romano y, desde siempre, el profesor Enrique

1. Una de sus últimas aportaciones a la ciencia jurídica, la obra: *Las sedes históricas de la cultura jurídica europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, es buena prueba.

2. Entre otros, los siguientes trabajos: MONTAÑANA CASANÍ, A., *La rescisión por lesión (origen, evolución histórica y recepción del Derecho moderno)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999; «La retribución de las funciones judiciales en los Fueros de Valencia. Estudio de la rúbrica: “del quart e de les penes de la Cort”», en *Estudios de Derecho romano en memoria de Benito M.^a Raimundo Yanes*, vol. 2, A. Murillo Villar (coord.), Burgos, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, 2000, pp. 27-38; «The servitude for sewerage in the Furs de Valencia of King Jaume I: adapting Roman Law to environmental and urban development», *Journal of Modern Science*, 32 (1), 2017, pp. 244-264; «La *laesio enormis* en C. 4, 44, 2 y en *els Furs de Valencia*», en *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, vol. 7, Madrid, Editorial del BOE, 2021, pp. 803-812 (*Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Murcia, Universidad de Murcia, 1998, pp. 341-350); «Régimen jurídico de la responsabilidad por vicios ocultos en el contrato de compraventa en los Fueros de Valencia», en *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, vol. 11, Madrid, Editorial del BOE, 2021, pp.1593-1604 (*La responsabilidad civil: de Roma al Derecho moderno*, A. Murillo Villar (coord.), Burgos, Universidad de Burgos, 2001, pp. 563-572).

3. Quien recoge las principales instituciones del Derecho foral histórico valenciano, a modo de epitome. *Vid.* GARCIA I SANZ, A., *Institucions de Dret civil valencià*, Castellón, Servicio de Publicaciones de la Universitat Jaume I, 1996.

4. Ofrece muestra de la magnífica biblioteca que se ha podido conformar en la Universitat Jaume I gracias a los trabajos y proyectos conjuntos desarrollados desde la mencionada línea de investigación. *Vid.* GARCIA EDO, V., *Aeternum Ius Romanum. Dos estudios de Derecho Romano y ‘Ius Commune’ y una biblioteca jurídica del siglo XVI*, Castellón de la Plana, Servicio de Publicaciones de la Universitat Jaume I, 2022.

Gómez Royo, compartimos proyectos de pasado y de futuro, e intentamos conectar esos dos tiempos en el presente, para que el Derecho no pierda su esencia, ni las normas jurídicas el necesario estudio de sus orígenes a fin de dar respuesta certera al ideal de la Justicia.

Refiriéndonos ya a la institución que se somete a consideración en este trabajo, la *cautio damni infecti*, llama la atención que no sea objeto de rúbrica particularizada en la estructura de los *Furs*. Como es bien sabido,⁵ los *Furs de València* del rey Jaume I siguen la estructura del *Codex* de Justiniano en su ordenación sistemática, por tanto, a simple vista, quizá no deba extrañar que no recojan una rúbrica concreta relativa al *damnum infectum*, puesto que el *Codex* no la contempla. Sí que lo hace el *Digesto* (D. 39.2),⁶ que regula de manera muy completa su régimen jurídico. Quizá la ordenación sistemática y metodológica a imagen del *Codex*, que fue la que dirigió en su momento la elaboración del texto foral, motiva la casi preterición de la institución de la *cautio damni infecti* en los *Furs*.

Sin embargo, como advierte Pacheco Caballero,⁷ parece que los redactores de los *Furs* reelaboraron alguna de las prescripciones contenidas en el *Digesto* a propósito de la *cautio damni infecti*, de forma que, aunque no construyen un régimen jurídico sobre el daño temido como los

5. Como afirman COLON, G., y GARCIA, A., *Furs de València*, 8 vols., Barcelona, Barcino, 1980-1999, del vol. IX COLON G. - GARCIA EDO, V., Barcelona, Barcino, 2002; en este caso, COLON, G., y GARCIA, A., *Furs de València*, cit., vol. I, p. 32, desde la edición de los *Furs* de Francesc Joan Pastor, queda claro que las rúbricas de los *Furs* siguen casi con exactitud el orden del *Codex repetitae praelectionis* de Justiniano en sus nueve primeros libros, puesto que los tres últimos de la obra justiniana forman parte del *Volumen parvum*, siguiendo la división de las ediciones antiguas de la compilación justiniana.

6. A cuya integración sistemática alude C. 1.17.2.7 Imperator Justinianus ad Senatum et omnes populos. «[...] *Post haec ea, quae de operis novi nuntiationibus damnique infecti et pro aedificiis dirutis et eorum insidiis et quae de aqua pluvia arcenda veteribus auctoribus placita sunt, nec non de publicianis et donationibus tam inter vivos quam mortis causa conficiendis cauta legibus invenimus, in librum singularem deduximus [...]*». (a. 533).

7. PACHECO CABALLERO, F., «Derecho valenciano, derecho catalán y recepción del derecho común: reflexiones en torno a la institución de las servidumbres prediales», *Historia. Instituciones. Documentos*, 22, 1995, pp. 371-430, p. 418.

textos del *Digesto*, que tratan profusamente tal figura preventiva,⁸ la referencia dispersa a la caución en algunos pasajes de los *Furs* permite presumir una práctica procedimental y su empleo en determinadas circunstancias. En particular, la *cautio* se alude y explica en un texto de la rúbrica xv del libro IX, *De significatio de paraules*; de manera indirecta, se halla presente en otro texto integrado en la rúbrica XIII de libro III dedicada a las formas de defensa de la propiedad y de la posesión; finalmente, con la concreta alusión a inmuebles que amenazan ruina, la caución se infiere de un pasaje que forma parte de la rúbrica XIV del libro III, *De clavegueres e d'estremeres o d'albellons*. Se anota, además, que en la rúbrica XX del libro IX *De guiatge o de treves* se aprecia una alusión a un eventual daño temido cuando dos de los pasajes de la rúbrica describen el miedo a sufrir daños físicos; sin embargo, por la categoría de los daños que se temen, no son objeto de este trabajo, es más, ambos textos no tienen parangón directo o indirecto en las fuentes romanas.

Este escaso tratamiento de la institución en el texto foral provoca la duda sobre si es el seguimiento de la sistemática del *Codex* la que hace que la *cautio* no se incluya en el texto foral o hay otros motivos, sobre todo teniendo en cuenta que esta *cautio* favorece la ordenación y salubridad de los inmuebles, que iría en consonancia con la preocupación por la ordenación urbanística de Jaume I y de sus sucesores.⁹

Así, el trabajo que abordamos se propone analizar las circunstancias del poco tratamiento en el Derecho foral histórico valenciano de una

8. En la toma de precauciones –*cavere* está el origen de las *cautiones* en general, y de la *cautio damni infecti* en particular–.

9. En efecto, a decir de SERRA DEFILIS, A., «La belleza de la ciudad. El urbanismo en Valencia, 1350-1410», *Ars Longa* 2, 1991, pp. 73-80, p. 74, «Desde comienzos del siglo XIV el *Consell* había emprendido la transformación física y funcional de un medio urbano de raigambre islámica para adaptarlo a un nuevo orden político, una estructura social, una religión y, en definitiva, un modo de vida distintos de los imperantes hasta la conquista cristiana de 1238». En sentido similar, HINOJOSA MONTALVO, J. R., «Espacios de sociabilidad urbana en el Reino de Valencia durante la Edad Media», en *Acta historica et archaeologica mediaevalia (Ejemplar homenaje a la Prof. Dra. Carme Batlle i Gallart)*, 26, 2005, pp. 985-1012, p. 988, «El poder central o municipal dictaba las normas urbanísticas, que dieron como resultado manzanas cuadrangulares y calles abiertas y regulares, aunque la nueva configuración urbana no alcanzó su plenitud sino en el siglo XV». *Vid.* en relación no solo con el urbanismo, sino también con la salud pública MONTAÑANA CASANÍ, A., «The servitude for sewerage...», *cit.*, pp. 248 y ss.

forma de tutela civil inhibitoria en el contexto de las relaciones de vecindad: la proporcionada por la *cautio damni infecti*. A través del estudio del *iter* textual de los textos de los *Furs*, de la doctrina sobre estos y, quizá también, de la comparación con otras fuentes más o menos coetáneas en el panorama legislativo de los siglos XII y XIII, en definitiva, del seguimiento de la reinterpretación de las fuentes jurídicas romanas por los juristas del *ius commune*, se intentará dilucidar las causas del relativo poco tratamiento de esta institución en la norma jurídica foral.

Es conveniente indicar que dejamos fuera de este estudio, sin perjuicio de que se incorporen a futuro en el global de la propuesta de investigación sobre la materia, aquellas actuaciones que ya en Roma vienen dictadas *ex officio* desde la institución administrativa correspondiente ante la inminente causación de un daño por ruina, es decir, no se abordarán supuestos en los que no se deja a la exclusiva autonomía privada la gestión de la amenaza de dicha ruina y, por tanto, del daño temido. Muy probablemente, que el daño que se teme provoque la intervención de la autoridad pública correspondiente, sea el resultado de la evolución de la institución en el sentido que la inicial convención privada preventiva del daño propiciará normas que conformarán lo que, en terminología jurídica actual, se integra en el contexto del Derecho administrativo urbanístico.¹⁰ El núcleo de la investigación y del análisis

10. Entre otros y más allá de la bibliografía clásica: VARELA MATEOS, E., «El grave problema de la conservación de edificios privados en la Roma clásica», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, tomo IV, Madrid, Consejo General del Notariado, 1988, pp. 847-860; MALAVÉ OSUNA, B., *Legislación urbanística en la Roma imperial: a propósito de una constitución de Zenón*, Málaga, Universidad de Málaga, 2000; RODRÍGUEZ LÓPEZ, R., *Urbanismo y Derecho en el Imperio de Justiniano (527-565 d. C.)*, Madrid, Dykinson, 2012; GÓMEZ BUENDÍA, C., «Conservación y estabilidad de los edificios en las fuentes jurídicas clásicas», en A. Fernández de Buján (dir.), G. Gerez Kraemer (ed.), *Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano II*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 207-218; MOLLÁ NEBOT, S., «Disposiciones sobre urbanismo y sistema de multas», en A. Fernández de Buján (dir.), G. Gerez Kraemer (ed.), *Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano II*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 247-259; GUERRERO LEBRÓN, M., «Un modelo de actuación intervencionista *ne ruinis urbs reformetur* en la Roma Imperial», en M.^a del V. Gómez de Terreros, L. Pérez Prat (eds. lit.), *Las ruinas: concepto, tratamiento y conservación*, Huelva, Universidad de Huelva, 2018, pp. 115-126; ZAMORA MANZANO, J. L., «La administración romana en relación al urbanismo sostenible: transformación, obsolescencia y gentrificación», en

en este momento no llega a las causas que provocan que la prevención del daño temido pase desde la gestión privada a la intervención de lo público, de forma que la tutela civil inhibitoria entre particulares pierda eficacia y eficiencia, aunque quizá este estudio permita presumir y anticipar alguna de aquellas causas.¹¹

II. LOS TEXTOS DE LOS *FURS*

Centrándonos en el texto foral y por una cuestión de lógica jurídica, es conveniente examinar la rúbrica dedicada al daño,¹² en concreto: *De dan donat*, rúbrica xvii del Libro III, a pesar de que, evidentemente, en sus textos se regula más bien al resarcimiento del daño que su prevención. Pero puesto que la materia objeto de estudio podría hacer presumir la inclusión de la institución de la *cautio damni infecti* entre las normas que componen esta rúbrica, su revisión es conveniente, sin embargo, se observa que ninguno de sus textos incluye referencia al *damnum infectum*.

Así las cosas, el análisis de los *Furs* ha de ser el de los tres textos que se avanzaban al inicio de este trabajo: el *fur* IX-xv-15, el *fur* III-xiii-12 y el *fur* III-xvi-7.

Por una cuestión de sistemática, puesto que es de rigor que la nota etimológica encabece la composición del régimen jurídico de una institución, comenzamos por el *fur* IX-xv-15, ubicado en la rúbrica xv del

A. Fernández de Buján (ed.), R. Escutia Romero y G. Gerez Kraemer (eds. lit.), *Hacia un Derecho Administrativo, Fiscal y Medioambiental Romano*, tomo IV, Madrid, Dykinson, 2021, pp. 733-760.

11. En efecto, y en relación con la intervención de la autoridad pública local en cuestiones urbanísticas, afirma SERRA DESFILIS, A., «La belleza de la ciudad...», *cit.*, p. 73, que «Dentro del marco legal de los fueros y los privilegios otorgados por la Corona, el *Consell* de la ciudad de Valencia y su brazo ejecutivo, los *Jurats*, estaban en condiciones en el siglo xiv de llevar a cabo una política urbanística independiente de la iniciativa real».

12. Que a decir de GARCÍA I SANZ, A., *Institucions de Dret civil valencià*, *cit.*, p. 31, es la rúbrica que trata de manera general las transgresiones jurídicas y la reparación del daño.

libro IX, *De significatio de paraules*,¹³ texto que alude explícitamente al *damnum infectum*, en particular, el pasaje reza: *fur IX-xv-15* (Iacobus I, rex). *Aquesta paraula: «damnum infectum», significa e contén en si dan que no és feit encara, mas és esperança que-s faça ivaçosament, e enaxí d'aytal dan que no és fet, mas és speranza que-s faça, perillosa cosa és que-l jutge alonch de conèxer e determenar sobre aquell dan que-s poria tost esdevenir.*¹⁴ En el *fur* se concreta que por daño temido se entiende el todavía no producido, pero que, dada la alta probabilidad de que se produzca de manera casi inmediata –*ivaçosament*–¹⁵, no es conveniente que el juez dilate el conocimiento sobre ese daño que podría llegar a producirse. Se trata de una reproducción literal¹⁶ de D. 39.2.2 (Gaius 28 ad ed. provinc.). *Damnum infectum est damnum nondum factum, quod futurum veremur*, al que se añade,¹⁷ a nuestro entender, el espíritu de D. 39.2.1,¹⁸ texto que habilita la jurisdicción del magistrado provincial, además de la del pretor, para conocer de la solicitud de la *cautio*, en todo caso, bajo la advertencia de que cualquier dilación puede hacer que la naturaleza preventiva de la institución pierda su eficacia, ya que el daño puede producirse en cualquier momento. Por tanto, la celeridad y la rapidez de su conocimiento en sede jurisdiccional son absolutamente oportunas (recordemos: *ivaçosament*).

En definitiva, lo que se recoge en el *fur IX-xv-15* es una referencia al daño temido breve, directa y simple que pretende su definición concreta, no hay, por tanto, una mínima alusión al régimen jurídico de la

13. Que es correlativa a la del C. 6.38 y D. 50.16 según COLON, G., y GARCIA, A., *Furs de València, cit.*, vol. VII, p. 189, n. 1, a la rúbrica.

14. En su versión latina: *Dampnum infectum est, quod nondum factum est, sed quod futurum veremur, res itaque dampni infecti, celeritatem desiderat, et periculosa dilatio curie sive iudice videtur ex hac causa sibi iurisdictionem reservaret.*

15. *Ivaçosament* significa rápidamente, así lo constatan COLON, G., y GARCIA, A., *Furs de València, cit.*, vol. VII, p. 193, n. 3 al texto, quienes determina que deriva de *ivars*, esto es, rápido.

16. Siguiendo a COLON, G., y GARCIA, A., *Furs de València, cit.*, vol. VII, p. 193, n. 1, al texto.

17. En concreto, desde [...] *más es* [...], –*res itaque*– en la versión latina, hasta el final del texto.

18. D. 39.2.1 (Ulpianus 1 ad ed.). «*Cum res damni infecti celeritatem desiderat et periculosa dilatio praetori videtur, si ex hac causa sibi iurisdictionem reservaret, magistratibus municipalibus delegandum hoc recte putavit*».

institución, ni una aproximación a cómo se desarrolla en sede jurisdiccional. Tal y como hace presumir la ubicación sistemática del texto en la rúbrica dedicada al significado de las palabras, se limita a definir qué es *damnum infectum* y a advertir de la necesidad de que el magistrado que conozca el caso lo trate con prontitud. Precisamente, es la recomendación de celeridad la que presupone que la denuncia del daño temido va a provocar una intervención jurisdiccional.

La nota sobre la identidad del significado de la *cautio* es manifiesta en el *Casus*, ad D. 39.2.2: «*Dicitur in hac. l. quid sit dicere damnum infectum, et dicit quod damnun infectum est damnum nondum factum: timetur tamen ne fiat. Fran. Accur*». En efecto, en el mismo sentido, en cuanto a la premura de las actuaciones se produce la interpretación de los glosadores,¹⁹ en particular, respecto al concepto de daño temido, así lo recoge claramente el mismo Acursio en el *Casus*, ad D. 39.2.1: «*Dicitur in hac. l. quis est ille iudex qui potest iubere cavere de damno infecto. Et certem non solum Praetores et alii magistratus maximi, sed etiam magistratus municipales ex delegatione sibi an praetore facta. et reddit rationem: primo cum res damni infecti desiderat celeritate*». *Acc.*, y en la gl. *celeritatem*, ad D. 39.2.1: *id est ut cito fiant* [...], es decir, el glosador reinterpreta asertivamente: que las cosas se hagan pronto.

La conexión del *fur* IX-xv-15 con el siguiente texto a analizar viene de la mano de la presupuesta y necesariamente rápida intervención jurisdiccional. En efecto, quizá la pista de esta intervención jurisdiccional nos la ofrezca la referencia al daño que se teme recogida en el *fur* III-xiii-12, ubicado en la rúbrica XIII de Libro III, que lleva por título *En qual manera deu e pot hom recobrar la sua cosa que altre te*,²⁰ por tanto, incluido entre los textos que tratan sobre los medios defensa de la propiedad, siguiendo así una lógica sistemática procesal romana en cuanto a integrar a la *cautio* entre las formas de proteger el dominio. Vayamos al texto: *fur* III-xiii-12 (Iacobus I, rex). «*Aquell qui tendrà o*

19. La edición utilizada es: *Digestum novum seu Pandectarum Iuris Civilis tomus tertius, ex Pandectis Florentinis, Parisiis, apud Sebastianum nivelium*, 1576, pp. 34 y ss.

20. COLON, G., y GARCIA, A., *Furs de València, cit.*, vol. III, p. 199, n. 1 a la rúbrica, corresponde a C. 3.32, *De reivindicacione*.

posseirà cosa moble o no moble o semovent per rahó de comodat, ço és de prest, o per rahó de loger, o serà mès en possessió per guardar la cosa que li serà liurada, per rahó d'alcuna lexa que li serà feita en darrera voluntat, o car alguna fembra tendrà o serà mesa en possessió per nom de son ventre, ço és per rahó de l'infant qui encara serà en son ventre, o car alcú serà mes en possessió d'alcuna cosa de son vehí, per ço car aquel vehí no volrrà assegurar que no vingue dan a l'altre vehí de les cases d'aquel qui seran aparellades de caure, pusquen aqueles cases les quals alguns tendran o posseiran per aytals rahons, a ells ésser demanades, jasia ço que no sien dits verdaders posseïdors. Encara pusquen ésser demanades aqueles coses que tendran o posseiran a tot hom qui haje poder de restituhir o de retre aqueles coses que li seran demanades».²¹

En el texto se concreta que pueden ser demandados a través de la acción reivindicatoria, aunque no sean propiamente verdaderos poseedores, el comodatario, el prestatario, el arrendatario, el depositario, el poseedor de bienes hereditarios, la mujer embarazada que posee determinados bienes en cuanto protege así derechos sucesorios del *nasciturus* y, en lo que a la institución que nos ocupa interesa, la *vindicatio* puede ser intentada contra la persona puesta en posesión de los bienes de su vecino a causa de que este no quiera asegurar que no producirá daño por la amenaza de un inmueble ruinoso —*per ço car aquel vehí no volrrà assegurar que no vingue dan a l'altre vehí de les cases d'aquel qui seran aparellades de caure*—, es decir, al *missus*, que lo es porque no se prestó la *cautio*, se le tiene por poseedor y, por tanto, legitimado pasivamente en la *vindicatio rei*.

Parece que el texto es una adaptación de D. 6.1.9,²² texto ubicado en el título dedicado a la acción reivindicatoria y en el que Ulpiano

21. En su versión latina: «*Quicumque teneat rem mobilem vel immobilem vel se moventem ex comodato, ex conducto aut legatorum servandorum causa, vel quia ventris nomine in possessione esset, vel quia dampni infecti ei non cavebatur, in possessionem missus esset, possit a talibus, quamvis possessores non dicantur, et ab omnibus aliis qui tenent et habent restituendi facultatem, res vindicari*».

22. Siguiendo a COLON, G., y GARCIA, A., *Furs de València, cit.*, vol. III, p. 209, n.1 al texto. D. 6.1.9 (Ulpianus 16 ad ed.). «*Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. Quidam tamen, ut pegasus, eam solam possessionem putaverunt*

atribuye al juez la obligación de indagar si el demandado por la acción reivindicatoria posee, sin importar la causa de su posesión, rebatiendo así la opinión de Pegaso, quien afirma que las personas enumeradas en el texto no son poseedores respecto de la cosa vindicada, sino meros detentadores. Esta cuestión, sumamente relevante en el contexto de la determinación de la legitimación pasiva de la acción reivindicatoria, quizá no lo es tanto para el tema de nuestro trabajo, lo que sí interesa es la cuestión que subyace indirectamente: el poseedor del inmueble ruinoso tiene legitimación pasiva suficiente para el ejercicio de la reivindicatoria puesto que lo es en tanto *missus*, consecuencia de que no se quiso asegurar el daño que pudiera producir dicho inmueble por quien tuviera capacidad para asegurarlo. Por tanto, puede deducirse que la falta de *cautio* provoca el embargo de los bienes ruinosos en favor de quien teme el daño, es decir, un proceso idéntico al de la *cautio damni infecti* romana.

En la reinterpretación del texto la aportación básica la hace la gl. *non possident, ad D. 6.1.9: sed sunt in possessione: ut. § de acqui. pos. l. iii. in fi.*, que aclara asertivamente que los sujetos referidos sí son poseedores como refiere D. 41.2.3.23,²³ texto al que alude la glosa como ejemplo y en el que Paulo afirma que, cuando se posee con autorización del magistrado porque un propietario no presta la caución por el daño temido y transcurre el plazo previsto, previa cognición de causa, la posesión es apta para la adquisición por *longa possessio*.

Recapitulando, el *fur IX-xv-15* contenía una breve referencia al daño temido, directa y simple que pretendía solo su definición concreta, sin alusión al régimen jurídico de la institución, ni aproximación a

hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrobi. Denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. Puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse».

23. D. 41.2.3.23 (Paulus 54 ad ed.). «*Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando iussu magistratus rei servandae causa possidemus, ineptissimum est: nam qui creditorem rei servandae causa vel quia damni infecti non caveatur, mittit in possessionem vel ventris nomine, non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit: et ideo, cum damni infecti non cavente vicino in possessionem missi sumus, si id longo tempore fiat, etiam possidere nobis et per longam possessionem capere praetor causa cognita permittit».*

cómo se desarrolla en sede jurisdiccional. Tal y como hace presumir la ubicación sistemática del texto en la rúbrica dedicada al significado de las palabras, se limitaba a definir qué es *damnum infectum* y solo advertía de la necesidad de que el magistrado que conociera el caso lo tratara con prontitud. El *fur* III-XIII-12 permitía intuir un proceso en cuya virtud se pone en posesión *de les cases d'aquel qui seran aparellades de caure* a quien solicitó la caución no habiéndose prestado esta. Son los inmuebles ruinosos los que enlazan con el siguiente *fur*.

En relación con inmuebles que amenazan ruina, el texto foral de interés es el *fur* III-XVI-7, que forma parte de la rúbrica XIV del libro III, *De clavegueres e d'estremeres o d'albellons*.²⁴ En concreto, recoge que: *fur* III-XVI-7 (Iacobus I, rex). «*Si les cases del vehí seran roïnoses, ço és, que són aparellades de caer, enaxí que si cahien que feessen mal o que donassen dan a les cases de son vehí, aquell vehí qui haurà les cases roïnoses o aparellades de caer sie tengut de calçar e d'adobar aqueles cases o de donar assegurament a son vehí, si negun dan ni negun mal li'n venie per rahó d'aqueles cases si cahien*». ²⁵ Esto es, si las casas del vecino amenazan ruina, el propietario de estos inmuebles está obligado a *calçar e adobar*, es decir, repararlos, o bien asegurar que resarcirá el daño –*donar assegurament*– si se produce. Afirman Colon y Garcia²⁶ que el texto foral integra el tenor de D. 39.2.4 y 9. Evidentemente, la recepción es clara, pero en ningún caso literal, puesto que el pasaje de los *Furs* no es más que un resumen del contenido de los textos del *Digesto* que construyen mucho más minuciosamente la casuística y el régimen de la *cautio*. El texto foral se limita a describir de manera asertiva y breve el contexto de la caución, incluso yendo más allá: si las casas que amenazan ruina no se reparan, su propietario está obligado a asegurar que cubrirá el eventual daño en caso de que se pro-

24. A decir de COLON, G., y GARCIA, A., *Furs de València, cit.*, vol. III, p. 218, n. 1 a la rúbrica, esta no tiene correlación en el *Codex*, sí se corresponde con D. 43.23, *De cloacis*.

25. En su versión latina: «*Si domus vicini minentur ruinam, ita quod ex illa ruina possit vicino in domibus suis dampnum contingere, vicinus domos suas ruinosas fulcire teneatur, vel vicino cautionem prestare de dampno illi futuro, si forsan ex ruina illa dampnum sibi contingeret*».

26. COLON, G., y GARCIA, A., *Furs de València, cit.*, vol. III, p. 225, n. 1, al texto.

duzca.²⁷ Es decir, si el inmueble ruinoso no se repara, el *assegurament*²⁸ comporta la adopción de determinadas medidas en previsión de daños futuros que pueda causar dicho inmueble que, de producirse, serán reparados en virtud de dicho *assegurament*. Y como se advertía, añadiendo además una posibilidad que no contemplaba el Derecho romano: que repare los inmuebles que amenazan ruina.

III. HIPÓTESIS PROCEDIMENTAL DE LA *CAUTIO* EN LOS *FURS*

Estos tres textos de los *Furs* solo permiten suponer cuál sería el procedimiento que seguiría la solicitud del ciudadano que temiera daños causados por inmuebles ruinosos. El proceso concreto no es descrito tan prolijamente como lo hace el *Digesto* (no olvidemos que sigue la estructura del *Codex*). Sin embargo, muy probablemente, aunque con matices, se seguirían las pautas procedimentales descritas por la *cautio* romana recogida en la rúbrica del *Digesto* D. 39.2, *De damno infecto et de suggrundis et proiectionibus*.

La *cautio damni infecti* ha sido profusa y magníficamente tratada por la doctrina romanística como se ha avanzado y, por tanto, no corresponde un nuevo análisis, nos remitimos a ella, sin embargo, sí que se aludirá a la estructura del régimen romano de la *cautio* y su procedimiento, en tanto ayude a comprender y construir el patrón del procedimiento de la institución del texto foral.

27. Como advierte PACHECO CABALLERO, F., «Derecho valenciano...», *cit.*, p. 418, se trata de una reelaboración de alguna de las prescripciones de D. 39.2. Añade el autor que en las *Costums de Tortosa* (CT 3.11.18 y 3.11.12), se alude a la institución de manera similar, aunque quizá con más detalle.

28. *Vid. s.v. assegurament*, disponible en: <https://www.enciclopedia.cat/gran-enciclopedia-catalana/assegurament> (última consulta: 7 de enero de 2023), en particular «Forma de tutela jurídica que comporta l'adopció de determinades mesures permeses per la llei en previsió de futurs danys o perjudicis que pugui sofrir el bé jurídic assegurat». *Vid.* igualmente *s.v. assegurament*, en HINOJOSA MONTALVO, J., *Diccionario de historia medieval del Reino de Valencia*, tomo I, Valencia, Biblioteca Valenciana, 2002, p. 241: «Aseguramiento. En el Justicia Civil aseguramiento de bienes por deudas, sacas de prendas, por deudas demandadas. Vide: Tuición»; y *s.v. tuicions*: «Gestiones judiciales para asegurar los bienes del demandado [...]», HINOJOSA MONTALVO, J., *Diccionario...*, *cit.*, tomo. IV, p. 300.

En los *Furs* queda claro que se teme que el estado ruinoso de un edificio contiguo cause un daño al inmueble lindante (particularmente, *vitium aedium* más que *vitium loci*, puesto que la alusión siempre es a la casa), hasta aquí, nada difiere del Derecho romano, sin embargo, no incluye el texto foral en su escasa regulación –aunque sí lo hacen los del *Digesto*– el daño temido por las obras que, aunque de manera legítima, realiza el vecino (*vitium operis*) y hacen temer el daño, distinguiendo en este último caso que la obra ya esté realizada (*opus iam factum*), o que la obra se esté efectuando (*operis quod fit*).

A decir de Fernández Cabanas,²⁹ en Roma, la cotidianeidad de las construcciones ruinosas fuerza la creación de una completa regulación de la institución desde un punto de vista exclusivamente privado, es decir, cuando se temía sufrir daños en el inmueble propio a causa de derrumbamientos en el vecino, se podía obligar al propietario a realizar una estipulación, bien voluntariamente, que sería quizá la práctica más arcaica entre particulares, bien frente al pretor, muy probablemente como resultado del acogimiento por el magistrado en su edicto de aquel compromiso de reparación privada, cuya finalidad seguía siendo asegurar la reparación del daño si es que llegaba a producirse, en esta ocasión con fundamento en la estipulación que las partes se hubieran prestado ante él.³⁰ En efecto, tanto Rudorff:³¹

29. FERNÁNDEZ CABANAS, J. J., *La responsabilidad extracontractual por ruina de los edificios. El régimen de los artículos 1907 y 1909 del Código Civil*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2019, p. 31.

30. Muy probablemente, como afirma VON WOESß, F., «Die prätorischen Stipulationen und der römische Rechtsschutz», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – ZSS–*, 53, 1933, pp. 372-408, p. 375, como resultado de la forma en la que los romanos concebían el proceso y el origen de las obligaciones, esto es, como un acto voluntario y consensuado de las partes en cuanto al sometimiento a lo que decida o disponga un árbitro sobre su conflicto y no tanto por el principio de cobertura o *Verdeckungspinzip*, en cuya virtud se insertarían funciones nuevas a órganos ya existentes para cubrir nuevos ámbitos. Vid. ALBA CRESPO, J. J., «De la *cautio damni infecti*, al interdicto de obra vieja y las medidas precautorias», en C. Rascón García (coord.) *III Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, León, Universidad de León, 1998, 431-461 (*Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo, IV Derecho Procesal Romano*, Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, 2021, 1651-1681), p. 432.

31. RUDORFF, A. F., *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsia, Heitzelium, 1869, p. 257.

Damni infecti stipulatio, como Lenel:³² *De damno infecto*, la incluyen entre las estipulaciones pretorias.³³ Particularmente D 39.2.19.1³⁴ destaca el cuño pretorio de esta institución preventiva, de tal forma que el magistrado, previa *causae cognitio*, obligaba al dueño de la cosa que amenazaba ruina a comprometerse, mediante una estipulación garantizada, a indemnizar el posible perjuicio al propietario³⁵ que sentía la amenaza. De no hacerlo, se ponía al amenazado en posesión de la cosa que amenazaba (*missio in possessionem ex primo decreto*) como medio de coacción para que se celebrase la estipulación o se abandonase la cosa, esta concesión le otorgaba una especial posición de custodia merced a esta tenencia.³⁶ Si la coacción no producía

32. LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum. Ein versuch zu Seiner Wiederherstellung*, 3.^a ed., Leipzig, Tauchnitz, 1927, p. 551.

33. Según el *ius civile*, si una construcción causaba un perjuicio en el fundo vecino, independientemente de su causa (ruina, negligencia...), el perjudicado no podía exigir más que el abandono de los escombros hasta el punto de que esa *derelectio* provocaba que el propietario de la casa arruinada no fuera obligado a retirarlos. Parece que sí era posible el resarcimiento del daño según desprende de Gai. IV.31, pero el texto está incompleto, parece que el origen remoto de esta caución se encuentra en una *legis actio damni infecti*, que permitiría sancionar con una *pignoris capio* al dueño de la cosa que amenazaba peligro y que no conviniera con el vecino a indemnizar por los daños futuros, o imponerle una condena pecuniaria, o permitir la defensa privada o incluso, ordenar una cesión. La pena pecuniaria debió ser insuficiente, y que el perjudicado podía retener los escombros hasta que se pagara el daño tampoco proporciona resarcimiento apropiado. Vid. BRANCA, G., *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova, Cedam, 1937, pp. 11 y ss. Sobre una *actio damni infecti*, vid. BRANCA, G., «Sulla terminología actio damni infecti», en E. Albertario (ed.), *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, pp. 159-210, p. 160.

34. D. 39.2.19.1 (Gaius ad ed. pu. de damno inf.). «Sive aedium vitio sive operis, quod vel in aedibus vel in loco urbano aut rustico, privato publicove fiat, damni aliquid futurum sit, curat praetor, ut timenti damnum caveatur».

35. Posteriormente se amplió al superficiario, al usufructuario, al titular de una servidumbre predial, al enfiteuta, al acreedor pignoraticio (aunque Marcelo se la niega), al arrendatario, al comprador cuando no releva al vendedor de la diligencia debida y al donatario. En cuanto a los obligados a darla, si se trata de *vitium* en el lugar o en el inmueble, el obligado es el propietario del fundo, aunque también podía pedirse al poseedor de buena fe, al superficiario, al enfiteuta, al usufructuario, al acreedor pignoraticio e incluso al *missus in possessionem ex secundo decreto*.

36. VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. de Jesús Daza Martínez, Madrid, Civitas, 1986, p. 376.

efecto, el magistrado dictaba un segundo decreto confirmando la posesión del reclamante (sin que ya sea posible el ofrecimiento de la *cautio* en este estadio); ese título le habilitaba para comenzar a usar la cosa y quedaba así amparado por los correspondientes interdictos, por la acción publiciana y, además, por la *exceptio doli* y por una acción ficticia contra quien impedía la aprehensión de la cosa que imponía al juez condenar como si el demandado hubiera prestado la *cautio damni infecti*, al pago de una suma de dinero igual a la que se habría obligado por la estipulación.³⁷ A decir de Alba Crespo,³⁸ la *missio ex secundo decreto* exige y se fundamenta en una *iusta causa*: la convicción del pretor o del gobernador de que no será cumplida y esa apreciación queda a su discreción. El *missus* posee exclusiva y excluyentemente de forma que su posesión tenía carácter definitivo y no podía ser revocada, aunque se prestara la caución.

El proceso debía ser similar en los *Furs* en tanto se desprende del *fur* III-XIII-12 que el perjudicado es puesto en la posesión de los bienes si quien ha de estipular que resarcirá el daño que se teme, no estipula. Es más, es obligatorio estipular que, si no repara las casas ruinosas (eso sí que es exclusivo del texto foral), se resarcirá el daño que produzcan como dispone el *fur* III-XVI-7 (*assegurament*), es decir, que el responsable del inmueble ruinoso resarcirá el perjuicio causado con sus bienes. Este proceso se incoa frente al juez y de manera urgente³⁹ como se desprende del *fur* IX-XV-15, de lo que se deduce que la promesa entre partes (*assegurament*) se produce judicialmente y, de no ser así, el juez despliega el efecto de no prestación de la garantía de resarcimiento si se produce el daño, que no es otro que el del embargo sobre los bienes que amenazan ruina en favor del que teme el perjuicio. Se vislumbra, en cualquier caso, un mecanismo extraprocesal que hace

37. Recordamos que la *missio in possessionem ex primo decreto* solo proporcionaba *custodia et observatio* (D. 39.2.15.20 y 23) y, aunque no estaba obligado a reparar, podía hacerlo, y si lo hacía disponía del *ius retentionis*. En el derecho justinianeo la *custodia et observatio* se transforma en verdadera posesión que se convierte en *dominium* con el segundo decreto.

38. ALBA CRESPO, J. J., «De la *cautio damni infecti*...», *cit.*, p. 436.

39. Como en Roma, razones de urgencia hacen que baste al pretor verificar la legitimación del requirente y, además, exigirle el *iuramentum calumniae* (D. 39.2.7pr y D. 39.2.13.3) que no se exige en Derecho foral.

que la relación entre las partes, desde el compromiso de resarcimiento, sea la de sujeto activo y pasivo de una obligación *sub conditione*: que se produzca el daño.

IV. APRECIACIONES DOCTRINALES SOBRE LOS TEXTOS DE LOS *FURS*

En la doctrina de la época foral, ha sido complicado hallar referencia a la *cautio*, de hecho, solo hemos sido capaces de verificar algunas notas en la obra de Taraçona, de Ginart y de Bas i Galcerán.

Taraçona,⁴⁰ integrando la idea de resarcimiento del daño, es decir, partiendo de la idea de que el daño o la causación del daño se relaciona con el resarcimiento antes que con la prevención, incluye el *damnum infectum* en el título XXIX del Libro II dedicado a *De dany dat*, en concreto, recoge el jurista que *Damnum infectum, es lo dany que no es fet, mas es perillos de ferse, y perço lo jutge deu esser prest en conenxer ne. Com la tardança en cas de necessitat sia perillosa. Y lo que cerca de fugir lo dany, millor dret te la cosa, sobre la qual es questio, que no qui cerca de traure profit*. En la parte inicial de su doctrina, la referencia es al *fur IX-xv-15* que, recordemos, era el que definía el concepto de daño temido. Taraçona recoge la definición de manera exacta y amplía la referencia a la necesidad de rapidez en la gestión, puesto que la demora aumenta el peligro de que el daño efectivamente se produzca. Cierra el texto con la idea de que tiene mejor derecho sobre la cosa que puede causar daño quien lo previene que aquel que solo la disfruta, con clara alusión a la posición del acreedor de la promesa de reparación de daño que, de no producirse, lo sitúa como poseedor del inmueble ruinoso.⁴¹

40. TARAÇONA, P. H., *Institucions dels Furs, y Privilegis del Regne de Valencia*, Valencia, en la estampa de Pedro de Guete, 1580, p. 283.

41. En concreto, en esta última frase el jurista cita el *fur VI-vii-3 (Iacobus I, rex)*. «*Lo hereu del defunct és obligat a tots los creadors del defunct que pach tots los deutes, los quals lo defunct los devie. Mas lo legatari a qui lo defunct lexà alcun camp o alcuna altra cosa singular, no és obligat a pagar los deutes del defunct. Mas si la heretat no bastarà a pagar los deutes, los creadors del defunct poden demanar als legataris aquell camp o aquella cosa que-l defunct los haurà lexada, entrò que a*

Ginart,⁴² de manera muy concisa refiere que *Damnum infectum*, significa *dany que no es fet encara, mas se espera que es fara*, citando en concreto el *fur IX-xv-15*. Propiamente, en relación con los inmuebles que amenazan ruina, advierte de que *Cases ruynoses dehuen ser reedificades, o donada seguretat per lo amo del dany que poden fer al vehi*,⁴³ en clara alusión a la *cautio* y en concordancia con lo dispuesto en el *fur III-xvi-7*.

Bas y Galcerán, en el capítulo dedicado al *Decretum ad reparandas domus, et aedificia dirusa reaedificanda*,⁴⁴ referido a inmuebles ruinosos que son inhabitables debido a su estado, recoge que, precisamente por esa causa, sobre ellos pesan determinadas órdenes dictadas por la autoridad administrativa en cuanto a su reparación a los efectos de habitabilidad y, sobre todo, para no ir en perjuicio de acreedores hipotecarios si es que los hubiere.

En definitiva, en la doctrina se percibe la deriva de la institución hacia lo público, Taraçona y Ginart, de manera muy concisa parafrasean lo recogido en los textos de los *Furs* y, especialmente, Taraçona pone el peso del daño en la culpa y, por tanto, en el resarcimiento, más que en la prevención. Bas y Galcerán, algunos decenios después, recoge las consecuencias de la exclusiva intervención administrativa en los casos de inmuebles ruinosos, sin que la autonomía privada o los acuerdos entre partes sean tenidos en cuenta en los supuestos de posibles daños ni, por supuesto, en su prevención.

*ells sia satisfet dels deutes que a ells aquell defunct devia, car e-ls béns que foren del defunct mellor rahó han e mellor dret los creedors que-s treballen per lur dan a esquivar, que no han los legataris que-s treballen per lur prou a fer», del que nos interesa igualmente la última parte, en tanto sirve al jurista para confirmar quién tiene mejor derecho, en el caso del *fur VI-vii-3* los acreedores de la masa hereditaria incluso frente a los legatarios y, en el caso de la *cautio*, quien es acreedor porque pretende prevenir un daño.*

42. GINART, N. B., *Repertori general y breu sumari per ordre alphabetich de totes les materies dels Furs de Valencia, fins les Corts del Any 1604 inclusive, y dels Privilegis de la dita Ciutat y Regne*, Valencia, en casa de Pere Patricio Mey, junt a S. Martí, 1608, p. 71

43. GINART, N. B., *Repertori general...*, cit., p. 38.

44. BAS I GALCERAN, N., *Theatrum iurisprudentiae forensis Valentiae, romanorum iuri mirificie accomodatae, Valentiae, ex Typ. Laurentii Mesnier, coram Diputationis Domo*, 1690, pp. 293 y ss., en particular: *Pars I, Caput XX, Decretum ad reparandas domus, et aedificia dirusa reaedificanda*.

V. LA CAUTIO DAMNI INFECTI EN EL FUERO VIEJO DE CASTILLY EN LAS PARTIDAS

El *Fuero Viejo de Castilla*,⁴⁵ en particular un texto ubicado en el libro IV, título V, ley II, rubricada: *De las labores nuevas e viejas e de los daños que viene de ellas: [...]*, dispone: «*Si algund omne oviere casa encostada, que la deve adovar, por que las casas otras çerca della non rresçiban danno. Otrósí, si casa ovier un omne, e fuere acostada, dévela adovar, porque aquellas otras casas de cerca della non rresçiban danno. E si después quel fuer mostrado, non lo quisiere adovar, e danno viniere a las otras casas de cerca, deve pechar todo el danno el duenno de la casa [...]*». En el texto está clara la opción, tal y como hacían los *Furs*: o bien la casa ruinosa ha de ser reparada⁴⁶ a fin de evitar posibles daños, o bien en caso de que no sea reparada y se produzca el perjuicio el propietario ha de asumir la obligación de resarcirlo.

A decir de Alba Crespo,⁴⁷ parece que la obligación surge de la propia ley –*dévela*– es decir, que pesaría sobre el propietario del edificio la obligación de hacer, a la que tanto se resistió el Derecho romano basado en la tutela preventiva. Así, si el propietario del inmueble ruinoso *fuer mostrado*, es decir, si fue puesto en su conocimiento que el estado del inmueble podía causar daño y omitió repararlo, ha de resarcirlo, de forma que la puesta en conocimiento del estado ruinoso parece que lo coloca en una especie de situación de dolo en tanto conoce el peligro que su casa puede causar.

En el texto no hay una referencia a una situación coactiva como la del embargo al negarse a prestar la caución o promesa de resarcimiento,

45. Texto obtenido de la edición de ALVARADO PLANAS, J., OLIVA MANSO, G., *Los Fueros de Castilla*, Madrid, *Boletín Oficial del Estado*–Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 589. La ley continúa: «*Otrósí, si menester oviere de subir canales o madera para aquellas casas adovar, dévelas subir por las casas que fueren más çerca de aquellas que fueren más de adovar. E quando la suya oviere adovado, si algund danno fiziere en la otra casa, dévelo adovar todo*».

46. s. v. *Adobar*: componer, arreglar, reparar, abastecer, adornar, hermohear. *Vid. Tesoro de los diccionarios históricos de la lengua española*. Disponible en: <https://www.rae.es/tdhle/adobar>, p. 210 (última consulta: 3 de abril de 2022).

47. ALBA CRESPO, J. J., «De la *cautio damni infecti*...», *cit.*, p. 437.

de forma que, en sentido estricto, no hay prevención, sino castigo de una conducta omisiva que fue la de no reparar cuando se avisó del peligro.

En *Las Partidas*,⁴⁸ el título XXXII de la *Partida III*, trata de *las labores nuevas, como se pueden embargar que non se fagan; é de las viejas que se quieren caer, como se han de facer, e de todas otras labores*, en particular, la obligación de mantener en buen estado los edificios y repararlos, aparece consagrada en forma expresa, se recoge una obligación general de conservación de los edificios situados en una villa o lugares poblados en atención a la prevención de daños que pudiera provocar un mal mantenimiento, bien por actuación positiva (culpa) u omisiva (dejadez) –*Partida 3.32.24 y 25*–. Dado este deber de buena conservación de los edificios, quien teme sufrir perjuicio por el estado ruinoso de las casas vecinas, puede ejercer el derecho de solicitar su restauración (cuestión ajena a la *cautio* del Derecho romano) o la prestación de la correspondiente garantía en cuanto a resarcimiento del daño si es que llega a producirse.⁴⁹

En particular, se dispone en la *Partida 3.32.11*: «*Como cuando edificio de alguno cayesse sobre casa de otro ante que sea dello dada querella al judgador del, non es tenuto de refazer el daño que de y viniere. Cayendo edificio de algun ome sobre casa de otro antes que fuesse dada quereella dello al judgador: maguer fiziessse daño non seria tenuto aquel cuyo era de lo pechar. Pero si el quisiessse llevar la teja, e la madera, e ladrillo que cayera sobre la casa, o el suelo de su vezino, e dexasse las ripias, e la tierra non lo podria fazer. Ca todo lo que cayo deve levar a su costa, e a su mission, o todo lo deve dexar a pro del que recibio el daño*». Como recoge el texto, el amenazado debía denunciar ante el juez⁵⁰ el mal estado de las construcciones vecinas, pues de no mediar querella en este sentido, no se iniciaría actuación pública alguna ni el propietario del edificio ruinoso vendría obligado a resarcir el daño

48. Edición facsímil de la de la Imprenta Real de 1807. *Las Siete Partidas*, Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, 2011.

49. ALBA CRESPO, J. J., «De la *cautio damni infecti*...», *cit.*, p. 438.

50. A diferencia del sistema romano, no se incluye el *iuramentum calumniae* para poner en movimiento el aparato judicial, pues el juez, ante la denuncia, procede a la constatación directa de los hechos, asistido por personas idóneas y conocedoras de la materia sobre daño temido.

causado por su caída. Es decir, solo la *querella al iudgador* evita que se considere que el daño sucedió fortuitamente.⁵¹

Si el derrumbe se produce antes de que el amenazado hubiese presentado *querella* ante el juez, el propietario de la casa ruinosa que se ha derrumbado no está obligado a resarcir los daños causados, aunque si quisiera recuperar los materiales útiles o valiosos caídos sobre el fundo vecino, no podrá dejar abandonados los inútiles, habrá de retirar a su costa todos los materiales vertidos, de lo contrario, los abandona todos en favor del vecino dañado.⁵²

Particularmente, se alude a la *cautio damni infecti* en la *Partida* 3.32.10: «*Como las lavores nuevas o viejas quando se quieren caer, las deven reparar o derribar. Abrense a las veces las lavores nuevas, porque se fienden los cimientos, o porque fueron fechas falsamente, o por flaqueza de la labor. E otrosi los edificios antiguos fallecen e quieren se derribar por vejez; e los vezinos que estan cerca dellos têmense de recibir ende daño. Sobre tal razon como esta dezimos que el iudgador del logar, puede e debe mandar a los Señores de aquellos edificios, que los enderecen, o que los derriben. E porque mejor se pueda esto fazer, debe el mismo tomar buenos maestros, e sabidores deste menester, e yr al logar do estan aquellos edificios de que se temen los vecinos, e si el viere et entendiere por aquello que le dixieren los maestros que están a tan mal parados que non se pueden adobar, o non lo quieren fazer aquellos cuyos son, e que ligeramente pueden caer et fazer daño. Estonce debe mandarlos derribar. E si por aventura non estoviessen tan mal parados, dévelos apremiar que los enderecen, e que den buenos fiadores a los vecinos, que no les venga ende daño. E si atal fiadura como esta non quisiesse fazer, o si fuesse rebelde non los queriendo reparar: deben los vezinos que se querellaban, ser metidos en tenencia de aquellos edificios que se quieren caer, et dar gelos por suyos, si el dueño del edificio durare en su rebeldia fasta aquel tiempo, que ellos lo ayan a adobar, o a derribar por mandado del iudgador. Otrosi dezimos que si el dueño del edificio diesse recabdo a los vecinos que se temen del, de les pechar el daño que ende*

51. Puesto que se excluye toda responsabilidad cuando el daño se produce por el hecho de la naturaleza.

52. Similar a aquel ejercicio del derecho de retención sobre las ruinas o escombros caídos en el fundo, propio del Derecho romano.

recibiesen, si el edificio se cayese por flaqueza de si mismo, e non por ocasión, estonce seria tenuto de pechar el daño a que se obligara. Mas si el edificio se derribasse por terremoto, o por rayo, o por gran viento, o por aguaducho, o por alguna otra ocasión semejante, estonce non seria tenuto de pechar el daño que por el viniesse».

Como se observa, hay elementos concordantes con la *cautio romana*, en particular, se alude al daño temido –*los vezinos que estan cerca dellos témense de recibir ende daño*–, se recoge la ruina del edificio vecino⁵³ –*E otrosi los edificios antiguos fallecen e quieren se derribar por vejez*–, se concreta la caución preventiva –*que den buenos fiadores a los vecinos, que no les venga ende daño*–, y finalmente la puesta en posesión del bien que amenaza ruina por parte del vecino ante la falta de caución del dueño del edificio –*deben los vezinos que se querrellaban, ser metidos en tenencia de aquellos edificios que se quieren caer, et dar gelos por suyos, si el dueño del edificio durare en su rebeldia fasta aquel tiempo*–. Queda claro que en esta parte *Las Partidas* reproducen el *Digesto*, pero se apartan del antecedente romano al imponer al propietario de una construcción ruinoso la obligación de realizar en ella las construcciones necesarias o, en caso de que esto no sea efectivo para evitar su caída, proceder a su demolición.⁵⁴ En efecto, a decir de Fernández Cabanas,⁵⁵ una vez presentada la *querella ante el*

53. Bien entendido que *las labores nuevas* se derrumban por vicios en construcción, y *las labores viejas o edificios antiguos* lo hacen por su antigüedad. De hecho, como recoge DOMINGO DE MORATÓ, D. R., *El derecho civil español con las correspondencias del romano*, Pamplona, Analecta, 2002, pp. 313 y ss., facsímil de la edición de 1877, se distingue entre «interdicto de obra nueva» cuya finalidad es la suspensión de la obra a no ser que se prestase la «caución demolitoria» y el «interdicto de obra vieja», dirigido a proveer la reparación o la demolición o, en su caso, que se preste la *cautio damni infecti*.

54. Así lo señala Gregorio López en su glosa a esta ley: «*Si vicinus timet damnum domus vicini ruinosae; iudex, si est domus irreparabilis, debet iubere domino eam demolire. Si autem est reparabilis coget Dominus domus ruinosae ad refectionem; vel ad praestandum fideiussorem vicino de damno infecto. Si autem recusat cavere, aut in termino ad iudicem assignato reparare recuset: ruinoso domus dabitur vicino timenri ruinam. Si tamen domus casu fortuito cadat: non tenetur dominus de damno, nisi vitio domus corruisset. Hoc dicit*».

55. FERNÁNDEZ CABANAS, J. J., *La responsabilidad extracontractual...*, cit., p. 65.

judgador, *Las Partidas* ofrecen una doble opción al obligado: o endeuzar el edificio o demolerlo a arbitrio del Juez, que habrá de resolver entre ambas posibilidades en función de las circunstancias y escuchada la opinión de expertos.

A decir de Alba Crespo,⁵⁶ esta obligación de reparar el edificio ruinoso marca una diferencia importante con el régimen romano del *damnum infectum*, ante la amenaza de derrumbe, el vecino que teme sufrir daño por tal causa puede pedir que el riesgo sea apartado mediante la demolición, reparación o afianzamiento de los eventuales perjuicios. Cuando la casa ruinoso no es susceptible de reparación, no cabe otra alternativa que demolerla. Si el inmueble admite reparaciones, cabe la posibilidad de repararlo o dar caución por el daño temido.⁵⁷

Es la resistencia del vecino a reparar o afianzar, la que determina la *missio in possessionem* en favor del amenazado. Dicha *missio* no constituye una verdadera posesión sino a partir del segundo decreto, pues en la *Partida* 3.30.15, se dice que la pérdida de la posesión por parte del dueño del edificio ruinoso se opera *si durare en la rebeldia*. La *missio in possessionem* se configura como un medio de garantizar aquel derecho de exigir la reparación del edificio, de la que el propietario podría eximirse abandonándolo.

A decir de García Goyena,⁵⁸ *Las Partidas* sí que consagran un sistema de prevención del daño que se desarrolla en un contexto privado, son las partes las que reparan, aseguran, afianzan..., sin intervención de potestades administrativas más allá de las de tutelaje del proceso. Sin embargo, y siguiendo la opinión de Fernández Cabanas,⁵⁹ en *Las Partidas* se produce una evolución del concepto de culpa como fundamento

56. ALBA CRESPO, J. J., «De la *cautio damni infecti*...», *cit.*, 439.

57. En cuanto a la forma de la caución, simplemente se habla de dar buenos fiadores, en este sentido *vid.* ALBA CRESPO, J. J., «De la *cautio damni infecti*...», *cit.*, 439. En efecto, en *Las Partidas* se recoge que «*cautio en latín tanto quiere dezir, como aseguramiento que el debdor ha de fazer al señor del debdo, dando fiadores valiosos, o peños (Partida 7.33.10), y que fiador tanto quiere dezir, como orne que da su fe, e promete a otro, da dar, o de fazer alguna cosa, o por mandato, o por ruego de aquel, que le mete en la fiadura*» (*Partida* 5.12.1), de lo que se deduce que la caución por el daño temido no puede constituirse simple promesa sino que es necesario afianzar.

58. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, tomo I, Madrid, Imp. de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852, p. 461.

59. FERNÁNDEZ CABANAS, J. J., *La responsabilidad extracontractual*..., *cit.*, p. 32.

del deber de reparar, es decir, la responsabilidad por reparar los daños causados incluye a la que se tiene por los que provocan cosas ruinosas.

VI. CONCLUSIONES

Como acertadamente recoge Bonfante,⁶⁰ en el Derecho romano clásico, el daño causado por una cosa inanimada (en nuestro caso, un inmueble ruinoso), no es fuente de obligación en tanto esta solo puede surgir de un acto voluntario, así, la ruina de un edificio vecino que cause daños en el mío, o cuando la actividad realizada por el vecino en ejercicio lícito de su derecho cause perjuicio en mi inmueble, he de sufrir el daño, pues procede de una actividad legítima y no culposa del vecino. Pero el genio romano hace que la obligación pueda nacer *ex variae causarum figurae* (D. 44.7.1pr)⁶¹, de tal forma que la culpa es sustituida por otras fuentes como el riesgo o el deber de garantía. Es el caso del daño que pudo preverse, alcanzándose la solución a través de la *cautio damni infecti*, que permitió al particular gestionar su propio riesgo *in iure*,⁶² en efecto, en origen no parecen resarcibles los daños producidos por un inmueble que amenaza ruina puesto que no es posible en este contexto la culpa aquiliana,⁶³ pero se propicia el acuerdo privado de resarcimiento con carácter preventivo, no existiendo otro mecanismo que posibilite el resarcimiento del daño, sin necesidad de culpa,⁶⁴ y además, lo legitima *in iure*.

Sin embargo, esta gestión privada de los perjuicios que se dan entre vecinos decae, a decir de Fernández Cabanas,⁶⁵ a partir del siglo III

60. BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano, II, La proprietà, Parte I*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 383.

61. D. 44.7.1pr (Gaius 2 Aurcorum). *Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*.

62. FERNÁNDEZ CABANAS, J. J., *La responsabilidad extracontractual...*, cit., p. 42.

63. BRANCA, G., *Danno temuto...*, cit., p. 137; GUTIÉRREZ MASSÓN, L., «Agere cum retentione ad effectum solutionis», en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 22, 2009, pp. 155-189.

64. Que no hay que confundir con la culpa objetiva, puesto que esta contempla un daño ya hecho, no la prevención de un daño futuro como ocurre con la *cautio*.

65. FERNÁNDEZ CABANAS, J. J., *La responsabilidad extracontractual...*, cit., p. 31.

d. C., en aquel momento las providencias de las autoridades administrativas fueron suficientes para regular preventivamente el daño que pudiese derivar de la mala conservación de las construcciones, lo que ocasionó el declive de la *cautio damni infecti*, que acabó confundándose con aquellas, especialmente a partir de la desaparición del procedimiento formulario a finales del siglo IV d. C.⁶⁶

Así, a pesar de que la *cautio damni infecti* fue revivida por los glosadores y, posteriormente, por los comentaristas,⁶⁷ como afirma Amaral Santos,⁶⁸ todavía más a partir de los *Commentaria* de Bartolo de Sassoferrato, la *cautio* se distancia de la fuente romana integrándose en el concepto de culpa, al entenderse que el obligado incurría en *culpa in omittendo* cuando, instando a conservar sus edificaciones, no lo hiciese.

Es esta la tendencia que se observa en los *Furs de València* que, además de que no recogen la rúbrica concreta al nutrirse sistemáticamente de los libros y títulos del *Codex*, los pocos textos de los *Furs* dedicados a la *cautio* acogen la tendencia de llevar la causación del daño a la culpa. Y no solo eso, la doctrina posterior (recordemos a Bas y Galcerán) patentiza que las relaciones de vecindad que afectan a la ordenación urbana son objeto de gestión pública, a imagen de la evolución de la tutela preventiva del daño temido a la práctica total desaparición de la *cautio* en el período postelásico.

En otros textos coetáneos como el *Fuero Viejo de Castilla* y *Las Partidas*, la tendencia es idéntica a la que se percibe en los *Furs*, aunque el espíritu de la *cautio* está presente, el resarcimiento por culpa prevalece a la capacidad de tutela preventiva que proporciona el remedio romano que actúa frente a un daño amenazante, no ante un daño ya consumado.

En efecto, afirma Serra Desfils⁶⁹ que, en la Valencia del siglo XIV, «pese a la carencia de un corpus legislativo especializado en materia urbanística comparable al de otras ciudades europeas de la Baja Edad Media, el *Consell* de Valencia llevó a cabo un programa de reformas

66. AMARAL SANTOS, M., «Cautio damni infecti», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo*, 52, 1957, pp. 216-241, p. 235.

67. BRANCA, G., *Danno temuto... cit.*, p. 547.

68. AMARAL SANTOS, M., «Cautio damni infecti», *cit.*, p. 238.

69. SERRA DESFILIS, A., «La belleza de la ciudad...», *cit.*, p. 77.

urbanas con una orientación política muy clara», que no era otra que desvestir a la ciudad (y no solo en el caso de la ciudad de Valencia) de cualquier reminiscencia urbana que recordara al período musulmán.⁷⁰ Esa idea de cambio favorece la actividad pública y deja fuera las relaciones entre particulares en este ámbito.

70. La Valencia de fines de siglo XIV responde a un ideal muy próximo al expuesto por Francesc Eiximenis en el capítulo noventa de su *Dotzé del Crestià* sobre «*Quina forma deu haver la ciutat bella e ben edificada*», así, la Valencia imaginada por el *Consell* debía tener calles rectas y plazas amplias para aparecer bella y ordenada, sobre la materia, entre otros: PUIG I CADAFALCH, J., «Idees teòriques sobre urbanisme en el segle XIV: un fragment d'Eiximenis», *Estudis Universitaris Catalans*, XXI, 1936, pp. 1-9; VILA, S., *La ciudad de Eiximenis: un proyecto de urbanismo teórico en el siglo XIV*, Valencia, Diputación Provincial, 1984, pp. 85 y ss.